

Codice civile

*annotato con la dottrina
e la giurisprudenza*

terza edizione

a cura di **GIOVANNI PERLINGIERI**

Disposizioni preliminari (artt. 1-31)

Libro primo - Delle persone e della famiglia (artt. 1-455)



Edizioni Scientifiche Italiane

A TORINO...
GIUGNO 1955

CODICE CIVILE ANNOTATO CON LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA

a cura di

GIOVANNI PERLINGIERI

Disposizioni preliminari

Artt. 1-31

LIBRO PRIMO

Delle persone e della famiglia

Artt. 1-455



Edizioni Scientifiche Italiane

INDICE

Presentazione	XXI
Avvertenze	XXV
Elenco degli Autori	XXVII
Abbreviazioni	XXIX
Abbreviazioni banche dati giuridiche on-line	LIII

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

CAPO I

Delle fonti del diritto

Art. 1. <i>Indicazione delle fonti</i>	1
Art. 2. <i>Leggi</i>	49
Art. 3. <i>Regolamenti</i>	87
Art. 4. <i>Limiti della disciplina regolamentari</i>	87
Art. 5. <i>Norme corporative</i>	109
Art. 6. <i>Formazione ed efficacia delle norme corporative</i>	109
Art. 7. <i>Limiti della disciplina corporativa</i>	109
Art. 8. <i>Usi</i>	125
Art. 9. <i>Raccolte di usi</i>	125

CAPO II

Dell'applicazione della legge in generale

Art. 10. <i>Inizio dell'obbligatorietà delle leggi e dei regolamenti</i>	142
Art. 11. <i>Efficacia della legge nel tempo</i>	146
Art. 12. <i>Interpretazione della legge</i>	162
Art. 13. <i>Esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative</i>	215
Art. 14. <i>Applicazione delle leggi penali ed eccezionali</i>	216
Art. 15. <i>Abrogazione delle leggi</i>	224
Art. 16. <i>Trattamento dello straniero</i>	241
Artt. 17-31. <i>Abrogati</i>	249

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MACERATA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO ITALIANO E COMPARATO
(Trattato C.A.S.B.)

PRIV. A. I. 125 (1)

INV. N. 14177 DEL 22/6/10

Quest'opera viene pubblicata con gli auspici scientifici di:

Centro Studi Giuridici sui Diritti dei Consumatori del Polo Scientifico Didattico di Terni dell'Università degli Studi di Perugia

Dipartimento di Diritto, Impresa e Lavoro dell'Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto dell'Università degli Studi «Magna Graecia» di Catanzaro

Dipartimento di Scienze Aziendali ed Economico-Giuridiche dell'Università degli Studi Roma Tre

Dipartimento di Scienze Giuridiche «Costantino Mortati» dell'Università degli Studi della Calabria

Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione dell'Università degli Studi del Molise

Dipartimento di Studi Aziendali e Giusprivatistici dell'Università degli Studi di Bari

Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei della Seconda Università degli Studi di Napoli

Dipartimento di Studi Giuridici dell'Università degli Studi del Salento

Dipartimento di Studi internazionali dell'Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Studi Giuridici, Politici e Sociali «Persona, Mercato e Istituzioni» dell'Università degli Studi del Sannio

Dipartimento Impresa Ambiente e Management dell'Università degli Studi di Cassino

Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino

PERLINGIERI, Giovanni (*a cura di*)

Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza

Libro I: Delle persone e della famiglia

Collana: Legislazione commentata

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010

pp. LIV+1434; 24 cm

ISBN 978-88-495-1611-1

© 2010 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTI-GIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)

Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Art. 297. Assenso del coniuge o dei genitori	1034
Art. 298. Decorrenza degli effetti dell'adozione	1035
Art. 299. Cognome dell'adottato	1037
Art. 300. Diritti e doveri dell'adottato	1040
Art. 301. Potestà e amministrazione dei beni dell'adottato	1041
Art. 302. Inventario	1041
Art. 303. Cessazione della potestà dell'adottante	1041
Art. 304. Diritti di successione	1043
Art. 305. Revoca dell'adozione	1043
Art. 306. Revoca per indegnità dell'adottato	1044
Art. 307. Revoca per indegnità dell'adottante	1045
Art. 308. Revoca promossa dal pubblico ministero	1045
Art. 309. Decorrenza degli effetti della revoca	1045
Art. 310. Cessazione degli effetti dell'adozione	1046

CAPO II

Delle forme dell'adozione di persone di maggiore età

Art. 311. Manifestazione del consenso	1046
Art. 312. Accertamenti del tribunale	1047
Art. 313. Provvedimento del tribunale	1048
Art. 314. Pubblicità	1050

CAPO III

Dell'adozione speciale

TITOLO IX

Della potestà dei genitori

Art. 315. Doveri del figlio verso i genitori	1051
Art. 316. Esercizio della potestà dei genitori	1059
Art. 317. Impedimento di uno dei genitori	1063
Art. 317-bis. Esercizio della potestà	1067
Art. 318. Abbandono della casa del genitore	1071
Art. 319. Cattiva condotta del figlio	1072
Art. 320. Rappresentanza e amministrazione	1072
Art. 321. Nomina di un curatore speciale	1080
Art. 322. Inosservanza delle disposizioni precedenti	1081
Art. 323. Atti vietati ai genitori	1083
Art. 324. Usufrutto legale	1084
Art. 325. Obblighi inerenti all'usufrutto legale	1084
Art. 326. Inalienabilità dell'usufrutto legale. Esecuzione sui frutti	1085
Art. 327. Usufrutto legale di uno solo dei genitori	1089
Art. 328. Nuove nozze	1089
Art. 329. Godimento dei beni dopo la cessazione dell'usufrutto legale	1089
Art. 330. Decadenza dalla potestà sui figli	1090
Art. 331. Passaggio della patria potestà alla madre	1090
Art. 332. Reintegrazione nella potestà	1090
Art. 333. Condotta del genitore pregiudizievole ai figli	1091

Art. 334. Rimozione dall'amministrazione	1095
Art. 335. Riammissione nell'esercizio dell'amministrazione	1095
Art. 336. Procedimento	1096
Art. 337. Vigilanza del giudice tutelare	1096
Art. 338. Condizioni imposte alla madre superstite	1098
Art. 339. Curatore del nascituro	1098
Art. 340. Nuove nozze della madre	1098
Art. 341. Responsabilità del nuovo marito	1098
Art. 342. Nuove nozze del genitore non ariano	1098

TITOLO IX bis

Ordini di protezione contro gli abusi familiari

Art. 342-bis. Ordini di protezione contro gli abusi familiari	1098
Art. 342-ter. Contenuto degli ordini di protezione	1098

TITOLO X

Della tutela e dell'emancipazione

CAPO I

Della tutela dei minori

Art. 343. Apertura della tutela	1104
---------------------------------	------

SEZIONE I

Del giudice tutelare

Art. 344. Funzioni del giudice tutelare	1110
---	------

SEZIONE II

Del tutore e del protutore

Art. 345. Denunzie al giudice tutelare	1112
Art. 346. Nomina del tutore e del protutore	1113
Art. 347. Tutela di più fratelli	1114
Art. 348. Scelta del tutore	1116
Art. 349. Giuramento del tutore	1118
Art. 350. Incapacità all'ufficio tutelare	1119
Art. 351. Dispensa dall'ufficio tutelare	1121
Art. 352. Dispensa su domanda	1122
Art. 353. Domanda di dispensa	1123
Art. 354. Tutela affidata a enti di assistenza	1124
Art. 355. Protutore	1125
Art. 356. Donazione o disposizione testamentaria a favore del minore	1126

SEZIONE III

Dell'esercizio della tutela

Art. 357. Funzioni del tutore	1129
Art. 358. Doveri del minore	1132

128-129 *bis* Cristina Caricato
130-133 Maddalena Rabitti
134-142 Marina Romano
143-155 Elena Bellisario
156 Daniele De Bonis
157 Elena Bellisario
158 Daniele De Bonis
159-230 Tommaso Vito Russo
230 *bis* Giovanni Capo
231-290 Francesco Prosperi
291-314 Rosanna Pane
315-342 *ter* Tiziana Montecchiari
343-356 Laura Tafaro
357-382 Gaspare Poerio Lisella
383-399 Raffaella de Majo
400-403 Rosanna Pane
404-432 Massimo Palombi
433-448 Carlo Giuseppe Terranova
449-455 Rosanna Pane

sull'adozione, p. 215; cfr., inoltre, M. STELLA RICHTER e V. SGROI, *Delle persone*, p. 370, secondo cui «tali forme di pubblicità non costituiscono condizioni perché i provvedimenti relativi spieghino la loro efficacia». L'inosservanza dell'obbligo di comunicazione dei provvedimenti potrebbe comportare l'applicazione di sanzioni disciplinari a carico del cancelliere (G. SALMÈ, *o.l.u.c.*; A. e M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione*, p. 516). La stessa procedura è prevista per la trascrizione e l'annotazione della sentenza di revoca dell'adozione (A. e M. FINOCCHIARO, *o.l.u.c.*), che non si effettuano più a cura della parte ma di ufficio (G. SALMÈ, *o.l.c.*).

Ai sensi del comma 3 dell'articolo in esame l'autorità giudiziaria ha il potere di disporre la pubblicazione dei due provvedimenti nei modi che ritiene più opportuni e, quindi, anche mediante pubblicazione su uno o più giornali (E. PROTETTI, *Filiazione*, p. 470). La disposizione che sembra non aver trovato applicazione è stata ritenuta poco opportuna soprattutto nel caso di adozione dei minori (art. 44, l. n. 184 del 1983) in quanto lesiva dell'interesse alla riservatezza dell'adottato (G. SALMÈ, *o.c.*, p. 215).

CAPO III

Dell'adozione speciale (1)

(1) Capo e relativi articoli abrogati dall'art. 67, l. 4 maggio 1983, n. 184.

TITOLO IX

Della potestà dei genitori

Art. 315 (Doveri del figlio verso i genitori). (1)

Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 137, l. 19 maggio 1975, n. 151.

SOMMARIO: 1. Parità fra coniugi e nuova potestà genitoriale. – 2. Rilevanza costituzionale della potestà dei genitori. – 3. Potestà e rapporto di filiazione all'interno della famiglia. – 4. Interesse del minore quale soggetto di diritto. – 5. Definizione e contenuto della potestà genitoriale. – 6. Principio di solidarietà familiare e dovere del figlio di partecipare alla comunità familiare. Il dovere di rispettare i genitori. – 7. Il dovere del figlio di contribuire al mantenimento della famiglia. – 8. La potestà genitoriale diventa responsabilità genitoriale.

1. Parità fra coniugi e nuova potestà genitoriale. – Il dibattito in materia di potestà genitoriale è sempre stato molto ampio, in quanto tema particolarmente difficile per essere inquadrato in rigidi schemi normativi, pur avendo subito nel corso degli anni profonde modifiche in séguito ad una significativa serie proprio di interventi legislativi (M. CERATO, *La potestà dei genitori*, p. 13).

Sicuramente, la modifica più importante dell'istituto è intervenuta attraverso la Riforma del diritto di famiglia con la l. 19 maggio 1975, n. 151, che ha introdotto il principio di parità ed uguaglianza morale e giuridica fra i due coniugi, profonda quanto fondamentale innovazione normativa (art. 143) la quale ha, del pari, trasformato l'espressione «patria potestà» in «potestà dei genitori» (art. 316).

In tale contesto, i coniugi sono titolari degli stessi diritti, l'uno nei riguardi dell'altro, come sono obbligati reciprocamente per gli stessi doveri e sulla base di simile principio

giuridico di uguaglianza sono vincolati all'ufficio della potestà nell'interesse esclusivo della prole (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 1982; A. TRABUCCHI, *Il «vero interesse» del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in RDC, 1988, p. 734).

I genitori sono, dunque, in posizione di assoluta pariteticità fra loro e sulla base di tale principio devono svolgere il loro compito potestativo (G. GIACOBBE, *Eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e rapporti familiari*, in RDC, 1997, I, p. 913; M. GIORGI, *Della potestà dei genitori*, p. 309).

Il figlio cessa di essere considerato un «bene» della famiglia per acquistare quella giusta rilevanza di soggettività che impegna entrambi i genitori a tutelare la sua personalità, a rispettarlo come individuo unico ed irripetibile, e a non qualificare più il concetto di potestà unicamente quale istituto legato alla inidoneità di un soggetto riguardo la cura dei propri interessi patrimoniali (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, p. 329).

Infatti, adempiere i doveri potestativi appare espressione del principio di responsabilità e di solidarietà familiare, sintesi di doveri e poteri, impegno comune per il bene e lo sviluppo completo ed armonico della prole, della sua personalità, oltre che dell'equilibrata gestione dei suoi interessi patrimoniali (P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, p. 22), sembrando preminente su tutte le altre funzioni, quella educativa (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, 3ª ed., p. 945; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 32).

Tale dovere attribuisce, altresì, ai genitori una particolare posizione soggettiva attiva che li rende titolari di un'esclusività nel gestire la potestà, ovvero la legge esclude che altri soggetti possano esercitare la potestà nei modi e nei termini che la stessa prescrive, al di là delle ipotesi in cui i genitori non possano esercitarla o assumano comportamenti omissivi o commissivi di natura abusiva e contraria all'interesse morale e materiale della prole medesima, rinnegando la *ratio* della norma (Trib. min. Genova, 5 dicembre 1978, *GM*, 1980, p. 305; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, p. 282).

Pertanto, nella prospettiva indicata, il cambiamento del rapporto giuridico fra i coniugi ha inevitabilmente influito sul rapporto genitori-figli, intervenendo con la sostanziale modifica della «patria potestà» in «potestà dei genitori» e la conseguente necessità per entrambi i genitori di rispettare soprattutto l'individualità del figlio, di favorire le aspirazioni di quest'ultimo e non le proprie, di incaricarsi di un progetto che non assume unicamente connotati patrimoniali, ma soprattutto personali ed affettivi (P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *RaDC*, 1980, p. 446; *Id.*, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, *ivi*, 1983, p. 1145).

2. Rilevanza costituzionale della potestà dei genitori. – La Costituzione repubblicana del 1948 ha, senza dubbio, influito sulla nuova formulazione sia dei rapporti giuridici tra i coniugi, sia del rapporto genitori-figli.

Infatti, è necessario riferirsi, *in primis*, agli artt. 29 e 30 cost. per individuare il suggerimento normativo al futuro legislatore del '75, ovvero il sostanziale principio di uguaglianza sancito dall'art. 29 cost., cui consegue la parità degli stessi nel dovere di mantenere, educare, istruire la prole, sia essa legittima, sia naturale, *ex art.* 147 (F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, p. 134).

La famiglia, attraverso la Costituzione, assume così la fisionomia di una società naturale nella quale la pari dignità morale e giuridica dei coniugi garantisce la tutela anche della prole non perché nata necessariamente da un rapporto coniugale, ma in quanto più semplicemente procreata da due persone, ovvero il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli devono prescindere dalla presenza di un rapporto coniugale e la Costituzione imponendo tali doveri a coloro che hanno procreato, tutela il rapporto di filiazione in quanto tale, indipendentemente dalla presenza di un rapporto coniugale (A. BUCCIANTE,

in *Trattato* Rescigno, 4, p. 530; A. IANNARELLI e E. QUADRI, *La rilevanza costituzionale della famiglia*, in RFP, 1983, p. 1128).

Il nuovo principio costituzionale rivoluziona, così, l'attribuzione dei poteri decisionali all'interno della famiglia e conia normativamente la «responsabilità genitoriale» (T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, p. 10; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, p. 197), ovvero gli obblighi, in particolare ex art. 30 cost. e art. 147, si configurano come effetto immediato del rapporto di filiazione che prescinde dalla titolarità della stessa potestà, e si fonda sull'affermazione della responsabilità genitoriale per il solo fatto già della procreazione (Cass., 28 giugno 1994, n. 6215, in FDi, 1995, p. 620; Cass., 14 agosto 1998, n. 8042, in FDi, 1999, p. 271; C. COSSU, *Potestà dei genitori*, p. 120).

Il che spiegherebbe anche dal punto di vista sistematico la collocazione dell'art. 147 in un titolo del codice civile diverso da quello che disciplina l'istituto della potestà.

La fonte diretta di tale nuova fisionomia della famiglia a livello costituzionale è data anche dall'art. 2 cost., il quale ha definito la persona quale fondamento di ogni principio che caratterizza la società, sollecitando il legislatore alla formulazione di norme giuridiche rivolte al maggior rispetto dell'individuo in quanto tale, delle sue libertà fondamentali e nella società familiare il minore è senza dubbio il soggetto più bisognoso di garanzie, di tutele e di cura. Formulazione, questa, molto innovativa rispetto al passato (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, p. 961; Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in RaDC, 1989, p. 419 ss.).

Peraltro, la stessa Corte costituzionale auspica da tempo un organico e sistematico intervento del legislatore nel settore dei rapporti familiari, al fine di realizzare la piena attuazione del programmatico disposto costituzionale (sul punto, M. BESSONE, G. ALPA, F. D'ANGELO, G. FERRANDO e M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, p. 19; Trib. min. Napoli, 13 gennaio 1983, in RaDC, 1983, p. 1145).

3. Potestà e rapporto di filiazione all'interno della famiglia. – La rivalutazione della figura del minore attraverso i principi programmatici della Carta costituzionale e della Riforma del diritto di famiglia, nonché della costante interpretazione giurisprudenziale in tale direzione, coadiuvata da numerose leggi speciali che si sono susseguite negli ultimi venti anni in materia, ha portato ad attribuire alla funzione educativa un ruolo altamente impegnativo e significativo nel contesto della potestà genitoriale (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 364).

Al principio di «autorità» nella famiglia si sostituiscono quelli di «parità» e di «solidarietà» attraverso una linea normativa nuova e rivolta ad attribuire al minore un ruolo attivo in tutte le vicende che lo riguardano, sia dal punto di vista personale, sia patrimoniale.

Il rapporto genitori-figli si riveste, dunque, di una maggiore valenza costituzionale rappresentata dal rispetto di ogni individuo come persona, con le proprie individualità esclusive, lasciando al minore un determinato margine di autonomia e di valutazione, nonché riconoscendogli il diritto «all'ascolto», quale situazione fondamentale (F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in Fmi, 2002, p. 933; Cass., 23 luglio 1997, n. 6899, in FDi, 1997, p. 523; Cass., 7 dicembre 1999, n. 13657, in MiG, 2000, p. 368; Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in GC, 2002, I, p. 1467 ss. e in FDi, 2002, p. 229 ss.).

Il rapporto genitori-figli deve essere equilibrato, ovvero deve operare un giusto contemperamento fra l'esigenza di esercitare la potestà e il limitare la libertà del minore, rivolto all'armonico sviluppo di tutti i componenti la famiglia, nella quale i figli trovano il primo modello di crescita proprio nella figura e nei comportamenti dei genitori medesimi (P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 944 ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, p. 271).

Il potere sostitutivo che la legge attribuisce ai genitori nelle scelte di carattere personale e patrimoniale riguardo la prole è fondato nella cura e nell'interesse della medesima, in quanto ritenuta non ancora in grado di effettuare scelte autonome, se non con il rischio di pregiudicare se stessa.

Risiede, peraltro, e si giustifica in tale principio di tutela della capacità del minore e della sua partecipazione alle decisioni della famiglia il correlato obbligo dello stesso a collaborare per le esigenze del nucleo (art. 315), confermando l'operatività del nuovo modello sociale della famiglia.

4. Interesse del minore quale soggetto di diritto. – Il concetto «interesse del minore» appare piuttosto generico dal punto di vista pratico, anche se ha acquistato sempre più rilievo dal punto di vista teorico (N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, p. 19), considerato che la riforma del '75 ne ha fatto un punto fondamentale nella ricostruzione dogmatica dell'istituto della potestà (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 538).

Parlare di «interesse del minore» significa, in realtà affermare il «diritto del minore» ad essere riconosciuto come soggetto in età evolutiva, allontanando l'immagine di un soggetto incapace, incompiuto, inferiore e facendo opportuno richiamo alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

In tale contesto, appare congruo parlare di autentici diritti soggettivi del minore, in luogo del più indefinibile «interesse», ovvero diritto generale alla crescita, ad essere educato e tenuto presso la propria famiglia, diritto di valersi delle libertà costituzionalmente riconosciute ad ogni cittadino, diritto di manifestare il proprio pensiero nelle questioni che lo riguardano, diritto alla tutela della sua salute, della sua personalità, della sua identità, contro pericoli, pregiudizi, limiti, violenze che non può gestire o prevenire, in ragione della sua minore età (A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, p. 38 ss.).

5. Definizione e contenuto della potestà genitoria. – La legge non dà una definizione di potestà genitoria, e non indica in modo organico il contenuto della stessa, di modo che è compito dell'interprete ricostruirne i caratteri essenziali e le modalità entro le quali l'istituto deve operare (M. SESTA, *o.l.c.*), attraverso alcuni parametri previsti comunque dalla legge.

In particolare, il riferimento è all'art. 147 che delinea il nuovo rapporto giuridico tra genitori-figli, stabilendo quali obblighi – perché di questi si tratta e non di meri doveri morali – impegnano i genitori nei riguardi dei figli, e attribuendo all'istituto una connotazione nuova e maggiormente dinamica rispetto alla «patria potestà» precedente la riforma del '75.

Sulla base della considerazione secondo la quale la potestà è rivolta alla realizzazione di un interesse altrui, si può affermare come essa non acquisti natura di diritto soggettivo, bensì è un potere-dovere là dove il «dovere» è l'elemento caratterizzante e principale nell'attuazione di tale altrui interesse (M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, p. 290).

Accanto, quindi, al diritto del figlio di essere riconosciuto come tale, ovvero il diritto alla titolarità del rapporto di filiazione, sussistono il dovere di mantenimento, di educazione e di istruzione che rappresentano autentici diritti fondamentali di solidarietà (C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 319; A. TRABUCCHI, *Dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio*, p. 562).

Nel contempo, l'art. 147 sembra contenere anche un limite all'esercizio di tale dovere formativo del minore, ovvero il genitore deve tener conto e rispettare la personalità del figlio, qualunque età esso abbia, non facendo la norma alcun riferimento a tale dato.

Quindi, il limite indicato nell'art. 147 delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni del figlio rappresentano una ulteriore modalità per attuare e garantire l'interesse del medesimo, senza forzare immotivatamente la sua personalità (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 524; Trib. min. Genova, 5 dicembre 1978, in GM, 1980, p. 305; Trib. Napoli, 14 marzo 1997, in FDi, 1997, p. 264).

La disposizione in commento deve coordinarsi, tuttavia, con l'art. 316 il quale si apre affermando come il figlio è «soggetto» alla potestà dei genitori, facendo apparire una posizione subordinata del figlio nei riguardi dei genitori.

In realtà, la soggezione di cui parla l'art. 316 deve essere intesa non nel significato negativo di inferiorità della persona, in quanto tale, bensì come necessità di una tutela e di una protezione che il figlio minore non può darsi, *uti singuli*, e la conferma di ciò è data dalla presenza dei successivi commi dell'art. 316 che, attraverso una particolareggiata disciplina, hanno mostrato una significativa attenzione sia nei riguardi dei valori costituzionali, sia nei riguardi delle trasformazioni sociali avvenute in ambito familiare, al fine di attuare il ruolo primario della contitolarità effettiva dei genitori nella funzione educativa (F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 155).

6. Principio di solidarietà familiare e dovere del figlio di partecipare alla comunità familiare. Il dovere di rispettare i genitori. – La collocazione sistematica dell'art. 315 in apertura della disciplina sulla potestà genitoria secondo alcuni denota una volontà implicita del legislatore di continuare ad affermare il primato gerarchico dei genitori sui figli minori (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 117).

La norma, tuttavia, deve essere letta in un'ottica di solidarietà familiare che coinvolge anche i figli, assegnando loro un ruolo attivo all'interno del nucleo familiare, attraverso l'attribuzione del dovere di rispettare i genitori e di contribuire economicamente alle esigenze della famiglia di cui sono parte (T. MONTECCHIARI, *o.c.*, p. 268).

Il dovere di rispettare i genitori si inquadra nel più generale contesto di rispetto e di collaborazione all'interno del nucleo familiare cui sono tenuti tutti i componenti, in relazione alla posizione soggettiva rivestita.

Il «dovere di rispettare» i genitori è stato formulato in luogo del precedente «dovere di onorare e rispettare», e deve essere adempiuto indipendentemente dall'età del figlio, in quanto scaturisce dal rapporto stesso di filiazione ed è previsto in funzione del raggiungimento degli interessi del figlio medesimo; infatti alcuni criticano la collocazione sistematica dell'art. 315 in apertura delle disposizioni sulla potestà, in quanto il precetto ivi contenuto non è legato al raggiungimento della maggiore età (P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 362).

Infatti, unicamente in tale prospettiva concettuale appare accettabile l'idea che la legge, ancora oggi, continui a sottintendere – attraverso la formulazione dell'art. 315 – una struttura gerarchica della famiglia.

Il dovere di rispetto va dunque inteso quale direttiva etica anche per il figlio maggiore, indipendentemente dalla soggezione alla potestà (G. VILLA, *o.c.*, p. 276; in un'ottica solidaristica dei rapporti familiari, si riconosce crescente rilevanza al dovere di assistenza verso il genitore in stato di bisogno: sul punto v. S. CASABONA, *Il dovere di assistenza verso il genitore in stato di bisogno, passim*), mentre per il figlio minore è sancito anche il dovere di convivere con i genitori esercenti la potestà (art. 318), anche se per alcuni i doveri del figlio verso i genitori si riducono alla sola contribuzione (P. VERCELLONE, *o.l.c.*).

Secondo una parte della dottrina tale dovere di rispettare i genitori avrebbe un contenuto morale e sociale, non sufficiente tuttavia a conferire al medesimo una valenza di giuridicità, in quanto non è prevista alcuna sanzione giuridica per il suo «inadempimento» (C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 327; M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 316).

A parte la difficoltà di individuare, nella pratica, quando in concreto possa dirsi violato il dovere di rispettare i genitori, in quanto ogni soggetto potrebbe rivestire di contenuto «personale» simile dovere, per cui ciò che è «irrispettoso» per un genitore non lo sarebbe per un altro, anche in mancanza, opportunamente, di canoni prefissati dalla legge, altri ritiene che il dovere di cui all'art. 315 possa, invece, rivestire connotati giuridici qualora si faccia riferimento a situazioni soggettive che attengono a diritti fondamentali dell'individuo (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 127).

Con tutta probabilità, allora, il dovere previsto all'art. 315 si collega e trova il suo corrispettivo nel dovere — che si potrebbe definire anch'esso di rispetto — previsto a carico dei genitori *ex art.* 147, in relazione alle capacità, alle inclinazioni personali e alle aspirazioni dei figli, stabilendo un rapporto di reciprocità tra genitori e figli medesimi [G. FERRANDO, *Filiazione, I) Rapporto di filiazione*, p. 4].

In particolare, il rispetto che la legge prescrive a carico dei figli nei riguardi dei genitori si caratterizza per un *quid* in più, che lo distingue dal dovere di rispettare qualunque altro soggetto, e tale elemento è dato dal rapporto di filiazione e dalla procreazione che lega in un modo peculiare due soggetti, non esaurendo la sua rilevanza sul piano meramente morale (G.B. FERRI, *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, in AA.VV., *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, p. 363).

Dalle considerazioni svolte, si evince che il rapporto familiare tra genitori e figli è alquanto complesso, per cui non appare possibile scindere, ad esempio, il dovere di rispetto, dal dovere di coabitazione o dal diritto all'educazione e all'istruzione e, per conseguenza, non è possibile valutare la violazione di tali doveri singolarmente, bensì nel complesso variegato delle posizioni giuridiche soggettive all'interno del nucleo familiare, in una visione di solidarietà reciproca (App. Roma, 29 maggio 1995, in DFP, 1995, p. 105).

In tale prospettiva, il dovere di rispetto si coordina con il principio di collaborazione familiare, in quanto la legge ha implicitamente previsto come l'adempimento del primo dovere da parte del figlio faciliti l'adempimento dei doveri genitoriali previsti dall'art. 147 nei suoi confronti.

Tutto ciò in un ambito non necessariamente legato alle disposizioni sulla potestà previste dal codice civile, perché opportunamente tali obblighi genitoriali e quelli a carico dei figli, facendo parte del rapporto di filiazione che non ha termini di prescrizione, ugualmente non possono avere una durata limitata al raggiungimento della maggiore età del figlio, cui invece la potestà è legata.

7. Il dovere del figlio di contribuire al mantenimento della famiglia. — Il dovere di contribuire ai bisogni della famiglia rappresenta una continuità del principio di solidarietà familiare di cui si è detto nel precedente paragrafo, riguardando esso più specificamente un profilo patrimoniale del rapporto genitori-figli (M. PARADISO, *o.c.*, p. 306; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 399), tanto da identificare un vero e proprio rapporto obbligatorio, per la possibilità di esigere da parte dei componenti la famiglia, l'adempimento di tale dovere contributivo (G. TAMBURRINO, *o.c.*, p. 400).

La espressa previsione del dovere di contribuzione a carico del figlio convivente e autonomo economicamente, conferma la trasformazione del modello di famiglia dopo la riforma del '75, da patriarcale a solidale, valorizzando nel contempo la personalità del figlio che rimane legittimato a prendere parte alle decisioni familiari, se a queste vi contribuisce, appunto, economicamente (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 595; G. LISELLA, *Usufrutto legale*, p. 11 ss.).

Ancora una volta la norma non fa richiamo all'età del figlio, essendo necessarie, ma sufficienti le condizioni della convivenza e delle proprie sostanze e/o reddito personale

(F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in RTDPC, 1977, p. 1387; F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 137).

L'obbligo di contribuire ha carattere essenzialmente giuridico e sono astrattamente ammissibili anche rimedi contro la sua eventuale violazione, pur essendo difficilmente riscontrabile una specifica azione giudiziale dei genitori contro il figlio convivente (C.M. BIANCA, *o.l.c.*); tuttavia il significato della vincolatività del dovere va ricercato nel fatto che la famiglia viene legittimata a pretendere una porzione del reddito del figlio qualora fossero presenti bisogni che il nucleo non può altrimenti soddisfare.

Infatti, è possibile domandarsi se l'obbligo contributivo del figlio è condizionato al preventivo esperimento dei mezzi patrimoniali in dotazione alla famiglia, oppure se, per soddisfare le esigenze economiche della stessa, magari anche impreviste, si possa *in primis*, rivolgersi alla contribuzione del figlio.

Alcuni ritengono non sussista una gerarchia tra l'obbligo di contribuzione a carico del figlio e il dovere di mantenimento gravante sui genitori (M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 319; L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 25).

La legge non ha affermato nulla in proposito, lasciando alla singola famiglia la scelta più opportuna, ma la considerazione che emerge potrebbe essere quella di valutare quando il dovere contributivo del figlio emerge e questo dovrebbe essere nel momento in cui la famiglia non abbia sufficienti mezzi propri per soddisfare le esigenze del nucleo, ovvero, il dovere del figlio dovrebbe considerarsi sussidiario rispetto a quello dei genitori (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*).

Inoltre, si sottolinea la diversità dell'obbligo in commento rispetto a quello omologo previsto dal combinato disposto dell'art. 147 con l'art. 143 a carico dei genitori: quest'ultimo, infatti, pone l'obbligo di contribuzione in relazione alla capacità di lavoro, professionale o casalingo, mentre l'art. 315 lo prevede in riferimento alle proprie sostanze o al proprio reddito, al fine di impedire che il figlio sia privato dello studio, attività improduttiva, e sia avviato al lavoro anche in età scolare, solo in quanto «idoneo» a svolgere una attività lavorativa (S. PATTI, *Diritto al mantenimento e prestazione di lavoro nella riforma del diritto di famiglia*, in DFP, 1977, p. 1361; C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 328; F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 148; T. MONTECCHIARI, *o.c.*, p. 269).

Il presupposto della convivenza assume un peculiare significato nel richiamare il valore della comunione materiale e spirituale di vita che unisce i singoli componenti la famiglia e ben si differenzia dalla «coabitazione» poiché la convivenza fa riferimento ad una situazione certamente più complessa, la quale coinvolge aspetti personali ed affettivi che nella mera, tecnica «coabitazione» non si riscontrano (R. PERCHINUNNO, *Le obbligazioni nell'«interesse familiare»*, p. 117).

Non rileva, per escludere tale dovere, anche il fatto che vi sia un rapporto di filiazione adottiva legittimante, in quanto l'art. 27, l. 4 maggio 1983, n. 184, prevede il medesimo obbligo di contribuzione anche a carico del figlio adottivo.

Quanto all'estensione del dovere all'interno di una famiglia naturale, non pare possano esservi dubbi, visto il disposto dell'art. 317 *bis*, ravvisando il fondamento dell'obbligo nella convivenza e nel dovere di solidarietà familiare che nasce ed opera anche in tale contesto (F. PROSPERI, *o.c.*, p. 142; U. MAJELLO, *Filiazione naturale e comunità familiare*, in DG, 1983, p. 5; M. SESTA, *o.c.*, p. 223).

Si ritiene, peraltro, che il figlio potrebbe sottrarsi all'obbligo di contribuzione facendo cessare la convivenza (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1974), tuttavia qualora il figlio usufruisca ancora del mantenimento, pur non convivendo, è stato affermato che tale condizione non è sufficiente a far venir meno il dovere di contribuzione, *ex art.* 315 (A. e M. FINOCCHIARO, *o.l.u.c.*; A. NATUCCI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, p. 416).

Infine, il dovere di contribuzione *ex art. 315* si differenzia nella sostanza dall'art. 324 che prevede l'usufrutto legale dei genitori sui beni del figlio minore, in quanto quest'ultima norma non risponde ad esigenze solidaristiche, bensì a quelle di natura essenzialmente patrimoniale degli interessi del minore e l'elenco indicato nella norma ha unicamente la funzione di individuare i beni sottoposti al regime di usufrutto legale, mentre l'art. 315 parla genericamente di «sostanze» e di «redditi» del figlio, che può anche essere maggiorenne, come analizzato. Infatti, si ritiene che, pur se tra l'art. 315 e l'art. 324 abbia operato un parziale assorbimento di disciplina (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 147), le due norme attengano a principi differenti, poiché l'usufrutto legale si estingue con la maggiore età del figlio, laddove il dovere di contribuzione perdura finché permane la convivenza ed infine i beni dell'usufrutto legale sono gestiti direttamente dai genitori, mentre nell'ipotesi dell'art. 315 se il figlio è maggiorenne, li gestisce direttamente il medesimo, se è invece, ancora minore, si attiverà l'art. 320 in materia di rappresentanza legale dei genitori (diversamente G. LISSELLA, *Usufrutto legale*, p. 80 ss., il quale colloca l'usufrutto legale nell'ambito del dovere di contribuzione filiale ai bisogni della famiglia).

8. La potestà genitoria diventa potestà genitoriale. – Estremamente significative del mutato rapporto giuridico e personale tra genitori e figli sono le osservazioni che riassumono gli argomenti trattati nei paragrafi precedenti, in particolare anche ad opera della giurisprudenza che per prima si è resa sensibile alle trasformazioni sociali nell'ambito familiare.

Con riguardo al lavoro degli interpreti, infatti, va posto in evidenza l'estensione del diritto del figlio al mantenimento oltre il compimento della maggiore età, ovvero fino al raggiungimento della sua autonomia economica (Cass., 3 aprile 2002, n. 4765, in *FDi*, 2002, p. 351), e il diritto del figlio maggiorenne al mantenimento ha trovato formale riconoscimento legislativo nella norma che prevede l'assegnazione della casa familiare al coniuge divorziato con il quale i figli convivono oltre la maggiore età (art. 6, comma 6, l. 1 dicembre 1970, n. 898).

Inoltre, la legge sull'affido condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54), non richiama più i figli conviventi oltre la maggiore età (art. 155 *quater*), bensì prevede che nei riguardi dei figli maggiorenni non autonomi economicamente sia possibile disporre la corresponsione di un assegno in via formale e diretta (art. 155 *quinquies*).

Le disposizioni di cui all'art. 147 che riguardano anche il rispetto per le opinioni del figlio e dell'art. 145 il quale, nell'ipotesi di disaccordo fra i genitori sull'indirizzo della vita familiare, prevede l'ascolto del minore convivente che abbia compiuto i sedici anni, vanno integrate con il principio giuridico che riconosce al minore capace di intendere e di volere il diritto all'ascolto in tutti i procedimenti che lo riguardano, principio sancito dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata con la l. 27 maggio 1991, n. 176, e la stessa Corte costituzionale ha affermato che tale diritto riveste efficacia imperativa «nell'ordinamento interno» (Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, cit.) e in tale prospettiva si comprende come l'esercizio dei doveri genitoriali non possa ricomprendere scelte personalissime del figlio minore che, se non in grado di effettuarle, non possono essere decise da nessun altro (Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *GC*, 2005, I, p. 1107, la cui sentenza ha negato ai genitori la legittimazione a proporre azione di rettificazione di sesso in nome del figlio minore, negata peraltro anche al figlio in ragione della sua incapacità di agire).

Nel contesto di tali diritti, si inserisce anche l'ulteriore diritto fondamentale del figlio di ricevere dai genitori l'indispensabile apporto affettivo di cui ogni essere umano necessita per la formazione equilibrata della sua personalità, confermando come la famiglia abbia assunto una fisionomia di comunità di vita, di solidarietà, di collaborazione, luogo di crescita e di formazione.

Coerente con tale evoluzione è la trasformazione della espressione «potestà dei genitori» in «responsabilità genitoriale», ovvero un ufficio da esercitare nell'esclusivo interesse personale e materiale del figlio, considerato che proprio di «responsabilità genitoriale» parla anche il reg. CE del 27 novembre 2003, n. 2201 (C.M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in RDP, 2006, p. 212).

Il diritto del figlio all'affetto, alla comprensione, alla crescita, nelle sue poliedriche manifestazioni, risulta garantito dall'ordinamento anche attraverso la salvaguardia dei rapporti personali tra i componenti della famiglia quando interviene una separazione fra i genitori ed inoltre è bene richiamare anche l'art. 2, comma 1, e l'art. 6, comma 1, n. 2 della legge sull'adozione (l. 28 marzo 2001, n. 149) quando richiede ai genitori adottivi e agli affidatari il requisito specifico della idoneità affettiva, ai fini della valutazione circa l'adozione stessa.

Recentemente la giurisprudenza ha riconosciuto in via formale il diritto dei figli all'amore dei genitori attraverso la previsione di un risarcimento del danno concesso al figlio lungamente e gravemente trascurato nella sua crescita e formazione psicologica, personale e materiale da parte del padre (Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in DR, 2000, p. 835).

Le osservazioni esposte confermano l'esistenza di un dovere giuridico che può configurarsi nell'ampia accezione di «responsabilità genitoriale» al fine di rendere, cioè, responsabili i genitori per la procreazione in quanto tale, per aver creato un rapporto di filiazione che li impegnerà per tutta l'esistenza e che l'ordinamento deve rivestire di norme e prescrizioni specifiche, nonché di conseguenze e di sanzioni per la loro eventuale e immotivata violazione.

Il rapporto di filiazione formalmente riconosciuto crea doveri inderogabili per i genitori, ma non si può negare che qualunque rapporto di filiazione crea una forma di responsabilità per i genitori che origina con la procreazione e non può venir meno (E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*, in Fmi, 2001, p. 1035; Cass., 28 giugno 1994, n. 6215, in FDi, 1995, p. 620; Cass., 14 agosto 1998, n. 8042, *ivi*, 1999, p. 271).

Per tale via, la «responsabilità genitoriale» assume una nuova funzione, più vasta e complessa della tecnica «potestà genitoria» poiché, oltre a ricomprendere tutte le disposizioni inerenti tale settore sistematico del codice civile, si integra delle altre norme ulteriormente contenute nel medesimo codice e che hanno come riferimento il minore e il rapporto di genitorialità, nonché tutte quelle contenute in leggi speciali, nella Costituzione e nelle fonti di regolamento comunitario e internazionale.

La responsabilità genitoriale verrà in evidenza, dunque, ogni qualvolta saranno disattesi quei doveri che si concretizzano essenzialmente nella promozione della personalità del figlio, con il soddisfacimento delle sue esigenze materiali, morali ed affettive idonee a condurlo verso una progressiva autonomia esterna.

Art. 316 (Esercizio della potestà dei genitori). (1)

Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione.

La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori.

In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili.

Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 138, l. 19 maggio 1975, n. 151.

SOMMARIO: 1. Titolarità della potestà e principio dell'accordo. - 2. L'intervento del giudice per contrasto su questioni di particolare importanza. - 3. Il procedimento: fase conciliativa e fase sostitutiva. - 4. L'esercizio della potestà da parte del padre per provvedimenti «urgenti ed indifferibili».

1. Titolarità della potestà e principio dell'accordo. - La titolarità della potestà trova la sua collocazione nel disposto dell'art. 316, norma che si apre con l'affermazione secondo la quale il figlio è «soggetto» alla potestà fino alla maggiore età o all'emancipazione.

In apparenza, la formulazione sembra sottintendere che l'istituto della potestà sia funzionale ad una situazione giuridica soggettiva di «soggezione», come da più parti sostenuto (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 1989; A. PINO, *Il diritto di famiglia*, p. 218), mentre, secondo una visione giuridicamente più corretta, la disposizione in apertura dell'art. 316 deve essere letta come indicativa della durata temporale della potestà e della esclusività dell'appartenenza ai genitori dei poteri cui il figlio è sottoposto, senza alcun riferimento al contenuto e alla estensione dei medesimi (A. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, p. 234).

Un significativo rilievo acquista, peraltro, la previsione che stabilisce come la potestà deve essere esercitata di comune accordo fra i due genitori, in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale e giuridica fra i due (M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, p. 323; C. COSSU, *Potestà dei genitori*, p. 116; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 464, in DFP, 1998 p. 9).

Il termine «accordo» cui la norma fa riferimento, non deve considerarsi quale atto di autonomia negoziale in senso tecnico, bensì un negozio familiare e personalissimo (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 560), ovvero una modalità di esplicazione di una funzione speciale, in particolare, educativa, nell'interesse esclusivo dei figli minori, caratterizzata altresì da una certa discrezionalità legata al raggiungimento di tale interesse (M. SESTA, *La potestà dei genitori*, p. 231; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1986; L.V. MOSCARINI, *Parità coniugale e governo della famiglia*, p. 88).

I genitori devono, dunque, raggiungere o concordare tale intesa senza che l'uno abdichi ai suoi compiti all'altro, rimanendo neutrale nelle scelte da effettuare o dimostri atteggiamenti abituali di acquiescenza, disattendendo in modo assoluto la doverosità della funzione (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 559).

Peraltro, alcuni richiama un'affinità tra il termine «accordo» di cui all'art. 144 e quello indicato nell'art. 316 (M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 341; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 173), mentre altri lo definisce alla stregua di un «principio inderogabile» (A. PINO, *o.c.*, p. 220), e comunque non pare dubbio che l'accordo raggiunto fra i genitori da solo non sia sufficiente a realizzare l'interesse del figlio, bensì è necessario che esso verta su scelte che non siano in contrasto con il raggiungimento dello stesso.

Il contenuto di tale intesa riguarderà, principalmente, decisioni di carattere assistenziale, di cura, scolastiche o sportive, della vita di relazione che i figli abbiano, con l'ineliminabile, ormai, integrazione di fattori esterni che «coadiuvano» i genitori nelle decisioni riguardo i figli, quali le istituzioni scolastiche, le associazioni sportive, ricreative o parrocchiali, ecc., così che i titolari delle scelte nell'interesse della prole minore a volte si

ritrovano a controllare una scelta già effettuata dal figlio, se sufficientemente capace di discernimento (L. CARRERA, *La tutela dei diritti del minore nelle comunicazioni televisive e nell'informazione*, in DFP, 2001, p. 803).

2. *L'intervento del giudice per contrasto su questioni di particolare importanza.* - L'art. 316 prevede, nel caso di contrasto di opinioni fra i due genitori, due ipotesi in cui il giudice può intervenire: per la prima, ex comma 3 della medesima disposizione, la legge fa riferimento ad un disaccordo su «questioni di particolare importanza», nel qual caso ciascuno dei due genitori può richiedere l'intervento del giudice senza particolari formalità.

Il ricorso in questione potrà, pertanto, essere utilizzato unicamente per risolvere problemi di essenziale rilievo nei rapporti con i figli (G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, p. 280), e la casistica in materia potrebbe essere davvero vasta, essendo sufficiente in questa sede, portare gli esempi delle scelte in materia di cure mediche, di scelte scolastiche o educative, di acquistare o meno un veicolo di locomozione, di consentire vacanze con amici, devono cioè riguardare questioni circoscritte e non l'impostazione in generale dell'esercizio della potestà (Trib. Milano, 18 aprile 1977, in DFP, 1977, p. 723).

Appare anche ipotizzabile la circostanza secondo la quale il ricorso al giudice per un contrasto che non trovi la sua soluzione all'interno del rapporto familiare, possa rappresentare un sintomo, un indizio di una fase patologica che la relazione sta attraversando e che potrebbe anche dar luogo alla richiesta di una separazione.

Ciò prova il limitato utilizzo nella realtà pratica dello strumento di cui all'art. 316, comma 3, considerando superfluo tale ricorso al giudice poiché, nel momento in cui al medesimo ci si rivolge per risolvere la questione, il rapporto fra i genitori-coniugi è già compromesso (Trib. min. Firenze, 11 marzo 1986, in DFP, 1986, p. 1085; Trib. min. Firenze, 6 giugno 1983, *ivi*, 1983, p. 1067; Cass., 30 maggio 1989, n. 2652, in RFI, 1989, voce *Separazione dei coniugi*, n. 53).

Va, tuttavia, sottolineato come l'art. 316, comma 3, deve essere interpretato pur sempre nell'ottica della risoluzione di un contrasto su una questione specifica sorta nell'esercizio della potestà, e non per dissolvere un conflitto tra i coniugi, rimanendo la realizzazione dell'interesse del minore scopo prioritario ed esclusivo cui la norma in commento si riferisce (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 184).

Poiché l'intervento del giudice è in funzione di garanzia e di attuazione dell'interesse del minore, si ritiene che l'applicazione dell'art. 316, comma 3, sia ammissibile anche nelle ipotesi di genitori separati legalmente, divorziati o il cui matrimonio sia stata dichiarato annullato (I. BAVIERA, *Diritto minorile*, II, p. 506; A. FURGIUELE, *o.c.*, p. 241; R. PANE, *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, p. 96).

In tale ottica, si conferma la specialità della previsione che richiama l'intervento del giudice, ovvero solo per «questioni di particolare importanza», formula che, seppure non tipizzata dalla legge con ipotesi *ad hoc*, lascia intendere l'eccezionalità del rimedio e la correlata eccezionalità della questione, sempre in relazione al caso personale di specie, e ha affidato ai genitori la libertà di verificare all'interno del loro rapporto, la migliore soluzione nel rispetto dell'interesse del figlio per questioni controverse, ma non di «particolare importanza» (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 191).

Il giudice può essere chiamato anche per una seconda circostanza ad esprimere il suo parere al fine di dirimere una controversia tra i due genitori, ovvero quando si verifica la permanenza del contrasto, nonostante il giudice abbia «suggerito» i provvedimenti ritenuti più idonei all'interesse del figlio, anche attraverso l'audizione del medesimo se maggiore degli anni quattordici.

In tale seconda fattispecie, l'autorità giudiziaria può attribuire il potere di decidere a quello fra i due genitori che ritiene più adeguato a realizzare la giusta scelta, nell'esclusivo interesse del figlio, ovvero per tutelare un suo specifico diritto soggettivo, attribuendo al genitore legittimato alla scelta definitiva anche il potere di rappresentanza legale per attuare all'esterno tale decisione.

3. Il procedimento: fase conciliativa e fase sostitutiva. – L'intervento del giudice si realizza in due fasi: una prima fase, detta conciliativa nella quale egli tenta il superamento del contrasto attraverso una soluzione concordata (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 564), e una seconda, sostitutiva, nella quale il giudice attribuisce direttamente il potere decisionale ad uno dei due genitori, dopo averne verificato la migliore idoneità.

La prima ipotesi prevede che il giudice ascolti i genitori ed anche il figlio che abbia compiuto i quattordici anni o del quale sia stata accertata capacità di discernimento, in attuazione dei principi enunciati dalla citata Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo.

Al termine di questa fase, il giudice suggerisce le soluzioni più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare, quest'ultima in quanto compatibile con la prima condizione (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, p. 332).

Il procedimento del tribunale è un atto di volontaria giurisdizione, si instaura mediante ricorso di uno dei due genitori, nei confronti del Presidente del Tribunale per i minorenni, senza particolari formalità, quindi anche verbalmente, del luogo in cui il minore si trova abitualmente al momento della proposizione della domanda (Cass., 18 gennaio 1990, n. 223, in GC, 1990, I, p. 1247; Trib. min. Roma, 16 novembre 1992, in DFP, 1993, p. 1143; Cass., 16 dicembre 1977, n. 5487, in RFI, voce *Potestà dei genitori*, n. 15).

È escluso che il ricorso possa essere promosso dal figlio, dal pubblico ministero (Trib. min. Emilia-Romagna, 7 febbraio 1978, in RFI, 1979, voce *Potestà dei genitori*, n. 4) o da istituti pubblici di assistenza, allo scopo di evitare che terzi estranei possano interferire in rapporti familiari di cui non sono parte, anche se si discute sulla scelta legislativa di non aver previsto il figlio minore fra i legittimati al ricorso (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 215).

Infatti, anche se l'oggetto della disposizione è la soluzione circa il contrasto di opinioni fra i due genitori, è indubbio che tale soluzione deve comunque perseguire l'interesse del figlio e pare evidente che il fatto di non aver previsto la legittimazione ad agire anche per quest'ultimo, pur sul presupposto dell'accertamento della acquisita capacità di discernimento, contrasti con la *ratio* della norma.

Nella fase conciliativa il giudice è tenuto ad ascoltare i genitori, anche disgiuntamente, ed il figlio che abbia compiuto i quattordici anni, per poi pronunciare un "suggerimento" che, come tale, assume i connotati di un parere non vincolante che i genitori non sono tenuti ad eseguire (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 513; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2005), mentre possono chiedere un differimento dell'udienza.

Poiché, tuttavia, in questo caso il conflitto non è risolto, il giudice può attivare la fase sostitutiva, ovvero sceglie il genitore che per quella specifica ipotesi, ritiene più idoneo a salvaguardare e ad attuare l'interesse del minore.

È discusso se, per avviare tale seconda fase, sia necessaria una formale richiesta dei genitori.

Al riguardo, si ritiene generalmente che si debba presentare nuova istanza, ad eccezione dell'ipotesi in cui il contrasto fra i coniugi impedisca tale formulazione e diventi concreto pregiudizio per il minore.

In tal caso, il giudice è legittimato ad avviare d'ufficio la seconda fase, adottando ai sensi dell'art. 333, le decisioni maggiormente idonee per l'interesse del figlio (M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 331; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1999; F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 220).

La scelta che dovrà dichiarare il genitore designato dal tribunale, quando la controversia non è superata, sarà conforme al provvedimento dallo stesso prospettato nella concreta proposta formulata in sede di ricorso o in sede di comparizione delle parti davanti al tribunale medesimo, non potendo adottare una soluzione diversa e sopraggiunta rispetto a quella proposta inizialmente.

Il tribunale decide con decreto emesso in camera di consiglio dopo aver ascoltato il pubblico ministero; il decreto è reclamabile dinanzi alla sezione della Corte di Appello per i minorenni (art. 38 disp. att.).

4. L'esercizio della potestà da parte del padre per provvedimenti «urgenti ed indifferibili». – La disposizione dell'art. 316, comma 4, prevede l'ipotesi in cui il padre sia legittimato in via esclusiva all'adozione di scelte urgenti e non differibili per evitare un grave pericolo o pregiudizio nei riguardi del figlio, suscitando notevoli dubbi di costituzionalità, per la probabile violazione del principio dell'accordo, che permea tutto il sistema del nuovo diritto di famiglia (C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 333; F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 208, *contra*, nel senso che la scelta non deve considerarsi così "irrazionale", cfr. M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 314).

D'altronde, la disposizione poteva essere ugualmente qualificata di dubbia costituzionalità se tale possibilità di scelta fosse stata prevista solo nei riguardi della madre (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 466).

Le condizioni previste dalla norma sono un incombente pregiudizio per il minore, non altrimenti evitabile, l'urgenza e l'improcrastinabilità della decisione (ad es., l'autorizzazione per un intervento chirurgico necessario, ma rischioso), e la materiale impossibilità dei genitori di decidere congiuntamente, per vari motivi, non ultimo le opposte opinioni sulla scelta.

Tuttavia, si ritiene che se il provvedimento deve essere adottato urgentemente per evitare al minore un grave danno, è chiaro che il padre viene legittimato ad agire per superare l'eventuale opposizione della madre e così deve avvenire anche per quest'ultima, ovvero la norma non vieta, e quindi rende ammissibile l'ipotesi in cui la madre possa adottare il medesimo provvedimento qualora sia il padre ad opporsi (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 210; T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, p. 107).

Nulla vieta alla madre di chiedere al giudice la verifica circa l'opportunità del provvedimento adottato dal padre, in merito all'urgenza e alla indifferibilità del provvedimento, soprattutto nel caso in cui la medesima non sia stata d'accordo sulla scelta (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2015; M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 333; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 335).

Poiché trattasi di norma rivestita del carattere della eccezionalità (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 521; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2014; M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 332; P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 465; A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, p. 54), non se ne ammette l'applicazione al di fuori delle ipotesi previste dalla disposizione stessa, in particolare per gli atti di natura patrimoniale che si devono ritenere, senza dubbio, esclusi dalla previsione in esame (*contra*, ammette l'ipotesi A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 520).

Art. 317 (Impedimento di uno dei genitori). (1)

Nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della potestà, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro.

La potestà comune dei genitori non cessa quando, a séguito di separazione, di

scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi.

L'esercizio della potestà è regolato, in tali casi, secondo quanto disposto nell'art. 155.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 139, l. 19 maggio 1975, n. 151.

SOMMARIO: 1. Impedimento per lontananza, latitanza e detenzione. – 2. Impedimento per stato di incapacità. – 3. Impedimento per sopravvenuta assenza, dichiarazione di morte presunta o decesso di un genitore. – 4. Potestà e separazione personale, annullamento del matrimonio o divorzio e la legge sull'affido condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54).

1. Impedimento per lontananza, latitanza e detenzione. – Il primo comma dell'art. 317 disciplina l'impedimento all'esercizio della potestà dovuto alla lontananza di uno dei genitori, pur mantenendone la titolarità in capo ad entrambi.

Ciò si verifica in quanto, materialmente, uno dei genitori non è presente per assumere insieme le decisioni sia quotidiane, sia di carattere eccezionale riguardanti la vita del minore e pertanto la legge ha previsto che tutti i poteri e i doveri inerenti la potestà si concentrino sul genitore che rimane "operativo", al fine di mantenere e salvaguardare l'interesse del minore in tutte le sue più varie sfaccettature (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2020; A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 522).

Si ritiene che l'impedimento di cui parla la norma non deve necessariamente riguardare la potestà nel suo complesso, ma anche il compimento di un singolo atto (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 352; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2021; L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 42).

Non è previsto alcun intervento dell'autorità giudiziaria per attuare il disposto della norma, in quanto l'esercizio della potestà è contingente e automatico in capo al genitore in grado di realizzare il compito potestativo, così come non si prevede l'intervento del giudice nel caso in cui, cessato l'impedimento, automaticamente si ripristina l'esercizio della potestà in capo ad entrambi i genitori (Cass., 27 maggio 1975, n. 2122, in RFI, 1975, voce *Patria potestà*, n. 5).

La lontananza è l'allontanamento dal domicilio coniugale dove i figli convivono con i genitori e potrebbe essere dovuta non ad un disinteresse del genitore, ma ad un ostacolo che impedisce il regolare e legittimo svolgimento della funzione genitoriale quotidiana nel suo complesso, come ad esempio, una causa di emigrazione, di lunga navigazione, cause belliche o militari, o lontananza per motivi di salute, di studio o di lavoro, pur rimanendo indispensabile la verifica caso per caso, evitando una valutazione aprioristica delle situazioni.

In tale contesto, non viene escluso l'eventuale controllo da parte del genitore che non può momentaneamente esercitare la potestà per le ragioni esposte, non dipendenti da una sua scelta autonoma di "abbandono" della prole, poiché altrimenti sarebbero attivati rimedi specifici, ed eventualmente il genitore che ha esercitato la potestà è legittimato a dimostrare che l'impedimento era tale da non aver potuto consentire la scelta comune di entrambi i genitori (A. e M. FINOCCHIARO, *o.l.u.c.*; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 524; L. FERRI, *o.l.u.c.*; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 341).

La lontananza si deve presentare con la caratteristica almeno della temporaneità e pur non definitiva, sicuramente prolungata nel tempo e con incertezza sul momento in cui l'impedimento possa venir meno (Trib. Bari, 30 dicembre 1953, in RFI, 1954, voce *Patria potestà*, n. 7; App. Firenze, 12 gennaio 1959, in GiT, 1959, p. 180).

Il regolare e legittimo esercizio della funzione genitoriale può essere impedito anche dall'ipotesi di latitanza o dell'eventuale detenzione in carcere, circostanze che, se di re-

gola non sospendono la titolarità della potestà, possono determinarne l'impedimento all'esercizio per il genitore che si trovi in tali condizioni.

Peraltro, se il genitore pur non «fisicamente» presente, adotta un comportamento consapevole e costante di attenzione e di interesse nei riguardi dei figli, la circostanza non depone per attivare il disposto dell'art. 317, comma 1.

Si precisa, al riguardo, che la condanna all'ergastolo o ad una pena detentiva superiore ai cinque anni determina quale conseguenza ulteriore, quella della perdita o sospensione della titolarità della potestà, nonché del suo esercizio, salvo che il giudice intenda diversamente disporre (art. 32), per la valutazione concreta del caso di specie (Cons. St., 26 settembre 1964, in FI, 1965, II, c. 164).

2. Impedimento per stato di incapacità. – L'incapacità di cui parla la norma può sostanziarsi in varie ipotesi, ad esempio, quella della incapacità per minore età del soggetto.

Al riguardo, una parte della dottrina ritiene che un minore che abbia compiuto sedici anni, potendo riconoscere un proprio figlio naturale, da tale momento acquista anche la titolarità e l'esercizio della potestà sul medesimo (F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 238; P. PITRONE, *La potestà del genitore minorenni*, in RaDC, 1992, p. 291), mentre altri afferma che la condizione della minore età rappresenta un impedimento giuridico all'acquisto e all'esercizio della potestà (L. FERRI, *o.c.*, p. 44; A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori*, p. 7).

Tuttavia, è bene precisare che la condizione della minore età non può essere considerata un impedimento alla potestà in quanto la legge per effetto di una raggiunta capacità di intendere e di volere legittima il riconoscimento del proprio figlio naturale, non potrebbe poi escluderne la potestà su di lui.

L'unica precisazione va effettuata in merito all'avvenuta emancipazione per effetto del matrimonio: in tal caso, il genitore può esercitare la potestà ad eccezione degli atti di straordinaria amministrazione per i quali è richiesto l'intervento di un curatore (P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 295), e le medesime osservazioni possono valere anche per l'incapacità dovuta ad inabilitazione.

Altra circostanza che determina uno stato di incapacità è rappresentata dalla interdizione che abbia colpito uno dei genitori (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 522), con la precisazione che l'incapacità di intendere e di volere si può diversamente atteggiare in riferimento agli atti di natura personale, rispetto a quelli di natura patrimoniale (G. LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona nella famiglia*, p. 122), ovvero ferma restando la necessità di verificare di volta in volta, la salvaguardia dell'interesse del minore, non si può escludere che il genitore, ancorché interdetto per infermità mentale, non possa intervenire o esprimere le sue opinioni in materia di educazione o di istruzione o di qualunque altra opinione riferibile all'art. 30 cost. che gli attribuisce il diritto come genitore alla funzione educativa, pur compatibile con il grado di incapacità presente.

3. Impedimento per sopravvenuta assenza, dichiarazione di morte presunta o decesso di un genitore. – La norma dell'art. 317, comma 1, richiama anche la locuzione «altro impedimento» che tende a ricomprendere tutte le varie ulteriori ipotesi di impedimento che non potrebbero essere tassativamente elencate, e tuttavia per essere rilevanti ai fini della applicazione del dispositivo, debbono presentare le caratteristiche di cui si è detto in apertura del commento.

Un particolare caso di «altro impedimento» potrebbe essere rappresentato dalla assenza o dichiarazione di morte presunta di un genitore che, di fatto, appare causa di impedimento all'esercizio della potestà, per effetto della lontananza e della incertezza sull'esistenza in vita del genitore (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 573; L. FERRI, *o.c.*, p. 42).

Nell'ipotesi di decesso di un genitore, è automatica l'attribuzione della potestà in capo al genitore superstite, e in questo caso la lontananza è irreversibile.

Anche in tale fattispecie, al genitore cui viene attribuito l'esercizio esclusivo è l'unico a rappresentare legalmente il figlio e a prendere le decisioni inerenti il regolare espletamento della potestà, nonché gli atti di straordinaria amministrazione.

4. Potestà e separazione personale, annullamento del matrimonio o divorzio e la legge sull'affido condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54). – Il secondo comma dell'art. 317 disciplina l'impedimento all'esercizio della potestà nell'ipotesi di separazione, annullamento del matrimonio o divorzio fra i due genitori.

La titolarità della potestà resta comune, tanto che la nuova formulazione dell'art. 155, a séguito della l. n. 54 del 2006 in materia di affido condiviso, non prevede più la distinzione fra esercizio e titolarità (A. PINO, *Il diritto di famiglia*, p. 227).

La l. n. 54 del 2006, recante «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli», ha modificato sensibilmente la prospettiva del sistema ponendo al centro della disciplina i genitori e non più i coniugi, con relativa condizione di «responsabilità» che ne consegue a carico di entrambi, anche dopo la separazione (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 245).

Le disposizioni che hanno novellato l'art. 155 prevedono espressamente il diritto del minore alla bigenitorialità, ovvero il diritto a mantenere un rapporto continuato ed equilibrato con entrambi i genitori, nonostante la loro separazione, diversamente da quanto avveniva prima della citata legge, per cui tale diritto non veniva attuato in pratica a causa di una prassi che tendeva a distinguere nettamente la posizione del genitore affidatario da quella del non affidatario, con riflessi anche per l'esercizio della potestà.

Pertanto, entrambi i genitori devono continuare ad espletare il dovere di educazione, istruzione e mantenimento attraverso la previsione (art. 155, comma 2) dell'affidamento del figlio in sede di separazione ad entrambi quale regola primaria, eventualmente da modificare in relazione alle circostanze del caso concreto con un affidamento esclusivo qualora l'interesse del minore lo richieda (art. 155 *bis*).

In tale contesto, i genitori sono investiti di un compito potestativo nei riguardi della prole che non si esaurisce o si modifica per effetto della loro separazione, dovendo ad esempio, continuare a decidere di comune accordo (art. 316) tutte le questioni che rivestono una peculiare importanza.

In particolare, quello che la legge ha previsto per la titolarità e l'esercizio della potestà in sede di regolare rapporto coniugale, tale permane con la medesima intensità pre-cettiva anche nella fase patologica del rapporto, poiché lo *status* di genitore non viene meno o si modifica per effetto della separazione fra i coniugi, in quanto ciò che viene reputato assolutamente essenziale è la salvaguardia dell'interesse del figlio.

Tutto ciò viene confermato anche dall'art. 6, comma 1, l. 1 dicembre 1970, n. 898, il quale prevede che i doveri imposti ai genitori dagli artt. 147 e 148 non vengono meno nell'ipotesi di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori.

È chiaro, altresì, che per effetto della separazione, o dell'annullamento del matrimonio o del divorzio, viene meno l'elemento della convivenza e ciò conduce ad una diversa operatività del compito genitoriale, mantenendo, tuttavia, la piena potestà per ciascun genitore (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 249; R. PANE, *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore*, p. 159; R. VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, in *StJ*, 2006, p. 669).

Se il minore dovesse essere affidato ad uno solo dei genitori, la titolarità e l'esercizio permangono in capo ad entrambi, pur con gli adattamenti resi necessari dalla assenza per uno di essi, della convivenza quotidiana e la conferma che il principio della bigenitoria-

lità è mantenuto anche in questo caso è rappresentata dalla mancata previsione nel novellato art. 155 per il genitore non affidatario del diritto di vigilare.

Peraltro, la condizione che la potestà continui ad essere esercitata da entrambi i coniugi può comportare che anche il genitore non affidatario possa incorrere nella decadenza o nella sospensione (M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, p. 336; L. FERRI, o.c., p. 46; Trib. min. Torino, 6 febbraio 1982, in GI, 1983, I, 2, c. 508).

Art. 317 bis (Esercizio della potestà). (1)

Al genitore che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui.

Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 316. Se i genitori non convivono l'esercizio della potestà spetta al genitore col quale il figlio convive ovvero, se non convive con alcuno di essi, al primo che ha fatto il riconoscimento. Il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può disporre diversamente; può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore.

Il genitore che non esercita la potestà ha il potere di vigilare sulla istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio minore.

(1) Articolo così aggiunto dall'art. 140, l. 19 maggio 1975, n. 151.

SOMMARIO: 1. Potestà e filiazione naturale. - 2. Figlio naturale riconosciuto da genitore coniugato. - 3. Potestà e filiazione non riconoscibile. - 4. Ipotesi particolari di genitorialità: adozione legittimante e affidamento.

1. *Potestà e filiazione naturale.* - L'art. 317 bis disciplina l'esercizio della potestà da parte dei genitori naturali, attribuendo la piena titolarità della stessa a coloro che hanno riconosciuto con atto volontario un proprio figlio naturale e la norma si ritiene applicabile anche nell'ipotesi di rapporto di filiazione che sorga per accertamento giudiziale (L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 52; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, p. 338), pur potendo il giudice valutare il diverso tipo di riconoscimento ai fini dell'applicazione dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 317 bis, la quale gli attribuisce la facoltà di decidere diversamente (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2034).

Risulta evidente come la norma in commento sia la traduzione in precetto del principio di uguaglianza espresso dal combinato disposto degli artt. 3 e 30 cost., ed è significativo dell'intenzione del legislatore del '75 di parificare i figli naturali a quelli legittimi (F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, p. 135 ss.; A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 586).

Nel caso in cui il rapporto di filiazione naturale viene riconosciuto nei riguardi di un solo genitore, non sorgono particolari problemi di disciplina, in quanto la norma stabilisce che la potestà si concentra in via esclusiva in capo a quest'ultimo.

Mentre, diversamente si pongono le ipotesi in cui il rapporto di filiazione sia stato accertato da entrambi i genitori ed è in riferimento a tale caso che il legislatore ha dettato una serie particolareggiata di disposizioni di cui al comma 2 dell'art. 317 bis.

In particolare, una prima previsione disciplina la fattispecie in cui entrambi i genitori naturali siano tra loro conviventi e in tal caso la potestà è esercitata da entrambi, seguendo analoga operatività dell'art. 316, e non solo, ma saranno applicabili anche tutte le altre disposizioni contenute nel titolo IX, in perfetta equiparazione fra filiazione legittima e naturale (G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, p. 282).

Pertanto, l'elemento della convivenza appare determinante per l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori, mentre nell'ipotesi di mancata convivenza, questa è riservata al genitore con il quale il figlio convive, e ultima ipotesi, se non convive con alcuno di essi, la potestà è in capo al genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento, precisando, da parte di alcuni, come nel caso in cui i genitori non convivano, e tuttavia abbiano riconosciuto congiuntamente il figlio, la scelta di colui che eserciterà la potestà sarebbe rimessa al giudice nel silenzio della norma (G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 413).

Qualora la filiazione sia stata dichiarata giudizialmente, ovvero con una contraria volontà del genitore, la previsione dell'art. 317 bis, comma 2, sembra non poter operare automaticamente, bensì alcuni ritiene logica l'applicazione dell'ultima parte dell'art. 317 bis, comma 2, che attribuisce al giudice la facoltà di decidere diversamente per una migliore salvaguardia dell'interesse del figlio (G. VILLA, *o.c.*, p. 283), come ad esempio nominare anche un tutore qualora egli abbia escluso dalla potestà entrambi i genitori (A.C. PELOSI, *Potestà dei genitori sui figli*, p. 1131).

Tuttavia, per evitare una ingerenza nei rapporti genitori-figli naturali più evidente rispetto a quella prevista in ipotesi di filiazione legittima, la maggioranza della dottrina ritiene di attribuire a tale potere discrezionale del giudice un significato più restrittivo, limitandone l'intervento ai soli casi in cui i genitori non convivano (G. VILLA, *o.c.*, p. 284; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 269; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, p. 239; P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, p. 306; per la giurisprudenza, Trib. min. Torino, 31 agosto 1979, in DFP, 1980, I, p. 534).

Inoltre, sempre in riferimento all'ipotesi dell'accertamento giudiziale della filiazione, l'aspetto patrimoniale del fenomeno, pur nel silenzio della legge, riguarda la decorrenza del dovere di mantenimento per il figlio che la giurisprudenza in modo unanime ritiene sorgere dal momento della nascita del figlio e non dal giorno della domanda giudiziale di paternità o maternità naturale (Cass., 23 novembre 1993, n. 791, in GI, 1993, I, p. 1914; Cass., 24 marzo 1994, n. 2907, in MGC, 1994, p. 388; Cass., 28 giugno 1994, n. 6217, in FI, 1996, I, c. 251; Cass., 14 agosto 1998, n. 8042, in FDi, 1999, p. 75; Cass., 14 febbraio 2003, n. 2196, in MGI, 2003, p. 326).

Il disposto che prevede l'analoga applicazione della disciplina in materia di potestà per la filiazione legittima a quella naturale, conduce a ritenere che anche le norme in materia di impedimento o lontananza di un genitore possano essere ugualmente applicate, ex art. 317, comma 1.

L'ultimo comma dell'art. 317 bis riconosce, infine, al genitore naturale il quale non esercita la potestà, il diritto di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio minore, non affermando, tuttavia, un diritto di partecipare alle decisioni di maggior interesse per i figli, ma è fatta salva la possibilità di ricorrere al giudice qualora il genitore ritenga che siano state assunte decisioni contrarie all'interesse del figlio (G. FERRANDO, in *Trattato* Rescigno, 4, p. 193; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2037; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 534; F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 301).

2. Figlio naturale riconosciuto da genitore coniugato. - Problemi interpretativi pone l'ipotesi in cui il figlio naturale sia riconosciuto durante il matrimonio da uno dei due coniugi ex art. 252, mancando all'interno di tale norma alcun riferimento relativa alla potestà. Alcuni ritiene che sia applicabile l'art. 317 bis (M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 339; G. FERRANDO, *o.c.*, p. 201), mentre altri, affermando il carattere speciale della norma ex art. 252, non ammettono l'applicazione *tout court* dell'art. 317 a tale fattispecie (F. CARRARO, *Della filiazione naturale*, p. 120), in quanto l'art. 252 disciplinando l'ipotesi speciale di genitore coniugato, derogherebbe alla disciplina generale di cui all'art. 317 bis.

Secondo altri, è preliminare verificare se l'affidamento di cui parla l'art. 252, comma 1, comporti anche l'attribuzione dell'esercizio della potestà (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 294), in quanto, la disciplina relativa alla potestà sul figlio naturale dipenderebbe sia dalla priorità del riconoscimento, rispetto all'altro genitore naturale, e dalla convivenza, sia dal fatto che come prevede l'art. 252 un genitore sia unito in matrimonio con altro soggetto al tempo del riconoscimento.

Tuttavia, essendo il giudice che decide sull'affidamento del figlio, *ex art.* 252, la potestà non è automaticamente acquisita e dovrà il genitore stesso che ha riconosciuto il figlio chiedere l'affidamento al giudice se vuole anche esercitare la relativa potestà (Corte cost., 17 giugno 1987, n. 229, in GC, 1987, I, p. 2454).

Il coordinamento tra l'art. 317 bis e l'art. 252 si risolve, pertanto, non facendo coincidere «l'affidamento» di cui al comma 1, dell'art. 252 con un problema di «esercizio della potestà», perché non vi è coincidenza concettuale tra le due espressioni, quanto attraverso l'ulteriore verifica circa la tutela predisposta a favore dei figli naturali per un eventuale inserimento nella famiglia legittima del genitore naturale coniugato e con riguardo anche al riconoscimento eventualmente effettuato dall'altro genitore naturale (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 295).

Appare, dunque, necessario distinguere se il riconoscimento realizzato durante il matrimonio sia stato precedente o successivo a quello effettuato dall'altro genitore naturale e se il riconoscimento è relativo ad un figlio naturale nei confronti del quale sia stato già autorizzato l'inserimento nella famiglia legittima dell'altro genitore naturale, considerato che il genitore che per primo ha realizzato il riconoscimento, potrebbe anch'egli essere coniugato.

Poiché le fattispecie in astratto ipotizzabili potrebbero essere sicuramente molteplici, la legge ha dovuto attribuire al giudice il potere decisionale di cui sopra ed in fondo, l'interpretazione prospettata applica il disposto generale di cui all'art. 317 bis, secondo il quale la legge ha attribuito al giudice il potere discrezionale di decidere per il migliore interesse del minore.

3. Potestà e filiazione non riconoscibile. — Le disposizioni in materia di potestà si ritengono generalmente non applicabili alla filiazione non riconoscibile, sulla base della considerazione secondo la quale la potestà non potrebbe essere riconosciuta in capo a coloro che la legge ritiene indegni di essere genitori per aver generato figli «incestuosi», e pertanto inidonei a curare e salvaguardare l'interesse morale e materiale del proprio figlio (A. DE CUPIS, *Sulla pretesa esistenza della potestà dei genitori sui figli non riconoscibili*, in RDC, 1981, p. 321; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 178; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1262; L. FERRI, *o.c.*, p. 56).

Altri, invece, distingue il contenuto della potestà nella parte del dovere educativo, di custodia e di vigilanza, che permane in capo al genitore, pur non riconosciuto come tale dalla legge, da quella del potere sostitutivo di rappresentanza e amministrazione, che invece dovrebbe essere conferito ad un tutore nominato *ad hoc* (G. FERRANDO, *o.c.*, p. 269), prevedendo per il primo tipo di doveri l'applicazione del disposto art. 316, nonché degli artt. 330, 331, 332 e 333 per l'eventuale controllo giudiziario sull'esercizio della potestà (M. GIORGIANNI, *o.c.*, p. 302; F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 275 ss.).

È innegabile che la Costituzione preveda e garantisca la tutela di tutti i figli nati fuori dal matrimonio, ma è nel contempo opportuno precisare che la potestà sorge a séguito di un rapporto di filiazione formalmente riconosciuto e poiché questo non è consentito per i figli non riconoscibili, sembra che la potestà nei loro riguardi non possa giuridicamente configurarsi.

Il contemperamento fra tali due esigenze normative si realizza riconoscendo la pos-

sibilità giuridica per un soggetto che ha procreato un figlio non riconoscibile per la legge, di vigilare, seguire ed incidere sull'educazione e sulla istruzione del figlio, e prevedendo che quest'ultimo non venga privato del diritto di ricevere, come qualunque altro figlio, garanzie costituzionali per realizzare la sua personalità.

D'altronde, un ufficiale riconoscimento del diritto al mantenimento, all'educazione e all'istruzione per un figlio che non può agire per il riconoscimento giudiziale della paternità e maternità naturale è dato dall'art. 279, che impone altresì, una forma di «obbligazione naturale» nei riguardi di coloro che hanno procreato un figlio per la legge «ir-riconoscibile».

Non mancano, tuttavia, perplessità nel riconoscere un dovere giuridico sul piano morale ad un soggetto per un figlio non riconoscibile, quando l'ir-riconoscibilità è fondata proprio su valutazioni di carattere morale, e quindi sulla presumibile inidoneità del soggetto a prendersi cura del minore in tale condizione.

Da ultimo, si segnala in proposito una interessante pronuncia della Corte costituzionale con la quale l'art. 278 viene interpretato con portata più ampia al fine della ricerca della genitorialità incestuosa, dichiarandone l'incostituzionalità (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in FD, 2003, p. 119).

4. Ipotesi particolari di genitorialità: adozione legittimante e affidamento. – Un ulteriore aspetto della potestà genitoriale che merita di essere analizzato riguarda quello inerente il rapporto di filiazione costituito mediante l'adozione legittimante o l'affidamento (l. 4 maggio 1983, n. 184 e l. 28 marzo 2001, n. 149).

Nel primo caso, si crea un rapporto di filiazione legittima fra soggetti non legati da un vincolo di generazione biologica e si attribuisce al minore che viene adottato il cognome della nuova famiglia e si configura in capo al medesimo la complessa attribuzione di diritti e di doveri propri della filiazione legittima, ovvero si applicheranno le disposizioni del titolo XI, sulla potestà genitoriale nel suo complesso.

In via collaterale, si estinguono i rapporti del minore adottato con la famiglia di origine (App. Torino, 28 febbraio 1990, in DFP, 1991, p. 548; Cass., 24 novembre 1995, n. 12169, in NGCC, 1996, I, p. 563), pur rimanendo operativi tali rapporti ai fini degli impedimenti matrimoniali.

La giurisprudenza, peraltro, afferma la possibilità che il soggetto minore, pur sempre sotto la vigilanza dei genitori adottivi, che sono divenuti genitori legittimi con tutto ciò che consegue in merito alla potestà, possa avere o mantenere rapporti affettivi con la famiglia di origine (App. Roma, 28 maggio 1998, in DFP, 2001, p. 1463; Trib. Roma, 16 gennaio 1999, in DFP, 2000, p. 144; Trib. min. Bologna, 9 settembre 2000, in FD, 2001, p. 81).

Nel secondo caso, ovvero l'affidamento familiare, è necessario valutare il tipo di affido in questione, che è quello familiare e temporaneo, previsto in funzione di escludere una pronuncia di adozione legittimante attraverso il graduale recupero delle funzioni della famiglia di origine (Cass., 18 luglio 1989, n. 3354, in FI, 1990, I, c. 2260).

A tal fine, fra i compiti dell'affidatario è previsto dalla legge (art. 5, l. n. 149 del 2001) un generale impegno del genitore rivolto ad agevolare i rapporti con la famiglia naturale e a non interferire nei programmi di visita con i genitori, né di ostacolarne il legame affettivo (M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *L'affido del minore al servizio sociale ed i limiti all'esercizio della potestà genitoriale*, in FD, 2003, p. 400).

I genitori naturali del bambino da affidare devono prestare il loro consenso e la loro potestà non viene mai meno, rimanendo essi titolari esclusivi dell'ufficio, pur con l'attribuzione dell'esercizio quotidiano della potestà in capo agli affidatari, tanto che per le scelte e le decisioni più importanti o di carattere straordinario riguardo alla prole in af-

fido devono essere sempre ascoltati i genitori naturali e il loro parere è vincolante, se questi non siano decaduti dalla potestà.

La l. n. 149 del 2001 non ha predisposto uno schema dettagliato di comportamenti o di indirizzi di orientamento cui gli affidatari possono fare riferimento per le loro scelte quotidiane, ad es. in materia di lavoro, di compagnie da frequentare, ecc., peraltro nella educazione e nell'istruzione gli affidatari devono «tener conto» delle indicazioni dei genitori naturali, anche se tale generica espressione può generare dubbi interpretativi per l'eventuale rinvio o meno all'art. 316 qualora sorgano probabili contrasti fra le due copie di genitori in merito ad alcune scelte educative (T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, p. 140).

In proposito, si ritiene che le disposizioni sull'esercizio della potestà *ex art. 316* si applicano, in quanto compatibili, con la funzione dell'affidamento familiare e quindi non potrà riguardare questioni di particolare importanza, ad eccezione che si tratti di situazioni urgenti e sia impossibile interpellare i genitori naturali.

Nell'ipotesi di decisioni di carattere medico-sanitario, il relativo consenso deve essere espresso dai genitori naturali se trattasi di interventi di rilevata gravità e la legge prevede anche la mediazione del servizio sociale, ovvero viene previsto che gli affidatari per tali problematiche devono rivolgersi *in primis* ai servizi sociali e successivamente questi informeranno i genitori che dovranno prendere la decisione finale.

Secondo una parte della dottrina, la potestà degli affidatari concorre con la potestà dei genitori naturali, ai quali sono riservate le decisioni fondamentali e irrevocabili nella vita del figlio (P. PERLINGIERI e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La nuova legge sull'adozione*, p. 35).

Art. 318 (Abbandono della casa del genitore). (1)

Il figlio non può abbandonare la casa di genitori o del genitore che esercita su di lui la potestà né la dimora da essi assegnatagli.

Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 141, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Il più completo e corretto espletamento della potestà genitoriale si realizza mediante la convivenza quotidiana del figlio con i genitori, elemento imprescindibile di cui l'ordinamento ha tenuto conto in più norme o, meglio, lo ha identificato come elemento essenziale ai fini della migliore salvaguardia ed attuazione dell'interesse morale e materiale della prole ad un corretto sviluppo della sua personalità.

L'articolo in commento è un altro esempio di tale scelta legislativa, in cui si prevede a carico del figlio minore l'obbligo di non abbandonare la casa dei genitori, anche in funzione di poter espletare da parte del figlio i doveri di collaborazione e di impegno nei riguardi della famiglia *ex art. 315*, e comunque per rendere più agevole e concretamente attuabile il dovere potestativo in generale da parte dei genitori (F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 317).

Peraltro, la norma sembra riferirsi a due doveri a carico del figlio, poiché parla di «abbandono» e di «allontanamento», e quindi sembra riferirsi tanto ad un vero e proprio distacco definitivo con la volontà cosciente di non tornare in famiglia, quanto all'ipotesi di un abbandono temporaneo compiuto con l'intenzione generica di ritornarvi, pur nell'incertezza del quando (A. GORASSINI, *L'allontanamento volontario del minore*, p. 14).

Inoltre, l'allontanamento per essere rilevante ai fini della disposizione in commento,

non deve essere autorizzato dai genitori e a questi ultimi è concesso il potere di ricorrere al giudice tutelare il quale sia con metodi di persuasione, sia con l'ausilio della forza pubblica, **provvede in via coercitiva a riportare il figlio nella casa dei genitori.**

Al giudice è rimessa, tuttavia, una sfera di discrezionalità ai fini della valutazione del caso concreto, per verificare, cioè, se nell'allontanamento ingiustificato del figlio sia sottesa una implicita denuncia di situazioni intollerabili a suo carico e quindi se l'abbandono sia, in realtà, esercizio di un suo diritto di libertà personale ed entro quali limiti. (M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, p. 341).

In caso di accertamento, infatti, di circostanze pregiudizievoli per il figlio che abbiano giustificato il suo «volontario» allontanamento, il giudice non può disporre il rientro coattivo in considerazione dell'interesse stesso del minore e delle esigenze di sviluppo della sua personalità (Trib. min. Trieste, 21 giugno 1988, in DFP, 1988, p. 1412; Pret. Genova, 22 aprile 1979, in GM, 1980, p. 74).

L'art. 318 deve, dunque, essere interpretato caso per caso, in funzione di garanzia dell'interesse del minore e applicato in modo elastico e differenziato, a seconda della specifica tutela necessaria (A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, p. 64; R. PANE, *Convivenza familiare e allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, p. 188; 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 DFP, 1980, p. 549; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, p. 226).

Da precisare che l'allontanamento del minore ex art. 318 non sempre viene determinato necessariamente da una condotta pregiudizievole dei genitori o di un genitore (artt. 330 o 333), ma potrebbe rappresentare una scelta necessaria per consentire lo sviluppo della sua personalità in un ambiente diverso e comunque migliore dal medesimo preferito e nel quale si sente a proprio agio rispetto all'ambiente familiare, da quale ha inteso allontanarsi.

Nell'ipotesi in cui la potestà sia esercitata da un solo genitore, si ritiene che l'altro genitore non possa richiamare il figlio ai sensi della norma in commento, né ricorrere al giudice tutelare (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 612).

Inoltre, la norma si considera applicabile anche in ipotesi di filiazione naturale (F. RUSCELLO, o.c., p. 339).

Altra opinione ammette la possibilità per il giudice tutelare di rimettere la decisione al Tribunale per i minorenni, tramite il p.m. che opera presso quell'organo (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 389) al fine di verificare un eventuale abuso della potestà e applicare il disposto degli artt. 330 e 333 (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2041; A. BUCCIANTE, o.c., p. 611; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 352).

Art. 319 (Cattiva condotta del figlio). (1)

(1) Articolo abrogato dall'art. 142, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 320 (Rappresentanza e amministrazione). (1)

I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.

Si applicano, in caso di disaccordo o di esercizio difforme dalle decisioni concordate, le disposizioni dell'art. 316.

I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere atti eccedenti la ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare.

I capitali non possono essere riscossi senza autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina l'impiego.

L'esercizio di un'impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza.

Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 141, l. 19 maggio 1975, n. 151.

SOMMARIO: 1. La rappresentanza dei genitori per i figli nati e nati concepiti e concepturi. - 2. La rappresentanza per atti di natura personale. - 3. L'amministrazione ordinaria e straordinaria. - 4. L'autorizzazione del giudice tutelare. - 5. Esercizio di un'impresa commerciale. - 6. Il conflitto di interessi e il curatore speciale.

1. *La rappresentanza dei genitori per i figli nati e nati concepiti e concepturi.* - Il potere sostitutivo dei genitori nei riguardi del settore patrimoniale, in particolare, e non solo, dei figli minori è dato dalla rappresentanza legale, diretta e necessaria che attribuisce loro compiti di amministrazione e di attività in nome e per conto di soggetti ritenuti dalla legge non in grado di compiere tali atti *uti singuli*, consentendo loro di partecipare ugualmente alla vita giuridica e sociale, pur attraverso i propri genitori (A. BUCCIANTE, in *Trattato* Rescigno, 4, p. 615; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, p. 264).

La qualificazione giuridica della rappresentanza dei genitori non è data autonomamente dalla legge, ma rimane assorbita nell'ufficio di cui sono titolari, ovvero la potestà e svolgendo il complesso di compiti ad essa relativi, non agiscono sempre come «rappresentanti» del figlio minore, ma assumono tale qualifica solo per alcuni tipi di atti.

La rappresentanza legale dei genitori, inoltre, non può configurarsi per atti personalissimi, quali il testamento, il matrimonio, il riconoscimento di figlio naturale, e in materia di diritto d'autore nella cui disciplina è previsto che il minore che abbia compiuto i sedici anni possa compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere dal medesimo create ed esercitare le eventuali azioni che vi derivano (art. 108, l. 22 aprile 1941, n. 633, modificato dall'art. 13, l. 8 marzo 1975, n. 39).

La funzione sostitutiva dei genitori riguarda anche i nati concepiti e non concepiti (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 353) e secondo alcuni la giustificazione risulta collegata ai diritti che la legge riconosce espressamente in favore del nascituro, ex artt. 462 e 784, in particolare (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2115; G.

VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, p. 289; L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 28), pur con la considerazione che la rappresentanza è legata alla più limitata capacità giuridica del soggetto nascituro e quindi i genitori sono legittimati ad esercitare unicamente i diritti relativi a tali situazioni.

La rappresentanza legale dei genitori è tutt'affatto diversa dalla rappresentanza ordinaria, poiché trattasi di un potere attribuito dalla legge in relazione alla tutela di interessi particolari, per soggetti particolari, che non hanno conferito alcun mandato o potere rappresentativo.

Si comprende bene perché, quindi, il limite connaturato al potere di rappresentanza legale in questione sia dato dall'interesse o utilità evidente per il minore rappresentato, al di là del quale tale potere viene meno (C. COSSU, *Potestà dei genitori*, p. 123), come nell'ipotesi della donazione che i genitori non possono stipulare in nome e per conto del figlio minore, considerata l'assenza di ogni utilità dell'atto per il medesimo e la natura personale dell'*animus donandi* (M. SESTA, *o.c.*, p. 265; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 352).

2. La rappresentanza per atti di natura personale. – La riflessione espressa nel precedente paragrafo deve essere coordinata con l'ipotesi in cui la rappresentanza possa essere esercitata anche per questioni di natura personale, come la fattispecie in cui, pur potendo far valere in sede giurisdizionale, un danno ingiusto solo con il compimento della maggiore età, non si può escludere che i genitori possano agire a tutela della sfera giuridica del nascituro per diritti che, pur non essendo di natura patrimoniale, abbiano conseguenze e siano suscettibili di valutazione economica, quali il diritto alla salute, all'immagine, all'integrità morale, al nome, alla dignità, ecc. (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 616; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 353; Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in NGCC, 1994, I, p. 690).

L'esattezza della ricostruzione è avallata dalla lettera della norma in commento, che non distingue se la rappresentanza dei figli nati e nascituri sia esclusivamente per atti di natura patrimoniale o anche per quelli di natura personale, non essendo presente alcun ostacolo giuridico per ammettere il potere sostitutivo dei genitori anche per tali tipo di atti, poiché l'interesse da perseguire e tutelare è quello sia morale, sia materiale del figlio, nato o concepito, ovvero il soggetto nella sua completezza.

Dalle considerazioni svolte emerge anche la questione circa l'inizio della potestà, non espressamente chiarito dal legislatore in alcuna norma e in proposito, è possibile affermare che proprio argomentando dall'art. 320 il complesso della potestà possa avere inizio anche prima della nascita, sia per atti di natura personale, sia per quelli di natura patrimoniale, come richiamano gli artt. 462, 643, 784 (L. FERRI, *o.l.u.c.*; A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, p. 100, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 158; parla della necessità considerata nell'art. 320 di tutelare un patrimonio privo di titolare, M. SESTA, *o.c.*, p. 228).

Pertanto, spetteranno ai genitori le azioni di stato rispetto alle quali non vi sia un conflitto di interesse con il minore (M. SESTA, *o.c.*, p. 265), come l'azione civile per ottenere il risarcimento di danni non patrimoniali.

3. L'amministrazione ordinaria e straordinaria. – I genitori che esercitano la potestà possono agire disgiuntamente per gli atti di ordinaria amministrazione, ovvero per gli atti che quotidianamente vengono svolti nella gestione giornaliera della convivenza in famiglia e nella società, mentre l'esercizio congiunto è riservato agli atti di straordinaria amministrazione, quale conseguenza del principio di uguaglianza dei coniugi, *ex art.* 143, al pari di quanto è disposto per l'amministrazione dei beni in comunione, *ex art.* 180 (G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, p. 294).

La fondamentale distinzione tra atto di ordinaria e atto di straordinaria amministra-

zione va colta nella importanza economica della scelta, ovvero se modificativa o meno del patrimonio del minore, anche se la differenza va ricostruita pur sempre in concreto dall'interprete attraverso gli esempi elencati nella norma in commento (Cass., 15 maggio 2003, n. 7546, in MGC, 2003, p. 1114).

Gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione sono quelli che incidono sulla consistenza del patrimonio, tendono a diminuirla, oppure producono nuovi impegni obbligatori, vincoli contrattuali, limitazioni di disponibilità, ecc., tanto che l'impossibilità di individuare un criterio che possa enucleare in via definitiva la natura dell'atto, la maggioranza della dottrina ha ritenuto opportuno fare riferimento al dato normativo esistente in materie affini, sia *a fortiori*, sia *a contrariis*, al fine di realizzare una ricostruzione sistematica ed esaustiva della materia (M. SESTA, *o.c.*, p. 267; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 622; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 360; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 436).

I genitori, dunque, per tali atti devono trovare pieno accordo ed agire congiuntamente; inoltre l'atto deve corrispondere a necessità o utilità evidente per il minore ed infine deve essere sempre rilasciata l'autorizzazione del giudice tutelare.

In primo luogo, sono atti di straordinaria amministrazione le alienazioni di beni, i contratti preliminari (Cass., 10 luglio 1991, n. 7638, in DFP, 1992, I, p. 531), la divisione dei beni ereditari (Trib. min. Torino, 16 novembre 1994, in GI, 1995, I, 2, c. 472), l'accettazione di eredità o legati o donazioni, i contratti di mutui o locazioni ultranovennali, le transazioni (Cass., 22 maggio 1997, n. 4562, in RCP, 1997, p. 1087), la compromissione in arbitri di giudizi relativi a tali atti (App. Torino, 15 ottobre 1992, in GI, p. 1993, I, 2, c. 795), ecc.

Per quanto riguarda le alienazioni, la dottrina rimane concorde nell'attribuire a tale termine un significato più ampio rispetto alla «vendita» in senso tecnico, come ad esempio, l'atto di permuta, la cessione dei crediti, o la costituzione di diritti reali limitati, come le servitù, l'usufrutto, l'enfiteusi (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 365; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2069; L. FERRI, *o.c.*, p. 83).

Inoltre, sempre in tema di alienazioni, è necessario precisare che queste possono anche assumere la fisionomia di atti di ordinaria amministrazione in relazione al valore del bene oggetto del negozio, ovvero beni mobili facenti parte del capitale e di facile deterioramento o frutti naturali.

Ulteriore precisazione va posta per le autorizzazioni in materia di accettazioni e rinunce di eredità e legati, nonché di accettazione di donazioni.

La precedente disciplina prevedeva la necessità dell'autorizzazione unicamente per la rinuncia ad eredità e per l'accettazione di legati e donazioni sottoposti a pesi e condizioni, mentre l'attuale disposizione, prevedendo l'autorizzazione anche per l'accettazione di eredità, è sembrata eccessivamente rigorosa, considerando anche che tale atto è già sottoposto al beneficio di inventario, in funzione chiaramente di garanzia del minore e che la potestà è gestita da entrambi i genitori, con maggiori possibilità, quindi, di controllo e tutela (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 623; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 361; G. VILLA, *o.c.*, p. 295).

Altri, tuttavia, affermano che non è dimostrato come l'accettazione con beneficio di inventario non comporti, comunque, dei rischi e non criticano, pertanto, la rigidità della disposizione (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2060; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 372).

Esulano dalla ordinaria amministrazione anche atti come la costituzione di pegno o ipoteca su beni pervenuti al figlio a qualunque titolo, sia *inter vivos*, sia *mortis causa* (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 624; L. FERRI, *o.c.*, p. 80; G. VILLA, *o.c.*, p. 294), con la necessaria precisazione che nell'ipotesi di acquisto per eredità, l'art. 320, comma 3, troverà applicazione solo dopo il completamento della procedura che si apre per legge con beneficio

d'inventario [Cass., Sez. un., 18 marzo 1981, n. 1593, in GC, 1981, I, p. 2277; Cass., 29 ottobre 1997, n. 10637, in GC, 1998, I, p. 2285; Cass., 7 aprile 1997, n. 2994, in RGI, 1997, voce *Minori (agli effetti civili)*, n. 4; G. FERRANDO, *Potestà dei genitori e amministrazione dei beni del figlio*, in GM, 1980, p. 252].

Si possono altresì, indicare nella riscossione di capitali, ex art. 320, comma 4, le somme diverse dai frutti civili e naturali, che devono essere riscosse da terzi a titolo di donazione o successione, o la parte del reddito che eccede le spese occorrenti per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole (A. JANNUZZI, *o.c.*, p. 359) considerato atto di straordinaria amministrazione e per il quale si richiede l'autorizzazione del giudice tutelare (di contrario avviso A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 625, che ritiene non vincolato l'atto di riscossione dei redditi, argomentando ex art. 375, n. 1).

In tale ipotesi, il giudice nel provvedimento dovrà anche indicare le modalità del reimpegno (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 367; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2078; M. SESTA, *o.c.*, p. 273).

L'amministrazione congiunta dei genitori è, tuttavia, prevista anche per atti che non sono di straordinaria amministrazione, ovvero la concessione o l'acquisto di diritti personali di godimento, scelta del legislatore che produce certamente una stonatura nel sistema e ha avanzato critiche da parte della dottrina (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 346; G. VILLA, *o.c.*, p. 290), la quale ha tentato di superare tale incongruenza e l'indeterminato rinvio della norma, proponendo di restringere l'ambito della disposizione nel senso di applicarla nei casi di concessione o acquisto di diritti personali di godimento unicamente su beni immobili (A.C. PELOSI, *o.l.u.c.*; L. FERRI, *o.c.*, p. 88).

Gli atti di ordinaria amministrazione in nome e per conto del minore che non devono essere decisi congiuntamente dai genitori rappresentano le varie scelte della vita quotidiana, ad esempio l'azione di risarcimento danni subiti dal minore ad opera di terzi (Cass., 15 dicembre 1980, n. 6503, in RFI, 1980, voce *Minore civile*, n. 5; Trib. Trani, 14 gennaio 2001, in G, 2001, p. 2889), o la proposizione di querela (Cass., 3 maggio 1988, in RP, 1989, p. 253), o le azioni dirette a far rientrare nella disponibilità del minore l'immobile locato a terzi, le azioni di risoluzione per morosità o grave inadempimento (Cass., 19 gennaio 1987, n. 438, in RFI, 1987, voce *Minore civile*, n. 6), o l'azione per la costituzione di servitù di passaggio in favore del fondo di proprietà del minore, anche in questo caso l'azione può essere promossa da un genitore disgiuntamente (Cass., Sez. un., 3 febbraio 1989, n. 670, in GC, 1989, I, p. 838), o, ancora, l'azione di risoluzione del contratto di affitto di fondo rustico, o il conferimento di un incarico ad un mediatore affinché reperisca un eventuale acquirente per un bene appartenente al figlio minore, poiché tale incarico si è ritenuto non comporta alcun impegno a vendere detto bene, ma **unicamente l'impegno di porre in essere trattative al fine di constatare se la vendita sia realizzabile ad un prezzo conveniente** (Cass., 6 gennaio 1979, n. 45, in RN, 1979, p. 890), ed ulteriormente, il pagamento di debiti liquidi ed esigibili.

Anche l'attività processuale dei genitori esercenti la potestà non è sempre qualificabile di straordinaria amministrazione, bensì rimane funzionale alle posizioni soggettive di diritto sostanziale, con la conseguenza che l'azione sarà congiunta quando la controversia abbia ad oggetto una delle fattispecie di cui all'art. 320, comma 3, e sia comunque qualificabile, in concreto, atto di straordinaria amministrazione.

Le fattispecie qui considerate rappresentano alcuni esempi non espressamente menzionati dal codice, ma ricostruiti dalla giurisprudenza in base al criterio dell'analogia o dedotti per argomento *a contrario*, al fine di inquadrare una categoria sufficientemente esaustiva degli atti di ordinaria amministrazione (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 626).

4. *L'autorizzazione del giudice tutelare.* - Gli atti di straordinaria amministrazione, oltre che compiuti congiuntamente dai due genitori, devono essere preventivamente au-

torizzati dal giudice tutelare del luogo dove il minore ha il suo domicilio, con richiesta presentata congiuntamente da ambedue i genitori.

La forma del provvedimento è quella del decreto ed è ammesso, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., il reclamo al tribunale ordinario.

Nell'ipotesi che il provvedimento neghi l'autorizzazione, i genitori possono entro dieci giorni proporre reclamo e, invece, se l'autorizzazione è stata concessa e si provi che l'atto abbia leso interessi di terzi, il reclamo è proposto dal p.m. ai sensi dell'art. 740 c.p.c., in quanto i terzi non sono generalmente ritenuti legittimati, in via diretta, al reclamo (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 631).

L'autorizzazione del giudice deve essere preventiva, ovvero non ha alcun valore un'approvazione successiva al compimento del negozio da parte dei genitori, con la conseguenza dell'annullabilità dell'atto medesimo (Cass., 17 marzo 1990, n. 2235, in VN, 1990, p. 648).

Non è, altresì, possibile compiere l'atto sotto condizione sospensiva della autorizzazione del giudice da ottenersi in fase successiva, poiché la disposizione in commento ha natura di ordine pubblico e, pertanto, l'autorizzazione non può formare oggetto di disposizione volontaria delle parti proprio in quanto la legge ha prescritto che essa sia anteriore al compimento del negozio e l'eventuale impegno assunto dai genitori di richiederla in un tempo successivo sarebbe nullo (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 634).

Il giudice, verificando l'atto per il quale viene chiesta l'autorizzazione, ne verificherà la corrispondenza alla utilità e all'interesse del figlio minore (G. TAMBURRINO, *o.c.*, p. 370), e pertanto egli è legittimato a modificare o eliminare clausole e può aggiungervene nuove e qualora i genitori compiano il negozio non tenendo conto di tali modifiche, l'atto sarà annullabile, *ex art.* 322.

Inoltre, non è valida l'autorizzazione al compimento di una serie generica e indefinita di atti, poiché il provvedimento deve essere rilasciato per ogni singolo atto posto al vaglio del giudice tutelare, mentre si ritiene possibile il rilascio di un'autorizzazione c.d. «alternativa», come l'acquisto dell'immobile A al prezzo X o l'immobile B al prezzo Y (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 635).

L'art. 320, comma 3, nel richiedere l'autorizzazione del giudice, ha tuttavia coordinato il disposto con la verifica del caso concreto, valutando se l'atto in questione possa effettivamente qualificarsi di straordinaria amministrazione (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 623; P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 437).

5. Esercizio di un'impresa commerciale. – L'art. 320, comma 5, prevede che il minore possa continuare l'esercizio di un'impresa commerciale già avviata e che sia al medesimo pervenuta *mortis causa* o per donazione.

La legge, infatti, non consente al minore, a meno che non sia emancipato, di intraprendere *ab initio* l'esercizio di un'impresa, considerato il profilo aleatorio e, quindi, di rischio, dei risultati che di regola presentano le attività di carattere economico-imprenditoriale (P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 439; Cass., 15 maggio 1984, n. 2936, in GCo, 1984, II, p. 333).

Inoltre, la continuazione dell'attività deve comunque essere autorizzata dal Tribunale ordinario, previo parere del giudice tutelare.

Nulla esclude che i genitori scelgano, invece della continuazione dell'impresa, una sua eventuale alienazione, un affitto o una liquidazione, se ritenuto più conveniente per il minore, sempre con la necessaria autorizzazione del giudice tutelare (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2099; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 628; App. Torino, 3 giugno 1993, in DFP, 1993, I, p. 1113), mentre non è consentito che i genitori possano acquistare a titolo oneroso l'impresa continuata, in nome e per conto del figlio minore, in considerazione del divieto

posto dalla norma di creare un'impresa commerciale *ex novo* in capo al minore (G. TAMBURRINO, *o.c.*, p. 376 ss.; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 629, i quali Autori, tuttavia, non escludono la possibilità dell'acquisto dell'azienda, qualora il negozio di presenti vantaggioso, così da cederla in affitto ed evitando l'acquisto della qualità di imprenditore in capo al minore, circostanza che la legge ha inteso assolutamente escludere).

Altra dottrina ritiene, invece, che il minore possa svolgere attività di impresa anche per un acquisto dell'impresa a titolo oneroso (V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, p. 75), non potendo incidere sul rischio inerente l'esercizio di un'impresa il fatto che sia pervenuta all'incapace a titolo oneroso o gratuito.

Dal momento in cui i genitori abbiano ottenuto l'autorizzazione prevista, che andrà iscritta nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2198, possono compiere tutti gli atti inerenti all'esercizio dell'impresa, senza la necessità che, di volta in volta, richiedano ulteriori autorizzazioni per ogni negozio da stipulare, anche se di straordinaria amministrazione, poiché la specialità del settore conduce alla conseguenza che l'autorizzazione iniziale implicitamente legittima tutti i successivi atti inerenti e necessari all'esercizio dell'impresa (V. COLUSSI, *o.c.*, p. 96).

L'osservazione merita alcune precisazioni, in quanto è necessario fare riferimento agli atti richiesti per quel tipo di attività che sono ritenuti «normali» e quindi non necessitano di autorizzazione, pur se al di fuori di tale ambito, sarebbero qualificati di «straordinaria amministrazione»; mentre, tale provvedimento sarà comunque necessario qualora il negozio sia di natura «eccezionale» rispetto alla normalità dell'esercizio di quell'impresa in concreto considerata.

In altri termini, contrarre un mutuo, l'avallo, la concessione di garanzie reali e personali, sono esempi di atti per i quali è necessaria la preventiva autorizzazione del giudice tutelare, mentre per le alienazioni di beni immobili, non sarebbe previsto il provvedimento se oggetto dell'impresa commerciale autorizzata sia proprio la vendita di tali beni (V. COLUSSI, *o.c.*, p. 104, nota 66).

Per quanto riguarda la partecipazione del minore a società in nome collettivo o in accomandita semplice, nella qualità di accomandatario, vige la medesima regola secondo la quale l'autorizzazione viene concessa solo se la partecipazione si riferisce a società già esistenti e se la quota è pervenuta al minore per eredità o per donazione e analogamente sono soggette all'autorizzazione del giudice tutelare le acquisizioni di partecipazioni in società di capitali già avviate (Pret. Roma, 8 ottobre 1993, in RN, 1994, I, p. 130).

Dopo aver ottenuto la prevista autorizzazione, il minore acquista la qualifica di imprenditore commerciale e rimane così, soggetto al fallimento.

Tuttavia, la legge ne ha limitato le conseguenze negative ai soli effetti patrimoniali, gravando gli effetti personali, in particolare quelli di carattere penale, sui rappresentanti legali, ovvero i genitori (L. FERRI, *o.c.*, p. 93).

Nelle more del procedimento per l'autorizzazione, al fine di evitare interruzioni nell'attività dell'impresa che potrebbero pregiudicarne l'andamento, il giudice tutelare può consentire l'esercizio provvisorio.

Nell'ipotesi in cui l'autorizzazione non venga rilasciata, gli atti compiuti saranno annullabili e per i genitori non viene esclusa l'eventualità di una responsabilità *in contrahendo*.

Poiché la norma in commento fa espresso riferimento unicamente ad un'impresa commerciale, parte della dottrina è stata indotta a ritenere che per l'esercizio di un'impresa agricola *ab initio* si applichi la disciplina generale relativa agli atti di straordinaria amministrazione (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 369).

Per tale fattispecie, dunque, sarebbe sufficiente l'autorizzazione del giudice tutelare considerato che l'esercizio di un'impresa agricola implica, di regola, minori rischi econo-

mici, come il fallimento che, per tale tipo di impresa, viene escluso dalla legge (L. FERRI, *o.c.*, p. 92; A.C. PELOSI, *o.l.u.c.*).

6. Il conflitto di interessi e il curatore speciale. – L'ultima parte della norma in commento disciplina un'ipotesi di anomalia della funzione di rappresentanza dei genitori, ovvero la situazione del conflitto di interessi che può configurarsi tra rappresentante (genitore) e rappresentato (figlio minore), peraltro caratteristica di ogni fenomeno di rappresentanza (G. VILLA, *o.c.*, p. 298), con la precisazione che in questa ipotesi entrambi i genitori devono essere in conflitto di interessi contro il figlio, poiché se tale conflitto riguarda solo un genitore, la rappresentanza si concentra in capo all'altro genitore.

Tuttavia, questa soluzione legislativa non è stata da tutti condivisa in quanto comporta per il genitore non in conflitto, l'imbarazzante condizione di dover scegliere tra l'interesse del figlio e quello del coniuge ed inoltre la disposizione in parola pone in dubbio la rilevanza del c.d. «conflitto indiretto», il quale si presenta quando il rappresentante, che abbia particolari rapporti con la controparte del negozio (affettivi o economici), possa essere indotto ad avvantaggiare questa e non conseguire l'interesse del minore, rappresentato (M. SESTA, *o.c.*, p. 279; V. VADALÀ, *L'amministrazione dei beni e la rappresentanza dei figli minori*, in AA.Vv., *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 338).

L'ipotesi è rappresentata, ad esempio, dalla donazione al figlio minore da parte di uno solo dei genitori.

In tal caso, la maggioranza della dottrina sostiene che non sia necessaria la nomina di un curatore speciale, in quanto l'altro genitore può accettare la donazione, previa autorizzazione del giudice tutelare (L. FERRI, *o.c.*, p. 100; F. COPPOLA, *Donazione da genitori a figlio minore, oltre il conflitto di interessi*, in FDi, 2003, p. 632); mentre la giurisprudenza ammette la sussistenza del conflitto di interessi sia quando il donante sia un solo genitore, sia quando lo siano entrambi (Cass., 19 gennaio 1998, n. 439, in DFP, 1982, I, p. 1189), argomentando sia dall'art. 320, comma 3, in materia di autorizzazione per l'accettazione di donazioni, sia dall'art. 437, a norma del quale «il donatario è tenuto a prestare gli alimenti al donante», ed inoltre si avrebbe, oltre alla citata modifica dell'ordine previsto dall'art. 433 in materia di alimenti, anche una diversa suddivisione dei diritti previsti dal codice civile in tema di successione dei legittimari (art. 536).

Ciò in quanto la donazione *de quo* potrebbe ledere la quota di legittima relativa al coniuge non donante (Trib. Roma, 30 giugno 1986, in RN, 1986, p. 961; App. Palermo, 7 dicembre 1989, in VN, 1990, p. 652).

Qualora sorga il conflitto, la legge prevede che il giudice tutelare nomini un curatore speciale il quale diventa il «nuovo» rappresentante del figlio nella stipulazione dell'atto (Cass., Sez. un., 16 ottobre 1985, n. 5073, in FI, 1985, I, c. 2550) e qualora il contrasto sia relativo a più figli tra di loro, si afferma l'opportunità di nominare più curatori, tanti quanti sono i soggetti in conflitto (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 636).

Circa la natura – patrimoniale e/o personale del conflitto – alcuni ritengono che il genitore possa non avere equilibrio di giudizio anche quando tale contrasto abbia carattere meramente morale (G. BONILINI, *o.c.*, p. 298; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 371).

L'ipotesi potrebbe riguardare l'azione di disconoscimento e di contestazione, ex artt. 247, comma 2, e 248, comma 3, tipico caso di conflitto di interessi non patrimoniali.

Per quanto concerne il contenuto del conflitto, questo sembra sostanziarsi in un pericolo di danno o di abuso da parte dei rappresentanti, e deve essere attuale e certo al momento della conclusione dell'atto, quindi la valutazione del conflitto sarà senza dubbio preventiva.

Inoltre, non si ritiene sufficiente che i genitori abbiano un proprio interesse personale nell'atto che devono stipulare, ma è necessario che vi sia un collegamento causale di

diretto contrasto con l'interesse dei figli, con la conseguenza che il vantaggio per i primi corrisponda inevitabilmente ed eziologicamente ad un pregiudizio per i secondi (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 637).

Qualora la nomina del curatore speciale avvenga per una controversia giudiziaria, il compito di quest'ultimo è limitato alla mera rappresentanza processuale.

Il potere del curatore speciale comprende sia la rappresentanza sia l'amministrazione per gli atti in conflitto, con l'effetto di dover ottenere l'eventuale autorizzazione del giudice tutelare, se trattasi degli atti di cui al comma 3 dell'art. 320 (Cass., Sez. un., 16 ottobre 1985, n. 5073, in GC, 1985, I, 2703).

I suoi compiti non possono essere preventivamente circoscritti, né possono essere al medesimo imposte modalità di scelta o di attuazione degli atti da compiere, poiché il suo ufficio verrebbe immotivatamente privato di valore e facoltà che deve espletare accertando l'effettivo vantaggio per il minore e l'opportunità stessa circa il compimento degli atti (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 638).

Tuttavia, se il genitore non si trova soddisfatto dell'operato del curatore, può sempre chiederne la sostituzione e potrebbe anche revocare la nomina per rientrare nell'esercizio dei suoi poteri in quell'affare specifico, se venga provato che il conflitto di interessi è venuto meno prima che il negozio sia concluso.

Art. 321 (Nomina di un curatore speciale). (1)

In tutti i casi in cui i genitori congiuntamente, 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, eccedente l'ordinaria amministrazione, il giudice, su richiesta del figlio stesso, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse, e sentiti i genitori, può nominare al figlio un curatore speciale autorizzandolo al compimento di tali atti.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 144, l. 19 maggio 1975, n. 151.

La norma in commento ha subito una profonda innovazione rispetto al sistema precedente la Riforma, in quanto prevede che qualora i genitori (entrambi) non siano nella possibilità di compiere uno o più atti che siano necessari per l'interesse del figlio, può essere nominato un curatore speciale, laddove la sostituzione era prevista solo quando il padre non volesse o potesse accettare eredità o donazioni attribuite al figlio.

Si ritiene che tale formulazione sia un valido esempio del nuovo indirizzo di politica legislativa voluto dal riformatore del '75 (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 641), in quanto ha ridotto il potere discrezionale dei genitori, aumentando invece, la possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria, e nel contempo ha riconosciuto al minore una più ampia possibilità di partecipazione nelle vicende che riguardano il suo interesse, generalmente inteso.

Inoltre, la dottrina rimane concorde nell'affermare che l'impossibilità richiamata dalla norma in commento non possa riferirsi alla stessa che giustifica, ad esempio, l'apertura della tutela, oppure alla situazione di conflitto di interessi; l'impossibilità deve, dunque, essere temporanea e riguardare entrambi i genitori, poiché altrimenti troverebbe applicazione il disposto ex artt. 316 e 317 (M. VADALÀ, *L'amministrazione dei beni e la rappresentanza dei figli minori*, in AA.VV., *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 343; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2122; A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 376), ed infine deve riguardare atti di straordinaria amministrazione (G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 383).

La norma, pertanto, sembra riferirsi all'ipotesi in cui i genitori non vogliano compiere un atto di straordinaria amministrazione vantaggioso per il figlio minore, inerzia che potrebbe nascere da varie motivazioni che la legge non ha ritenuto utile individuare, tendendo, in realtà, a sopperire un'urgenza nell'interesse del figlio che troverà risposta nella nomina del curatore speciale chiamato al compimento dell'atto in questione.

La preoccupazione di una eccessiva ingerenza dell'autorità giudiziaria nelle vicende familiari, ha indotto alcuno a ritenere limitata l'operatività della disciplina alle sole ipotesi in cui dal mancato compimento dell'atto, possa derivare un pregiudizio al figlio (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 377).

Mentre altri, più opportunamente, ritiene che l'intervento del giudice sia giustificato quando si tratti di atti necessari, di vantaggio e di utilità evidente per il figlio (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 642; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2129; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, p. 284) e tale interpretazione sembra più rispondente, sia alla *ratio* e sia alla lettera della norma stessa.

Una importante novità è rappresentata dalla legittimazione attiva per la nomina del curatore riservata anche al figlio il quale dovrà, tuttavia, avanzare richiesta tramite il giudice tutelare (L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, p. 106; A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; P. VERCELLONE, *La filiazione, legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 443), mentre secondo altri la competenza sarebbe del Tribunale ordinario, non essendo stato espressamente prevista nella norma il ricorso al giudice tutelare (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2127; A.C. PELOSI, *o.l.c.*; G. TAMBURRINO, *o.l.c.*; Cass., 13 marzo 1992, n. 3079, in VN, 1992, p. 1146).

Si discute anche la necessità per il figlio, al fine del suo ricorso personale, di aver raggiunto una minima capacità di intendere e di volere, e nel silenzio della legge, si è ritenuto legittimato solo il minore che abbia compiuto i quattordici anni (A.C. PELOSI, *o.l.c.*).

Il giudice che nomina il curatore, lo autorizza contestualmente al compimento degli atti in questione, senza la necessità di autorizzazione da parte del giudice tutelare, poiché la convenienza dell'atto è già stata valutata dall'autorità giudiziaria nel momento in cui ha nominato il curatore, a differenza della figura prevista dall'art. 320, ultimo comma, la quale è investita, invece, del potere di valutare l'opportunità circa il compimento o meno dell'atto, per poi chiedere l'autorizzazione se trattasi di straordinaria amministrazione (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 645).

Art. 322 (Inosservanza delle disposizioni precedenti). (1)

Gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli del presente titolo possono essere annullati su istanza dei genitori esercenti la potestà o del figlio o dei suoi eredi o aventi causa.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 145, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Si ritiene generalmente in dottrina che la disposizione dell'art. 322 si riferisca in senso ampio a tutti gli articoli precedenti, contenuti nel titolo IX, i quali prevedano particolari prescrizioni o autorizzazioni (G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 385; A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 646; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 436).

Alcuni afferma che la norma attribuisca una facoltà di scelta al Tribunale chiamato a giudicare l'impugnativa, ovvero la norma affermando che gli atti compiuti in violazione delle disposizioni previste, «possono essere annullati», non dispone l'obbligatorietà dell'azione, con la conseguenza di «paralizzare impugnazioni spregiudicate o addirittura ri-

cattatorie, promosse non solo da parte dei genitori, ma anche dello stesso minore o dei suoi eredi o aventi causa» (F.D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in DFP, 1982, II, p. 67).

Pertanto, ove l'atto che necessitava di preventiva autorizzazione da parte del giudice tutelare, sia stato compiuto ugualmente dai genitori, senza ridetta autorizzazione o gli stessi abbiano compiuto l'atto in modo difforme rispetto alle indicazioni previste dall'autorizzazione o il negozio sia stato concluso da un solo genitore, tale atto è annullabile [Cass., 12 agosto 1996, n. 7495, in MGC, 1996, p. 1171; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in RGI, 1988, voce *Minori (agli effetti civili)*, n. 6].

La norma, peraltro, prevede una sanzione che si discosta dai principi generali in materia di mancanza di autorizzazione o difetto di legittimazione dei genitori, che dovrebbe prevedere l'inefficacia dell'atto, ma non la sua invalidità (M. TAMPONI, *L'atto non autorizzato nell'amministrazione dei patrimoni altrui*, p. 148).

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto opportuna tale previsione, in quanto l'inefficacia del negozio in tal caso è prevista in funzione diretta e specifica dell'interesse del minore, circostanza che non si sarebbe realizzata se si fosse ammessa una efficacia «in senso stretto», rilevabile anche dai terzi contraenti e da tutti gli eventuali altri soggetti interessati (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 645).

Infatti, la norma indica il principio secondo il quale l'azione di annullamento non può essere rilevata dall'altro contraente e neppure dal giudice d'ufficio, come nell'ipotesi di accettazione di eredità compiuta dal genitore in assenza di autorizzazione del giudice tutelare, per la quale è stato negato il diritto di impugnare tale negozio ai coeredi interessati ad accrescere, in realtà, la loro quota dell'asse ereditario (Cass., 12 agosto 1996, n. 7495, *cit.*).

Medesimo principio è stato applicato nel caso di donazione a favore di minore, per la cui accettazione non era stata richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare: in tale fattispecie si è escluso che l'invalidità dell'atto potesse essere rilevata dai coeredi del donante, in sede di divisione ereditaria, al fine di ricomprendere il bene donato nell'asse ereditario (Cass., 16 novembre 1981, n. 6057, in RN, 1982, p. 93 ss.).

L'annullamento potrà essere richiesto anche quando l'atto sia stato compiuto dal figlio medesimo, o quando i genitori abbiano agito in conflitto di interessi (F.D. BUSNELLI, *o.c.*, p. 68, nota 34; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2136; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, p. 96).

Si discute se l'istanza di annullamento debba essere presentata da entrambi i genitori (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2135; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 644; G. TAMBURRINO, *o.c.*, p. 386; F.D. BUSNELLI, *o.c.*, p. 67), o anche da uno solo di essi, considerando che secondo tale orientamento, il provvedimento rivolto ad eliminare gli effetti di un atto compiuto in violazione di norme previste a tutela di incapaci, non rappresenta un atto di straordinaria amministrazione (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 380).

Per quanto concerne la disciplina, trova applicazione quella generale prevista per forma di invalidità e in particolare il termine di prescrizione di cinque anni che per il figlio decorrerà dal compimento dei diciottesimo anno di età (art. 1442, comma 2).

Infine, poiché trattasi di ipotesi di incapacità legale, si ritiene applicabile il disposto ex art. 1443, secondo il quale gli acquisti dei terzi compiuti in base a tale atto annullabile sarebbero pregiudicati, fatti salvi per i beni immobili gli effetti sananti della trascrizione trascorsi i cinque anni previsti dall'art. 2652, n. 6; mentre, per i beni mobili gli acquisti dei terzi sarebbero validi se compiuti in buona fede e se ne abbiano acquisito il possesso, sulla base del disposto ex art. 1153 (L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 115; P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 438).

Diversa è l'ipotesi in cui i genitori abbiano agito senza spendere il nome del figlio rap-

presentando, ad esempio, nella vendita di un bene di quest'ultimo: in questo caso si applicheranno i principi relativi alla vendita di beni altrui, art. 1478 (Cass., 10 marzo 1981, n. 1341, in FI, 1982, I, c. 508) o in alternativa, ricorrendone i presupposti, si realizzerà un acquisto *a non domino* a favore dell'acquirente, ex art. 1153 (Cass., 11 maggio 1978, n. 2299, in RN, 1979, p. 575; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, p. 299, nota 177).

Da non escludere, infine, anche l'ipotesi della responsabilità del notaio rogante, il quale non può ricevere atti da parte di genitori o tutori di minori senza essere stati preventivamente autorizzati secondo quanto disposto dall'art. 320, responsabilità prevista ai sensi dell'art. 138, l. 16 febbraio 1913, n. 89 (Cass., 21 aprile 1983, n. 2745, in VN, 1983, p. 1131 ss.).

Art. 323 (Atti vietati ai genitori). (1)

I genitori esercenti la potestà sui figli non possono, neppure all'asta pubblica, rendersi acquirenti direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore.

Gli atti compiuti in violazione del divieto previsto nel comma precedente possono essere annullati su istanza del figlio o dei suoi eredi o aventi causa.

I genitori esercenti la potestà non possono diventare cessionari di alcuna ragione o credito verso il minore.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 146, l. 19 maggio 1975, n. 151.

La norma è collegata a quella che prevede il conflitto di interessi tra genitori e figlio rappresentato e sancisce il divieto degli atti *de quo* sul presupposto che nelle condizioni indicate il conflitto sia presente.

Tuttavia, il carattere del conflitto di interessi previsto dalla norma in commento è più forte, non disponendo la nomina del curatore speciale, come nell'art. 320, ult. comma, bensì il divieto dell'atto medesimo.

La disposizione ha contenuto assoluto e non richiama la verifica circa il vantaggio economico o meno dell'atto per il minore: la legge ha effettuato una valutazione a priori stabilendo che, in determinate condizioni, esiste un grave conflitto di interessi non sanabile con la nomina di un curatore e pertanto i genitori non possono in alcun modo compiere il negozio.

L'interposizione cui fa riferimento la norma è sia quella fittizia, sia quella reale, ovvero quando vi sia un accordo tra genitori e terzo interposto nel senso che quest'ultimo acquisti effettivamente il bene del minore, con l'obbligo (fiduciario) di ritrasferirlo in capo all'interponente, con successivo atto (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 640). Tale disposto prevede la necessità di fornire la prova a carico di colui che esperisce azione di annullamento dell'atto, circa l'accordo di interposizione (reale o fittizia) del genitore con il terzo che abbia acquistato per conto del genitore, il bene del minore (G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, p. 1129).

L'art. 323 rappresenta una specificazione del generale divieto, contenuto nell'art. 1471, n. 3, di contrarre in condizioni di conflitto di interessi (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 381).

La norma sancisce il divieto unicamente per gli acquisti dei genitori dal figlio e non anche le vendite dal genitore al figlio, che sono atti i quali, ai sensi dell'art. 320, ult. comma, richiedono comunque la nomina di un curatore speciale.

Inoltre, si ritiene che il divieto colpisca gli atti *inter vivos* e non anche quelli *mortis causa* (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 641).

Gli atti compiuti in violazione della norma possono essere annullati su istanza del minore o dei suoi eredi o aventi causa (G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, p. 298), mentre i genitori non sono legittimati al ricorso, in quanto ritenuti dalla legge indegni anche sotto tale profilo.

Il comma 3 dell'art. 323, infine, prevede il divieto per i genitori di rendersi cessionari di crediti del figlio minore, non prevedendo, tuttavia, gli effetti che la violazione di tale divieto possa comportare.

Alcuni ritengono che la conseguenza della violazione sarebbe la nullità dell'atto (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 436), mentre secondo altri si produrrebbe l'identica annullabilità che colpisce il divieto di acquisto, in coerenza logica con tutto il disposto della norma (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 382).

Si afferma, altresì, che il comma 3 si riferisca alla cessione di singoli crediti e non alla cessione di contratti nei quali il contraente creditore sia il minore, quali la locazione, poiché tali atti possono essere stipulati dal genitore con il figlio direttamente, pur secondo le cautele e le modalità previste dall'art. 320.

Pertanto, è ritenuto contraddittorio il fatto di vietare in modo assoluto al genitore di rendersi cessionario di tale contratto da un terzo (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*).

Art. 324 (Usufrutto legale). (1)

I genitori esercenti la potestà hanno in comune l'usufrutto dei beni del figlio. I frutti percepiti sono destinati al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli.

Non sono soggetti ad usufrutto legale:

- 1) *i beni acquistati dal figlio con i proventi del proprio lavoro;*
- 2) *i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;*
- 3) *i beni lasciati o donati con la condizione che i genitori esercenti la potestà o uno di essi non ne abbiano l'usufrutto: la condizione però non ha effetto per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima;*
- 4) *i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettazione nell'interesse del figlio contro la volontà dei genitori esercenti la potestà. Se uno solo di essi era favorevole all'accettazione, l'usufrutto legale spetta esclusivamente a lui.*

(1) Articolo così sostituito dall'art. 147, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 325 (Obblighi inerenti all'usufrutto legale). (1)

Gravano sull'usufrutto legale gli obblighi propri dell'usufruttuario.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 148, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 326 (Inalienabilità dell'usufrutto legale. Esecuzione sui frutti). (1)

L'usufrutto legale non può essere oggetto di alienazione, di pegno o di ipoteca né di esecuzione da parte dei creditori.
L'esecuzione sui frutti dei beni del figlio da parte dei creditori dei genitori o

di quello di essi che ne è titolare esclusivo non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 149, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 327 (Usufrutto legale di uno solo di genitori). (1)

Il genitore che esercita in modo esclusivo la potestà è il solo titolare dell'usufrutto legale.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 150, l. 19 maggio 1975, n. 151.

SOMMARIO: 1. Natura e funzione dell'istituto e potestà genitoria. – 2. Oggetto dell'usufrutto legale e beni esenti. – 3. Poteri ed obblighi dell'usufruttuario. – 4. Indisponibilità dell'usufrutto legale. – 5. Usufrutto legale dei genitori naturali.

1. *Natura e funzione dell'istituto e potestà genitoria.* – L'attuale figura dell'istituto dell'usufrutto legale si presenta con un profilo necessariamente diverso da quello che lo caratterizzava nelle codificazioni del 1800 e anche nel nostro codice del '42 anteriormente alla Riforma del diritto di famiglia del '75, rivolto soprattutto a predisporre vantaggi a favore del genitore che esercitava la potestà, quale «corrispettivo» per le prestazioni che eseguiva in favore del figlio, in un'ottica assolutamente patriarcale (F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, p. 642; G. LISELLA, *Usufrutto legale*, p. 20 ss.).

Il fondamento dell'istituto, secondo l'attuale dottrina, risiede nel generale principio di solidarietà familiare, escludendo che esso possa essere diretto al conseguimento di interessi personali del genitore, come del figlio minore, ed è rivolto a soddisfare il mantenimento della famiglia nel suo complesso (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 384; G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, p. 118; in senso critico sulla permanenza dell'istituto anche dopo la Riforma, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, p. 335; G. LISELLA, *o.u.c.*, p. 130).

A conferma di tale impostazione, si richiama l'opinione di chi ha osservato come nell'attuale disciplina non è più previsto tra gli obblighi dell'usufruttuario, quello relativo alle spese di mantenimento, educazione e istruzione dei figli, ragione per cui la funzione dell'istituto è certamente rivolta alla soddisfazione dei bisogni della famiglia (G.F. BASINI, *L'usufrutto legale dei genitori*, p. 497).

La norma si coordina anche con l'art. 315 di cui non rappresenta una duplicazione, poiché quest'ultima si riferisce a figli che siano autonomi economicamente, pur conviventi con la famiglia, mentre l'usufrutto facendo richiamo ad un generale interesse della famiglia, si rivolge al patrimonio di figli che pur titolari di beni, non siano ancora autonomi economicamente e dal punto di vista lavorativo (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 648).

Inoltre, mentre l'usufrutto si estingue con il raggiungimento della maggiore età, il dovere di contribuzione ex art. 315 permane finché il figlio convive con la famiglia (F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, p. 147).

In realtà, c'è chi avanza l'ipotesi che l'usufrutto legale, rimanendo vincolato alla minore età del figlio, non rappresenti istanze solidaristiche, ma profili di tutela esclusivamente patrimonialistica della situazione del minore (F. RUSCELLO, *o.c.*, p. 148; diversamente G. LISELLA, *Usufrutto legale*, p. 80 ss.). Infatti, si afferma anche – in senso critico – che la Riforma abbia voluto mantenere un istituto legato alla concezione del figlio come "appartenente" al genitore e conferisce a quest'ultimo un potere di utilizzo dei beni del minore difficilmente giustificabile (C.M. BIANCA, *o.l.u.c.*).

Di là dalle divergenti opinioni sulla opportunità dell'istituto, ulteriore discussione è nata circa la natura giuridica dell'usufrutto legale, ovvero se questo rappresenti un diritto soggettivo per i genitori, se abbia o meno carattere di realtà ed entro quali termini può ricondursi all'usufrutto ordinario.

In particolare, la parte della dottrina che ne sostiene la natura di diritto soggettivo (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, p. 453), ne ammette la natura reale e lo riconduce all'usufrutto ordinario (G. TAMBURRINO, *La filiazione*, p. 389; A. CICU, *La filiazione*, p. 391, lo reputa assimilabile all'usufrutto ordinario solo analogicamente); mentre altri, non avendo la legge previsto il diritto di sequestrare, negano tale natura all'usufrutto legale (L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 125), ed altri ancora lo qualificano esplicitamente come un diritto personale di godimento (A. DE ROSA, *La tutela degli incapaci, I. La patria potestà*, p. 262; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 650; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 382).

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha, peraltro, dichiarato che essendo l'usufrutto legale attribuito ai genitori non per un loro personale interesse, non può essere qualificato un diritto soggettivo, bensì un potere-dovere (Corte cost., 24 gennaio 1991, n. 27, in DFP, 1992, I, p. 47).

Inoltre, alcuni Autori sostengono la natura di «diritto familiare» dell'usufrutto legale (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2154; A. JANNUZZI, *Manuale di volontaria giurisdizione*, p. 70; I. BAVIERA, *Diritto minorile*, II, p. 582), in considerazione della significativa differenza strutturale dei diritti familiari rispetto ai diritti privati (L. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, p. 275; A. CICU, *o.c.*, p. 389).

In merito al rapporto fra usufrutto legale e potestà, una parte della dottrina sostiene che esso rappresenti un attributo della potestà e acquista la natura di funzione familiare proprio in quanto ricompreso in essa (A. CICU, *o.c.*, p. 387 ss.; L. FERRI, *o.c.*, p. 119; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 651); mentre altri ritiene che l'usufrutto legale non può essere ascritto alla potestà, in ragione del diverso fine perseguito, ovvero il soddisfacimento dei bisogni dell'intero nucleo familiare, e la potestà si rivolge, invece, alla realizzazione dell'interesse esclusivo del minore (G.F. BASINI, *o.c.*, p. 502).

Tendenzialmente, è possibile affermare che la situazione dei due istituti coincide, al di là di alcune specifiche ipotesi che mantengono autonome le due figure, come per quanto previsto dall'art. 324, comma 3, che disciplina i beni sottratti all'usufrutto legale, senza che, tuttavia, la potestà dei genitori venga meno (M. SESTA, *L'usufrutto legale*, p. 291).

Un'altra disposizione dalla quale si evince un collegamento tra usufrutto legale e potestà è rappresentata dall'art. 327, nel quale viene previsto il principio secondo il quale «il genitore che esercita in modo esclusivo la potestà è il solo titolare dell'usufrutto legale», affermando così che se uno dei due genitori perde la potestà, questa si concentra in capo all'altro e così l'usufrutto, che si trasforma da usufrutto per quota, in usufrutto per l'intero (M. SESTA, *o.l.c.*; L. FERRI, *o.c.*, p. 137).

2. Oggetto dell'usufrutto legale e beni esenti. - La norma di cui all'art. 324, comma 1 prescrive, come regola generale, che oggetto dell'usufrutto siano tutti i beni del figlio minore, ad eccezione di alcuni individuati in quattro categorie (L. FERRI, *o.c.*, p. 128; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, p. 173; C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 336), che per la loro particolare natura alcuni ritiene che trattasi di beni sentiti come «familiari», pur appartenendo giuridicamente al figlio minore (P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 452).

In primo luogo, non sono soggetti alla disciplina dell'usufrutto legale i beni acquistati dal figlio con proventi del proprio lavoro e alcuni hanno interpretato la disposizione nel senso che il legislatore ha inteso ricomprendere in tale categoria sia i beni, sia i proventi del minore (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 388; L. FERRI, *o.c.*, p. 129).

L'eccezione viene giustificata dall'esigenza di tutelare il lavoro del minore, svolto anche prima dei diciotto anni e di valutarlo equamente come bene personale del minore stesso (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 652).

Inoltre, sono esclusi dall'usufrutto legale i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione.

La disposizione lascia intendere come il legislatore abbia voluto rispettare la volontà del disponente il quale, scegliendo di destinare cespiti patrimoniali ad un soggetto per intraprendere un'arte, una carriera o una professione, ha avuto lo scopo di tutelare il conseguimento esclusivo dell'interesse del minore beneficiario.

Appare chiaramente in contrasto con tale volontà «liberale» la destinazione per legge dei frutti di tali cespiti ad un fine diverso, come quello del mantenimento della famiglia previsto dall'usufrutto legale (L. FERRI, *o.c.*, p. 131).

Inoltre, è opinione comune in dottrina che tale esclusione sia prevista, al pari del caso precedente, per la tutela della libertà professionale del minore (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2162) e si discute quale sia la forza vincolante della disposizione.

In particolare, se questa si presenta sotto la forma di un *modus*, si ritiene che i genitori siano esonerati dall'adempiere qualora il figlio non dimostri capacità o attitudine verso la professione indicata dal disponente (A. CICU, *o.c.*, p. 399), mentre se è stata apposta una vera condizione risolutiva, il verificarsi della stessa, ovvero il mancato avviamento del figlio verso una determinata professione o carriera, avrà come effetto la risoluzione della disposizione (A. e M. FINOCCHIARO, *o.l.c.*).

Sono, altresì, esclusi dal regime dell'usufrutto legale i beni lasciati o donati al minore sotto la condizione che i genitori non ne abbiano l'usufrutto, per evitare che il disponente possa astenersi dal beneficiare il minore, conoscendo che tali attribuzioni verrebbero sottoposte a usufrutto legale e trovandosi, magari, in avversione con i genitori stessi. (A. CICU, *o.c.*, p. 400; A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 389).

Qualora l'esclusione riguardi un solo genitore, questa non si estende anche all'altro (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 653), con l'effetto che i beni saranno soggetti all'usufrutto legale del genitore non escluso e nei suoi confronti appare possibile parlare di un accrescimento dell'usufrutto legale (L. FERRI, *o.c.*, p. 133).

Secondo una parte della dottrina, la possibilità di escludere il genitore dall'usufrutto mediante un atto di autonomia privata, si porrebbe in contrasto con i principi di diritto familiare, essendo l'usufrutto legale un'attribuzione della potestà e non potrebbe esserne escluso con tale atto di terzi (A. CICU, *o.l.c.*).

Poiché, dunque, trattasi di norma eccezionale, deve interpretarsi restrittivamente, per cui l'esclusione dall'usufrutto deve risultare in modo espresso e non attraverso un *modus* (L. FERRI, *o.c.*, p. 132) e dall'esclusione non dipende automaticamente l'esclusione dell'amministrazione del genitore.

Infine, ulteriore ipotesi di esclusione dall'usufrutto legale oltre quelle previste dall'art. 324, è rappresentata da quella in cui uno o entrambi i genitori siano indegni di succedere, *ex art.* 465, poiché l'indegnità comporta la perdita dell'usufrutto legale sui beni ereditati per rappresentazione dal figlio e del potere di amministrarli (M. SESTA, *o.c.*, p. 299).

3. Poteri ed obblighi dell'usufruttuario. — L'art. 325 prevede a carico del genitore usufruttuario legale gli obblighi che gravano sull'usufruttuario ordinario, tuttavia, in considerazione delle differenze che, comunque, sono presenti fra i due istituti, si precisa che non tutti gli obblighi dell'usufruttuario ordinario gravano sui genitori usufruttuari legali (G.F. BASINI, *o.c.*, p. 512, nota 94).

In particolare, gravano sui genitori le spese relative alla custodia, all'amministrazione e alla manutenzione ordinaria, *ex art.* 1004; i carichi annuali di cui all'art. 1008, alle pas-

sività che gravano su eredità in usufrutto, *ex art.* 1010, alle spese per le liti di cui all'art. 1013 e alla redazione dell'inventario (G.F. BASINI, *o.c.*, p. 513; A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 654; L. FERRI, *o.c.*, p. 127).

Invece, non gravano sul genitore usufruttuario legale le disposizioni *ex art.* 981, comma 1, che vieta all'usufruttuario di modificare la destinazione economica del bene, *ex art.* 985, che prescrive la favore dell'usufruttuario un'indennità per i miglioramenti apportati, l'art. 1002, comma 3, che prevede il rendi conto della propria gestione e il prestare idonea garanzia (L. FERRI, *o.l.u.c.*; M. SESTA, *o.c.*, p. 294).

Infatti, qualora si presentasse l'esigenza, i genitori dietro autorizzazione del giudice tutelare potrebbero anche cambiare destinazione economica dei beni e comunque rimangono liberi nello scegliere le modalità attraverso le quali disporre dei frutti relativi a ridetti beni oggetto di usufrutto.

La maggioranza della dottrina, ritiene, altresì, che il residuo di quanto rimasto dei tali proventi, dopo che siano stati ampiamente utilizzati per soddisfare i bisogni della famiglia, vada capitalizzato nel patrimonio personale del minore, negando la possibilità di un libero e arbitrario utilizzo anche di tali frutti residui (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; C. COSSU, *Potestà dei genitori*, p. 125; L. FERRI, *o.c.*, p. 122).

4. Indisponibilità dell'usufrutto legale. — Il primo comma dell'art. 326 si riferisce sia alla indisponibilità in generale dell'istituto «usufrutto», sia a quella di singoli beni determinati e prevede la inespropriabilità di questi da parte dei creditori dei genitori.

Infatti, i genitori non possono realizzare atti di alienazione, di pegno o di ipoteca, anche con l'autorizzazione del giudice tutelare, e i creditori dei medesimi non possono escutere beni dell'usufrutto legale se a conoscenza che i debiti erano stati contratti dai genitori per interessi estranei alla famiglia (art. 326, comma 2).

Si rileva, sul punto, una similitudine della fattispecie con altro patrimonio di destinazione: il fondo patrimoniale ed emerge l'analogia tra questo divieto di espropriazione e quello previsto dall'art. 170, comma 2 (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 396).

Ciò significa presumere che i debiti contratti dai genitori personalmente lo siano stati per i bisogni della famiglia e, quindi, grava sui genitori medesimi dimostrare, onde evitare l'espropriazione, che quel creditore esecutante era a conoscenza della estraneità del debito ai bisogni familiari (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 655).

Rimane da precisare che i creditori del figlio possono espropriare sia i frutti dei beni soggetti all'usufrutto, sia i beni stessi, ma deve trattarsi di debiti contratti dai genitori quali rappresentanti legali del figlio minore.

Dall'espropriazione del bene deriverà la perdita dell'usufrutto legale del genitore e sarebbe questa l'unica ipotesi in cui l'intero usufrutto legale potrebbe venir meno a séguito dell'azione esecutiva dei creditori (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2169).

5. Usufrutto legale dei genitori naturali. — Dalle disposizioni relative alla potestà nei riguardi della filiazione naturale, si desume la possibilità che anche per i genitori naturali sia previsto l'usufrutto legale, come è possibile desumere dalla nuova formulazione dell'art. 261 (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2158).

Diversa è l'ipotesi in cui vi siano altri figli dei genitori naturali, per cui è necessario porre la questione se questi possano beneficiare dei proventi percepiti nella gestione dell'usufrutto legale del figlio successivamente riconosciuto.

La presenza di una famiglia legittima del genitore naturale rispetto alla quale il figlio naturale rimane estraneo, ha indotto alcuni a scegliere un'interpretazione estensiva della norma che disciplina l'usufrutto legale del genitore passato a nuove nozze, sui beni del figlio avuto da precedente matrimonio *ex art.* 328 (A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 2160).

Secondo tale opinione, il genitore naturale mantiene l'usufrutto sui beni del figlio naturale, con la condizione che i frutti di tali beni devono essere utilizzati ad esclusivo vantaggio di quest'ultimo, mentre ciò che eccede viene accantonato nel suo patrimonio evitando, così, di avvantaggiare con tali profitti altri componenti della famiglia legittima.

Altri, invece, ritiene possibile che anche i fratelli naturali possano usufruire dei benefici in oggetto (F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, p. 145; C.M. BIANCA, o.c., p. 336; Corte cost., 4 luglio 1979, n. 55, in NLCC, 1980, p. 181; Corte cost., 12 aprile 1990, n. 184, in AC, 1990, p. 572), escludendo che tale usufrutto sia funzionalizzato agli esclusivi interessi dei familiari legittimi del genitore e di soggetti che non siano consanguinei del figlio medesimo.

Art. 328 (Nuove nozze). (1)

Il genitore che passa a nuove nozze conserva l'usufrutto legale, con l'obbligo tuttavia di accantonare in favore del figlio quanto risulti eccedente rispetto alle spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione di quest'ultimo.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 151, l. 19 maggio 1975, n. 151.

La norma in commento ha modificato radicalmente quanto previsto in materia prima della Riforma del '75 che prevedeva la cessazione dell'usufrutto legale in capo al genitore che passava a nuove nozze.

Parte della dottrina giustifica la disposizione affermando che la solidarietà familiare sulla quale l'istituto trova fondamento, non viene meno dopo il matrimonio del genitore, ma rimane assoluta nei riguardi del nucleo familiare originario e quindi l'usufrutto legale rimane operativo per i componenti del nucleo familiare precedente e non va a vantaggio dei soggetti che formano il successivo nucleo, come il coniuge e i figli nati in costanza delle nuove nozze (L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, p. 140; contrario A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 655).

In realtà, vista da diversa prospettiva, la norma – letteralmente interpretata – mantiene l'usufrutto solo in via formale, in quanto ha rilievo con esso l'esclusivo interesse del figlio proprietario e non il soddisfacimento della «nuova» famiglia (A. BUCCIANTE, o.c., p. 656; G.F. BASINI, *L'usufrutto legale dei genitori*, p. 522).

Diversa circostanza attiene all'eventuale scioglimento o annullamento del nuovo matrimonio, poiché la discussione si pone fra l'applicazione dell'art. 324 per chi ritiene viva, in automatico, l'usufrutto legale, e il mantenimento dell'art. 328.

Coloro che sostengono, infatti, il ritorno operativo dell'art. 324 fondano la loro affermazione sul fatto che l'annullamento o lo scioglimento del nuovo matrimonio non determinano necessariamente il venir meno del nuovo nucleo familiare (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 399) e pertanto troverebbe ordinaria applicazione l'art. 324.

Art. 329 (Godimento dei beni dopo la cessazione dell'usufrutto legale).

Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio convivente con esso senza procura ma senza opposizione, o anche con procura ma senza l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli o i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti al tempo della domanda.

Il legislatore ha previsto una serie di circostanze che determinano l'estinzione dell'usufrutto legale, in primo luogo il raggiungimento della maggiore età del figlio o un suo

eventuale decesso (G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, p. 300; G.F. BASINI, *L'usufrutto legale dei genitori*, p. 520).

Peraltro, pur non espressamente prevista, anche l'emancipazione, che determina il venir meno della potestà, fa cessare l'usufrutto legale (A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, p. 73).

Ulteriore ipotesi di estinzione è data dalla cessazione o sospensione per entrambi i genitori della potestà, a séguito di intervento ablativo dell'autorità giudiziaria o per morte di entrambi (G.F. BASINI, *o.c.*, p. 521).

La norma in commento prevede che, al momento in cui l'usufrutto si estingue, in particolare per raggiungimento della maggiore età (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 657), i genitori sono tenuti a consegnare al figlio i frutti non consumati al momento della «domanda».

Pur mantenendo la convivenza del figlio in famiglia, e in mancanza di una sua opposizione, alcuni ritiene si delinei una diversa funzione familiare accanto a quella fino a quel momento assolta dall'usufrutto legale, che è venuto meno (L. FERRI, *Potestà dei genitori*, p. 412) e il fondamento dell'art. 329 non è tanto la volontà del figlio, bensì la volontà della legge (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 389; A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; G.F. BASINI, *o.c.*, p. 523).

Il figlio può impedire gli effetti previsti dalla norma facendo opposizione, oppure conferendo procura ad amministrare.

L'art. 329 troverà, dunque, applicazione quando i genitori, di fatto, senza procura e senza opposizione del figlio, abbiano continuato a godere dei beni di questi, quando il figlio medesimo abbia continuato a convivere in famiglia e abbia anch'egli continuato a godere dei beni in comune e quando il figlio abbia eventualmente rilasciato una procura, i genitori non sono tenuti all'obbligo del rendiconto dei frutti.

Qualora tali presupposti si verificchino, opererà l'art. 329 e non più la disciplina dell'usufrutto legale, il quale è cessato; il genitore non è più titolare dei frutti (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 658), ma lo diventa direttamente il figlio che può richiederne il rilascio in ogni momento.

Art. 330 (Decadenza dalla potestà sui figli). (1)

Il giudice può pronunziare la decadenza dalla potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. (2)

(1) Articolo così sostituito dall'art. 152, l. 19 maggio 1975, n. 151.

(2) Comma così modificato dall'art. 37, comma 1, l. 28 marzo 2001, n. 149.

Art. 331 (Passaggio della patria potestà alla madre). (1)

(1) Articolo abrogato dall'art. 153, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 332 (Reintegrazione nella potestà). (1)

Il giudice può reintegrare nella potestà il genitore che ne è decaduto quando,

cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 154, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 333 (Condotta del genitore pregiudizievole ai figli). (1)

Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. (2)

Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 155, l. 19 maggio 1975, n. 151.

(2) Comma così modificato dall'art. 37, comma 2, l. 28 marzo 2001, n. 149.

SOMMARIO: 1. Il controllo del giudice sull'esercizio della potestà genitoria. - 2. La decadenza dalla potestà ex art. 330. Casistica giurisprudenziale. - 3. La l. 28 marzo 2001, n. 149, e l'art. 330, comma 2: l'allontanamento del genitore per maltrattamenti e abusi. - 4. Reintegrazione nella potestà. - 5. I provvedimenti previsti dall'art. 333: la sospensione dall'esercizio della potestà e rapporto con l'art. 330.

1. *Il controllo del giudice sull'esercizio della potestà genitoria.* - La famiglia è luogo eletto per la cura, la protezione, la crescita di soggetti privi di capacità e tale compito viene svolto dai genitori attraverso l'esercizio della potestà.

L'inadempimento di tali doveri può presentarsi sotto diverse forme, con carattere e gradualità differenti e l'autorità giudiziaria è chiamata a controllare il verificarsi di tali violazioni, causa di abusi e pregiudizi per i figli minori, al fine di reprimerli, prevenirli quando possibile e fare in modo che non si producano più in futuro (P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà*, p. 1019).

Il legislatore ha previsto, a tale scopo, una serie di norme che indicano le misure necessarie per assicurare al minore un'effettiva tutela del suo interesse morale e materiale (P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, p. 135).

La disciplina in merito al controllo giudiziale della potestà non ha, peraltro, subito modifiche significative rispetto alle disposizioni precedenti la Riforma del '75, ad eccezione della previsione del termine «abuso» dei poteri che produce l'effetto della decadenza.

Tuttavia, la previsione è stata da alcuni criticata, in quanto avendo previsto che la violazione dei doveri genitoriali provoca un pregiudizio, questo si sostanzia già, implicitamente, in un abuso (P. ZATTI, *o.m.c.*, p. 233; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2179).

Il giudice dovrà valutare la gravità della condotta del genitore, al fine di applicare la norma più adeguata al caso di specie, nella prospettiva funzionale di curare e realizzare l'interesse del minore, e non per punire il genitore.

Infatti, le disposizioni sono rivolte non a sanzionare il genitore ritenuto responsabile della violazione, bensì a predisporre misure di tutela per il minore (M. SESTA, *Il controllo giudiziario sulla potestà*, p. 247; A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 661; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti coi figli*, p. 307; App. Bologna, 11 maggio 1988, in DFP, 1989, I, p. 602).

Inoltre, l'orientamento prevalente anche in giurisprudenza è quello che considera rilevante, al fine di applicare le norme repressive sulla violazione della potestà, il pregiudizio oggettivo per il minore, indipendentemente da una contestuale indagine sulla natura dolosa o colposa del comportamento dei genitori, ovvero la colpa sarà presa in considerazione dal giudice eventualmente per la scelta circa il provvedimento da adottare (Trib. min. L'Aquila, 7 dicembre 1993, in GI, 1994, I, 2, c. 1122; Trib. min. Torino, 6 febbraio 1982, in GI, 1983, I, 2, c. 158; Trib. Genova, 5 dicembre 1978, in GM, 1980, I, p. 305).

Per quanto riguarda il concetto di «pregiudizio» si ritiene che abbia un significato più ampio del termine «danno» poiché comprende, sia una diminuzione attuale delle utilità di contenuto patrimoniale e non patrimoniale del minore, sia il potenziale verificarsi del danno, se la situazione pregiudizievole in corso non viene eliminata (A. e M. FINOCCHIARO, o.c., p. 2182; A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori sui figli*, p. 405; Trib. Roma, 12 dicembre 1985, in DFP, 1986, I, p. 592).

2. La decadenza dalla potestà ex art. 330. Casistica giurisprudenziale. – La norma in commento prevede la decadenza dalla potestà quando, a séguito della violazione dei relativi doveri genitoriali, il pregiudizio subito dal figlio sia risultato «grave».

È senza dubbio il provvedimento più significativo che il giudice può emanare e poiché la legge non ha indicato parametri di valutazione circa la «gravità» di tale pregiudizio, il giudice stesso dovrà verificare caso per caso, e in relazione ai vari elementi che lo compongono pronunciare l'applicazione dell'art. 330 (A. BUCCIANTE, o.c., p. 662).

Il provvedimento può essere adottato nei confronti di entrambi i genitori, come di uno solo di essi o il giudice potrà adottare anche provvedimenti differenziati, in quanto la potestà non è un dovere unico e indivisibile (A. BUCCIANTE, o.c., p. 663).

I presupposti previsti dalla norma in esame sono principalmente due: la condotta del genitore in contrasto con i doveri inerenti la potestà (mantenimento, educazione, istruzione, nonché la rappresentanza) o abuso dei relativi poteri, con il collegato grave pregiudizio per il figlio (A. CERATO, *La potestà dei genitori*, p. 150; P. VERCELLONE, o.c., p. 1043).

Ipotesi in cui si è valutata l'esistenza dei presupposti ai fini dell'applicazione dell'art. 330 sono state, ad esempio, quelle relative a condotte violente e minacciose di un coniuge nei riguardi dell'altro o dei figli (Trib. L'Aquila, 7 dicembre 1993, cit.; Trib. min. Torino, 6 febbraio 1982, cit.), oppure qualora il comportamento del genitore si è risolto nell'inadeguatezza educativa per carenze culturali o per malattia mentale, tali da riflettersi negativamente sullo sviluppo del minore (Trib. min. Perugia, 16 giugno 1978, in GM, 1981, p. 355), oppure qualora il genitore si astenga dal provvedere al mantenimento ed alle altre necessarie cure, si rifiuti di partecipare agli incontri con il figlio, ed impedisca la stipula con l'altro genitore di accordi ed intese diretti a regolare i rapporti parentali di ognuno (Trib. min. L'Aquila, 29 febbraio 2008, in DFP, 2008, p. 1338).

È stato, altresì, riconosciuto comportamento gravemente pregiudizievole quello del genitore che ad un mese dalla nascita del figlio, lo affidi a terzi a scopo di adozione (Trib. min. Roma, 7 aprile 1977, in FI, 1978, I, c. 512), come anche quello rappresentato dal rifiuto di far sottoporre il figlio ad interventi medici necessari per la salute e la sua vita (Cass., 8 febbraio 1994, n. 1265, in DFP, 1994, p. 871; Trib. min. Brescia, 13 gennaio 1984, in GI, 1985, I, c. 96).

Il pregiudizio può anche derivare da comportamenti omissivi, per una forma di abbandono morale e materiale che preludono ad una futura dichiarazione di adattabilità (P. VERCELLONE, o.c., p. 1044; Trib. min. Genova, 5 dicembre 1978, cit.).

Inoltre, sono numerose le sentenze che hanno previsto la decadenza dalla potestà per ragioni legate ad uso di sostanze stupefacenti da parte di uno o entrambi i genitori, non

per sanzionare il genitore che usa tali prodotti, quanto per la dimostrazione, attraverso la sua condotta irragionevole, di un disinteresse per il figlio e il grave pregiudizio che la sua personalità deviata dall'uso di dette sostanze produca sulla formazione della prole minore, unitamente ad una carenza di volontà di riabilitarsi (App. Bologna, 11 maggio 1988, cit.).

Il provvedimento che commina la decadenza comporta la perdita dell'esercizio della potestà, tuttavia il genitore continua ad essere gravato del dovere di mantenimento, come di altri compiti variabili da rapporto a rapporto, che non siano incompatibili con il provvedimento emanato.

Altri ritiene, invece, che la potestà si estingua (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 404) o, comunque, i genitori ne perdono la titolarità, mentre se uno di essi è impossibilitato ad esercitarla diligentemente per una causa a lui non imputabile (sopravvenuta incapacità), egli perde solo l'esercizio (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, p. 340).

Se la decadenza viene pronunciata nei confronti di entrambi i genitori, deve essere nominato un tutore ai sensi dell'art. 343.

3. La l. 28 marzo 2001, n. 149, e l'art. 330, comma 2: l'allontanamento del genitore per maltrattamenti e abusi. – Nel provvedimento che pronuncia la decadenza, il giudice può disporre anche un'ulteriore misura di protezione a favore del minore, ovvero l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare (Trib. min. Trento, 18 febbraio 1993, in DFP, 1994, I, p. 206) o, come disposto dall'art. 37, comma 1, l. n. 149 del 2001, in materia di riforma dell'adozione e dell'affidamento, l'allontanamento del genitore o del convivente che abusa e maltratta il minore.

La scelta viene giustificata dalla presenza di gravi motivi, come il pericolo del reiterarsi delle condotte abusive, il rischio di turbamenti psichici o emotivi da parte del figlio, e di atti emulativi nei confronti delle violenze subite (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 405).

La l. n. 149 del 2001 ha modificato il comma 2 dell'art. 330, prevedendo un'ulteriore ipotesi di allontanamento, accanto a quella del figlio, in quanto ha lasciato al giudice la facoltà di verificare se allontanare il genitore o il convivente abusante sia la soluzione migliore e meno traumatica per il minore, soprattutto se in tenera età, al fine di non sradicarlo dal suo ambiente e dalle sue certezze di soggetto «debole» e in formazione (P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 1049).

I maltrattamenti cui fa riferimento la norma sono rappresentati, senza dubbio, da violazioni fisiche, lesioni della libertà personale o del decoro, tali da provocare una convivenza «dolorosa» sia con il genitore, sia con il soggetto «convivente» figura nella quale possono rientrare anche soggetti non familiari cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza, di custodia.

4. Reintegrazione nella potestà. – La reintegrazione nella potestà presuppone che sia terminato il comportamento del genitore contrario ai suoi doveri, e che la riassunzione dei suoi poteri non comporti alcun tipo di pregiudizio per il figlio, dopo aver, necessariamente, accertato la riacquistata condizione di affidabilità del genitore (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 664).

La reintegrazione non potrà avvenire qualora sussista un pericolo di danno, anche non grave, oppure potrebbe essere dichiarata ma con alcune limitazioni all'esercizio della potestà, come quelle previste dagli artt. 333 e 334 (A. BUCCIANTE, *o.l.u.c.*).

Non si tratta, dunque, di accertare la cessazione del grave pregiudizio che ha portato il Tribunale a dichiarare la decadenza, ma si tratta di acquisire la certezza che il minore non riceverà pregiudizio alcuno dalla reintegrazione del genitore nel suo ufficio (A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 407; Cass., 7 novembre 1985, n. 5408, in NGCC, 1986, I, p. 322).

Va, pertanto, effettuata una valutazione in concreto del mutamento sia della condotta del genitore, sia della evoluzione psicologica del minore, che sia la dimostrazione del superamento di quella situazione di «grave pregiudizio» che aveva portato alla dichiarazione di decadenza, per quel caso in concreto (A. DI FLORIO, *L'abuso della potestà genitoriale*, p. 157).

La reintegrazione nella potestà non si realizza attraverso una revoca del provvedimento di decadenza, bensì con un provvedimento con efficacia *ex nunc*, riacquistando il genitore i poteri inerenti la potestà, compreso l'usufrutto legale (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*; M. SESTA, *o.c.*, p. 253; A.C. PELOSI, *o.c.*, p. 408).

5. I provvedimenti previsti dall'art. 333: la sospensione dall'esercizio della potestà e rapporto con l'art. 330. – La disposizione in commento si riferisce a situazioni di disagio e di contrasti che, pur non essendo considerate «gravemente» pregiudizievoli per il figlio, tuttavia sono tali da dar luogo ad un provvedimento di sospensione della potestà. La norma presenta un contenuto alquanto generale e indeterminato, poiché richiama un comportamento dei genitori che non sia tale da richiedere la decadenza dalla potestà, ma che si presenti, comune, pregiudizievole per l'interesse dei figli minori e la formulazione si dimostra notevolmente generica (App. Napoli, 25 settembre 2002, in DFP, 2003, p. 689).

In presenza di tale circostanza, il giudice è autorizzato ad adottare i provvedimenti che ritiene «più convenienti» per l'interesse del minore, oppure l'allontanamento del minore o del genitore o convivente dalla residenza familiare.

La norma, pur non espressamente, allude ad una limitazione della potestà che equivale a sospensione e non a decadenza, pur non essendo possibile, *a priori*, stabilire le differenze sostanziali fra le due circostanze (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 665).

È opinione dominante che gli inadempimenti dei genitori cui la norma farebbe riferimento sono rappresentati da doveri inerenti la persona del figlio e il giudice ha il compito di indicare nel provvedimento di sospensione, anche comportamenti o istruzioni più o meno generiche sul modo di educare, istruire, curare il figlio o eliminare temporaneamente l'esercizio di alcuni poteri relativi alla persona del figlio e realizzare, così, un più articolato controllo sull'attività dei genitori, in particolare al fine di assicurare il rispetto della personalità del minore (A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, p. 12).

In particolare, si è ritenuto rappresenti applicazione della norma il provvedimento del giudice che sostituisca la volontà già manifestata dal genitore in quanto ritenuta incompatibile con l'interesse del minore e fonte di pregiudizio specifico o potenziale per il medesimo (realizzare un viaggio, assumere un lavoro vietato dal genitore, ecc.), così come è stato individuato effetto della norma il provvedimento con il quale il giudice stabilisca che il minore venga affidato per una parte della giornata, ad un istituto di accoglienza, dove venga educato e istruito.

Spesso, infatti, l'art. 333 viene utilizzato per procedere all'inserimento del minore presso una famiglia affidataria, quando il genitore abbia negato il suo consenso e vi siano accertate ragioni di carenza morale e materiale temporanee che giustificano l'attivazione dell'istituto dell'affidamento familiare (P. VERCELLONE, *o.c.*, p. 1048; Trib. min. Perugia, 5 febbraio 1996, in RGU, 1996, p. 342).

Si ritiene, altresì, che l'intervento del giudice secondo un suo prudente apprezzamento, deve adeguarsi ad alcuni criteri che parte della dottrina individua nella necessità di non invadere l'autonomia riservata ai genitori, di emettere provvedimenti proporzionati alla gravità del pregiudizio temuto per il figlio, e di limitarsi al campo dei rapporti relativi alla persona del medesimo (A. BUCCIANTE, *o.l.c.*).

Il provvedimento può avere anche un contenuto specifico, ovvero limitare o inibire

alcune condotte o scelte contrarie dei genitori per una circostanza specifica, come il divieto di far partecipare la figlia minore, vittima di violenza sessuale, ad una trasmissione televisiva, contro la diversa volontà dei genitori (Trib. min. Roma, 9 novembre 1994, in MiG, 1994, p. 24), sospendendo la potestà per tale singolo atto, e mantenendola per tutto il resto dei doveri.

Ciò, a differenza di quanto previsto nell'art. 330, in cui il relativo provvedimento riguarda la potestà nel suo complesso e non singoli atti o condotte.

Ulteriore ipotesi in cui la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 333 è riferita al diritto di far mantenere al figlio minore rapporti con i parenti, ostacolati senza giusto motivo dai genitori (Trib. min. Bari, 10 settembre 1991, in GM, 1992, p. 572; da ultimo v. Cass., 23 novembre 2007, n. 24423, in GDs, 2008, 1, p. 31, secondo cui i nonni, ai quali è impedita dai genitori la frequentazione del nipote minore, possono adire il giudice minorile per ottenere un provvedimento ex art. 333).

Ed ancora, i giudici, nei riguardi di un rifiuto ingiustificato dei genitori di autorizzare trattamenti sanitari necessari per salvaguardare la vita del minore, hanno applicato l'art. 333 nei limiti del diniego pregiudizievole, al fine di assicurare al figlio ogni garanzia di tutela (M. SESTA, o.c., p. 254; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1265, in GI, 1995, I, 1, c. 304; Cass. pen., 13 dicembre 1983, in FI, 1984, II, c. 361; App. Torino, 3 ottobre 1992, in DFP, 1993, I, p. 571).

Art. 334 (Rimozione dall'amministrazione). (1)

Quando il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale può stabilire le condizioni a cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione o può rimuovere entrambi o uno solo di essi dall'amministrazione stessa e privarli, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale.

L'amministrazione è affidata ad un curatore, se è disposta la rimozione di entrambi i genitori.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 156, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 335 (Riammissione nell'esercizio dell'amministrazione).

Il genitore rimosso dall'amministrazione ed eventualmente privato dell'usufrutto legale può essere riammesso dal tribunale nell'esercizio dell'una e nel godimento dell'altro, quando sono cessati i motivi che hanno provocato il provvedimento.

Le disposizioni di cui agli artt. 330 e 333 riguardano, come esaminato, la tutela degli interessi personali del figlio minore, mentre l'art. 334 presuppone un pregiudizio di natura esclusivamente patrimoniale.

In dottrina si è osservato come la locuzione indicata dalla norma «patrimonio male amministrato» deve essere intesa, soprattutto, quale violazione dei doveri inerenti il lato «esterno» della potestà, sia a carattere commissivo, sia omissivo (A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 411).

Peraltro, non si può escludere che per l'adozione del provvedimento sia sufficiente anche il mero, ma fondato, pericolo che l'amministrazione diventi non adeguata in futuro (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 666).

Il genitore potrebbe adottare scelte finanziarie rischiose, depauperare il patrimonio del

figlio per motivi personali legati al gioco, scommesse, abuso di alcool, sostanze stupefacenti, ecc., nel qual caso la rimozione dell'amministrazione sarà un provvedimento assorbito da quello che avrà dichiarato la decadenza dalla potestà.

Il tribunale per i minorenni può essere chiamato per indicare direttive particolari ai genitori sul modo di provvedere ad una più equilibrata o conveniente amministrazione dei beni del figlio, ad esempio, prevedendo l'autorizzazione del giudice tutelare anche per atti di ordinaria amministrazione, oppure imponendo il versamento di una cauzione (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2198).

L'adozione del provvedimento di cui all'art. 334 non sempre si accompagna, necessariamente, alla perdita dell'esercizio della potestà o ad una sua sospensione, tuttavia a volte le circostanze che legittimano i due tipi di provvedimento coincidono.

Insieme alla sospensione dall'amministrazione, può essere sospeso anche l'usufrutto legale, ma anche questa non è una conseguenza necessaria ed automatica della prima (A. BUCCIANTE, *o.c.*, p. 667).

La rimozione dall'amministrazione non coinvolge l'autorità personale del genitore (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, p. 342), ovvero i suoi poteri decisionali in merito alla cura, all'educazione e all'istruzione della prole, poiché si fonda sulla inadeguatezza del genitore nella gestione patrimoniale dei beni del figlio.

Qualora il provvedimento sia dichiarato nei confronti di un solo genitore, l'amministrazione si concentra in capo all'altro, mentre se entrambi i genitori sono rimossi dall'amministrazione, nel provvedimento viene nominato anche un curatore.

Una eventuale, sopravvenuta modifica della situazione di fatto può comportare la riammissione dei genitori (o del genitore) nell'amministrazione dei beni del figlio minore, ove venga accertato il venir meno del pregiudizio e la revoca del provvedimento ha effetto *ex nunc*.

Art. 336 (Procedimento). (1)

I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito.

In caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, i provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio.

Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 157, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 337 (Vigilanza del giudice tutelare). (1)

Il giudice tutelare deve vigilare sull'osservanza della condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà e per l'amministrazione dei beni.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 158, l. 19 maggio 1975, n. 151.

I provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 sono emanati dal Tribunale per i minorenni.

renni, dopo un procedimento in camera di consiglio, secondo quanto dispongono gli artt. 737 ss. c.p.c.

Il Tribunale assume informazioni e ascolta il p.m. e il genitore i o genitori contro i quali viene chiesto il provvedimento, e al termine decide con decreto, impugnabile di fronte alla Corte di Appello.

Viene, invece, escluso il ricorso in Cassazione ex art. 111 cost., in quanto trattasi di provvedimenti che non hanno natura decisoria e non idonei a passare in giudicato, come una sentenza, considerato che possono essere revocati o modificati in ogni momento in ragione dell'interesse del minore, valutato in concreto (M. SESTA, *Il controllo giudiziario della potestà*, p. 257; Cass., Sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, in FI, 1987, I, c. 3278; Cass., 25 maggio 1993, n. 5847, in FI, 1994, I, c. 1525; Cass., 2 agosto 2002, n. 11582, in RFI, 2002, voce *Potestà dei genitori*, n. 20; Cass. 17 giugno 2009, n. 14091, in GDs, 2009, f. 31, p. 68).

Si tratta di una competenza funzionale ed inderogabile, che non viene meno neppure quando vi sia in corso un procedimento di separazione fra i coniugi, di divorzio o di annullamento del matrimonio.

Per quanto concerne la competenza territoriale, nonostante la mancanza di riferimenti normativi sul punto, si ritiene sia del Tribunale per minorenni del luogo di residenza del minore (Cass., 8 novembre 1997, n. 11022, in DFP, 1999, I, p. 1399), e tale residenza va riferita al momento della presentazione della domanda, senza che mutamenti sopravvenuti possano influenzare tale competenza.

Legittimati a presentare il ricorso in forma scritta sono i medesimi genitori, ma più logicamente, i parenti entro il sesto grado o il p.m. (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, p. 2202).

Fra i soggetti elencati non è indicato il figlio e secondo alcuni, tale previsione si pone in contrasto con quanto, invece, sancito dall'art. 321 il quale prevede fra i legittimati attivi, anche il minore stesso (G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, p. 303; A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, p. 415); mentre, altri giustifica tale differenza di trattamento tra l'art. 321 e l'art. 336 sulla maggiore delicatezza dei procedimenti rivolti a far dichiarare la decadenza o la sospensione della potestà, rispetto alla richiesta di nominare un curatore speciale per il compimento di un atto di natura patrimoniale (A. BUCCIANTE, in *Trattato Rescigno*, 4, p. 668).

Inoltre, competente ad adottare d'ufficio i provvedimenti temporanei d'urgenza, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 336 non è più, dopo la Riforma del '75, il giudice tutelare, bensì il Tribunale per i minorenni, che può assumere detti provvedimenti anche d'ufficio.

Tuttavia, in giurisprudenza si è ritenuto che la possibilità di provvedere d'ufficio rappresenti un'eccezionalità, per la necessità di accertare, nel caso concreto, tutti i presupposti che ne legittimano l'esercizio. (Trib. min. Roma, 27 marzo 1987, in TR, 1987, p. 669).

È, altresì, necessaria l'audizione del genitore contro il quale viene richiesto il provvedimento, a pena di nullità dello stesso (App. Torino, 15 dicembre 1988, in DFP, 1989, p. 119).

Rimane da aggiungere che l'opinione prevalente della giurisprudenza è quella di ritenere che contro tali provvedimenti, proprio in ragione della loro provvisorietà ed urgenza, non è ammissibile proporre l'impugnazione (App. Roma, 24 settembre 1996, in FD, 1997, p. 549; App. Venezia, 5 marzo 1988, in GC, 1988, p. 1298).

La decisione viene assunta nella forma del decreto motivato che va annotato nel registro delle tutele, ai sensi dell'art. 51, comma 1, disp. att., potendo incidere anche sui poteri di rappresentanza del genitore medesimo.

Nell'ipotesi di reintegrazione della potestà, ex art. 332, legittimati alla domanda sono il genitore decaduto, l'altro genitore, i parenti e il p.m. (art. 336, comma 1).

Competente a riesaminare la situazione è il Tribunale per i minorenni che aveva pronunciato la decadenza ed è ora chiamato a valutare la nuova situazione.

Il provvedimento del giudice minorile che accoglie la richiesta di reintegra è reclamabile avanti alla Corte di Appello, sezione minorenni (art. 739 c.p.c., comma 1).

Sull'attività del Tribunale per i minorenni è chiamato a vigilare il giudice tutelare, ex art. 337, al fine di controllare che vengano rispettate le condizioni decise per l'esercizio della potestà, o per l'amministrazione dei beni (Cass., 3 novembre 2000, n. 14360, in D&G, 2000, p. 46).

Un'ulteriore novità introdotta dalla l. n. 149 del 2001 è stata la previsione dell'ultimo comma dell'art. 336, che ha disposto l'assistenza di un difensore per i genitori e il minore per tutti i provvedimenti di cui ai precedenti commi della norma.

Art. 338 (Condizioni imposte alla madre superstite). (1)

Art. 339 (Curatore del nascituro). (1)

Art. 340 (Nuove nozze della madre). (1)

Art. 341 (Responsabilità del nuovo marito). (1)

(1) Articoli abrogati dall'art. 159, l. 19 maggio 1975, n. 151.

Art. 342 (Nuove nozze del genitore non ariano). (1)

(1) Articolo abrogato dall'art. 33, d.lg. luog. 14 settembre 1944, n. 287 e dall'art. 1, r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 25.

TITOLO IX *bis*

Ordini di protezione contro gli abusi familiari (1)

(1) Titolo ed articoli inseriti dall'art. 2, l. 4 aprile 2001, n. 154.

Art. 342 bis (Ordini di protezione contro gli abusi familiari).

Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, [qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio] (1), su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'art. 342 ter.

(1) Parole soppresse ad opera dell'art. 1, comma 1, l. 6 novembre 2003, n. 304.

Art. 342 ter (Contenuto degli ordini di protezione).

Con il decreto di cui all'art. 342 bis il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli, altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo