



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

20 Aprile 2020

L'intreccio di valori nella vita familiare
nell'ordinanza n. 6471/2020 della Cassazione

Flora Pirozzi

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue



Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ALESSANDRO ALBANESE GINAMMI, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPREZZI, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MONICA LA PIETRA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, CECILIA SERTOLI, SILVIA SCALZINI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, www.iaic.it, info@iaic.it

L'INTRECCIO DI VALORI NELLA VITA FAMILIARE
NELL'ORDINANZA N. 6471/2020 DELLA CASSAZIONE

Nota a Corte di Cassazione, Sezione I civile, Ordinanza, 6 marzo 2020, n. 6471

Flora Pirozzi

Università Telematica Pegaso

SOMMARIO: 1. L'intreccio dei valori nella vita familiare. - 2. La vicenda giudiziaria - 3. Sistematica generale e valutazioni delle scelte di Cass. 6 marzo 2020, n. 6471.

1. L'intreccio dei valori nella vita familiare

“Ames parentem si aequus est, aliter feras” ammoniva Publilio Siro, ma la vita insegna che esistono casi in cui è negato ogni confronto e la possibilità di stabilire un seppur minimo rapporto parentale col proprio genitore. Per quanto ingiusto possa sembrare, i sentimenti sono un terreno che il diritto difficilmente batte e sul quale resta sconfitto.

La nota analizza l'ordinanza della Cassazione n. 6471 del 2020 allo scopo di evidenziare la portata e i limiti dei principi ad essa sottesi in materia del diritto-dovere di visita al figlio minore spettante al genitore non collocatario; in particolare, ci si sofferma sull'assunto della incoercibilità, anche in forma indiretta, del dovere di visita, orientamento pienamente condivisibile perché laddove si volesse intravedere nel dovere di visita un vero e proprio obbligo, *“coercibile ad iniziativa dell'altro genitore o dello stesso figlio minore”*, ciò enterebbe, tra l'altro, in contrasto *“con la stessa finalità di quel dovere, strumento di realizzazione dell'interesse superiore del minore, inteso come crescita ispirata a canoni di equilibrio ed adeguatezza”*¹.

¹ Cass civ., ord. 6 marzo 2020, n. 6471.

La Corte di Cassazione, nonostante riconosca che il diritto di famiglia debba essere letto nell'ottica dell'interesse preminente del minore², prevedendo all'uopo che il genitore non collocatario sia possessore di un vero e proprio diritto ma, soprattutto, dovere di visita nei confronti del figlio minore, lascia l'assolvimento di tale dovere alla libera decisione del genitore, definendolo non coercibile. Anche se è acclarato che il rapporto con entrambi i genitori ha un importante valore nella sana ed equilibrata crescita del minore, la Corte non riesce a raccordare i diversi diritti-doveri degli attori in scena, neanche alla luce di una tutela pedagogica dell'interesse del minore coinvolto; si deve constatare, sul punto, il limite intrinseco al diritto stesso, non una mancanza della Corte nel dirimere la questione.

Laddove la maggioranza dei ricorsi che si presentano nelle aule di giustizia sono esperiti dal genitore ostacolato nel suo diritto alla genitorialità³, vi sono ricorsi nei quali i giudici si trovano a dover constatare che la mancanza di un qualsivoglia rapporto col minore è da ascrivere al comportamento anaffettivo di uno dei genitori, il quale nega al minore il suo diritto alla bigenitorialità; ciò nonostante, ci si trova a dover riconoscere la incoercibilità del dovere del genitore a tenere un atteggiamento collaborativo, seppur volto ad una sana ed equilibrata crescita del bambino.

Il diritto di famiglia trova importanti riscontri costituzionali. La famiglia è, infatti, contemplata nei principi fondamentali; essa è riconosciuta come la principale formazione sociale in cui l'uomo svolge la sua personalità, e con riguardo ai rapporti di natura familiare, il diritto può sì apprestare forme di ga-

² Si veda in materia, per tutti, E. Quadri, *Famiglia e Ordinamento Civile*, Torino 1999.

³ Degli studi sul tema hanno dimostrato il verificarsi di un disturbo ancora poco esplorato, la cd. SAP: "*Sindrome di alienazione parentale*". È una forma di disagio psicologico che affligge il genitore affidatario, che ha risvolti pericolosi e controproducenti verso i figli minori. Nella sostanza, il genitore affidatario pone in essere una serie di strategie per escludere dalla vita dei figli il genitore non collocatario; con conseguenze particolarmente gravi, sia per il minore che per il genitore escluso. L'affido condiviso va proprio a sottolineare l'inidoneità giuridica di scelta del genitore "migliore", nella convinzione che entrambi i genitori siano egualmente necessari alla sana ed equilibrata crescita dei figli. Ma il terreno familiare è ancora così dibattuto, soprattutto per i delicati rapporti che dirime, e perciò merita un'attenzione maggiore, sia da parte del legislatore che dei giudici che si trovano ad interpretare e ad applicare le norme che vanno a coinvolgere soprattutto i minori.

ranzia, ma nella realtà esse possono rivelarsi più o meno efficienti. E, intanto, c'è il problema del bilanciamento della tutela della personalità dei componenti il nucleo familiare⁴. I diritti e doveri in ambito familiare hanno sfaccettature peculiari; accanto ai diritti, vi sono una serie di doveri coevi all'instaurazione di un rapporto parentale col figlio minore, ciò però non li traduce, necessariamente, in un obbligo coercibile, così nel diritto/dovere di visita, nella sua declinazione passiva, l'adempimento è lasciato alla autodeterminazione del genitore stesso, paragonabile a quella del minore prossimo alla maggiore età di voler o meno avere rapporti col genitore non collocatario o con entrambi.

Così come da ultimo orientamento della Cassazione, il Giudice, non solo, non può obbligare il genitore non collocatario ad instaurare un qualsivoglia tipo di rapporto col minore, ma non può neanche sanzionare la condotta del genitore che si rifiuti di frequentare il proprio figlio minore, neanche attraverso l'adozione di provvedimenti di coercizione indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.*, in quanto, si andrebbe a monetizzare un rapporto che dovrebbe essere basato sull'“*affectio familiae*” che, invece, andrebbe invogliato e accompagnato verso percorsi condivisi.

A bilanciare il tutto, resta il fatto che il diritto di visita del genitore non collocatario può essere soggetto ad ammonimento da parte del Giudice e, qualora permanga, può comportare in *extrema ratio* la responsabilità penale e può portare anche alla modifica dei provvedimenti di affidamento, e all'applicazione dell'affidamento esclusivo in capo all'altro genitore, ovvero alla decadenza della responsabilità genitoriale o all'adozione di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, per condotta pregiudizievole nei confronti dei figli.

In materia di diritto di famiglia, il legislatore è chiamato a contemperare esigenze non sempre convergenti; da un lato, in vista di una concreta attuazione dell'interesse del minore, vi è lo sforzo di preservare il rapporto dei figli con entrambi i genitori, dando attuazione al principio della bigenitorialità; dall'altro, il principio di libera autodeterminazione dei soggetti coinvolti nelle relazioni. Il legislatore trova un importante limite nell'esercizio del

⁴ Per un'analisi articolata dei valori che attraversano la comunità familiare, v. di recente F. Bocchini, *Gli stati familiari*, Milano 2020, specie p. 17 ss.

proprio potere, perché “...si tratta di riconoscere costituzionalmente la priorità dei diritti che derivano da quell’ordinamento giuridico che è la famiglia, che ha le sue leggi e i suoi diritti, di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa si deve inchinare”⁵.

La legge n. 54 del 2006, applicando un principio enunciato dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ha introdotto uno strumento giuridico per dare attuazione ai diritti del fanciullo, l’affidamento condiviso, motivando le scelte del legislatore nella prospettiva di garantire una relazione affettiva del minore con entrambi i genitori; lo strumento previsto all’inizio, soltanto, per il divorzio, è stato poi esteso dalla giurisprudenza anche in caso di separazione.

Il concetto di bigenitorialità o di [genitorialità](#) condivisa deve essere maneggiato con cura, anche dagli avvocati delle parti in causa, stante la peculiarità dei processi di natura matrimoniale/familiare, tali da affievolire il diritto di difesa cui all’articolo 24 della Costituzione, al fine di consentire una maggiore attenzione ad altri valori, sempre assurti a rango costituzionale, contenuti negli articoli 29 e 30 Cost.⁶

A prescindere dalla natura e dalle dinamiche di coppia, il minore ha la necessità di intrattenere e mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori nell’ambito di un sano percorso di sviluppo⁷ e, deontologicamente gli avvocati, che rappresentano un collegamento giuridico col magistrato che deve attuare scelte difficili, devono esercitare il diritto di difesa dei coniugi cercando di tenere presente che la decisione presa dal giudice sarà frutto anche delle prove addotte in giudizio; le decisioni potrebbero, soprattutto, danneggiare i minori, sia dal punto di vista economico che affettivo: i minori del contenzioso subiranno tutti gli effetti, in modo prepotente e diretto.

In tal senso, è da condividere l’orientamento della Suprema Corte che - stabilendo come incoercibile ciò che l’ordinamento disciplina come (un di-

⁵ Le parole sono riprese dall’intervento dell’On. Aldo Moro in sede di Assemblea costituente.

⁶ V. Scalisi, *Il diritto del minore alla “bigenitorialità” dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia, Giappichelli, Torino 2007.

⁷ M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano 2014.

ritto ma al tempo stesso) un dovere, quello di visita - cerca di tracciare un nuovo solco, ossia, preferire “*percorsi condivisi di rielaborazione e miglioramento dei rapporti affettivi, in accordo tra genitori e minore*”⁸.

Si è rilevato che “*la storia dei diritti dell’infanzia ha un passato recente, un presente incerto ed un futuro ancora da scrivere*”⁹.

Dal combinato disposto dell’art. 30 Cost., dell’art. 147 c.c. e dell’art. 315-*bis* c.c. emerge, a carico di entrambi i genitori, l’obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli stessi¹⁰.

La *ratio* della particolare attenzione dedicata dal diritto alla famiglia è da ricercare nella sua importanza quale formazione sociale in cui si esprime la personalità dell’individuo, come di sviluppo della personalità del minore¹¹. Tradizionalmente, la famiglia è la struttura sociale più semplice, l’istituzione fondamentale di diverse società umane, che si pone alla base del processo evolutivo, un po’ di tutte le civiltà storiche. Gli individui che vanno a comporla sono legati da matrimonio, consanguineità o affinità, che vanno a continuare nel tempo una comunità di appartenenza¹².

I genitori svolgono i propri compiti, secondo le proprie capacità e attitudini, diverse da soggetto a soggetto, anche nella intensità di relazione affettiva, di cura, attenzione, e disponibilità all’istaurazione di rapporto che dipendono, soprattutto, dall’ambiente sociale, della personalità del genitore, delle consuetudini di vita familiari.

Nell’evoluzione naturale della società, nel tempo, si sono persi molti punti di riferimento che erano di sostegno per il legislatore nel disciplinare tutta una serie di rapporti e dirimere conflitti che, comunemente, affollano le aule di giustizia. Si è cercato di conservare, soprattutto per gli strascichi pedagogici

⁸ Cass civ., ord. 6 marzo 2020, n. 6471.

⁹ G. Spadaro, S. Chiaravellotti, *L’interesse del minore nella mediazione familiare*, Giuffrè, Milano 2012.

¹⁰ P. Campanile, *La responsabilità endofamiliare*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza – La famiglia – Le persone – II – Aggiornamento*, UTET, Torino 2008.

¹¹ www.enciclopediatreccani.it.

¹² G. Villa, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in G. Bonilini – G. Cattaneo (diretto da) – G. Bonilini (continuato da), *Il diritto di famiglia, III. Filiazione e adozione*, II ed., UTET, Torino 2007.

sui minori, il principio della bigenitorialità, “*da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione*”¹³, anche laddove venisse meno l’*affectio maritalis* tra i genitori, con conseguente cambio dell’assetto familiare e che, spesso, porta alla disunione fisica familiare¹⁴.

Con la separazione, il diritto si trova a disciplinare e arginare, spesso, situazioni caratterizzate da strascichi sentimentali e ritorsioni da una parte e dall’altra dei coniugi in conflitto e, a dover decidere per i minori, un ambiente familiare che gli sia più congeniale, al fine di una sua crescita sana ed equilibrata, nonostante i turbolenti mutamenti familiari.

Spesso, l’affidatario è la madre, figura fondamentale ed emotivamente stabile per un minore, soprattutto, se si tratta un bambino, senza però tagliare fuori dai suoi affetti l’altro genitore.

Si parla di diritto alla bigenitorialità.

Questo, nella maggioranza dei casi, è lo scenario che si palesa nelle aule dei tribunali ma, non solo, da relazioni cosiddette “tradizionali” nascono bambini; spesso ci si trova genitori di un nascituro anche a seguito di una breve relazione che non porterà mai ad una unione stabile, ma che, ciò nonostante, vede le parti nella veste di genitore. Qui il diritto riesce, sostanzialmente, a disciplinare gli aspetti che riguardano gli impegni economici verso il bambino, ma poco può per gli aspetti che riguardano i legami affettivi tra il bambino e il genitore non collocatario, spesso il padre.

Nessuno è sottratto dalla responsabilità genitoriale, essa si ha in tutti i casi in cui vi siano dei figli, mostrandosi irrilevante il fatto che questi siano nati all’interno o al di fuori del matrimonio; con essa si intende l’insieme dei diritti e dei doveri, di volta in volta indicati dalla legge, che spettano e gravano su entrambi i genitori verso i figli o anche, in casi particolari, su un solo genitore. La responsabilità genitoriale ha sostituito quella che era la potestà dei genitori sui figli¹⁵.

¹³ V. sul punto Cass. civ., 23.09.2015, n. 18817.

¹⁴ F. Tovani, *Doveri genitoriali potestà e responsabilità civile*, Invictus, Cesena 2013.

¹⁵ F. Bocchini, *Gli stati familiari*, cit., p. 330 ss.

Il d.lgs. 154 del 2013 introduce, giuridicamente, la responsabilità genitoriale, e si traduce in una modifica degli artt. 315 e ss. c.c., in essi si sono individuati i doveri dei genitori verso i figli, e quelli dei figli verso i loro genitori.

In primo luogo, l'art. 315 c.c. dispone che: *“Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”*, sancendo così la cessazione di ogni disparità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori del matrimonio.

Importanti sono gli aspetti giuridici legati alla responsabilità genitoriale nella crisi della coppia, e ad essi è dedicato il capo II del libro primo del codice civile, dagli artt. 337 *bis* e seguenti, rubricato: *“Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”*.

Ciò, lascia intendere tutta la serie complessa di rapporti che il dritto si appresta a regolamentare.

Il concetto potere-dovere non è cristallizzato dal codice per una mera scelta di tecnica legislativa, in quanto si ritiene che esso segua la naturale evoluzione sociale e giuridica della società.

La responsabilità genitoriale è una scelta legislativa coniata già da tempo dalla giurisprudenza, che va a sostituire, efficacemente, quella di potestà genitoriale, caratterizzata dalla soggezione del minore ai suoi genitori¹⁶.

Una forma di responsabilità frequente a carico del genitore può ricorrere nell'ipotesi in cui questi, non essendo affidatario, non si avvalga della facoltà di esercitare il c.d. diritto di visita, che costituisce lo strumento giuridico attraverso il quale garantire il mantenimento del rapporto tra i figli e il genitore non affidatario.

In vista dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, come anticipato, in caso di conflitto, si privilegia il genitore che appaia il più idoneo a ridurre al massimo i disagi derivati dalla disgregazione del nucleo familiare e restando il fondamentale diritto-dovere di entrambi i genitori, di mantenere, istruire ed educare i figli, così come costituzionalmente sancito.

¹⁶ T. Montecchiari, *Rapporti tra genitori e figli*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza – Famiglia e persone – III – Tomo primo*, UTET, Torino 2008.

Ma l'esercizio del diritto di visita del genitore non affidatario, benchè sia una facoltà, resta anche un dovere, senza, però, dar luogo ad un obbligo incoercibile, sia perché nessun rimedio giudiziario è previsto per il caso di non attuazione, sia per la mancanza di un'esecuzione forzata degli obblighi di *facere*.

È rimessa alla libera determinazione delle parti la possibilità di pacifica risoluzione del contendere, laddove, è incontestabile che non esista in capo al genitore non affidatario nessuna responsabilità di fronte ad un rifiuto insuperabile da parte del figlio, ad intrattenere rapporti con il genitore stesso, allo stesso modo, l'orientamento della Corte sembra decidere nell'inverso caso, ossia una impossibilità di coercizione, quando il genitore non collocatario rifiuti l'istaurazione di un qualsivoglia rapporto col suo figlio naturale.

Sebbene non si possa obbligare a un *facere*, un genitore è chiamato ad assolvere un compito di ben più ampi confini e delicate funzioni, tali da farlo incorrere in reati penali.

Per restare nel campo esaminato, dove il genitore disattende il diritto di visita, ad alcuni è stato contestato il reato di cui all'art. 388, comma 2, c.p. "*Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*" per aver disatteso il calendario degli incontri settimanali con figlio ancora minorenne¹⁷, ma nel caso di specie, la conclusione a cui giunge il Tribunale è l'assoluzione *ex art. 129 c.p.p.* dell'imputato dal reato ascritto, perché il fatto non sussiste, in ossequio al principio cardine del nostro sistema penale, quale la mancanza del principio di offensività, limite sia per il legislatore che per l'interprete.

Tutt'al più, come indica la Corte, si potrebbe applicare al caso di specie l'art. 570 co. 1 c.p. "*Violazione degli obblighi di assistenza familiare*", che punisce "*chiunque [...] serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale [...]*"¹⁸.

Questa norma sembra tutelare proprio la famiglia nella sua affettività, andando oltre gli obblighi inerenti la responsabilità genitoriale, meramente intesa, e volta agli obblighi materiali ed economici, ma anche e, soprattutto,

¹⁷ Trib. Nocera Inferiore, Ufficio GIP, Sent.14.03. 2018.

¹⁸ Cass civ., ord. 6 marzo 2020, n. 6471.

sembrerebbe andare a sanzionare la violazione di obblighi morali nei confronti dei figli minorenni.

La condotta sanzionata dalla norma è quella “*contraria all’ordine o alla morale delle famiglie*”, cioè ai doveri previsti dal codice civile e dal diritto di famiglia in generale, quelli che vanno ad integrare la responsabilità genitoriale¹⁹.

È questo, forse, il punto più difficile da affrontare per il diritto, “*la morale delle famiglie*”, e sempre sotto tutti i profili indicati che risulta incisivo e condivisibile l’orientamento della Cassazione, laddove va a rimarcare che i sentimenti non si possono imporre e stabilire come si fa, in una scaletta di incontri settimanali; incontri scanditi, a volte assistiti e obbligati da una sentenza di un giudice, ma nella consapevolezza che nonostante tutto: “*l’ordinamento non possa del tutto disinteressarsi dei fatti di sentimento*”²⁰.

2. La vicenda giudiziaria

Analizziamo, ora, nello specifico il caso giudiziario esaminato dall’ordinanza in commento.

Il Tribunale di prime cure, nell’accogliere la domanda di accertamento della paternità naturale di un minore, aveva fissato i tempi e le modalità di incontri tra il genitore non collocatario e il minore, al fine di regolamentare gli incontri, i rapporti di due estranei che, di fatto, erano genitore-figlio. Il genitore, nella difficoltà affettiva di instaurare con il minore un rapporto con quello che solo giuridicamente riteneva suo figlio, si è astenuto dall’avvalersi della facoltà di intrattenersi periodicamente con lo stesso, ... “*e il Tribunale, ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 614-bis e 709-ter del Cpc ha disposto che il padre versasse alla madre del minore la somma di euro 100, per ogni futuro inadempimento all’obbligo di incontrare il figlio*”²¹.

¹⁹ Per una interpretazione evolutiva della normativa del codice penale in materia, v. F. Bocchini, *Gli stati familiari*, cit. p. 514 ss.

²⁰ F. Gazzoni, *Amore e diritto ovvero i diritti dell’amore*, Esi, Napoli 1994.

²¹ M. Finocchiaro, *Commento alla Cass. 6471/2020*, in Guida al dir., 2020, 15, p. 34.

Quindi, il tribunale di prima istanza, oltre ad accertare giudizialmente la paternità, si era trovato a stabilire con sentenza la regolamentazione degli incontri con il figlio minore, non riconosciuto liberamente, perché nato da una relazione di breve corso.

Ebbene, nel secondo grado di giudizio, la Corte di Appello di L'Aquila ha rigettato il reclamo proposto dal ricorrente avverso il provvedimento del Tribunale di Chieti, confermando il provvedimento di primo grado, con decreto emesso allorché il minore aveva già raggiunto i 15 anni.

Il genitore non collocatario decide di ricorrere in Cassazione denunciando la violazione e falsa applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. in combinato con l'art. 709-*ter* c.p.c.; entrambe le disposizioni sono misure di coercizione indiretta introdotte di recente nel nostro ordinamento; in particolare, l'art. 614-*bis* c.p.c. è stato inserito dalla legge n. 69 del 2009 che ha previsto uno strumento di coercizione indiretta al fine di incentivare l'adempimento spontaneo degli obblighi che non risultano facilmente coercibili; la disposizione, infatti, prevede in capo al soggetto inadempiente l'obbligo di pagare una somma di denaro, al fine di spingerlo volontariamente all'adempimento della sua obbligazione.

L'art. 614-*bis* c.p.c., come anticipato, espressamente prevede che: *“con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”*.

Secondo la difesa del ricorrente, tale disposizione non sarebbe applicabile agli obblighi di visita del figlio, infatti, così come il diritto del minore di ricevere visite è riconosciuto come un diritto potestativo, lo stesso si dovrebbe considerare quello del genitore, rimesso alla sua disponibilità e dunque non coercibile.

La difesa della madre del bambino, forte del riconoscimento avuto in primo e secondo giudizio, resta sulla stessa linea difensiva, continuando a sostenere che la sanzione prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c., ben può essere applicata alla fattispecie di violazione degli obblighi di visita, poiché la sua *ratio* ben si presta a rendere i genitori consapevoli della gravità delle omissioni perpetrate, e indurli a un corretto adempimento delle disposizioni riguardanti

i reciproci rapporti familiari. Anche perché, l'articolo in esame, effettivamente manca di escludere espressamente i rapporti familiari, come invece fa, con quelli derivanti dai rapporti di lavoro, laddove espressamente stabilisce che: *“le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409”*.

A tal proposito, a parere di chi scrive, potrebbe essere opportuna *de jure condendo*, una modifica del codice che espressamente escluda anche i rapporti familiari dall'applicazione della norma esaminata, ove persistesse detto orientamento giurisprudenziale, auspicando dunque un intervento legislativo in tal senso.

È da aggiungere che, sebbene una sentenza possa regolamentare il diritto-dovere di visita che riguarda la relazione fra il genitore e il figlio, certo essa non si può spingere alla condanna che contenga un *facere*, sia pure infungibile.

La Cassazione censura la Corte di appello di L'Aquila perché con *“l'impugnato decreto non si è attenuta al principio enunciato riconoscendo, invece, in capo al ricorrente, la cui paternità naturale è stata accertata all'esito di giudizio ex art. 269 c.c. e che rifiutava di visitare il figlio, un obbligo coercibile nelle forme dell'astreintes di cui all'art. 614-bis c.p.c., in una ipotesi in cui appaiono d'elezione, piuttosto ed invece, percorsi condivisi di rielaborazione e miglioramento dei rapporti affettivi, in accordo tra genitori e minore”*.

Andando di contrario avviso a quanto affermato dai giudici di merito, la Suprema Corte ha accolto - in applicazione del principio di diritto riportato in massima - il ricorso proposto dal padre e cassato, senza rinvio, la pronunzia impugnata.

3. Sistematica generale e valutazioni delle scelte di Cass. 6 marzo 2020, n. 6471

Nel caso di specie, il genitore inadempiente, quindi, ricorrendo in Cassazione, riceve sostegno nelle sue ragioni, statuendo la Corte in senso contrario a quanto affermato dai giudici di merito.

La pronuncia della Corte di Cassazione motiva la sua decisione affermando che il diritto-dovere di visita del figlio minore, proprio del genitore non collocatario, ferma l'infungibilità della condotta, non è suscettibile di coercibilità, neppure in via indiretta, neppure dunque col richiamo all'art. 614-*bis* c.p.c.

Le ragioni addotte dalla Corte sono *“d'indole sistematica”* e *“leggono nel diritto di famiglia un diritto speciale le cui relazioni ispirate all'attuazione dell'interesse preminente del minore rinvencono in esso fondamento e, se del caso, limite”*.

Con la scelta dei giudici di prime cure si è, effettivamente, provveduto ad una mera monetizzazione delle relazioni familiari, e certamente ciò non si sposa con la *ratio* stessa degli incontri genitore-figlio e con la funzione pedagogica della bigenitorialità.

La Corte sostenendo che la libertà di autodeterminazione di un soggetto, quand'anche genitore, va a toccare giuridicamente un valore che si pone sullo stesso livello di quello del minore che cerca di tessere con un genitore un qualsivoglia rapporto - ma che di fatto pone di fronte due soggetti che si riconoscono come estranei - ammette che nella pratica è molto complicato che il diritto riesca ad obbligare ad essere famiglia.

Non può, infatti, non evidenziarsi che *“era mancata, da parte dei giudici di merito, ogni indagine volta a verificare - nel caso concreto - se era, o meno, pregiudizievole per il figlio - oramai adolescente e sempre vissuto con la sola madre - incontrare sistematicamente quel [per lui] perfetto sconosciuto che i giudici avevano accertato essere il suo padre biologico e quali fossero, in realtà, i rapporti tra i due”*²².

In tal modo, la sentenza delinea la impossibilità giuridica di tracciare le linee affettive che sorreggono i rapporti familiari, principalmente, basati sui profili etici ed empatici su cui né a livello legislativo, né - soprattutto - a livello giurisdizionale, si può incidere significativamente. Manca ogni indagine e giudizio sulla possibilità dell'istaurazione di un rapporto, tra quello che era diventato un adolescente e un genitore ostile al suo riconoscimento. I giudici di prime cure, di fronte alla impossibilità di una composizione pacifi-

²² M. Finocchiaro, *Commento cit.*

ca, si sono limitati a stabilire la biologica paternità del convenuto, che si può definire quasi una paternità giuridica e ad imporre, di fatto, incontri tra gli stessi, come se fosse naturale o scontata una loro compatibilità.

L'orientamento, condivisibile sotto tutti i profili, espresso della Suprema Corte si uniforma ai principi convenzionali dettati in materia dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, chiamata a pronunciarsi sul rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU²³, pur riconoscendo all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento, sottolinea la necessità di un più rigoroso controllo sulle "restrizioni supplementari", come quelle inerenti al diritto di visita dei genitori e quelle volte ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare; in tal guisa la Corte stessa afferma che: *“Le «restrizioni supplementari» comportano, invero, il rischio di troncare le relazioni familiari tra un figlio in tenera età e uno dei genitori o entrambi, pregiudicando il preminente interesse del minore (Corte EDU, 09/02/2017, Solarino c. Italia)”*.

Laddove si voglia leggere la natura di un vero e proprio obbligo, coercibile per via giudiziale ad iniziativa dell'altro genitore o dello stesso figlio minore, ciò urterebbe con la stessa finalità del dovere, che dovrebbe essere adempiuto in attuazione dell'interesse superiore del minore, volto alla sua crescita equilibrata e sana; è, infatti, difficile credere che una persona costretta dal diritto o da una sentenza riesca a dare serenità e sicurezza a dei rapporti che dovrebbero essere spinti da un'empatia emozionale che non si può imporre.

L'esclusione della coercibilità comporta l'impossibilità di applicare l'art. 614-bis c.p.c., come ampiamente accennato, e l'indicata posizione della Corte è condivisibile su più punti, perché quello di visita, nella sua accezione di po-

²³Articolo 8 CEDU - *“Diritto al rispetto della vita privata e familiare 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”*

sizione attiva e in quanto diritto, è tutelabile rispetto alle violazioni ed inadempienze dell'altro genitore, che non deve impedire od ostacolare e rendere più difficoltoso l'esercizio dell'altrui diritto nei termini di cui all'art. 709-ter c.p.c.; nella sua prospettiva passiva, in quanto dovere, non può che essere rimesso alla autonoma e spontanea osservanza dell'interessato, seppur necessario per favorire la crescita equilibrata del figlio integrativa dell'indicato *munus*, non può essere esercitabile in via coattiva dall'altro genitore.

Il testo dell'art. 709-ter c.p.c. sembrerebbe portare a una corretta soluzione dei giudici di prime cure, ma un provvedimento del tipo di cui si discute non può trovare legittimazione ai sensi di tale norma.

La *ratio* dell'art. 709-ter c.p.c., oltre ad individuarne con chiarezza la portata, circoscrive l'esercizio del potere del Giudice in riferimento alle conseguenze future del protrarsi del comportamento sanzionato; ma ciò non esclude la non coercibilità del diritto di visita e non esclude nemmeno che dall'inadempimento dello stesso derivino delle conseguenze, fino all'estrema sanzione della decadenza dalla responsabilità genitoriale e della responsabilità penale per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare ai sensi dell'art. 570 c.p.

Con orientamento condivisibile, la Corte prospetta l'applicazione dell'articolo citato solo laddove *“la posizione del genitore non collocatario venga in rilievo in quanto portatrice del "diritto" di visita del figlio minore, essa riceve tutela dal sistema rispetto alle condotte pregiudizievoli poste in atto dall'altro genitore che, di ostacolo all'esercizio dell'altrui diritto ed integrative di inadempimenti gravi, divengono ragione di risarcimenti e sanzioni secondo il sistema modulare e flessibile voluto dal legislatore all'art. 709-ter c.p.c.”*.

Quando, di contro, è oggetto del giudizio il “dovere” di frequentazione e visita del figlio minore, non può non emergere che tale comportamento *“è espressione della capacità di autodeterminazione del soggetto e deve, come tale, essere rimesso, nel suo esercizio, alla libera e consapevole scelta di colui che ne sia onerato, per una discrezionalità che, pur non assoluta e rivolta alla tutela dell'interesse indicato dalla legge, entro siffatto limite deve trovare ragione e termine ultimo di esercizio”*.

La Suprema Corte di Cassazione ha, quindi, affermato il seguente principio di diritto: *“Il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all’art. 614 bis cod. proc. civ. trattandosi di una potere-funzione che, non sussumibile negli obblighi la cui violazione integra, ai sensi dell’art. 709 ter cod. proc. civ., “una grave inadempienza”, è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono, anche, all’interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata”*.

La Suprema Corte ha contestato alla Corte d’Appello di L’Aquila la non conformità al principio di diritto sopraenunciato, quando avrebbe dovuto limitarsi a stabilire, come la stessa ha statuito, *“percorsi condivisi di rielaborazione e miglioramento dei rapporti affettivi, in accordo tra genitori e minore”*.

È necessario che il diritto, sia a livello legislativo, sia - soprattutto - a livello giurisdizionale, si astenga da una regolamentazione che possa definirsi troppo “rigida” nell’ambito dei rapporti di famiglia che, comunque, hanno sempre goduto della loro autonomia e di una certa riservatezza, necessaria a garanzia della libertà e della indipendenza di tutti²⁴.

Alla base c’è la considerazione che una genitorialità esercitata con forza non sprigiona quella capacità di formazione e educazione equilibrata del figlio, che solo l’affettività mista a doverosità è in grado di assicurare.

Quando dunque la genitorialità non è in grado di assicurare la effettività di tutela del minore, risulta più utile pensare a provvedimenti limitativi di responsabilità genitoriale, non però liberati dagli obblighi di mantenimento, e valutare percorsi formativi alternativi, di affidamento esclusivo e, nella impossibilità anche di questo, di affidamento familiare per realizzare l’insostituibile contesto affettivo di crescita sana e equilibrata.

²⁴ M. Finocchiaro, *Commento cit.*

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016 **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di Dario Farace
- 2017 **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018 **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019 **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE.**
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

