

LA TUTELA DEL MINORE DI ETA' NEL CONFLITTO
FAMILIARE E IL RUOLO DELL'AVVOCATO

*THE PROTECTION OF MINOR IN FAMILY CONFLICTS AND THE
ROLE OF THE LAWYER*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1652-1689



Maria Letizia
SPASARI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il lavoro riguarda la separazione, il divorzio, la crisi delle relazioni familiari e la tutela del minore con riferimento alla multidisciplinarietà e al ruolo dell'avvocato.

PALABRAS CLAVE: Separazione; divorzio; conflitto; figli; multidisciplinarietà; avvocato.

ABSTRACT: *The work is about the divorce, family relationship crisis, the best interest of the child, multidisciplinary, lawyer.*

KEY WORDS: *Divorce; children; multidisciplinary; lawyer.*

SUMARIO.- I. IL MINORE NEL CONFLITTO FAMILIARE.- II. IL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA', IL DIRITTO ALL'ASCOLTO E IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE.- III. LA RESPONSABILITA' GENITORIALE.- IV. L'ALTA CONFLITTUALITA'.- I. IL MINORE NEL PROCESSO ED IL CURATORE.- V. L'INTERVENTO DELLE ALTRE DISCIPLINE A TUTELA DEL MINORE.- VI. IL RUOLO DELL'AVVOCATO: LA FUNZIONE CHIAVE NEL CONFLITTO.

I. IL MINORE NEL CONFLITTO FAMILIARE.

Le riflessioni che seguono sono frutto di anni di esperienza vissuti in "prima linea" come avvocato familiarista grazie alla passione maturata dagli insegnamenti del compianto Maestro Prof. Cesare Massimo Bianca nel solco del continuo bilanciamento fra diritto e realtà, fra applicazione della norma e appropriata tutela per ciascuna specifica vicenda umana¹.

Ogni crisi, ogni conflitto all'interno della famiglia espone i figli, quali soggetti più fragili, a significative vulnerabilità nella loro sfera emotiva e relazionale. Ebbene per il Professore operare nell'ambito familiare significa guardare oltre, guardare al continuo umano divenire, guardare al fatto oltre al diritto, nella ricerca di risposte concrete ed adeguate, ponendo al centro, sempre e nonostante tutto, i valori della persona ed in particolare di quelle minore di età.

Il numero sempre più in crescita dei conflitti familiari (dati Istat riportano un aumento delle separazioni del + 61 % e dei divorzi del +101 % negli ultimi 25 anni) conferma l'importanza della tutela del minore che suo malgrado viene coinvolto nella crisi della relazione affettiva attraversata dai genitori, finendo con il subire pregiudizio per il solo fatto di divenire pedina e al tempo stesso vittima degli scontri fra i genitori anziché essere preservato responsabilmente dalle battaglie degli adulti, in nome del suo diritto primario a mantenere le affettività familiari.

La logica di tutela che dovrebbe governare il conflitto è la distinzione del piano coniugale dal piano genitoriale perché gli adulti finiscono di stare insieme ma insieme e per sempre rimangono genitori. Ciò implica un alto grado di responsabilità genitoriale sia nell'accezione giuridica del termine, sia nella maturazione e nella consapevolezza psicologica dei bisogni dei propri figli.

¹ BIANCA, C. M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 787 ss. e poi nella raccolta in più volumi dei suoi scritti intitolata "Realtà sociale ed effettività della norma", I, t. I, p. 189 ss.; BIANCA, C. M.: "Prefazione" in M. BIANCA (a cura di): "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. XII ss.

• **Maria Letizia Spasari**

Avvocato del Foro di Roma - Cassazionista, E mail: marialetiziaspasari@icloud.com

Capita spesso infatti che il padre e la madre siano così concentrati sulle sofferenze e sulle delusioni personali che la fine di una relazione porta con sé da incorrere in confusione o in modalità disfunzionali nello svolgimento dei compiti genitoriali. E ciò è probabile che accada perché non sempre le persone arrivano contemporaneamente a prendere consapevolezza della fine del legame, non sempre i tempi di elaborazione della crisi coincidono, spesso uno dei due rifiuta addirittura la sola idea di separazione, a volte stati d'animo come delusione, gelosia, ansia, rancore, senso di abbandono dirigono e connotano comportamenti di aggressività dove "l'altro" viene ad essere vissuto come un estraneo, a volte come un nemico e non più riconosciuto come parte del patrimonio inviolabile dei propri figli.

Nel momento della crisi il bambino diventa troppo spesso conteso e i genitori perdono nel conflitto le loro capacità di accogliere, ascoltare e sostenere i figli. I genitori, concentrati sulle proprie contese, tendono a sottovalutare i sentimenti dei propri bambini, che finiscono con il vivere un sovraccarico emotivo che altera il loro equilibrio, producendo conseguenze sia di ordine fisico che psicologico. Avviene così che i minori perdano in punto di tutela dei loro diritti.

Il perdurare del conflitto, nonché l'elevata tensione da esso derivante, costituisce la principale fonte di pregiudizio per la coppia ma anche e soprattutto per i figli che continuano ad essere coinvolti in dinamiche patologiche e traumatizzanti, che contrastano con il fisiologico e naturale tendere dei figli verso entrambi i genitori.

E' necessario che gli ex coniugi comprendano da subito che la chiave di tutela è data dal continuare ad impostare il ruolo genitoriale in un rapporto di collaborazione e di cooperazione. La conflittualità che troppo spesso accompagna invece le separazioni rende i genitori sordi ai bisogni affettivi dei propri figli e crea divisioni. A volte la disfunzionalità relazionale ingenerata dal conflitto arriva nel genitore addirittura a chiedere al figlio, più o meno consapevolmente, di scegliere tra lui/lei e l'altro genitore, di schierarsi con l'uno contro l'altro.

Il bambino anche in caso di separazione ha bisogno di due genitori quanto più possibile sereni, quanto più possibile in grado di vivere una vita dignitosa e di ricollocarsi autonomamente nella società al fine di accompagnare in maniera funzionale il suo percorso di crescita.

Dall'assetto post separativo, raggiunto con una regolamentazione giudiziale o pattizia, dipendono molto gli equilibri o le criticità, presenti e future: di qui la necessità di una consonanza di azioni responsabili da parte delle professionalità che a vario titolo intervengono nella vicenda familiare, in un'ottica finanche di responsabilità "sociale" e "collettiva".

La tutela del minore nel conflitto familiare si realizza perciò in prima istanza proprio attraverso le condotte degli stessi genitori e dal riconoscimento consapevole che ciascuno di essi riesce a fare delle esigenze del figlio, visto come altro da sé, come persona autonoma con un proprio vissuto, un proprio bagaglio di bisogni anche emotivi.

Ogni soggetto (genitori, giudici, avvocati, psicologi etc.) nel prestare cura e attenzione all'interesse di quella specifica vicenda interviene anche su quelle future: la condotta responsabile del singolo che guarda non solo alle conseguenze presenti dell'agire ma alle generazioni a venire.

II. IL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA', IL DIRITTO ALL'ASCOLTO E IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE.

La riforma sulla filiazione - L. n. 219 del 2012 (in vigore dal 1° gennaio 2013) ed il successivo decreto legislativo n. 154 del 2013 (in vigore in data 7 febbraio 2014) - che ha visto la luce grazie all'ineguagliabile lavoro del Prof. Bianca – ha dato innanzitutto attuazione al principio dell'unificazione dello stato di figlio, eliminando ogni diverso trattamento discendente dall'essere la prole, soggetto diretto della tutela, nata in costanza o al di fuori del matrimonio (art. 315 c.c.).

E' quindi venuta meno ogni differenziazione dello status di filiazione in funzione del legame giuridico sussistente o meno fra i genitori, a beneficio di una tutela incentrata invece sul diritto all'uguaglianza dei figli, inteso come diritto fondamentale della persona. L'impostazione risponde ad una esigenza di adesione agli obblighi sovranazionali - art. 21 della Carta di Nizza e artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - ed ai principi della Carta costituzionale (artt. 2, 3 e 30)².

L'art. 315 bis c.c. ha tracciato così un vero e proprio statuto dei diritti dei figli quali diritti della personalità³, articolo divenuto normativa di riferimento, anche in virtù del richiamo che, ad opera della riforma, fa ad esso l'art. 147 c.c. in tema di diritti e doveri che nascono dal matrimonio, proprio per il venire meno di ogni residua differenziazione che nasce con riferimento allo status giuridico dei genitori.

Al momento dell'insorgere del conflitto fra i genitori e della disgregazione dell'indirizzo familiare si impone la necessità di assicurare risposte adeguate alle esigenze fisiologiche dei minori per il loro benessere evolutivo: il protendere verso

2 QUERZOLA, L.: "La tutela processuale del minore in prospettiva europea", *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, p. 449 ss.

3 GORASSINI, A.: "La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà" in M. BIANCA (a cura di) "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 91 ss.

entrambe le figure genitoriali e le radici della propria storia e il poter mettere “parola”, dare “voce” alle proprie esigenze e ai propri bisogni.

Tali prerogative fondamentali trovano espressione nell'art. 315 bis c.c. laddove al secondo e terzo comma è sancito che: “Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti” e che “Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano”.

Nell'ottica di salvaguardare tali posizioni di diritto anche in caso di conflitto familiare (e quindi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio) la disciplina di riferimento sancita agli artt. 337 bis e ss. c.c.⁴ afferma e regola il diritto alla bigenitorialità e il diritto all'ascolto⁵.

Il primo ha trovato dapprima consacrazione, in linea con la legislazione sovranazionale, nella legge n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso e successivamente ha ricevuto un ulteriore rafforzamento con la riforma sulla filiazione.

L'art. 337 ter c.c. 1° comma sancisce il diritto del figlio minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale⁶.

Tali tutele vengono perseguite tramite l'affidamento condiviso del minore ad entrambi i genitori, regime che costituisce il paradigma legale, tanto che l'affidamento ad uno solo di essi ne è l'eccezione e viene disposto in casi straordinari di accertate situazioni di deficit nella capacità genitoriale o di pregiudizio per il minore stesso e con la possibilità per il giudice, di graduare, ai sensi dell'art. 337 quater c.c., i contenuti dell'affidamento esclusivo.

Lo stesso articolo al secondo comma impone di filtrare la regolamentazione che si va a definire per quella specifica vicenda familiare proprio in riferimento all'esclusivo interesse morale e materiale dei figli, con la conseguenza che il giudice

4 Tali articoli sono stati inseriti nell'impianto del codice civile dal d. lgs. n. 154 del 2013.

5 MORACE PINELLI, A.: “Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili del matrimonio, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio”, in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*”, Giuffrè Editore, 2014, p. 173 ss.

6 DELLI PRISCOLI, L.: “The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente”, *Dir. fam. pers.*, II, 2019, p. 262 ss.; MARTINEZ CALVO, J.: “La cura dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale dei genitori nel diritto spagnolo: la guarda y custodia”, *Dir. fam. pers.*, II, 2017, p. 1347 ss.; BALLARANI, G. – SIRENA, P.: “Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro superiore interesse del minore”: in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*”, Giuffrè Editore, 2014, p. 141 ss.

è tenuto, anche in virtù dei poteri di ufficio a tutela della prole che gli sono normativamente attribuiti, a discostarsi da tale previsione.

Il diritto alla bigenitorialità necessita pertanto di una visione integrata dal perseguimento e realizzazione dell'interesse del minore, l'interesse che a sua volta porta con sé il riferimento al benessere del bambino in senso ampio, che implica le esigenze materiali, fisiche, educative ed emotive nonché il bisogno di affetto e di sicurezza.

La Suprema Corte già con la sentenza n. 26587 del 2009 ha avuto modo di affermare con orientamento poi consolidatosi nel tempo che: "... '... nel quadro della nuova disciplina relativa ai provvedimenti riguardo ai figli dei coniugi separati, di cui ai citati articoli 155 e 155 bis c.c., come modificativamente e integrativamente riscritti dalla Legge n. 54 del 2006, improntata alla tutela del diritto del minore (già consacrato nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 resa esecutiva in Italia con Legge n. 176 del 1991) alla c.d. bigenitorialità (al diritto, cioè, dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione), l'affidamento condiviso (comportante l'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi ed una condivisione, appunto, delle decisioni di maggior importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore) si pone non più (come nel precedente sistema) come evenienza residuale, bensì come regola, rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo.

Alla regola dell'affidamento condiviso può infatti derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore. Non avendo, per altro, il legislatore ritenuto di tipizzare le circostanze ostative all'affidamento condiviso, la loro individuazione resta rimessa alla decisione del giudice nel caso concreto da adottarsi con provvedimento motivato, con riferimento alla peculiarità della fattispecie che giustifichi, in via di eccezione, l'affidamento esclusivo...'. Perché possa derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso, occorre quindi '...che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore...' (come nel caso, ad esempio, di un'obiettiva lontananza del genitore dal figlio, o di un suo sostanziale disinteresse per le complessive esigenze di cura, di istruzione e di educazione del minore), con la conseguenza che '...l'esclusione della modalità dell'affidamento esclusivo dovrà risultare sorretta da una motivazione non più solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potestà genitoriale e sulla non

rispondenza, quindi, all'interesse del figlio dell'adozione, nel caso concreto, del modello legale prioritario di affidamento..."⁷.

L'affidamento condiviso implica che la responsabilità genitoriale venga esercitata da entrambi i genitori e che le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore siano assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli, con previsione di rimettere la decisione al giudice in caso di disaccordo. Solo con riferimento alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, può essere invece previsto che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento e dell'emissione di eventuali provvedimenti sanzionatori ex art.709 ter c.p.c.⁸

Lo scopo perseguito dal legislatore, anche alla luce di una necessaria lettura sistematica, è proprio quello della massima responsabilizzazione dei genitori con applicazioni di sanzioni (ammonimento, risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore e dell'altro genitore, sanzione amministrativa pecuniaria) e modifica del regime di affidamento in caso di carenze nelle condotte degli adulti: concorrono una funzione di penalizzazione per le inadempienze e una funzione di deterrenza, senza che ciò determini (o in ogni caso il meno possibile) ripercussioni negative sui figli e sempre nella prospettiva di preservarne i loro diritti.

In tale primario compito volto a ricercare la regolamentazione che maggiormente sia rispondente all'interesse morale e materiale della prole e al

7 La Corte di Cassazione con la pronuncia n. 977 del 2017 ha affermato sul tema: "... Dispone l'articolo 155 bis c.c., comma 1, nel testo vigente *ratione temporis*, che il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

La Corte di merito, nella fattispecie in esame, ha attribuito rilievo al fatto che l'odierna ricorrente nel corso di più di un anno (dall'estate del 2012 alla fine del 2013) non aveva mai fatto ritorno in Italia, nemmeno per il numero minimo di incontri (tre) indicati dal consulente tecnico.

Ora, questa Corte ha osservato come la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'articolo 155 c.c., con riferimento alla separazione personale dei coniugi, è derogabile solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore (Cass. 2 dicembre 2010, n. 24526; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587; Cass. 18 giugno 2008, n. 16593). Ciò si verifica nel caso di esercizio in modo discontinuo del diritto di visita, come anche nell'ipotesi di totale inadempimento all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori (Cass. 17 dicembre 2009 n. 26587). La valorizzazione, da parte della Corte di Trieste, dell'assenza di incontri tra la madre e il figlio nel lungo periodo preso in considerazione appare, dunque, pienamente coerente coi suindicati principi...".

8 Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter c.p.c. e, in particolare, la condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, sono suscettibili di essere applicate facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento"; esse, tuttavia, non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva "od" evidenzia che l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata Cass. n. 16980/2018.

suo diritto alla bigenitorialità il giudice non può prescindere dal prendere anche in considerazione il punto di vista del minore⁹.

A tale esigenza, innanzitutto esistenziale per il minore, si è inteso dare tutela con il diritto ad essere ascoltato prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, di provvedimenti che lo riguardano con particolare riferimento alle sue condizioni di vita a seguito della disgregazione del nucleo familiare.

La Carta dei Diritti Fondamentale dell'Unione Europea – Carta di Nizza – del 18 dicembre 2000 consente di annoverare tale diritto fra i diritti fondamentali della persona (art. 24).

Già la Convenzione di New York del 20.11.1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 27.5.91 n. 176, con una norma di portata programmatica processuale (art. 12) aveva affermato il diritto del minore di esprimere la sua opinione su ogni questione che lo interessa e quindi la possibilità che venga ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa anche in via indiretta. La successiva Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia dalla l. 20.3.2003 n. 77, ha previsto il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione (artt. 3 e 6), sancendone la previsione in termini di adempimento necessario se per il diritto interno il minore è considerato avere un discernimento sufficiente (art. 6).

Il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 cd Bruxelles II bis, ha previsto che il minore deve avere avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

La riforma sulla filiazione ha quindi introdotto gli artt. 336 bis c.c. e 38 bis disp. att. c.c. ed ha spostato e integrato nell'art. 337 octies c.c. la disciplina di cui all'art. 155 sexies c.c. (introdotto dalla l. n. 54 del 2006 sull'affido condiviso) per dare attuazione alle modalità di esercizio di tale diritto, tenendo conto sia di quanto affermato dalla giurisprudenza delle Corti soprannazionali (Corte di Giustizia dell'Unione Europea) sia di quella della Corte di Cassazione Sezioni Unite sent. 21.10.2009 n. 22238 ha stabilito il principio che la mancata audizione dei figli in un procedimento destinato a regolare in via esclusiva o prevalente interessi primari dei minori stessi - che sono da considerarsi parti in senso sostanziale del processo ai sensi della sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale - determina la

9 DANOVÌ, F.: "L'ascolto del minore nel processo civile", *Dir. fam. pers.*, II, 2014, p. 1592 ss.; BALLARANI, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione": in M. BIANCA (a cura di): "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 127 ss.; BALLARANI, G.: "Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato", *Dir. fam. pers.*, II, 2014, p. 841 ss.

violazione dei principi del giusto processo (Cass. civ. 26.01.2011 n. 1838, Cass. civ. n. 14216 del 2012, Cass. civ. 16.06.2011 n. 13241 e Cass. civ. 26.03.2015 n. 6129).

La Suprema Corte anche da ultimo ha ribadito, come in tema di provvedimenti in ordine alla convivenza dei figli con uno dei genitori, l'audizione del minore infradodicenne capace di discernimento costituisca adempimento necessario previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, in relazione al quale incombe sul giudice che ritenga di ometterlo un obbligo di specifica motivazione; e ciò non solo se ritenga il minore infradodicenne privo della capacità di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora opti, in luogo dell'ascolto diretto, per quello effettuato nel corso di indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che solo l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda (cfr. Cass. n. 1474 del 25.01.2021).

Il giudice è pertanto tenuto a valutare compiutamente se l'ascolto possa nuocere al a "quel" minore e nel caso a dare specifica motivazione delle ragioni del mancato ascolto, che se rispondente al suo interesse ne diviene esso stesso contenuto essenziale del diritto a sua tutela: il diritto a non essere ascoltato; infatti la norma si esprime in termini di doverosità e pertanto il mancato ascolto del figlio determina una violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore, quando ciò non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento o con riferimento al suo specifico interesse e benessere, tale da giustificare l'omissione (Cass. n. 16410 del 30.07.2020).

Nel procedere all'ascolto il magistrato è tenuto ad informare sempre il minore sulla natura del procedimento e sugli effetti dell'ascolto, mentre la partecipazione all'ascolto dei genitori, dei difensori, del pubblico ministero etc. è ammessa solo se autorizzata dal giudice, che ben potrà avvalersi di esperti ed ausiliari per un'assistenza qualificata ad integrazione delle proprie competenze.

L'art. 38 bis disp. att. c.c. ha dato regolamentazione alla procedura dell'ascolto quando nei tribunali siano presenti le cd. "aule dell'ascolto" (uso vetri specchio - impianti citofonici etc.): in questo caso non è prevista l'autorizzazione del giudice per presenziare all'ascolto dei difensori delle parti, del pubblico ministero o del curatore speciale del minore ove presenti, mentre permane la previsione dell'autorizzazione per i genitori in quanto la loro presenza, anche dietro il cd specchio unidirezionale, di cui il minore dev'essere comunque messo a conoscenza,

può comunque condizionare psicologicamente il minore che, in considerazione della presenza stessa, potrebbe infatti perdere di spontaneità nella deposizione¹⁰.

Con l'ascolto trovano così espressione tre istanze primarie della persona, peraltro di rilevanza costituzionale, quella inerente alle proprie condizioni esistenziali di vita, quella della libertà di manifestazione del pensiero e quella della tutela della salute e del perseguimento dello sviluppo psico-fisico del minore.

In tale prospettiva è indubbio che anche nel momento della crisi l'ascolto dei figli, ancora prima che nel processo, dovrebbe avvenire in famiglia quale posto primario all'interno del quale si realizza la crescita e lo sviluppo del bambino.

Ciò presuppone una capacità da parte del genitore di sintonizzarsi sui bisogni dei figli che in un momento di sofferenza, quale è quello generato dalla crisi personale ed affettiva con il proprio partner, può risultare deficitario (vedi *infra* par. III).

Da qui l'importanza del lavoro su un piano interdisciplinare ed il ricorso agli interventi provenienti dall'area psicologica che costituiscono risorse necessarie nella visione ormai ineludibile di un concorso di competenze che operano nel conflitto familiare in funzione del suo contenimento, che costituisce la primaria tutela che si può assicurare ad un minore (vedi *infra* par. V).

Ne deriva la necessità di un ruolo diverso dell'avvocato che svolge un compito essenziale nel conflitto proprio in considerazione del legame di fiducia che si crea con il genitore, proprio assistito (vedi *infra* par. VI).

III. LA RESPONSABILITA' GENITORIALE.

A seguito della riforma della filiazione è stato inserito nell'ordinamento italiano il canone della responsabilità genitoriale in sostituzione di quello di potestà. Tale cambiamento si deve ad una evoluzione socio-culturale dei rapporti fra i genitori e i figli, che a livello sovranazionale (cfr. Regolamento CE n. 2201/2003, cd. Bruxelles II-bis sulla disciplina della competenza, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale) ha già trovato ampio riconoscimento¹¹.

10 VELLETTI, M.: "Art. 38 bis. Disposizione attuazione codice civile: aule per l'ascolto del minore": in M. BIANCA (a cura di): "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 137 ss.; VELLETTI, M.: "Potere del giudice e ascolto del minore (art. 337 – octies)": in M. BIANCA (a cura di): "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 206 ss.

11 CIANCI, A. G.: "Responsabilità genitoriale": in M. BIANCA (a cura di): "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 88 ss.

I rapporti genitori-figli, infatti, non sono da considerare più con riguardo alla posizione del genitore, quanto, piuttosto, debbono essere considerati con riferimento all'interesse superiore dei figli.

Il Regolamento Bruxelles II-bis sopra citato (all'art. 2) detta delle definizioni al solo fine di delineare il proprio ambito di applicazione e chiarisce che - indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale e dalla denominazione usata per la decisione (sentenza - ordinanza - decreto) - devono intendersi per "responsabilità genitoriale: i diritti e i doveri di cui è investita la persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni del minore. Il termine comprende il diritto di affidamento e di visita"; per "diritto di affidamento: i diritti e i doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nelle decisioni riguardo al suo luogo di residenza" e per "diritto di visita: il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo".

Per precisa scelta legislativa non si rinviene una definizione di responsabilità genitoriale, come del resto era già avvenuto per la potestà, proprio in considerazione della continua evoluzione socio-culturale dei rapporti fra i genitori e i figli; si è quindi in presenza di una "formula aperta" che viene plasmata in considerazione di tale continuo processo evolutivo con l'apporto dato dall'attività dei giudici con riferimento alle singole vicende umane.

L'inserimento anche a livello di normativa nazionale del canone della responsabilità in funzione della tutela della filiazione consente quindi di enuclearne i contenuti proprio con riferimento all'essenza stessa della "responsabilità" quale impegno a saper rispondere delle proprie azioni e delle conseguenze che ne derivano rispetto ai figli: la responsabilità per il genitore quale complesso di competenze, la responsabilità intesa come assunzione di doveri, obblighi e diritti derivanti dalla filiazione che si protrae fino al raggiungimento dell'indipendenza economica del figlio, come peraltro già avviene nel diritto effettivo, tanto che non c'è un termine finale con riferimento al compimento della maggiore età (art. 316 c.c.).

Nella prospettiva dell'impianto della riforma ai diritti dei figli e quindi al "diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni" (art. 315 bis c.c.) fanno da contraltare i contenuti della responsabilità genitoriale come vero e proprio impegno per i genitori al perseguimento delle componenti materiali ed esistenziali in cui si realizza la formazione dell'individuo.

L'interesse del minore è quindi connaturato innanzitutto dal dato ineludibile che i genitori assicurino ai figli, tanto nel caso della fisiologia dei rapporti quanto nella patologia delle vicende relazionali, sia i mezzi di sostentamento adeguati sia gli apporti affettivi essenziali ad una serena crescita psico-fisica, in previsione dello sviluppo della loro personalità.

Nel momento della deflagrazione del conflitto il minore rischia di essere particolarmente colpito proprio nel suo bisogno di assistenza morale in quanto i genitori, concentrati sulle proprie sofferenze, non riescono a garantirgli a pieno il rispetto per i suoi sentimenti, il necessario sostegno affettivo, che a differenza del contributo al mantenimento è di per sé incoercibile.

Tale componente essenziale della responsabilità genitoriale, e del suo esercizio in funzione della realizzazione dell'interesse del minore, ha portato parte autorevole della dottrina, ad affermare nella relazione genitore – figli la vera e propria rilevanza giuridica dell'apporto affettivo quale componente essenziale dell'equilibrato processo formativo del minore¹² che assurge a valore meritevole di tutela: si è quindi configurato il diritto all'amore, quale diritto primario del figlio.

Ne discende come imprescindibile corollario e contenuto sostanziale della responsabilità che, in caso di patologia dei rapporti fra gli adulti, la prima tutela per la prole risiede proprio nelle condotte dei genitori che sono chiamati a dare protezione ai bambini prima ancora dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

La responsabilità genitoriale impone infatti ai genitori nell'esercizio della loro funzione di individuare i bisogni dei figli e di tenere comportamenti ispirati alla massima collaborazione: l'obiettivo primario deve rimanere il progetto genitoriale la cui realizzazione non può che passare, anche nella vita post separazione, da un'interazione adeguata fra le figure genitoriali.

Il cardine delle regolamentazioni da assumere, giudiziale o pattizia, è quello del perseguimento del superiore interesse del minore coinvolto nella vicenda separativa, interesse che deve ispirare ogni decisione nell'ambito dei procedimenti riguardanti i minori e che trova la propria copertura sia a livello di normativa interna che sovranazionale, tanto da mantenere il carattere di indisponibilità per le parti e da richiedere il vaglio dell'autorità giudiziaria.

12 BIANCA, C. M.: "Prefazione": in M. BIANCA (a cura di): *"Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. XII ss.; SPAZIANI, P.: "Il diritto all'assistenza morale" in M. BIANCA (a cura di): *"Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 151 ss.

IV. L'ALTA CONFLITTUALITÀ.

L'alta conflittualità che sovente si instaura fra i genitori a seguito della crisi affettiva costituisce di per sé un grave pregiudizio per il minore con ricadute sul suo sviluppo psico - fisico che si possono manifestare anche a distanza di tempo.

Il confine fra alta conflittualità e inadeguatezza genitoriale è a volte molto flebile e la ricerca della realizzazione del migliore interesse per "quel minore" o meglio ancora il danno per il suo superiore interesse ne diventa il discriminante.

Se l'affido condiviso rappresenta infatti il modello legale attraverso il quale si pongono le condizioni per una crescita il più possibile equilibrata e serena della prole a tutela del diritto alla bigenitorialità, il conflitto fra i genitori non può di per sé costituirne ostacolo; l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori trova infatti il suo fondamento normativo nella motivata (e quindi concreta) contrarietà per il minore dell'affidamento anche all'altro.

Il principio di pari responsabilità genitoriale previsto dall'art. 337 ter c.c. viene ad essere derogato soltanto al ricorrere di precise controindicazioni con riferimento alla prole e fra queste non può essere di per sé considerata l'elevata conflittualità fra i genitori e la patologica disfunzione relazionale della coppia genitoriale. Il regime di affidamento condiviso deve essere pregiudizievole per la prole alterando e ponendo in serio pericolo il loro equilibrio e sviluppo psico – fisico.

L'affidamento esclusivo comporta la necessità di una puntuale motivazione basta su di un duplice profilo di indagine valutativa in ordine sia al pregiudizio potenziale per i figli sia da un canto sull'idoneità di uno dei genitori e sull'inidoneità educativa e manifesta carenza dell'altro.

La Suprema Corte ha avuto modo di affermare, in modo consolidato, il principio secondo cui la conflittualità riscontrata tra i genitori non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare ed a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e, dunque, tali da arrecare loro pregiudizio¹³.

¹³ Cfr. Corte di Cassazione con sentenza del 6 marzo 2019 n. 6535 che richiama in motivazione i consolidati principi espressi dalla stessa Corte: "... Invero l'affidamento condiviso è da ritenersi il regime ordinario, anche nel caso in cui i genitori abbiano cessato il rapporto di convivenza, ed il grave conflitto fra gli stessi non è, di per sé solo, idoneo ad escluderlo (Cass. n. 1777 del 08/02/2012); la mera conflittualità infatti non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso, ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei figli, e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse (Cass. n. 5108 del 29/03/2012). In proposito, va ribadito che "In tema di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", con

Solo quando il concreto tentativo della gestione della cogenitorialità determina danno in capo alla prole si impone a tutela del minore l'attuazione di interventi più incisivi.

Un eventuale affidamento esclusivo in capo ad un genitore trova infatti giustificazione solo in presenza di una patologia nel rapporto tra genitore e figlio, ossia nell'incapacità dell'adulto ad entrare in relazione diretta con il minore o di disfunzioni nelle competenze genitoriali. In buona sostanza la regola dell'affidamento condiviso diviene derogabile ove la conflittualità si riverberi in danno del minore stesso. L'affidamento esclusivo non incide necessariamente sulle modalità di frequentazione con l'altro genitore che possono persino mantenersi libere e continue con i pernottamenti proprio perché rispondenti all'interesse del minore.

Spesso a gravi carenze nell'interazione genitoriale e all'assenza totale di comunicazione si accompagnano relazioni positive di ciascun genitore con i figli. Il corto circuito si crea a livello della coppia genitoriale e non verso i figli.

E' principio giurisprudenziale ormai consolidato quello secondo cui, alla stregua di dati obiettivi e di comportamenti deficitari del genitore sia sotto il profilo dell'obbligo di assistenza morale che materiale, elementi tutti sintomatici dell'inidoneità ad assumere le primarie connotazioni della responsabilità genitoriale, sia del tutto corretta la previsione del regime di affidamento esclusivo, anche nella forma rafforzata di cui all'art. 337 quater c.c., in capo all'altro genitore ritenuto idoneo¹⁴, con attribuzione a quest'ultimo anche del potere-dovere di assumere in via esclusiva le decisioni in ordine alle questioni di maggiore importanza per i figli.

Spetta quindi al giudice di merito, sulla base di una articolata istruttoria rimessa anche ai suoi poteri di ufficio, a) accertare il clima di grave conflittualità familiare, riconducibile al comportamento di uno dei due genitori senza che siano emersi al contempo condizionamenti da parte dell'altro, all'assenza di consapevolezza per i bisogni affettivi e relazionali dei figli, alla cronicizzazione del conflitto e alla mancanza di riconoscimento delle condotte inadeguate tenute e b) graduare conseguentemente le misure applicabili al fine di rimuovere il pregiudizio concreto o potenziale per la prole medesima.

la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo piu' in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori, potendo detta distanza incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore."(Cass. n. 24526 del 02/12/2010).....".

14 Cfr. Cass. 2009/26587; Cass. n. 2017/977; Tribunale di Roma decreto del 15.06.2016.

L'accertamento del contesto gravemente conflittuale vissuto dai minori connotato da rabbia, disistima, sfiducia, paura, riconducibile al comportamento di uno solo dei genitori può quindi portare il giudice a disporre il cd. affidamento super esclusivo (pur senza arrivare a pronunciare provvedimenti che incidano sulla titolarità della responsabilità) ritenendo tale misura in concreto più idonea a perseguire l'interesse del minore che, in caso contrario, verrebbe ad essere esposto a continue situazioni di "stallo" a causa delle ostruzionistiche opposizioni a qualsiasi decisione; in buona sostanza nel caso di immotivati dinieghi di un genitore a fronte di comprovate necessità del minore la tutela del figlio finirebbe con l'essere messa a dura prova, costringendo uno dei genitori ad un percorso in salita con continue istanze al tribunale.

A volte le misure adottate possono andare anche in senso diverso alla previsione dell'affidamento esclusivo¹⁵. La situazione di grave pregiudizio per la prole a causa di una conflittualità patologica può finanche portare il giudice, attestata la inidoneità a volgere il ruolo genitoriale, di uno e di entrambi, ad apporre i limiti alla loro responsabilità genitoriale ex artt. 330 e 333 c.c. e disporre la sospensione con conseguente nomina di un tutore.

Le regolamentazioni, dirette a disciplinare nel presente e nel futuro i rapporti, prendono elementi dai fatti accaduti per ricercare un bilanciamento fra le contrapposte posizioni e nuovi equilibri, mettendo al centro la persona del minore ed in campo finanche le risorse che provengono dall'altre aree di competenza in prospettiva di un massimo recupero della cooperazione genitoriale.

La genesi e la consistenza del conflitto determina perciò la necessità di un'indagine sulle capacità genitoriali e la conoscenza giuridica ha bisogno di essere integrata da altre competenze per indagare le tre diverse macro aree afferenti 1) alla capacità di promuovere, accompagnare e sostenere i processi di sviluppo e di socializzazione della prole e di adattamento all'ambiente esterno; 2) alla capacità di proteggere e di garantire i figli nell'ambiente familiare, scolastico e sociale; 3) alla capacità di riconoscere i bisogni emotivi/affettivi dei figli e di sostenerli.

15 Il Tribunale di Roma con il provvedimento del 7 ottobre 2016 così motiva: "... La mancata possibilità di attribuire all'uno o all'altro genitore la responsabilità della situazione di conflitto impedisce di disporre affidamento esclusivo ad una delle parti. Data la tensione in essere, i profili caratteriali e psicologici delle parti (come delineati dalla Ctu elaborata nel corso ed precedente giudizio ed acquisita in atti), considerando la mancata accettazione del ruolo dell'altro genitore (al di là delle vuote affermazioni verbali), un affidamento esclusivo potrebbe comportare il rischio di esclusione dalla vita della minore del genitore non affidatario. Inoltre, l'affidamento esclusivo impone una valutazione di inidoneità genitoriale in capo ad uno dei genitori a fronte di una positiva valutazione del ruolo dell'altro. Nel caso di specie, i responsabili del servizio sociale e la CTU nominata nel precedente procedimento non hanno indicato in nessuno dei genitori quello in grado di assicurare la corretta crescita della minore; entrambe le parti pur connotate da elevatissime criticità caratteriali e da evidenti limiti che impediscono una serena gestione della correlazione genitoriale, hanno un positivo rapporto della minore essendo invece totalmente incapaci di condividere la genitorialità....".

Uno dei genitori può manifestare criticità nel campo emotivo – relazionale di riconoscere i bisogni dei figli e tenere nei confronti dell'altro genitore una preconcetta e ostruzionistica condotta oppositiva che finisce con lo svilire la tutela del figlio medesimo.

Da qui la necessità che le separazioni altamente conflittuali, che spesso portano con sé accuse (anche gravi e minanti) sulle competenze genitoriali, determinano l'opportunità di agire in stretta cooperazione ed integrazione fra le competenze giuridiche e quelle psicologiche, al fine di valutare le competenze genitoriali e il possibile superamento delle criticità presenti.

I. Il minore nel processo. Il Curatore.

Il figlio è sempre uno dei destinatari principali delle conseguenze delle decisioni che vengono assunte e che ricadono anche su di lui, sulla sua vita, pur non essendo parte processuale attiva nel processo di separazione (intesa anche come processo di cambiamento e non necessariamente giudiziale) a mezzo di propri rappresentanti: un curatore e un proprio avvocato.

Con la pronuncia dell'11 maggio 2018 n. 11554 la Cassazione ha infatti affermato che la sussistenza di differenti interessi tra i genitori ed il minore non è di per sé elemento idoneo a fondare la necessità della nomina al minore del curatore speciale ex art. 78, comma 2, c.p.c., in un procedimento nel quale si discuta del suo affidamento; tale eventualità deve essere infatti valutata in concreto, avuto riguardo all'incapacità, anche temporanea, dei genitori a tutelare la posizione del figlio, non potendosi desumere la sussistenza di una siffatta situazione dalla mera conflittualità interna tra i genitori ove risulti la loro piena capacità ed una buona relazione con il minore.

Nei procedimenti separativi i minori sono quindi ritenuti parti sostanziali e non parti formali del giudizio; esso sono parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori e su di loro ricadono le conseguenze delle decisioni che si vanno ad assumere.

La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza, preminentemente, attraverso i poteri del giudice in concorso le altre opere professionali cui si faceva riferimento ed *in primis* attraverso l'esercizio della responsabilità dei genitori stessi che in quanto non messa in discussione nella sua fondamenta deve essere in grado di rimanere la risorsa principale per la prole al fine di perseguire il suo migliore interesse.

Cosa diversa avviene nei procedimenti cd. ablatori della responsabilità genitoriale o gravemente conflittuali in cui viene rilevato un conflitto di interessi fra minore e genitori.

La Suprema Corte proprio da ultimo con la sentenza n. 1471 del 25 gennaio 2021 ha avuto modo di affermare in proposito il seguente principio di diritto: “ .. “Nei giudizi che riguardano i minori e che abbiano ad oggetto provvedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330 c.c. e segg., in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 4 e 1, è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., che provvederà, a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore, ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4; la violazione di tale disposizione determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., comma 3, perchè provveda all'integrazione del contraddittorio”; “negli altri giudizi che riguardano i minori, la tutela di questi ultimi si realizza mediante l'ascolto del minore nei casi previsti dalla legge, senza necessità di nomina di un curatore speciale e/o di un difensore, costituendo violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione, a meno che la nomina di un curatore speciale e/o di un difensore non sia espressamente prevista dalla legge”.

Ne consegue che deve ricorrere un conflitto di interessi con entrambi i genitori perché si renda necessaria, pena la nullità del procedimento, la nomina del curatore speciale al minore ex art. 78 c.p.c.¹⁶. Il conflitto è sussistente certamente *ab origine* nei procedimenti ex artt. 330 e 333 c.c. rimasti di competenza del Tribunale per i minorenni anche a seguito della modifica ex L. n. 219 del 2012 dell'art. 38 disp. attuaz. c.c. e può riscontrarsi anche nel giudizio di separazione, divorzio o ex art. 316 c.c., con conseguente necessità di integrazione del contraddittorio, davanti al Tribunale ordinario ove per effetto della citata riforma viene attratta la competenza anche per i provvedimenti cd. ablatori della responsabilità¹⁷.

16 Cassazione civile, 5 maggio 2021, n. 11786 nei giudizi relativi all'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, sussiste un conflitto di interessi del minore verso i genitori con la conseguenza che, laddove non sia stato nominato un tutore provvisorio, deve essere nominato un curatore speciale ex art. 78 c.p.p. In mancanza, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354, comma 1, c.p.c.

Cfr. anche Corte appello L'Aquila, 21 gennaio 2020, n. 98. Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio (art. 316 ult. comma c.c.). In sostanza, l'affidamento esclusivo non implica il venir meno della responsabilità genitoriale (solo nei procedimenti riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l'art. 336, quarto comma, c.c., così come modificato dall'art. 37, comma 3 l. n. 149 del 2001, richiede la nomina di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c., ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354 primo comma c.p.c. con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio.

17 La disciplina introdotta con le modifiche apportate all'art. 38 secondo co disp. att. c.c. prevede che: “...Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario.”. SPASARI, M. L.: “Competenza del Tribunale ordinario e del Tribunale per i minorenni”: in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione*

Infatti se nel corso dei suddetti giudizi familiari vengono avanzate anche istanze cd. *de potestate* (ex artt. 330 e 333 c.c.) deve preliminarmente procedersi alla nomina di un curatore speciale per il minore sulla base del principio che nei procedimenti riguardanti l'assunzione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale l'art. 336, quarto comma c.c. così come modificato dall'art. 37, terzo comma della l. n. 149 del 2001 richiede la nomina di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c. ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori¹⁸.

Si è data in tal guisa definitiva risposta ad una esigenza già fortemente sentita e volta ad evitare che si possano avere, fra le stesse parti, giudizi che, sia pure tendenti a soddisfare diverse istanze hanno comunque ad oggetto il perseguimento dell'interesse superiore del minore e gli interventi sulla responsabilità genitoriale. E' infatti allo stesso giudice ordinario che compete anche nel corso del contenzioso familiare l'esame delle condotte pregiudizievoli dei genitori nei confronti del figlio¹⁹.

In tale ambito applicativo, che ha indubbiamente rafforzato le potenzialità e le modalità di intervento del giudice del contenzioso sulla crisi familiare in funzione di protezione del minore, diviene quindi essenziale valutare la sussistenza del tipo di conflitto di interessi fra minore e genitori per procedere alla nomina di un curatore al minore²⁰.

Secondo l'orientamento maggioritario, l'esigenza di nomina di un rappresentante per il minore non ricorre nei giudizi in cui sia richiesto l'affidamento monogenitoriale o persino super esclusivo ad uno dei due genitori, anche a seguito di gravi carenze nelle capacità genitoriali dell'altro, in quanto la tutela del minore viene in tali casi assicurata dal concorso di azione del genitore funzionale e dai poteri riconosciuti

commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 303 ss.

- 18 Il Tribunale di Roma così ha provveduto in data 23.06.2021 in un caso di regolamentazione dell'affidamento e del mantenimento di prole nata da coppia non coniugata con emissione in via provvisoria e urgente dell'affidamento esclusivo alla madre con autorizzazione ad assumere in via esclusiva anche le decisioni di maggiore interesse per la prole, comprese quelle medico-sanitarie e scolastiche, di incontri padre -minore in spazi neutri (Cass. n. 5256/2018; Cass. n. 1471/2021). negative avere ripercussioni sueggiabile itarie e scolastiche, di maggiore interesse ale, ex art. 78 c.p.c. ove non sia stato n
- 19 Già in epoca antecedente la riforma della filiazione la giurisprudenza di legittimità ha portato in evidenza che nel corso dei procedimenti di separazione o di divorzio il Tribunale ordinario poteva emettere provvedimenti incidenti sull'esercizio della allora potestà genitoriale con l'allontanamento del figlio da un genitore, gli incontri protetti con il genitore o l'inibizione delle frequentazioni, l'affidamento ai servizi sociali etc.: tutti provvedimenti emessi in funzione di salvaguardia del minore (cfr.: Cass. n. 4945 del 2013; Cass. n. 20352 del 2011). SPASARI, M. L.: "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", M. Bianca (a cura di), Giuffrè Editore, 2014, p. 303 ss.
- 20 Cfr. Cassazione civile, 26 marzo 2021, n. 8627. Nei giudizi relativi alla responsabilità dei genitori nei quali si discuta dell'affidamento della prole ai servizi sociali, la previsione di cui all' art. 336, comma 4, c.c. , così come modificato dall' art. 37, comma 3, della l. n. 149 del 2001 , postula la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. , sussistendo un conflitto d'interessi del minore con entrambi i genitori, sicchè, ove non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354, comma 1, c.p.c. , con conseguente rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio.

al giudice ex artt. 7 e 8 della Convenzione di Strasburgo sull'obbligo di agire prontamente e sulla possibilità di procedere d'ufficio ed ex art. 337 octies c.c.²¹

Si rafforza la prospettiva operativa secondo cui i rapporti genitori – figli debbono essere tenuti in maniera neutra rispetto alle vicende relative al rapporto fra i genitori e, di conseguenza, i provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale vengano emessi nello stesso contesto delle regolamentazioni separative in aderenza ai principi della concentrazione delle tutele e della celerità ed economia processuale, che la riforma ha inteso perseguire²².

Le ultime prospettive di riforma vanno verso la previsione della nomina di avvocati – appartenenti ad albi speciali presso ciascun tribunale – quali curatori speciali dei minori anche “nelle ipotesi di elevata conflittualità tra i genitori in grado di compromettere l’interesse del minore”²³.

Già il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in data 17 novembre 2010 ha approvato le linee guida e la relazione esplicativa per una giustizia a misura di minore: con tale documento si è inteso dare promozione quali principi fondamentali alla partecipazione, all’interesse superiore del minore, alla dignità, alla protezione dalla discriminazione e allo Stato di diritto. Le linee guida affrontano questioni quali l’informazione, la rappresentanza e la partecipazione, la protezione della vita privata, la sicurezza, l’approccio e la formazione multidisciplinari per una giustizia incentrata sul minore prima, durante e dopo il procedimento.

V. L'INTERVENTO DELLE ALTRE DISCIPLINE A TUTELA DEL MINORE.

Quanto fin qui si è cercato di ricostruire con uno sviluppo argomentativo sistematico basato sull’osservazione partecipata consente di evidenziare ancora più lucidamente come, non sempre e soprattutto non per tutto, la protezione ai minori possa arrivare dai provvedimenti dell’Autorità Giudiziaria e che in

21 Cfr. Corte appello di Venezia, 16 dicembre 2019, n. 8607. In tema di affidamento della prole va disposto l'affidamento super-esclusivo in favore di uno solo dei genitori quando l'altro dimostri gravi carenze nelle capacità genitoriali. In particolare esso è disposto se dalle risultanze peritali chiare, convergenti e motivate, fondate su documentazioni cliniche e oggetto di specifico accertamento anche di fatto, si evince un elevato grado di conflittualità nella coppia genitoriale ed una situazione improntata a grave carenza nelle capacità genitoriali di uno di essi, caratterizzata da comportamenti che mirano ad estromettere dalla vita del figlio l'altro genitore determinando il rischio di alienazione e facendo valere rivalse personali

22 Ruo, M. G.: “Il curatore del minore. Compiti – Procedure – Responsabilità”, 2014, Maggioli Editore, p. 1 ss.; Ruo, M. G.: “Avvocato, tutore, curatore dei minorenni procedimento di adottabilità”, *Dir. Fam. Pers.*, II, 2011, p. 938 ss.

23 Il progetto di riforma del processo civile ed il lavoro svolto dalla Commissione Luiso hanno previsto di ampliare le ipotesi nelle quali gli avvocati nei procedimenti di famiglia ad alta complessità potranno essere nominati curatori speciali dei minori in base all'articolo 78 c.p.c. proprio per assicurare ai minori un rappresentante nel processo in caso di conflitto, potenziale o concreto, d'interessi con i genitori; DANOV, F.: “Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 615 ss.

particolare è sempre necessario, anche ai fini della loro migliore applicazione, che vi concorrano gli stessi adulti nell'esercizio della responsabilità genitoriale²⁴.

E' necessario che il rancore e la disistima lasci spazio ad una adeguata ed concreta collaborazione; è doveroso lavorare per il recupero al minore di una efficace cooperazione genitoriale, di due genitori funzionali.

L'impiego delle altre scienze umane sia fuori che dentro il processo costituisce una risorsa proprio in funzione della tutela del minore e di un lavoro volto al recupero concreto delle relazioni affettive primarie.

Il giudice di fronte a casi di elevata conflittualità può ricorrere alla nomina di un proprio ausiliario – consulente tecnico di ufficio – proprio al fine di vagliare la personalità dei genitori e le loro competenze e capacità potenziali e concrete in relazione agli specifici bisogni della prole.

Attraverso i quesiti posti al consulente il giudice ottiene un quadro clinico sulle competenze genitoriali, sulle modalità di esercizio delle funzioni genitoriali e sui rapporti tra il minore e ciascuno dei genitori.

La CTU non costituisce né deve costituire una delega di decisione. In tale contesto non va dimenticato che la decisione finale spetta al giudice in qualità di peritus peritorum nella concorrenza degli elementi probatori acquisiti al giudizio. Ne consegue che il quesito deve essere calzato sul caso concreto.

In buona sostanza il giudice non può delegare al consulente la decisione in punto di responsabilità genitoriale, la formulazione dei quesiti diventa un punto centrale sia per definire la natura dell'intervento, sia per riaffermare che la funzione giudicante non entra e non dovrebbe entrare nella cornice consulenziale in una demarcazione necessaria dei ruoli che costituisce già essa stessa tutela per la prole.

A volte il tribunale ricorre all'ausilio dei servizi sociali, chiedendo lo svolgimento di un'indagine psico – socio - familiare o di svolgere un ruolo di monitoraggio su di un nucleo familiare.

Nel caso di alta conflittualità familiare la valutazione dell'esperto riguarda in particolare anche la capacità di ciascun genitore di anteporre ai propri bisogni quelli della prole, la capacità di collaborazione e di preservare al figlio l'altra figura genitoriale.

24 SPADAFORA, A.: "La crisi familiare nel limbo della separazione: essere o non essere ?", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2021, p. 180 ss.; SPADAFORA, A.: "Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio ?", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2020, p. 516 ss.; BERINZONCE, R. O.: "Tribunali processi di famiglia", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 543 ss.

Condotte strumentali, ostacolanti ed atteggiamenti di squalifica dell'altro genitore sono di impedimento alla co-genitorialità e sono indice di una inadeguatezza genitoriale e ciò al di là di una qualificazione in termini scientifici o meno di tali condotte²⁵.

Di fronte a situazioni di acclarato o potenziale pregiudizio si rende necessario intervenire sull'adulto con la messa in campo di una serie di misure di sostegno atte a prevenire, sostenere o correggere i comportamenti conflittuali, arrivando finanche a sanzionarne i comportamenti ma non necessariamente derogando al paradigma della bigenitorialità che, come visto, finirebbe con il sanzionare il minore e i suoi diritti piuttosto che l'adulto responsabile delle condotte inadeguate.

In presenza di conflittualità e di limiti alla capacità di gestire correttamente la relazione genitoriale, la necessità di tutelare l'interesse del minore ad avere pieno accesso ad entrambi i genitori, impone l'utilizzo di ogni strumento che consenta di fornire supporto per la crescita o il recupero delle competenze genitoriali degli adulti e per il superamento delle disfunzionalità.

Nell'ambito dei procedimenti di famiglia, infatti, la peculiarità della materia impone l'adozione di ogni provvedimento che anziché limitarsi a fornire risposte teoriche quanto alle cause della disfunzionalità genitoriale, cerchi di fornire soluzioni e interventi concreti per il superamento delle stesse, guardando al futuro verso una situazione normalizzante.

25 In tale alveo si è lungamente inserito il dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza sulla cd. alienazione genitoriale, quale grave forma di abuso contro i bambini coinvolti in separazioni conflittuali. Con tale termine si sono indicati una serie di comportamenti tenuti da parte del genitore cd. alienante sostanzialmente volti a determinare una sorta di "lavaggio del cervello" che porta i figli a perdere il contatto con la realtà degli affetti e ad esibire astio e disprezzo ingiustificato verso l'altro genitore (genitore cd. alienato). Tale risultato si ritiene venga raggiunto tramite l'uso di espressioni denigratorie riferite all'altro genitore, false accuse di trascuratezza, violenza o abuso finanche sessuali tutte situazioni che generano nei figli sentimenti di paura, diffidenza e odio verso il genitore alienato e di alleanza con il genitore alienante. L'alienazione viene prodotta da una sorta di "programmazione" dei figli da parte di un genitore patologico ed arriva a distruggere la relazione fra figli e genitore cd. alienato: nei casi gravi i bambini arrivano a rifiutare qualunque contatto, anche solamente telefonico, con lo stesso. Lo psichiatra americano Richard A. Gardner ha definito tali situazioni come sindrome vera e propria, denominata PAS, acronimo di Parental Alienation Syndrome. Il dato empirico ha messo in luce che i bambini più facilmente condizionabili sono risultati essere i figli unici o comunque privi di altre figure di riferimento significative e con scarsa autonomia e autostima; il bambino risulta poco condizionabile fino ai 2 anni, mentre la fascia più a rischio è quella fino ai 7-8 anni per rimanere stazionaria fino ai 15. Il fenomeno al di là della qualificazione o meno come vera e propria sindrome è largamente diffuso e la Corte di Cassazione con la sentenza n. 6919 del 2016 ne ha da tempo delineato i contenuti. L'OMS proprio di recente nel settembre 2020 ha escluso la cd. PAS dall'elenco delle patologie riconosciute scientificamente. L'alienazione parentale è quindi un grave problema relazione ed un fattore di rischio evolutivo per il minore al di là della configurazione in termini strettamente scientifici. Da ultimo la Suprema Corte con la sentenza n. 13217 del 2021 ha appunto consentito di riaffermare che il punto focale sono le disfunzioni relazionali che provocano ingiustificati rifiuti di un genitore, conflitti di lealtà indotti con rischi evolutivi per la crescita del minore

La necessità di adottare ogni forma di intervento idonea a garantire il pieno ripristino della bigenitorialità, discende oltre che dalle disposizioni normative interne, dalla costante interpretazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Nell'alveo di tali principio si pone proprio l'art. 337 octies c.c. introdotto dalla riforma della filiazione che, riprendendo anche il dettato di cui all'abrogato art. 155 sexies c.c., ha infatti previsto che il giudice, qualora ne ravvisi l'opportunità, ottenuto il consenso delle parti, può rinviare l'adozione dei provvedimenti per consentire ai coniugi, con l'ausilio di esperti, di tentare una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

In alcuni casi tale esortazione da parte del giudice viene addirittura anticipato rispetto all'udienza di comparizione. Il tribunale di Roma nel decreto di fissazione di udienza prevede espressamente l'invito "... alle parti ad intraprendere, prima dell'udienza, un percorso di mediazione ovvero di sostegno alla genitorialità presso i centri presenti sul territorio "per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli", con indicazione che, in sede di udienza di comparizione, le parti medesime riferiranno al giudice delle iniziative intraprese.

La mediazione familiare è un intervento professionale (si può svolgere in centri pubblici o privati o con l'ausilio di professionisti a ciò appositamente formati) rivolto alle coppie e finalizzato a riorganizzare le relazioni familiari a seguito della crisi relazionale della coppia genitoriale. Obiettivo centrale della mediazione familiare è la tutela della cogenitorialità²⁶.

La mediazione familiare utilizza conoscenze proprie della sociologia, della psicologia e del diritto per la negoziazione del conflitto ed è in posizione alternativa al ricorso al Tribunale.

Lavorare sul conflitto significa uscire da un'ottica distruttiva ed entrare in una dimensione di ricostruzione.

All'interno di uno spazio neutrale il mediatore familiare si propone di lavorare con la coppia in crisi per individuare e strutturare degli accordi che siano rispondenti alle specifiche e peculiari esigenze di quel nucleo familiare, lavorando anche sugli aspetti personali: sull'importanza della cogenitorialità, comunicazione della disgregazione del nucleo familiare ai figli etc.

26 BALLARANI, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giust. Civ.*, 2012, p. 495 ss.; DELLI PRISCOLI, L.: "The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente", *Riv. Dir. Pers.*, II, 2019, p. 262 ss.;

Il percorso di sostegno alla genitorialità è, invece, un intervento psicologico di accompagnamento per gli adulti che vivono delle difficoltà nel loro ruolo genitoriale nella delicata fase della separazione. I percorsi di sostegno genitoriale mirano a comprendere e a migliorare la relazione con i figli, gli stili educativi e comunicativi in famiglia per favorire una crescita migliore dei figli stessi.

L'obiettivo di tale percorso è volto a creare o rafforzare una relazione positiva fra il bambino/ragazzo e i genitori che permetta una crescita armonica.

Avviene sovente che tale relazione risenta di fattori personali (dell'adulto e del bambino), familiari (modifica del nucleo familiare, lutti, separazione e divorzio, ecc..) e sociali che variano nel tempo e ciò in correlazione con le varie tappe della crescita, l'adolescenza, ecc. della prole.

In tali contesti possono subentrare sensi di disorientamento da parte dell'adulto dinanzi a problematiche di un certo rilievo (es. comportamenti oppositivi dei figli, sintomi di origine psichica ecc..) e quindi i percorsi mirano proprio a supportare i genitori nel loro ruolo, promuovere la consapevolezza, accrescere e rafforzare le competenze educative dei genitori stessi.

Spesso la stessa esperienza consulenziale può essere occasione per le parti di lavorare al fine del raggiungimento di un accordo; lo stesso quesito a volte domanda al consulente d'ufficio di svolgere, all'esito dell'indagine, con l'accordo delle parti, attività di sostegno alla conciliazione al fine di consentire una soluzione concordata della vicenda nel quadro dell'applicazione della disciplina sull'affidamento condiviso.

I giudici a volte negli stessi quesiti chiedono al consulente di suggerire gli eventuali interventi di sostegno che risultino necessari, individuano altresì, le strutture alle quali i genitori potrebbero fare riferimento.

Al riguardo è infatti da considerare che parte della giurisprudenza di merito²⁷, ritiene tali interventi molto utili e significativi nelle situazioni di conflitto familiare e si è spinta fino a ritenere possibile la prescrizione - quale condizione - di un percorso di sostegno ai genitori o addirittura la prescrizione di percorsi di psicoterapia (di coppia o anche individuali) al fine di esercitare la funzione genitoriale.

27 In specie alcuni Tribunali per i minorenni nei procedimenti cd. sulla responsabilità genitoriale ed anche i Tribunali ordinari nei giudizi di separazione, divorzio o sull'affidamento della prole di coppie non coniugate: Trib. Messina 25.01.2011, Trib. Catania 25.09.2014, Trib. Roma 6.07.2012, Trib. Roma 21.7.2020. In particolare tali ultime pronunce è stata impartita la prescrizione del percorso di sostegno alla genitorialità per la coppia genitoriale e di un sostegno psicologico per il minore con incarico ai Servizi Sociali di vigilare al fine di verificare che i genitori seguano il percorso di sostegno e provvedano al sostegno psicologico per il minore anche curando l'avvio di percorsi di sostegno psicoterapeutico individuale per le parti; il provvedimento del 6.07.2012 ha anche previsto d'ufficio l'applicazione della sanzione del pagamento di una somma di denaro stabilita in € 200,00 a carico del genitore che si è reso inadempiente alle prescrizioni impartite dai Servizi ed in favore dell'altro ai sensi del combinato disposto ex art. 614 bis e 709 ter c.p.c.

La Cassazione con la sentenza n. 13506 del 1 luglio 2016²⁸ si è invece espressa nel senso che non si possano imporre o prescrivere tali percorsi, essendo forme di interventi terapeutici in contrasto con l'art. 32 della Cost. che sancisce il principio della libertà della persona a sottoporsi ai trattamenti sanitari.

In buona sostanza si è andato consolidando il principio secondo cui in tema di controversie sull'affidamento dei figli i percorsi di mediazione o di sostegno alla genitorialità non possono essere imposti dal giudice e come tale non costituiscono di per sé un inadempimento alle prescrizioni dell'autorità giudiziaria. Il giudice può invece invitare e sollecitare le parti a seguire detti percorsi proprio perché ritenuti funzionali al superamento di conflittualità pregiudizievoli per i minori e trarre elementi di valutazione dalla mancata adesione, in concorso con le altre prove acquisite al giudizio, ai fini dell'adozione di un diverso regime di affidamento ovvero di provvedimenti sulla cd. responsabilità genitoriale, che il giudice, anche in via ufficiosa a tutela del preminente interesse del minore, può adottare.

28 La Corte di Cassazione con la sentenza n. 13506 del 1.07.2015 ha avviato l'orientamento poi consolidatosi (cfr. Cass. ordinanza n. 18222 del 5.07.2019) secondo cui: "... la prescrizione ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialità da seguire insieme e' lesiva del diritto alla libertà personale costituzionalmente garantito e alla disposizione che vieta l'imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari. Tale prescrizione, pur volendo ritenere che non imponga un vero obbligo a carico delle parti, comunque le condiziona ad effettuare un percorso psicoterapeutico individuale e di coppia confliggendo così con l'articolo 32 Cost.. Inoltre non tiene conto del penetrante intervento, affidato dallo stesso giudice di merito, al Servizio sociale che si giustifica in quanto strettamente collegato all'osservazione del minore e al sostegno dei genitori nel concreto esercizio della responsabilità genitoriale. Laddove la prescrizione di un percorso psicoterapeutico individuale e di sostegno alla genitorialità da seguire in coppia esula dai poteri del giudice investito della controversia sull'affidamento dei minori anche se viene disposta con la finalità del superamento di una condizione, rilevata dal CTU, di immaturità della coppia genitoriale che impedisce un reciproco rispetto dei rispettivi ruoli. Mentre infatti la previsione del mandato conferito al Servizio sociale resta collegata alla possibilità di adottare e modificare i provvedimenti che concernono il minore, la prescrizione di un percorso terapeutico ai genitori e' connotata da una finalità estranea al giudizio quale quella di realizzare una maturazione personale dei genitori che non può che rimanere affidata al loro diritto di auto-determinazione....". Di segno opposto il Tribunale di Roma che con sent. n. 23857 del 13.11.2015 ha richiamato in motivazione l'orientamento sopra citato della Suprema Corte affermando: "... Pur consapevole del diverso orientamento della Corte Suprema, quale espresso nella recente sentenza n. 13506/2015, non ritiene questo Collegio che il disposto percorso terapeutico possa tradursi in una violazione della libertà personale delle parti. E ciò sia perché trattasi di un onere, ovvero sia di una facoltà che essendo condizionata ad un adempimento non è mai, essendo prevista nell'interesse dello stesso soggetto onerato, obbligatoria tanto è vero che è priva di conseguenze sanzionatorie personali nel caso in cui rimanga inattuata, ricadendone semmai gli effetti sul regime di affidamento applicabile, sia perché è insuscettibile di esecuzione coattiva trattandosi esclusivamente della condizione posta dal giudice per il raggiungimento della pienezza dei paritetici poteri genitoriali nei confronti dei figli introdotta dalla novella 54/2006, sia perché trattasi dello strumento attraverso il quale si pongono le condizioni per una crescita il più possibile equilibrata e serena della prole in ragione della tutela del superiore interesse del minore che il giudice della famiglia è chiamato in prima istanza a salvaguardare. E' proprio in ragione di tale immanente principio che il giudice, ove si consideri che la conflittualità genitoriale non può di per sé costituire ostacolo, secondo quanto ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione, all'adozione del modello prioritario di affidamento vuoi perché si svuoterebbe la previsione normativa del suo significato essendo il conflitto la ricorrente condizione della coppia richiedente in via giudiziaria il mutamento di status, vuoi perché l'esclusione della pari responsabilità genitoriale, in quanto finalizzata a tutelare il superiore interesse della prole, deve avere quale causa diretta una patologia nel rapporto tra il genitore escluso dall'affidamento ed il figlio, ovvero sia l'incapacità del primo ad entrare in relazione diretta con il minore, e non già all'interno della coppia, la prescrizione terapeutica si traduce necessariamente nell'unico strumento disponibile da parte del giudice per il superamento della conflittualità tra i due genitori affinché possa essere garantita l'equilibrata crescita del minore, nel rispetto del concorrente diritto alla bi - genitorialità in capo a quest'ultimo....".

Inoltre la stessa Corte di Cassazione ha consentito di fare una riflessione sul compito attribuito ai Servizi Sociali. E' stato infatti evidenziato che allorché il giudice, oltre a prescrivere il percorso terapeutico, deleghi ai Servizi Sociali di organizzare e di vigilare su siffatti percorsi attribuisce un potere che peraltro esula dagli stessi compiti del giudicante e che si pone in violazione con il diritto all'autodeterminazione dei genitori. Il confine viene in tal modo ad essere superato.

La richiesta di intervento del Servizio Sociale trova invece la sua ragione e giustificazione nell'osservazione del minore e nel concreto sostegno dei genitori e quindi per una funzione di monitoraggio a protezione del minore collegata alla possibilità per il giudice di intervenire anche d'ufficio ed adottare o modificare i provvedimenti a tutela dei minori medesimi.

Negli ultimi anni fra gli interventi ritenuti funzionali al lavoro sul recupero di una piena cooperazione genitoriale ha avuto ingresso e riconoscimento, anche da parte di alcune pronunce di merito²⁹ la figura del coordinatore genitoriale, già pienamente riconosciuta in altri ordinamenti fra cui la Spagna che è il paese più all'avanguardia in Europa.

Tale figura professionale è deputata a vigilare ed a risolvere, al di fuori del processo, le problematiche di gestione dei figli in coppie caratterizzate da un'elevata conflittualità ed a scoraggiare i futuri ricorsi al giudice in funzione deflattiva.

E' una figura diversa dall'ausiliario del giudice, essendo estraneo al processo, e costituisce un intervento su base essenzialmente volontaristica che porta con sé la consapevolezza ed il riconoscimento da parte dei genitori di dover migliorare le proprie competenze genitoriali proprio in funzione di assicurare alla prole una serena ed armoniosa crescita al riparo dell'accesa conflittualità.

Il compito del coordinatore genitoriale è quindi quello di favorire la comunicazione tra le parti nell'interesse dei figli e proporre soluzioni per dirimere le *impasse* decisionali. Qualora vi siano situazioni di contrasto insuperabile, il coordinatore è tenuto a dare proprie indicazioni nell'interesse dei minori che le parti sono tenute a recepire.

Sovente i tribunale, in presenza di elevata conflittualità, disponendo l'affidamento condiviso dei minori hanno ritenuto di ricorrere alla figura del coordinatore genitoriale, al fine di monitorare i rapporti genitori/figli e di fornire indicazioni correttive dei comportamenti disfunzionali, di coadiuvare i genitori nelle scelte formative dei figli, vigilando in particolare sul rispetto delle modalità di

²⁹ Trib. Pavia 9.12.2020, Trib. Pavia 16.4.2020, Trib. Catania 16.12.2019, Trib. Pordenone 30.05.2019, Trib. Varese 4.3.2019, Trib. Milano 29.7.2016, Trib. Civitavecchia 20.05.2015.

permanenza con il genitore non collocatario ed assumendo le opportune decisioni nell'interesse dei figli in caso di disaccordo.

E' in ogni caso un intervento che si basa sulla scelta volontaria delle parti ed essendo estraneo al processo nel suo iter ciò determina che, in difetto di adesione di una parte alle indicazioni del coordinatore, potrà essere solo l'altro genitore a chiedere ex art. 709 ter c.p.c. al giudice di adottare i provvedimenti conseguenti.

Il fine perseguito con tale figura professionale è quindi da un lato quello di monitorare i comportamenti dei genitori e dall'altro di offrire loro un esperto che possa aiutarli o eventualmente sostituirli nelle scelte da assumere nell'interesse della prole, recuperando la loro consapevolezza genitoriale: in buona sostanza un lavoro finalizzato nella consapevolezza delle parti per tornare nell'alveo della fisiologica dei rapporti genitoriali.

Tale figura si differenzia dalle altre forme di intervento in quanto il coordinatore è deputato a sostenere la coppia genitoriale nella fase di esecuzione del programma stabilito, sia esso impartito dal giudice o di fonte pattizia.

In tale contesto, pertanto, deve ritenersi consentita anche la nomina del pedagogo, in quanto si inserisce proprio tra gli interventi finalizzati a rendere non stereotipati i provvedimenti in materia di relazioni genitori figli³⁰.

In tale visione integrata delle competenze da porre in campo a tutela della prole giova richiamare anche i gruppi di parola³¹ che sono invece una risorsa specifica per accompagnare i figli nel momento di transizione della separazione dei genitori.

Il gruppo di parola è per i bambini/ragazzi una esperienza corale che costituisce un fattore di protezione affinché un evento critico come la separazione, non diventi un pregiudizio, un dramma. Tali gruppi sono destinati ai figli accomunati dall'esperienza della separazione dei propri genitori e dal conflitto che ne deriva: si basa sulla idea che la risorsa possa fondarsi proprio sul gruppo, sulla condivisione, sullo scambio, nel mettere parola alle proprie emozioni.

La separazione dei genitori troppo spesso per i figli si accompagna ad una grande solitudine: non sanno bene come esprimere le loro emozioni, la rabbia, la tristezza, i dubbi, le difficoltà che incontrano e non sanno con chi parlarne.

30 In tale senso si è espresso il Tribunale di Roma con il provvedimento del 4.05.2018.

31 CINGOLI, V.- SCABINI, E.: "Alla ricerca del familiare. Il modello relazionale -simbolico", 2012, Raffaello Cortina; MARZOTTO, C.: "Gruppi di parola per la cura dei legami familiari", 2015, Franco Angeli; CARMINATI, B.: "I gruppi di parola, in La coerenza dei lavori nei gruppi", a cura di Dastoli, C., 2015, Vita e Pensiero.

Il gruppo di parola³² si prefigge di dare una risposta a tutto ciò e l'obiettivo degli adulti che ne sono i conduttori è quella non solo di permettere ai minori l'esternazione del sentimento e del vissuto, ma di aiutare il gruppo ad individuare strategie per fronteggiare il quotidiano, delimitando cosa compete ai figli e cosa agli adulti coinvolti.

I temi oggetti degli incontri riguardano per lo più il senso di responsabilità verso la separazione dei genitori, il conflitto, la relazione con il genitore non coabitante, i nuovi compagni dei genitori, i nuovi fratelli, la loro nuova posizione di fronte a genitori che non sono più coppia etc.

I genitori che debbono approvare l'inserimento del proprio figlio nel gruppo partecipano attivamente solo nella seconda parte dell'ultimo appuntamento in un incontro di restituzione che avviene tramite la lettura di una lettera anonima del gruppo, strutturata proprio dai bambini (i contenuti vengono scritti attraverso semplici frasi o domande rivolte ai genitori).

Molte coppie in conflitto sollecitate dall'esperienza fatta dal loro figlio dopo la "lettera" arrivano a richiedere incontri di mediazione o di seguire, a loro volta, un percorso per essere sostenuti nel compito genitoriale, superando così le iniziali ritrosie a ritrovarsi insieme all'altro dopo aver interrotto il legame coniugale.

In conclusione, la partecipazione ad un gruppo di parola offre un'occasione al bambino per riconoscere le proprie emozioni e i propri sentimenti e può diventare un'occasione per gli adulti per riprendere forza comune come genitori.

E' anche questa una delle forme in cui si realizza l'ascolto del minore. Conoscere il "sentire" del proprio figlio a causa della crisi è di aiuto per tutto il sistema famiglia che è alla ricerca di un nuovo equilibrio.

32 Il gruppo di parola si struttura in quattro incontri (di 2 ore ciascuno a ricorrenza settimanale) tra bambini dai sei ai dodici anni suddivisi in fasce di età in un numero minimo di quattro e massimo di otto partecipanti affinché il dialogo non risulti né troppo personale né troppo dispersivo.

Nei primi tre incontri i minori lavorano in gruppo con operatori specializzati tramite un rituale composto da un esordio, da una proposta dell'attività principale, una breve pausa con la merenda (proposta e offerta come sorpresa dai conduttori del gruppo) a cui seguono altre attività, collegate al tema proposto nella prima parte e infine un congedo. I bambini pur non conoscendosi fra loro entrano in confidenza già dai primi istanti si crea da subito una connessione (difficilmente spiegabile) al di là delle simpatie o antipatie individuali basata proprio sulla condivisione della stessa esperienza di vita.

Gli strumenti con cui lavora il gruppo sono il disegno, il collage, i cartelloni, i burattini, i libri illustrati, i giochi ma soprattutto la parola che rimane è la risorsa principale del percorso, parola che può essere condivisa nel confronto di gruppo, riservata e che può rimanere ancora silenzio.

Alla seconda ora dell'ultimo appuntamento vengono invitati entrambi i genitori ad un incontro di restituzione per "raccontare" attraverso la lettura di una lettera anonima realizzata dal gruppo di bambini quanto è emerso negli incontri precedenti.

Al termine dei quattro incontri dedicati ai bambini, viene proposta a ciascuna coppia genitoriale la possibilità di incontrare il conduttore del gruppo, per un confronto sui comportamenti del figlio durante gli incontri e se è stato notato qualche cambiamento nel rapporto con i genitori.

In tale contesto gli adulti mossi prevalentemente dal diritto individuale di appagamento possono ritrovare forza come genitori e vigore per una rinnovata alleanza genitoriale.

VI.IL RUOLO DELL'AVVOCATO NEL CONFLITTO FAMILIARE: LA FUNZIONE CHIAVE NEL CONFLITTO.

L'esperienza sul campo evidenzia che l'avvocato è fra i professionisti che per primo entra in contatto con la crisi delle relazioni affettive; la persona che si rivolge all'avvocato vive già uno stato di profonda insoddisfazione per il proprio rapporto.

L'avvocato accoglie nel proprio studio una persona che ha sicuramente bisogno di assistenza, di risposte e di supporto; una persona che a volte ha già deciso di porre fine al legame o che addirittura subisce la scelta dell'altro coniuge, altre volte vuole prendere consapevolezza della propria condizione giuridica all'interno della relazione di coppia.

Nel sentire comune l'avvocato è stato sempre vissuto come l'avamposto del conflitto e del contenzioso: per radicata coscienza sociale, infatti, la figura dell'avvocato si associa ad una lite in atto ed a una dinamica di contrapposizione.

E' invece ormai fortemente sentita l'esigenza di una rimediazione del ruolo degli avvocati che operano nell'ambito del diritto di famiglia o forse più appropriatamente nell'ambito del diritto delle famiglie per la diversificazione delle formazioni sociali in cui si realizza un progetto di tipo familiare.

Molte delle insoddisfazioni o delle criticità dipendono infatti da prevaricazioni, dalla progressiva e lenta erosione del principio di parità e molto spesso tutto questo è accompagnato ed alimentato da questioni che riguardano la sfera patrimoniale della famiglia: da scelte che non sono condivise ma che sono vissute dall'uno o dall'altra come imposizioni a volte vere e proprie vessazioni.

In tale vissuto di crisi emotiva – esistenziale capita spesso che gli adulti non riescano a preservare i figli da situazioni conflittuali e li rendono, anche inconsapevolmente, pedine e allo stesso tempo vittime degli scontri con l'altro genitore, dimenticando che il figlio, deve essere considerato un individuo altro da sé con propri sentimenti e relazioni affettive che sono naturalmente dirette verso ambedue i genitori.

Non è una logica di potere quella che deve indirizzare il genitore nella relazione con l'altro genitore sul proprio figlio e ciò diviene essenziale soprattutto nel momento della crisi personale.

Il genitore si trova in una condizione emotiva di piena confusione che lo spinge verso una dinamica di contrapposizione offuscando la dinamica della cooperazione in funzione della tutela della prole.

Diviene quindi necessario un ruolo diverso svolto dall'avvocato a tutela delle relazioni familiari. Prende sempre più corpo e necessità di ridefinizione di una macro area di interventi per l'avvocato che si possono delineare in funzione di prevenzione e/o contenimento della crisi coniugale o comunque della crisi nei suoi effetti più gravi e duraturi, nella sua accezione più deteriore, pernicioso e patologica che è appunto la conflittualità genitoriale.

L'incapacità della differenziazione del piano coniugale e del piano genitoriale porta con sé la sovrapposizione e la strumentalizzazione del secondo per fini che esulano dall'interesse dei figli coinvolti e sconfinano nelle ritorsioni di carattere personale e/o meramente patrimoniale.

E' proprio qui che l'avvocato ha possibilità di fare molto, di svolgere anche un ruolo sociale importante, di protezione per le relazioni affettive, per gli interessi della prole.

Si impone un cambio di prospettiva e per fare questo l'avvocato si deve aprire alla conoscenza di altri rami del sapere, alla integrazione e alla interdisciplinarietà in specie con l'area psicologica che ne diviene essenziale.

Il vero «cambio di paradigma» nasce proprio dalla riflessione sulla funzione sociale che unitamente a quella propriamente legale svolge l'avvocato che si occupa della tutela delle relazioni familiari e dei minori.

L'avvocato in particolare diviene esso stesso custode dei diritti fondamentali e soggetto attivo nella tutela dei diritti all'infanzia, compito al quale i professionisti sono tenuti a formarsi ed a specializzarsi grazie ad un cambio, oltre che di prospettiva, è proprio di acquisizione di specifiche competenze per sintonizzarsi sui bisogni delle persone anche minori di età.

Indicazioni del raggio di azione e di formazione delle competenze per gli avvocati si hanno sia a livello di normativa sovranazionale che interna

La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo firmata a Strasburgo il 25.01.1996 ratificata in Italia dalla L. n. 77 del 2003 contiene l'invito alle famiglie a raggiungere accordi prima di deferire la questione dinanzi ad una autorità giudiziaria o amministrativa.

Nel novembre 2010 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato delle linee guida per una giustizia a misura di minore con relazione esplicativa che offre specifiche indicazioni sulla formazione dei professionisti e sull'importanza dell'approccio multidisciplinare³³.

Anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019 in tema di mediazione ha avuto modo di affermare che si è assistito ormai all'emersione di un nuovo ruolo per l'avvocato: "... Si può osservare che la novella del 2013, che introduce la presenza necessaria dell'avvocato, con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che 'rappresenta' la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che 'assiste' la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova (per l'avvocato), con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate...."³⁴.

33 Le su richiamate Linee Guida prevedono infatti: "... 4. Formazione di professionisti 14. Tutti i professionisti che operano con e per i minori dovrebbero ricevere la necessaria formazione interdisciplinare sui diritti e sui bisogni dei minori di diverse fasce di età e sui procedimenti adatti a questi ultimi. 15. I professionisti in contatto diretto con i minori dovrebbero essere formati altresì per comunicare con bambini di ogni età e fase di sviluppo così come con minori che versano in situazioni di particolare vulnerabilità. 5. Approccio multidisciplinare 16. Nel pieno rispetto del diritto del minore alla vita privata e familiare, dovrebbe essere incoraggiata una stretta collaborazione tra diversi professionisti al fine di pervenire a un'approfondita comprensione del minore e a una valutazione della sua situazione legale, psicologica, sociale, emotiva, fisica e cognitiva. 17. Dovrebbe essere stabilito un quadro comune di valutazione per i professionisti che operano con e per i minori (quali avvocati, psicologi, medici, agenti di polizia, funzionari dell'immigrazione, operatori sociali e mediatori) nell'ambito di procedimenti o interventi che coinvolgono o interessano i minori, al fine di fornire tutto il sostegno necessario a coloro che adottano decisioni, consentendo loro di servire al meglio gli interessi dei minori in una determinata causa. 18. Quando si adotta un approccio multidisciplinare, si dovrebbero rispettare le regole professionali in materia di riservatezza...". Nella successiva relazione viene data esplicitazione a tali indicazioni: "... 4. Formazione di professionisti 67. Come stabilito dalla linea guida 14, la formazione sulle capacità comunicative, sull'uso di un linguaggio a misura di minore e sullo sviluppo di conoscenze di psicologia infantile è necessaria per tutti i professionisti che operano con i minori (quali agenti di polizia, avvocati, giudici, mediatori, operatori sociali e altri esperti). Tuttavia, pochi di essi dispongono di conoscenze sui diritti dei minori e sulle questioni processuali in questo contesto. 68. I diritti dei minori potrebbero e dovrebbero fare parte del curriculum, sia scolastico sia di specifici indirizzi accademici (diritto, psicologia, lavoro sociale, formazione dei funzionari di polizia, ecc.). Dovrebbero cioè essere studiati gli aspetti specifici dei diritti dei minori e della legislazione in materia di minori, come il diritto di famiglia, la giustizia minorile, il diritto d'immigrazione e di asilo, ecc. Gli Stati membri sono invitati a istituire corsi di formazione specifici.

69. La summenzionata conferenza di Toledo (cfr. il paragrafo 6) ha concluso che "tutti i professionisti (in particolare giudici, psicologi e avvocati) che si occupano dei minori nell'ambito della giustizia dovrebbero essere sensibilizzati su questi temi e ricevere informazioni e formazione adeguate sulle tecniche di audizione più idonee".

5. Approccio multidisciplinare 70. Il testo delle linee guida nel loro complesso, e in particolare le linee guida da 16 a 18, incoraggiano gli Stati membri a rafforzare l'approccio interdisciplinare quando si opera con i minori. 71. Nei casi che coinvolgono minori, i giudici e altri professionisti legali dovrebbero avvalersi del supporto e della consulenza di professionisti appartenenti a diverse discipline nell'adottare decisioni che hanno un impatto diretto o indiretto sul benessere presente o futuro del minore, tra cui la valutazione dell'interesse superiore del minore, dei possibili effettivi pregiudizievoli della procedura per il minore, ecc. 72. Un approccio multidisciplinare ai minori in conflitto con la legge risulta particolarmente necessario. La conoscenza esistente e crescente della psicologia, dei bisogni, del comportamento e dello sviluppo dei minori non è sempre condivisa in modo sufficiente con i professionisti operanti nel campo dell'applicazione della legge...".

34 Il Tribunale di Vasto con la sentenza del 9 aprile 2018 proprio sul ruolo dell'avvocato nel procedimento di mediazione ha così motivato: "l'ulteriore conseguenza di tale scelta legislativa consiste nella progressiva emersione di una nuova figura professionale - quella dell'avvocato, esperto in tecniche negoziali, che "assiste" la parte nella procedura di mediazione - che si distingue dalla figura tradizionale dell'avvocato,

Nello svolgimento di tale ruolo l'avvocato è chiamato ad arginare il conflitto anziché alimentarlo, dissuadendo il proprio assistito da una litigiosità esasperata avente ad oggetto inesistenti o futili motivi di tensione frutto piuttosto del desiderio di creare nuove occasioni di scontro come è la cd. microconflittualità; a sollecitare il proprio assistito a che il minore abbia tempi di permanenza adeguati anche con l'altro genitore³⁵; a invitare il proprio assistito a rendersi disponibile a seguire con l'altro genitore un percorso di mediazione, di sostegno alla genitorialità etc. proprio al fine di proteggere il figlio dalla lite; ad improntare la negoziazione al canone della buona fede e lealtà processuale e quindi a confrontarsi con correttezza, trasparenza e riservatezza che devono ispirare l'intero percorso di negoziazione.

Tale canone della buona fede e lealtà processuale è quanto mai essenziale nel contenzioso che riguarda i diritti dei minori coinvolti, si pensi le gravi conseguenze che possono discendere ai fini della tutela da apprestare dall'omissione di aspetti salienti ed oggettivi riferiti al proprio comportamento ed alla propria situazione patrimoniale e personale³⁶.

esperto di tecniche processuali, che “rappresenta” la parte nel processo. Al professionista forense, in altri termini, è richiesta l'acquisizione di nuove competenze di tipo umano e relazionale (ad esempio, la capacità di ascoltare in modo attivo, di sapere rimanere in silenzio, la capacità di comunicare con il cliente e con le controparti e di trarre elementi dalla comunicazione verbale e non verbale, di essere empatici, nonché di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate), che si aggiungono a quelle di difesa tecnica di tipo tradizionale. Tali competenze professionali, presupponendo l'approfondimento di aspetti che vanno al di là di quelli giuridici ed appartengono alla sfera dei valori, dei sentimenti e delle emozioni che sono alla base di ogni conflitto, richiedono l'abbandono della logica avversariale e di scontro, tipica delle tecniche processuali e del negoziato di “posizioni” (ossia quello tradizionale ove ogni parte cerca di ottenere per sé il maggiore risultato possibile), per passare al negoziato di “interessi”, ove lo scopo è di intavolare un negoziato in modo collaborativo, volto a che il professionista comprenda il punto di vista dell'altra parte, per arrivare a una cooperazione con la stessa ed eventualmente al raggiungimento di un accordo condiviso ove questo sia possibile”.

35 La normativa sulla negoziazione assistita d.l. n.132 del 2014 conv. l. n.162 del 2014 ne fa espressa previsione all'art. 6.

36 Importanti risvolti vengono tratti dalla condotta tenuta in violazione ai canoni sopra richiamati: argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 cpc, ai fini del regime di affidamento, art. 709 ter cpc e sulla regolamentazione delle spese processuali ai sensi dell'art. 96 cpc.

Il Tribunale di Roma con decreto del 16.03.2018, a definizione di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione, ha avuto modo di affermare un vero e proprio dovere per ciascuna delle parti di fornire elementi afferenti alla propria sfera patrimoniale anche se contrari al proprio interesse: “... deve rilevarsi come il legislatore abbia posto a carico dei coniugi un preciso dovere di collaborare nella ricostruzione della rispettiva situazione economico reddituale depositando non solo “la dichiarazione personale dei redditi”, ma anche “ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune”; in questo modo è stato normativamente disciplinato un comportamento di lealtà processuale specifico, che giunge sino al dovere di fornire alla controparte elementi contrari al proprio interesse. L'evidente deroga ai principi che reggono in generale l'attività difensiva, trova fondamento, anche dal punto di vista costituzionale, nei particolari obblighi di reciproca protezione che derivano dal rapporto matrimoniale (art. 29 Cost.) e negli obblighi gravanti sui genitori per il mantenimento della prole (art. 30 Cost). Tali norme contengono dunque una previsione eccezionale rispetto a tutti gli altri procedimenti non relativi a rapporti tra genitori, ma comune invece (essendo possibile l'interpretazione - non analogica, ma - estensiva anche di una norma eccezionale) a tutti i procedimenti nei quali il conflitto tra coniugi richiede una particolare tutela dell'uguaglianza tra coniugi: quindi anche al procedimento di separazione ed a quelli di revisione delle condizioni di separazione e di divorzio. La sanzione processuale di comportamenti che si sottraggono al particolare obbligo di lealtà così individuato non può che essere la valutazione del giudicante (art. 116 c.p.c.) del “contegno” della singola parte nel procedimento di divorzio ...”.

Nello svolgimento di tale rinnovata funzione il ruolo dell'avvocato si caratterizza e si concretizza anche nella capacità a negoziare che mette in campo al fine di contenere il conflitto e di risolvere.

Nell'ambito dei rapporti familiari diviene importante valorizzare l'ambito di operatività dell'autonomia privata delle parti.

Con il percorso di negoziazione l'avvocato sostiene ed indirizza il proprio assistito nella ricerca di una regolamentazione pattizia, al fine di valorizzare la capacità di autodeterminazione del genitore e la sua conoscenza delle esigenze, dei vissuti, delle inclinazioni dei figli in modo da arrivare ad avere delle regole che aderiscono a pieno o maggiormente alle situazioni di vita di quella specifica vicenda.

Il ruolo dell'avvocato negoziatore dal 2014 ha trovato definitiva consacrazione con Legge 10 novembre 2014 n. 162³⁷ che all'art. 6 prevede proprio la possibilità per due avvocati di operare in ambito di separazione, di divorzio o di modifica delle relative condizioni, risponde così alla necessità di traslare dal piano giudiziario a quello della cooperazione tra le parti la risoluzione di controversie familiari.

L'avvocato è quindi chiamato a orientare, a sostenere, a completare con le proprie competenze tecniche e professionali la capacità di autodeterminazione dell'assistito e quindi l'esercizio dell'autonomia privata proprio in funzione di riorganizzare la vita e le relazioni nel post separazione.

I cardini della negoziazione si incentrano sull'autodeterminazione e sull'autoresponsabilità, ed in specie in presenza dei minori sulla stessa responsabilità genitoriale; l'avvocato è tenuto a sostenere il proprio assistito in questa delicata opera di bilanciamento degli interessi, di riconoscimento dei bisogni e di riorganizzazione delle vite.

Tali due canoni, declinati nell'ambito dei rapporti di famiglia, costituiscono il fondamento dell'unione coniugale, protetta dall'art. 29 cost. come principale formazione sociale nella quale trova sviluppo la personalità umana ed in un contesto relazionale (convivenza di fatto etc.) impongono il rispetto di comportamenti solidali nell'alveo del principio di solidarietà, di cui all'art. 2 cost. che si pone come obbligo e limite dell'agire umano all'interno delle formazioni sociali, richiedendo il perseguimento degli obiettivi individuali senza la lesione degli interessi altrui.

³⁷ Introdotta dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni, in legge 10 novembre 2014, n. 162, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" (art. 6).

L'autonomia privata non solo ha orientato la scelta di unirsi in matrimonio ma deve essere eminentemente presente anche nel momento della risoluzione del legame e della ricerca delle nuove regole di vita, riconoscendo e non rinnegando il modello a suo tempo scelto in un contesto fisiologico delle relazioni umane.

In particolare, questa funzione "comune" a difesa del minore che gli avvocati dei genitori debbono assumere porta proprio a valorizzare il professionista negoziatore che può formarsi anche alla pratica collaborativa, molto diffusa in ambito transfrontaliero, in modo da qualificare maggiormente il proprio ruolo di azione in funzione di risoluzione della lite familiare³⁸. Con la pratica collaborativa i due avvocati intervengono e lavorano insieme con le parti, assistendo ognuno uno dei genitori (uno dei coniugi), in modo che ciascuna parte possa sentirsi a pieno garantita nel rapporto di fiducia che sta alla base del propizio incontro avvocato - cliente nella ricerca dell'equilibrio post separazione, mettendo al centro la tutela delle relazioni interpersonali ed il progetto genitoriale che deve rinsaldarsi e non sfaldarsi a seguito della crisi degli adulti.

A tale compito gli avvocati collaborativi sono chiamati ad operare, lavorando in squadra fra loro ed in sinergia con altre figure professionali per integrare le competenze e sostenere l'esercizio dell'autonomia privata che è alla base di ogni negoziazione.

Il tavolo della negoziazione infatti si apre alla presenza e all'apporto delle competenze del coach (psicologo, pedagogista etc), del comunicatore, del consulente finanziario in relazione agli aspetti che gli avvocati insieme alle parti intendono affrontare e risolvere, valorizzando la capacità di autodeterminazione della persona, del genitore e la sua conoscenza delle esigenze, dei vissuti (positivi e negativi), delle inclinazioni dei figli, in modo da arrivare ad avere delle regole che aderiscono a pieno o maggiormente alle nuove situazioni di vita di quella specifica vicenda.

Tale sinergia di azioni che debbono essere basate sulla piena trasparenza e collaborazione è tutta volta al conseguimento dell'accordo tanto che gli avvocati con la convenzione iniziale si impegnano a non assistere le parti nel futuro procedimento contenzioso in caso di esito negativo (del tutto residuale) della negoziazione.

Anche deontologicamente l'avvocato che in assoluto è tenuto a contribuire all'attuazione dell'ordinamento giuridico per i fini della giustizia, diventa nel settore specifico del contenzioso familiare esso stesso uno degli strumenti di tutela degli

³⁸ cfr. IICL - Istituto Italiano di Diritto Collaborativo e Negoziazione Assistita – www.dirittocollaborativo.eu - associato a ENCP European Network for Collaborative Practice. GIAIMO, G.: "La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico", *Europa e Dir. Priv.*, 2, 2016, p. 559 ss.; SALA, M.- MENICHINO, C.: "La pratica collaborativa. Dialogo fra Teoria e prassi", Utet Giuridica, 2017.

interessi prioritari dei figli interessati, loro malgrado, nella crisi coniugale, e quindi la sua funzione assume come ulteriore ed essenziale connotazione l'obbligo di svolgere un "ruolo protettivo" del minore. L'avvocato quale difensore del padre o della madre certamente diviene anche difensore del minore, infatti assiste sempre uno dei genitori in favore e nell'interesse della prole coinvolta. Il figlio infatti, come visto, pur non essendo parte attiva nel processo di separazione è pur sempre uno dei destinatari principali delle regolamentazioni che vengono assunte e che ricadono anche su di lui, sulla sua vita.

I figli debbono essere tenuti in posizione neutra rispetto alle dinamiche avversariali degli adulti e gli avvocati assumendo la difesa dei loro genitori si impegnano a proteggerli e ad operare anche nel loro interesse. Tanto ciò è vero che la residua indisponibilità per le parti è proprio la parte di regolamentazione che riguarda i figli e le condizioni ad essi inerenti.

Tutto questo l'avvocato è tenuto a farlo senza però entrare in contatto con il fanciullo: l'avvocato non può e non deve, a differenza del giudice, ascoltare il minore sulla vicenda separativa, come è stato espressamente sancito dall'art. 56, 2 comma, del codice deontologico – ascolto del minore - che impone all'avvocato di astenersi dall'aver colloqui con il minore di età sulle questioni oggetto delle controversie in materia familiare o minorile³⁹.

In considerazione del significativo ruolo ricoperto si è configurata una cd. giurisdizione forense proprio per la funzione di contenimento del conflitto che svolge l'avvocato nell'assumere la difesa di un genitore in un procedimento in cui sono coinvolti i figli. Il tribunale di Milano con la pronuncia del 23 marzo 2016 ha infatti affermato che l'avvocato perviene alla conclusione di un contratto "ad effetti protettivi verso terzi" ove terzi sono appunto i figli, loro malgrado coinvolti. L'avvocato è quindi chiamato a svolgere un ruolo di contenimento del conflitto ed il suo operato diviene passibile, oltre che sotto un profilo deontologico, anche in sede di responsabilità civile quale responsabilità professionale⁴⁰.

39 L'articolo 56 è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31.1.2014 la cui violazione comporta la sanzione disciplinare della sospensione dell'esercizio dell'attività professionale da sei mesi ad un anno.

40 La richiamata pronuncia afferma: "... si è di fatto inaugurata una sorta di "giurisdizione forense" che muove da una idea dell'Avvocatura attrezzata per presidiare anche gli interessi dei fanciulli, in questo tipo di procedimento. Alla luce di tutto quanto sin qui evidenziato, reputa questo Tribunale che quando l'Avvocato stipula il contratto di patrocinio con un genitore, per assisterlo in un procedimento minorile in cui coinvolti i figli, di fatto perviene alla conclusione di un contratto "ad effetti protettivi verso terzi" ove terzi sono i figli, secondo il modello negoziale collaudato in settori affini, come quello sanitario. Ne consegue ancora che l'Avvocato può essere, per l'effetto, destinatario di un rimprovero nelle sedi competenti (in primis quella della responsabilità civile) per condotte attive od omissive che abbiano contribuito a causare un nocumento al minore, per effetto della omessa o mancata protezione dell'interesse superiore del fanciullo. In altri termini, nella doverosa assistenza del padre o della madre, l'Avvocato deve sempre anteporre l'interesse primario del minore e, in virtù di esso, arginare la micro - conflittualità genitoriale, scoraggiare litigi strumentali al mero scontro moglie - marito, proteggere il bambino dalle conseguenze dannose della lite. In particolare, assumendo una posizione comune a difesa del bambino e non assecondando diverbi fondati su situazioni prive di concreta rilevanza ...".

BIBLIOGRAFIA:

BALLARANI, G. – SIRENA, P.: “Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro superiore interesse del minore”: in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*”, Giuffrè Editore, 2014, p. 141 ss.

BALLARANI, G.: “L’ascolto nella riforma della filiazione”: in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*”, Giuffrè Editore, 2014, p. 127 ss.

BALLARANI, G.: “Contenuto e limiti del diritto all’ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato”, *Dir. fam. pers.*, II, 2014, p. 841 ss.

BALLARANI, G.: “La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo”, *Giust. Civ.*, 2012, p. 495 ss.;

BERINZONCE, R. O.: “Tribunali processi di famiglia”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 543 ss.

BIANCA, C. M.: “Ex facto oritur ius”, *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 787 ss. e poi nella raccolta in più volumi dei suoi scritti intitolata “Realtà sociale ed effettività della norma”, I, t. I, p. 189 ss.

BIANCA, C. M.: “Prefazione” in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*”, Giuffrè Editore, 2014, p. XII ss.

CARMINATI, B.: “I gruppi di parola, in La coerenza dei lavori nei gruppi”, a cura di Dastoli, C., 2015, Vita e Pensiero.

CIANCI, A. G.: “Responsabilità genitoriale”: in M. BIANCA (a cura di): “*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*”, Giuffrè Editore, 2014, p. 88 ss.

CINGOLI, V.- SCABINI, E.: “Alla ricerca del familiare. Il modello relazionale -simbolico”, 2012, Raffaello Cortina.

DANOVI, F.: “Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l’avvocato specialista”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 615

DANOVI, F.: “L’ascolto del minore nel processo civile”, *Dir. fam. pers.*, II, 2014, p. 1592 ss.

DELLI PRISCOLI, L.: "The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente", *Dir. fam. pers.*, II, 2019, p. 262 ss.

GIAIMO, G.: "La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico", *Europea e Dir. Priv.*, 2, 2016, p. 559 ss.

GORASSINI, A.: "La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà" in M. BIANCA (a cura di) "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 91 ss.

MARTINEZ CALVO, J.: "La cura dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale dei genitori nel diritto spagnolo: la guarda y custodia", *Dir. fam. pers.*, II, 2017, p. 1347 ss.

MARZOTTO, C.: "Gruppi di parola per la cura dei legami familiari", 2015, Franco Angeli.

MORACE PINELLI, A.: "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili del matrimonio, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio", in M. BIANCA (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 173 ss.

QUERZOLA, L.: "La tutela processuale del minore in prospettiva europea", *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, p. 449 ss.

RUO, M. G.: "Il curatore del minore. Compiti – Procedure – Responsabilità", 2014, Maggioli Editore, p. I ss.

RUO, M. G.: "Avvocato, tutore, curatore dei minorenni procedimento di adottabilità", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2011, p. 938 ss.

SALA, M.- MENICHINO, C.: "La pratica collaborativa. Dialogo fra Teoria e prassi", Utet Giuridica, 2017.

SPADAFORA, A.: "La crisi familiare nel limbo della separazione: essere o non essere ?", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2021, p. 180 ss.

SPADAFORA, A.: "Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio ?", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2020, p. 516 ss.

SPASARI, M. L.: "Competenza del Tribunale ordinario e del Tribunale per i minorenni": in M. BIANCA (a cura di): *"Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 303 ss.

SPAZIANI, P.: "Il diritto all'assistenza morale" in M. BIANCA (a cura di): *"Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 151 ss.

VELLETTI, M.: "Art. 38 bis. Disposizione attuazione codice civile: aule per l'ascolto del minore": in M. BIANCA (a cura di): *"Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 137 ss.

VELLETTI, M.: "Potere del giudice e ascolto del minore (art. 337 – octies)": in M. BIANCA (a cura di): *"Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 206 ss.