

**Capitolo IV – Un inventario di invenzioni giurisprudenziali**

**Sommario:** 1. Legalità penale *versus* giurisprudenza penale. – 1.1. Il conio giudiziale di nuove figure criminose. – 1.2. La manipolazione giudiziale di elementi della fattispecie incriminatrice. – 1.3. L'allargamento dei confini semantici della fattispecie incriminatrice. – 2. Legge *versus* giurisprudenza in materia civile. – 3. La giurisprudenza italiana in materia giusfamiliare: un esempio eloquente di giurisprudenza creativa. – 3.1. L'affidamento condiviso e il diritto alla bigenitorialità secondo i giudici italiani. – 3.2. L'assegnazione e la perdita della casa coniugale secondo i giudici italiani. – 3.3. L'affidamento dei minori a soggetti terzi e la responsabilità genitoriale secondo i giudici italiani. – 3.4. Il mantenimento diretto secondo i giudici italiani. – 3.5. L'ordine di distrazione di somme dovute da terzi a uno dei coniugi secondo i giudici italiani. – 3.6. L'interesse del minore come formula *bonne à tout faire*.

**1. Legalità penale *versus* giurisprudenza penale.**

Ci può essere spazio per la creatività del giudice in materia penale?

In effetti, in questa area del diritto, in cui vigono principi – molti dei quali certamente di matrice vetero-illuministica e liberale, ma di rango costituzionale, e comunque tutti corollari o articolazioni della legalità penale – come la riserva di legge, la tipicità, la tassatività, la determinatezza, la precisione, la irretroattività, la materialità, la offensività, la sussidiarietà e la frammentarietà, sembrerebbe paradossale registrare il fenomeno del giudice che «conforma o riempie ermeneuticamente le fattispecie penali (...), le integra, corregge, adatta, orienta ai casi concreti, ne propone interpretazioni restrittive o al contrario estensive (se non proprio analogiche ‘mascherate’) alla luce di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto delle norme

o dalla (non di rado polivalente) *ratio legis*»<sup>1</sup>, e cioè, in definitiva, di una giurisprudenza proclive a travisare o comunque superare il dettato legislativo.

Ma è la stessa dottrina penalistica ad aver parlato della nascita di una ‘giurisprudenza-fonte’ e ad aver evocato una «autopoiesi giudiziaria che celebra se stessa»<sup>2</sup>, non senza al contempo segnalare il grave rischio consistente nella perdita della funzione garantistica della legalità penale per mano della giurisprudenza<sup>3</sup> o, come è stato detto, anche di recente, in conseguenza di un «creazionismo giudiziario spinto»<sup>4</sup>.

Negli ultimi anni, pure l’ordinamento penale, che è, o dovrebbe essere, il settore più sensibile al criterio basato sul tenore letterale della disposizione legislativa, è stato, quindi, contrassegnato da vicende ermeneutiche contaminate e condizionate da atteggiamenti di esponenti del corpo giurisdizionale tesi a oltrepassare il vincolo linguistico del testo normativo<sup>5</sup>, riformulando l’orientamento politico-criminale espresso dal legislatore o, in alcuni casi, sostituendolo con pregiudizi o convinzioni dettate dall’esigenza (sociologica? politica? corporativa? personale?) di accreditare la soluzione ritenuta di volta in volta più congrua a reprimere certe condotte, altrimenti non passibili di trattamento sanzionatorio penale, o a definire secondo un certo esito un singolo o

---

<sup>1</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, p. 15.

<sup>2</sup> Così, sia pur esibendo un atteggiamento meno critico di quanto le espressioni riportate inducano a pensare, M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, pp. 171-172.

<sup>3</sup> R. RAMPIONI, “*In nome della legge*” (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa), in *Cass. pen.*, 2004, p. 310 ss.; ID., *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. “giurisprudenza creativa”*, Padova, 2007, pp. 66 ss. e 82 ss.

<sup>4</sup> P. SCEVI, *L’interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell’interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 24.

<sup>5</sup> Che rappresenta «il contenuto minimo del principio di legalità» e che «recupera la funzione (...) di salvaguardia contro il rischio di un anarchismo giudiziario» (F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, pp. 531 e 536-537).

singoli casi (specie se mediatici), al di là del bene giuridico tutelato dalla legge penale.

Peraltro, in questa area del diritto, in cui – come si è detto – «il principio di legalità pone pretese più stringenti»<sup>6</sup>, anche il problema delle lacune normative si atteggia in modo affatto diverso che in altri settori dell'esperienza giuridica.

In relazione alle fattispecie incriminatrici vige, infatti, il divieto di analogia (art. 14 disp. prel. cod. civ.), sicché le eventuali lacune emerse in sede ermeneutica sono destinate ad essere colmate dalla norma generale esclusiva, ricavabile implicitamente dagli artt. 13 e 25 Cost. («Tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge penale è penalmente consentito»)<sup>7</sup>, che da un lato funge da norma di chiusura del sistema e dall'altro lato assolve una essenziale funzione di presidio degli spazi di libertà personale e di autonomia dell'individuo (*favor libertatis* e *favor rei*), essendo riservato al Parlamento (e non già al giudice) il monopolio del potere costituzionale di incriminazione, e cioè del potere di ridurre restringere limitare quegli spazi<sup>8</sup>.

È, in definitiva, acclarato che il nostro ordinamento penale – come altri ordinamenti continentali europei – poggia su un modello costituzionale di legalità che demanda al solo legislatore la scelta dei fatti penalmente rilevanti e del relativo trattamento sanzionatorio<sup>9</sup> e che, quindi, preclude al diritto giurisprudenziale di creare nuove fattispecie criminose o di ampliare il raggio d'azione della potestà punitiva a casi non espressamente previsti dalla legge, a ciò non ostando il sistema convenzionale europeo, caratterizzato invece – come confermato dall'art. 7 della CEDU e dalla interpretazione che ne ha fornito la Corte EDU – da

---

<sup>6</sup> D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., p. 659.

<sup>7</sup> V. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2011, p. 319.

<sup>8</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, p. 125: «qualunque sia l'origine della lacuna, il solo potere *legittimato a colmare la lacuna*, compiendo la scelta politica di reprimere certi reati con l'arma della pena, è il *potere legislativo*» [corsivo nel testo].

<sup>9</sup> Sulla *ratio* della riserva di legge in materia penale, cfr. ad es. C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss.

una concezione della legalità penale indifferente alla forma e al tipo di formante (legale o giudiziale), perché basata unicamente sul criterio della accessibilità e prevedibilità (in termini di chiarezza e precisione) della regola (legale o giudiziale che sia) applicabile al caso<sup>10</sup>.

In altri termini, la delimitazione tra ciò che è penalmente lecito e ciò che è penalmente vietato è opera affidata al legislatore, sicché al giudice è inibito assumere, di volta in volta, una siffatta decisione.

Con grande sorpresa, pertanto, studiosi di altre materie giuridiche o di altre discipline e financo – perché no? – curiosi cittadini che abbiano l'occasione di soffermare la propria attenzione sulla *law in action* italiana degli ultimi anni scoprono che la crisi della legalità penale è determinata non solo e non tanto dall'opera (sia pure affetta da ipertrofia) del legislatore, quanto e soprattutto dall'attività arbitraria e manipolativa compiuta dalla giurisprudenza<sup>11</sup>, che, lungi dall'adempiere il dovere di fedeltà alla legge cui è (costituzionalmente) soggetta, tende a aggirare o forzare il testo legislativo ben al di là dei limiti e dei confini segnati dalla struttura sintattica e dalla portata semantica dei relativi enunciati: come è stato constatato, «chiunque si sia allontanato dalla cattedra per entrare in un'aula di giustizia non ha tardato a percepire quanto la *littera legis* sia un vincolo evanescente, se non sistematicamente eluso in favore dell'adozione del parametro opposto (la giustizia immanente, *rectius* “interiore” al giudicante) che il testo dovrebbe arginare»<sup>12</sup>.

Le esemplificazioni che verranno qui di séguito documentate ne sono la conferma e la dimostrazione. Con tutte le conseguenze e ricadute in termini di perdita di garanzie fondamentali del cittadino (certezza del diritto, affidamento, democrazia rappresentativa) e in termini

---

<sup>10</sup> Sul punto, cfr. A. VALENTINO, *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017, p. 97 ss., ove anche puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

<sup>11</sup> Ha ravvisato in ciò il primo “tradimento della legalità” penale F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni transnazionali*, in AA.VV., *Evoluzioni e involuzione delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 13 ss.

<sup>12</sup> D. MICHELETTI, *Ius contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 164.

di senso di spaesamento di tutti gli operatori del diritto.

### **1.1. Il conio giudiziale di nuove figure criminose.**

La giurisprudenza penale è, anzitutto, riuscita a coniare nuove figure criminose.

Una di queste è il c.d. concorso esterno in associazione di tipo mafioso, in relazione alla quale si è parlato di fattispecie ‘aperta’, suscettibile, cioè, «di esiti interpretativi *liberi* quanto *imprevedibili*»<sup>13</sup>.

Infatti, la giurisprudenza europea<sup>14</sup> non ha avuto remore a riconoscere che ci si trova al cospetto di un’ipotesi di reato di creazione giurisprudenziale (*sic*): affermazione, questa, che ha messo la nostra giurisprudenza in così grave imbarazzo da indurla quasi a negare il fatto ascritto (non all’imputato, ma allo Stato che lo ha giudicato)<sup>15</sup>.

Ecco, quindi, un esempio lampante di autoreferenzialità autarchica della nostra giurisprudenza: negare il fatto ascritto dalla Corte EDU, da cui è peraltro scaturita una condanna dell’Italia per violazione dell’art. 7 CEDU (che contempla una garanzia coesenziale a uno Stato di diritto), e continuare imperterrita a fare come se nulla fosse successo.

Del resto, il referente normativo invocato dalla giurisprudenza domestica per offrire una base legale alla costruzione di tale illecito penale, rappresentato dalla disposizione di parte generale di cui all’art. 110 cod. pen., applicato in combinazione a una norma speciale, rappresentata dall’art. 416-*bis* cod. pen., si rivela poco utile a tal fine, atteso che la sussistenza di un titolo nuovo e autonomo di responsabilità penale, ascrivibile al concorrente c.d. esterno alla vita dell’associazione

---

<sup>13</sup> R. RAMPIONI, *Del c.d. concorso esterno*. Storia esemplare di un ‘tradimento’ della legalità, Torino, 2018, p. 4. Sull’esigenza per cui l’attività del giudice-interprete non deve degenerare in attività volta a perseguire scopi politico-criminali, v. G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell’era del “disincanto penalistico”*, in *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, p. 273 ss.

<sup>14</sup> Corte EDU, 14 aprile 2015, ric. 66655/13, Contrada c. Italia, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2860 ss.

<sup>15</sup> V. ad es. Cass. pen., 12 giugno 2018, n. 36509, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce “Ordine pubblico (reati)”, n. 21, secondo cui «l’assunto per il quale il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituirebbe reato di ‘creazione giurisprudenziale’ non corrisponde alla realtà dell’ordinamento penale nazionale che si ispira al modello della legalità formale».

criminale, è esclusa dalla previsione dell'art. 416-*bis* cod. pen., che contempla già diversi titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori, partecipi dell'associazione)<sup>16</sup>.

Un'altra figura criminosa, forgiata dai giudici sulla scorta del carattere innominato o atipico degli eventi di disastro (doloso o colposo), previsto – nel contesto di delitti di pericolo a consumazione anticipata contro l'incolumità pubblica – dagli artt. 434 e 449 cod. pen. (nella parte in cui si fa riferimento ad «un altro disastro» quale elemento descrittivo della fattispecie incriminatrice), è stata quella del disastro c.d. ambientale-sanitario, non espressamente previsto dalla legge fino al 2015.

La giurisprudenza ha allargato a dismisura le maglie sia dell'offesa sia del bene giuridico tutelato, ritenendo sufficiente ad integrare il reato un'offesa arrecata non già alla incolumità pubblica, ma (genericamente e indistintamente) alla salute collettiva, e concretantesi anche in un evento che non sia visivamente ed immediatamente percepibile e che non abbia una propria concentrazione spazio-temporale, potendosi snodare in un arco temporale pluriennale<sup>17</sup>.

Tale operazione, consistente nella legittimazione strategica di una figura criminosa atipica, del tutto sganciata dal contesto normativo di riferimento in cui era topograficamente collocata, ha quindi inevitabilmente comportato «una formidabile torsione dei profili assiologici, strutturali e modali della fattispecie originaria»<sup>18</sup>.

Alla legalità così infranta sembra, tuttavia, aver posto rimedio il legislatore con la riforma in materia penale ambientale attuata dalla l. n. 68 del 2015, che ha introdotto nel contesto dei nuovi ecoreati l'art. 452-*quater* cod. pen.

Oggi è, dunque, contemplata espressamente la fattispecie incriminatrice del disastro ambientale, con tutti i conseguenti problemi di diritto intertemporale e di ricostruzione dei possibili rapporti fra le due fattispecie (giurisprudenziale e legale).

---

<sup>16</sup> Sul punto, cfr. *amplius* M. DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 3/2016, pp. 27-28.

<sup>17</sup> V. ad es. Cass. pen., 10 gennaio 2018, n. 2209, in *CED Cass.*, rv. 272366.

<sup>18</sup> E. MAZZANTI, *Emissioni nocive e disastro innominato. Cronache di resistenza giurisprudenziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 1095, ed ivi gli ulteriori riferimenti alla dottrina conforme.

## 1.2. La manipolazione giudiziale di elementi della fattispecie incriminatrice.

Prima della riforma, operata con l. 6 novembre 2012, n. 190, dell'attuale art. 318 cod. pen., il legislatore prevedeva che il reato di corruzione impropria susseguente fosse integrato dalla condotta del «pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa».

Senonché, la giurisprudenza, (consapevolmente e deliberatamente) dimentica della formulazione letterale della disposizione e della relativa rubrica (“Corruzione per un atto dell’ufficio”) aveva sostanzialmente eliso dalla fattispecie incriminatrice l’«atto dell’ufficio» oggetto del mercimonio corruttivo, sulla scorta dell’argomento secondo cui quest’ultimo «non deve essere inteso in senso strettamente formale, in quanto esso è integrato anche da un comportamento materiale che sia esplicitazione di poteri-doveri inerenti alla funzione concretamente esercitata e presupponga la necessità di una congruità tra esso, in quanto oggetto dell’accordo illecito, e la posizione istituzionale del soggetto pubblico contraente»<sup>19</sup>.

La situazione di imbarazzo ermeneutico era, poi, diventata tale che all’abrogazione della fattispecie incriminatrice e alla contestuale sostituzione con un’altra, conforme a quella disegnata (*rectius*, inventata) dalla giurisprudenza, ha provveduto il legislatore, recependo nel 2012 la costruzione elaborata dalla giurisprudenza.

Anche questa vicenda conferma, quindi, che la politica può servire anche a sanare *ex post* reiterati errori di qualificazione e valutazione giuridica compiuti dalla magistratura.

In tempi più recenti, la Suprema Corte, chiamata a esprimersi, in sede nomofilattica, nella complessa e delicata materia della responsabilità penale medica oggetto dell’ultima riforma attuata dalla c.d. legge

---

<sup>19</sup> Così, ad es., Cass. pen., 16 gennaio 2013, n. 36859, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce “Corruzione”, n. 138 (relativa a un caso di un dipendente di un ente concessionario di pubblico servizio di esazione tributi che, sollecitando telefonicamente il collega preposto presso un ufficio pubblico al disbrigo di pratiche per rimborsi fiscali, favoriva lo ‘sblocco’ delle stesse).

Gelli-Bianco (l. n. 24/2017), volta a limitare l'ambito della responsabilità colposa dell'operatore sanitario in caso di inosservanza di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali, ha introdotto un elemento non contemplato dal testo normativo in vigore (art. 590-*sexies* cod. pen.) e, anzi, espressamente eliminato dal legislatore della riforma c.d. Gelli-Bianco: l'esercente una professione sanitaria deve versare in colpa lieve, e ciò, in quanto – a dire dei giudici delle Sezioni Unite – la causa di non punibilità prevista dall'art. 590-*sexies*, 2° comma, cod. pen. non sarebbe mai applicabile ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né in ipotesi di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle linee-guida<sup>20</sup>.

Così facendo, però, pur dopo aver espressamente richiamato l'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile (*excusatio non petita!*), le Sezioni Unite hanno travalicato il dato testuale, che menziona la sola «imperizia», senza alcuna graduazione, introducendo nella disposizione un *quid novi* (*rectius*, reinnestando un tassello che era presente nel mosaico della precedente legge n. 189 del 2012, c.d. legge Balduzzi), sponsorizzando una tesi creativa con effetti *in malam partem*, atteso che il nuovo art. 590-*sexies* cod. pen. non è mai più favorevole dell'abrogato art. 3, primo comma, della c.d. legge Balduzzi (che pertanto continuerà ad essere applicato a tutti i reati commessi sino alla data di entrata in vigore della c.d. legge Gelli-Bianco), ed evitando (deliberatamente) di sollevare l'incidente di costituzionalità, che avrebbe dovuto, invece, essere sollevato, trattandosi di un caso di palese incostituzionalità per disparità irragionevole di trattamento di situazioni identiche o simili.

La morale della vicenda (non si può certo dire: della favola) è che, per non affaticare i giudici della Consulta, alcuni esercenti sanitari rischiano di subire (pesanti) condanne penali.

### **1.3. L'allargamento dei confini semantici della fattispecie incriminatrice.**

In molte occasioni, sotto le mentite spoglie di un'interpretazione estensiva, la giurisprudenza ha compiuto una vera e propria operazione

---

<sup>20</sup> Cass. S.U. 21 dicembre 2017, n. 8770, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 327 ss., con nota (dal titolo alquanto significativo) di M. CAPUTO, *Le Sezioni unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*.

di analogia, smaccatamente *in malam partem*, e come tale vietata<sup>21</sup>.

Così, ad esempio, la Suprema Corte di Cassazione spaccia per infortunio sul lavoro (che consiste nel verificarsi di una lesione o alterazione nell'organismo, per causa violenta) quella che è una malattia professionale (la cui insorgenza è originata da fattori esterni latenti o non violenti), al precipuo scopo di rendere applicabile l'art. 437 cod. pen., che parla solo di infortuni sul lavoro<sup>22</sup>. A tal fine, la Corte utilizza significativamente l'espressione "malattia-infortunio", in cui i due termini hanno forma univocabile, come se, nella consapevolezza della esistenza e della distinzione fra "mele" e "pere", si utilizzasse il termine "mela-pera" per alludere a una mela che è anche una pera (del resto, che sia possibile concepire una "malattia-infortunio" è clamorosamente smentito da un'altra disposizione del codice penale: v. art. 590, ultimo comma).

Così, la Suprema Corte ravvisa il reato di induzione a compiere o subire atti sessuali con l'inganno per essersi il reo sostituito ad altra persona, previsto dall'art. 609-bis, 2° comma, n. 2, cod. pen., anche nella falsa attribuzione di una qualifica professionale, ritenendo che quest'ultima rientri nella nozione di «sostituzione di persona»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. per tutti F. CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 5. Rimangono tuttora preziose le indicazioni metodologiche offerte da G. MARINUCCI, *L'analogia e 'la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss., il quale critica severamente la tesi volta ad assegnare «al legislatore e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali». Non mancano, tuttavia, tentativi dottrinali di legittimazione del procedimento analogico in materia penale (O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, p. 265 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011, pp. 25 ss. e 121 ss.).

<sup>22</sup> Cass. pen., 21 settembre 2016, n. 5273, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce "Incolunità pubblica (reati e sanzioni)", n. 29.

<sup>23</sup> Cass. pen., 6 maggio 2010, n. 20578, in *Cass. pen.*, 2011, p. 574 (relativa al caso di un soggetto che aveva convinto una donna a sottoporsi ad una visita ginecologica 'tantrica', spacciandosi per ginecologo); Cass. pen., 21 giugno 2017, n. 43164, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce "Violenza sessuale", n. 39 (relativo al caso di un soggetto che, fingendo di essere un datore di lavoro, aveva tentato di convincere la vittima a fare un colloquio e un provino attraverso il sistema di web chat skype, nonché di compiere atti sessuali su se stessa quale contropartita dell'assunzione).

Così, in tempi ancor più recenti, i giudici di legittimità qualificano come atto integrante il reato di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. (violenza sessuale consumata) un fugace bacio dato sulla guancia, senza il consenso della vittima, desumibile dalla circostanza che quest'ultima era riuscita a far deviare l'atteggiamento osculante del reo dalla bocca al viso<sup>24</sup>. Peraltro, anche se si tratta di un semplice abbraccio, la situazione non cambia per la giurisprudenza<sup>25</sup>, che mostra così di prescindere dal livello anatomico e di concentrarsi esclusivamente sull'elemento del dissenso (o mancato gradimento *ex post*?<sup>26</sup>) della persona offesa. Ma allora lascia sorpresi il fatto che la Suprema Corte non abbia ritenuto anche «osceno» il comportamento consistente in pacche sul sedere di una donna, affermando che chi assista a tali atti non potrebbe provare alcuna reazione erotica e non potrebbe ricondurli a «quei comportamenti sessuali che, per ancestrale istintività, continuità pedagogica, stratificazione di costumi ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità e nel riserbo»<sup>27</sup>.

Ed ancora. L'art. 5, lett. *b* della l. n. 283/1962 sanziona con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da euro 309 a euro 30.987 il comportamento consistente (anche) nella detenzione di alimenti destinati alla vendita «*in cattivo stato di conservazione*». Or bene, la giurisprudenza

---

<sup>24</sup> Cass. pen., 18 settembre 2019, n. 43423, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce «Violenza sessuale», n. 20, secondo cui «il bacio sulla guancia, in quanto atto non direttamente indirizzato a zone chiaramente definibili come erogene, configura violenza sessuale, nella forma consumata e non tentata, allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima».

<sup>25</sup> V. Cass. pen., 12 febbraio 2014, n. 10248, in *Guida dir.*, 2014, fasc. 16, p. 94.

<sup>26</sup> Come è stato osservato, in questi casi la vittima contribuisce alla definizione del fatto punito, in quanto «la tipicità penale del fatto scaturisce direttamente dal gradimento o non gradimento del destinatario o dell'osservatore» (F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 47).

<sup>27</sup> Cass. pen., 23 settembre 2004, n. 37395, reperibile in <https://www.eius.it/giurisprudenza/2004/127>. V'è, però, da chiedersi quale sarebbe stata la decisione se il «palpeggiante» non fosse stato – come nel caso di specie – un magistrato del medesimo organo giurisdizionale (Corte Suprema di Cassazione) che ha emesso la decisione.

ha dilatato i confini della fattispecie incriminatrice, fino a ricomprendervi l'esposizione al sole, anche temporanea, di bottiglie d'acqua in contenitori di plastica, in quanto «l'acqua è un prodotto alimentare vivo e come tale è soggetta a subire modificazioni allorché è isolata dal suo ambiente naturale e forzata all'interno di contenitori stagni che impediscono i normali interscambi che avvengono fra l'acqua, l'aria, la luce e le altre forme di energia e che modificano le relazioni che in natura l'acqua conosce allorché viene sottoposta ad aumento di temperatura o ad esposizione continua ai raggi del sole», sicché «l'impatto con i raggi solari può costituire potenziale pericolo per la salute dei consumatori»<sup>28</sup>. Insomma, dalla luce del sole al buio della pena il passo può essere veramente breve.

La giurisprudenza ha, poi, ritenuto integrati gli estremi del reato di lottizzazione abusiva nella modificazione della destinazione d'uso (nella specie: da alberghiera a residenziale) di immobili già regolarmente edificati<sup>29</sup>, laddove l'art. 30 del d.p.r. n. 380/2001 richiede l'inizio di «opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione», ovvero che «tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

È, altresì, avvenuto che l'evoluzione del contesto tecnologico influisse sul testo della disposizione incriminatrice. Ma considerare<sup>30</sup> l'inquinamento elettromagnetico alla stregua di un «getto pericoloso di

---

<sup>28</sup> Cass. pen., 10 maggio 2018, n. 39037, in *Disc. comm.*, 2018, fasc. 3, p. 109 ss.

<sup>29</sup> Cass. pen., 11 aprile 2019, n. 22038, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce "Edilizia e urbanistica", n. 259;

Ma v. già Cass. pen., 7 marzo 2008, n. 24096, in *Cass. pen.*, 2009, p. 666.

<sup>30</sup> Come ha considerato la Suprema Corte: v. ad es. Cass. pen. 9 gennaio 2009, n. 15707, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce "Incolunità pubblica (reati e sanzioni)", n. 50; Cass. pen., 24 febbraio 2011, n. 23262, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4228.

cose», punito dall'art. 674 cod. pen., comporta acrobazie semantiche e sintattiche tali da rimettere in discussione i più basilari principi posti a presidio della legalità penale<sup>31</sup>.

Infine, in un caso la giurisprudenza ha ritenuto che la circostanza aggravante speciale della rapina, rappresentata dall'uso dell'arma, potesse essere rimpiazzato dal comportamento di chi, senza essere armato, induce nella vittima il timore di trovarsi al cospetto di un soggetto armato<sup>32</sup>. Il pensiero diventa azione...

## 2. Legge *versus* giurisprudenza in materia civile.

Se – come si è visto – nel contesto giuridico maggiormente afflittivo come il diritto penale, dove è costituzionalmente avvertita l'esigenza della previa individuazione di una regola legale *scripta e stricta* rispetto alla condotta dei consociati che quella regola è precipuamente diretta ad orientare, si assiste metaforicamente ad una proliferazione di prodotti dell'attività giudiziale forgiati e plasmati con nuovi ingredienti provenienti dal mondo (a sua volta vario ed eterogeneo) del contesto e ad una simultanea perdita del testo normativo, che rappresenta(va) il centro di produzione delle materie prime e che non diventa più riconoscibile dai 'consumatori' della giustizia, nella materia civile, in cui pur vige il principio di legalità costituzionale, per quanto scompagnato dalla garanzia della riserva di legge e da tutti i suoi corollari, il giudice è oggi diventato un protagonista indiscusso dell'opera di produzione delle regole giuridiche.

In quest'ampia area dell'esperienza giuridica, dove certamente l'at-

---

<sup>31</sup> Cfr. ad es. L. GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 984, che prende opportunamente in considerazione l'intero enunciato normativo (composto dal verbo 'gettare' e dal complemento oggetto 'cose'); in termini analoghi, v. l'opinione di V. VELLUZZI, nel contesto del dibattito a più voci dal titolo *Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminologia*, 2010, p. 381.

<sup>32</sup> Trib. Napoli, 16 giugno 2005, in *Giur. merito*, 2005, p. 2188.

tività ermeneutica della giurisprudenza ha modo di dispiegarsi con maggiore libertà e disinvoltura rispetto all'ambito penalistico, si sono registrati fenomeni, quali il conio di nuovi istituti (come l'apparenza, l'occupazione acquisitiva, il super-condominio, la presupposizione, l'*exceptio doli*, l'*aliud pro alio*, la *compensatio lucri cum damno*), o l'elaborazione di nuovi diritti soggettivi (come quello alla riservatezza, all'oblio o all'identità personale)<sup>33</sup>, o il riconoscimento di nuove voci di danno risarcibile (come quello biologico o esistenziale), la cui genesi è avvenuta sotto l'impulso di sollecitazioni pratiche o dietro suggerimenti dottrinali e comunque 'all'ombra della legge', sul presupposto, cioè, che questa fosse lacunosa.

Al contempo, tuttavia, in corrispondenza con un'accresciuta importanza acquisita dal formante giurisprudenziale, quest'ultimo, soprattutto negli ultimi tempi, non soltanto ha supplito all'inerzia del legislatore in alcune aree caratterizzate dalla prevalenza di interessi non patrimoniali (come ad esempio quello della bioetica) o al difetto di senescenza od obsolescenza della legislazione in alcuni campi (come quelli, ad esempio, connessi alle nuove tecnologie informatiche), ma ha altresì esibito atteggiamenti tali da mortificare la portata del principio costituzionale della soggezione del giudice al vincolo del testo legislativo, che è stato manomesso e talvolta annichilito in sede giudiziale, consegnando così al giurista e al cittadino un prodotto foriero di gravi incertezze e di reazioni in termini di scarsa affidabilità sul momento processuale.

E ciò, nonostante le declamazioni della stessa giurisprudenza, secondo cui anche l'interpretazione teleologica o sistematica conosce il limite del «divieto di correggere il significato delle parole impiegate» dal legislatore<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> È sul terreno del riconoscimento e della tutela dei diritti soggettivi che si può parlare di arretramento del momento legislativo a favore del rafforzamento del ruolo delle corti (sul punto, v. ad es. A. PISANÒ, *Crisi della legge e litigation strategy. Corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016, p. 75 ss.).

<sup>34</sup> Cass. ord. 18 giugno 2018, n. 16083, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce "Legge", n. 23; v. anche Cass. sez. lav. 14 ottobre 2016, n. 20808, richiamata nella letteratura manualistica da F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2018, pp. 82-83, nota 60.

Così, a titolo meramente esemplificativo, la Suprema Corte è pervenuta ad affermare che la costruzione di un edificio o di un'opera da parte di un comproprietario su un terreno in comunione, fatta abusivamente, e cioè senza il consenso degli altri comunisti, viene considerata appartenente in via esclusiva al comproprietario costruttore<sup>35</sup>, con buona pace della riserva di legge in materia di modi di acquisto della proprietà (artt. 42 Cost. e 922 c.c.; ma v. anche artt. 834, 1° comma e 1102, 2° comma, c.c.), tant'è che, senza neppure trincerarsi dietro espedienti argomentativi come l'*excusatio non petita*, la stessa giurisprudenza ha senza ambagi ammesso di aver creato, «per via pretoria, una nuova figura di 'acquisto a titolo originario' della proprietà, che non ha base legale»<sup>36</sup>.

Così, in tempi recentissimi i giudici del consesso delle Sezioni Unite della Cassazione civile, dopo aver ammesso che l'autonomia privata può congegnare un programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, anche attraverso un contratto ad effetti meramente obbligatori (e non reali), ha affermato che, in questa ipotesi, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione (il proprietario di un'area concederebbe, cioè, ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto), precisando, tuttavia, che tale contratto 'anomalo' di locazione è soggetto alla disciplina della locazione, e segnatamente all'art. 2643 n. 8 cod. civ.<sup>37</sup>.

Peccato, però, che viga in materia di pubblicità immobiliare il prin-

---

<sup>35</sup> V. ad es. Cass. 27 marzo 2007, n. 7523, in *Riv. not.*, 2008, p. 612 ss.; Cass. 22 marzo 2001, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce "Proprietà", n. 46; più di recente, Cass. 24 gennaio 2011, n. 1556, in *Notar.*, 2011, p. 634 ss.

<sup>36</sup> Così, Cass. S.U. 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 854 ss.

<sup>37</sup> Cass. S.U. 30 aprile 2020, n. 8434, reperibile in <https://www.eius.it/giurisprudenza/2020/266>.

cipio di tassatività degli atti o quantomeno degli effetti degli atti soggetti a trascrizione (v. artt. 2645 e 2674-*bis* cod. civ.)<sup>38</sup>, sicché si tratterebbe di una interpretazione creativa, oltreché analogica di una norma eccezionale, come tale vietata, in quanto sulla base di tale *decisum* sarebbe consentita la trascrizione di un contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale e di durata anche infranovenale.

Così, in materia processuale civile, la giurisprudenza ha introdotto ulteriori filtri (oltre a quelli, numerosi, già previsti dalla legge) di accesso alla tutela giurisdizionale, come la regola (o principio) c.d. di autosufficienza del ricorso introduttivo del giudizio di impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione<sup>39</sup>, ovvero ha sterilizzato istituti che si reputavano saldi e irremovibili, quantomeno in relazione alle loro (gravi) conseguenze, come quello della nullità degli atti e dei provvedimenti processuali, che è stata resa “innocua”, attraverso l’introduzione (*rectius*, l’invenzione di sana pianta) di un espediente, consistente nel pregiudizio effettivo, che la parte deve previamente e rigorosamente provare per poter invocare la nullità<sup>40</sup>. Ne consegue che, se nel corso di un processo civile siano stati integrati gli estremi di una violazione di un regola processuale (ad esempio, è stato dal giudice concesso un termine a difesa molto più breve di quello previsto dalla legge o non è stato punto concesso il termine previsto dalla legge), la parte, se riuscirà – magari oltre ogni ragionevole sforzo umano e dispendio di energia – a depositare l’atto, non sarà mai in grado di dimostrare il pregiudizio

---

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. ad es. G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. 19, t. 1, Torino, 1985, p. 102, secondo cui rinunciare a tale principio significa rinunciare a un criterio sicuro e trasformare la trascrizione con efficacia tipica, che già rappresenta un’eccezione nel sistema, in un ‘super principio’ di prevalenza di un diritto su un altro, in un settore in cui occorre, invece, muoversi con la massima prudenza.

<sup>39</sup> Come osserva attenta dottrina (B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 55): «Che si tratti di principio è articolo di fede perché nessuno sa indicare da dove si ricavi».

<sup>40</sup> Per la documentazione della casistica giurisprudenziale, e per un’analisi più approfondita di tale principio, non a caso qualificato di portata eversiva, rinviamo il lettore interessato *amplius* a R. DONZELLI, *Sul «principio del pregiudizio effettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 548 ss.

concretamente subito, perché l'atto è stato, appunto, depositato<sup>41</sup>.

Le esemplificazioni potrebbero, ovviamente, continuare, con riferimento a questi, come ad altri, settori del diritto civile<sup>42</sup>.

Ma il settore in cui più di ogni altro si registra un alto tasso di creatività giudiziario è il diritto della famiglia<sup>43</sup>.

A tale indagine sono dedicati i paragrafi che seguono, da cui emergerà, in modo oseremmo dire eclatante, che i giudici sono riusciti a superare financo se stessi come rappresentanti della *iuris dictio*, abbattendo tutti i confini, i vincoli e le barriere linguistiche della comunicazione legislativa<sup>44</sup> ed assurgendo a incontrollati e incontrollabili tesmeti.

### **3. La giurisprudenza italiana in materia giusfamiliare: un esempio eloquente di giurisprudenza creativa.**

Si può far dire al legislatore il contrario di quello che dice?

In Italia, in quel particolare e delicato ramo dell'albero dell'esperienza giuridica che è il diritto della famiglia, e segnatamente nel settore

---

<sup>41</sup> Secondo A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 518, la «ascosa ragione» per cui i giudici fanno sempre più frequente ricorso a tale «ossimorica categoria» (*id est*, la 'nullità innocua') risiede nell'esigenza di evitare impugnazioni e annullamenti a distanza di decenni dal perpetuarsi della violazione processuale ai danni della parte. A nostro avviso, la ragione (altrettanto 'ascosa') è che i giudici si vorrebbero così 'autotutelare' contro doglianze e lagnanze inerenti il loro operato, specie quando ad essere direttamente affetti da vizi di nullità siano provvedimenti giudiziari (*quod licet Iovi non licet bovi?*).

<sup>42</sup> Per altri casi di giurisprudenza creativa *contra legem* nel diritto privato, cfr. G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., p. 31 ss.

<sup>43</sup> Una notazione linguistica: il diritto privato si articola in vari settori (diritto delle successioni, delle obbligazioni, dei contratti, della responsabilità civile, delle società, e tanti altri), sicché non si comprende come mai nel discorso dei giuristi si utilizza comunemente il sintagma 'diritto di famiglia' in luogo di 'diritto della famiglia'.

<sup>44</sup> Ha paragonato l'«operare *contra legem*» alle 'colonne d'Ercole' del diritto vivente F.D. BUSNELLI, *La 'dottrina delle Corti' e il risarcimento del danno alla persona*, in AA.VV., *Il Codice civile ha 70 anni ma non li dimostra*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2016, p. 138.

della crisi delle relazioni familiari, pare che si possa e si debba rispondere alla domanda in chiave affermativa.

Va, anzitutto, premesso che la giurisprudenza domestica ha certamente svolto un ruolo di protagonista nella storia ed evoluzione del diritto della famiglia italiano, contribuendo ad affrancare l'interprete dai rigidi confini di un sistema chiuso, asfittico, stabilmente ancorato a quella visione pubblicistica o comunque autoritaria che sino quantomeno agli anni '60 del secolo trascorso considerava l'interesse dell'istituzione familiare come necessariamente sovraordinato a quello dei singoli componenti, e favorendo, quindi, un processo di costruzione delle relazioni familiari dinamico ed aperto, in cui si potessero coniugare spinte individualistiche ed istanze solidaristiche, entrambe meritevoli di considerazione secondo il disegno costituzionale.

Durante questo travagliato percorso, la giurisprudenza ha avuto anche occasione di anticipare esiti cui sarebbe poi approdato il legislatore attraverso varie riforme, succedutesi nel tempo: così, a titolo esemplificativo, la giurisprudenza costituzionale aveva proceduto a un'opera di rinnovamento e adeguamento della legislazione al principio costituzionale di uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, ben prima della riforma del 1975<sup>45</sup> e, sul terreno della filiazione, aveva già gettato i semi di una parificazione dei figli nati fuori dal matrimonio a quelli nati in costanza dello stesso<sup>46</sup>, realizzatasi poi in via legislativa con la riforma della filiazione degli anni 2012 e 2013, la cui *ratio* ispiratrice di fondo consiste, appunto, nel principio di unicità dello stato di figlio; così, la giurisprudenza ordinaria ha esteso la nozione di famiglia, ricomprendendo in essa relazioni diverse da quelle fondate sul matrimonio, come

---

<sup>45</sup> Lo attesta e documenta, da ultimo, A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 552 ss.

<sup>46</sup> Significativo il titolo del volume curato da A. CHIODI, *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Milano, 2013, pubblicato anche nel 2012 come *Strenna Giuffrè*, in cui sono riportate (p. 307 ss.) le più significative sentenze della Corte costituzionale in materia. Si tratta, peraltro, di una modifica tacita della Costituzione (sulla cui nozione, v. A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 304 ss.), posto che la formulazione dell'art. 30, 3° comma, Cost. non osta di per sé a una normativa basata sulla diversità di *status* di filiazione.

le convivenze di fatto, e sospingendosi talvolta anche là dove non si sono sospinti i giudici delle leggi, quando ha ad esempio riconosciuto in capo al convivente *more uxorio* che presti attività lavorativa continuativa in favore dell'impresa di cui sia titolare l'altro convivente un diritto alla partecipazione agli utili dell'impresa medesima<sup>47</sup>, prima che entrasse in vigore la legge n. 76/2016, che ha, *inter alia*, introdotto l'art. 230-ter c.c. Più in generale, anche sotto l'egida di carte o corti europee e utilizzando – come grimaldello per aprire le porte ad esigenze e bisogni manifestati dal corpo sociale – la categoria dei diritti fondamentali<sup>48</sup>, i giudici italiani sono pervenuti a somministrare forme più o meno adeguate di tutela a soggetti coinvolti in nuove realtà affettive, come quelle connesse a un rapporto di genitorialità sociale o intenzionale instauratosi a seguito di accordi che, come quello di maternità surrogata, risultano lesivi dell'ordine pubblico<sup>49</sup>.

Ma in queste ipotesi la giurisprudenza si è mossa entro una cornice che registrava il silenzio del formante legale, o comunque la sussistenza di fonti normative dalle maglie larghe che, incorporando «valvole regolatrici dell'afflusso di correnti vitali nel diritto»<sup>50</sup>, consentono e autorizzano un continuo e dinamico adeguamento del sistema giuridico al mutamento del costume e della realtà sociale. Inoltre, la strategia ermeneutica intrapresa, assiologicamente permeabile a fatti, valori, interessi

---

<sup>47</sup> Cass. 19 dicembre 1994, n. 10927, in *Informaz. prev.*, 1994, p. 1502; Cass. 15 marzo 2006, n. 5632, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, p. 995.

<sup>48</sup> Con «tutta la loro potenziale ed eventuale forza dissolutrice» di *status* (C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 25).

<sup>49</sup> Da ultimo, v. Cass. S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653 ss. Significativamente, in dottrina si è parlato di bigenitorialità in senso debole (U. SALANITRO, *La tutela del diritto del minore alla bigenitorialità*, in AA.VV., *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso*, a cura di P. Mazzamuto, Giappichelli, Torino, 2019, p. 31 ss.).

<sup>50</sup> E. PARESCE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 236; l'elaborazione dei concetti-valvola (*Ventilbegriffe*) si deve, come noto, a K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1934, p. 83 ss.

e bisogni, e dunque suscettibile di dischiudere la prospettiva di un ‘irrazionale soggettivismo’ dell’interprete<sup>51</sup>, rivela in ogni caso lo sforzo profuso per attuare il principio costituzionale di uguaglianza formale e sostanziale: tra uomo e donna all’interno del matrimonio; fra coppie che fanno ricorso al dispositivo della nuzialità e coppie che vivono la relazione soltanto di fatto; tra figli che vantano un diverso *status*, a seconda del contesto, o delle modalità, in cui sono nati.

È, invece, in un settore così nevralgico e delicato come il diritto della crisi della coppia genitoriale che si registrano non infrequenti ipotesi in cui il giudice non rispetta il vincolo del testo normativo e – facendosi portatore di opinioni personali, ideologie, pregiudizi radicati o altri, più o meno ‘nobili’, sentimenti – propone soluzioni tali da superare e persino sventrare i ‘cancelli delle parole’<sup>52</sup> consegnategli dal legislatore.

Qui di séguito menzioniamo, a titolo meramente esemplificativo, alcune ipotesi di interpretazione *contra legem* (*rectius*, di arbitraria violazione del testo legale) in questa materia.

### **3.1. L’affidamento condiviso e il diritto alla bigenitorialità secondo i giudici italiani.**

Nella regolamentazione della crisi familiare riveste un ruolo cruciale la legge 8 febbraio 2006, n. 54, contenente «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli», poi confluite, con qualche modificazione, negli attuali artt. 337-*bis* ss. c.c.

Che tale legge, trädita dal Parlamento al popolo italiano nel 2006, sia stata tradita, per ben tredici anni (dai giudici e, in parte, dagli avvocati),

---

<sup>51</sup> N. IRTI, *Nóμος e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 95.

<sup>52</sup> Siamo debitori di questa espressione verso N. IRTI, *I ‘cancelli delle parole’ (intorno a regole, principi, norme)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 57.

è un fatto notorio: lo attestano, infatti, anche l'Istituto Nazionale di Statistica<sup>53</sup> e il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca<sup>54</sup>.

Nella prassi delle separazioni e dei divorzi che vedono la presenza di figli (in alcuni casi, anche maggiorenni), non si è, cioè, ancora abbandonato nella sostanza il vecchio modello c.d. monogenitoriale, pervenendo all'invenzione giurisprudenziale della stravagante figura del genitore 'collocatario'<sup>55</sup>, prevalente o preferenziale, che vede appunto un genitore protagonista nella frequentazione dei figli e di conseguenza nei compiti di cura, educazione, istruzione e assistenza degli stessi, e l'altro genitore, invece, degradato a mero erogatore di un assegno di mantenimento e relegato al ruolo di "visitatore" (lemma il cui etimo evoca già significativamente l'idea di alienità o alienazione di una delle due figure genitoriali rispetto alla vita quotidiana della prole).

Vediamo più da vicino cosa il legislatore dice e cosa gli fa, invece, dire la giurisprudenza.

Il legislatore, nell'affermare il principio di bigenitorialità<sup>56</sup>, prevede che «il figlio minore ha il diritto di mantenere un *rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori*, di ricevere cura, educazione,

---

<sup>53</sup> Cfr. Report ISTAT 14 novembre 2016 su matrimoni, separazioni e divorzi: «al di là dell'assegnazione formale dell'affido condiviso, che il giudice è tenuto a effettuare in via prioritaria rispetto all'affidamento esclusivo, per tutti gli altri aspetti considerati in cui si lascia discrezionalità ai giudici la legge non ha trovato effettiva applicazione».

<sup>54</sup> Cfr. Nota MIUR 2 settembre 2015, prot. 5336: «va constatato che, nei fatti, ad otto anni dall'approvazione della legge sull'affido condiviso, questa non ha mai trovato una totale e concreta applicazione anche nella quotidiana ordinarietà della vita scolastica dei minori».

<sup>55</sup> Ci piacerebbe sapere se l'Accademia della Crusca annoveri tale termine nella categoria dei tecnicismi specifici o collaterali, ovvero se sia semplicemente un vieto espediente dell'antilingua di calviniana memoria.

<sup>56</sup> Non nuoce ricordare che il diritto alla bigenitorialità è annoverabile fra i diritti inviolabili della persona (v. ad es. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2013, p. 697 ss.) e che il regime di affidamento dei figli non è materia negoziabile (in tal senso è la giurisprudenza sinora formatasi, come attesta e documenta G. SAVORANI, *L'affidamento superesclusivo in talune circostanze è l'unico mezzo per tutelare l'interesse del figlio minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, pp. 1185 e 1188).

istruzione e assistenza morale *da entrambi* (...). Il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i minori restino affidati a *entrambi* i genitori» (art. 337-ter c.c.).

La giurisprudenza, invece, impone l'adozione della regola del collocamento (o dimora) prevalente, coniando un criterio presuntivo basato sulla «mother preference»<sup>57</sup> nei tempi di frequentazione dei figli ed affermando conseguentemente che l'affidamento materialmente condiviso della prole sarebbe contrario alle «esigenze di stabilità dell'*habitat* domestico del minore e del diritto di avere una relazione significativa e costante con il genitore collocatario»<sup>58</sup>.

Di più. È dato leggere, in un articolo recentemente pubblicato su una prestigiosa rivista giuridica (ma a scriverlo è *pour cause* un magistrato), che «è ormai pacifico che – pur nell'ambito dell'affidamento condiviso – il giudice possa individuare (il che, anzi, avviene nella gran parte dei casi) un genitore collocatario o preferenziale del minore»<sup>59</sup>. Dove vi sia traccia in fonti normative (domestiche, europee o internazionali) della figura del genitore 'collocatario' o 'preferenziale' non è, però, dato sapere, anche perché tutti i referenti normativi (a cominciare dal principio costituzionale di uguaglianza) depongono univocamente in senso diametralmente opposto all'esito che si assume, invece, come dato pacifico e corroborato dall'argomento (sociologico o ideologico?) del "così fan (quasi) tutti". Ecco, allora, la prova di una creatività giurisprudenziale *contra legem*<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Cass. 14 settembre 2016, n. 18087, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3447 ss.

<sup>58</sup> Cass. ord. 17 dicembre 2015, n. 25418, consultabile in <https://www.osservatoriofamiglia.it>.

<sup>59</sup> G. CASABURI, *L'editto messapico: il «vero» affidamento condiviso dei minori nella crisi della famiglia secondo il Tribunale di Brindisi*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 194.

<sup>60</sup> Peraltro, già da un punto di vista semantico, l'aggettivo 'condiviso' (e non più 'congiunto'), che segue al sostantivo 'affidamento', allude ai tempi di cura ed educazione del figlio, che sono appunto 'ripartiti' o da 'ripartire' fra i due genitori (in questo senso, v. F. RUSCELLO, *La dinamica coniugale nel farsi e disfarsi del legame - Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, pp. 75-76; v. anche M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 380).

Peraltro, l'esito cui è finora pervenuta la giurisprudenza italiana appare altresì in contrasto – oltre che con la Costituzione (v. art. 30, primo comma)<sup>61</sup> – con lo scenario normativo sovranazionale in materia e con le indicazioni provenienti dai relativi organi competenti: la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 176/1991, prevede (art. 9, § 3) che «[g]li Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo»; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) prevede (art. 24, § 3) che «[o]gni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse»; la Risoluzione n. 2079/2015 del Consiglio d'Europa ha valorizzato l'elemento della presenza di entrambi i genitori nella crescita dei figli, sollecitando gli Stati membri (che sono ben 47) a promuovere l'affidamento condiviso attraverso l'introduzione del principio della *shared residence* dei figli di genitori separati o divorziati, definito come quella forma di affidamento in cui i figli trascorrono «tempi più o meno eguali presso i due genitori» e che può essere limitato soltanto nei casi eccezionali di «abuso o di negligenza verso un minore, o di violenza domestica»; nel Report doc. 13870 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in data 14 settembre 2015 si individua il principio di “*shared residence*” come quello maggiormente idoneo a realizzare «*positive effects*» per i minori di tutte le età, ivi compresi i bimbi più piccoli. Tant'è che numerose sentenze della Corte EDU hanno già condannato l'Italia per aver violato il diritto alla genitorialità o alla bigenitorialità, garantiti dall'art. 8 della CEDU<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> V. Corte cost., sent. 29 maggio 2020, n. 102, secondo cui il dovere dei genitori di educare i figli «non può che presupporre il correlativo diritto del minore a essere educato da entrambi i genitori; ciò che necessariamente implica il suo diritto a vivere con loro una relazione diretta e personale, salvo che essa risulti in concreto pregiudizievole per i suoi interessi».

<sup>62</sup> A titolo esemplificativo, v. Corte EDU, 23 marzo 2017, *Endrizzi c. Italia*, ric. n. 71660/2014; Corte EDU, 23 febbraio 2017, *D'Alconzo c. Italia*, ric. n. 64297/2012; Corte EDU, 9 febbraio 2017, *Solarino c. Italia*, ric. n. 76171/2013; Corte EDU, 15 settembre 2016, *Giorgioni c. Italia*, ric. n. 43299/2012; Corte EDU, 28 aprile 2016, *Cincimino c. Italia*, ric. n. 68884/2013; Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Lombardi c.*

### 3.2. L'assegnazione e la perdita della casa coniugale secondo i giudici italiani

Il legislatore stabilisce: «Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo *prioritariamente* conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o *conviva more uxorio* o contragga nuovo matrimonio» (art. 337-*sexies*, 1° comma, c.c.).

La giurisprudenza, invece, afferma che «ai fini dell'assegnazione della casa familiare assume rilievo esclusivamente l'interesse del figlio»<sup>63</sup> e – proteggendosi, appunto, sotto l'ombrello retorico del c.d. interesse del minore contro una pioggia dogmatica ed esegetica – si è spinta a dire che «l'instaurazione di un rapporto *more uxorio* da parte del coniuge affidatario dei figli minorenni non giustifica di per sé la revoca dell'assegnazione della casa familiare, trattandosi di circostanza ininfluyente sull'interesse della prole», che consiste nella «conservazione del proprio *habitat* domestico»<sup>64</sup>, così sponsorizzando nei fatti un modello di assegnazione della casa coniugale, in cui il genitore 'non collocatario' riveste una posizione rigorosamente subalterna non soltanto al genitore 'collocatario', ma anche al convivente *more uxorio* di quest'ultimo.

### 3.3. L'affidamento dei minori a soggetti terzi e la responsabilità genitoriale secondo i giudici italiani

Il legislatore prevede che «il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della *propria* famiglia» (art. 1 l. 4 maggio 1983, n. 184 e succ. mod.), che «il giudice può pronunciare la decadenza della responsabilità genitoriale quando il genitore viola (...) i doveri ad essa

---

*Italia*, ric. n. 25704/2011; Corte EDU, 2 novembre 2010, *Piazzì c. Italia*, ric. n. 36168/2009; Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bove c. Italia*, ric. n. 30595/2002.

<sup>63</sup> Cass. 14 marzo 2017, n. 6550 (consultabile in <https://www.osservatoriofamiglia.it>), sulla scia di Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 308, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1661 ss.

<sup>64</sup> Trib. Palermo, 29 dicembre 2016, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 590 ss.

inerenti o abusa dei relativi poteri con *grave pregiudizio per i figli*» (art. 330 c.c.), e che, «quando la condotta di uno o di entrambi i genitori (...) appare (...) *pregiudizievole al figlio*, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti» (art. 333 c.c.).

La giurisprudenza (in questo caso, va precisato: di merito, più che di legittimità) afferma, invece, che, in caso di (mera) conflittualità giudiziale fra i coniugi, i figli vanno affidati a terzi che non hanno alcuna relazione affettiva con essi (servizi sociali territoriali), con conseguente ablazione o limitazione della responsabilità genitoriale<sup>65</sup>, laddove la mera conflittualità non può di per sé integrare una ragione di esclusione del regime di affidamento condiviso<sup>66</sup> e l'affidamento della prole a un ente è concepita dal legislatore come l'*extrema ratio* (arg. ex art. 337-ter, 2° comma, 4° alinea, c.c.), essendo tale misura confinata ad ipotesi del tutto marginali, che presuppongono peraltro un grave pregiudizio per la prole e la contestuale assenza di altri parenti o figure affettive di riferimento idonee<sup>67</sup>.

### 3.4. Il mantenimento diretto secondo i giudici italiani

Il legislatore prevede che, «salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, *ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli* in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, *ove necessario*, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità (...)» (art. 337-ter, 4° comma, c.c.).

La regola oggi vigente e imperante in via prioritaria in tema di contribuzione al mantenimento della prole è rappresentata, quindi, dal mantenimento diretto, mentre quello c.d. indiretto, e cioè da adempiere attraverso la corresponsione di una somma periodica di denaro da un ge-

---

<sup>65</sup> V. ad es. Trib. Milano, est. R. Muscio, ord. 24 novembre 2014, inedita: «la conflittualità tra i coniugi, (...) che si ricava dalla lettura dei reciproci scritti difensivi, (...) comporta l'affidamento della prole al Comune», nonché «la limitazione ex art. 333 c.c. della responsabilità genitoriale di entrambi i genitori in relazione alle decisioni di maggior interesse» per la prole, che «saranno assunte dall'Ente Affidatario».

<sup>66</sup> In questo senso, v. ad es., da ultimo, T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2018, p. 261.

<sup>67</sup> In tal senso, v. ad es. M. SESTA-A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Milano, 2016, p. 203.

nitore in favore dell'altro (c.d. "assegno di mantenimento"), è un'ipotesi residuale ed eccezionale<sup>68</sup>.

Nella prassi, invece, il mantenimento diretto è pressoché sconosciuto ai giudici italiani, ormai affezionati al modello che contempla un assegno mensile periodico in favore dei figli, il cui importo, peraltro, viene sempre surrettiziamente incamerato dal genitore 'collocatario', senza alcun obbligo o onere di rendicontazione e anzi con la facoltà per tale genitore di scegliere arbitrariamente le spese c.d. straordinarie (e cioè extra-assegno di mantenimento) destinate a soddisfare l'interesse e i bisogni non quotidiani dei figli<sup>69</sup>.

### **3.5. L'ordine di distrazione di somme dovute da terzi a uno dei coniugi secondo i giudici italiani**

In tema di separazione coniugale e in relazione all'ipotesi di inadempimento degli obblighi di mantenimento gravanti su uno dei due coniugi, il legislatore prevede che, «su richiesta dell'avente diritto, il giudice può (...) ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che *una parte* di esse venga versata direttamente agli aventi diritto» (art. 156, 6° comma, c.c.).

La giurisprudenza, invece, afferma che l'espressione «parte», contenuta in tale disposizione, può essere sinonimo di «tutto», e quindi arriva a legittimare l'ordine di distrazione (o pagamento diretto) dell'intero stipendio, di cui fruisce un genitore, in favore dell'altro<sup>70</sup>, con buona pace non soltanto degli indici normativi di riferimento sistematico (v. art. 545, 5° comma, c.p.c., art. 8, 6° comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898 e succ. mod., art. 2, ult. comma, d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180 e art. 72-

---

<sup>68</sup> Nel senso della predilezione legislativa e priorità della modalità diretta di contribuzione v. G. FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008, p. 9, ove ulteriori riferimenti in senso conforme.

<sup>69</sup> Sul punto, cfr. da ultimo M. MAGLIETTA, *Il mantenimento diretto: una modalità che la Cassazione non riesce a comprendere*, in <https://www.altalex.com/>.

<sup>70</sup> *Incredibile dictu*, ma vero: Cass. 2 dicembre 1998, n. 12204, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2088 ss.; Cass. 6 novembre 2006, n. 23668, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3332 ss. In questo caso, siamo non soltanto lontani dalle originarie funzioni della Cassazione (su cui v. J.F. WEBER, *La Cour de Cassation*. La documentation française, Paris, 2010, 13 ss.), ma ben oltre financo la rappresentazione della Corte di Cassazione come «jurisprudence législative» (F. ZENATI, *La Jurisprudence*, Paris, 1991, p. 177 ss.).

*bis* d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, che in conformità all'art. 36 Cost. individuano, come limite inderogabile a qualsivoglia prelievo forzoso su crediti derivanti da rapporti di lavoro, quello della metà dell'ammontare complessivo delle somme corrispondenti a tali crediti), ma, ancor prima, della logica, delle scienze linguistiche e delle nozioni elementari di mereologia.

### 3.6. L'interesse del minore come formula *bonne à tout faire*.

Come si è visto, l'emancipazione dal vincolo della legge in materia giusfamiliare è favorito dal (frequente) abuso dei margini di discrezionalità lasciati dal legislatore e, massime, dai possibili impieghi del sintagma «interesse del minore», che, come ogni “scatola vuota”, può essere ermeneuticamente riempita di ogni possibile contenuto, potendo giustificare una determinata soluzione o quella diametralmente opposta (fino ad essere declinato come interesse a morire, come nel caso di Alfie Evans)<sup>71</sup>; tant'è che, anche di recente, non si sono avute remore nel riconoscere che la genericità e fluidità della formula<sup>72</sup> può dare àdito «a valutazioni ideologiche e avallare l'arbitrio dei giudici»<sup>73</sup>.

Ed invero, soltanto mercé l'invocazione giudiziale dell'interesse del

---

<sup>71</sup> Sul carattere ambiguo e confuso della locuzione «interesse del minore», v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 e 93; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148. Riconosce senza ambagi che la formula sia stata piegata a funzione disapplicativa del principio di legalità V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 415 e 418; v. anche F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1588, secondo cui la formula *de qua* viene utilizzata anche «nel tentativo di sanare *ex post facto* una situazione vietata»; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 781, il quale critica l'impiego della formula quando attraverso essa si intende «superare i limiti segnati dalle fattispecie legislative, costruendone di nuove».

<sup>72</sup> Di indeterminatezza si discorre anche a proposito dell'espressione inglese 'best interests of the child': v. ad es. R. VAN KRIEKEN, *The 'Best Interests of the Child' and Parental Separation: On the 'Civilizing od Parents'*, in *68 Modern Law Review*, 25 (2005).

<sup>73</sup> A.C. DI LANDRO, *Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 463.

minore, che assurge (oltre che a categoria autonoma, valore super-individuale e parametro di riferimento per il giudizio di legittimità costituzionale di disposizioni di legge, anche) ad esclusivo criterio e misura di ogni decisione in materia di relazioni familiari che coinvolgono figli, si sono potuti registrare e si registrano i seguenti fenomeni:

– interpretazioni non costituzionalmente conformi, arbitraria disapplicazione (o elusione) di norme giuridiche e principi, nonché vere e proprie “invenzioni” giurisprudenziali di istituti, tipici della gestione giudiziale della crisi di coppie genitoriali (collocamento o dimora abituale, diritti di visita, trattamenti sanitari coatti fuori dai casi tassativamente previsti dalla legge);

– il ricorso ai medesimi *cliché*, rituali o modelli, che si risolvono in una giustizia della crisi familiare standardizzata o in vuote formule di stile, e cioè autoreferenziali (perché prive di reale motivazione, traducendosi questa soltanto in un richiamo a un asserito interesse del minore);

– l’immobilismo e la stabilizzazione di decisioni provvisorie, sommarie e urgenti, che dovrebbero caratterizzare soltanto la c.d. fase presidenziale del procedimento di separazione o di divorzio, e non essere, invece, nei fatti resistenti a modificazioni più di quanto lo sia una lega metallica composta da acciaio e titanio (anzi, in alcune ipotesi, al fine di legittimare *ex post* e consolidare situazioni contrarie alla bigenitorialità, si richiama una presunta “stabilità” dei minori, che si sarebbero a distanza di tempo abituati a fare a meno della relazione con uno dei genitori);

– costi e tempi che rendono mero *flatus vocis* l’accertamento definitivo di situazioni giuridiche soggettive, fra le quali il diritto fondamentale del minore ad avere e mantenere una relazione con entrambe le figure genitoriali (perché *quod factum est infectum fieri nequit*, e i figli dopo un processo di separazione e di divorzio diventano ormai adulti, quando non anch’essi genitori);

– un diritto “dominicale” dello Stato (*rectius*, dei Comuni) sui cittadini minorenni (come se fossero un bene demaniale, oggetto di ‘concessione’ in favore dei genitori biologici, affinché questi possano provvedere ai relativi oneri di mantenimento, salvi i poteri di ingerenza, di controllo e di veto spettanti al ‘nuovo proprietario’), evocato da quegli

inquietanti casi di minori sottratti alle famiglie d'origine, senza che ricorrano i presupposti richiesti dalla legge per l'adozione, per essere "educati" (non si sa in che modo né con quali esiti) in luoghi di ortopedia sociale quali le "case-famiglia", come attestano i casi, noti alla cronaca, de Il Forteto e, da ultimo, di Bibbiano<sup>74</sup>;

– un ricorso massiccio, nel contesto del procedimento di separazione giudiziale, a consulenze tecniche d'ufficio e abuso da parte dei periti nominati dai tribunali (i cui criteri di scelta adottati non sempre riflettono i principi di adeguata trasparenza e di turnazione), consistente anche nell'utilizzo di strumenti di verifica di assai dubbia scientificità (come il test di Rorschach<sup>75</sup>, al cui esito viene affidata e subordinata la valutazione dell'idoneità genitoriale);

– un valore probatorio dirimente delle (e un appiattimento sulle) relazioni dei consulenti tecnici d'ufficio nominati dai tribunali<sup>76</sup> o dei servizi sociali, senza la garanzia di alcun contraddittorio e senza alcuna

---

<sup>74</sup> Sovviene in proposito quanto scriveva Th. BERNHARD, *Antichi maestri* [1985], trad. it. Adelphi, Milano, 1992, p. 40: «È lo Stato in realtà che partorisce i bambini, vengono partoriti soltanto bambini di Stato, la verità è questa. Non esiste un solo bambino libero, c'è soltanto il bambino di Stato, di cui lo Stato può fare quello che vuole, è lo Stato che mette al mondo i bambini, alle madri viene solo dato a intendere che siano loro a mettere al mondo i bambini, ma è dal ventre dallo Stato che nascono i bambini, la verità è questa» [corsivo dell'A.].

<sup>75</sup> Anche senza voler richiamare il giudizio impietoso espresso da autorevoli studiosi, come S.O. LILIENFELD-J.M. WOOD-H.N. GARB, *What's Wrong With This Picture?*, in *284 Scientific American*, p. 80 ss. (2001), per rendersi conto del carattere pseudo-scientifico del test, basterebbe guardare il video-clip del brano musicale *Crazy* degli Gnarlz Barkley.

<sup>76</sup> Che il giudice si auto-riduca a *servus peritorum* (volendo mutuare l'espressione utilizzata da C. GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica: peritus peritorum o servus peritorum?*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 322) è comprovato, ad esempio, dall'indagine promossa nel 2013 dal Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza della Regione Toscana con l'Istituto degli Innocenti, in cui, sulla base di tutti i fascicoli consultati, consta che il Giudice ha recepito l'esito delle consulenze tecniche d'ufficio (cfr. *Il minore al centro dei procedimenti giudiziari di separazione e di divorzio: contributo delle scienze psicosociali*, a cura di A. Crescente-R. Pregliasco-E. Vagnoli, 2014, p. 90, reperibile anche *on line* in <http://www.consiglio.regione.toscana.it>).

possibilità di difesa o contestazione;

– una delega più o meno espressa di poteri a soggetti che non possono esercitare poteri giurisdizionali (assistenti sociali, curatori speciali, genitore ‘collocatario’);

– la costituzione o il venir meno del rapporto giuridico di filiazione, e dunque l’acquisto o la perdita dello *status* di figlio, come frutto di una scelta, spesso rimessa al giudizio di convenienza di chi aspira a diventare (o a non essere più) tale, essendolo soltanto biologicamente, come confermato, ad esempio, dalla regola – introdotta dalla riforma della filiazione degli anni 2012-2013 – della imprescrittibilità delle azioni di stato, ove una di queste venga promossa dal figlio; tant’è che un giurista molto attento alle metamorfosi del diritto della famiglia italiano ha significativamente intitolato un paragrafo della propria Relazione conclusiva di un recente Convegno dedicato a Tommaso Auletta: “L’interesse del minore fonte della genitorialità?”<sup>77</sup>.

In definitiva, l’interesse del minore è diventato come una ‘pozione magica’<sup>78</sup>: la carica che anche nell’immaginario collettivo evoca il sintagma e le suggestioni di cui è ammantato consentono agli interpreti pratici di impiegarlo e piegarlo a qualunque scopo, e dunque anche in una prospettiva che tracima in eterogenesi dei fini.

---

<sup>77</sup> M. SESTA, *Conclusioni: la genitorialità tra cura, interesse del figlio e biologia*, in AA.VV., *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme. Atti del Convegno 27-29 settembre 2018 a Catania* dedicato a Tommaso Auletta, Pacini, Pisa, 2019, p. 456. Da ultimo, v. anche E. DEL PRATO, *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 749: «La riforma del regime di riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio (...) ha inciso sul rapporto tra verità e autoresponsabilità rendendo l’interesse del figlio il centro di gravità della disciplina».

<sup>78</sup> I. THERY, *Nouveaux droits de l’enfant, la potion magique?*, in *Esprit*, mars-avril, 1992, p. 5 ss.; ancor prima, J. CARBONNIER, *Note sous Paris*, 30 avril 1959, in *D.*, 1960, p. 675.