

LUIGI BRIGIDA

**LA PATRIA POTESTAS
DAL CODICE 1865 AL DIRITTO DI FAMIGLIA**

ANTEFATTO

La patria potestà nel Diritto Romano e nel Diritto Intermedio

A) DIRITTO ROMANO

1. modi d'acquisto della patria potestà

La patria potestà costituisce la base su cui si fonda la *familia* romana. Essa cade su tutti i soggetti, liberi e non, della *familia*, e tutti li comprende nella comune sottoposizione al vincolo agnatizio.

Essa, riguardo alle donne prende il nome più specifico di *manus* o *potestas maritalis*, riguardo ai servi di *potestas*. Come vincolo potestativo, che trascende qualsiasi riferimento ai vincoli creati della società coniugale e dai rapporti tra genitori e figli, nel senso naturalistico di tali concetti, la patria potestà si esercita, indistintamente, su tutti coloro che fanno parte della famiglia e che, a diverso titolo, di tale aggregato sono divenuti partecipi. È l'appartenenza alla *familia* che crea il fondamento della sottoposizione alla potestà del capo casa. La patria potestà si acquista, anzitutto, nei riguardi del *filius* che abbia per padre legittimo una persona appartenente alla *familia*; nel caso specifico, tale può essere un *pater* o un *filius*. Quindi, primo titolo, di carattere naturale, di acquisto della potestà è la nascita. Titolo giuridico di

ingresso nella *familia* e di acquisto della patria potestà e l'adozione. titolo giuridico di particolare natura è, poi, la *manus* nei riguardi della donna che, iniziando la società coniugale, a essa si sottopone e, così, entra a far parte della *familia* del marito (*conventio in manum*). I tre titoli di ingresso nella *familia* costituiscono, pertanto, altrettanti modi d'acquisto della patria potestà¹.

2. poteri del pater familias

Il processo storico, attraverso il quale l'istituto si è venuto evolvendo, presenta una trasformazione graduale dell'originaria sua portata. Dalla pienezza e dalla effettività del potere paterno, gradualmente, e cioè già durante lo svolgimento del diritto romano classico, limitazioni e restrizioni si apportano a esso, finché, in epoca postclassica e nella legislazione di Giustiniano, (482-565) si pervenne, sostanzialmente, a un capovolgimento delle linee originarie del sistema.

Dal punto di vista personale il *pater*, quale titolare della *potestà* sul gruppo familiare, può, a suo arbitrio, allevare o esporre la prole; può vendere i soggetti liberi, locarli e consegnarli all'offeso, per esimersi da responsabilità che a lui farebbe capo per l'illecito imputabile ai soggetti stesso; può punirli corporalmente e, anche, ucciderli. La somma di tali facoltà permane, come principio, ancora in epoca imperiale classica.

L'evoluzione sociale e giuridica, dall'età augustea in poi, di mano a mano venne stabilendo principi dai quali doveva, infine, emergere una nuova configurazione della *patria potestas*².

¹ G. Longo, *Patria potestà* (Diritto Romano), in Nuovissimo Digesto Italiano, V. XII, Torino, UTET, 1957, p. 575;

² G. Longo, *Patria potestà*, cit., pp. 575, 576;

In origine l'estensione dello *ius vitae ac necis* giungeva sino al diritto di punire i propri sottoposti, non diversamente dagli schiavi, addirittura con la morte. Va anche detto che già le più antiche consuetudini giuridiche romane, gli antichi *mores*, legittimavano il *pater* ad una repressione così grave solo dopo che si fosse consultato un consiglio di parenti od amici, indicato in genere come un *iudicium domesticum*. Inoltre secondo una notizia di Dionigi di Alicarnasso, sin dalla prima età monarchia sarebbe stata vietata l'uccisione dei figli maschi inferiori ai tre anni e della figlia primogenita. Va detto tuttavia che l'esercizio del *ius vitae ac necis* subisce già forti limitazioni nel corso dell'età imperiale e viene definitivamente meno in epoca postclassica³. Più precisamente, viene soppresso da Valentiniano e Valente nel 365 d.C.

Si è già detto norma riportata da Dionigi, secondo la quale era vietata l'uccisione dei neonati maschi inferiori a tre anni. Dionigi in effetti ricorda in tale occasione che dal divieto erano esentati i padri di bambini nati deformati o mostruosi. È probabile che la norma successiva riferita da Dionigi, secondo cui il padre poteva esporre il neonato, abbandonandolo, dopo averlo mostrato a cinque vicini ed averne ottenuto il loro consenso, si ricollegli in qualche modo alla precedente disposizione. È possibile cioè che tale formalità servisse a limitare l'esposizione degli infanti ai soli casi di loro deformità.

Comunque tale prescrizione attesta la presenza di un forte controllo sociale, nell'esercizio dei poteri paterni, sin dalla più alta antichità.

Non sembra, in verità, che il diritto romano dell'età successiva si sia interessato particolarmente all'esposizione degli infanti, il che, naturalmente, non significa affatto che tale pratica sia del tutto venuta meno. Soprattutto in

³ L. Capogrossi Colognesi, *Patria potestà* (Diritto Romano), in *Enciclopedia del Diritto*, V. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 243;

aree periferiche e in periodi di crisi economica i casi di esposizione dovettero essere piuttosto frequenti.

È indubbio che il diritto di esporre il proprio figlio trovava ben solido fondamento nel contenuto e nell'estensione della *patria potestas* romana, e per tutta l'età classica ed oltre esso non fu mai contestato dalle autorità statali.

Semmai queste, stabilendo, eventualmente, che il *pater* rivendicante il figlio fosse tenuto a rimborsare le spese sostenute da coloro che lo avessero raccolto e allevato, appaiono interessate a regolare e tutelare, nella misura del possibile, la condizione dell'infante esposto. Con la sua legislazione, infine, Costantino (312-337) interviene a imprimere una svolta stabilendo che chi avesse raccolto e *suis alimentis ad robur pervexerit* un fanciullo (o fanciulla) che il *pater* avesse esposto consapevolmente e volontariamente, poteva conservarlo presso di sé, sia come figlio che come schiavo senza che potesse essergli sottratto da una azione del suo *pater* originario. La certezza di poter conservare l'infante presso di sé doveva costituire un incentivo per accogliere l'infante esposto salvandolo dalla morte. In tal modo tuttavia l'imperatore sanciva altresì l'estinzione della *patria potestas* a seguito dell'esposizione intaccando radicalmente i principi relativi a tale potere in vigore sino ad allora⁴

La legislazione degli imperatori cristiani, accolta come principio nel diritto della Compilazione, vietò l'infanticidio e l'esposizione della prole. Il *ius vendendi*, ancora in epoca storica, non subì limitazioni, ma fu temperato dal principio costituzionale che, entro i confini dello Stato, non era ammessa vendita di persona libera: la vendita, come la *noxae datio*, non priva il figlio di famiglia dello *status libertatis*; egli, peraltro, cade in una posizione di quasi servitù, detta *causa Mancipi*. Il diritto giustiniano dopo i precedenti

della legislazione costantiniana, che aveva limitato il *ius vendendi* ai neonati, lo abolisce, tuttavia lo ammette sempre per i neonati, quando il *pater* versi in misere condizioni economiche, stabilendo, inoltre, che il *filius* possa riacquistare la libertà in qualsiasi momento. Ovviamente, con tali limitazioni, l'istituto non appare più come espressione della potestà patria. Giustiniano esplicitamente abolisce il *ius noxae dandi*, peraltro già caduto, progressivamente, in desuetudine.

Nei riguardi patrimoniali, il valore della patria potestà si traduce nella conseguenza che solamente il titolare di essa è titolare unico del patrimonio e i soggetti sono, originariamente, incapaci patrimonialmente. Perciò, è invalido qualunque negozio compiuto tra il *pater* e i soggetti al suo potere .

I *fili* *familias* possono accrescere la sostanza patrimoniale; essi, necessariamente, acquistano al *pater* con un qualunque atto da essi compiuto, anche se obblighino se stessi. L'istituto del peculio e, più segnatamente, in epoca imperiale classica, quello del peculio castrense, rispetto al quale, da vivo, e per testamento, ebbe piena facoltà dispositiva il *filius miles*, costituirono le prime breccie nella unità patrimoniale della *familia*. L'oggetto del peculio castrense, si intese, via via, più comprensivamente, tanto da includere anche l'eredità della moglie. Sulla base del peculio castrense, rispetto ad altri beni, progressivamente si venne affermando il principio di una capacità patrimoniale dei *fili* *in potestate* . Dopo l'età di Costantino, i *fili* occupati in cariche e in impieghi civili o uffici religiosi, furono favoriti sul modello dei *fili* *milit*, quanto agli acquisti da essi fatti mercè tali attività autonome. Sorse, così, quell'istituto che gli interpreti chiamarono peculio quasi castrense, che ebbe uno sviluppo graduale di ampliamento del proprio oggetto: per tutte le utilità, in esso comprese, valse la norma, non applicata solamente agli ecclesiastici, che esse dovessero ricadere nel patrimonio del *pater*, in di-

⁴ L. Caporossi Colognesi, *Patria potestà*, cit., pp. 243-244;

fetto di disposizione testamentaria. Per influenza del diritto greco, Costantino affermò l'esclusivo diritto successivo dei *fili* rispetto all'eredità materna, limitando il diritto del *pater* al solo usufrutto, durante la sua esistenza. Graziano, Valentino II, Teodosio I estesero la norma ai beni provenienti dalla linea materna e, in seguito, in tale sfera furono compresi donazioni *sponsaliciae* e lucri nuziali. La legislazione giustiniana accolse tale stato del diritto e la *generalis constitutio* del nuovo legislatore spazzò definitivamente via le basi dell'antica struttura patrimoniale familiare romana, stabilendo dover ricadere nel patrimonio del *pater* solamente gli acquisti realizzati dal *filius ex re patris*; altrimenti dovere al *pater* competere solamente un usufrutto, *durante potestate*"⁵.

Una linea di tendenza analoga si verifica per quanto concerne la possibilità del *filius familias* di intentare un processo. Nel diritto postclassico, in pratica il *filius familias* fu legittimato ad ogni sorta di azioni ove il suo *pater* fosse impossibilitato ad agire a tutela dei suoi interessi"⁶.

3. natura e caratteri originari della patria potestas

È noto che l'*adoptio*, nel diritto romano classico che consisteva in un unico atto mediante il quale il figlio veniva trasferito dalla *potestas* del suo *pater* naturale in quella dell'adottante. Era necessario invece, per realizzare in concreto tale risultato, estinguere anzitutto la prima *potestas* mediante una regolare *emancipatio*. Solo dopo la definitiva estinzione di questa, a seguito della terza vendita, l'adottante rivendicava l'adottato nei riguardi del suo *pater* naturale o di un terzo presso cui il figlio trovavasi *in causa macipii*.

⁵ G. Longo, *Patria potestà*, cit., pp. 576-577;

⁶ L. Capogrossi Colognesi, *Patria potestà*, cit., p. 247;

Diversi sono stati i tentativi di spiegazione di siffatta complessa struttura di rituale impiegato . L'unica risposta possibile , è costituita dall'assoluta intrasmissibilità della *patria potestas* . Avendo messo bene a fuoco il carattere intrasmissibile di questo particolare potere del *pater* sui suoi discendenti, possiamo renderci conto del valore organico e permanente della *patria potestas* che, in linea di principio, tende ad estinguersi solo con la morte del suo titolare e con la conseguente parziale frantumazione dell'organizzazione familiare fondata appunto su tale *potestas*.

È vero che, forse sin dall'età regia, stando a Dionigi di Alicarnasso, e certo dall'età decemvirale (451-450 a.C.) l'assoluto e duraturo potere del *pater* veniva a trovare un limite importante nella nota sanzione irrogata a chi avesse abusato del *ius vendendi*.

Si pater filium duuit, filius a parte liber esto, sancisce appunto la legislazione decemvirale: ed è su questa norma che i romani sono venuti costruendo l'istituto dell'emancipazione, l'unico atto a liberare il *filius* dalla *patria potestas*, in vita del *pater*.

Tale istituto e la sua successiva utilizzazione ai fini dell'*adoptio* non solo attestano la sostanziale indisponibilità della *patria potestas*, che isola questa, sin dalla più antica fase del diritto romano, da tutti gli altri poteri del *pater familias*. Essi ci aiutano ad individuare infatti un altro aspetto della *patria potestas*: la sua totale incompatibilità con un analogo potere.

Mentre infatti, come abbiamo visto, essa resta quiescente, ma non si dissolve nel caso di vendita del *filius* e della sua subordinazione semiservile ad un altro *pater*, non appare possibile un siffatto stato con l'esplicazione effettiva della *patria potestas* dell'adottante. Nel caso di estinzione di questa, il *filius* non tornerà soggetto alla *potestas* del suo padre naturale, ma resterà del tutto libero, divenuto *sui iuris*. In tal modo proprio il nucleo centrale dei poteri originari del *pater familias*, arcaico, la *patria potestas*, appare una real-

tà del tutto diversa e sin dall'origine diversamente regolata dal sistema dei poteri che il pater esercitava sulle altre persone dipendenti (liberi in macipio e schiavi) e sulle altre entità patrimoniali. Mentre i poteri sui familiari (*potestas patria, manus*) non sono trasferibili, le varie forme di proprietà e di signoria economicamente rilevanti sono sin dall'inizio trasferibili da un pater all'altro, retti da un sistema diverso e con funzioni sostanzialmente eterogenee⁷.

4. cessazione della patria potestas

La patria potestà, nell'originaria sua nozione, è perpetua. Causa volontaria di cessazione della potestas è l'emancipazione. Essa, nel concetto romano, non poté mai essere forzosa. Nel diritto giustiniano, tali cause *iuris publici* sono notevolmente più numerose, mentre è stabilita, altresì, la perdita della potestà a titolo di pena (prostituzione dei figli, nozze incestuose, esposizione)⁸.

⁷ L. Capogrossi Colognesi, *Patria potestà*, cit., pp. 248-249;

⁸ G. Longo, *Patria potestà*, cit., p. 577;

B) DIRITTO INTERMEDIO

1. la Patria potestà nel diritto germanico e in quello longobardo in particolare

Nel secolo scorso la storiografia giuridica sosteneva che nell'alto Medioevo, per influenza del diritto germanico, ebbe a verificarsi una ripresa dell'autorità paterna, e si ravvisò nel *mundium* un intenso potere familiare connesso, anche etimologicamente, alla *manus* romana: tuttavia il parallelismo con il diritto romano non è convincente.

È vero che nel diritto germanico si costituì in seno alla *sippe*, quale unità morale e giuridica al tempo stesso, la famiglia, e che, come nel diritto romano, suo fondamento fu la potestà paterna, di modo che, avendo anch'essa carattere prevalentemente agnatizio, non ne fecero parte direttamente i parenti per via di donna; ed è pur vero che la potestà del capo - famiglia in Germania non differì molto da quella del *pater familias*.

Tuttavia la *Haus* non fu inaccessibile, come la famiglia romana, ad ogni autorità esterna: infatti in questa né la legge né i pubblici poteri esercitarono una propria azione, mentre quella fu soggetta all'autorità della *sippe*, che serviva anche a temperare, in quanto poteva avere di eccessivo, la potestà del padre di famiglia.

Inoltre non si poteva prescindere dal parere o dall'autorizzazione dei parenti nei negozi di interesse comune, quali l'espulsione dei familiari dal gruppo a titolo di pena, l'alienazione di beni immobili, la tutela dei deboli e degli incapaci, la prestazione di giuramenti purgatori: queste ed altre disposizioni delle leggi barbariche indicano come, fin dalle origini, il potere del capo - famiglia germanico fosse meno esteso che non quello del *pater familias* romano.

Nonostante la perfetta soggezione della donna al *mundio*, i germanisti concordano nell'attribuire alla moglie, fin dai tempi più remoti, facoltà direttive nell'ambito delle pareti domestiche: è dubbio tuttavia che queste norme prettamente germaniche abbiano avuto rilevanza giuridica nella nostra penisola. Accanto agli organi direttivi della famiglia ve ne furono altri destinati ad assistere ed anche controllare i primi. Per quanto riguarda i tribunali di famiglia, al *iudicium domesticum* del diritto romano sorta di giuria parentale per l'accertamento dei più gravi reati familiari, fecero riscontro nel diritto germanico, istituti analoghi. Quanto poi al consiglio di famiglia, le sue origini si fanno risalire all'ordinamento germanico: l'avrebbe infatti generato il diritto di assenso dei singoli consigli a particolari negozi, quali i matrimoni e le alienazioni.

In seno alla *Haus*, il figlio di famiglia era soggetto ad una patria potestà per molti aspetti simile alla romana: simile, ma non in tutto uguale, perché il *mundium* germanico, fin da principio, fu piuttosto un diritto - dovere di protezione che non una vera potestà, come la romana⁹.

L'autorità paterna non sopprimeva del tutto la personalità del figlio, del resto, su di lui la *sippe* esercitava un'alta tutela, circoscrivendo la patria potestà e proteggendolo contro i suoi abusi.

Presso i Germani non era il fatto della generazione a conferire la patria potestà, che invece derivava dal *mundio* del marito sulla moglie.

Per quanto riguarda il contenuto della patria potestà germanica, il fi-

⁹ “Il *mundio* non era ordinato soltanto in vantaggio del padre, ma anche e precipuamente in quello dei figli. Perciò il padre doveva difenderli, rappresentarli in giudizio e sostenere per loro la prova del giuramento o del duello. Doveva educarli secondo la loro condizione sociale alla virtù e all'amor della patria, al quale intento era fornito della necessaria potestà punitiva: e se percepiva il guidrigildo e le multe in cui altri incorresse offendendoli, rispondeva eziandio delle loro azioni”. A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero alla codificazione*, V. III, Bologna A. Forni, 1966, pp. 375-376;

glio, finché viveva nella casa paterna, si trovava in potere del padre, che aveva il diritto di esporlo se non voleva ammetterlo a far parte della famiglia¹⁰.

Il padre inoltre, aveva il diritto di venderlo in servitù quando vi fosse costretto dal bisogno¹¹, o di venderlo per pena, o anche di ucciderlo.

La figlia, di regola, usciva dal *mundio* del padre con il matrimonio, perché passava sotto quello del marito; nei confronti del figlio invece, la patria potestà cessava se questo prendeva moglie e metteva su una casa propria, se entrava in una *comitiva* o se veniva adottato da altri¹².

Nel diritto longobardo il padre ebbe ancora il diritto di disporre delle nozze dei figli, poté offrirli al servizio divino, né ebbe limiti nell'esercizio della disciplina, che si estese tanto da comprendere il *ius vitae et necis* ed il diritto di venderli in servitù. Nel diritto romano, mentre il contenuto perso-

¹⁰ “Nato un figliuolo, veniva, come nella classica antichità, deposto sul suolo, e dipendeva dall'arbitrio del padre di farlo levare e riceverlo sulle sue braccia, o ripudiarlo. Nel primo modo lo riconosceva per suo, e lo introduceva in famiglia; col secondo ordinava venisse esposto: la qualcosa per altro non poteva più aver luogo dopo che il bambino avesse gustato latte o miele o, secondo gli usi di altre genti, fosse stato asperso d'acqua lustrale. Ma codeste esorbitanze vennero condannate come un avanzo di gentilesimo, e vietate ai padri dalle leggi ecclesiastiche, sottoponendo a gravi penitenze coloro che ne avessero usato. A. Pertile, *op. cit.*, pp. 373-374;

¹¹ “Non fu spogliato il padre eziandio dell'altra facoltà che gli spettava fin dai tempi più antichi, quella di vendere la prole. Essa viene tuttavia riconosciuta dai capitolari dei Carolingi, ma limitata allo stringente bisogno, in conformità alle prescrizioni della legislazione romana; per la qual causa si vede praticata in Calabria, in tempo di carestia, ancora a mezzo il secolo undicesimo”. A. Pertile, *op. cit.*, p. 374;

¹² “Il *mundio* cessava pei maschi colla capacità di portare le armi e colla solenne vestizione delle medesime; più tardi, ad una determinata età, in cui presumevasi quella attitudine. Non per questo le leggi dichiaravano il figlio sciolto d'ogni debito di rispetto e di deferenza verso il padre, né rotto ogni vincolo di diritto tra loro. Cessava soltanto la necessità legale della paterna difesa e rappresentanza, acquistando il figliolo quella giuridica capacità di cui prima mancava. E perciò, ove pure rimanesse in famiglia, il padre aveva mestieri del consenso di lui in tutte quelle cose, che, riguardando il patrimonio domestico, avrebbero potuto riuscirgli a danno”. A. Pertile, *op. cit.*, pp. 376-377. Vedi anche: M. Roberti, *Lineamenti di storia del diritto*, V. I, Milano, Giuffrè, 1933, pp. 173-174;

nale della *patria potestas* tendeva a farsi transitorio, il contenuto patrimoniale conserva il suo carattere vitalizio; a tutt'altri principi si vuole ispirato il diritto germanico, secondo il quale, come si ripete da molti, raggiunta l'età pubere il figlio, libero da ogni vincolo, avrebbe avuto il diritto a pretendere ciò che gli spettava dei beni domestici quale condomino del padre. Lo svolgimento della patria potestà nel diritto italiano subì l'influenza, non senza, però che rimanesse viva qualche reminiscenza del diritto germanico, del diritto romano più recente, di quello, cioè, che aveva moderato l'autorità paterna, togliendone la maggiore asprezza¹³.

Nel complesso, la patria potestà romana, non solo si mantiene, nelle zone immuni dall'infiltrazione germanica, ma permane anche presso le popolazioni romane dominate dai Longobardi¹⁴.

2. la patria potestà nel diritto statutario

Al formarsi del diritto statutario non più, dunque, il *ius vitae et necis*, il diritto di vendere, di esporre il neonato, ma un diritto di correzione che, pur portando con sé quello d'infliggere pene anche assai gravi, non si traduceva nell'arbitrio del padre, essendo necessario, come era già avvenuto per il

¹³ C. Schwarzenberg, *Patria potestà* (Diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto XXXII, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 249-251;

¹⁴ “La coscienza unitaria della romanità sopravvisse attraverso la Chiesa, che la fece propria, vivificandola, per affermarla come permanente unità culturale. Nella unità religiosa trovò motivo primo di conservazione la supersitte civiltà romana, protetta dall'unità del magistero del Pontefice.

Mentre nell'Oriente l'unità imperiale si conservava tuttora, pur se i popoli soggetti cominciavano, a riaffermare sotto forme religiose le loro individualità nazionali, e la Chiesa stessa era ridotta a Chiesa di stato, nell'Occidente invece g].i stati germanici erano deboli, barbari, tra loro divisi e la Chiesa costituiva la società universale, un ordinamento a sé stante, che possedeva una propria organizzazione, una propria legge, una propria cultura”.G. Vismara, *Impius foedus*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 113;

diritto romano, il ricorso alla pubblica autorità¹⁵.

Non più il diritto del padre di imporre i matrimoni, ma necessario per le nozze del figlio minore d'età il consenso paterno, non più il diritto di costringere il figlio ad entrare nella vita ecclesiastica: infatti, dopo le decretali di Gregorio IX la Chiesa stessa ripugnò questa coercizione. *Filius familias* non fu più solo il figlio che avesse ancora vivo il padre, ma ogni figlio che non si fosse separato dal padre; senza il consenso di questo, quello non poté validamente obbligarsi né state in giudizio, a meno che non si trattasse, come più tardi per le Costituzioni piemontesi, di beni su cui il padre non avesse alcun diritto. Per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, si ritornò alla disciplina romana dei *peculia*. Nei comuni rimase anche l'emancipazione per separata economia, meglio nota come *emancipatio iuris germanici o emancipatio saxonica*. Molti statuti fecero conseguire l'emancipazione al compimento di una data età, sempre che all'età maggiore si aggiungesse l'abitazione *seorsum a patre*.¹⁶ Perché l'emancipazione fosse opponibile ai terzi, la legislazione statutaria ne esigette la pubblicità¹⁷.

¹⁵ “Senonché non può generalmente esercitare questo diritto da sé medesimo; ma in quella vece deve fare ricorso alla pubblica autorità, obbligata sulla semplice sua richiesta di rinchiudere il figlio nelle carceri per un tempo qualunque a sua volontà, ed anche di bandirlo dal territorio comunale. Gli era eziandio consentito di scacciarlo di casa senza provvedere al suo mantenimento”. A. Pertile, *op. cit.*, pp. 377-378;

¹⁶ Contra: A. Pertile, *op. cit.*, p. 381;

¹⁷ “S'introdusse pure l'emancipazione espressa, che si compiva da prima in giudizio, poscia anche soltanto davanti a un notaio, e con certe solennità. La quale, se per massima doveva effettuarsi di consenso dei padre e del figlio, il primo vi poteva anche essere costretto, non solo ogni qualvolta maltrattasse il figliuolo, come aveva prescritto il romano diritto, ma ancora se dissipava la sua sostanza o quella del figlio, ed anzi per qualche legge anche senza di ciò, sempreché il figlio ne facesse domanda. Per gli stessi motivi era autorizzato anche il padre a sciogliere della sua podestà il figlio, eziandio dissenziente. Ma in questa materia i nostri statuti introdussero e trasmisero ai moderni codici una rilevante novità, determinando una età, prima della quale i figli non potevano venire emancipati (...). Affinché poi l'emancipazione fosse efficace poi terzi, era mestiere che venisse stridata pubblicamente nel consiglio e per le vie della terra, e che venisse registrata nei libri in cui

Furono cause di emancipazione legale: la professione monastica; il ricevimento degli ordini sacri; l'assunzione nella milizia; l'abilitazione ai pubblici uffici; l'ottenimento di alte dignità il battesimo di fronte ai genitori infedeli”¹⁸.

3. la patria potestà negli Stati preunitari

Nella maggior parte degli Stati italiani preunitari vigeva, prima delle conquiste napoleoniche, un complesso di norme di derivazione romana che si rifacevano non alla patria potestà in senso classico, bensì alla sua espressione più attenuata affermatasi in epoca giustiniana, e che si era consolidata durante il corso del Medioevo e del Rinascimento sulla base delle contaminazioni dei diritti barbarici prima e del diritto canonico poi. Le conquiste napoleoniche mutarono bruscamente questo stato di cose per effetto dell'introduzione del *code civil* nei vari territori¹⁹.

s'iscrivevano i decreti del comune, o in libri unicamente a ciò destinati. E ciò nonostante, al fine di evitare gli inganni di quelli che contraevano con loro, si consideravano come ancora soggetti alla patria potestà quei figli, che, dopo l'emancipazione, continuavano a vivere insieme col padre in una sola famiglia. Finalmente erano ritenute di nessun effetto le emancipazioni che potessero tornare in danno dei creditori”. A. Pertile, *op. cit.*, pp. 383-386;

¹⁸ C. Schwarzenberg, *Patria potestà*, cit., pp. 251-252. Vedi anche: P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 60;

¹⁹ “Meno rivoluzionaria delle leggi repubblicane del più liberale della disciplina dell'ancien, *régime*, la normativa del *code civil* consolidò un modello di famiglia costruito secondo una trama giuridica nettamente al tempo stesso caratterizzato da una forte struttura di comando (...). Dal punto di vista dei rapporti personali, a parte il diritto di prestare consenso al matrimonio del figlio, quello di emanciparlo e quello di consentirne l'adozione da parte di un terzo, penetranti prerogative paterne integravano il *droit de garde* e il *droit de correction*; quanto al p. 374 ammetteva che il padre ricorresse alla forza pubblica per ricondurre a casa il figlio disobbediente; quanto al secondo, i mezzi di correzione di cui il padre poteva disporre giungevano fino alla detenzione. Del resto il codice francese conosceva la grave lacuna dell'assenza di una norma sulla privazione della patria potestà in seguito all'abuso fattone. Il titolo IX termina con le disposizioni concernenti i beni, e stabilisce

Alla caduta dell'Impero, con la Restaurazione, nelle varie regioni d'Italia furono dapprima rimesse in vigore le antiche leggi e successivamente si procedette in quasi tutti gli Stati alla formulazione di codici. Le leggi napoleoniche non vennero però totalmente dimenticate: infatti i governi restaurati recepirono con grande larghezza le direttive fissate dal *code* del 1804 quanto al regime della proprietà, alla disciplina degli scambi, più in generale all'assetto normativo delle attività economiche.

L'opposizione ai principi laici e liberale di quel codice fu invece radicale in materia di diritto familiare e successorio: qui si ebbe quella inflessibile reazione politico - morale che, caratteristica comune della politica legislativa delle Restaurazioni italiane, si espresse nelle codificazioni degli Stati preunitari in direttive sostanzialmente univoche: esclusione del matrimonio civile e del divorzio, accentuazione della posizione di inferiorità della donna nei rapporti tra coniugi e in ordine alla titolarità e all'esercizio della potestà sui figli; riduzione dei figli stessi in uno stato di più pesante soggezione nei confronti del padre”²⁰.

all'art. 384 che il padre, durante il matrimonio e, dopo il suo scioglimento, il genitore superstite, ha di regola l'usufrutto sui beni dei figli fino al compimento del loro diciottesimo anno di età o fino alla loro eventuale emancipazione”. C. Schwarzenberg, *Patria potestà*, cit., pp. 252-253;

²⁰ C. Schwarzenberg, *Patria potestà*, cit., p. 253. “Ancora più aggravata, se possibile, la condizione dei figli. La patria potestà cessava a venticinque anni secondo il codice borbonico; a trenta per i maschi e a quaranta per le femmine nel granducato di Toscana (il Motu proprio del 1838 livellerà a trenta); solo alla morte del padre nelle leggi di Carlo Felice per la Sardegna, così come poi nel codice albertino, e ciò anche se il figlio si sposasse generando prole sulla quale la patria potestà spettava all'avo, se non intervenisse emancipazione per atto formale”. P. Ungari, *op. cit.*, p.134;

INTRODUZIONE

L'intento della presente ricerca è di ripercorrere i centodieci anni di storia, nell'ordinamento giuridico italiano, di un istituto caratteristico del diritto di famiglia, la patria potestà.

In particolar modo si è voluto ricostruire l'evoluzione dell'interpretazione delle norme in materia, considerando a questo fine le decisioni della Cassazione.

Si è cominciato con l'analizzare, nella prima parte, l'interpretazione della patria potestà quale era concepita nel codice civile del 1865. A questa parte si è voluto conferire carattere esclusivo di ricerca storico-giuridica, mentre nella seconda parte, dove si analizza l'interpretazione della patria potestà nel codice civile del 1942, si è dato maggiore spazio alla ricostruzione dei vari problemi giuridici provocati dall'applicazione delle norme in questione.

In tutta la ricerca si è deciso di focalizzare l'attenzione sulle decisioni della Cassazione concernenti la c.d. *sedes materiae* dell'istituto della patria potestà (artt. 220-239 cod. civ, 1865, artt. 315-342 cod. civ. 1942); anche se non mancano i riferimenti a altre norme variamente collegate.

Si è cercato di limitare al necessario la considerazione degli aspetti di diritto processuale, e si è escluso ogni riferimento agli aspetti di diritto internazionale.

Nel ricostruire la storia dell'istituto della patria potestà si è, poi, considerata ogni novità legislativa che abbia interessato gli articoli in materia, e non solo quando queste disposizioni abbiano provocato una modifica della lettera delle norme sulla patria potestà, ma anche quando ne abbiano causato comunque sostanziali variazioni nella lettura e interpretazione.

Per arricchire la trattazione, le due parti di cui si compone la presente ricerca sono introdotte da premesse che cercano di chiarire come il legislatore abbia inteso lo spirito dell'istituto della patria potestà nei due codici. Inoltre, si è voluto concludere con tre appendici che intendono contribuire allo studio e alla ricerca sulla patria potestà. Nella prima si ricostruisce per sommi capi il processo di codificazione che ha portato dall'istituto della patria potestà quale era nel codice civile del 1865 a quello del 1942.

Nella seconda si affronta la questione dell'importanza della Costituzione e delle sentenze della Corte Costituzionale nel processo di evoluzione della patria potestà. Nella terza vi è un diretto raffronto tra la normativa in materia di patria potestà del 1865 e quella del 1942, e, a seguire, dell'istituto della patria potestà quale era nel primo libro del codice civile entrato autonomamente in vigore nel 1939 e lo stesso come fu poi riformulato nel codice civile del 1942, per una immediata visualizzazione dell'evoluzione normativa in materia di patria potestà.

Il limite della ricerca è costituito dalla legge di riforma del diritto di famiglia, L. 151/75, che segna l'estinzione dell'istituto della patria potestà e la sua sostituzione con quello della potestà dei genitori.

Questo anche se, dove è stato ritenuto necessario, nell'analisi della patria potestà è stato introdotto qualche riferimento agli sviluppi nel nuovo istituto.

PARTE PRIMA
LA PATRIA POTESTÀ NEL CODICE CIVILE DEL 1665
(DAL 1.1.1866, AL 30.6.1939)

PREMESSA: lo spirito dell'istituto della patria potestà nel codice civile del 1665

Prima di iniziare l'esame particolareggiato della patria potestà non è inutile qualche breve considerazione sullo spirito dell'istituto nell'epoca esaminata.

Il codice civile del 1865, il primo codice dell'Italia unita, sostituì una serie di codici vigenti nei vari Stati componenti il mosaico dell'Italia pre-unitaria. Caratteristica saliente e comune di tali codici è quella di esemplare, ciascuno in diversa misura, il Codice Napoleone del 1804 e pur non ricalcando pedissequamente i singoli istituti, ne seguono almeno lo spirito e l'impianto. È il tipico prodotto e tende ad affermare i contenuti di una società borghese, industriale, laica e libertaria; società dove lo Stato è caratterizzato dall'autoritarismo e dove, anche nella famiglia, si tende ad imporre una sorta di autoritarismo, esercitato dal marito e padre; il tutto all'insegna della famiglia forte in uno Stato forte.

Peraltro relativamente alla patria potestà non sono rilevanti le differenze tra le disposizioni del Codice Napoleone e quelle del codice italiano del 1865; differenze che indicano un temperamento dell'autorità paterna e un primo timido riconoscimento del ruolo della donna.

Ad esempio viene abolito il potere paterno di far rinchiodare in carcere il figlio minore; potere che era esercitato, non solo in via d'istanza all'autorità giudiziaria, ma anche d'autorità. Nello stesso tempo, si chiude quella che era una falla clamorosa nel codice francese, cioè la mancanza di

qualsiasi sanzione contro il padre, di fronte all'abuso del proprio potere con un primo, necessario, intervento dello Stato nella vita familiare.

Un terzo e ultimo elemento, ma non certo per importanza, è costituito dal riconoscimento, anche se non esplicito come nella successiva codificazione che la patria potestà spetta anche alla madre. Essa ne è titolare con il padre, cui spetta però l'esercizio esclusivo ma, in caso di morte o impedimento fattuale o giuridico di costui, anche l'esercizio, passa alla madre.

Si rammenti che, anteriormente, ci si era spinti, al massimo, a riconoscere alla madre la tutela sul figlio dopo la morte del padre.

In definitiva, si può a ragione sostenere che lo spirito della patria potestà e, del diritto familiare in genere, ricalca sostanzialmente, quello introdotto dal Codice Napoleone all'inizio del secolo.

Ciò riflette, ancora alle fine dell'800, una società borghese e industriale caratterizzata dal principio dell'autoritarismo e del verticismo che assegna un certo ruolo, ancora subordinato, alla donna e privilegia l'individuo (maschio) sulla famiglia. Si tratta di un particolare che si rileva anche nei primi decenni di legislazione nel campo assistenziale dell'Italia unita, caratterizzata da interventi mirati verso l'individuo o la classe (i poveri), più che verso la famiglia e attiva, verso i minori disagiati, solo in vista del loro inserimento negli istituti pubblici assistenziali.

CAPITOLO I: variazioni sostanziali nella normativa in tema di patria potestà (artt. 220-239 cod. civ.)

Funzione di questo capitolo, è, quella di riportare alcune disposizioni legislative del periodo in esame, che hanno determinato sostanziali mutamenti nella disciplina legislativa della patria potestà, prevista dagli artt. 220-239 del codice civile del 1865, pur senza determinare il legislatore a ritoccare la lettera degli articoli in questione²¹.

1 - L'eccezione del solo arruolamento nell'esercito nazionale, prevista dall'art. 221, primo comma, perché il minore²² possa sottrarsi al diritto di patria potestà, è stata praticamente abrogata, per il tempo di pace, dall'art. 97, n. 6, del T.U. 24-12-1911, n. 1497, sul reclutamento nel R. Esercito.

Questo richiede il consenso del genitore per l'arruolamento volontario del figlio minore; salvo riprendere vigore, per il minore che abbia compiuto il diciottesimo anno, in caso di arruolamento in tempo di guerra e per la sola durata della guerra stessa (artt. 96, 101, 102 dei T.U. 1497/1911).

La stessa disposizione è stata praticamente riprodotta dal successivo T.U. 8-9-1932, n. 1332, il cui art. 141, n. 6, riproduce l'art. 97, n. 6 del T.U. 1497/1911, mentre l'art. 144 riproduce la medesima eccezione prevista per il tempo di guerra dal T.U. 1497/1911.

2 - Un complesso di disposizioni legislative che influisce sulla patrie potestà

²¹ Si avverte, in questa sede, che, per non appesantire con una miriade di note la successiva ricerca su queste norme attraverso l'interpretazione della giurisprudenza, bisognerà automaticamente tener conto, nella lettura del Capitolo seconda di questa prima parte, delle precisazioni che si sta per esporre.

²² "E' un minore la persona che non ha ancora compiuto gli anni ventuno", art. 240 cod. civ. 1865.

è quello riguardante gli orfani di guerra, con modifica, in determinati casi, degli artt. 221, 222, 233, 237, cod. civ. 1865.

La protezione e l'assistenza degli orfani della guerra del '15-18, e, via via, di altre guerre e avvenimenti luttuosi, viene assunta dallo Stato, definitivamente, con la L. 18-7-1917, n. 1143, e, coi due regolamenti esecutivi: quella generale del 30-6-1918, n. 1044, e quello speciale, di pari data, n. 1003.

L'assetto definitivo della materia si è poi avuto soltanto con la L. 26-7-1929, n. 1397, e relativo regolamento 13-11-1930, n. 1642, con cui è stata istituita e disciplinata l'Opera Nazionale per gli orfani di guerra. Organo centrale dell'Opera è il Comitato Nazionale; organi locali sono: il Comitato provinciale con sede presso ogni Prefettura del Regno, il giudice delle tutele destinato presso il Comitato stesso e le commissioni comunali di vigilanza costituite presso ogni Comune.

Per la definizione degli orfani di guerra si vedano gli artt. 4, 5, 6, 7, 8, della L. 1397/29.

Quel che, per la presente ricerca, interessa è che venivano considerati orfani anche coloro che avevano perso il solo padre, rimanendo, quindi nella patria potestà della madre, o il cui padre era divenuto invalido, ma, comunque, continuava l'esercizio della patria potestà.

Ora, il principio generale della legge è la preferenza data dalla forma dell'assistenza familiare, soccorrendo l'orfano presso la sua stessa famiglia, ogni qual volta ciò fosse possibile.

Le interferenze di questa disciplina con quella della patria potestà si verificano sotto vari aspetti.

Il giudice delle tutele, fra le altre sue competenze ha, rispetto agli orfani, la competenza attribuita al Presidente del tribunale in materia di patria

potestà dagli artt. 221, 222, cod. civ. 1865; inoltre, deve provvedere per la nomina del tutore alla persona dell'orfano o del curatore ai suoi beni, nel caso di abuso previsto dall'art. 233, cod. civ. 1865.

Norme speciali, infine, attribuiscono al Comitato provinciale la facoltà di provocare la costituzione del Consiglio di famiglia, nel caso previsto dall'art. 238 cod. civ. 1865.

Al comitato provinciale, inoltre, deve dare avviso la vedova con prole che passa a seconde nozze e il Consiglio di famiglia, nella delibera prevista dagli artt. 237-238, cod. civ. 1865, deve anche decidere se la pensione deve essere riscossa della madre o dalla persona incaricata dell'educazione dell'orfano minore.

3 - E' da tener presente che il R.D.L. 20-7-1934, n. 1404, (convertito in L. 27-5-1935, n. 835), relativo alla istituzione e al funzionamento del Tribunale dei minorenni, ha deferito alla competenza di detto Tribunale o del suo Presidente i provvedimenti che erano prima deferiti alla competenza del Tribunale ordinario o del suo Presidente, relativi all'esercizio della patria potestà, previsti negli artt. 221, 222, 223, 224, 226, 233, 235, 236, 237, 238, cod. civ. 1865.

CAPITOLO II: La patria potestà nella pratica attraverso la lettura della Cassazione²³

1 - Importanza del precetto con cui si prescrive che i figli debbono onorare e rispettare i genitori²⁴

La disposizione con la quale si apre il titolo VIII del libro I del codice civile del 1865, dedica, indubbiamente, carattere particolare.

La dottrina, quasi unanime, attribuisce alla norma un carattere esclusivamente etico. Essa sarebbe, quindi, priva di sanzioni giuridiche. Da alcuni²⁵ si critica, persino l'inserimento di disposizioni di tal genere in un codice giuridico.

La giurisprudenza segue largamente l'interpretazione dottrinale per cui sono rarissime le sentenze che traggono conseguenze da questa norma. Si ricordano, in tal senso, due soli casi significativi: nel primo, la Cassazione di Napoli, in data 8 marzo 1881²⁶ dal principio in questione ricava l'obbligo, che incorrerebbe sui figli ancorché abbiano rinunciato all'eredità, di sopportare le spese di tumulazione del padre nel secondo, la Cassazione di Roma, in data 3 aprile 1905²⁷ si pronuncia nel senso che il figlio sano e adulto che vede il proprio genitore malato di corpo o di mente non si deve limitare a

²³ Per le variazioni nella normativa sulla patria potestà, non tradotte in modifica della lettera degli artt. 220-239, cod. civ. 1865, ma della sostanza, vedi quanto già esposto nel Cap. I. Per *minore*, nel periodo in questione, si intende chi non ha compiuto i ventuno anni (art. 240, cod. civ. 1865).

²⁴ “Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori”. art. 220, primo comma, cod. civ. 1865.

²⁵ Vedi ad es.: F. Ricci, *Corso teorico - pratico di diritto civile*, Torino, U.T.E.T., 1877, p. 422.

²⁶ Legge, 1881, II, 88;

²⁷ Foro it., 1905, I, 530, e, Legge, 1905, 831.

onorarlo e rispettarlo, ma deve custodirlo in modo da evitare che il genitore commetta un delitto. Provata la negligenza del figlio ne seguirebbe la sua responsabilità civile

2 - Delle persone rivestite della patria potestà²⁸

E' da notare anzitutto come sul tema della spettanza e dell'esercizio della patria potestà la norma in questione porti sostanziali innovazioni.

Infatti, i codici italiani preunitari, sulle linee del Codice Napoleone, erano sostanzialmente d'accordo nel riconoscere al solo padre l'esercizio della patria potestà non facendone partecipe la madre, almeno in linea generale. A questa era concessa la semplice tutela dei figli dopo lo scioglimento del matrimonio.

Qui, invece, la patria potestà è riconosciuta anche alla madre, la quale, durante il matrimonio, la esercita ogni quel volta il padre sia impossibilitato anche solo di fatto. E, sciolto il matrimonio, la madre superstite esercita la patria potestà, non la tutela.

Visto il carattere di novità della norma le giurisprudenza ha dovuto, innanzitutto, chiarire il momento iniziale di vigenza. Così, dalla Cassazione di Firenze, in data 29 novembre 1866²⁹, è stato stabilito che la madre acquistava la patria potestà dal giorno di pubblicazione del codice. E, secondo una pronuncia della Cassazione di Torino del 4 marzo 1871³⁰, sempre dal giorno della pubblicazione venivano meno i contutori nominati alla madre secondo le previgenti leggi. Poiché l'istituto della patria potestà non ammette interru-

²⁸ “Egli è soggetto alla potestà dei genitori sino l'età maggiore od all'emancipazione. Durante il matrimonio tale potestà è esercitata dal padre e se egli non possa esercitarla, dalla madre. Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite”, art. 220, secondo, terzo e quarto comma, cod. civ. 1865;

²⁹ Annali, I, 1, 53;

zioni e, quale atto nell'interesse del minore, può non consentire ritardo, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che nel caso di impossibilità del padre la madre se ne trova investita ipso facto e che per impossibilità deve intendersi, anche, l'impossibilità di mero fatto. In tal senso si sono riscontrate alcune sentenze: secondo la Cassazione di Firenze, pronunciata il 22 giugno 1882³¹, la moglie può chiedere che i figli siano a lei affidati, se il marito ha abbandonato il domicilio coniugale, anche quando non vi è separazione coniugale; la Cassazione di Roma decide il 26 aprile 1894³², che la madre esercita la patria potestà anche quando il padre sia impedito da una condizione di fatto, come la momentanea assenza; dalla stessa Corte viene deciso, il 29 maggio 1896³³, che non è necessario che il padre sia dichiarato assente, ma basta sia emigrato, è, il 7 dicembre 1905³⁴, che è sufficiente, anche, che sia in lunga e lontana navigazione.

Anche in seguito viene ribadito³⁵ che la madre assume la patria pote-

³⁰ Annali, V, 1, 195;

³¹ Giur. it., 1882, I, 1, 600;

³² Foro it., 1894, I, 872;

³³ “(omissis) in penale si deve aver riguardo alla realtà ed allo stato delle cose più che alla mancanza di qualche formalità che non ne alteri le sostanza: ora risulta dalla sentenza che il padre della minore è assente e si ignora il luogo dove si trova e se sia ancora vivo; data tale condizione di fatto, colla interpretazione portata dalle sentenze d'appello si sarebbe reso difficile e quasi impossibile le facoltà della remissione che può tornare di giovamento anche alla minore con l'evitar lo scandalo. D'altronde l'art. 220 cod. civ. dispone che la potestà sui figli viene esercitata dal padre, e, se egli non possa esercitarla, dalla madre; ora tale impossibilità può essere tanto di diritto quanto di fatto, allo scopo evidente e giusto di non lasciare in alcun momento i minori in balia di sé stessi senza una autorità che ne curi gli interessi morali e materiali”. (Foro it., 1896, II, 504).

³⁴ Riv. Pen., LXIII, 156;

³⁵ “L'art. 220 cod. civ. dispone che durante il matrimonio la patria potestà è esercitata dal padre, e *se egli non possa esercitarla dalla madre*. Il dubbio se con questa espressione si alluda ad una impossibilità di diritto o anche semplicemente di fatto è risolto dalla sentenza in questo secondo senso in base alla generalità dell'espressione e allo scopo della legge, che vuoi garantito l'interesse dei figli così nei casi di impedimento giuridico come in quello d'impedimento di fatto”. Cass. Napoli, 9-12-1915, (Riv. dir. civ., 1916, 255).

stà nel caso in cui il padre sia emigrato all'estero e vi abbia stabilito, da lungo tempo, il suo domicilio.

3 - I diritti spettanti ai genitori sulla persona dei figli

a) Educazione dei figli

I diritti spettanti ai genitori sui figli minori non emancipati vengono suddivisi principalmente in due categorie: quelli concernenti la persona e quelli concernenti i beni dei figli.

I primi riguardano, in generale, tutto ciò che concerne l'educazione dei figli, come l'avviamento ad un certo mestiere o a determinati studi, la scelta della religione, le persone da frequentare e via dicendo.

Gli artt. 221-223 cod. civ., riguardano alcuni aspetti del diritto particolarmente importanti per la salvaguardia dell'educazione complessiva del minore.

Ora, per tornare al diritto di educazione in generale e ai mezzi di correzione a questo collegati, essi, opportunamente, non sono specificati, e dipenderanno, principalmente, da ciò che è consueto nel costume e dalla sua evoluzione.

Da tener presente che gli eccessi possono essere puniti con l'art. 233, cod. civ., come d'altra parte le eccessive trascuratezze. La relativa giurisprudenza sarà esaminata quando si tratterà dell'abuso.

Si vuole solo ricordare, qui, una sentenza che si ricollega al diritto - dovere di educazione. In questa³⁶, venne stabilito che, se il genitore non cura i l'educazione del figlio, il tribunale può nominare un curatore che compia, relativamente al l'educazione del minore, quanto l'interesse di costui consiglia. Per chiudere sull'argomento si deve sottolineare che, dovendosi consi-

derare le norme sulla patria potestà dettate in difesa dell'ordine pubblico, deve essere considerato nullo ogni patto che tenda a modificare gli attributi della patria potestà. Inefficaci, quindi, i patti relativi all'educazione dei figli. Al riguardo è da considerare la pronuncia della Cassazione di Firenze datata 12 giugno 1869³⁷. Nella motivazione si legge “quando anco il padre deleghi questo ufficio (della educazione) ad un maestro, ad un collegio, ad un conservatorio, ha sempre da intendersi, che la delegazione sia revocabile a suo piacimento e che egli sia libero di riprendersi ad ogni momento il figlio, malgrado il suo o l'altrui dissenso”. Dello stesso tenore la pronuncia della Suprema Corte in data 11 giugno 1928³⁸. Anche qui, la persona cui spetta per legge l'esercizio della patria potestà può anche delegare ad altri le sue funzioni, affidando, ad es., ad un precettore l'educazione del figlio; e la convenzione in tal senso è valida.

Ma il genitore esercente la patria potestà potrà, in ogni momento, ritogliere l'incarico al precettore, anche se fosse pattuito un termine, senza essere obbligato ad alcun risarcimento del danno.

b) Custodia dei figli³⁹

Il diritto di custodia riguarda un aspetto essenziale dell'educazione del figlio. È chiaro, infatti, che disporre del figlio nella propria casa o in

³⁶ Cass. Napoli, 20.1.1914, Dir. e giur., 1914, 342;

³⁷ Giur. It., 1869, I, 1, 393.

³⁸ Repert. giur. It., 1928, *Patria potestà*, n. 1.

³⁹ “Il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata, senza permissione del medesimo, salvo per causa di volontario arruolamento nell'esercito nazionale. Ove se ne allontani senza permissione, il padre ha diritto di richiamarlo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale civile. Qualora giuste cause rendessero necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, il presidente, sull'istanza dei parenti od anche del pubblico ministero, prese informazioni senza formalità giudiziali, provvede nel modo più conveniente senza esprimere nel decreto alcun motivo. Se vi sia pericolo nel ritardo, provvede il pretore, riferendone immediatamente al presidente, il quale conferma, revoca o modifica il dato provvedimento”. art. 221, cod. civ. 1865.

quella che si reputi più opportuna per la sua formazione è condizione preliminare per l'esercizio della patria potestà. Sull'articolo 221, cod. civ., e sul collegato art. 223, cod. civ., la Cassazione è dovuta intervenire in più punti. Innanzi tutto, si riscontra una pronuncia⁴⁰ che ha chiarito come il genitore esercente la patria potestà possa far ricorso al presidente quando l'allontanamento del minore non derivi da spontanea determinazione di questo, ma da impulso o fatto altrui; e ciò per analogia con l'art. 221, primo comma, cod. civ.

Si è dibattuto, poi, se il provvedimento di richiamo del presidente del tribunale possa essere eseguito anche con l'impiego della forza pubblica. È una questione controversa: in Cassazione⁴¹ si è comunque deciso per l'affermativa. Un mezzo coercitivo indiretto può essere considerato quello di negare gli alimenti al figlio per tutto il tempo in cui vive lontano dalla casa paterna⁴².

Si consideri ora il secondo comma. È stato a lungo controverso se il decreto del presidente del tribunale potesse essere emesso su istanza del figlio.

L'indirizzo che si è creato, su sollecitazione unitaria della dottrina, è per l'opinione contraria, considerato il testo dell'art. 221 cod. civ. e il convincimento che il minore possa ricorrere al pubblico ministero per far salva-

⁴⁰ Cass. Torino, 27-2-1878 (Foro it., 1878, 715), e Legge, 1878, 470;

⁴¹ Cass. Napoli, 13-6-1884, e Legge, 1885, I, 11.

⁴² "(omissis) il figlio non ha un diritto puro e semplice di ripetere dal padre i vantaggi e i comodi proporzionati alla sua condizione, si solamente un diritto in quanto si è accompagnato dalla osservanza di quei doveri che la natura ce la legge gli impongono. Un figlio, che è fuggito adolescente dalla casa paterna, alla quale non ha voluto fare ritorno malgrado replicate ingiunzioni dell'autorità giudiziaria, non ha diritti da invocare per chiedere dal padre l'importo degli alimenti arretrati che da altri gli vennero forniti, né altri può vantare subingresso per esercitare le azioni di lui". Cass. Torino, 5-6-1867 (Annali, I, 1 247).

guardare la sua posizione. Da ricordare, comunque, come vi siano state pronunce contrarie a questo indirizzo⁴³.

Il presidente del tribunale, per provvedere all'allontanamento, è investito di un potere che viene definito "officioso"⁴⁴. Nel contesto dell'art. 221, secondo comma, cod. civ., è compreso il potere di ingiungere al padre di mandare alla madre, che da lui vive separata il figlio minore⁴⁵.

Il provvedimento del presidente, col quale è autorizzato l'allontanamento, non deve essere notificato all'esercente la patria potestà⁴⁶. Per capire lo spirito e la sostanza dell'art. 221, secondo comma, cod. civ., si esaminano, da ultimo, due sentenze. La Cassazione di Torino, in data 2 settembre 1886⁴⁷, spiega che il provvedimento d'allontanamento, diretto unicamente a tutelare le persone dei genitori e dei figli dai pericoli, materiali e morali, cui potrebbe dar luogo la coabitazione, non può estendersi all'istruzione e all'educazione dei figli, cui provvede l'art. 233, cod. civ.. Per cui l'art. 221, secondo comma, cod. civ., consente l'allontanamento del figlio unicamente dalla casa paterna, non da quella casa o istituto che il padre gli abbia destinato per l'educazione.

Secondo la sentenza della Suprema Corte del 12 maggio 1936⁴⁸, infine, i provvedimenti in questione saranno dati con particolare riferimento ai casi in cui la condotta del genitore si concreti non tanto in un abuso quanto

⁴³ Cass. Torino, 27-2-1878 (Foro it., 1878, 345): va contro l'opinione che il figlio, sia personalmente, sia a mezzo di curatore speciale, non possa proporre al presidente la domanda prevista dall'art. 221, secondo comma, cod. civ.; Cass. Torino, 27-4-1878 (Foro it., 1878, I, 315) ha deciso che l'istanza può essere proposta anche dal figlio, argomentando per analogia con l'art. 226 c.c.

⁴⁴ In tal senso: Cass. Torino, 8-2-1871 (Giur. It., 1871, 96); Cass. Firenze, 31-12-1910 (Giur. it. 1911, 1, 1, 1055).

⁴⁵ Cass. Roma, 3-9-1878 (Giur. it, 1878, 770).

⁴⁶ Cass. Napoli, 8-4-1887 (Giur. it., 1887, I, 1, 597).

⁴⁷ Legge, 1886, II, 764, (Giur. it. 1886, I, 1, 581).

⁴⁸ Rep. Foro it., 1328, 5, 1936.

in un pericolo d'abuso: e avranno finalità di prudente prevenzione a cautela del minore.

c) Correzione dei figli⁴⁹

Sulle esplicazioni del diritto di correzione, detto della sostanziale novità del codice del '65 che elimina l'incarcerazione per volontà del padre, è da rilevare come l'art. 222, cod. civ., non sia molto controverso.

Da segnalare, comunque, due pronunce della Cassazione di Torino. Secondo la prima⁵⁰, nel suo decreto il presidente non deve dare i motivi del provvedimento, perciò che concerne il merito del provvedimento stesso. Ma, se dei motivi speciali vi sono, in ordine alla forma estrinseca del provvedimento ed alle condizioni necessarie alla sua emanazione, ben possono essere espressi nel decreto i motivi per ciò che concerne tali punti.

Per la seconda⁵¹, se il genitore esercente la patria potestà fa al presidente istanza per il collocamento del figlio in una casa di educazione o correzione, ed altra istanza sia proposta dal pubblico ministero per l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, il presidente deve conoscere nello stesso tempo delle due domande e non può pronunciarsi sulla prima senza attendere alla seconda.

⁴⁹ “Il padre che non riesca a frenare i travimenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari; e ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale, collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione o di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo.

L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, ed il presidente provvederà senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del suo decreto”. art. 222, cod. civ. 1865.

⁵⁰ Cass. Torino, 26-2-1876, (Giur. it, 1878, 582).

⁵¹ Cass. Torino, 24-5-1889, (Giur. it., 1889, 493).

d) Ricorsi ex art. 223, cod. civ. 1865⁵²

Per verificare l'interpretazione di questa norma verranno considerate direttamente una serie di sentenze esplicative.

Secondo la Cassazione di Torino, in data 8 febbraio 1871⁵³, il provvedimento del presidente del tribunale (ex art. 221 o 222 c.c.) è definitivo, nel senso che non può essere impugnato avanti il tribunale in sede contenziosa mentre, contro lo stesso, si può portar ricorso al presidente della corte d'appello. Non è possibile reclamare al tribunale civile in via contenziosa contro il decreto del presidente di corte d'appello.

Si è visto che l'autorità giudiziaria preposta al buon andamento delle famiglie è il presidente del tribunale. I provvedimenti appartengono alla giurisdizione volontaria, sono decreti senza prescrizione di forma rigorosa. Per essi è dato reclamo al presidente di corte di appello, non sono suscettivi di gravame per Cassazione avendo natura amministrativa non giurisdizionale. Solo le sentenze, infatti, pronunziate in grado d'appello, sono suscettive di ricorso per Cassazione.

Una errata concezione, presto abbandonata, ha prodotto qualche contraria sentenza⁵⁴. Ancora su questioni procedurali: la Cassazione di Torino ha deciso, in data 26 febbraio 1878⁵⁵, che il ricorso può essere proposto dal pubblico ministero, sebbene egli non sia stato colui dal quale la domanda è stata proposta. Il presidente della corte pronuncia, sentito il pubblico ministero, nel merito della proposta domanda, quando vi siano le condizioni di ammissibilità.

⁵² “Nei casi indicati nei due articoli precedenti contro i decreti del presidente del tribunale è ammesso il ricorso al presidente della corte d'appello e sarà sempre sentito il pubblico ministero”. Art. 223, cod. Civ., 1865.

⁵³ Giur. it., 1871, 96, (Giur. Tor., 1871, 145).

⁵⁴ In tal senso: Cass. Torino, 11-3-1876 (Giur. Tor., 1876, 310); Cass. Torino, 27-2-1878 (Foro it., 1878, 315), e, Legge, 1878, 470.

⁵⁵ Giur. it., 1878, 582.

Il testo dell'art. 223, cod. civ., infine, è stato interpretato (interpretazione, del resto, concordemente sostenuta dalla dottrina) nel senso che il pubblico ministero debba essere sempre sentito anche dai presidenti di tribunale, per i provvedimenti previsti, dagli artt. 221 e 222, cod. civ.; e ciò sotto comminatoria di nullità⁵⁶.

4 - Diritti spettanti ai genitori sul patrimonio dei figli

a) Diritto di rappresentanza e di amministrazione⁵⁷

Il diritto di rappresentanza dell'incapace si può, concettualmente, distinguere da quello dell'amministrazione dei beni, ma nella pratica, essi, spesso, si confondono.

⁵⁶ (34) Cass. Torino, 26-2-1878 (Giur. It., 1878, 582); Cass. Firenze, 31-12-1910 (Giur. It., 1911, 1, 1, 1055).

⁵⁷ “Il padre rappresenta i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili, e ne amministra i beni. Egli però non può alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui od altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione se non per cause di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile. Nascendo conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla patria potestà o tra essi ed il padre sarà nominato ai figli un curatore speciale. La nomina del curatore sarà fatta dall'autorità giudiziaria ordinaria davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile”. art. 224 civ. 1865. “Per la riscossione dei capitali, o per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento l'autorizzazione del pretore a condizione di nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso”. art. 225, cod. civ. 1865. “Le eredità devolute ai figli soggetti alla patria potestà saranno accettate dal padre col beneficio d'inventario. Se il padre non possa o non voglia accettarle, il tribunale, a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti, od anche sull'istanza fatta d'ufficio, dal procuratore del re, potrà autorizzarne l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre”. art. 226, cod. civ. 1865.

“La nullità, degli atti fatti in contravvenzione ai precedenti articoli non può essere opposta che dal padre o dal figlio e dai suoi eredi od aventi causa”. art. 227, cod. civ. 1865.

Visto, quindi, l'indirizzo pratico della presente ricerca si tratteranno insieme. L'art. 224, cod. civ., in particolar modo, presenta molti punti controversi che, via via, una lunga serie di sentenze ha cercato di chiarire. Primo punto: la rappresentanza. Si è, spesso, disputato sulla questione se la rappresentanza processuale possa essere esercitata dal genitore esercente la patria potestà, sempre e comunque, senza autorizzazione giudiziale.

Il punto diventa controverso, in particolar modo, quando si agisce in il giudizio in conseguenza di quegli atti, eccedenti la semplice amministrazione, che hanno bisogno dell'autorizzazione del tribunale civile.

Ora, l'analisi della giurisprudenza in questione mostra come indirizzo assolutamente prevalente quello inteso a concedere la massima libertà nella rappresentanza⁵⁸.

E' stato chiarito, poi, che il padre privo della rappresentanza per ciò per cui la nomina del curatore avvenne, la conserva per tutti gli altri affari del figlio, e in questi non deve intervenire il curatore speciale⁵⁹. Quanto alla rappresentanza degli interessi patrimoniali, si tratta sempre di rappresentanza

⁵⁸ A sostegno si riscontrano: Cass. Firenze, 29-11-1866 (Annali, I, 1, 59): esclude in ogni caso l'autorizzazione sia del tribunale sia del pretore; Cass. Firenze, 30-6-1871 (Annali, V, 1, 281), e, (Giur. it., 1871, 472): la rappresentanza è libera, tanto nel giudizio di prima istanza, quanto in appello e in cassazione; Cass. Napoli, 1-4-1889 (Annali, 1889, 272): il genitore può recedere dalla querela; Cass. Torino, 12-7-1892 (Monit. trib., 1892, 951); Cass. Napoli, 25-9-1893 (Gazz. proc. 1893, 279); Cass. Palermo, 5-5-1894 (Foro sic., 1894, 221): rappresentanza libera, di regola, per ciò che concerne le omissioni; Cass. Roma, 9-2-1898 (Foro it., 1898, 407): il genitore può recedere dalla querela; Cass. Torino, 15-4-1898 (Monit. trib., 1898, 586); Cass. Firenze, 27-12-1902 (Cons. conciliatore, 1903, 70); Cass. Firenze, 29-7-1909 (Monit. trib., 1910, 232); Cassazione, 3-2-1927 (Sett. Cassaz., 1928, p. 13, n. 3799), e, Rep. Foro it., 1243, 5, 1927); Cassazione, 10-5-1932 (Giur. tor., 769, 1932). In senso contrario solo: Cass. Roma, 14-6-1902 (Giur. it., 1902, I, 1, 647): decide per la necessità dell'autorizzazione, per certi atti del processo civile, quali l'accettazione di sentenze e la rinuncia agli atti del giudizio,

⁵⁹ Cass. Torino, 15-12-1882 (Giur. Tor., 1883, 286).

legale e non di gestione d'affari, con tutte le conseguenze che ne discendono⁶⁰.

Altro punto controverso. In dottrina e giurisprudenza si è molto dibattuto se fra i nati, nominati nell'art. 224, primo comma, cod. civ., siano da comprendersi anche i non concepiti.

Da una parte si è detto che essendo generica la dizione della legge non è lecito distinguere e, perciò, anche i non concepiti devono ritenersi compresi nella formula dell'art. 224, cod. civ. Questo può essere considerato l'indirizzo prevalente⁶¹.

D'altra parte si sostiene che, mancando la capacità giuridica, nei non concepiti manca la personalità e non era, quindi, necessario che il codice specificasse, essendo chiaro che i non concepiti non sono soggetti di diritto e non possono, perciò, essere rappresentati⁶².

Nell'ambito dell'orientamento prevalente si riscontra anche una sentenza che riconosce che la rappresentanza legale dei figli nati non concepiti, nominati spetta al padre non all'amministratore dell'eredità⁶³. Altra importante questione. Gran lavoro ha dovuto svolgere la giurisprudenza per chiarire, di volta in volta, la formula "altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione", (art. 224, secondo comma, cod. civ.), le quali richiedono, per essere assunte, la necessità l'utilità evidente l'autorizzazione del tribunale civile.

⁶⁰ Cassazione, 27-6-1931 (Giur. it., I, 1, 1135, 1931); Cassazione, 26-5-1934 (Rep. Foro it., 1305, 10, 1934).

⁶¹ In tal senso: Cass. Torino, 15-3-1904 (Foro it., 1904, I, 617); Cass. Napoli, 22-4-1922 (Foro it., 1922, 592); Cassazione, 8-11-1927 (Sett. Cass., 1927, p. 1188, n. 3739); Cassazione, 28-11-1927 (Giur. It., 1928, I, 1, 346); Cassazione, 2-4-1929 (Sett. Cass., 1929, p. 808, n. 1792).

⁶² In tal senso, Cass. Roma, 19-12-1904 (Foro it., 1905, 156); Cassazione, 27-4-1933 (Foro it., 1933, I, 715).

⁶³ In tal senso, Cass. Roma, 19-12-1904 (Foro it., 1905, 156); Cassazione, 27-4-1933 (Foro it., 1933, I, 715).

Vi sono state comprese: **a)** la rinuncia al legato⁶⁴ **b)** la rinuncia all'eredità deferita ai minori⁶⁵; **c)** la rinuncia ad una eredità, o agli atti di un giudizio, che importi la perdita di una proprietà o di altro bene del minore⁶⁶; **d)** la riscossione anticipata dei fitti di una casa per un tempo eccedente i limiti delle consuetudini⁶⁷; **e)** la rinuncia agli atti di un giudizio⁶⁸; **f)** la divisione ereditaria, nonostante il suo carattere dichiarativo⁶⁹; **g)** i acquistare un immobile senza soddisfarne il prezzo, assumendo invece l'obbligazione di pagarne gli interessi sino alla soddisfazione⁷⁰; **h)** la divisione dei beni del minore e la transazione, relativamente ai danni prodotti dalle offese arrecate al figlio⁷¹; **i)** l'opporci a che una cosa entri nei patrimonio del minore⁷²; **l)** l'acquisto di un immobile all'asta pubblica ritenendo il prezzo per poi pagarlo cogli interessi ai creditori secondo le di collocazione⁷³; **m)** la ricognizione del debito e l'assestamento dei conti, che ne è indubbiamente una forma⁷⁴; **n)** le locazioni eccedenti il novennio⁷⁵; **o)** l'alienazione di parte dei diritti che concorrono alla proprietà della cosa⁷⁶; **p)** la ricognizione di un debito⁷⁷.

Una pronuncia della Cassazione, in data 7 gennaio 1935, ribadisce che l'elenco degli atti eccedenti la semplice amministrazione è solo esemplificativo⁷⁸.

⁶⁴ Cass. Roma, 27-4-1873 (Giur. it., 1873, 1069)

⁶⁵ Cass. Napoli, 27-4-1861 (Foro it, 1881, I, 911); Cass. Roma, 28-12-1892 (Legge, 1893, I, 183); Cass. Roma, 27-4-1893 (Foro it., 1893, I, 880).

⁶⁶ Cass. Napoli, 27-8-1881 (Legge, 1882, I, 338).

⁶⁷ Cass., Firenze, 19-6-1882 (Legge, 1882, II, 554).

⁶⁸ Cass. Napoli, 27-8-1882 (Legge, 1883, 330).

⁶⁹ Cass. Napoli, 14-2-1883 (Gazz. proc., 1883, 76).

⁷⁰ Cass., Napoli, 25-9-1883 (Legge, 1884, I, 233).

⁷¹ Cass. Torino, 14- 5-1884 (Giur. Tor., 1884, 524 e 355).

⁷² Cass. Roma, 12-3-1885 (Foro it., 1885, 1031).

⁷³ Cass. Napoli, 31-7-1886 (Legge, 1887, I, 420).

⁷⁴ Cass. Torino, 28-5-1890 (Giur. Tor., 1890, 608).

⁷⁵ Cass. Firenze, 20-6-1895 (Annali, 1895, I, 353).

⁷⁶ Cass. Roma, 9-6-1899 (Giur. it., 1899, 703).

⁷⁷ Cassazione, 20-12-1938 (Giur. It., Rep 1938, voce Patria potestà, n. 5).

⁷⁸ Cassazione, 20-12-1938 (Giur. It., Rep 1938, voce Patria potestà, n. 5).

Infine, si ricorda una sentenza che va contro l'opinione della dottrina prevalente che vede nell'atto compiuto senza autorizzazione una nullità relativa sanabile con l'omologazione del tribunale⁷⁹.

A questo punto si può parlare di una controversia riguardante il rapporto tra il potere di rappresentanza e amministrazione del genitore esercente la patria potestà e il contenuto dell'art. 247, cod. civ.⁸⁰

Si è disputato se il padre o l'avo possano avvalersi dell'art. 247, cod. civ., per sottrarre alla madre l'amministrazione dei beni e nominare il curatore testamentario. Malgrado qualche dissenso⁸¹ prevale l'affermativa⁸². Naturalmente eccezione fatta per la legittima⁸³.

Si è, poi, disputato se il curatore testamentario, oltre l'amministrazione dei beni lasciati al minore, abbia anche la sua rappresentanza per tutti gli atti relativi ai beni suddetti.

⁷⁹ “L'art. 224, cod. civ., col disporre che il padre non possa alienare i beni del figlio minore, se non per cause di necessità e di utilità evidente e mediante l'autorizzazione del tribunale, implica necessariamente un'attività ed un provvedimento anteriore alla stipulazione del negozio. Verificato l'estremo della necessità ed utilità evidente, la funzione del tribunale diventa integratrice della capacità dell'incapace. Non è questione di teorie giuridiche o di opinioni: basta la consultazione del testo di legge. È questa la via normale che essa addita: il sistema della autorizzazione postuma non è che una deviazione suggerita, e poi tollerata ed ammessa per esigenze della pratica: deviazione, cade in acconcio di non scevra di pericoli, se si consideri, che la compiuto non può essere sempre la saggia ispiratrice”. Cass. Torino, 18-6-1920 (Giur. It., 1920, I, 1, 903).

⁸⁰ “Chiunque istituisce erede un minore, può nominargli un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze che gli trasmette, sebbene il minore sia sotto la patria potestà”. art. 247, cod. civ. 1865.

⁸¹ Cass. Torino, 24-5-1904 (Foro it., 1904, I, 1289); Cass. Torino, 16-12-1905 (Foro it., 1906, I, 554), e, (Giur. it., 1906, I, 1, 85).

⁸² Cass. Firenze, 16-11-1868 (Giur. it., 1868, I, 931); Cass. Firenze, 17-4-1882 (Giur. Tor., 1882, 361); Cass. Torino, 29-12-1883 (Foro it., 1884, I, 218), e, (Giur. Tor., 1884, 225); Cass. Torino, 3-2-1894, (Foro it., 1894, I, 1215); Cass. Torino, 18-12-1906 (Foro it., 1907, I, 297), e, (Giur., it. I, 1, 190).

⁸³ Contro quest'ultima precisazione, va, però, una sentenza che ha deciso che chi istituisce eredi, minori soggetti a patria potestà, può nominare un curatore speciale anche per l'amministrazione dei beni costituenti la quota ereditaria ad essi dovuta per legge: Cassazione, 18-2-1937 (Giur. it., 1937, I, 354).

Prescindendo dall'accettazione dell'eredità in argomento, che è regolata dall'art. 226, cod. civ., prevale, nella dottrina e nella giurisprudenza, l'opinione che il curatore sia investito anche della rappresentanza del minore⁸⁴.

Il curatore testamentario, in caso di rinuncia, verrà sostituito dal genitore esercente la patria potestà, se la sua nomina non fu dovuta a sfiducia verso questi, altrimenti l'autorità giudiziaria dovrebbe far luogo alla surrogata⁸⁵.

Un'altra questione oggetto di molte pronunce è il conflitto d'interessi (art. 224, terzo comma, cod. civ.).

I casi dibattuti possono essere chiariti, semplicemente, esaminando dettagliatamente le vane sentenze in argomento.

Anzitutto è stato chiarito che il conflitto dev'essere attuale, effettivo e reale, non semplicemente ipotetico, eventuale o possibile; esso deve pertanto o preesistere al giudizio o sorgere durante lo svolgimento del giudizio stesso⁸⁶.

⁸⁴ In tal senso: Cass. Firenze, 5-2-1877 *Annali*, 1877, I, 211), e, (*Racc. di giur.*, 1877, I, 727); Cass. Napoli, 27-4-1880 (*Annali*, 1680, I, 514); Cass. Firenze, 31-12-1880 (*Legge*, 1881, I, 194); Cass. Torino, 31-8-1882 (*Giur. Tor.*, 1882 II, 373); Cass. Torino, 29-12-1883 (*Foro it.*, 1884, I, 218), e, (*Legge*, 1884, I, 516); Cass. Torino, 25-7-1887 (*Annali*, 1887, I, 488), e, (*Foro it.*, 1887, I, 945), e, (*Giur. it.*, 1887, I, 1, 568); Cass. Firenze, 24-3-1890 (*Foro it.*, 1890, I, 766); Cass. Palermo, 13-11-1890 (*Foro it.*, 1691, I, 828). Contro questa opinione: Cass. Torino, 29-7-1870 (*Legge*, 1870, I, 1060) Cass., Torino, 29-4-1884 (*Giur.*, *Tor.*, 1884, 471); Cass. Palermo, 29-4-1884 (*Legge*, 1885, I, 340); Cass. Roma, 25-7-1903 (*Foro it.*, 1903, I, 1018).

⁸⁵ Cass. Roma, 25-7-1903 (*Foro it.*, 1903, I, 1018).

⁸⁶ (64) In tal senso: Cass. Roma, 15-5-1893 (C. s. Roma, 1893, II, 127); Cass. Torino, 22-12-1897 (*Monit. trib.*, 1898, 424); Cass. Torino, 8-8-1898 (*Giur. Tor.*, 1898, 1320); Cass. Palermo, 8-11-1900 (*Monit. trib.*, 1901, 185); Cass. Torino, 27-7-1907 (*Foro it.*, 1907, I, 952); Cassazione, 5-11-1926 (*Sett. Cass.*, 1927, p. 57, n. 3160); Cassazione, 25-4-1933 (*Rep. Foro it.*, 1069, 5, 1933); Cassazione, 19-2-1934 (*Rep. Foro it.*, 457, 7, 1934).

Quindi, non c'è conflitto d'interessi se padre e figlio sono debitori di un comune creditore, anche se l'obbligazione è solidale⁸⁷. Più in generale, se tra padre e figlio vi è un interesse comune ivi non può ravvisarsi il conflitto nel senso voluto dalla legge⁸⁸. Non basta che padre e figlio nello stesso fatto giuridico abbiano interessi propri e distinti, ma è necessario che questi interessi vengano a contrasto costituendo opposizione di diritti⁸⁹.

E necessaria la nomina del curatore perché questo accetti, per conto e in nome del minore, una donazione a costui fatta dall'esercente la patria potestà⁹⁰.

C'è un conflitto d'interessi nel caso in cui due parti si disputino la pertinenza di un bambino sostenendo, rispettivamente, l'identità dello stesso con un figlio da essi procreato e di cui risulta la nascita da due distinti atti di stato civile⁹¹.

Ancora, c'è conflitto d'interessi quando trattasi di esigere o impiegare, a profitto del padre, un capitale di compendio di una eredità lasciata al figlio con condizione sospensiva, ed è nulla l'autorizzazione giudiziaria che dal padre sia stata riportata⁹².

È stato, anche, deciso che i minori hanno diritto di costituirsi parte civile nel procedimento penale in cui la madre sia implicata per complicità nell'omicidio del padre loro. In tal caso è necessaria la nomina del curatore⁹³.

⁸⁷ Cass. Torino, 26-11-1909 (Giur. Tor., 1909, 177); Cass. Palermo, 5-7-1910 (Rol., 1910, 217).

⁸⁸ In tal senso: Cassazione, 21-7-1931 (Sett. Cass., 1931, p. 1382, n. 3006). Contraria: Cass. Roma, 30-3-1922 (Giur. it., 1922, I, 1, 440).

⁸⁹ Cass. Palermo, 8-11-1900 (Legge, 1900, I, 49); Cass. Torino, 14-3-1902 (Monit. trib., 1902, 585); Cassazione, 21-7-1931 (Rep. Foro it., 1100, 4-5, 1931).

⁹⁰ Cass. Roma, 10-5-1888 (Legge, 1888, II, 565).

⁹¹ Cass. Torino, 7-7-1893 (Monit. trib., 1893, 962).

⁹² Cass. Roma, 1-7-1898 (Giur. It., 1898, 833).

⁹³ Cass. Roma, 6-4-1906 (Monit. trib., 1906, 414).

Nel conflitto d'interessi tra padre e figlio si è sostenuto che la patria potestà possa essere esercitata dalla madre⁹⁴; ma l'indirizzo prevalente e dell'opinione contraria⁹⁵.

L'intera disposizione sul conflitto d'interessi è imperativa e nullo sarebbe l'atto ancorché si potesse sostenere utile interessi dei figlio⁹⁶. La nomina del curatore è devoluta al tribunale e non al solo presidente⁹⁷.

Il padre ha il diritto di vigilare la condotta processuale del curatore speciale e di domandarne la sostituzione per inettitudine o negligenza e la condanna al risarcimento dei danni causati dalla di lui colpa⁹⁸. Anche in caso di conflitto d'interessi il rappresentante del minore può validamente compiere, nell'interesse di questo, atti conservativi⁹⁹.

Si riportano, infine, in ordine cronologico, una serie di sentenze che riguardano altri problemi posti dall'art. 224, cod. civ. Gli atti compiuti legalmente nell'interesse di un minore non possono essere da questi, divenuto maggiorenni, impugnati contro il terzo, sotto qualsiasi pretesto¹⁰⁰.

Il padre non è tenuto a convertire i titoli ai portatore di appartenenza del figlio in titoli nominativi¹⁰¹.

È stata ritenuta la validità dell'atto non autorizzato ma affine ad esso¹⁰². Il diritto di farsi fotografare ha bisogno di essere integrato da chi eser-

⁹⁴ Cassazione, 26-4-1933 (Rep. Foro it., 1069, 4, 1933).

⁹⁵ Vedi ad es.: Cassazione, 28-3-1928 (Giur. it., I, 1, 1140, 1928).

⁹⁶ Cass. Roma, 13-12-1892 (Foro it., XVIII, 1, 1,).

⁹⁷ Cass. Roma, 13-1-1902 (Monit. trib., 1902, 537).

⁹⁸ Cassazione, 8-6-1927 (Giur. it., 1927, I, 1, 1238).

⁹⁹ Cassazione, 12-3-1935 (Rep. Foro it., 1459, 15, 1935).

¹⁰⁰ Cass. Torino, 10-7-1672 (Annali, VII, 1, 412); Cass. Firenze, 2-3-1874 (Annali, VIII, 1, 127); Cass. Firenze, 2-6-1874 (Annali, VIII, 1, 213).

¹⁰¹ Cass. Torino, 12-5-1875 (Annali, 1675, 362).

¹⁰² Cass. Firenze, 2-6-1877 (Annali, 1877, I, i, 86); Cass. Firenze, 13-6-1879 (Foro it., 1879, I, 693): sembra opportuno riportare parte della motivazione di quest'ultima: "(omissis) Considerando che la differenza fra l'atto permesso dal giudice e quello eseguito dal padre o dai tutore, allora causa di nullità quando cade, sulla natura e sulla essenza dell'atto, o sulle sue condizioni sostanziali; in questi

cita la patria potestà, quando la fotografia sia fatta in pose invereconde e allo scopo di riprodurne e divulgarne copie per lucro¹⁰³.

Nel caso il padre, di concerto col compratore, venda i beni del figlio ad un prezzo superiore a quello che si fa figurare nel contratto ed intaschi la differenza, il contratto è nullo per vizio di dolo e per mancanza di legittima rappresentanza del minore frodato¹⁰⁴.

Il figlio, divenuto maggiorenne, ha un'azione di rendiconto contro il genitore per il modo come egli ha amministrato le sue sostanze durante la minore età. Questa è diversa da quella contro il tutore per il rendimento dei conti, e perciò non è soggetta alla speciale prescrizione decennale¹⁰⁵.

Quando manca la "necessità o utilità evidente" del minore, atti che non possono avere tale carattere non possono essere mai compiuti, neanche con l'autorizzazione giudiziaria; così il riconoscere un debito per conto del figlio¹⁰⁶. Sicuramente molto meno controversi gli artt. 225 - 227, cod. civ.

Si segnalano, comunque, al riguardo alcune sentenze esplicative la Cassazione di Torino, in data 18 maggio 1875¹⁰⁷, va contro l'opinione che i titoli di credito siano ricompresi nei capitali richiamati dall'art. 225, cod. civ.; la Cassazione di Napoli, in data 12 giugno 1883¹⁰⁸, decide che equivale a ri-

soli casi può dirsi veramente che *aliud fecit, quam quod a pretore decretum est* e che perciò *'nihil egit'* (omissis) ma tra il pegno e l'ipoteca la differenza non è che nominale (omissis) imperocché se l'una cade sugli immobili e l'altro sui mobili, se la cosa data in pegno passa nelle mani del creditore, e il fondo ipotecato (omissis), ciò non costituisce una differenza giuridicamente valutabile, ognorachè l'azione che ne deriva è la stessa (omissis); infatti che la obbligazione del minore sia o no garantita, ed in qual modo, non importa a lui, ma al creditore soltanto: bene, sta adunque che l'atto posto in essere dal padre per la figlia dovesse essere coerente al decreto; ma la Corte esagerò questo principio negando che questa coerenza nel caso si fosse verificata; (omissis)

¹⁰³ Cass. Torino, 1-6-1907 (Foro it., 1907, I, 1013).

¹⁰⁴ Cass. Roma (Sezioni unite), 21-12-1914 (Foro 1914, I, 474).

¹⁰⁵ Cass. Torino, 28-12-1914 (Foro it., 1915, 160), e, (Riv. dir. civ., 1915, 116).

¹⁰⁶ Cassazione, 20-12-1928 (Rep. Giur. It., 5, 1928).

¹⁰⁷ (Annali, 1875, 372).

¹⁰⁸ (Legge, 1883, II, 378).

scossione di capitale (art. 225, cod. civ.) lo svincolo di titoli al latore depositati per cauzione presso la Cassa depositi e prestiti; per la Cassazione di Torino, in data 10 agosto 1887¹⁰⁹, tra gli atti fatti in contravvenzione agli artt, 224-226, cod. civ., e, quindi, ricompresi nell'art. 227, cod. civ., va annoverato sequestro, il quale, del resto, essendo un atto conservativo, potrebbe esser chiesto anche dai minore soltanto; la Cassazione di il 24 gennaio 1888¹¹⁰, decide che la nullità degli atti previsti dall'art. 227 cod. civ., si può far valere, in forza dell'art. 1234 cod. civ., anche dai creditori dei minore; la Cassazione di Torino, in data 18 giugno 1920¹¹¹, nega che la nullità relativa possa essere sanata mediante una successiva omologazione del tribunale.

¹⁰⁹ (Legge 1888, I, 406), e, (Giur. it., 1887, I, 1, 768).

¹¹⁰ (Legge, 1888, II, 769).

¹¹¹ (Giur. it. I, 1, 903, 1920).

b) Diritto di usufrutto legale¹¹²

La questione in questo campo più controversa, in dottrina e in giurisprudenza, trae origine dal dibattito sulla natura e sugli scopi dell'usufrutto legale e coinvolge gli artt. 228 e 230 cod. civ. Il problema pratico da risolvere è questo: posto che una parte dell'usufrutto legale dovrà inderogabilmente essere destinata a soddisfare i pesi inerenti all'usufrutto stesso, principalmente le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, può essere presa in considerazione, una quota, eccedente i bisogni di cui all'art. 230 c.c., di cui il genitore potrebbe liberamente disporre per fini personali, e su cui i creditori del genitore potranno soddisfarsi? Prima risposta: anche la

¹¹² “Il padre ha l'usufrutto dei beni che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, e lo conserva sino a che il figlio sia emancipato od abbia raggiunto giunto l'età maggiore”. art. 228, cod. civ. 1865. “Non sono soggetti all'usufrutto legale:

1.I beni lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, la quale condizione però sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima;

2.I beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;

3.I beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del, padre;

4.I beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, impieghi, professioni ed arti, o altrimenti col proprio lavoro e colla propria industria separata”. Art. 229, cod. civ. 1865. “Sono inerenti all'usufrutto legale i seguenti pesi:

1.Le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio;

2.Il pagamento delle annualità o degli interessi dei capitali che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto;

3.tutti gli altri obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari”. art. 230, cod. civ. 1865.

“Le disposizioni dei precedenti articoli sono applicabili alla madre che esercita la patri potestà.

L'usufrutto legale passa alla madre anche quando la patria potestà è esercitata dal padre, ove questo sia escluso per cause a lui personali”. art. 231, cod. civ. 1865.

“L'usufrutto legale cessa colla morte del figlio e col passaggio del genitore ad altre nozze”. art. 232, cod. civ. 1865.

“Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso senza procura ma senza opposizione, od anche con procura ma senza condizione di rendere conto dei frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda.” art. 234, cod. civ. 1865.

quota d'usufrutto che permane dopo soddisfatti i pesi di cui all'art. 230 c.c. è incredibile, non sequestrabile, non pignorabile, in quanto l'usufrutto legale ha origine dalla patria potestà, è destinato ai bisogni del minore ed esclude l'ingerenza dei creditori del padre. Inoltre si argomenta in questo senso considerando l'art. 1967, n. 2, cod. civ., che ha dichiarato incapace d'ipoteca l'usufrutto legale degli ascendenti. In questa direzione va la giurisprudenza prevalente¹¹³.

Seconda risposta: il genitore può disporre della quota d'usufrutto legale che eccede i bisogni del figlio e in genere, i pesi di cui all'art. 230 cod. civ. Su questa quota, i creditori del genitore hanno diritto al sequestro o al pignoramento. Questa è la posizione della dottrina prevalente, peraltro accol-

¹¹³ Cass. Napoli, 5-6-1885 (Legge, 1885, II, 399); Cass. Napoli, 6-9-1887 (Legge, 1888, I, 230); Cass. Palermo, 28-8-1888 (Legge, 1888, II, 688), e (Foro it., 1888, I, 998); Cass. Palermo, 1-2-1898 (Circolo giuridico, 1898, II, 45), e, (Foro it., 1696, I, 332): "Di vero, per la moderna legislazione, l'usufrutto legale spettante sui beni del figlio minore non è, come l'usufrutto ordinario comune, uno smembramento del diritto di proprietà, per cui l'usufruttuario, ai sensi dell'art. 492 cod. civ., può cedere per qualsivoglia titolo, oneroso o gratuito, l'esercizio del suo diritto. Esso è invece un attributo della patria potestà, cioè un diritto attribuito alla qualità di esercente il patrio potere, quale mezzo necessario per lo esercizio medesimo in modo proporzionato alla condizione e ai bisogni della prole. Sicché cotesto usufrutto, che la legge dichiara incapace d'ipoteca (art. 1967 cod. civ.), implica, nei rispetti del padre usufruttuario, un diritto e un dovere nel tempo, istesso (...). Implica un dovere, in quantochè con esso è tenuto il Padre a provvedere alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio; spese che ai termini dell'art. 230 cod. civ. costituiscono pesi inerenti all'usufrutto legale spettante al padre. La locuzione del citato articolo include evidentemente il concetto che non possa il padre, liberamente disporre dello usufrutto e ciò viene anche ribadito dai provvedimenti adottati l'art. 233 del detto codice, contro il padre che trascurasse o violasse i doveri impostigli dalla legge.

Che pertanto da questi inconcussi principi sorge di tutta evidenza che, se il padre può disporre liberamente del supero delle rendite già raccolte sui beni del figlio minore dopo di aver provveduto al mantenimento, educazione ed istruzione di costui in proporzione della condizione e dei bisogni dello stesso, non può egli a priori e per l'avvenire alienare neppure in parte il diritto dell'usufrutto, come accessorio e dipendente dal diritto della patria potestà. Se un contrario sistema si ammettesse, i pesi inerenti all'usufrutto rischierebbero di non essere adempiuti, o lo sarebbero in proporzioni non adeguate alle condizioni della prole"; Cassazione, 13-6-1938

ta da numerose pronunce della giurisprudenza¹¹⁴. Saranno considerate, ora, in ordine cronologico, una serie di pronunce su vari aspetti dell'usufrutto legale.

Per la Cassazione di Torino, in data 17 aprile 1872¹¹⁵, se un testatore istituisce erede i figli minori, e usufruttuario a vita il padre, durante la minore età del figlio si ha sempre usufrutto legale, non ordinario. Per la Cassazione di Napoli, in data 18 maggio 1881¹¹⁶, l'usufrutto legale si estende su tutti i beni che pervengono in proprietà ed usufrutto, a titolo lucrativo, al figlio minore non emancipato, e, quindi, anche su quelli donatigli dal genitore stesso in piena proprietà, quando all'usufrutto non abbia espressamente rinunciato.

La Cassazione di Torino, in data 24 febbraio 1886¹¹⁷, ha deciso che il padre non può essere condannato in proprio al pagamento dei debiti capitali del figlio minore.

Si è disputato se l'usufrutto legale del genitore sia da comprendersi nelle attività del suo fallimento. La Cassazione di Palermo, il 26 agosto 1888¹¹⁸, ha deciso che trattandosi di diritto inalienabile non dovesse comprendersi nell'attivo.

(Mass. Foro it., 424, 1938, n. 2004).

¹¹⁴ Cass. Napoli, 23-10-1867 (Annali, II, 1, 222); Cass. Napoli, 18-5-1881 (Legge, 1882, I, 370); Cass. Roma, 29-3-1883 (Legge, 1883, I, 685); Cass. Roma, 15-4-1883 (Legge, 1883, I, 577); Cass. Torino, 25-4-1883 (Legge, 1883, II, 163); Cass. Napoli, 25-5-1883 (Legge 1883, II, 230), e, (Gazz. trib. Napoli, n. 3189); Cass. Napoli, 28-6-1883 (Legge, 1884, I, 313); Cass. Firenze, 29-7-1886 (Legge, 1886, II, 724); Cass. Palermo, 16-12-1897 (Circ. giur., 1898, II, 104), e, (Foro it., 1899, 160), e, (Monit. trib., 1898, 322); Cass. Palermo, 28-2-1899 (Monit. trib., 1899, 329); Cass. Palermo, 21-2-1901 (Monit. trib., 1901, 570; Cass. Napoli, 17-11-1903 (Dir. e giur., 1903, 638), e, (Foro it., 1904, 1, 776); Cass. Napoli, 9-12-1903 (Monit. trib., 1904, 183).

¹¹⁵ Annali, VI, 1, 289.

¹¹⁶ Legge, 1882, I, 370.

¹¹⁷ Giur. Tor., 1886, 322.

¹¹⁸ Foro it., XII, 1, 998.

Sempre per la Cassazione di Palermo, (in data 17 maggio 1898)¹¹⁹, l'usufrutto legale comprende anche quei beni sui quali il genitore non abbia l'amministrazione.

La Cassazione, in data 13 giugno 1938¹²⁰, ritenuto che l'usufrutto legale non è che la forma con cui, per volontà di legge, deve attuarsi uno dei compiti della patria potestà, e cioè il compito di amministrare i beni dei minori nell'esclusivo interesse di costoro. Perciò i genitori non se ne possono volontariamente spogliare e non sarebbe valida neppure la rinuncia a abdicativa a favore del figlio minore.

Circa l'art. 229, n. 1, cod. civ., dottrina e giurisprudenza, concordemente, ritengono che la condizione escludente l'usufrutto legale dei genitori può essere anche implicita¹²¹. Ma non basterebbe che il testatore avesse tolta al padre amministrazione dei beni, ex art. 247 cod. civ., poiché altro è l'usufrutto legale, altra l'amministrazione¹²².

Ora, due precisazioni connesse all'art. 230, cod. civ. Riguardo l'obbligazione di cui all'art. 230, n. 1, cod. civ., il genitore, al bisogno, deve provvedere anche coi propri capitali alle esigenze che non possono essere soddisfatte dai proventi dell'usufrutto legale¹²³.

Riguardo all'obbligazione di cui all'art. 230, n.2, cod. civ., il genitore, per il pagamento di prestazioni a carico di beni soggetti a usufrutto legale deve essere citato in nome proprio¹²⁴.

L'usufrutto legale cessa, tra l'altro, per il passaggio del genitore usufruttuario a seconde nozze (art. 232 cod. civ.).

Qui la giurisprudenza è intervenuta a precisare che l'articolo si riferi-

¹¹⁹ Foro it., 1898, I, 756, e Legge, 1898, II, 81.

¹²⁰ Riv. dir. matrim., n. 282, p. 503, 1938, e Mass. Foro it., 424, 1938, n. 2004.

¹²¹ Cass. Palermo, 3-6-1699 (Foro sic., 1899, 484).

¹²² Cass. Palermo, 17-5-1898 (Foro it., 1898, I, 756).

¹²³ Cass. Firenze, 1-3-1885 (Legge, 1885, I, 695).

¹²⁴ Cass. Roma, 14-6-1886 (Legge, 1887, I, 256); Cass. Napoli, 4-2-1887 (Legge,

sce alle sole nozze civili non a quelle contratte col solo vincolo religioso, non aventi alcun effetto legale¹²⁵.

Precisazione opportuna fino al Concordato tra Santa Sede e Italia, stipulato nel 1929, che riconosce effetti civili al matrimonio stipulato con rito religioso.

Per chiudere il discorso sull'usufrutto legale una questione sollevata dall'interpretazione dell'art. 234, cod. civ.

Basandosi sulla lettera dell'articolo, questo dovrebbe applicarsi a tutti i casi in cui nei confronti del figlio cessa l'usufrutto legale, e cioè, la maggiore età, l'emancipazione, le seconde nozze del genitore.

Senonché, è stato posto in rilievo come l'art. 234, cod. civ., presupponga il consenso, tacito od espresso, del figlio, che questi, cioè abbia la capacità giuridica di acconsentire.

Ora, questo non si verifica nei caso di seconde nozze del genitore, quando il figlio sia ancora minorenne e allora, in questo caso e almeno fino alla maggiore età del figlio, il genitore dovrà, pur sempre, rendere conto dei frutti percepiti dal giorno della cessazione legale dell'usufrutto¹²⁶.

1887, II, 485).

¹²⁵ Cass. Palermo, 1-9-1876 (Foro it., II, 89); Cass. Torino, 27-11-1885 (Giur., Tor. 1885, 789).

¹²⁶ Cass. Napoli, 5-2-1889 (Diritto e giurispr., V, 1889, 18); Cass. Torino, 18-6-1892 (Giur. Tor., 1892, 714), e, (Monit. trib., 1892, 906); Cass. Torino, 29-7-1892 (Foro it., 1892, I, 1295); Cass. Napoli, 25-1-1894 (Foro it., 1894, I, 714); Cass. Napoli, 16-3-1894 (Dir. e giur., IX, 1893-94, 363).

5 - Di alcune limitazioni imposte dalla legge all'esercizio della patria potestà

a) *L'abuso della patria potestà*¹²⁷

L'interpretazione dell'art. 233, cod. civ., ha sollecitato varie pronunce della Cassazione.

Anzitutto una questione procedurale: si è disputato se i provvedimenti in questione possano venire richiesti al tribunale in via di giurisdizione volontaria, senza il contraddittorio del genitore, o in via contenziosa. Generalmente si adotta la seconda opinione¹²⁸.

Nel caso, ex art. 233, cod. civ., venga nominato un tutore, a questo non è affiancato un Consiglio di famiglia, come normalmente accade, salvo che il tribunale disponga altrimenti¹²⁹.

Il tribunale può, in questo giudizio, privare il genitore per incapacità ad amministrare dell'amministrazione dei beni dei figli, conservandogli intanto l'usufrutto legale, e rinviare al seguito del giudizio l'esame se l'abuso si sia verificato anche quanto alle persone dei minori. Fino a che non sia intervenuta sentenza su questo secondo punto il genitore conserva la patria potestà¹³⁰.

Il tribunale nel giudizio ex art. 233, cod. civ., avrà larga libertà di apprezzamento, e, nella specie, apprezzamento di merito, incensurabile in Cas-

¹²⁷ “Se il genitore abusa della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze dei figli, il tribunale sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero, potrà provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio o di un curatore ai beni di lui, privare il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte, e dare quei altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio”. Art. 233, cod. civ. 1865.

¹²⁸ Cass. Torino, 10-12-1868 (Giur. Tor., 1869, 68); Cass. Roma, 18-11-1920 (Giur. It., 1920, 1, 1, 1024).

¹²⁹ Cass. Torino, 29-7-1870 (Giur. Tor., 1870, 585).

sazione. Inoltre la giurisprudenza ritiene che la certezza morale del futuro danno legittima la pronuncia di decadenza dalla patria potestà¹³¹.

È stato, infine, deciso che deve ricorrere la necessità di sottrarre la prole ad uno stato di soggezione che, nel momento in cui il tribunale è chiamato a decidere, sia incompatibile con le esigenze di una educazione della prole¹³².

b) Condizioni che il padre può imporre alla madre superstite¹³³.

Si è riscontrata una serie di sentenze che ben determinano la portata dell'articolo in questione.

Il tribunale può omologare, in tutto o in parte, la deliberazione del consiglio di famiglia, ovvero, riconoscendo che le condizioni stabilite dal marito sono incompatibili con la legge, annullarle addirittura, malgrado il consiglio di famiglia non abbia voluto farlo¹³⁴.

Il padre non può nominare una persona che debba provvedere alla istruzione dei figli, in luogo e vece della madre¹³⁵.

Il padre non può designare delle persone al consiglio delle quali la madre sia obbligata ad attingere per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei loro beni, perché ciò equivarrebbe a ripristinare la

¹³⁰ Cass, Firenze, 5-7-1894 (La temi Veneta, 1894, 557).

¹³¹ Cassazione, 18-6-1931, (Rep. Foro it., 1099, 2, 1931).

¹³² Cassazione, 18-6-1931, (Rep. Foro it., 1099, 2, 1931).

¹³³ “Il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni. La madre che non voglia accettare le stabilite condizioni, può chiedere di esserne dispensata facendo convocare dal pretore un consiglio di 253, affinché deliberi sulla chiesta dispensa. La deliberazione del consiglio di famiglia sarà sottoposta all'omologazione del tribunale il quale provvederà, sentito il pubblico ministero”. Art. 235, cod. civ. 1865.

¹³⁴ Cass. Firenze, 15-3-1875 (Annali, 1875, I, 212).

¹³⁵ Cass. Torino, 4-3-1871 (Annali, V, 1, 195); Cass. Firenze, 15-3-1875 (Annali, 1875, I, 212).

contutela ammessa dai codici previgenti ed a paralizzare i diritti inerenti alla patria potestà della madre¹³⁶.

La giurisprudenza è incline ad ammettere la validità della disposizione con cui il padre nomina un curatore per l'amministrazione dei beni che egli lascia ai figli¹³⁷. Ed è stato deciso nello stesso senso anche per la legittima, basandosi sul semplice carattere cautelare della nomina¹³⁸.

c) Il curatore al ventre¹³⁹

Su questa norma non risulta alcuna pronuncia della Cassazione.

Ciò si può, forse, spiegare, per la scarsa importanza che viene, sempre più, assumendo questo istituto, evidente reliquia del diritto romano. Praticamente, il curatore al ventre, una volta nominato, dovrà sorvegliare la madre per evitare o la supposizione di parto, cioè che venga simulato lo stato interessante danneggiando, così, gli eventuali eredi del marito, o la soppressione o sostituzione di parto, cioè che la procuri aborto o sostituisca il neonato per interessi patrimoniali o altro motivo.

La cura principale del curatore sarà, quindi, quella alla persona del concepito e, eventualmente, al patrimonio, compiendo atti di semplice amministrazione e conservativi; il tutto secondo modalità indicate dal tribunale in modo da non offendere la madre.

¹³⁶ Cass. Napoli, 29-11-1889 (Monit. trib., 1890, 858).

¹³⁷ Cass. Torino, 16-12-1906 (Giur. Tor., 1907, 113).

¹³⁸ Cassazione, 16-2-1937 (Foro it., I, 771, 1937).

*d) Condizioni imposte dalla legge alla vedova che voglia passare a seconde nozze*¹⁴⁰

Si precisano contorni e particolari dell'argomento in questione utilizzando direttamente le sentenze sugli articoli interessati.

Cominciando dall'argomento in generale le pronunce della Cassazione hanno, via via, chiarito diversi punti: *a)* le seconde nozze non solo non fanno perdere la patria potestà ma neppure ne sospendono l'esercizio, salva la perdita dell'usufrutto legale¹⁴¹; *b)* alle disposizioni contenute nell'art. 237, cod. civ., non si può derogare, giacché esse sono di ordine pubblico. Sarebbe, quindi, inefficace la disposizione testamentaria del padre che stabilisse dovere la madre conservare, incondizionatamente, l'amministrazione dei beni dei minori¹⁴²; *c)* la madre che, rimaritandosi, è mantenuta nell'amministrazione del patrimonio dei minori di primo letto, a norma dell'art. 237, cod. civ., non è sottoposta agli obblighi che la legge impone a ogni tutore

¹³⁹ “Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, sull'istanza di persona interessata, può nominare un curatore al ventre”. art. 236, cod. civ. 1865.

¹⁴⁰ “La madre, volendo passare a nuovo matrimonio, deve prima far convocare un consiglio di famiglia a norma degli articoli 252 e 253. Il consiglio delibererà se l'amministrazione dei beni debba essere conservata alla madre, e le potrà stabilire condizioni riguardo alla stessa amministrazione e all'educazione dei figli. Le deliberazioni del consiglio di famiglia saranno sottoposte al tribunale per i suoi provvedimenti a norma dell'art. 235”. art. 237.

“In mancanza della convocazione richiesta dall'articolo precedente, la madre perderà di diritto l'amministrazione, e suo marito sarà responsabile di quella esercitata per lo passato ed in appresso indebitamente conservata.

Il pretore, sull'istanza del pubblico ministero o di alcuna delle persone indicate negli articoli 252 e 253, od anche d'ufficio, deve convocare il consiglio di famiglia per deliberare sulle condizioni da stabilirsi per l'educazione dei figli e sulla nomina di un curatore ai loro beni. Il consiglio di famiglia può riammettere la madre all'amministrazione dei beni alle deliberazioni del consiglio di famiglia sono applicabili le disposizioni del secondo capoverso dell'articolo 237.” art. 238, cod. civ. 1865. “Quando la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni o vi fu riammessa, suo marito s'intende sempre associato alla medesima nell'amministrazione, e ne diviene responsabile in solido”. art. 239, cod. civ. 1865.

¹⁴¹ Cass. Torino, 27-11-1877 (Giurispr., XXII, 789).

¹⁴² Cass. Napoli, 3-2-1883 (Legge, 1883, II, 447).

quantunque abbia perduto l'usufrutto legale¹⁴³; *d*) consiglio di famiglia può deliberare di riunirsi periodicamente, per vigilare sull'amministrazione lasciata alla madre¹⁴⁴; *e*) la madre binuba, privata dell'amministrazione, conserva sempre la rappresentanza, anche giudiziale, dei figli. Tale rappresentanza deve essere integrata però dal curatore allorché l'azione abbia contenuto patrimoniale¹⁴⁵; *f*) il consiglio di famiglia può anche rimuovere la madre dalla rappresentanza e sostituirla col curatore o con altri¹⁴⁶ (pronuncia contraria all'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza).

Si considerano, ora le pronunce sui commi: *a*) l'inosservanza del disposto del primo alinea dell'art. 237, cod. civ., priva, di diritto, la madre dell'amministrazione dei beni e perciò essa può compiere solo gli atti conservativi e urgenti¹⁴⁷; *b*) il consiglio di famiglia, ex artt. 237, secondo comma, o, 238, secondo comma, cod. civ., può deliberare anche che il figlio sia posto in un collegio o altro istituto d'educazione¹⁴⁸; *c*) nel caso il consiglio di famiglia tolga l'amministrazione dei beni e il tribunale omologhi (art. 237, terzo comma, cod. civ.), la madre potrà reclamare in via di giurisdizione volontaria alla corte d'appello¹⁴⁹; *d*) alla mancata convocazione del consiglio di famiglia è, agli effetti di legge, equiparato il caso in cui la madre, per eludere la legge stessa, convoca illegalmente il consiglio (art. 238, primo comma, cod. civ.). Di questo consiglio non può far parte la madre, cui basta siano notificati gli atti riguardanti la convocazione (art. 238, secondo comma, cod. civ.)¹⁵⁰; *e*) alla madre che perde di diritto l'amministrazione (art. 238, cod. civ.), rimane intatto l'esercizio di ogni altro attributo della patria potestà, e

¹⁴³ Cass. Napoli, 20-4-1885 (Legge, 1885, II, 380).

¹⁴⁴ Cass. Roma, 9-3-1913 (Foro it., 1913, I, 805).

¹⁴⁵ Cassazione, 23-11-1932 (Giur. it., 1933, I, 1, 17), e, (Foro it., I, 286, 1933).

¹⁴⁶ Cassazione, 21-6-1927 (Sett. Cass., 1927, p. 1012, n. 3029).

¹⁴⁷ Cassazione, 17-6-1936 (Foro it., I, 1272, 1936).

¹⁴⁸ Cass. Firenze, 25-5-1874 (Annali, VIII, 1, 219).

¹⁴⁹ Cass. Torino, 26-9-1906 (Giur. Tor., 1906, 1464), e, (Foro it., 1907, I, 30).

¹⁵⁰ Cass. Roma, 9-3-1891 (Legge, 1891, I, 726).

quindi anche il diritto alla legittima rappresentanza dei figli¹⁵¹; f) non compete al minore l'ipoteca legale sui beni del secondo marito di sua madre, quasi fosse un contutore. Infatti, per legge, la madre amministra, non quale tutrice, ma quale esercente la patria potestà: come, adunque, non sono soggetti a ipoteca legale i suoi beni, così neppure quelli di suo marito (art. 239, cod. civ.)¹⁵².

¹⁵¹ Cass. Roma, 7-12-1906 (Foro it., 1907, I, 271) , e, (Legge, 1907, 212) , e, (Giur. it. , 1907, I, 1, 20).

¹⁵² Cass. Napoli, 20-4-1885 (Legge, XXV, 2, 380).

PARTE SECONDA

LA PATRIA POTESTÀ NEL NUOVO CODICE CIVILE

(dal 1-7-1939 al 19-9-1975)

PREMESSA: lo spirito dell'istituto della patria potestà nel codice civile del 1942

Si è visto come il codice civile del 1865 si ricollegli ai principi del Codice Napoleone: principi individualistici e liberali che ispirano quasi tutti gli istituti.

Le cose cambiano in materia familiare dove, necessariamente, il momento del dovere prevale sull'autonomia dell'individuo. Questa impostazione di fondo permane valida anche per il legislatore dell'epoca fascista, nel momento in cui viene elaborata la nuova disciplina del codice civile.

Non ci sono radicali innovazioni tra la disciplina del 1942 (1939) e quella del 1865.

Muta, col nuovo codice, non tanto la concezione sociale della famiglia quanto la "struttura politica dello Stato e, quindi, il rapporto tra queste due entità: nel clima storico del nuovo codice, varia il ruolo che lo Stato assegna alla famiglia per la realizzazione dei propri fini istituzionali"¹⁵³. Tutto ciò, viene tradotto, nella rielaborazione dell'istituto della patria potestà, in una accresciuta presenza e vigilanza dello Stato all'interno del nucleo familiare.

Queste considerazioni spiegano l'eliminazione del consiglio di famiglia, il rafforzamento della vigilanza dell'autorità giudiziaria, la più rigorosa

¹⁵³ S. Ciccarello, *Patria potestà* (Diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, v. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 256

strutturazione delle norme sulla decadenza, la nuova formulazione sulla natura dell'usufrutto legale, cui "è stato più chiaramente riconosciuto il carattere di diritto intimamente connesso con la patria potestà attribuito per le finalità proprie di questa: quindi quale diritto familiare e non quale diritto individuale privato"¹⁵⁴.

L'interesse familiare viene a "coincidere sotto molti aspetti con lo stesso interesse statale. Ciò lo si evince in modo significativo dall'art. 145 (art. 147 nel codice civile del 1942) che, ponendo il dovere fondamentale inerente alla patria potestà, e cioè la cura e la vigilanza sul figlio, espressamente dispone che *l'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e del sentimento nazionale fascista*. Siffatto carattere pubblicistico assume tanto maggior rilievo in quanto si inquadra la patria potestà, com'è necessario fare, nel sistema unitario del diritto vigente. Si vedrà allora che lo Stato, con un intervento diretto nell'ambito della famiglia, attua una vera e propria integrazione della missione educativa spettante al genitore: così attraverso l'istituzione della Gioventù Italiana del Littorio, alla quale è affidato il compito della preparazione spirituale, sportiva, premilitare dei giovani (R. D. 27-10-1937, n. 1839); così attraverso le funzioni di vigilanza attribuite ai Comitati di Patronato dell'Opera Nazionale per la Protezione della Maternità ed Infanzia (T. U. 24-12-1934, n. 2316)"¹⁵⁵.

¹⁵⁴ A. Cicu, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1-2, 1939, p. 10.

¹⁵⁵ *Codice civile - Commentario al libro I*, Firenze, Barbera, 1940, pp. 616-617

CAPITOLO I: variazioni, nella lettera e nella sostanza della normativa sulla patria potestà

La normativa sulla patria potestà, per essere bene intesa, deve essere considerata insieme ad altre norme che sono servite nel tempo ad integrarla, ad abrogare, a modificare. Le norme qui considerate non saranno richiamate nel resto della trattazione per non appesantirla con una infinità di note.

È necessario cominciare ricordando alcune delle Disposizioni di attuazione e transitorie del Libro I¹⁵⁶, in vigore dal 1-7-1939, senza le quali non si intenderebbe, con chiarezza e completezza, l'istituto della patria potestà¹⁵⁷.

R. D. 24-4-1939, n. 640, art. 66: I provvedimenti contemplati negli articoli 317 e 357 del codice sono di competenza del presidente del tribunale per i minorenni o, in caso di reclamo, del presidente della sezione di corte d'appello per i minorenni. Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 258, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 336, 338, 369 del codice e dall'art. 106 del presente decreto.

Negli altri casi contemplati dal codice i provvedimenti relativi ai minori di età sono di competenza del tribunale ordinario.

In ogni caso il tribunale provvede sentito il pubblico ministero e sono applicabili le disposizioni degli articoli 779, 780 e 781 del codice di procedura civile.

Quando il provvedimento è emesso dal tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di corte d'appello per i minorenni.

¹⁵⁶ R. D. 24-4-1939, n. 640.

¹⁵⁷ Titolo IX, "Della patria potestà", artt. 313 - 640 presente decreto.

Nei casi indicati in questo articolo il reclamo può essere proposto anche dal pubblico ministero e dal genitore esercente la patria potestà, se il provvedimento è stato emesso a suo carico,

Art. 67: In tutti i casi preveduti dall'articolo precedente, l'autorità giudiziaria può assumere opportune informazioni anche a mezzo degli ufficiali di polizia giudiziaria.

Se devono essere sentite determinate persone, queste sono citate con biglietto della cancelleria redatto senza formalità e notificato dall'ufficiale giudiziario il parere preventivo del giudice tutelare, il ricorrente deve unire al ricorso il parere medesimo. Se non è presentato, può essere d'ufficio richiesto dal presidente del tribunale.

Art. 79: Contro i provvedimenti del giudice tutelare può proporsi reclamo al tribunale, il quale decide sentito il pubblico ministero e osservate le norme degli articoli 779, 780 e 781 del codice di procedura civile. Il pubblico ministero può proporre reclamo contro qualsiasi provvedimento del giudice tutelare.

Quando il provvedimento del giudice tutelare è emesso a carico di una determinata persona questa può proporre reclamo.

Il giudice tutelare, oltre che nei casi previsti nell'art. 334 u. c., del codice e nell'art. 70, 2° comma, del presente decreto, deve informare il pubblico ministero dei provvedimenti adottati nei casi previsti negli articoli 318, 344, 369, 372, 384, e 392 del codice.

Il reclamo contro i provvedimenti del giudice tutelare può essere proposto in qualunque momento stato eseguito.

Art. 80: La competenza a decidere del reclamo spetta al tribunale ordinario quando si tratta dei provvedimenti indicati negli articoli 318, 319, 370, 371, 372, 374, secondo comma, 384, 392 e 393 del codice. La competenza spetta al tribunale dei minorenni in tutti gli altri casi. Quando il reclamo è stata proposto, il presidente del tribunale può sospendere in via

d'urgenza sino alla decisione del reclamo la esecuzione del provvedimento impugnato. Nell'ipotesi prevista nell'art. 384, quarto comma, l'autorità giudiziaria competente provvede in sede contenziosa.

Art. 86: Nel registro tutele devono essere annotati, in capitoli speciali per ciascun minore, i provvedimenti emanati dal tribunale per minorenni ai sensi degli articoli 258, 328, 329, 330, 331, 332 e 333 del codice. A tal fine la cancelleria del tribunale che ha emesso il provvedimento deve trasmettere copia in carta libera entro dieci giorni all'ufficio del tutelare del luogo in cui il minore ha il domicilio, per la prescritta annotazione.

Art. 105: La impugnazione degli atti previsti nell'art. 321, primo comma, e nell'art., 376, primo comma, del codice, compiuti prima dell'entrata in vigore del codice stesso, può essere proposta nel termine stabilito dall'articolo 1300 del codice del 1865.

Il termine decorre dal giorno dell'entrata in vigore del codice, se il minore prima di tale momento ha raggiunto la maggiore età, sempre che l'azione non sia già estinta a norma del codice del 1865.

Art. 106: Se la ipotesi prevista dall'art. 340 del codice si è verificata prima della sua entrata in vigore, il tribunale, su istanza del figlio medesimo o dei parenti o del pubblico ministero, può privare il genitore della patria potestà sui figli, quando risulta che egli impartisce ad essi una educazione non corrispondente ai fini nazionali, e può provvedere in conformità dell'art. 340 del codice. Dal 21-4-1942, il R. D. 24-4-1939, n. 640, viene sostituito dal R. D. 30-3-1942, n. 318, contenente le Disposizioni di attuazione del Codice civile e disposizioni transitorie. Anche in questo caso, essendo intervenuta qualche modifica, giova ricordare le disposizioni principali in materia di patria potestà.

R. D. 30-3-1942, n. 318, art. 38: I provvedimenti contemplati negli articoli 319 e 359 del codice sono di competenza del presidente del tribunale per i minorenni o, in caso di reclamo, del presidente della sezione di corte di

appello per i minorenni. Sono di competenza del tribunale i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 260, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 338, 340, 371 del codice e dell'art. 128 di queste disposizioni.

Negli altri casi contemplati dal codice, i provvedimenti relativi ai minori di età sono di competenza del tribunale ordinario.

In ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio sentito il pubblico ministero (737 c.p.c.).

Quando il provvedimento emesso dal tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di corte d'appello per i minorenni.

Art. 43: i provvedimenti del giudice tutelare sono emessi con decreto. Nei casi urgenti la richiesta può essere fatta al giudice anche verbalmente

Art. 45: La competenza a decidere dei reclami avverso i decreti del giudice tutelare spetta al tribunale ordinario quando si tratta. Dei provvedimenti indicati negli artt. 320, 321, 372, 373, 374, 376, secondo comma, 386, 394 e 395 del codice.

La competenza spetta al tribunale per i minorenni in tutti gli altri casi. Nell'ipotesi prevista dall'art. 386, ultimo comma, del codice, l'autorità giudiziaria competente provvede in sede contenziosa. Proseguendo in ordine cronologico, bisogna ricordare l'art. 3, D. Lgs. Lgt. 14-9-1944, n. 287, che segna l'abrogazione dell'art. 342 codice civile. La fine della vigenza di questa norma, fra le espressioni più negative di un particolare momento della storia nazionale, non necessita, si pensa, di particolari commenti.

Una rilevante variazione, nella sostanza, è intervenuta a proposito dell'art. 319 cod. civ., a seguito della modifica che la L. 25-7-1956, n. 888, ha apportato all'art. 25, R.D.L. 20-7-1934, n. 1404, sull'istituzione ed il funzionamento del tribunale per i minorenni. Laddove, infatti, il testo abrogato parlava di "manifeste prove di traviamiento" ora si parla di "manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere" e cioè, in sostanza, della "cattiva condotta" dell'art. 319. Ora, si vuole ricordare che l'applicazione del

R.D.L. 1404/34 è sostanzialmente prevista dall'art. 319 (“salva l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali”), per cui la modifica, apportata dalla L. 888/56, viene subito risentita.

Le conseguenze sono che, dopo la modifica, è l'art. 319 a prevedere i provvedimenti di maggiore gravità. Mentre infatti l'art. 319 prevede unicamente il collocamento del minore di cattiva condotta in un “istituto di correzione”, il nuovo articolo 25, R.D.L. 1404/34, consente più di un'alternativa: o affidamento del minore al servizio sociale minorile o collocamento in una casa di rieducazione o in un istituto medico psico-pedagogico.

Sembra ovvio ritenere che, dal momento della sua entrata in vigore, si presti attenzione a questa legge più che all'art. 319 nel disciplinare il potere di correzione del padre nei confronti del figlio minore.

Si è visto nel corrispondente capitolo della prima parte di questa trattazione come il complesso normativo sugli orfani influisca, in qualche punto, sull'istituto della patria potestà. Si ricorda, qui, come l'Opera nazionale orfani di guerra, di cui si è trattato, è stata da ultimo riordinata con la L. 13-3-1958, n. 365, che ricalca nelle sue linee fondamentali la precedente disciplina. Solo un accenno alla protezione giuridica dell'organo a mezzo del giudice tutelare nel caso di abuso della patria potestà da parte di chi la esercita (art. 32, L. 365/1958). L'ultima disposizione legislativa che modifica la lettura delle norme sulla patria potestà, prima della riforma del 1975, è l'art. 1 della L. 8-3-1975, n. 39, in vigore dal 10-3-1975, che fissa la maggiore età al compimento del diciottesimo anno.

CAPITOLO II: la patria potestà nella pratica attraverso la lettura della Cassazione

1 - Importanza del precetto con cui si prescrive che i figli debbono onorare e rispettare i genitori¹⁵⁸

L'art. 315, codice civile 1942, ripete quasi alla lettera il testo dell'art. 220, primo comma del codice civile del 1865¹⁵⁹. Così facendo il legislatore ha voluto, probabilmente, sottolineare una sostanziale linea di continuità dell'istituto della patria potestà, dal vecchio al nuovo codice.

Si tratta, comunque, di una norma di tipo inconsueta nel nostro codice, che richiede un'interpretazione di carattere particolare e un discorso a sé. Prima osservazione: il legislatore, riformulando l'istituto della patria potestà, ha introdotto una novità dal carattere solo apparentemente formale.

L'art. 315, infatti, contenendo quelli che, comunemente, vengono definiti “doveri del figlio verso i genitori”, è stato separato dalle successive norme sulla patria potestà, a differenza dell'art. 220 del vecchio codice il quale riportava, al primo comma, una norma analoga all'art. 315, e, nei commi successivi, le disposizioni sulla titolarità e l'esercizio della patria potestà. Questo concorre a rafforzare l'impressione che l'art. 315 si differenzi notevolmente dalle successive disposizioni dell'istituto.

Sembra evidente, infatti, che la norma rivolgendosi al figlio “di qualunque età sia”, se non pone un problema di errata collocazione (visto che per il resto dell'istituto si fa riferimento ai figli minori), ne estende sicura-

¹⁵⁸ “Il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori”. art. 5, cod. civ. 1942.

¹⁵⁹ “Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori”. art. 220/1, cod. civ. 1865.

mente la portata al di là del limite della patria potestà, di solito segnato dal compimento della maggiore età.

In dottrina, evidenziato da tutti il carattere particolare della norma, sono sorti contrasti circa il suo significato giuridico e la sua sanzionabilità.

Vigente il codice civile del 1865 la grande maggioranza degli scrittori attribuiva alla norma in questione un carattere esclusivamente etico. Essa sarebbe stata, quindi, priva di sanzioni giuridiche¹⁶⁰. Da alcuni¹⁶¹ si criticava persino l'inserimento di disposizioni di tal genere in un codice giuridico. La giurisprudenza seguiva, quasi unanimemente, la prevalente interpretazione dottrinale. Nella vigenza del nuovo codice si è andata affermando una rilevante corrente dottrinale che si è adoperata per dimostrare l'elevato valore giuridico della norma e, comunque, la sua giuridica sanzionabilità¹⁶².

¹⁶⁰ Vedi ad es. R. De Poggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina - Milano, Casa Ed. Giuseppe Principato, 1934, p. 223: "vi. sono doveri, come quelli del mutuo affetto, della riverenza, dell'assistenza, che prima d'esser giuridici sono morali, vengono imposti dalla coscienza e dall'intimo sentimento, e sono poi accolti non creati dalla legge; taluni anzi così intrinsecamente etici che la legge, pur traducendoli in precetti giuridici, non riesce a renderli coercibili. Tale ad es. quello che ha il figlio di onorare e rispettare i genitori, un precetto che la legge (art. 220/1) mutua dall'ordine etico e che in quanto vincola il figlio qualunque sia la sua età e la sua condizione personale, è in tutto affidato per la sua osservanza alla coscienza dell'individuo ed alla forza che può avere su di lui la pubblica riprovazione"

¹⁶¹ Ad es. F. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, Torino, U.T.E.T., 1877, p. 422: "È questo (l'art. 220/1) in precetto morale, che non può convertirsi in giuridico, perché la legge non vi appone alcuna sanzione. Se il figlio manchi di rispetto ai genitori, che può fare la legge? Se il suo fatto prenda l'aspetto di un reato, essa lo punisce, ma non in forza dell'art. 220 del Codice civile, bensì in forza della corrispondente disposizione del Codice penale. Qual'è dunque lo scopo per cui si è dettata la disposizione dell'articolo 220? Lo ignoriamo completamente, e siamo anzi d'avviso che il legislatore patrio avrebbe fatto assai meglio non riproducendo nel nostro Codice la disposizione letterale dell'articolo 371 del Codice francese".

¹⁶² Riportiamo due esempi. M. Stella Richter, V. Sgroi, *Delle persone e della famiglia*, Torino, U.T.E.T., 1967, p. 391, "(...) se si può dubitare della giuridicità del precetto, in quanto la concreta portata del dovere di onorare e rispettare i genitori si determina mercé il ricorso alle singole prescrizioni dettate sulla materia della legge civile e penale, è pur vero che esso rappresenta, oltre che il fondamento dell'istituto della patria potestà, anche il criterio direttivo per interpretare quelle disposizioni che hanno specifico riferimento alle norme di condotta (cfr. artt. 318, 319) da os-

Nelle costruzioni logico-giuridiche di questa dottrina sembrano potersi rilevare due difetti. Primo: il contenuto dell'art. 315 viene, di volta in volta, definito "fondamento" o "chiave di interpretazione" dell'istituto senza che poi, a questa affermazione, segua una chiara dimostrazione.

Secondo: per la preoccupazione di affermare la giuridicità dell'art. 315 dimostrando la sua coercibilità, si dice che la norma trova comunque una sanzione indiretta, ad es. negli artt. 318 e 319 che sarebbero semplicemente delle sue specificazioni e, più in generale, nel complesso dell'istituto della patria potestà. Qui sembra opinabile voler dimostrare la giuridicità dell'art., 315 riferendosi alle sanzioni degli articoli successivi, da cui, nettamente, si differenzia nei contenuti, nell'ambito, nella precettività.

Sembra preferibile, quindi, la posizione di chi¹⁶³ ha visto nell'art. 315 un valore prevalentemente etico. A questo sembra poi cumulabile un ulterio-

servarsi ad opera del figlio. In questo senso non sembra potersi annettere alla norma esclusivamente un valore programmatico od enunciativo, in quanto, a parte i possibili riflessi penalistici dell'inosservanza del precetto, la sanzione giuridica, e quindi il connotato della sua giuridicità, potrebbe essere ravvisata mediatamente nelle richiamate disposizioni del codice".

E. Protetti, C. A. Protetti, *Patria potestà*, Novara, Edizioni Pem, 1974, p. 9, "Sembrirebbe a prima vista che la norma di cui all'art. 315 sia una platonica enunciazione di principio, con scarsa o nulla rilevanza giuridica.

(...) La norma ha, invece, una sua fondamentale importanza sia come chiave di interpretazione delle altre leggi che seguono ed in genere di tutto l'istituto della patria potestà, sia come norma giuridica in se stessa ed in quanto tale sanzionata.

(...) Il principio contenuto nella norma in esame ha tutta una sua autonomia etica e giuridica, anche se logicamente e interpretativamente essa può e deve essere collegata con la restante normativa.

È proprio in tale collegamento, infatti, che si può riscontrare l'esistenza di quelle sanzioni che la rendono ancor più vincolante. Gli artt. 318 e 319, infatti, possono, senza forzature, essere collegati all'art. 315 come esemplificazione sanzionata di alcuni comportamenti lesivi dell'onore dei genitori e irrispettosi nei loro stessi riguardi, ed al tempo stesso l'art. 315 vale egregiamente come criterio interpretativo di quelle norme. L'opportunità dell'esistenza della norma è dunque indiscutibile".

¹⁶³ Da ultimo: L. Ferri, *Della potestà dei genitori*, Bologna, Zanichelli, 1988, p. 24, "Il rispetto forma, a mio avviso il contenuto di un atteggiamento morale, che non può essere in alcun modo giuridicamente sanzionato.

re carattere. Il legislatore, probabilmente, lo aveva presente quando ha isolato la disposizione in un articolo a sé. L'ulteriore significato dell'art. 315 potrebbe, semplicemente, essere di giustificazione del carattere particolare delle norme che seguono.

Queste, e la disciplina dell'usufrutto legale ne è un esempio, assumono un carattere a sé stante per la necessità di conciliare due tipi di interessi contrapposti. Da una parte gli interessi pubblici, legati in particolar modo alla necessità, vitale in un'economia capitalistica avanzata, che gli scambi commerciali e i rapporti patrimoniali non vengano intralciati o resi insicuri dalle condizioni di incapacità del minore, dall'altro interesse privato dell'incapace minore, legato a quello della famiglia, a non venire danneggiato e la necessità di considerare inoltre il particolare, e naturale, ruolo della famiglia per la maggior parte dei minori.

Così, riconoscere il figlio, a qualunque età, di rispettare e onorare i genitori significherebbe riconoscere il particolare ruolo dei genitori (principalmente del padre) specificato nelle successive norme che garantiscono al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e la cura dei suoi interessi patrimoniali, da parte di soggetti che sono, naturalmente, predisposti a proteggerlo per i particolari rapporti affettivi che caratterizzano una famiglia.

Detto questo, va aggiunta qualche considerazione sull'operato della Cassazione. Dal 1939 non risultano pronunce in argomento, mentre in precedenza in due occasioni la Suprema Corte aveva tratto giustificazione dalla norma in discussione per sancire in sede civile obblighi economicamente rilevanti a carico dei figli¹⁶⁴.

Ora, a parte l'opinione unanimemente contrastante della dottrina del tempo e le considerazioni già svolte sul significato e sul valore della norma, si può aggiungere un ulteriore argomento.

¹⁶⁴ Vedi capitolo II, prima parte.

Con la riforma del 1975, in ossequio alle concezioni solidaristiche della famiglia che a partire dal secondo dopoguerra si sono venute affermando, all'art. 315 è stata aggiunta una specificazione per cui il figlio "deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa". Quindi, se il legislatore ha sentito l'esigenza di esplicitare un particolare dovere del figlio, non condizionato dalla minore età ma fortemente vincolato dall'elemento della convivenza, sembra lecito affermare che sbaglia chi voglia trarre o abbia già tratto, dalla generica formulazione dell'articolo precedente la riforma obblighi economici a carico del figlio sanzionabili in sede civile. Resta da aggiungere come sembri ripetitiva l'espressione "onorare e rispettare", in quanto è difficile pensare che il "rispettare" possa aggiungere qualcosa all'"onorare". Quest'ultima espressione, poi, sembra rievocare, una, concezione di famiglia patriarcale e di Stato confessionale da tempo superata¹⁶⁵. In effetti, essa è sparita nella nuova formulazione dell'articolo o dopo la riforma del 1975¹⁶⁶.

2 - Delle persone rivestite della patria potestà¹⁶⁷

Appare opportuno al principio di un'analisi particolareggiata delle pronunce della Cassazione in materia di patria potestà chiarire la natura di

¹⁶⁵ Vedi ad es. L. Ferri, Della potestà dei genitori, cit., p. 23, l'eliminazione del verbo onorare rientra in un piano generale di dissacrazione o di laicizzazione della famiglia, dato che a tale verbo si collegano profonde significazioni anche religiose".

¹⁶⁶ "Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa". Art. 315, così modificato dall'art. 137, L. 151/1975.

¹⁶⁷ "Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori, sino all'età maggiore o all'emancipazione. Questa potestà è esercitata dal padre. Dopo la morte del padre e negli altri casi stabiliti dalla legge essa è esercitata dalla madre". art. cod. civ. 1942. "Nel caso di lontananza o d'altro impedimento che renda impossibile al padre l'esercizio della patria potestà, questa è esercitata dalla madre". art. 317, cod. civ. 1942.

questa con le parole della stessa Corte: "... la patria potestà, più che conferire al genitore un diritto subiettivo, gli conferisce soprattutto il dovere, al cui adempimenti impostogli dalla legge è insito un potere, una potestà che viene esercitata nell'interesse generale e superiore della società ed assume la caratteristica dell'*officium*, anche se in concreto ha sua ragion d'essere nella dell'interesse individuale del figlio"¹⁶⁸.

Le affermazioni della Suprema Corte, da condividersi, confermano la particolare natura giuridica della patria potestà. Al riguardo si aderisce all'opinione¹⁶⁹ secondo cui bisognerebbe, in materia, guardare al rapporto in cui stanno diritto e dovere in cui stanno diritto e dovere in diritto pubblico piuttosto che in diritto privato.

In diritto privato, infatti, il dovere soggettivo sussiste solo in ragione di un corrispondente diritto soggettivo che ne costituisce la ragion d'essere. Ora, evidentemente, questo tipo di rapporto giuridico non si riscontra nella patria potestà dove il figlio è incapace e può esercitare il suo diritto solo grazie al genitore che lo rappresenta. Allora, spostando la visuale dal diritto privato al diritto pubblico si trova che una situazione simile al rapporto minore - genitore e quella del rapporto cittadino - Stato. Qui mentre l'interesse del cittadino diventa interesse superiore dello Stato e ragione prima della sua esistenza non sempre a questa situazione corrisponde un diritto del cittadino, ma il dovere sussiste in quanto ne è garantita, comunque, l'osservanza mediante opportuni poteri di controllo. Nel campo pubblico, quindi, il dovere è un dato originario e il diritto soggettivo è un derivato che può anche non sussistere. Sono evidenti le analogie con la della famiglia dove il dovere di curare i figli viene a rappresentare un interesse superiore che deve essere assicurato dai genitori quanto i figli minori non sono in grado di provvedervi.

¹⁶⁸ Cass. 8-6-1950, n. 2444 (Foro it., 1950, I, 1283).

¹⁶⁹ Vedi A. Cicu, *La filiazione*, Torino, U.T.E.T., 1958, pp. 309-310.

Esso è, quindi, ottemperato grazie ad un'insieme di poteri di controllo che non corrispondono all'azione individuale del singolo nel cui interesse il dovere è precostituito. Risulta, così, confermata l'opinione¹⁷⁰ che la patria potestà sia prima di tutto un dovere a cui viene associato, in capo a chi ne è gravato, un potere per meglio soddisfare un interesse superiore. Schema caratteristico questo, appunto, dell'*officium*. Un potere, quindi, che sussiste solo in virtù dell'interesse superiore che si è chiamati a soddisfare e che permane, perciò, solo se chi lo esercita è idoneo; che è legittimo solo se usato in vista di quel fine e che, conseguentemente è discrezionale solo in quanto non cada nell'abuso. Si è ben lontani, dunque, dal diritto privato dove dominano l'autonomia e la libertà del volere individuale, ma non per questo si può dire che l'istituto appartenga al diritto pubblico.

Infatti, anche se è evidente l'intervento dello Stato a garanzia di un corretto esercizio da parte del genitore della sua funzione si è, qui, in presenza, più che di un interesse dello Stato, di un interesse familiare come tale superiore. Quindi, si può considerare la patria potestà non come istituto di diritto, pubblico ma di diritto familiare sottratto all'applicazione dei principi di diritto privato.

La considerazione comune delle norme in materia come disposizioni di ordine pubblico quindi inderogabili dalla volontà privata, può essere considerata come prova di quest'ultima affermazione.

Gli artt. 316 e 317 c.c., spiegano a chi e quando spetti la patria potestà. È da premettere come la formulazione di dette norme non porti in pratica, alcuna sostanziale innovazione rispetto corrispondente normativa del codice civile del 1865 che, al contrario rispetto ai codici preunitari innovava non poco riconoscendo anche alla madre, per la prima volta, il diritto alla pa-

¹⁷⁰ (4) Tra gli altri vedi: A. Cicu, *La filiazione*, cit, pp. 309-310; R. Brunetti, *Patria potestà e tutela nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1970, p. 6; E. Protetti, C. A. Protetti, *op. cit.*, Novara, Ed. Pem, 1974, pp. 5-6.

tria potestà, sia pure con le note limitazioni.

In breve, la prevalente interpretazione dottrinale di questi articoli è che essi attribuiscono ad entrambi i genitori la titolarità della patria potestà, mentre il solo padre ne avrebbe l'esercizio. Alla sua morte e quando egli sia impossibilitato, legalmente o di fatto all'esercizio, questo spetterebbe *ipso iure* alla madre in quanto titolare.

La lettera della legge ("questa potestà e esercitata dal padre") legittimerebbe a pensare che nei confronti della madre la patria potestà, finché il padre possa esercitarla, entri in una specie di quiescenza da cui uscirebbe una volta verificatisi i presupposti previsti dalla legge.

Tuttavia altre considerazioni suggerite dalla legge stessa e da motivi sociali e etici inducono ad una lettura diversa da quella letterale. Anzitutto, la contitolarità della patria potestà anche quando al padre ne è conservato l'esercizio, può determinare il passaggio di determinati poteri alla madre.

Il capoverso dell'art. 327, infatti, stabilisce il passaggio dell'usufrutto legale alla madre quando il padre, che pure continua ad esercitare la patria potestà, ne sia escluso per cause personali; ancora, l'art. 334, secondo comma, dispone limitatamente all'amministrazione dei beni del minore che questa sia affidata alla madre quando il padre ne sia rimosso. Per quanto concerne le osservazioni di carattere non strettamente giuridico basti considerare i doveri legati all'educazione del minore. E' evidente come anche la madre ne sia partecipe (e, specialmente nei confronti del minore in tenera età, il suo ruolo sia anzi preminente), per cui considerare la normativa in questione come disponente responsabilità esclusivamente nei confronti del padre sembra fuori luogo.

Così, sembrerebbe logico supporre che il tribunale chiamato, ex art. 330, a prendere provvedimenti per punire l'abuso del padre esercente la patria potestà possa estendere gli effetti dei medesimi alla madre ugualmente colpevole. Così, la condanna penale, quando è previsto, produrrà decadenza

o sospensione anche nei confronti della madre. Così anche la madre, ex art. 2048 c.c., potrà essere responsabile civilmente per le conseguenze degli atti illeciti compiuti dal figlio; ex art. 323, dovrà considerarsi a lei esteso il divieto di acquisire beni o diritti dei figli; ex art. 2941 n. 2 c.c., dovrà ritenersi equiparata al padre per quanto concerne la sospensione della prescrizione nei confronti dei figli.

Si può considerare non appropriatamente formulato l'art. 316 e, perciò, interpretarlo nel senso che anche la madre eserciti la patria potestà insieme al padre, salvo la prevalenza di costui nei casi controversi e la competenza esclusiva a rappresentare il figlio nei confronti dei terzi.

Ha bene interpretato la legge, quindi, la sentenza con la quale si è deciso che il contratto concluso dalla madre per il figlio minore, durante l'esercizio della patria potestà del padre, è inficiato da nullità relativa ed è suscettibile di ratifica da parte del figlio divenuto maggiorenne¹⁷¹. Lo sfavore con cui si guarda al ruolo della madre viene dimostrato, poi, da altre norme dell'istituto: l'art. 331, che regola il passaggio della patria potestà dal padre alla madre dopo un provvedimento di decadenza nei confronti del primo, prevedendo possibili disposizioni limitative; l'art. 338, che dispone che il padre possa imporre per testamento condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni; l'art. 340, che pone limitazioni per la madre binuba e non per il padre.

Questo atteggiamento negativo nei confronti della madre muta radicalmente solo con la riforma del 1975. La principale innovazione in materia patria potestà è, infatti, la piena del concetto di eguaglianza dei confronti Costituzione applicazione coniugi nei confronti dei figli già sancito dalla, ma non applicato prima dal legislatore né censurato dalla Corte Costituziona-

¹⁷¹ Cass., 12-8-1946, n. 1215, (Foro it. Rep., 1946, voce Patria potestà n. 2).

le¹⁷². A questo proposito, è sufficiente considerare il testo del secondo comma dell'art. 316 riformato ("La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori"). Dall'intero articolo emerge un nuovo modo di risolvere i contrasti tra i coniugi circa i figli minori. Laddove era, sempre e comunque, la volontà del padre a prevalere, dopo la riforma si ricerca il consenso di entrambi i coniugi e dove proprio non si raggiunge un accordo è il giudice a indicare, di volta in volta, quale dei coniugi debba decidere.

Nel secondo comma dell'art. 316 e nell'art. 317 sono regolate in particolare le ipotesi di trasferimento dell'esercizio della patria potestà dal padre alla madre (passaggio dell'esercizio da intendersi nel senso sopra specificato).

I casi previsti sono quelli della morte o di qualsiasi impedimento legale o di fatto. Inutile sembra cercare distinzioni formali, come quella che vedrebbe ricomprese nell'art. 316 gli impedimenti legali e nell'art. 317 gli impedimenti di fatto: le conseguenze rimangono le medesime a prescindere dal fatto che si debba applicare l'uno o l'altro articolo, Uno dei maggiori impedimenti è costituito, evidentemente, dalla lontananza e, infatti, vigente il codice del 1865 più volte la Cassazione ha giustamente visto configurata l'ipotesi di legge in casi di abbandono, emigrazione, lunga e lontana navigazione¹⁷³. Un carattere fondamentale della patria potestà che sembra opportuno, a questo punto, richiamare, è la sua continuità. La patria potestà, per la sua natura di potere - dovere da esercitarsi per tutelare il figlio minore incapace, non ammette interruzione: la stessa Cassazione ha ribadito tale principio¹⁷⁴.

¹⁷² Vedi al proposito quanto si espone nell'Appendice 2.

¹⁷³ Vedi capitolo II, prima parte.

¹⁷⁴ Cass., 10-6-1960, 1960, n.1556 (Giust. Civ., Mass. 1960, 580).

Da questo carattere derivano, diverse conseguenze. Innanzitutto il passaggio *ipso iure* alla madre, dopo la morte del padre. Cosicché, in un caso giurisprudenziale, si è dovuto ribadire che “lo stato di incapacità naturale del genitore superstite, per infermità mentale o altra causa, non può avere, di per sé, rilevanza in contrario, giacché né l’uno né l’altro potere possono essere tolti al genitore stesso se non dopo che, accertato nei modi di legge (ad es., sentenza di interdizione legale) lo stato d’infermità mentale della madre, e, quindi, l’impossibilità di esercizio della patria potestà, si apra la tutela nell’interesse del minore, o gli sia nominato altro legale rappresentante, anche provvisorio (art. 78 c.p.c.). Esclusa questa ipotesi, tale stato del genitore esercente la patria potestà, potrà impedire l’esercizio in concreto dell’azione nell’interesse e nel nome del minore, ma come impedimento di puro fatto e non di diritto, e non vale a sospendere o ad interrompere la prescrizione nei confronti del minore”¹⁷⁵.

Un caso diverso cui applicabile il principio in questione, si presenta ove il genitore affidi ad un terzo il proprio figlio minore (nella specie, tredicenne) per ragioni di lavoro. Qui deve ritenersi che al terzo, indipendentemente dai diritti ed obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro, si trasferisca il potere - dovere, proprio della patria potestà, di educare il minore stesso e di renderlo idoneo alla vita di relazione col mondo esterno.

Questo obbligo, imposto al genitore dal legislatore con la disciplina di ordine pubblico del diritto di famiglia, in quanto si trasferisce dal genitore al terzo con contratto, all’atto di affidamento, determina a carico di quest’ultimo una responsabilità di ordine contrattuale, anche per quanto attiene a fatti del minore, da cui sia derivato pregiudizio della sua incolumità¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cass., 9-10-1964, n. 2557 (Giust. Civ., Mass. 1964, 1196).

¹⁷⁶ Cass., 3-4-1957, n. 1137 (Sett. Cass., 1957, 254).

Il principio della continuità della patria potestà offre lo spunto per un'altra considerazione. È riscontrabile, infatti, un orientamento comune della dottrina a non considerare l'impedimento di carattere momentaneo sufficiente a determinare il passaggio della potestà alla madre. Non sembra da condividere tale orientamento ogniqualvolta si tratti di decisioni, relative ad esempio alla salute del minore, che possono avere carattere d'urgenza e indifferibilità. Al riguardo pare opportuna una decisione della Cassazione di Roma, vigente il codice del 1865, che constatò l'impossibilità di fatto in un caso di assenza momentanea. In un caso particolare l'art. 317 non viene applicato in quanto prevalente l'art. 320, ultimo comma. È il caso del conflitto d'interessi tra figlio e genitori; qui la legge prevede la nomina di un curatore speciale, il che esclude chiaramente il passaggio della patria potestà alla madre. Evidentemente il legislatore del codice del 1942, vista la generale considerazione del ruolo della donna, non poteva non considerare, anche in questo caso, la presunzione di soggezione della moglie al marito che la rendeva inadatta ad assumere la patria potestà in caso di conflitto d'interesse. Conseguentemente, si è deciso dalla Cassazione che la sostituzione di un coniuge al coniuge inabilitato nell'esercizio della patria potestà non può operare quando sorga conflitto di interessi fra genitori e figli. In tal caso è sempre necessaria, ultima parte c.c., di un curatore speciale nei cui confronti deve costituirsi il contraddittorio nel giudizio in cui sorge il conflitto, ed è, pertanto, nullo il giudizio stesso che si sia svolto nei confronti del coniuge rappresentate i minori in sostituzione dell'inabilitato. Nel caso specifico il padre inabilitato aveva convenuto in giudizio la madre in rappresentanza dei figli minori chiedendo declaratoria di nullità di una donazione con la quale erano stati beneficiati i minori medesimi¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Cass., 12-4-1956, n. 1083.

La riforma del 1975, su quest'ultima questione, ha portato una sostanziale novità. Infatti, ora, nell'art. 320, parte finale dell'ultimo comma, si legge: "Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore". Evidentemente, elimina ogni discriminazione tra i coniugi si è pensato che, nel caso di conflitto tra i figli ed un coniuge, l'attribuire all'altro coniuge la decisione del conflitto sia soluzione migliore del presumere un forte disagio nella scelta fra i due contrastanti interessi; posizione, questa, che desta qualche perplessità. Principi e norme differenti devono essere considerati per alcuni particolari casi di passaggio della patria potestà dal padre alla madre in caso di separazione o scioglimento del matrimonio.

È evidente, infatti, che il venir meno della convivenza coniugale impedisce il comune esercizio della patria potestà proprio della normale vita coniugale. In questi casi non bisogna pensare che il padre resti, comunque, investito dell'esercizio della patria potestà, vista la natura di potere-dovere stabilito nell'interesse del minore e esercitato dal padre solo nell'ipotesi normale della convivenza.

In tema di separazione bisogna guardare all'art. 155, comma primo, c.c., secondo il quale "il tribunale che pronuncia la separazione dichiara quale dei coniugi deve tenere presso di sé i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione". Circa l'interpretazione di questa norma si riconoscono in dottrina tre differenti posizioni. Secondo la prima si è, qui, in presenza di una modificazione del normale regime dell'istituto che può giungere anche all'assegnazione alla madre, in sede di separazione, dell'intera patria potestà. La seconda posizione, pur riconoscendo una modificazione del normale regime dell'istituto, ritiene che l'art. 155 possa al massimo limitare la patria potestà paterna per quanto concerne la funzione educativa che passerebbe alla madre affidataria, mentre gli altri elementi della patria potestà resterebbero al padre. Secondo una terza posizione, sia giudi-

ziale che consensuale, non altera il regime della patria potestà. La giurisprudenza si può dire abbia assunto una posizione intermedia. La Cassazione ha, infatti, ritenuto in tema di separazione dei coniugi, con riguardo all'affidamento della prole, irrilevante l'attribuzione al padre dell'esercizio della patria potestà, dovendosi, invece, avere riguardo all'interesse della prole e, quindi, alla maggiore idoneità all'allevamento e educazione della prole¹⁷⁸, "non è dubbio, peraltro, che l'affidamento si rifletta sull'esercizio dei poteri-doveri inerenti alla patria potestà, in quanto chi non ha presso di sé il minore non ne ha la cura e non può direttamente impartirgli l'educazione e l'istruzione, ma può solo esercitare una vigilanza sull'attività dell'altro genitore o del terzo"¹⁷⁹. Tuttavia, si è deciso, anche, che l'esercizio dei poteri inerenti alla patria potestà pur subendo, di fatto, in caso di separazione personale, una limitazione per effetto della cessazione della convivenza di diritto alla madre alla quale il figlio minore sia affidato.¹⁸⁰

Si ritiene di dover condividere le decisioni della Suprema Corte che attribuiscono, in caso di separazione, la patria potestà considerando unicamente l'interesse del minore. Quindi, per l'interpretazione dell'art. 155 sembra preferibile quella che si è illustrata come prima posizione della dottrina, cioè, nel caso di affidamento del minore alla madre, il passaggio automatico, a lei, del pieno esercizio della patria potestà. Basti considerare le difficoltà e le aberrazioni che potrebbero conseguire alla divisione nei genitori delle attribuzioni della patria potestà in una situazione di non convivenza e, probabilmente di reciproca ostilità.

E, in realtà, le preoccupazioni appena espresse sembrerebbero essere state fatte proprie dal legislatore nelle sue riforme.

¹⁷⁸ Cass., 23-5-1955, n. 1525 (Giust. Civ., 1955, I, 1432); Cass., 8-2-1955, n. 353 (Giust. Civ., it., Mass. 1955, 144); cass., 23-7-1962, n. 2047 (Giur. It., Mass. 1962, 731).

¹⁷⁹ Cass., 28-4-1955 (Giust. Civ., 1955, I, 1086).

Innanzitutto, nella disciplina dettata per il caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, bisogna considerare l'art. 11, L. 1-123-1970, n. 898, che stabilisce: "Dopo lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio se il tribunale non ha disposto altrimenti, *ciascun genitore esercita la patria potestà sui figli affidatigli*. Il genitore al quale sono stati affidati i figli ne amministra i beni con l'obbligo di rendere conto annualmente al giudice tutelare e ne ha l'usufrutto fino a quando non passi a nuove nozze. L'altro genitore conserva il diritto di vigilare ed il dovere di collaborare all'educazione e all'istruzione dei figli.". Come si vede la legge attribuisce, qui, a differenza che nella separazione, sia la funzione sostitutiva che quella educativa.

Dopo la riforma del 1975, poi, anche l'art. 155 viene in egual modo adeguato¹⁸¹. Bisogna ritornare, ora, al regime della separazione antecedente la riforma, per ricordare alcune sentenze della Cassazione che hanno, si ritiene esattamente, definito alcuni aspetti procedurali.

Dunque, si sa che l'art. 38 disp. att. ha stabilito la competenza del tribunale dei minorenni per i provvedimenti di cui agli artt. 330-335, 338-340, codice vigente, conservando per gli altri la competenza del tribunale ordinario. Ne deriva la competenza di questo per i provvedimenti di cui all'art. 155.

Ora, visto che i provvedimenti relativi alla prole sono dettati dal tribunale ordinario nel contesto della sentenza di separazione che conclude un procedimento svoltosi nelle forme ordinarie, le eventuali modifiche di tali provvedimenti sono di competenza dello stesso tribunale (art. 710, c.p.c.) trattandosi di innovare al disposto della sentenza pronunciata da quel tribu-

¹⁸⁰ Cass., 28-1-1974, n. 228 (Giur. It., 1974, I, 1, 1028).

¹⁸¹ Art. 155, comma terzo: "*Il coniuge cui sono affidati i figli, salvo diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; ...*"

nale in sede di separazione¹⁸². In generale, invece, sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti che attengono alla patria potestà e all'esercizio di essa (art. 38 disp. att.) (anche in regime di separazione di fatto¹⁸³).

I decreti del tribunale per i minorenni o della corte d'appello in sede di reclamo, in ordine all'affidamento di un minore, non sono impugnabili per Cassazione neppure ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto aventi natura di provvedimenti ordinatori non contenziosi¹⁸⁴. Nel caso in cui siano intervenuti divorzio o annullamento di matrimonio non esistendo la *ratio* dell'applicazione analogica degli artt. 155 c.c., 710 e 711 c.p.c., che stabiliscono la competenza del tribunale ordinario ad emettere i provvedimenti relativi alla prole solo in funzione della dipendenza dalla separazione o dalla modifica del relativo regime, torna applicabile la regola della determinazione di competenza dettata dall'art. 38 disp. att.¹⁸⁵.

Per chiudere il discorso sugli artt. 316 e 317 sembra opportuno far riferimento a due decisioni della Suprema Corte.

Con la prima si è ritenuto che l'esercizio della patria potestà da parte della madre, durante la lontananza del padre, se, da una parte, giustifica la legittimazione attiva della stessa a proporre l'azione di risarcimento in nome dei figli minori, non esclude che, cessata la lontananza del padre, questi, automaticamente, riprenda l'esercizio della patria potestà e quindi possa validamente transigere la lite¹⁸⁶. Per la seconda, il fallimento del genitore non fa, in nessun caso, venir meno né sospendere la patria potestà¹⁸⁷.

¹⁸² Cass., 28-4-1955, n. 1173 (Giust. Civ., 1955, I, 1084)

¹⁸³ Cass., 8-1-1966, n. 140, (Giust. Civ., Mass. 1966, 76); Cass., 30-6-1958, n. 2332 (Giust. Civ. Rep., voce Separazione dei coniugi, n. 144).

¹⁸⁴ Cass., 20-10-1965, n. 2158 (Foro it., 1966, I, 749); Cass., 21-10-1965, n. 2177 (Foro it., 1966, I, 1168).

¹⁸⁵ Cass. 31-8-1953, n. 2923, (Foro it., 1954, I, 330).

¹⁸⁶ Cass., 16-12-1971, n. 3676, (Giust. Civ., Mass. 1971, 1985).

¹⁸⁷ Cass., 9-4-1975, n. 1294 (Mass. Foro it., 1975).

3 - Diritti spettanti ai genitori sulla persona dei figli¹⁸⁸

Con gli artt. 318 e 319 si comincia la disamina dei diritti spettanti a chi esercita la patria potestà.

Gli articoli in questione riguardano, in particolare, i diritti spettanti al genitore come correlativi al dovere di mantenere, educare e istruire la prole. Quindi, il diritto di custodia, ex art. 318, e il diritto di correzione, ex art. 319, vanno visti come attributi, sempre, nell'interesse precipuo del figlio minore, non del genitore, il quale è tenuto ad attivarsi per esercitarli incorrendo, altrimenti, in una delle sanzioni previste dagli artt. 330 e succ.

Sembra opportuno, prima di ogni altra considerazione, un riferimento al codice civile abrogato: nello stesso, le norme corrispondenti agli artt. 318 e 319 del 1942, sono gli artt. 221-223.

Ora la quasi assoluta mancanza di sentenze della Suprema Corte, in argomento, dall'entrata in vigore del nuovo codice dipende dalla gran mole di lavoro svolto dalla stessa sulle questioni nate appunto dall'interpretazione degli artt. 221 - 223 del codice del 1865.

In particolare, bisogna ricordare come le sentenze della Cassazione abbiano, via via, sciolto i nodi presentatisi sul diritto - dovere di educazione, sull'esercizio di diritto di custodia quando l'allontanamento del minore sia

¹⁸⁸ “Il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli ha destinata. Qualora se ne allontani senza permesso, il padre può richiamarlo, ricorrendo, se è necessario, al giudice tutelare”. art. 318 c.c.

“Il padre che non riesce a frenare la cattiva condotta del figlio, può, salva l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali, collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale.

L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente. Il presidente del tribunale, assunte informazioni, provvede con decreto senza formalità di atti e senza dichiarare i motivi.

Contro il decreto del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della corte di appello, il quale provvede sentito il pubblico ministero”. art. 319 c.c.

indotto da terzi, su ricorso alla forza pubblica per l'esercizio del diritto di custodia e su numerosi aspetti procedurali¹⁸⁹.

Detto questo, sembra utile qualche considerazione sui mutamenti avvenuti, in poco più di un secolo, nella lettera e nell'interpretazione di questi diritti, a cominciare da quello di custodia.

Dal confronto tra l'art. 318 del codice 1942 e l'art. 221 del codice 1865 risulta una disciplina molto simile nella sostanza. Nella vecchia normativa era prevista per sottrarsi al diritto di custodia l'eccezione del volontario arruolamento del minore nell'esercito nazionale. Ma tale eccezione era, in realtà, superata dal testo unico nel reclutamento e dai suoi successivi aggiornamenti e, appunto perché a questo, in effetti, bisognava far riferimento¹⁹⁰, essa non è stata riprodotta nella normativa del nuovo codice.

Si è detto come il genitore esercente la patria potestà sia tenuto ad esercitare questi diritti a vantaggio del minore, se non vuole incorrere nella decadenza o in altra sanzione.

Sono, però, previste delle eccezioni. Eccezioni da tutti riconosciute che giustificano al lontananza del figlio sono l'accertamento, da parte del giudice, dell'inosservanza degli obblighi inerenti la patria potestà (art. 570 cod. pen.), dell'abuso di mezzi di correzione di disciplina (art. 571 cod. pen.), dei maltrattamenti in famiglia (art. 572 cod. pen.). In generale, si può considerare sussistente l'eccezione quando ricorre la *ratio* che vuole la prevalenza dell'interesse del minore su quello del genitore.

L'unica sentenza della Cassazione che si registra, vigente il nuovo codice, su questi diritti - dovere riguarda l'esecuzione del decreto con cui il giudice tutelare autorizza il genitore a porre in esecuzione l'ordine di ritorno con l'ausilio della forza pubblica. Si discuteva, in particolare, circa la più conveniente modalità di esecuzione del provvedimento: si è deciso per

¹⁸⁹ Vedi capitolo II, prima parte.

l'esecuzione a mezzo dell'ufficiale giudiziario con l'ausilio, ove occorra, della forza pubblica¹⁹¹.

Considerando, ora, il diritto di correzione la prima osservazione riguarda un sostanziale miglioramento apportato con la nuova normativa. Nell'art. 319, infatti, non viene riprodotto il diritto di allontanamento dalla famiglia del minore traviato che, se portava giovamento alla famiglia interessata, peggiorava di certo la situazione del singolo e della società nel suo insieme.

Tuttavia, le più rilevanti discussioni riguardano i presupposti per l'applicazione del diritto e i modi in cui questo si concreta. Nel codice abrogato, infatti, si parlava di "traviamenti" del figlio nel codice del 1942 di "cattiva condotta". Questo mutamento è stato introdotto perché la "cattiva condotta" doveva rappresentare un *minus* rispetto al "traviamento" previsto dell'art. 25, R.D.L. 20-7-1934, n. 1404, nell'istituzione ed il funzionamento del tribunale per i minorenni. Ciò è confermato e dalla diversità dei provvedimenti, più gravi nel caso di traviamento, e, anche, di interesse sottostante: per la cattiva condotta l'interesse privato, per il traviamento quello pubblico.

Un cambiamento radicale è stato introdotto dalla modifica che la L. 25-7-1956, n. 888, ha apportato all'art. 25, R.D.L. 1404/34. dove il testo abrogato parlava di "manifeste prove di traviamento", ora si parla di "manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere", formula che, praticamente, corrisponde alla "cattiva condotta" dell'art. 319.

Restano tra le due norme rilevanti differenze: di procedimento (tra l'altro, per la legge speciale decide il tribunale in camera di consiglio, per il codice il presidente del tribunale), di età (la legge speciale pone il limite dei 18 anni, contro i 21 del codice), ma, soprattutto, per quanto riguarda il potere di proporre la domanda (nel codice riconosciuto al solo genitore esercente la patria potestà, dove l'autorizzazione dello Stato ha meno valore di controllo,

¹⁹⁰ Vedi capitolo I, prima parte.

nella legge speciale invece, la domanda può essere proposta da diversi soggetti, tra cui il pubblico ministero, per cui lo Stato può sostanzialmente sostituirsi al genitore).

Peraltro, il punto forse più interessante è il capovolgimento del rapporto tra la gravità dei provvedimenti previsti nel codice e quelli previsti dalla legge speciale. Infatti, in quest'ultima, dopo la riforma si approfondiscono gli aspetti psicologici e sociologici della "cattiva condotta" del minore e per la sua rieducazione vengono previste più alternative, meno gravi rispetto al collocamento in un "istituto di correzione", rimedio unico suggerito dall'art. 319, come l'affidamento del minore al servizio sociale minorile o il collocamento in una casa di rieducazione o in un istituto medico - psico - pedagogico.

Sembra chiaro che dopo la riforma, introdotta dalla L. 888/56, era alla legge speciale che bisognava soprattutto guardare, e nei confronti di questa l'art. 319 rischiava di apparire una norma antiquata e punitiva.

Il legislatore, in effetti, ha tenuto conto di tale stato di fatto. Così l'art. 319 è stato abrogato dall'art. 142 della L. 19-5-1975, n. 151, sulla riforma del diritto di famiglia. Questa norma non fa che sancire un cambiamento già in atto nella prassi quotidiana. In sostanza, i genitori, non più solo il padre come stabiliva l'art. 319, potranno, come prima, ricorrere al tribunale per i minorenni per ottenere il collocamento del minore in un istituto, che non si chiamerà più di correzione, ma istituto medico psicopedagogico, secondo la terminologia adottata dalla L. 888/56.

¹⁹¹ Cass., 1-12-1966, n. 2823 (Foro it., 1967, I, 273).

4 - Diritti spettanti ai genitori sul patrimonio dei figli

a - Diritto di rappresentanza e amministrazione

A - 1) Diritto di rappresentanza e amministrazione¹⁹². Questioni generali e preliminari.

a - Durata ed efficacia degli atti compiuti dal rappresentante legale

In dottrina è stato prospettato il problema se l'efficacia degli atti compiuti dai rappresentanti legali di minori possa andare oltre il raggiungimento della maggiore età o se debba essere contenuta entro tale limite. Da una parte della dottrina¹⁹³ si è affermato che derivando l'incapacità dalla minore età non sarebbe giustificato vincolare il soggetto oltre il momento in cui consegue la capacità di agire, estendendo gli effetti degli atti, per lui compiuti dal rappresentante, al di là di quell'istante.

Sembra più congruo l'opinione maggioritaria che reputa inopportuno considerare la maggiore età del figlio come limite all'efficacia posti in essere

¹⁹² “Il padre rappresenta i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministra i beni. Egli tuttavia non può alienare, ipotecare, dare in pegno i beni del figlio, rinunciare ad eredità, accettare donazioni o legati soggetti a pesi e condizioni, chiedere divisioni, contrarre in nome di lui mutui, locazioni oltre il novennio o compiere altri atti eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione, né transigere o promuovere giudizi relativi a tali dati, se non per necessità o utilità evidente del figlio stesso e dopo autorizzazione del giudice tutelare.

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

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

Se sorge conflitto d'interessi tra figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi e il padre, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale “. art. 320, cod. civ. 1942.

¹⁹³ A. C. Pelosi, *Patria potestà*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 195 e succ.

dal rappresentante legale. Ad esempio si possono prendere in considerazione certi atti che nella loro efficacia sembrano esaurirsi nello stesso momento in cui sono posti in atto, come la vendita di un bene immobile determinato. In realtà, essi determinano la modificazione definitiva della situazione giuridica del minore che il rappresentato non potrà modificare per il solo fatto del raggiungimento della maggiore età¹⁹⁴.

La Cassazione, sulla stessa linea della dottrina prevalente, ha deciso che gli atti compiuti dalla madre, alla quale spetti la patria potestà, in rappresentanza del figlio, appartengono sostanzialmente e formalmente a quest'ultimo, salvo valida impugnativa, sia prima che dopo il raggiungimento della maggiore età¹⁹⁵.

Lo stesso orientamento era emerso nelle pronunce rese, vigente il codice civile del 1865¹⁹⁶.

b - Mandato a terzi

Il padre può affidare ad altri, anche con mandato generale, l'amministrazione dei beni del minore. Il terzo, nell'ambito di tale mandato, può anche rappresentare in giudizio gli interessi del minore¹⁹⁷.

c - Una questione procedurale

Nel caso di giudizio promosso dal padre sia in proprio nome che in rappresentanza del figlio minore tale duplice veste si deve intendere conservata anche in fase di gravame nonostante la mancata specificazione, nella

¹⁹⁴ Vedi L. Ferri, *Della potestà dei genitori*, cit., 1988, pp. 67 – 69.

¹⁹⁵ Cass., 13-7-1968, n. 2490 (Giust. civ., Mass. 1968, 1291).

¹⁹⁶ Vedi nota 78, capitolo II, prima parte.

¹⁹⁷ Cass., 10-7-1945, n. 537 (Foro it., Rep. 1943-45, Voce Minore, n. 4); Cass., 12-5-1950, n. 1215; Cass. 30-7-1953, n. 2620 (Foro it., Mass., 1953, 496); Cass., 8-9-1960, n. 2442 (Giust. civ., 1960, 917).

parte introduttiva dell'atto di appello, di tale duplice veste con formule sacramentali¹⁹⁸.

d - Prescrizione e decadenza

La prescrizione opera anche a danno del minore. L'art. 2941 n. 2, c.c. stabilendo che la prescrizione rimane sospesa tra chi esercita la potestà e le persone che vi sono sottoposte, lascia chiaramente intendere, per esclusione, che non vi è sospensione alcuna se il rapporto corre fra il minore e le persone diverse dal rappresentante legale. Solo se il minore sia privo di rappresentante legale, per il tempo che ne è privo e per i sei mesi successivi alla nomina del medesimo, la prescrizione resta sospesa (art. 2942 n. 1 c.c.).

Perciò, se v'è il rappresentante legale la prescrizione opera nei confronti del minore, anche se tale rappresentante sia di fatto incapace di intendere o di volere¹⁹⁹.

Anche la decadenza opera nei confronti dei minori, con la particolarità che qui, per di più, non sono efficaci le cause di sospensione e di interruzione (art. 2964 c.c.). Perciò, ad esempio, un decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di cosa giudicata anche nei confronti del minore²⁰⁰.

e - Confronto tra rappresentanza legale e rappresentanza volontaria

È opportuno distinguere la rappresentanza legale da quella volontaria. La giurisprudenza ha precisato che la disposizione contenuta nell'art. 1388 c.c., secondo la quale il rappresentante vincola il rappresentato nei limiti delle facoltà espressamente conferitegli - per cui è indispensabile la spendita del nome del rappresentato - è applicabile alla rappresentanza volontaria, in ordine alla quale il legislatore vuole che l'indagine di fatto sia limitata alla sus-

¹⁹⁸ Cass., 20-4-1963, n. 973 (Giust. civ., 1963, I, 2443).

¹⁹⁹ Cass., 9-10-1964, n. 2557 (Foro it., 1964, I, 2093).

²⁰⁰ Cass., 7-10-1967, n. 2326 (Giust. civ., 1968, I, 58).

sistenza o meno della volontaria spendita del nome del rappresentato, ma non può, invece, applicarsi alla rappresentanza legale (nella specie: di un minore), in cui “i poteri del rappresentante sono stabiliti direttamente dalla legge ed il titolo per il quale il rappresentante spende e deve spendere il nome del rappresentato sta nella legge stessa, onde appare inutile la spendita espressa del nome del rappresentato; è, cioè, sufficiente che si sappia che chi agisce è rappresentante legale dell’incapace e basta che egli intenda, anche tacitamente, ma inequivocabilmente, agire per il rappresentato”²⁰¹.

La rappresentanza importa che gli atti compiuti dal genitore hanno piena efficacia per il figlio, sempre che siano debitamente autorizzati. Poiché fonte del potere rappresentativo è la legge e non la volontà dei rappresentati non è configurabile un conflitto tra la volontà del rappresentante e quella del rappresentato. Quindi il minore risponde verso i terzi per il dolo e per la colpa del suo rappresentante legale, salva naturalmente la sua azione di risarcimento nei confronti di questo²⁰².

Gli artt. 1390 e 1391 c.c., invece, si applicano anche nel caso di rappresentanza legale. Nei contratti conclusi da un rappresentante, per i vizi della volontà che rendono annullabile il negozio rappresentativo occorre far capo agli stati soggettivi del rappresentante.

Pertanto, quando il rappresentato è minore il decorso dei termini di prescrizione dell’azione di annullamento non ha inizio dal momento del raggiungimento della maggiore età ma da quello eventualmente anteriore della scoperta del dolo o dell’errore, ovvero della cessazione della violenza²⁰³.

²⁰¹ Cass., 10-10-1962, n. 2897 (Foro it., Mass. 1962, 818).

²⁰² Cass., 28-11-1941, n. 2881 (Foro it., Rep. 1941, voce Minore, nn. 6-9-); Cass., 13-7-1942, n. 2003 (Foro it., Rep. 1942, voce Minore, nn. 4 -5).

²⁰³ Cass., 20-2-1965, n. 480.

f - Rappresentanza legale e gestione d'affari altrui

La gestione d'affari altrui non si fonda sull'esistenza di una volontà presunta. La possibilità giuridica della gestione d'affari altrui non è esclusa per principio nei confronti della persone giuridiche e di quelle incapaci d'agire. Tuttavia essa non è ammissibile quando l'agente abbia ricevuto mandato dal rappresentante dell'incapace o sia chiamato per legge a rappresentare l'incapace stesso. Non è pertanto configurabile utile questione tra il genitore esercente la patria potestà e il minore. L'atto compiuto dal rappresentante è valido se conforme alla legge; Se sia stato compiuto oltre i limiti della rappresentanza, o senza le formalità prescritte, l'atto non impegna il rappresentato, né come atto di rappresentanza né come atto di gestione²⁰⁴. Nello stesso senso si era espressa la Suprema Corte vigente il codice del 1865²⁰⁵.

g - Atti di disposizione a titolo gratuito

Esistono atti rispetto ai quali si può dire che il minore difetta non solo di capacità d'agire, ma della stessa capacità giuridica di risentirne gli effetti. Sono gli atti di disposizione a titolo gratuito. Essi, in quanto contrastanti col fine della conservazione del patrimonio e privi del requisito della necessità od utilità evidente per il minore, non possono, per lo più, essere autorizzati.

Si può, tuttavia, ammettere l'autorizzazione quando si tratti di atto remuneratorio; inoltre, si potrà compiere l'atto, senza autorizzazione, quando questo rientri nelle liberalità d'uso, di modica entità, che costituendo un onere normale del patrimonio possono essere considerati atti di ordinaria amministrazione.

²⁰⁴ Cass., 15-1-1940, n. 162.

²⁰⁵ Vedi nota 38, pp. 32-33, capitolo II, prima parte.

Si prenda ad esempio la donazione. Secondo l'art. 777 c.c., il padre non può fare donazioni per la persona incapace da lui rappresentata. Ciò perché il minore non ha l'attitudine ad assumere la veste di donante.

Tale circostanza comporta notevoli conseguenze. Infatti la donazione compiuta dal genitore in rappresentanza del figlio non sarà semplicemente annullabile, ai sensi dell'art. 322 c.c., per violazione delle norme concernenti la rappresentanza legale, ma nulla o inesistente per l'incapacità giuridica del minore a divenire donante. Per analoghe considerazioni si è ritenuto che un'accettazione pura e semplice di eredità compiuta nell'interesse di un minore non spieghi alcun effetto²⁰⁶. Infatti al minore manca la capacità giuridica di assumere la veste di erede puro e semplice (art. 471 c.c.). Poiché l'accettazione tacita di eredità non può essere che pura e semplice anche tale tipo di accettazione, se compiuta dal rappresentante legale, non vale ad attribuire al minore rappresentato la qualità di erede. Pertanto, se la legittimazione a stare in giudizio è fondata su tale qualità il difetto di legittimazione del minore stesso può essere eccepito dalla parti e rilevato d'ufficio dal giudice²⁰⁷.

In definitiva, il potere di rappresentanza non comprende la facoltà di compiere atti di disposizione a titolo gratuito e tale mancanza di potere del rappresentante non può essere nemmeno superata dall'autorizzazione dell'autorità giudiziaria²⁰⁸.

Sempre nel contesto dell'indisponibilità per il rappresentante di alcuni diritti del rappresentato, si è ritenuto che la confessione resa dal genitore che esercita la potestà, in ordine a fatti relativi al diritto di proprietà di un immobile del minore, sia inefficace. Ciò poiché il rappresentante legale non avrebbe la

²⁰⁶ Cass., 23-4-1966, n. 1051 (Foro it., 1967, I, 83).

²⁰⁷ Cass., 25-5-1960, (Mass. Foro it., 1960, 1960, n. 1361).

²⁰⁸ Cass., 17-7-1940, n. 2421, (Foro it., 1966, Rep. 1940, voce Patria potestà, nn. 16-20).

capacità di disporre del diritto, che verrebbe pregiudicato dalla confessione (art. 2731 c.c.)²⁰⁹.

h - Sanatoria dell'iniziale difetto di capacità processuale

Sembrano opportune, a chiarimento della questione, le parole della stessa Cassazione: “ il difetto iniziale di capacità processuale, inerente alla minore età di una delle parti, può sempre essere sanato con effetto retroattivo ed in qualsiasi stadio del giudizio mediante manifestazioni di volontà del soggetto interessato non più incapace per la raggiunta maggiore età nelle more del giudizio, manifestazione che, conseguendo la finalità strumentale del processo, implica e comporta la regolarizzazione del contraddittorio”²¹⁰.

Analogamente, il minore, convenuto personalmente e non in persona del suo legale rappresentante, se diviene maggiorenne nelle more del giudizio e si difende nel merito senza opporre eccezione, sana, anche in questo caso e sempre con effetto retroattivo, la iniziale nullità del procedimento²¹¹.

i - Rappresentanza e conseguenze della cessazione della patria potestà per maggiore età del figlio

La funzione della rappresentanza cessa quando il figlio raggiunge la maggiore età. Pertanto, se il padre ha posseduto cose o diritti spettanti al minore, egli perde tale possesso²¹².

La cessazione della rappresentanza legale per il compimento della maggiore età del minore non opera automaticamente come causa di interr-

²⁰⁹ Cass., 15-7-1966 (Mass. Foro it., 1966, n. 1905).

²¹⁰ Cass., 8-9-1960, n. 2442 (Giur. It., 1962, I, 1, 49). Nello stesso senso: Cass., 6-5-1957, n. 1527 (Giust. civ., Rep. 1957, voce Procedimento civile, n. 47); Cass., 31-1-1955, n. 259 Giust. civ., Mass. 1955, 88); Cass., 8-7-1953, n. 2171 (Giust. civ., 1953, 2413).

²¹¹ Cass., 29-7-1963 (Foro it., 1964, I 346); cass., 10-10-1970 (Mass., Foro it., 1970, n. 1911).

²¹² Cass., 15-6-1943 (Foro it., Rep. 1943-45, voce Minore età, n. 2).

zione del processo, ma solo quando sia espressamente fatta valere dalla parte (già) incapace.

Di conseguenza il procedimento continua il suo corso nei confronti del rappresentante costituirsi in giudizio, che conserva i relativi poteri processuali come se il mutamento non fosse avvenuto²¹³.

Non potrebbe, invece, il genitore proporre impugnazione nell'interesse del figlio divenuto maggiorenne nelle more del processo²¹⁴.

A - 2) Diritto di rappresentanza e amministrazione. Analisi delle questioni derivanti dall'interpretazione dei singoli commi

a - Nascituri non concepiti

Il problema in questione nasce dalla formulazione dell'art. 320, primo comma, e del corrispondente art. 224, primo comma, del codice civile abrogato, i quali parlano di rappresentanza e amministrazione dei beni dei "figli nati e nascituri", senza specificare se fra i "nascituri" siano ricompresi anche i non ancora concepiti.

Sembra da condividersi l'opinione di chi²¹⁵ riteneva, vigente il codice civile del 1865, dovesse ritenersi esclusa, ai sensi dell'art. 860, per il genitore, l'amministrazione dei beni lasciati al non concepito che andava, invece, a coloro cui spettavano i beni in caso di mancanza del nascituro. Da questa considerazione non poteva però dedursi che l'art. 224 escludesse i

²¹³ Cass., 5-8-1961 (Mass. Foro it., 1961, n. 1908); Cass., 15-5-1962 (Mass. Foro it., 1962, n. 1039); Cass., 15-4-1971 (Mass. Foro it., 1971, n. 984); Cass., 16-10-1969 (Mass. Foro it., 1969, n. 3352); Cass., 3-12-1969 (Mass. Foro it., 1969, n. 3861); Cass. 24-2-1966, n. 574 (Giust. civ. Mass., 1966, 325) Cass., 28-2-1964, n. 461 (Giust. civ., 1965, I, 397); Cass., 7-8-1963, n. 2220 (Giust. civ., Mass. 1963, 1040); Cass., 26-1-1963, n. 120 (Giur. it., 1963, I, 1, 1130).

²¹⁴ Cass., 21-9-1966 (Mass. Foro it., 1966, n. 2362).

²¹⁵ Antonio Cicu, *La filiazione*, Torino, U.T.E. T., 1958, pp. 320 – 322.

non concepiti. Questo perché la legge ammetteva l'efficacia del lascito a favore del non concepito, e la tutela del suo interesse non poteva esser lasciata in balia dell'amministratore designato dagli artt. 858-859, in conflitto di interessi col nascituro.

Il nuovo codice poi, con l'art. 643 che ha sostituito il vecchio 860, ha risolto il problema della tutela dell'interesse del nascituro attribuendo la rappresentanza al genitore per la tutela dei diritti successori del nascituro, pur ribadendo, in tema di amministrazione il principio espresso nell'art. 860.

Nello stesso senso, la sentenza della Suprema Corte, in data 8 settembre 1952²¹⁶, con cui si è affermato il principio che il padre, in seguito ad autorizzazione del magistrato, può alienare i beni donati ai suoi figli nascituri non concepiti, dei quali egli è il rappresentante legale “.

Tanto per il nuovo (art. 320), quanto per il vecchio codice civile (art. 224), il padre rappresenta i figli “nati e nascituri” in tutti gli atti civili e ne amministra i beni; unica eccezione, per il cod. 1865, quella contenuta nell'art. 860 (art. 643 cod. vig.), il quale prescriveva per il caso di istituzione di erede a favore dei figli non concepiti, la nomina di un amministratore all'eredità.

La tesi opposta è fondata su due soli argomenti, entrambi inaccettabili. L'uno, di carattere strettamente letterale, pone in rilievo che l'art. 224 cod. civ. 1865 (e così anche l'art. 320 cod. vig.) parla soltanto del potere del padre di rappresentare i figli “nascituri”, ma non pure i figli “non concepiti”; l'altro considera la norma di cui al citato art. 860 stesso codice (nomina di un amministratore del patrimonio ereditario dei concepturi) come un'applicazione particolare di un principio di valore generale.

La giurisprudenza richiamata a sostegno del secondo argomento, se bene esaminata, rivela un orientamento del tutto contrario, poiché essa pone

²¹⁶ (Foro it., 1953, I, 298).

in chiaro che la norma generale è quella di cui all'art. 224, secondo cui il genitore rappresenta tutti i figli nati, concepiti o no, e ne amministra i beni, mentre la disposizione di cui al successivo art. 860 rappresenta una eccezione limitata al campo delle disposizioni a titolo universale, come tale non estensibile ad altre ipotesi, neppure a quella del legato.

Non è poi il caso di soffermarsi a confutare le preoccupazioni di carattere dogmatico che farebbero dubitare dell'ammissibilità della rappresentanza rispetto ad un futuro soggetto di diritti, che non è ancora neppure una *spes hominis*, poiché tali preoccupazioni dovrebbero valere così per il padre del nascituro non concepito, come per qualsiasi altro amministratore del medesimo.”.

b - Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione

b - 1) Considerazioni generali

Nel secondo comma dell'articolo in esame si trova un elenco di atti per i quali è richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare. Non si tratta di un elenco esaustivo, ma semplicemente esemplificativo, infatti si aggiunge che l'autorizzazione è richiesta anche per gli “altri atti eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione”.

Ora, secondo una dottrina tradizionale ma tuttora dominante, sono da considerarsi atti eccedenti l'ordinaria amministrazione quelli che limitano, diminuiscono o intaccano il patrimonio. Rientrano pertanto nell'altra categoria gli atti diretti alla conservazione del patrimonio e al suo miglioramento.

La giurisprudenza appare sostanzialmente concorde. Secondo una prima sentenza sono da considerarsi d'ordinaria amministrazione gli atti contenuti nell'ambito della disponibilità e del regolamento delle rendite sen-

za incidere sul patrimonio per via di modificazioni o di assunzioni di garanzie²¹⁷.

Una seconda pronuncia ha stabilito che la distinzione tra negozi o atti, anche non negoziali, di ordinaria amministrazione e negozi o atti di straordinaria amministrazione non risponde ad un criterio giuridico ma al criterio economico della maggiore o minore importanza patrimoniale degli atti medesimi. Pertanto, perché un atto ecceda l'ordinaria amministrazione è necessario che esso incida essenzialmente e notevolmente sul patrimonio dell'amministrato, sì da alterarne o modificarne la struttura e la consistenza²¹⁸.

Si può, quindi, sostenere che la giurisprudenza pone, essa pure, l'accento sulla funzione dell'atto (e non quindi sulla sua struttura) quando afferma che sono di straordinaria amministrazione gli atti i cui effetti incidono sul patrimonio del minore "per via di modificazioni o trasferimenti idonei ad alterarne la consistenza, con perdita o diminuzione di esso."²¹⁹

Tale distinzione, importando un apprezzamento di fatto, è devoluta in via esclusiva al giudice di merito e si sottrae al sindacato della Cassazione²²⁰.

Sembra utile sottolineare come, a proposito della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, lo stesso criterio adottato per la classificazione degli atti di diritto sostanziale viene poi trasportato nel campo

²¹⁷ Cass., 18-6-1953, n. 1843 (Foro it., Rep. 1953, voce Minore età, nn. 4-5).

²¹⁸ Cass. 17-6-1958, n. 2082.

²¹⁹ Cass., 9-10-1962 (Mass. Foro it., 1962, n. 2893). Nello stesso senso: Cass., 8-9-1960, n. 2442 (Giur. it., 1962, I, 1, 49); Cass., 16-2-1966 (Mass. Foro it., 1966, n. 484); Cass., 10-8-1966 (Mass. Foro it., 1966, 2173); Cass., 7-6-1968 (Mass. Foro it., 1968, n. 1741).

²²⁰ Cass., 6-5-1954, n. 1407 (Giur. it., 1954, I, 1, 582); Cass., 11-10-1954, n. 3582 (Giust. civ., 1954, 2357); Cass., 19-1-1956, n. 139 (Giust. civ., Rep. 1956, voce Patria potestà, n. 17); Cass., 13-10-1956, n. 3575, (Monit. trib., 1957, 441); Cass., 11-7-1957, n. 44 (Giust. civ., Rep. 1957, voce Patria potestà, n. 14; Cass., 18-5-

delle azioni in giudizio.

Secondo la sentenza della Suprema Corte in data 23 ottobre 1959, n. 3065²²¹:
“Il carattere di atto di ordinaria o straordinaria amministrazione da riconoscersi all’esercizio di un’azione giudiziaria trova relazione con la natura del rapporto giuridico in ordine al quale verte la lite”.

b - 2) Casistica degli atti di ordinaria amministrazione

Per meglio chiarire la distinzione appena espressa in termini generali pare opportuno riportare una serie di casi pratici in cui essa è stata applicata dalla giurisprudenza.

Sono stati ritenuti atti di ordinaria amministrazione: la partecipazione ad un’assemblea condominiale avente per oggetto atti che non alterano il patrimonio del minore²²²; l’atto con il quale il sequestratario, amministratore di un’azienda, provveda alla determinazione delle retribuzioni dovute al personale dipendente²²³; l’azione di rivendicazione²²⁴; in generale le azioni relative al recupero di somme e alla reintegrazione del patrimonio²²⁵; l’azione surrogatoria²²⁶; la trascrizione di un acquisto fatto dal *de cuius* rientra fra gli atti conservativi, consentiti dalla norma dell’art. 460 c.c. al chiamato, anche prima dell’ac-cettazione, e quindi il rappresentante legale dei minori è legittimato, senza bisogno di alcuna autorizzazione, ad esperire una azione tendente ad ottenere detta trascrizione in base all’accertamento dell’acquisto²²⁷; il legale rappresentante del minore erede di un socio di una società di perso-

1957, n. 1809 (Giust. civ., Rep. 1957, voce Patria potestà, n. 12); Cass., 21-5-1957, n. 1840 (Riv. giur. circol. trasp., 1957, 916).

²²¹ (Giust. civ., Rep. 1959, voce Patria potestà, n. 8).

²²² Cass., 13-1-1965, n. 66 (Giust. civ., 1965, I, 798).

²²³ Cass., 11-10-1954, n. 3582 (Giust. civ., 1954, 2357).

²²⁴ Cass., 7-6-1968, (Mass. Foro it., 1968, n. 1741).

²²⁵ Cass., 23-5-1969 (Mass. Foro it., 1969, n. 1812).

²²⁶ Cass., 16-2-1966 (Mass. Foro it., 1966, n. 484).

²²⁷ Cass., 18-6-1975, n. 2432 (Giust. civ., Mass. 1975, 1134).

ne non ha bisogno dell'autorizzazione del giudice tutelare per promuovere l'azione diretta alla liquidazione della quota del socio defunto, in quanto tale liquidazione, essendo imposta dalla legge in mancanza di una diversa disposizione del contratto sociale o di una deliberazione all'unanimità dei soci superstiti, non comporta l'esercizio di una facoltà di scelta, ma si traduce in un atto di esecuzione di un precetto di legge diretto, come tale, alla conservazione del patrimonio del minore²²⁸; l'azione per conseguire da un minore da un fatto illecito²²⁹: qui, l'autorizzazione del giudice tutelare sarà invece necessaria successivamente allorché, riconosciuto il diritto al risarcimento, occorrerà provvedere alla riscossione della somma, alla sua destinazione e al suo investimento²³⁰; l'opposizione a pignoramento, poiché, in tal caso, l'attività è volta alla conservazione del patrimonio del minore²³¹; la proposizione di una domanda di accertamento della nullità di una donazione effettuata da un dante causa del minore²³²; le azioni di rivendica e di *negatoria servitutis*²³³; l'impugnazione, per simulazione del contratto di compravendita, allo scopo di rivendicare al patrimonio del rappresentato l'immobile trasferito²³⁴; l'opposizione a decreto ingiunzionale²³⁵; la domanda intesa ad ot-

²²⁸ Cass., 14-3-1968, n. 814 (Giust. civ., Mass., 1968, 406).

²²⁹ Cass., 8-10-1960, n. 2620 (Resp. Civ., 1961, 179); Cass., 13-10-1960, n. 2708 (Foro it., Rep. 1960, voce Minore età, n. 8); Cass., 5-8-1961, n. 1908 (Foro it., Rep. 1961, voce Minore età, n. 12).

²³⁰ Cass., 8-9-1960, n. 2442 (Giur. it., 1962, I, 1, 49). Nello stesso senso: Cass., 29-10-1960, n. 2939 (Giust. civ., Mass. 1960, 1137); Cass., 30-3-1968, n. 1008 (Giust. civ., Mass. 1968, 510); Cass., 19-4-1974, n. 1079 (Arch. resp. civ., 1974, 914); Cass., 6-2-1954, n. 30 (Giur. it., 1956, I, 1, 189); Cass., 21-5-1957, n. 1840 (Riv. circol. trasp., 1957, 916); Cass., 10-6-1958, n. 1902 (Giust. civ., Rep. 1958, voce Patria potestà, n. 19); Cass., 1-10-1958, n. 3217 (Giust. civ., Rep. 1958, voce Patria potestà, n. 18); Cass., 11-10-1958, n. 3219 (Foro it., 1958, I, 1626).

²³¹ Cass., 4-10-1962, n. 2812 (Foro it., 1963, I, 48).

²³² Cass., 20-7-1966, n. 1954 (Giust. civ., Mass. 1956, 1109); Cass., 21-2-1969, n. 592 (Giust. civ., Mass. 1969, 307).

²³³ Cass., 29-5-1974, n. 1546 (Giust. civ., Mass. 1974, 700); Cass., 24-11-1956, n. 4299 (Giust. civ., Rep. 1956, voce Patria potestà, n. 7).

²³⁴ Cass., 16-3-1959, n. 769 (Giust. civ., Mass. 1959, 262).

tenere gli alimenti per conto del figlio²³⁶; la domanda svolta per la condanna del debitore del figlio al pagamento della somma dovuta²³⁷; l'azione per chiedere l'esecuzione di una promessa di vendita a favore del dante causa dei minori²³⁸; lo sfratto di un inquilino che lascia inalterato il patrimonio del minore²³⁹; l'accettazione di eredità devolute ai figli, diritto che permane nel padre anche quando il testatore abbia nominato, ai sensi dell'art. 356 c.c., un curatore speciale ai minori²⁴⁰.

b - 3) L'atto ricognitivo di debito

L'atto ricognitivo di debito è di ordinaria o straordinaria amministrazione a seconda della natura del debito riconosciuto. Questo principio è stato affermato dalla Corte Suprema con la sentenza in data 7-3-1955, n. 782²⁴¹,

²³⁵ Si riportano, al riguardo, le parole della Suprema Corte: "L'art 320 c.c., richiamato dal resistente, prescrive che il padre (o la madre che esercita la patria potestà dopo la morte del padre: art. 316, c.c.) non può, fra l'altro, promuovere giudizi relativi ad atti che eccedano l'ordinaria amministrazione, nell'interesse del figlio minore, senza l'autorizzazione del giudice tutelare.

L'espressione promuovere giudizi riguarda l'ipotesi che il padre intenda rendersi attore in giudizio così che l'autorizzazione non è necessaria quando egli intenda resistere alle azioni giudiziarie da altri proposte contro il figlio.

Tal'è, come si è chiarito considerando la natura della opposizione al decreto ingiunzionale e la opposizione che in essa assume l'opponente, l'ipotesi che ricorre nella specie. L'eccezione appare, pertanto, infondata dovendosi ritenere che il padre o la madre che eserciti la patria potestà, possano nell'interesse del figlio minore, proporre opposizione al decreto ingiunzionale e proseguire nella opposizione stessa in tutti i gradi del giudizio senza richiedere l'autorizzazione al giudice tutelare". Cass., 16-8-1955, n. 2540, (Giust. civ., 1956, 938).

²³⁶ Cass., 3-8-1942, n. 2405 (Foro it., Rep. 1942, voce Minore età, n. 3).

²³⁷ Cass., 31-7-1954, n. 2821 (Giust. civ., 1954, 1890).

²³⁸ Cass., 3-12-1952, n. 3109 (Foro it., 1952, voce Minore età, n. 19).

²³⁹ Cass., 12-7-1950, n. 1847.

²⁴⁰ Cass., 25-5-1960, n. 1358 (Giust. civ., 1960, I, 1314). Riguardo l'accettazione di eredità, è da notare come il legislatore della riforma del '75 abbia inserito questo tra gli atti che richiedono l'autorizzazione. È una novità che sorprende, in quanto vigeva e vige l'obbligo di accettazione con beneficio di inventario per conto del minore, e a questo, con la riforma, si aggiungeva automaticamente la maggiore garanzia del consenso dei genitori, invece che del solo padre.

²⁴¹ (Foro it., 1955, 1, 1967).

che si è così espressa: “L’atto ricognitivo di debito non è non può mai essere per sé, considerato come atto eccedente la normale amministrazione. Per sé stesso non genera e non crea né debitore né credito, essendo la sua funzione limitata solo a consacrare senza equivoci tra le parti la rispettiva loro posizione. Per tanto saranno o non saranno atti eccedenti l’ordinaria amministrazione quelli singoli di cui la ricognizione rappresenta il risultato finale e conclusivo, ma non la ricognizione stessa”. Vigente il codice civile del 1865, invece, l’atto di ricognizione di debito veniva, senza distinguo, compreso fra gli atti di straordinaria amministrazione²⁴².

b - 4) Casistica degli atti di straordinaria amministrazione

Sono stati ritenuti atti di straordinaria amministrazione: tutti quegli atti che, lungi dall’aver carattere meramente conservativo o dall’essere preordinati ad accrescere senza rischi la consistenza del patrimonio amministrato o le utilità ad esso inerenti, importano la disposizione o l’alienazione di beni o diritti: tra questi s’inquadrano gli atti comunque suscettibili di diminuire l’entità economica del patrimonio stesso, sia la costituzione di servitù passiva che la rinuncia a servitù attive, incidendo negativamente sulle utilità che possono trarsi dai beni cui le servitù stesse si riferiscono, si riflettono sulla consistenza ed entità economica di essi e, sotto questo aspetto, costituiscono, appunto, atti di disposizione²⁴³; sull’usufrutto di azienda i beni costituenti il capitale circolante passano nella piena disponibilità dell’usufruttuario, ma non nella sua proprietà. Pertanto, ove nudo proprietario dell’azienda sia un minore e l’usufruttuario *ex lege* non provveda direttamente alla gestione dell’impresa, concedendola ad altri in affitto, deve ottenere l’autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell’art. 320, c.c.²⁴⁴; tutti gli atti che, non mante-

²⁴² Vedi note 52 e 55, p. 36, capitolo II, prima parte.

²⁴³ Cass., 29-4-1960, n. 927.

²⁴⁴ Cass., 17-5-1957, n. 1763; Cass., 30-6-1960, n. 1718.

nendosi nell'ambito della disponibilità e del regolamento delle rendite, importano impegni che incidono sul capitale e portano o possono portare una diminuzione o una modifica del patrimonio (nella specie, esercizio del patto di riscatto di un terreno)²⁴⁵; si ha straordinaria amministrazione, ancora, nel caso di alienazione coattiva, prevista dall'art. 1128, ultimo comma, c.c.. La necessità che si faccia luogo a un regolare atto traslativo impone che nel caso in cui la quota condominiale appartenga ad un minore debba intervenire l'autorizzazione del giudice tutelare a favore del genitore esercente la patria potestà, trattandosi della cessione di diritti di un minore e ricorrendo l'esigenza, espressamente riconosciuta dalla legge, di una congrua determinazione del prezzo di vendita e, conseguentemente, di un'adeguata tutela degli interessi del minore²⁴⁶; la stipulazione di un patto di prelazione dà bensì vita ad un vincolo meramente obbligatorio ma costituisce ugualmente atto eccedente l'amministrazione ordinaria, sia perché si tratta di un vincolo non attinente alla semplice conservazione e gestione del patrimonio, sia perché finisce per incidere sulla consistenza del patrimonio stesso ponendo un ostacolo, se non alla sua piena disponibilità, almeno alla libera ricerca del contraente al quale alienarlo, non superabile senza che scatti un obbligo risarcitorio²⁴⁷; la divisione stragiudiziale²⁴⁸, anche parziale, costituisce atto di stra-

²⁴⁵ Cass., 23-7-1952, n. 2484.

²⁴⁶ Cass., 19-4-1962, n. 782 (Foro it., 1962, I, 1101).

²⁴⁷ Cass., 4-7-1975, n. 2609 (Giust. civ., Mass. 1975, 1219).

²⁴⁸ L'articolo in esame, nella lista esemplificativa degli atti di straordinaria amministrazione che richiedono l'autorizzazione include il "chiedere divisioni". Questa espressione è stata concordemente interpretata come dovere di richiedere l'autorizzazione solo per proporre domanda di divisione giudiziale. Questo non escludeva l'autorizzazione per le divisioni stragiudiziali o convenzionali, ma, solo, per le divisioni giudiziali in cui il minore fosse convenuto. Infatti, veniva concordemente ritenuta necessaria l'autorizzazione per le divisioni convenzionali.

Ogni dubbio è stato cancellato dalla riforma del 1975 che prescrive l'autorizzazione per lo "scioglimento di comunioni". Procedere allo scioglimento di comunioni significa, infatti, tanto promuovere il giudizio di divisione, quanto concludere una di-

ordinaria amministrazione, e, quindi, per la sua validità nei confronti di minori partecipanti all'atto rappresentati dal genitore esercente la patria potestà, è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare²⁴⁹. Guardando alle decisioni in argomento della Suprema Corte, vigente il codice civile del 1865, si può notare come siano stati ritenuti di straordinaria amministrazione alcuni atti (ad es., rinunciare ad eredità, chiedere divisioni, contrarre locazioni ultrannuali) che poi sono stati inclusi nell'art. 320, secondo comma²⁵⁰.

c - L'autorizzazione

c - 1) L'autorizzazione a stare in giudizio

Vigente il codice civile del 1865, nulla disponendo al riguardo la legge, si discusse sulla questione se la rappresentanza processuale potesse essere esercitata dal genitore esercente la patria potestà senza autorizzazione giudiziale, anche quando questi agisse in giudizio in conseguenza di atti di straordinaria amministrazione, come tali bisognosi di autorizzazione.

L'indirizzo giurisprudenziale assolutamente prevalente era orientato a concedere la massima libertà nella rappresentanza²⁵¹.

Il legislatore del nuovo codice non ha condiviso tale indirizzo e ha richiesto l'autorizzazione giudiziale per promuovere giudizi relativi ad atti di straordinaria amministrazione.

Sul precetto legislativo si è poi formata una nuova giurisprudenza che ha elaborato una serie di punti fermi. Infatti è orientamento costante che, in tema di azione in giudizio, se anche l'autorizzazione sia necessaria per agire

visione convenzionale. Nel primo caso sarà necessaria l'autorizzazione se è il minore a promuovere il giudizio, nel secondo sarà sempre necessaria.

²⁴⁹ Cass., 5-5-1962, n. 888 (Giut. civ., Mass. 1962, 443).

²⁵⁰ Vedi note 42-55, capitolo II, prima parte.

²⁵¹ Vedi nota 36, capitolo II, prima parte.

non lo è mai per resistere in giudizio²⁵² o per impugnare una sentenza pronunciata contro il figlio minore²⁵³.

Ancora, ove l'autorizzazione ove sia stata data perché il giudizio esulava dall'ordinaria amministrazione la giurisprudenza ha sempre ritenuto che tale autorizzazione dovesse valere anche per gli ulteriori gradi del giudizio, sempreché il giudice non avesse stabilito precise - cioè esplicite - limitazioni²⁵⁴.

L'autorizzazione a promuovere il giudizio in rappresentanza del minore concessa dal giudice tutelare costituisce condizione d'efficacia e non già requisito di validità per la costituzione del rappresentante dell'incapace. Quando la condizione si verifica essa opera perciò retroattivamente, sanando ogni vizio derivante dalla precedente sua mancanza²⁵⁵.

Infatti l'art. 182 secondo comma c.p.c. prevede appunto che il giudice istruttore quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione assegni alle parti un termine per la costituzione della persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, salvo che non si sia avverata una decadenza.

Se il genitore si sia costituito senza avere ottenuto, qualora sia prescritta dalla legge, l'autorizzazione del giudice tutelare, il difetto di capacità processuale determina un vizio del procedimento rilevabile, in ogni stato e

²⁵² Cass., 20-9-1972 (Mass. Foro it., 1972, n. 2774); Cass., 14-10-1959, n. 2846 (Giust. civ., Mass. 1959, 963) Cass. 24-5-1975, n. 2110 (Giust. civ., Mass. 1975, 972).

²⁵³ Cass., 24-5-1975 (Mass. Foro it., 1975, n. 3176).

²⁵⁴ Cass., 21-10-1967 (Mass. Foro it., 1967, n. 2580); Cass., 6-8-1963, n. 2209 (Giur. it., 1964, I, 1, 1439); Cass., 21-2-1968 (Mass. Foro it., 1968, n. 591); Cass., 24-10-1961 (Mass. Foro it., 1961, n. 2358); Cass., 28-7-1965, n. 1793 (Giur. it., 1965, 1404).

²⁵⁵ Cass., 12-4-1965, n. 650 (Giust. civ., Mass. 1965, 530); Cass., 24-10-1961, n. 2358 (Giust. civ., Mass. 1961, 1056); Cass., 29-9-1964 (Mass. Foro it., 1964, n. 2453).

grado del giudizio, dall'incapace (o da chi per lui), dall'avversario ed anche d'ufficio dal giudice²⁵⁶.

Quindi, il difetto di rappresentanza opera più radicalmente nel processo che nel diritto sostanziale; infatti, nel primo caso la conseguenza è la nullità del giudizio, nel secondo l'annullabilità dell'atto compiuto (ai sensi dell'art. 322 c.c.).

c - 2) Altre questioni concernenti l'autorizzazione

La promessa del terzo di esperire pratiche giudiziali affinché sia rilasciata, dalla competente autorità giudiziaria, l'autorizzazione a stipulare un contratto nell'interesse di un minore, del quale esso terzo non abbia la rappresentanza legale, è priva di giuridico effetto per impossibilità di eseguire la prestazione²⁵⁷.

Ogni impegno assunto dall'esercente la patria potestà verso terzi per il compimento in un determinato senso di atti di ordinaria o straordinaria amministrazione sui beni del minore, quale l'obbligo di chiedere l'autorizzazione per la vendita dei beni stessi, importa un vincolo che contrasta con l'esigenza di ordine pubblico che l'attività di amministrazione del patrimonio del minore sia sorretta esclusivamente dalla considerazione degli interessi del minore stesso. Un obbligo di tale contenuto deve pertanto ritenersi nullo per illiceità della causa ed il suo inadempimento non può essere fonte di responsabilità²⁵⁸.

Non è, invece, vietato dedurre in un contratto preliminare l'adempimento di un obbligo di legge che è requisito di validità del contratto

²⁵⁶ Cass., 7-8-1952, n. 2585 (Giur. compl. Cass. Civ., 1952, III, 196); Cass., 2-11-1957, n. 4243 (Giust. civ., Mass. 1957, 1610); Cass., 14-3-1968, n. 814 (Giust. civ., Mass. 1968, 406); Cass., 25-2-1960, n. 338).

²⁵⁷ Cass., 4-8-1942, n. 2453.

²⁵⁸ Cass., 17-2-1968, n. 557 (Giust. civ., Mass. 1968, 280); Cass., 15-2-1969, n. 541 (Giust. civ., Mass. 1969, 275).

medesimo, facendone dipendere il sorgere dalle rispettive obbligazioni. In tale ipotesi il contratto è da considerarsi in via di formazione e si perfeziona nel momento in cui è adempiuto l'obbligo di legge. Pertanto un contratto preliminare di vendita di beni dei minori, che preveda la necessità dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, si perfeziona e diventa vincolante per le parti nel momento in cui interviene la prevista autorizzazione²⁵⁹.

La competenza ad emettere i provvedimenti autorizzativi spetta al giudice tutelare del luogo in cui l'incapace ha il suo domicilio legale, e cioè al giudice del luogo in cui ha domicilio la persona che esercita la patria potestà²⁶⁰.

Gli atti compiuti nell'interesse dei minori con le debite forme autorizzative non possono essere impugnati e posti nel nulla in base ad una revisione dell'apprezzamento della loro utilità e convenienza, già fatto dal giudice chiamato ad autorizzarli e che li autorizzò²⁶¹. Ora una questione più controversa: l'apparente antinomia fra il disposto dell'art. 747 c.p.c., secondo il quale l'autorizzazione a vendere beni ereditari deve essere chiesta al tribunale del luogo in cui è aperta la successione se concerne beni immobili, sentito il giudice tutelare se i beni appartengono ad incapaci, e l'art. 320 c.c., che dispone che il padre non può alienare i beni del minore se non per necessità o utilità evidente e dopo l'autorizzazione del giudice tutelare, è stato risolto dalla Cassazione nella esatta delimitazione dell'ambito di applicazione di ciascuna delle due norme. Precisamente, l'art. 320 c.c. si riferirebbe ai beni del minore in genere e quindi non solo ai beni a lui pervenuti a titolo diverso dalla successione ma anche a quelli che costituivano il compendio di un asse ereditario, dopo che sono entrati in modo definitivo e incondizionato nel patrimonio del minore con esso confondendosi. Al contrario, l'art. 747 c.p.c.

²⁵⁹ Cass., 10-12-1971, n. 3597 (Giust. civ., Mass. 1971, 1492).

²⁶⁰ Cass., 24-5-1965, n. 1004.

²⁶¹ Cass., 17-7-1940, n. 2421.

troverebbe applicazione unicamente nei casi del chiamato che non abbia accettato la successione, dell'erede con beneficio d'inventario, del curatore dell'eredità giacente, dell'amministratore dell'eredità nelle ipotesi regolate dagli artt. 641 e 643 c.p.c., dell'erede istituito con sostituzione fedecommisaria e dell'esecutore testamentario, nei quali il passaggio in modo definitivo dei beni nel patrimonio del minore non si è ancora verificato, o si è verificato con talune determinate limitazioni. L'atto di disposizione compiuto dal minore senza l'osservanza delle norme predisposte a tutela degli incapaci è annullabile ad istanza dello stesso minore. Tuttavia, se nell'alienazione di beni ereditari in luogo del procedimento d'autorizzazione previsto dall'art. 747 c.p.c. sia stato seguito quello previsto dall'art. 320 c.c. l'annullabilità è esclusa per mancanza di interesse, in considerazione del fatto che l'intervento protettivo del giudice tutelare si è esplicato in maniera più ampia e più intensa di quello che sarebbe stato nelle forme di cui all'art. 747 c.p.c.²⁶².

²⁶² Cass., 25-1-1968 n. 229 (Giust. civ., Mass. 1968, 111). Una nuova pagina nella complessa storia dei rapporti tra l'art. 747 c.p.c. e l'art. 320 c.c. è stata scritta dal legislatore con la riforma del 1975. infatti nella formulazione dell'art. 320 precedente la riforma, nulla si diceva sulla provenienza dei beni per l'alienazione dei quali era richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare. Ora, l'autorizzazione è necessaria qualunque sia il titolo di acquisto dei beni e, in particolare, anche se i beni sono stati acquistati a causa di morte. Sembra evidente che l'aggiunta introdotta dalla riforma avesse, nell'intenzione dei proponenti, lo scopo di eliminare ogni dubbio imponendo in caso di apparente contrasto l'applicazione dell'art. 320 c.c.. in questo senso in effetti, si era orientata la giurisprudenza in un primo periodo, dopo la riforma. Ma, per completezza d'informazione si vuole ricordare che, successivamente, la giurisprudenza ha mutato radicalmente indirizzo, ritornando, in pratica, alla distinzione espressa nella sentenza 229/ '68. ciò partendo dalla constatazione che, anche dopo la riforma, l'art. 747 c.p.c. non era stato abrogato e si doveva pertanto continuare ad applicarlo alle alienazioni di beni pervenuti a minori per successione ereditaria, finché non si fosse esaurita la procedura aperta con l'accettazione con beneficio d'inventario. Questo perché l'esigenza di contemperare gli interessi di altre categorie di soggetti, come i creditori ereditari, con quelli del minore, rende evidente l'opportunità di operare sulla base di una visione complessiva della situazione dell'eredità, quale il tribunale del luogo dell'aperta successione più facilmente può farsi.

Un'altra sentenza in argomento sembra criticabile alla radice. Essa stabilisce, qualora il padre abbia accettato puramente e semplicemente l'eredità devoluta al minore, che, se ad un anno dal raggiungimento della maggiore età egli non abbia fatto valere il suo diritto all'accettazione con beneficio d'inventario, non ha più interesse ad impugnare la vendita di beni ereditari consentita dal padre dietro autorizzazione del giudice tutelare e non del tribunale²⁶³.

Il motivo che appare precludere la considerazione della validità delle conclusioni della Cassazione sta nella premessa che il padre possa accettare, validamente, un'eredità per il minore senza beneficio d'inventario, eventualità esclusa dell'art. 471 c.c., e sulla base di tale accettazione possa considerarsi produttiva di effetti giuridici la successiva autorizzazione del giudice tutelare.

Quando l'autorità giudiziaria, nei provvedimenti autorizzativi di vendite immobiliari nell'interesse dei minori, ha predisposto garanzie atte ad assicurare che il ricavato o prezzo delle vendite stesse abbia determinate destinazioni d'impiego è dovere del notaio, rogante l'atto di trasferimento, di prestare fedele osservanza al precetto giudiziale e, in particolare, curare che la somma versata dal compratore a titolo di prezzo sia posta nell'effettiva disposizione di esso notaio o di quel terzo a cui l'autorità giudiziaria abbia imposto l'onere di un determinato impiego del ricavato delle vendite. L'acquirente di beni di minori, invece, salva diversa disposizione contenuta nel decreto di autorizzazione non è obbligato a sorvegliare che sia eseguito, in alcun modo una eventuale sottrazione del prezzo ad opera del notaio²⁶⁴.

²⁶³ Cass., 23-4-1966, n. 1051 (Foro it., 1967, I, 89).

²⁶⁴ Cass., 26-1-1942 (Foro it., 1942, I, 241); Cass., 6-2-1942 (foro it., Rep. 1942, voce Minore, n. 21). In argomento, la dottrina prevalente esclude sia l'obbligo per l'acquirente di rinnovare il pagamento, a meno che il reimpegno stesso non gli sia imposto dal contratto come condizione di efficacia, sia l'invalidità del contratto.

Importante e delicato è il problema dei limiti di efficacia del provvedimento autorizzativo del giudice tutelare: il decorso del tempo di per sé non fa venir meno tale efficacia, ma perché l'atto possa essere validamente compiuto a distanza di tempo dell'autorizzazione è necessario che pagamento le ragioni di necessità o di utilità evidente per il minore che futuro valutate dal giudice²⁶⁵. Un altro aspetto del medesimo problema: il provvedimento di volontaria giurisdizione il quale autorizza l'alienazione di beni di persona incapace acquista efficacia col decorso dei termini per il reclamo ma non acquista la forza del giudicato, con la conseguenza che, impugnandosi il negozio autorizzato, l'illegittimità del provvedimento autorizzato può in qualsiasi tempo essere dedotta a fondamento dell'impugnazione²⁶⁶.

La Cassazione ha anche specificato come funzione dell'autorizzazione del giudice tutelare sia quella di esercitare un controllo sul merito dell'atto, attraverso una valutazione dei requisiti di necessità o di utilità evidente per il minore.

Un controllo, però, che non esclude la rescindibilità, in sede contenziosa, di un contratto stipulato in virtù dell'autorizzazione²⁶⁷.

Resta incensurabile, invece, l'accertamento circa la portata del provvedimento autorizzativo e circa la conformità dell'atto stipulato a quello autorizzato²⁶⁸.

Il minore può essere tenuto a pagare le spese per opere compiute senza autorizzazione, quando esse siano necessarie²⁶⁹.

Nel caso di atti eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione compiuti in rappresentanza dei figli minori, diversamente da quanto si era ritenuto sotto l'impero del codice del 1865 - cioè di considerare equipollente

²⁶⁵ Cass., 24-6-1942, n. 1778 (Foro it., Rep. 1942, voce Patria potestà, n. 6).

²⁶⁶ Cass., 24-10-1957, n. 4080.

²⁶⁷ Cass., 25-6-1953, n. 1961 (Foro it., 1953, I, 1603).

²⁶⁸ Cass., 15-4-1959, n. 1125 (Giust. civ., Mass. 1959, 380).

l'omologazione alla autorizzazione preventiva, attenendo entrambe, sia pure con forma differente, alla stessa funzione di controllo a garanzia degli interessi degli incapaci - il codice civile vigente, nell'art. 320, ha prescritto che gli atti predetti non possono essere compiuti dal genitore esercente la patria potestà se non dopo l'autorizzazione del giudice tutelare, nel senso, cioè, che detto provvedimento deve precedere qualsiasi forma di obbligazione da assumersi dal legale rappresentante del minore, stante la inconciliabilità, sia pure in via potenziale, di un anticipato impegno di detto rappresentante con gli interessi dell'incapace, i quali debbono essere vigilati al momento in cui l'atto viene compiuto²⁷⁰.

In modo analogo la Cassazione, in una pronuncia successiva, ha statuito che l'autorizzazione del giudice tutelare che attribuisce all'esercente la patria potestà la legittimazione a compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione in nome del minore, deve necessariamente precedere gli atti medesimi, e non può considerarsi sostituibile, data la sua natura di presupposto attinente alla validità e non all'efficacia dell'atto, da una sorta di approvazione o di omologazione successiva²⁷¹.

L'autorizzazione può riguardare uno o più atti, purché specificamente indicati, e non può valere rispetto ad un negozio che pur essendo dalla stessa natura di quello per cui fu chiesto il provvedimento tuttavia non si identifichi con lo stesso, o per la diversità della controparte o per la novità dell'accordo ulteriormente concluso con lo stesso contraente²⁷².

²⁶⁹ Cass., 18-12-1940, n. 3096 (Foro it., Rep. 1940, voce Minore, n. 23).

²⁷⁰ Cass., 30-4-1953, n. 1213 (Foro it., Mass. 1953, 249). Vigente il codice del 1965, si è rintracciata una sola decisione della Cassazione concordante con l'indirizzo ora espresso: nota 57, capitolo II, prima parte.

²⁷¹ Cass., 8-1-1975, n. 32 (Giust. civ., Mass. 1975, 22).

²⁷² Cass., 17-8-1950, n. 2642 (Foro it., 1951, I, 1310); Cass., 12-5-1950, n. 1215 (Giur. compl. Cass. civ., 1951, I, 179). Altrimenti si è deciso, vigente il codice del 1865. Vedi nota 80, capitolo II, prima parte.

Ultima questione affrontata dalla Cassazione che si vuole analizzare è quella dei rapporti tra simulazione e rappresentanza legale. Simulazione assoluta: se il negozio posto in essere dai rappresentanti del minore, nel nome e nell'interesse di questo, è simulato, l'eventuale previa autorizzazione del giudice tutelare non vale a conferire al negozio stesso quell'efficacia di cui è, per sua natura, privo²⁷³. Decisione da ritenersi senz'altro corretta: l'art. 1414 primo comma c.c. stabilisce, infatti, che il contratto simulato non produce effetti fra le parti. Pertanto le controdeklarazioni scritte, mezzo comune di prova della simulazione, possono essere fatte valere anche contro il minore, se sottoscritte dai legali rappresentanti in nome e per conto di questo. Discorso analogo si può fare per la simulazione relativa. Il negozio dissimulato, concluso dai rappresentanti legali del minore, in nome e per conto di questo, potrà esser fatto valere contro il minore stesso. Ciò, naturalmente, se non occorra l'autorizzazione, altrimenti il minore e chi lo rappresenta potrà chiederne l'annullamento ai sensi dell'art. 322 c.c.

L'art. 1414 secondo comma stabilisce che ha effetto tra le parti il contratto dissimulato purchè ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma. Pertanto se il contratto dissimulato è annullabile per mancanza di autorizzazione il minore potrà opporre l'eccezione di annullamento a chi intenda farlo valere.

Infine la simulazione può essere parziale, riguardare, cioè, un elemento del contratto, ad es. la simulazione del prezzo nella compravendita. Punto fermo, in questo caso, è l'impossibilità di un annullamento parziale del contratto, perché, in tal modo, si altererebbe l'equilibrio contrattuale che fu voluto dalle parti.

²⁷³ Cass., 11-4-1975, n. 1387 (Giur. it., 1976, I, 1, 994).

d - riscossione di capitali

Il testo del terzo comma dell'art. 320 c.c. si presenta chiaro e, di fatti, a dato luogo a pochi dubbi interpretativi.

A conferma di quanto detto in una delle prime pronunce²⁷⁴ in argomento la Cassazione non fa che ribadire il testo di legge con l'affermare che sia per la riscossione dei capitali dei minori sia per l'impiego di essi è prescritta l'autorizzazione del giudice tutelare.

Successivamente la Suprema Corte chiarisce che la necessità della autorizzazione alla riscossione dei capitali non implica la necessità della stessa autorizzazione per agire in giudizio contro il compratore per ottenere il pagamento del prezzo. Altro è riscuotere, altro è domandare in giudizio il pagamento, essendo tale azione considerata rientrare nell'ambito dell'ordinaria amministrazione e non richiedere pertanto alcuna autorizzazione²⁷⁵. Ancora, la Cassazione ha deciso che colui che paga ad un minore di età paga bene quando effettua il pagamento al genitore che ne ha la legale rappresentanza purché debitamente autorizzato all'esazione dal magistrato, né ha alcun obbligo di verificare che dopo il pagamento siano eseguite le disposizioni dell'autorità giudiziaria circa il reimpiego²⁷⁶. Similmente, in altra occasione, si è precisato che obbligato a provvedere al reimpiego è il genitore e, ove così abbia stabilito il giudice nell'autorizzazione, anche il notaio; la responsabilità per il mancato reimpiego non può estendersi al *solvens*, in quanto la destinazione del prezzo riscosso attiene ad un momento successivo all'adempimento del negozio stipulato²⁷⁷.

²⁷⁴ Cass., 22-6-1945, n. 450 (Foro it., Rep. 1943-45, voce Minore età, n. 3).

²⁷⁵ Cass., 16-11-1973 (Mass. Foro it., 1973, n. 3064); Cass., 13-9-1964 (Mass. Foro it., 1964, n. 2409); Cass., 31-7-1954, n. 2821 (Giust. civ., 1954, 1890).

²⁷⁶ Cass., 21-6-1956, n. 2211 (Giust. civ., Mass. 1956, 756.)

e - continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale

Il quarto comma dell'art. 320 c.c. si occupa dei problemi relativi alla continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale.

Al riguardo, la Suprema Corte ha chiarito i seguenti punti;

- a) la valutazione va condotta ad opera del tribunale ordinario, su parere non vincolante del giudice tutelare²⁷⁸;
- b) legittimato a fare istanza è il genitore, e la sua domanda rappresenta una condizione necessaria per l'emanazione del provvedimento, che non può essere adottato d'ufficio: ciò significa che il primo giudizio circa la convenienza della continuazione dell'esercizio dell'impresa deve essere formulato da lui, e ove tale giudizio sia negativo, non resterebbe che o liquidare l'azienda ovvero concederla in godimento²⁷⁹;
- c) qualora l'esercizio venga autorizzato il minore assume la veste di imprenditore. Nel caso di specie si è deciso che la sentenza del giudice di appello che ha interpretato la dichiarazione di fallimento, passata in giudicato, del legale rappresentante del minore autorizzato a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale nel senso che ne sia stato dichiarato fallito solo il legale rappresentante in proprio, può essere impugnata con ricorso per Cassazione sotto il profilo della insufficiente motivazione, e annullata dalla Cassazione che constati la sussistenza di tale vizio²⁸⁰;
- d) la veste di imprenditore non viene assunta dal minore che sia stato autorizzato da un provvedimento del tribunale rimasto inefficiente per difetto di comunicazione al Pubblico Ministero²⁸¹;

²⁷⁷ Cass., 9-12-1958, n. 3859 (Foro it., 1959, I, 1862).

²⁷⁸ Cass., 9-11-1959, n. 3407 (Foro it., 1960, I, 393).

²⁷⁹ Cass., 17-5-1957, n. 1763 (Giust. civ., 1957, I, 1525).

²⁸⁰ Cass., 25-10-1965, n. 2237 (Foro it., 1966, I, 264).

²⁸¹ Cass., 9-2-1965, n. 210 (Foro it., 1965, I, 201).

- e) si è ritenuto che il minore autorizzato alla continuazione dell'esercizio di un'impresa possa essere dichiarato fallito solo quando è decorso il termine per l'impugnazione del decreto autorizzativo, da parte del pubblico ministero. Tale termine scade nei dieci giorni dalla comunicazione del decreto, secondo quanto stabilisce l'art. 740 c.p.c.. La giurisprudenza ha ritenuto che la comunicazione formale del decreto del tribunale, autorizzante l'esercizio dell'impresa, possa essere sostituita da equipollenti²⁸²;
- f) i genitori autorizzati alla continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale, pervenuta al figlio minore, potranno compiere, senza necessità di autorizzazione, tutti gli atti aventi carattere strumentale rispetto all'esercizio dell'impresa stessa.

È valutazione di fatto, riservata al giudice di merito, accertare se nel singolo caso l'atto rientri o meno nell'esercizio dell'impresa²⁸³.

f - Il conflitto d'interessi

f - 1) Considerazioni generali

Il conflitto d'interessi presuppone che, rispetto ad un determinato atto, il rappresentante abbia un interesse proprio, distinto da quello del rappresentato. Ma tale situazione non è ancora di conflitto: perché questo sussista occorre, di più che l'interesse del rappresentante si trovi oggettivamente in una posizione di incompatibilità con quello del rappresentato, nel senso che il vantaggio dell'uno presupponga il pregiudizio dell'altro²⁸⁴.

²⁸² Cass., 5-8-1964, n. 2239 (Foro it., 1964, I, 1929).

²⁸³ Cass., 10-7-1968 (Mass. Foro it., 1968, n. 2413).

²⁸⁴ Cass., 9-4-1975, n. 1294 (Giust. civ., 1975, I, 904); Cass., 28-11-1964 (Mass. Foro it., 1964, n. 2830); Cass., 6-6-1973 (Mass. Foro it., 1973, n. 1632); Cass., 16-7-1946, n. 894 (Foro it., Rep., 1946, voce Patria potestà, n. 3); Cass., 11-10-1956, n. 3517 (Giust. civ., 1957, I, 474); Cass., 16-12-1966, n. 480 (Giust. Civ., Mass. 1966, 265).

Ovviamente se il rappresentato il conflitto è *in re ipsa*.²⁸⁵

Non sussiste conflitto di interessi tutte le volte in cui, pur avendo il rappresentante un proprio distinto interesse all'affare, questo interesse non è in relazione di incompatibilità con quello del rappresentato, tanto che l'affare giova ad entrambi²⁸⁶.

La Cassazione ha ribadito più volte che l'indagine volta ad accertare l'esistenza di un conflitto di interessi costituisce apprezzamento di fatto, che, se coerentemente motivato, è incensurabile in sede di legittimità, cioè in Cassazione²⁸⁷.

La Cassazione stessa sembrerebbe, peraltro, orientata a limitare detto principio al conflitto di interessi nella rappresentanza processuale l'accertamento della sussistenza della situazione di conflitto, e la conseguente nomina del curatore, costituendo un presupposto di validità del giudizio, rientrerebbe, a suo avviso, nell'ambito del sindacato di legittimità²⁸⁸ e potrebbe essere accertato anche d'ufficio dalla corte stessa²⁸⁹.

Il principio posto dall'ultimo comma dell'art. 320 c.c. è stato ritenuto prevalente su quello contenuto nell'art. 317 c.c., relativo al passaggio dell'esercizio della patria potestà alla madre, sicché a costei non può spettare il potere di rappresentanza nella richiamata ipotesi di conflitto d'interessi²⁹⁰.

²⁸⁵ Cass., 15-5-1962 (Mass. Foro it., 1962, n. 1039).

²⁸⁶ Cass., 17-4-1972, n. 1214 (Dir. Fall., 1972, II, 986); Cass., 8-11-1962 (Mass. Foro it., 1962 n. 3097); Cass., 21-4-1966, n. 1020 (Giust. civ., Mass. 1966, 581).

²⁸⁷ Cass., 23-4-1966, n. 1051 (Foro it., 1967, I, 83); Cass., 17-4-1942, n. 1214 (Dir. Fall., 1972, II, 986); Cass. 11-10-1958, n. 3217 (Giust., civ., §Mass. 1958, 1147); Cass. 8-9-1952, n. 2864 (Giur. it., Mass. 1952, 765).

²⁸⁸ Cass., 2-8-1968 (Mass. Foro it., 1968, n. 2747).

²⁸⁹ Cass., 9-4-1975 (Mass. Foro it., 1975, n. 1294); Cass., 22-4-1964 (Giust. civ., 1964, I, 1351).

²⁹⁰ Cass., 12-4-1956, n. 1083 (Giust. civ., Mass. 1956, 374); Cass., 28-8-1952, n. 2777 (Foro it., 1953, I, 206). Tale indirizzo era prevalente anche nella dottrina e nella giurisprudenza, formatasi vigente il codice nel 1865. A favore del passaggio dei poteri alla madre in caso di conflitto d'interessi tra il padre e i figli, si è rintracciata solo una, isolata, pronuncia della Suprema Corte. Al proposito vedi nota 72,

Al curatore nominato ai sensi dell'art. 320 comma quinto c.c. non può essere riconosciuta la legittimazione ad esercitare quelle azioni in ordine alle quali la nomina del curatore speciale è prevista da norme specifiche²⁹¹.

L'art. 320 ultimo comma c.c. prevede, per il caso di conflitto, la nomina, da parte del giudice tutelare, di un curatore speciale al figlio o ai minori. Ora la giurisprudenza ha ribadito costantemente che, anche nel caso di giudizio in corso, la nomina del curatore speciale ai figli minori deve sempre essere fatta dal giudice tutelare, ai sensi dell'articolo in esame, e non dal presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale pende la causa, ai sensi dell'art. 78 c.p.c..

Si conclude che se la nomina è invece fatta in base al citato art. 78 c.p.c.. si ha vizio del procedimento e, conseguentemente, nullità della sentenza, eccepibile da qualsiasi parte²⁹².

Interessanti considerazioni su vari aspetti del conflitto d'interessi sono state svolte dalla Suprema Corte, vigente il codice civile del 1865²⁹³.

f - 2) Casistica del conflitto d'interessi

Si è visto conflitto d'interessi, e quindi annullabilità, nel mandato conferito dalla madre in proprio (quale socia di minoranza) e quale rappresentante della figlia (socia di maggioranza) ad un terzo, per votare in una assemblea sociale, nella quale la madre veniva nominata amministratrice uni-

capitolo II, prima parte. Da registrare, ancora, come i nuovi principi introdotti dalla riforma del 1975, abbiano rovesciato i convincimenti in materia, statuendosi del nuovo art. 320 che in caso di conflitto d'interessi tra i figli e un genitore, la patria potestà spetta al genitore estraneo al conflitto.

²⁹¹ Cass., 14-10-1960, n. 2741 (Giust. civ., Mass. 1960, 1047).

²⁹² Cass., 28-11-1961 (Mass. Foro it., 1961, n. 2742); Cass., 29-8-1956, n. 3163 (Foro pad., 1957, I, 152). Questa interpretazione è condivisa dalla dottrina prevalente che ha ritenuto che l'art. 320 abbia un carattere speciale e, quindi, abbia prevalenza sulla norma dell'art. 78 c.p.c..

²⁹³ Vedi le considerazioni corrispondenti alle note 37, 64-68, , 72-74, 76-77, capitolo II, prima parte.

ca, con l'intento di procedere all'alienazione del patrimonio sociale senza ricorrere all'autorizzazione richiesta dalla legge²⁹⁴. Altro caso: l'erede ex testamento posteriore, che rappresenti dei minori esclusi da questo ma istituiti con un testamento anteriore, può determinare, in un giudizio nel quale un terzo impugni la validità di tutte le schede testamentarie, il sacrificio a proprio vantaggio degli interessi dei minori, con la semplice omissione di ogni domanda od eccezione diretta a stabilire la validità del testamento anteriore, tanto più se egli abbia, invece dei minori, titolo alla successione legittima, possibile solo in mancanza di un testamento valido. In tal caso, pur non essendovi lite tra il rappresentante e di minori, si ha un conflitto d'interessi che impone la nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio dei minori²⁹⁵. Per la presenza del conflitto si è deciso anche in un caso di approvazione dello stato di liquidazione di una società, qualora il genitore esercente la patria potestà abbia riscosso somme di appartenenza del figlio e non le abbia investite secondo le disposizioni del tribunale²⁹⁶.

f - 3) Casistica dell'assenza di conflitto

Non si è riscontrato il conflitto d'interessi nel caso in cui la madre, investita della potestà, sia ricorsa in Cassazione in proprio e quale rappresentante del figlio per interesse identico di entrambi²⁹⁷.

Parimenti, quando il rappresentante legale persegua, nascostamente, il fine illecito di distrarre a suo favore, in una vendita, il prezzo eccedente il minimo fissato dal giudice, poiché in tal caso la contrapposizione degli inte-

²⁹⁴ Cass., 27-1-1967, n. 233 (Foro it., 1967, I, 517).

²⁹⁵ Cass., 12-2-1959, n. 341 (Giust. civ., Mass. 1959, 121).

²⁹⁶ Cass., 8-7-1942, n. 1948 (Foro it., Rep. 1942, voce Minore, n. 22).

²⁹⁷ Cass., 28-7-1965, n. 1793 (Giur. it., 1965, I, 1, 1404).

ressi non sta nell'affare oggettivamente considerato, ma nella recondita intenzione del rappresentante legale²⁹⁸.

Per l'assenza del conflitto tra padre e figlio è stato deciso anche quando il padre, nominato curatore speciale del figlio prigioniero di guerra, sia stato citato in giudizio per un debito contratto solidamente con i propri fratelli e la madre, anche per la quota di debito spettante al figlio quale erede di quest'ultima²⁹⁹.

*A - 3) Accettazioni di eredità e donazioni da parte di persona diversa dal padre*³⁰⁰

a - Accettazione della madre o dell'ascendente

Il primo comma dell'art. 321 c.c. prevede, nel caso di mancata accettazione da parte del padre, che ad esso si possa sostituire la madre o qualunque ascendente, previa autorizzazione del giudice tutelare. Ora, l'autorizzazione del giudice si traduce, in pratica, in un controllo a sindacare le ragioni dell'impossibilità o il motivo del rifiuto del padre. L'accettazione della madre o dell'ascendente avvenuta senza previa autorizzazione del giudice tutelare non è quindi nulla, ma annullabile.

Lo confermano due sentenze del Suprema Collegio con l'indicare le persone da cui può essere excepto il vizio e i modi nei quali l'annullabilità

²⁹⁸ Cass., 25-4-1966, n. 1051 (Foro it., 1967, I, 83).

²⁹⁹ Cass., 30-8-1947, n. 1553.

³⁰⁰ “Se il padre non può o non vuole accettare le eredità devolute ai figli nati e nati e le donazioni ad essi fatte, le eredità e le donazioni possono essere accettate, previa autorizzazione del giudice tutelare, dalla madre o da qualunque ascendente. Quando manca l'accettazione della madre o dell'ascendente il tribunale, su richiesta del figlio stesso o di alcuno dei parenti o anche su istanza del pubblico ministero, può autorizzare l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre”. Art. 321, cod. civ. 1942.

può essere fatta valere: in difetto di autorizzazione, afferma la Cassazione, l'accettazione fatta dalla madre è annullabile e il vizio può essere fatto valere su istanza del padre o del figlio, o dei suoi eredi o aventi causa (art. 322 c.c.). trattasi di annullabilità che, come può essere fatta valere in via d'azione, così, con pari efficacia, può essere eccepita nel giudizio che sia intentato nei confronti del minore sul presupposto dell'avvenuto acquisto da parte sua della qualità di erede³⁰¹.

b - Accettazione diretta del minore

L'accettazione della donazione fatta dal figlio minore è efficace anche se compiuta personalmente.

Essa infatti non è nulla in modo assoluto, ma solo annullabile. Legittimati a far valere questa annullabilità sono il minore, il padre, gli eredi o aventi causa del figlio (art. 322 c.c.).

L'accettazione, dunque, come negozio annullabile spiega i suoi effetti fino a quando non sia pronunciata sentenza di annullamento ed inoltre, valendo a perfezione il contratto, impedisce al donante di revocare la sua offerta, ai sensi dell'art. 782 comma terzo, c.c..

La giurisprudenza è sulla medesima linea quando afferma che "l'accettazione della donazione, compiuta dal minore in persona, non è nulla in modo assoluto, ed il donante, dal momento in cui essa gli è notificata, non può più revocare la propria dichiarazione, in quanto, anche rispetto alla donazione, le disposizioni, relative all'incapacità debbono intendersi stabilite nell'interesse dell'incapace: questi soltanto, o chi per esso, è legittimato all'azione di annullamento (artt. 321, 322, 1425 e 1441 c.c.)"³⁰².

³⁰¹ Cass., 25-5-1960, n. 1358 e n. 1361 (Giur it., Mass. 1960, 341-342); Cass., 3-8-1962, n. 2361 (Foro it., Mass. 1962, 679).

³⁰² Cass., 10-4-1954, n. 1138 (Foro it., 1955, I, 368).

*A - 4) Inosservanza delle disposizioni precedenti*³⁰³

L'art. 322 c.c. recita che gli atti compiuti in violazione dei precedenti articoli possono essere annullati. L'invalidità non è quindi rappresentata dalla nullità, ma dall'annullabilità. Pare proprio che la disciplina proprio di questa forma minore di invalidità trovi qui piena applicazione. Intanto l'iniziativa dell'annullamento spetta solo alla parte nel cui interesse le regole violate sono state poste, cioè al figlio³⁰⁴ (e chi lo rappresenta) ed ai suoi eredi e aventi causa³⁰⁵, come, in via generale, stabilisce l'art. 1441 c.c.. Inoltre l'azione è soggetta a prescrizione quinquennale (come stabilisce in generale l'art. 1442 c.c. disciplinando l'azione di annullamento). Per il minore il quinquennio comincia al decorrere dal raggiungimento della maggiore età (art. 1442/2 c.c.)³⁰⁶. L'annullamento potrà essere chiesto in via di eccezione, se la parte legittimata ad agire in annullamento sia convenuta in giudizio per l'esecuzione dell'atto invalido. In questo caso l'eccezione può essere opposta anche quando l'azione è prescritta (art. 1442 ultimo comma c.c.)³⁰⁷.

L'annullabilità non implica inefficacia. Finché non interviene l'annullamento l'atto, pur in mancanza di autorizzazione, è produttivo di effetti³⁰⁸.

L'annullamento dell'atto per difetto di rappresentanza, in generale, o, in particolare, per difetto di autorizzazione, o per autorizzazione data da giu-

³⁰³ “Gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli possono essere annullati su istanza del padre o del figlio o dei suoi eredi o aventi causa”. art. 322, cod. civ. 1942.

³⁰⁴ Per quanto riguarda il figlio sembra evidente che questi possa agire personalmente per l'annullamento solo quando abbia conseguito la capacità di agire, mentre, prima di questo momento, deve necessariamente servirsi di un procuratore speciale, come del resto è costretto a fare anche l'ipotesi di cui all'ultimo comma dell'art. 320.

³⁰⁵ Per aventi causa devono intendersi coloro che hanno acquistato dal minore, con successivo contratto, lo stesso diritto, oggetto di quello non autorizzato.

³⁰⁶ Cass., 17-7-1974, n. 2145 (Giur. it., 1976, V, 1, 144).

³⁰⁷ Cass., 25-5-1960 (Mass. Foro it., 1960, n. 1361).

³⁰⁸ Cass., 31-8-1960 (Mass. Foro it., 1960, n. 2406).

dice incompetente, implica, se si tratta di vendita, l'obbligo, per il compratore, di restituire la cosa, e, per il venditore, il prezzo (vale peraltro a favore del minore la limitazione posta dall'art. 1443 c.c., secondo cui l'incapace deve restituire all'altra parte la prestazione ricevuta solo nei limiti in cui si è rivolta a suo vantaggio).

In particolare, il compratore capace non potrebbe sottrarsi alle conseguenze dell'annullamento invocando la sua buona fede³⁰⁹. L'art. 742 c.p.c. tutela, è vero, l'acquirente di buona fede; ma solo quello che ha acquistato in base a atto regolarmente autorizzato; e lo tutela per il caso che il decreto di autorizzazione venga revocato, com'è sempre possibile in base al citato articolo³¹⁰. La Cassazione ha in proposito stabilito, peraltro, che gli acquirenti di buona fede non salvano i loro diritti nell'ipotesi che i decreti autorizzativi siano stati revocati in seguito a reclamo. Pertanto essi sono tutelati solo se quando acquistano sono decorsi i termini per proporre reclamo³¹¹. Se lo fanno prima agiscono a loro rischio e pericolo.

Va da sé poi che l'annullamento non travolge i diritti dei terzi subacquirenti, appunto perché tali e quindi estranei all'atto³¹²; salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento (artt. 1145 e 2652 n. 6 c.c.).

È da rimarcare una particolare conseguenza dell'art. 322 c.c.: gli atti posti in essere dal padre, legale rappresentante del minore, in violazione delle norme che disciplinano l'alienazione di beni del figlio minore, possono

³⁰⁹ Cass., 9-8-1963, n. 2255 (Foro it. 1963, I, 1627).

³¹⁰ Gli artt. 320 - 322 c.c. valgono sempre a giustificare l'annullamento anche nei confronti del terzo di buona fede, a meno che l'inosservanza delle norme a cui si richiama l'art. 322 c.c., si manifesti in dipendenza del fatto che sia stato revocato dal giudice tutelare, dopo la conclusione del contratto di vendita da parte del legale rappresentante del minore, il decreto di autorizzazione a vendere. In questo caso i diritti del terzo saranno pregiudicati solo se abbia agito in mala fede.

³¹¹ Cass., 8-1-1975, n. 32 (Giur. it., 1975, I, 1, 1006).

³¹² Cass., 28-7-1962 (Mass. Foro it., 1962, n. 2194).

essere impugnati dallo stesso padre nell'interesse preminente del figlio³¹³. Questo contegno potrebbe sembrare abusivo. Ma l'abuso è escluso dalla doverosità, per il padre, dell'esercizio dell'azione di annullamento se questo giova al figlio, come del resto espressamente risulta dall'art. 322 c.c. in esame.

L'impegno che il rappresentante legale assumesse verso il terzo, di chiedere al giudice la necessaria autorizzazione ad alienare beni del figlio minore, deve essere considerato nullo. Si è giustamente osservato essere esigenza di ordine pubblico che l'amministrazione di beni del minore sia sorretta esclusivamente dalla considerazione degli interessi del minore stesso. L'ammettere interferenze derivanti da impegni personali assunti dal padre significherebbe porsi in contrasto con tale esigenza³¹⁴. La Cassazione riconduce la nullità alla illiceità della causa, da cui è affetto il patto col quale il rappresentante legale si impegna a chiedere l'autorizzazione³¹⁵.

La nullità del contratto di alienazione di beni del minore, stipulato dall'esercente la patria potestà senza l'autorizzazione del giudice titolare, non si comunica al negozio connesso, ma autonomo, con il quale lo stesso esercente la patria potestà si obbliga in proprio al pagamento di una determinata somma, in caso di mancata ratifica dell'atto traslativo di proprietà da parte del *dominus*, non appena divenuto maggiorenne³¹⁶.

Gli atti compiuti dal curatore speciale di un minore, nominato per conflitto d'interessi tra questi ed il padre esercente la patria potestà, dal presidente della corte d'appello anziché dal giudice tutelare, competente ai sensi dell'art. 320 c.c., sono semplicemente annullabili, e pertanto il vizio del procedimento, proseguito nei confronti di tale curatore, dà luogo a nullità della

³¹³ Cass., 17-2-1968, n. 557 (Foro it., 1968, I, 2231).

³¹⁴ Cass., 19-1-1963, n. 62 (Foro it., 1963, I, 1302).

³¹⁵ Cass., 31-5-1950, n. 1350 (Foro it., 1951, I, 467).

³¹⁶ Cass., 19-1-1963, n. 62 (Giust. civ., Mass. 1963, 27).

sentenza che deve essere fatta valere attraverso l'impugnazione nei modi e nei termini per essa stabiliti³¹⁷.

L'art. 322 c.c. si riferisce tanto agli atti compresi entro i limiti dell'ordinaria amministrazione, quanto a quelli eccedenti tali limiti³¹⁸.

A - 5) *Atti vietati al genitore*³¹⁹

La *ratio* della norma della norma che impedisce al genitore l'acquisto di beni del figlio minore è stata, dalla prevalente dottrina, individuata nella presenza, reale o presunta, di un conflitto d'interessi tra genitore e figlio, ed è considerata come particolare applicazione del principio dell'annullabilità del contratto con sé stesso, ai sensi dell'art. 1395 c.c..

L'art. 323 non sarebbe altro che una particolare applicazione del numero terzo dell'art. 1471 c.c. che, tra le disposizioni generali relative alla vendita, esclude che possano essere compratori dei beni amministrati, "nemmeno all'asta pubblica, né direttamente, né per interposta persona", coloro che per legge o per atto della pubblica autorità amministrano beni altrui. Dalla formula dell'articolo sembrerebbe esclusa l'applicazione del divieto al genitore che non esercita la patria potestà; questa opinione risulterebbe convalidata dal divieto di applicazione analogica delle norme che introducono eccezioni alle regole generali (art. 14 preleggi) alla capacità d'acquisto. Ma, innanzitutto, si può dubitare che, nel caso in questione, ci si trovi di fronte ad una interpretazione estensiva più che ad una analogia. Inoltre, si può pensare che se dietro la giustificazione tecnica che si racchiude nel divieto nel contratto con se stesso si trovi la ragione sostanziale della tutela degli

³¹⁷ Cass., Cass., 28-11-1961, n. 2742 (Giust. civ., Mass. 1961, 1229).

³¹⁸ Cass., 29-5-1948, n. 2742 (Foro it., Mass. 1948, 166).

³¹⁹ "Il genitore esercente la patria potestà non può, neppure all'asta pubblica, rendersi acquirente direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore. Gli atti compiuti in violazione di questo divieto possono essere annullati su istanza del figlio o dei suoi eredi o aventi causa. Il genitore esercente la patria potestà non può neppure diventare cessionario di alcuna ragione o credito verso il minore". art. 323, c.c. 1942.

tratto con se stesso si trovi la ragione sostanziale della tutela degli interessi del figlio minore di fronte agli interessi, il possibile conflitto, dei genitori, sia giustificata l'estensione del divieto alla madre, anche per impedire eventuali collusioni tra i due genitori.

Sull'art. 323 c.c., risulta una sola importante pronuncia della Cassazione, venuta a meglio precisare la sua portata. Al termine "acquirente" contenuto nell'art. 323 comma primo c.c., relativo agli atti vietati al genitore deve attribuirsi il significato di soggetto che acquista beni o diritti attraverso negozi *inter vivos*, anche diversi dalla compravendita, senza possibilità di restringere il significato solo a quello di "compratore". Poiché la ratio della norma va ravvisata nello scopo di evitare frodi in danno del minore, a causa del suo stato di soggezione nei confronti del genitore esercente la patria potestà, quando sia in gioco un interesse diretto di quest'ultimo, deve affermarsi che l'art. 323 c.c., dichiara annullabili, su istanza del minore o dei suoi eredi o aventi causa, tutte quelle forme di trasferimento a titolo derivativo, di beni e diritti, dal minore al genitore, qualunque sia il mezzo giuridico attraverso il quale esso sia avvenuto; anche se detto trasferimento comporti un trasferimento di beni o diritti, dal genitore al minore che, visto a sé, sarebbe valido.

Rientra, pertanto, tra i mezzi vietati dall'art. 323 primo comma c.c., anche quello in cui si abbia tra la madre esercente la patria potestà ed il figlio minore una permuta (art. 1552 c.c.) o un contratto atipico assimilabile alla permuta (1322 cpv. c.c.) comportante lo scambio di un bene spettante al minore (nuda proprietà, quale erede dell'altro genitore con un diritto del genitore defunto) con un diritto del genitore (usufrutto *uxorio*).

La potestà concessa al coniuge superstite di chiedere che il suo usufrutto *uxorio* sia concentrato su una posizione concreta di beni della messa trova un limite nel diritto potestativo di commutazione (art. 547 comma primo c.c.) concesso agli eredi dall'art. 581 ultimo comma cpv. c.c.

L'atto con cui eredi e coniuge superstite provvedono consensualmente a commutare il diritto di usufrutto uxorio, spettante a quest'ultimo, in un rendita vitalizia o mediante l'assegno di frutti di beni immobili o capitali ereditari, ha carattere divisionale. Esso è consentito anche al genitore esercente la patria potestà, debitamente munito di provvedimento autorizzativi. Qualora, però, si accerti che le parti (curatore speciale del minore e genitore) non hanno inteso procedere direttamente e immediatamente allo scioglimento della comunione incidentale, neppure in via preliminare e provvisoria, ma hanno mirato esclusivamente e direttamente al risultato finale, di beni ereditari del minore con l'usufrutto del genitore su altri, in tal caso, non essendosi lo scioglimento della comunione attuato con una divisione in senso proprio, né con una commutazione ad effetto divisorio ex art. 547 c.c., bensì con un negozio traslativo e, riducendosi il medesimo ad un effetto marginale, secondario ed indiretto del contratto, completamente assorbito ed annullato da quello finale (realizzante una funzione traslativa), unico voluto dalle parti, esattamente deve ravvisarsi un acquisto invalido da parte del genitore ed annullabile nel suo complesso (tutto il contratto), perché inibito dall'art. 323 c.c.. L'art. 320 c.c., invero, si applica solo alle divisioni in senso tecnico ed a quei negozi giuridici che hanno a scopo, unico e concreto, soltanto l'effetto divisionale, e non a quelli traslativi, che, avendo diversa natura, ricadono sotto il divieto dell'art. 323 c.c.³²⁰.

³²⁰ Cass., 6-4-1970, n. 932 (Giust. civ., 1970, I, 805).

b - Diritto di usufrutto legale³²¹

La giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito i termini della diversità tra usufrutto legale e ordinario, la sua natura, l'estensione e i limiti, in tre note sentenze.

Si vuole, quindi, esporne il contenuto, per poi approfondire e confutare quanto ivi detto:

1) l'usufrutto legale del genitore sui beni dei minori si atteggia diversamente dall'usufrutto ordinario e diversa ne è pure la disciplina giuridica. Il diritto del genitore al godimento dei beni è, infatti, limitato dall'obbligo di provvedere, con i frutti e essi, ai bisogni dei minori, sicché egli, sostanzialmente, amministra i beni stesse nell'interesse dei figli. Da tale specifica destinazione dei beni deriva che non esiste alcun dualismo o contrasto tra proprietario

³²¹ “Il padre ha l'usufrutto dei beni del figlio finché esercita la patria potestà, salvo quanto è disposto nell'art. 328. Non sono soggetti di usufrutto legale:

- 1) i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, ufficio, impiego, professione o arte o in altro modo separatamente col proprio lavoro o con la propria industria;
- 2) i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;
- 3) i beni lasciati o donati con la condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto: la condizione però non ha effetto per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima;
- 4) i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà del padre”. art. 324 c.c.

“Gravano sull'usufrutto legale, oltre gli obblighi propri dell'usufruttuario, le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio”. art. 325 c.c..

“L'usufrutto legale non può essere oggetto di alienazione, di pegno o d'ipoteca, né di esecuzione da parte dei creditori del padre non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva ai bisogni della famiglia.” art. 326 c.c..

“I precedenti articoli sono applicabili alla madre che esercita la patria potestà. L'usufrutto legale passa alla madre anche quando la patria potestà è esercitata dal padre, se questi è escluso dall'usufrutto per cause a lui personali”. art. 327 c.c..

“L'usufrutto legale cessa col passaggio del genitore a nuove nozze”. art. 328 c.c..

“Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio convivente con esso senza procura ma senza opposizione, o anche con procura ma senza l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli o i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti al tempo della domanda”. art. 329, c.c..

poteri di usufrutto dell'immobile, agisce anche e usufrutto e, pertanto, i minori sono direttamente interessati ai rapporti giuridici posti in essere dal loro genitore relativamente alle cose che costituiscono oggetto dell'usu-frutto legale.

Nel caso specifico, quindi, il genitore stipulando in proprio nome una locazione, nell'esercizio dei suoi nell'interesse dei figli minori che, pertanto, sono legittimati ad opporsi alla proroga della locazione in applicazione del principio per cui tale diritto spetta non solo a chi di fatto abbia consentito la locazione stessa ma anche ai soggetti nell'interesse dei quali il rapporto è stato concesso.

E, nel giudizio di opposizione alla proroga instaurato nel nome e nell'interesse del minore dal genitore usufruttuario, questi può intervenire anche in nome proprio per far valere le necessità dell'intero gruppo familiare, e senza che ciò determini alcuna situazione di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato³²².

2) il genitore il quale compie un atto inerente all'usufrutto legale sui beni del minore agisce non in rappresentanza dello stesso ma esclusivamente nell'esercizio del proprio diritto. E se in tale esercizio viene ad offendere il diritto altrui l'abuso è fatto esclusivamente suo proprio e non può risolversi in danno del figlio minore (che, dopo la sua maggiore età non ne risponde)³²³.

3) Ferma l'inalienabilità dell'usufrutto legale, sancita dall'art. 326, c.c., il genitore, nell'esercizio del proprio diritto di usufrutto legale dei beni del minore, ha potestà di compiere in piena autonomia, in nome proprio e non quale rappresentante del minore, tutti gli atti negoziali i cui economici siano però tali da non incidere la conseguenza del patrimonio e diminuirne il valore;

³²² Cass., 21-6-1952, n. 1818 (Foro pad., 1953, I, 1299).

³²³ Cass., 25-7-1970, n. 2510 (Foro it., Rep. 1940, voce Patria potestà, n. 20).

e sempre che sia rispettato l'onere, inerente all'usufrutto stesso, circa le spese di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli minori (art. 325 c.c.).

Il genitore può, senza bisogno di autorizzazione, consentire, se sotto certi aspetti la ritenga vantaggiosa, la sostituzione, nel rapporto locativo soggetto a proroga legale, dell'originario conduttore dell'immobile di proprietà del minore, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 4 L. 1950, n. 253, anche se il supposto vantaggio importi rinuncia ad un precedente maggiore canone³²⁴.

Si vuole avvertire che gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza, nelle pronunce sopra riportate, sembrano corretti e saranno, ora, approfonditi in una ricostruzione dell'usufrutto legale ispirata, in massima parte, dell'opera di un illustre autore.³²⁵

È stata opinione diffusa, anche negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione del nuovo codice civile, che il diritto d'usufrutto accordato al genitore dell'art. 324 gli fosse attribuito come suo diritto individuale privato. Occasione di questo erroneo concetto è stata, anche, una frase che si legge nella Relazione Pisanelli, in cui si dice che esso rappresenta "un corrispettivo delle cure che i genitori prestano alla prole". Ma, basta considerare come l'usufrutto legale sia attribuito solo al genitore che esercita la patria potestà per capire come questo diritto gli debba essere stato accordato per il miglior esercizio della sua funzione e come, perciò, la sua natura giuridica e la relativa disciplina non possano essere diversi da quella che è la natura e la disciplina della patria potestà. Quindi, anche l'usufrutto legale deve essere visto come un diritto familiare da esercitarsi in conformità del fine. Fine che può vedersi nella realizzazione della solidarietà familiare, nella eliminazione o attenuazione delle disparità nel mantenimento, educazione ed istruzione dei figli.

³²⁴ Cass., 16-6-1956, n. 1628 (Foro it., Mass. 1956, 297).

Il diritto d'usufrutto del genitore si presenta di fronte all'usu-frutto ordinario talmente differente da far dubitare che ci si trovi di fronte a un vero usufrutto o anche a un diritto di natura reale. L'opinione prevalente lo considerare usufrutto, ma solo perché tale è definito dalla legge, che richiama anche la disciplina dell'usufrutto (art. 325 c.c.). In realtà, l'usufrutto legale, deve essere considerato diritto soggettivo familiare, quindi l'usufrutto del diritto privato non può essere richiamato che per analogia, tenendo conto della diversità di struttura dei diritti familiari rispetto ai diritti privati. E, solo una volta collocato fra i diritti familiari potrà esser considerato diritto reale, sebbene gli manchino gli effetti tipici.

La più rilevante caratteristica ne è la inseparabilità della proprietà del figlio: il genitore ha l'usufrutto solo in quanto i beni siano del figlio e finché rimangono del figlio.

Viene quindi a mancare il diritto di seguito; ma non perché il diritto non sia reale, ma in quanto esso non può sussistere su beni di terzi.

Si riconosce al genitore usufruttuario una maggiore ampiezza di poteri nei confronti dell'usufruttuario ordinario. Essa viene giustificata per il concorrere del diritto d'usufrutto col potere d'amministrazione. La maggiore ampiezza di poteri si riscontra nella possibilità del genitore di mutare la destinazione economica della cosa, al contrario dell'usufruttuario normale; la spiegazione di questa regola eccezionale consiste nel collegamento tra usufrutto legale e patria potestà, che pone in secondo piano l'eventuale conflitto di interessi tra padre e figlio collocando in suo luogo l'interesse unitario della collocando in suo luogo l'interesse unitario della famiglia; il limite a tale potere deriva dalla esigenza di ottenere dal giudice l'autorizzazione alla modifica, purché corrisponda alla necessità o utilità evidente del figlio.

³²⁵ A. Cicu, *La filiazione*, cit, pp. 340 e succ.

Altrettanto vale per i miglioramenti o le addizioni che il genitore cre-
da di apportare. Al riguardo si ritengono inapplicabili gli artt. 985-986, rico-
noscendosi al genitore il diritto al rimborso delle spese fatte con denaro pro-
prio. Così pure, per le locazioni effettuate dal genitore, si ammette
l'inapplicabilità dell'art. 999.

Carattere particolare assume l'usufrutto legale che abbia ad oggetto
cose consumabili e cose deteriorabili. delle prime il genitore non acquista la
proprietà, mentre tale effetto si verifica *ipso iure* in testa all'usufrutto (art.
995): l'eccezione si desume dall'obbligo dell'im-piego dei capitali riscossi
per il minore (art. 320), che esclude il diritto del genitore di utilizzarli per sé,
restituendoli al termine dell'usufrutto. Neppure è applicabile l'art. 996, det-
tato per le cose deteriorabili, spettando al genitore il potere, e secondo le
circostanze, il dovere, ad alienarle.

Ma, a restringere il campo dei poteri del genitore rispetto al normale
usufruttuario sta la regola della indisponibilità dell'usufrutto legale (art.
326), di contro all'opposto principio sancito dall'art. 980. e un ulteriore limi-
te si riscontra nel vincolo di destinazione disposto dall'art. 325.

Altre due sentenze esplicanti la natura dell'usufrutto legale sono state
pronunciate a proposito dell'art. 326 c.c.:

- 1) l'usufrutto legale del genitore esercente la patria potestà sui beni del
figlio minore può configurarsi come un mezzo per esercitare
l'amministrazione nell'interesse del figlio. Non è perciò cedibile, né
suscettibile di ipoteca o di esecuzione per debiti contratti dal padre
nel proprio interesse³²⁶;
- 2) la norma contenuta nel primo comma dell'art. 326 c.c., che vieta
l'alienazione dell'usufrutto legale, importa che il genitore esercente la
patria potestà non possa trasferite ad altri quel diritto di godimento

³²⁶ Cass., 26-8-1949 n. 2434 (Foro it., Rep. 1949, voce Patria potestà, n. 6).

della cosa che forma il contenuto tipico dell'usu-frutto, ma non è applicabile ai frutti che il genitore usufruttuario fa propri e di cui può ridisporre liberamente³²⁷.

Riguardo l'art. 328 c.c. si è registrata una sola sentenza che ha chiarito come il padre che passa a nuove nozze perde sì l'usufrutto legale sui beni dei figli minori, ma continua ad esercitare la patria potestà su di essi amministrandone i beni e rappresentandoli in tutti gli atti civili³²⁸.

Per chiudere il discorso si riportano le due sentenze che la Cassazione ha dedicato all'art. 329 c.c.

- 1) La parola "coabitazione", usata nell'art. 234 c.c. 1865, non va intesa in senso puramente materiale, ma in quello più aderente ai motivi della disposizione, di una perdurante unità dell'economia domestica, tacitamente consentita dai figli divenuti maggiori di età, non soltanto in ordine all'amministrazione dei beni, già soggetti all'usufrutto legale, ma anche per quanto attiene all'impiego delle rendite dei beni stessi nell'interesse comune del nucleo familiare: concetto, questo, che risalta più chiaramente dall'art. 329, nuovo codice civile, in cui al requisito della coabitazione si è sostituito quello della convivenza per indicare appunto l'unità del regime patrimoniale, affidato ininterrottamente al genitore, già esercente la patria potestà, con la partecipazione alle rendite da parte di tutti i membri della famiglia. La circostanza che i figli dimorino soltanto per breve tempo e saltuariamente nella casa paterna (nella specie, perché ufficiali della marina regia e mercantile) e provvedano con i loro proventi alle proprie spese personali non vale, per se stessa, ad escludere il godimento delle rendite in

³²⁷ Cass., 8-7-1957, n. 2691 (Giust. civ., Rep. 1957, voce Patria potestà, n. 37).

³²⁸ Cass., 23-4-1966, n. 1051 (Foro it., 1967, I, 83).

comune con gli altri membri della famiglia, e non è perciò idonea a far venir meno la applicabilità della disposizione anzidetta³²⁹.

- 2) Col raggiungimento della maggiore età cessa *ipso iure* la funzione di legale rappresentanza del genitore; cosicché, se costui, in tale qualità, abbia posseduto cose o diritti spettanti al minore, dovendo ora egli considerarsi un possessore *nomine alieno*, perde, con la cessazione del suo potere di rappresentanza, anche il possesso giuridico delle cose o del diritto³³⁰.

³²⁹ Cass., 7-4-1941, n. 994 (Foro it., Rep. 1941, voce Patria potestà, n. 10-11).

³³⁰ Cass., 15-6-1943, n. 1478.

5 - Di alcune limitazioni imposte dalla legge all'esercizio della patria potestà

a - L'abuso della patria potestà ³³¹

È necessario segnalare, prima di iniziare l'analisi delle pronunce della Cassazione, come la disciplina dell'abuso, contenuta nell'art. 233 del codice

³³¹ “Il tribunale può pronunciare la decadenza dalla patria potestà quando il genitore viola o trascura con grave pregiudizio del figlio i doveri ad essa inerenti”. art. 330, cod. civ.

“Quando, pronunciata la decadenza, l'esercizio della patria potestà passa alla madre, il tribunale può in speciali circostanze impartire disposizioni alle quali la madre deve attenersi. Il tribunale può anche ordinare che il figlio venga allontanato dalla casa paterna”. art. 331, cod. civ.

“ Il tribunale può reintegrare nella patria potestà il genitore che ne è decaduto, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza fu pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio”. art. 332, cod. civ.

“Quando la condotta del genitore non è tale da dar luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il tribunale può, secondo le circostanze, adottare i provvedimento convenienti all'interesse del figlio e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla casa paterna”. art. 333, cod. civ.

“Se il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale può stabilire le condizioni a cui il genitore deve attenersi nell'amministrazione e privarlo anche, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale.

Disposta la rimozione, l'amministrazione è affidata all'altro genitore e, se questi manca o non può esercitarla, a un curatore”. art. 334 c.c. il genitore rimosso dall'amministrazione ed eventualmente privato dell'usufrutto legale può essere riammesso dal tribunale nell'esercizio dell'una e nel godimento dell'altro, quando sono cessati i motivi che hanno provocato il provvedimento”. art. 335 c.c.

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

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

In caso urgente necessità il giudice tutelare può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio, riferendone al pubblico ministero”. art. 336, cod. civ.

“Il giudice tutelare deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilite per l'esercizio della patria potestà e per l'amministrazione dei beni”. art. 337, cod. civ.

abrogato, sia stata col nuovo codice diversa in più articoli e risulti assai più chiara³³².

Risulta evidente l'importanza fondamentale del concetto di abuso, in quanto limite del potere del genitore inerente alla stessa essenza del potere. Ovunque, il legislatore ha stabilito che esso consiste nella violazione o trascuranza dei doveri inerenti alla patria potestà che provochi o possa provocare un pregiudizio più o meno grave alla persona o ai beni del figlio. Decisivo per giudicare sull'abuso è, quindi, il riguardo all'interesse del minore. Non è richiesto che il genitore sia in colpa. Neanche che le sue mancanze siano gravissime o l'eventuale incapacità manifesta. La maggiore o minore gravità della colpa o incapacità potrà dar luogo a provvedimenti di diverso tenore, applicandosi, di volta in volta, l'art. 330, che prevede la decadenza dalla patria potestà, l'art. 333, concernente misure di minore gravità per la protezione degli interessi morali del minore, l'art. 334, che ne salvaguarda gli interessi patrimoniali.

La maggioranza delle pronunce della Suprema Corte in argomento si sono occupate di questioni connesse al procedimento. Al proposito bisogna rilevare come, vigente il codice del 1865, fosse opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che il procedimento per abuso di patria potestà fosse di giurisdizione contenziosa. L'istanza doveva quindi proporsi nelle forme della citazione, e non in quelle del ricorso, ed il giudizio doveva svolgersi nelle forme contenziose e chiudersi con sentenza. Il nuovo codice, invece, (art. 336) prescrive la forma del ricorso, e vuole che il provvedimento sia preso in camera di consiglio, sentito il genitore.

La Suprema Corte ha preso atto del mutamento della natura del procedimento anzitutto nel risolvere la questione dell'ammissibilità o meno del ricorso per Cassazione.

³³² Per meglio verificare le differenze, in argomento, tra le due codificazioni, si ri-

In una prima decisione, espressa a proposito dell'art. 333, ha stabilito che i provvedimenti emessi in camera di consiglio dell'autorità giudiziaria in ordine all'allontanamento del figlio dal genitore, consequenziale alla condotta di quest'ultimo, non hanno né la forma né la sostanza di sentenze, e non è, quindi, ammissibile ricorso per Cassazione contro quelli pronunciati dalla corte d'appello³³³. Egualmente in una pronuncia di poco successiva, ha deciso che è inammissibile il ricorso per Cassazione proposto contro il provvedimento, emesso in camera di consiglio dalla corte d'appello in sede di reclamo, col quale il genitore esercente la patria potestà è stato rimosso dall'amministrazione dei beni dei figli minori, ai termini dell'art. 334³³⁴.

Un ultimo chiarimento fornito dalla giurisprudenza: i decreti emessi dal tribunale dei minorenni in camera di consiglio e, in seguito a reclamo, dalla corte d'appello, sezione per i minorenni, hanno natura ordinatoria, non contenziosa, perché non risolvono contestazioni intorno a un diritto soggettivo, ma tendono a regolare l'esercizio di un potere-dovere nell'interesse dei minori soggetti alla patria potestà e quindi a soddisfare l'interesse generale nella famiglia; non sono, perciò, impugnabili per Cassazione nemmeno a norma dell'art. 111 Cost.. Il ricorso è ammissibile se il giudice abbia pronunciato sulla competenza con provvedimento avente natura e requisiti di sentenza³³⁵.

Su quest'ultimo punto è invece contraria la decisione del 3-6-1968, n. 1672³³⁶, che si esprime per l'inammissibilità del regolamento di competenza, proposto contro il provvedimento, emanato, sotto la forma di decreto pre-

manda a quanto esposto nell'appendice 3.

³³³ Cass., 13-1-1941, n. 116.

³³⁴ Cass., 19-5-1942, n. 1332.

³³⁵ Cass., 15-4-1961, n. 826 (Giust. civ., 1961, I, 750); Cass., 16-7-1963, n. 1947 (Giust. civ., 1963, I, 919); Cass., 20-10-1965, n. 2518 (Foro it., 1966, I, 749); Cass., 21-10-1965, n. 2177 (Foro it., 1966, I, 1168).

³³⁶ (Giust. Civ., 1968, I, 1842).

scritto per legge, dal tribunale per i minorenni in camera di consiglio in materia di esercizio della patria potestà³³⁷.

Ora si vuole presentare con le parole della stessa Cassazione una questione di diritto sostanziale nella quale si doveva decidere se applicare o meno gli artt. 330 (o 333) e 336: “Non può ritenersi sussistente un diritto dell’avo di visitare il nipote minore; tuttavia, ove il diniego del genitore circa incontri e contatti fra avo e minore non trovi adeguata giustificazione, e si riveli indice di un criterio del tutto in contrasto con le più elementari esigenze di una sana educazione in conformità dei principi della morale, cui la legge vuole improntare la condotta dei genitori nell’esercizio della patria potestà, nulla vieta che in sede competente sia consentito all’interessato di provocare gli opportuni provvedimenti, e tra essi può rientrare anche la massima sanzione della rimozione del genitore dalla patria potestà, diretta alla rimozione degli ostacoli frapposti al soddisfacimento dell’aspirazione morale che è alla base del suddetto preteso diritto³³⁸”.

Quindi non esiste diritto di visita neanche a favore dell’avo; peraltro, se il diniego del genitore circa incontri e contatti col minore non è conforme all’interesse morale ed educativo dello stesso minore, l’avo, benché spoglio di un diritto di visita, può provocare le opportune misure giudiziarie, compresa la rimozione del genitore dalla patria potestà. Trattasi dei provvedimenti previsti dagli artt. 330 e 333 c.c., adottabili, a norma degli art. 336 c.c., su ricorso della madre, dei parenti o del pubblico ministero.

³³⁷ La dottrina, in questo caso, è, prevalentemente, per l’ammissibilità. Ad es.: L. Ferri, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 155: “Può invece ammettersi il ricorso in Cassazione contro decreti camerali che risolvano questioni di competenza o, a maggior ragione, di giurisdizione, pronunciati in grado di appello, o anche in primo grado, se viene proposta istanza di regolamento di competenza”.

³³⁸ Cass., 17-10-1957 (foro it., Rep. 1957, voce Patria potestà, n. 7).

Una pronuncia, concernente l'art. 335 c.c., si occupa di un problema molto discusso in dottrina: quello dell'operatività della revoca dei provvedimenti accessori alla rimozione dell'amministrazione.

Due sono le soluzioni possibili. L'una, più aderente alla lettera della legge (art. 742 c.p.c.), postula l'operatività *ex tunc*, l'altra, più valida con riferimento ai principi, distingue tra annullamento, *ex tunc*, salvi i diritti dei terzi di buona fede, e revoca per ragioni di inopportunità o illegittimità sopravvenuta, con efficacia *ex nunc*. Quest'ultima soluzione ha avuto il sostegno della Cassazione³³⁹.

Il tribunale per i minorenni, secondo quanto dispone l'art. 38 disp. att., è competente per la pronuncia dei provvedimenti di cui agli artt. 330-335 c.c.. Nulla è disposto sì, però, dalla legge per quanto riguarda la competenza territoriale. Sembra preferibile ritenere competente il tribunale minorennile del luogo dove risiede il minore ancorché non coincidente con la residenza del genitore. Questa opinione, largamente seguita, conferma che il provvedimento non ha natura di sanzione o di pena per il genitore. Se, infatti, avesse questo fine, la competenza dovrebbe essere riconosciuta al giudice del luogo di residenza del genitore contro il quale il provvedimento viene richiesto. Ma, avendo per unico scopo la tutela del minore, sembra del tutto logico che ne sia investito il giudice nel cui distretto il figlio ha la residenza, come quello più idoneo a curarne gli interessi. Quindi, al giurisprudenza³⁴⁰ è pervenuta ad indicare la competenza territoriale del tribunale del luogo di residenza del minore solo in considerazione dei principi cui il procedimento che vede come centrale l'interesse del figlio e non quello del genitore, poiché è nell'interesse del figlio che è data o tolta la potestà.

³³⁹ Cass., 14-1-1946, n. 43 (Giur. compl. Cass. civ., 1946, I, 3).

³⁴⁰ Cass., 29-12-1960, n. 3322 (Giust. civ., 1961, I, 212); Cass., 7-6-1948, n. 859 (Foro it., 1948, I, 595).

In questo contesto è rimasta, giustamente, isolata la decisione della Cassazione in data 16-1-1975, n. 167³⁴¹, che ha invece stabilito essere competente il tribunale per i minorenni del luogo di residenza o domicilio del genitore contro il quale il provvedimento è richiesto.

Ultima pronuncia rintracciata in tema d'abuso è quella del 24-10-1957, n. 4080³⁴². Qui, la giurisprudenza della Suprema corte ha negato che il giudice tutelare, anche in caso di urgente necessità, possa, in forza dell'art. 336 c.c., rimuovere il genitore dell'amministrazione del patrimonio del minore, sul presupposto della inderogabilità della competenza funzionale del tribunale, ed ha così motivato: “. Che nei poteri del giudice tutelare possa farsi rientrare quello di rimuovere il genitore dell'amministrazione dei beni del figlio minore, deve in modo assoluto escludere. Espressamente la norma dell'art. 334 c.c. prevede al riguardo la competenza del Tribunale, la quale, senza dubbio, per il suo carattere funzionale, non consente deroghe di sorta. E ciò anche nel caso della urgente necessità contemplata dall'ultimo comma dell'art. 336 c.c., il quale nell'ammettere, per la indicata ipotesi, la possibilità dell'adozione da parte del giudice tutelare di provvedimento temporanei nell'interesse del figlio minore, ha inteso evidentemente rimediare a quelle situazioni anormali e improvvise che possono determinarsi prima o nelle more del procedimento dinanzi al Tribunale, per le stesse prevedendo l'esercizio di un potere del tutto circoscritto nel tempo e per l'oggetto, giammai destinato a sostituirsi a quello proprio dell'organo cui è attribuita specifica competenza in proposito ”.

Per completezza sembra opportuno ricordare che una parte della dottrina³⁴³ ammette, invece, la rimozione dell'amministrazione tra i provvedimenti temporanei e urgenti del giudice tutelare.

³⁴¹ (Foro it., 1975, I, 2043).

³⁴² (Giur. it., 1958, I, 970).

³⁴³ Ad es., A. C. Pelosi, *La patria potestà*, cit., p. 319.

E questa opinione viene affermata richiamando la relazione al progetto definitivo (libro I, n. 341) che riconosce al giudice tutelare il potere di nominare un curatore o amministratore provvisorio e adducendo che la legge non pone limiti al contenuto dei provvedimenti adottabili in caso d'urgenza dal giudice tutelare.

Sembra opportuno premettere ai paragrafi B), C) e D) l'avvertenza che gli artt. 338-341, cui essi riferiscono, sono stati abrogati dall'art. 159 della L. 19-5-1975, n. 51, che ha riformato il diritto di famiglia.

Tali norme statuendo una oggettiva posizione di inferiorità della moglie nei confronti del marito non trovano più giustificazione, in primo luogo nei confronti del principio di eguaglianza fra i coniugi sancito dalla Costituzione, in secondo per la graduale ma progressiva trasformazione della famiglia italiana che ha indotto il legislatore, nel 1975, a ritenere inaccettabile la persistenza delle vecchie sperequazioni fra i coniugi.

b - Condizioni che il padre può imporre alla madre superstite³⁴⁴

A differenza di quanto accaduto vigente il codice civile del 1865, con il nuovo codice la materia regolata dall'art. 338 c.c. non ha dato luogo a importanti dispute di diritto; probabilmente per l'essere la norma in questione tra quelle che più hanno sofferto dell'evoluzione dei costumi nella famiglia italiana.

Da segnalare, dunque, una sola sentenza, assai risalente³⁴⁵. Si decise che è nulla, perché contraria alla legge, la clausola testamentaria con la quale

³⁴⁴ “Il padre può per testamento, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata stabilire condizioni alla madre superstite l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni. La madre che non voglia accettare le condizioni, può domandare di essere dispensata dall'osservazione di esse, e il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero è, se possibile, i parenti sino al terzo grado”. art. 338, cod. civ. 1942.

il padre, con l'imposizione di un consulente alla madre per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei loro beni, abbia inteso in sostanza, dividere tra la madre e il consulente suddetto l'esercizio della patria potestà.

c - Il curatore al ventre³⁴⁶

Su questa norma non risultano decisioni della Suprema Corte; per un commento si rinvia a quanto già detto nella prima parte³⁴⁷.

d - Condizioni imposte dalla legge alla vedova che voglia passare a seconde nozze³⁴⁸

Si registrano, su questo argomento, due importanti sentenze.

³⁴⁵ Cass., 12-2-1941, n. 408 (Foro it., Rep. 1941, , voce Patria potestà, n. 12.)

³⁴⁶ “Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e, occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui”. art. 339, cod. civ. 1942.

³⁴⁷ Vedi capitolo II, prima parte.

³⁴⁸ “La madre, che vuole passare a nuove nozze, deve darne notizia al tribunale prima che sia celebrato il matrimonio. Il tribunale, assunte le informazioni del caso e sentito il pubblico ministero, delibera se l'amministrazione dei beni possa esserle conservata, oppure stabilisce possa esserle conservata, oppure stabilisce condizioni riguardo all'amministrazione stessa e all'educazione dei figli. In caso d'inosservanza della precedente disposizione la madre perde di diritto l'amministrazione e il marito è responsabile in solido dell'amministrazione esercitata in passata e di quella in seguito indebitamente conservata. Il tribunale, su istanza del pubblico ministero o dei parenti o anche d'ufficio, qualora non creda di riammettere la madre nell'amministrazione dei beni, delibera sulle condizioni da osservare per l'educazione dei figli e sulla nomina di un curatore dei loro beni. L'ufficiale dello stato civile, che celebra o trascrive il matrimonio della vedova, deve informare il procuratore del Re entro dieci giorni dalla celebrazione o dalla trascrizione.” art. 340 cod. civ.. “Quando la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni o vi è riammessa, il marito s'intende sempre ad essa associato in quell'amministrazione e ne diviene responsabile in solido.” art. 341 cod. civ..

- 1) È da ritenere che la perdita di diritto dell'amministrazione sia combinata proprio per gli effetti verso i terzi, in modo che costoro sapendo che la madre è passata a nuove nozze, si astengano dal compiere atti finché la condizione giuridica della madre non venga regolarizzata. Si avrà dunque l'annullabilità degli atti compiuti dalla madre, anche se autorizzati dal Tribunale³⁴⁹.
- 2) La madre binuba, che non abbia denunciato al tribunale, a norma dell'art. 340 c.c., il suo intendimento di passare a nuove nozze, pur perdendo di diritto l'amministrazione dei beni dei figli minori nati dal precedente matrimonio, conserva tuttavia l'esercizio della patria potestà su costoro, e pertanto può legittimamente rappresentarli in giudizio quando si tratti di azione che miri a procurare un vantaggio patrimoniale ai figli stessi³⁵⁰.

*e - Nuove nozze del genitore non ariano*³⁵¹

Questa norma è stata abrogata dall'art. 3, D.L.Lgt.14-9-1944, n. 287. Legata alle legislazioni razziali del regime fascista è rimasta conseguentemente travolta dal suo crollo. Non ha dato luogo a sentenze della Cassazione.

³⁴⁹ Cass., 11-7-1939 (Foro it., Rep. 1939, voce Patria potestà, n. 14).

³⁵⁰ Cass., 25-2-1960, n. 333 (Giust. civ., Mass. 1960, 127).

³⁵¹ “Il genitore di razza non ariana, che abbia figli considerati di razza ariana, se passa a nuove nozze con persone di razza pure non ariana, perde la patria potestà sui figli stessi, e la tutela dei medesimi è affidata di preferenza ad uno degli avi di razza ariana”. art. 342 c.c..

APPENDICE

1. cenni sul processo di Codificazione

I lavori preparatori, in senso tecnico, cominciano con la legge delega del 1923, ma, gli eventi che preludono alla nuova codificazione civile possono farsi risalire al 1917, quando, istituita una Commissione reale per il dopoguerra, nella prima delle due Sottocommissioni, presieduta da Vittorio Scialoja, si affrontava una serie di problemi privatistici e si accumulava progetti di riforma. Nel dopoguerra doveva affrontarsi il problema della “smobilitazione legislativa”, cioè dell’abrogazione o dell’inserimento parziale della normativa speciale del periodo bellico nella normativa ordinaria, e “dell’unificazione legislativa”, cioè dell’estensione della normativa nazionale ai nuovi territori italiani.

Tutto il lavoro prodotto da questi problemi indusse, ad un certo punto, il Governo, nella persona del guardasigilli Oviglio, a chiedere alla Camera, il 10-2-1923, una delega per gli opportuni emendamenti al codice civile. La delega fu concessa con la L. 30-12-1923, n. 2814. Essa autorizzava modifiche riguardanti, tra gli altri istituti, la patria potestà. Nel giugno del 1924 fu costituita, per la redazione degli emendamenti e dei progetti, una Commissione reale, divisa a sua volta in quattro Sottocommissioni, la prima delle quali, presieduta da Vittorio Scialoja, era incaricata di predisporre gli emendamenti al Codice civile.

La Sottocommissione iniziò alacremente i suoi lavori nella stessa estate del 1924; ben presto, però, la delega, già assai meno ampia di quella relativa agli altri codici, apparve troppo augusta e riduttiva rispetto ai problemi aperti.

Il 13-1-1925 il nuovo guardasigilli Rocco era in grado di presentare alla Camera un disegno di legge che prevedeva anche nuove modifiche e aggiunte al codice civile.

Il progetto governativo trasformato nella L. 24-12-1925, n. 2260, rimase la normativa base in materia di riforma dei codici. Ottenuta la nuova delega, i lavori della Sottocommissione ripresero, sempre sotto la guida dello Scialoja (sostituito alla morte, avvenuta nel 1933, da Mariano D'Amelio), ad un ritmo assai blando.

“Bisognerà poi attendere il settembre del 1930 perché lo Scialoja sia in grado di presentare a Rocco, cedendo ad ‘insistenti premure’, il progetto del I libro del codice (“Delle persone”), corredato l’anno successivo della relazione. Lo studio di questo progetto (e della relazione) presenta un notevole interesse . È da sottolineare, innanzitutto, che il progetto rivela una notevole continuità, o addirittura omogeneità, con le impostazioni tipiche del vecchio mondo liberale; giovano in questo senso non soltanto le aspirazioni ‘tecno-cratice’ del primo fascismo , ma anche, e soprattutto, il perdurare delle fondamentali strutture sociali, nel trapasso dal vecchio stato al nuovo regime. Un altro punto degno di rilievo è la forza condizionante di questo primo progetto preliminare, come di quelli che lo seguiranno per gli altri libri .

La chiave di lettura più attendibile e proficua del progetto del 1931 resta d’altro canto, quella di una considerazione dei singoli titoli, o eventualmente capi, come ‘progetti’, in certo qual senso ancora individuali, dei singoli relatori, sul presupposto che il lavoro di commissione, che pur alla fine non mancò, non abbia raggiunto i necessari risultati di amalgama e di sintesi”³⁵².

Il titolo IX, “Della patria potestà”, fu affidato a Pietro Bonfante. Questi, “forse ‘imprigionato’ dalla sua preminente natura di storico incline a lar-

ghe e organiche ricostruzioni , e indotto, di conseguenza, ad una visione ‘antica’ (e si direbbe quasi ‘monarchica’) dei poteri del *paterfamilias*, impostò il suo progetto, e la ragione, addirittura su un ritorno a modelli anteriori al codice del 1865: il risultato, se si legge tra le righe della brevissima relazione (che assume toni distaccati e quasi impersonali), fu il rifiuto, da parte della Sottocommissione, dell’impostazione complessiva del relatore (che auspicava ‘un decisivo rinvigorimento della patria potestà’), così come della tesi opposta (che concepiva la patria potestà non come un potere eminentemente disciplinare, ma come una ‘affettuosa cura e debita vigilanza’, riconosciuta ugualmente al padre e alla madre), con la prevalenza finale, quindi, di una tesi ‘media’ (e coincidente con quella già accolta nel codice del 1865); in forza di essa, fra l’altro, pur riconoscendosi come titolari della patria potestà entrambi i genitori, se ne attribuiva l’esercizio solo al padre.

Il progetto preliminare del I libro venne subito sottoposto ai pareri degli organi giudiziari, delle facoltà giuridiche, del Consiglio superiore forense, delle Commissioni reali e dei Sindacati fascisti degli avvocati e dei procuratori, pareri che, raccolti in quattro grossi volumi, poterono essere pubblicati ufficialmente fra il 1933 e il 1934³⁵³.

A partire dal 1936 il lavoro della Commissione reale veniva progressivamente travasato in progetti definitivi, redatti da appositi Comitati di giuristi. Vide così la luce nel 1936, e ormai sotto l’egida dello stesso Ministero di grazia e giustizia, il progetto definitivo del I libro che fu poi sottoposto all’esame di una Commissione parlamentare. Del progetto del I libro la Commissione fu investita dal guardasigilli Solmi nel luglio del 1936; i lavori si conclusero, dopo sessantuno sedute, nel luglio dell’anno successivo.

³⁵² R. Bonini, *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna, Patron, 1982, pp. 59-61.

³⁵³ *Ibidem*, pp. 65-67.

Superato tutto l'iter previsto e ulteriormente riveduto dal guardasigilli, poté esser presentato all'approvazione del Re è pubblicato nel dicembre 1938³⁵⁴, con una relazione del guardasigilli Solmi (il quale sottoponeva poi al Re, nell'aprile del 1939, anche le relative disposizioni di attuazione e transitorie)³⁵⁵; il libro era destinato ad avere esecuzione insieme con le Disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale che lo precedevano, a far tempo dal 1-7-1939. Il lavoro di riunione è coordinamento dei sei libri in un unico testo, fu espletato con l'approvazione del testo unificato del codice a metà di marzo del 1942³⁵⁶ e del testo parimenti unificato delle disposizioni di attuazione e transitoria alla fine dello stesso mese³⁵⁷, cosicché l'intero codice entrava effettivamente in vigore, accompagnato da una complessiva relazione ministeriale, il 21-4-1942.

³⁵⁴ R.D. 12-12-1938, n. 1852.

³⁵⁵ R.D. 24-4-1939, n. 640.

³⁵⁶ R.D. 16-3-1942, n. 262.

³⁵⁷ R.D. 30-3-1942, n. 318.

2. Rilevanza della costituzione e delle sentenze della corte costituzionale in materia di patria potestà

“La portata dei principi accolti dalla Costituzionale in materia di rapporti familiari è evidente già dall’analisi letterale delle norme degli artt. 29, 30 e 31 (...).

(...) le norme della Costituzionale, integrate dalle norme ordinate in altri articoli e in altri titoli, delineano un’immagine di famiglia che certo si contrappone e contrasta con quella, ispirata ad un modello autoritario, del codice civile. Al principio di libertà e autonomia della famiglia si affianca infatti il principio del ‘consenso’ quale unica regola di governo dei rapporti familiari, e ancora il principio del rispetto della personalità dei singoli membri, ora considerati nella loro funzione di coniugi (‘eguaglianza morale’), ora considerati nella loro posizione di figli (diritto di essere educati, istruiti, mantenuti, senza discriminazioni collegate ai diversi status). .

In particolare, i principi accolti dagli artt. 29, 30 e 31 sono una specificazione, all’interno del gruppo familiare, delle direttive degli artt. 2 e 3 della Costituzione, là dove la famiglia appare innegabilmente come ‘formazione sociale’ ove si svolge la personalità dei singoli, di cui la Repubblica tutela i diritti inviolabili, e, ancora, appare la prima cellula sociale nella quale debbono dissolversi le profonde contraddizioni della società italiana, ineguale e discriminatoria (art. 3/1 e 2).

Il principio del consenso e del rispetto della dignità e della personalità dei singoli trova poi ampia conferma nella disposizione dell’art. 29/2 Cost. che rimuove gli ostacoli che una risalente tradizione aveva opposto alla parità dei coniugi. Viene in altri termini scardinato il sistema familiare ordinato gerarchicamente, ed erosa alle radici la supremazia maritale un tempo indiscutibile. Tali disposizioni prefigurano un modello di famiglia nel quale viene ridata alla donna la sua funzione di compartecipe delle decisioni della vita

familiare e di membro *sui juris*, responsabile titolare di poteri di direzione e di indirizzo. Ma il dettato costituzionale estende ancor più i diritti della donna-moglie, dal momento che assicura non solo l'eguaglianza giuridica, ma anche l'eguaglianza 'morale'. Quest'ultima costituisce un *quid pluris* rispetto alla uguaglianza formale, e indica appunto che alla donna, al di là del nucleo di poteri e di diritti che le sono riconosciuti, è necessario assicurare una 'dignità' non compressa e lacerata dalla supremazia maritale. E, il limite dell'unità cui la Costituzione stessa subordina il principio di eguaglianza, non deve essere inteso come ostacolo al formarsi di una famiglia fondata su diritti paritari, ma anzi come lo strumento necessario per realizzare la stessa eguaglianza giuridica e morale.

Anche le norme previste dagli artt. 30 e 31 in materia di filiazione e diritto dei minori hanno una forte portata innovativa del sistema tradizionale, che da sempre esprime la tendenza a intravedere nel 'minore' un soggetto privo di capacità di agire, e quindi necessariamente soggiogato, secondo modelli di educazione autoritaria alla volontà indiscutibile dei genitori (e, in particolare, del 'capo' della famiglia). , le direttive della Costituzione, non solo escludono la legittimità di metodi educativi autoritaristici, ma si propongono di delineare un sistema nel quale al minore deve essere assicurata la massima 'assistenza' nel suo significato più chiaro. Il minore nella famiglia trova la prima formazione sociale ove necessariamente si sviluppa e matura la sua personalità, in un clima di libertà e di scelta autonoma dei valori"³⁵⁸.

Fin qui, il significato delle norme costituzionali. Esse in questa come in altre materie, costituivano un elemento di rottura nei confronti della normativa preesistente, la quale avrebbe dovuto essere subito modificata e adeguata ai precetti della Costituzione.

³⁵⁸ M. Bessone, G. Alpa, A. D'Angelo, G. Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., pp. 19-22.

Ma, specie in un primo periodo in una materia familiare ci fu una convergente azione politica, giurisprudenziale dottrinale volta a far sì che questo non si verificasse, è uno dei più eleganti pretesti giuridici fu la distinzione tra norme precettive e programmatiche, distinzione che sminuì molte importanti norme costituzionali.

Ora, strumento della giurisprudenza per ottenere rispetto delle norme costituzionali è il giudizio di costituzionalità della norma giuridica, esercitato dalla Corte Costituzionale.

Questa, quindi, avrebbe potuto giocare un ruolo determinante di stimolo nei confronti del legislatore abrogando quelle norme che, con evidenza, si ponevano in contrasto con i precetti costituzionali in materia.

Ma, un'analisi delle sentenze in materia mostra come, al contrario, la Corte sia ricorsa a contorti e poco convincenti motivazioni per respingere le eccezioni di incostituzionalità che più volte ha dovuto considerare, limitandosi, in alcune occasioni, nel momento in cui confermava la costituzionalità delle norme esaminate, a sollecitare l'intervento riformatore del legislatore.

Una sentenza importante, ma anche illusoria, è quella del 22-21964, n. 9. Il giudizio verteva sulla costituzionalità dell'art. 574 cod. pen., che attribuiva al solo genitore esercente la patria potestà la titolarità del diritto di querela per il reato di sottrazione di persone incapaci. Secondo il Pretore di Roma l'art. 574 cod. pen. (e per analogia l'art. 573 cod. pen.) contrastava con gli artt. 29/2 e 30/1 Cost., in quanto limitava il diritto di querela al genitore esercente la patria potestà.

Si riporta parte della motivazione della Corte: "La Corte ritiene fondata la proposta questione.

La disposizione che, relativamente al delitto di sottrazione di persone incapaci preveduto dall'art. 574 cod. pen., limita il diritto di querela al solo coniuge esercente la patria potestà lede il principio della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dal secondo comma dell'art. 29 della Costitu-

zione, né la disposizione è tale da potersi considerare, ai sensi dello stesso art. 29, come uno dei limiti che la legge stabilisce a garanzia dell'unità familiare.

Nella disciplina giuridica del diritto di querela vige il principio generale che pone sullo stesso piano entrambi i genitori senza distinzione fra esercente e non esercente la patria potestà all'uno e all'altro concedendo la potestà di presentare querela (art. 120 c.p.).

E' da ritenere che la sottrazione del minore importi una offesa che non va circoscritta alla sola posizione dell'esercente la patria potestà, ma che investe tutta la famiglia, nella intera consistenza dei suoi interessi sociali, morali e affettivi. La inclusione della sottrazione dei minorenni nel titolo dei delitti contro la famiglia, lungi dall'essere il frutto di una classificazione meramente formale, trova, per questa ipotesi, una rispondenza effettiva nella natura e nella estensione dell'offesa. Se questa pertanto deve ritenersi tale da superare il circoscritto interesse inerente all'esercizio della patria potestà ne consegue necessariamente una diversa corrispondente estensione della soggettività passiva, con la inclusione anche dell'altro coniuge, il quale investito della patria potestà pur non avendone attualmente l'esercizio, non può, in questa ipotesi, essere escluso dalla rappresentanza della famiglia e della tutela dei suoi interessi".

Sopra, si è definita "illusoria" questa sentenza, questo perché nei successivi tentativi di mettere nel nulla varie norme concernenti la patria potestà, si riportava sempre questa sentenza ad esempio nella convinzione che essa rappresentasse il primo passo della Corte sulla via dell'adeguamento dello "spirito" della patria potestà a quello che era lo "spirito" della normativa costituzionale.

Questa illusione veniva, prontamente, dissolta dalla Corte a partire dalla sentenza 27-12-1965, n. 101, che doveva decidere della costituzionalità degli artt. 22,23,91 cod. proc. pen. in riferimento ai soliti articoli.

Si riportano le parole della Corte per sottolineare il ridimensionamento dell'importanza e della portata della sentenza n. 9 del 1964: "il diritto di costituirsi parte civile nel procedimento penale nell'interesse del minore è attribuito nel vigente ordinamento al genitore esercente la patria potestà non da una particolare norma limitatrice della posizione dell'altro coniuge, bensì in applicazione del sistema generale della rappresentanza dell'incapace, di cui la rappresentanza in giudizio è una delle manifestazioni. (...), nei confronti del minore incapace essa altro non è che una delle tante azioni che nel suo interesse possono essere esercitate dal suo legittimo rappresentante. Né la posizione del coniuge non esercente la patria potestà subisce da quella che si verifica in ogni altra ipotesi di rappresentanza del minore.

La Corte ritiene, d'altra parte, che non a proposito sia stata invocata la sentenza n. 9 del 1964. con questa sentenza fu dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 573 e 574 c.p. nella parte in cui limitavano il diritto di querela al solo genitore esercente la patria potestà; ma ciò avvenne per ragioni che se, in via generale, possono farsi rientrare nella tutela degli interessi dei minori, in realtà non sono identificabili con quelle che specificamente riguardano il sistema della rappresentanza degli interessi civili, e risalgono invece a quelle preminenti esigenze di interesse pubblico che si riassumono nel principio del *favor quaerelae* e in rapporto alla quali la disparità fra i due coniugi non ha ragione di essere".

Altro caso pure negativamente deciso dalla Corte Costituzionale, con sentenza 23-5-1966, n. 49, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, è quello relativo all'ordinanza, in data 10-7-1965, del Tribunale per i Minorenni di Torino, con la quale fu ritenuta non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 340 cod. civ., che prevede, com'è noto, ai fini della conservazione dell'amministrazione dei beni dei

minori, un controllo dell'autorità giudiziaria nel solo caso di nuove nozze della madre e non in genere nel caso di nozze del genitore superstite.

Si riportano e, al tempo stesso, si commentano alcuni passi della sentenza: "La norma fa parte di quella complessa disciplina dei rapporti familiari sulla quale, come questa Corte ha già osservato, opportuno un sistematico intervento legislativo. Tuttavia la questione è infondata. (La Corte invece di provocare l'intervento del legislatore con lo strumento di cui è dotata, la pronuncia di incostituzionalità, si limita a una raccomandazione).

Poiché l'art. 29 Cost. garantisce l'uguaglianza dei coniugi come fondamento e ordine del matrimonio, appare manifesto che l'una è voluta solo in funzione dell'altro; dimodoché col cessare del vincolo matrimoniale, pur dovendosi rispetto al principio generale di uguaglianza (art. 3 Cost.), cade la ragione di quella speciale garanzia.

Colla cessazione del matrimonio vengono meno quei rapporti interconiugali che esigono l'assoluta parità morale e giuridica dei soggetti (senonché qui si viola l'art. 3 Cost., e l'unica spiegazione alla situazione di disuguaglianza, che può venire ex art. 29 Cost., l'esigenza di salvaguardare il principio dell'unità, viene meno per riconoscimento della stessa Corte).

Dato ciò, nel sancire che alla madre rimasta vedova, e non al padre rimasto vedovo, possa essere negata l'amministrazione dei beni, il legislatore è stato mosso indubbiamente dal proposito di tutelare gli interessi dei figli di primo letto (lodevole intenzione, dispiace si sia formata a metà strada), la norma, anche perché il suo motivo ispiratore ritorna in altre disposizioni del codice, non può dirsi arbitraria (s'insegna, di solito, che la Corte Costituzionale dovrebbe giudicare prendendo a riferimento le norme della Costituzione, non i principi ispiratori dei vari codici!).

Per concludere il discorso, un'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale, dove questa ribadisce con chiarezza le sue convinzioni in materia. La sentenza fa seguito all'ordinanza in data 7-1-1966 del Pretore di Imola

che ritenne non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 316, cod. civ., relativamente all'inciso "questa potestà è esercitata dal padre" e dell'art. 320 cod. civ., relativamente all'inciso "il padre rappresenta i figli nati e nascituri e ne amministra i beni": quanto sopra, sempre in relazione agli artt. 3 e 29/2 e 30/1 della Costituzione. Anche in tal caso la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'infondatezza con la sentenza 8-7-1967, n.102.

Si riportano le parti più esplosive: "Deve osservarsi anzitutto, quanto all'art. 316 cod. civ., che la censura è infondata. Ed invero la patria potestà, è attribuita in modo congiunto ad entrambi i genitori, così come risulta evidente dalla detta norma impugnata secondo cui "il figlio è soggetto alla potestà dei genitori"; sicché, ciascuno di essi, quando esercita la potestà, lo fa *iure proprio*. La madre quindi, quando, nelle ipotesi previste dalla legge, viene autonomamente chiamata a tale esercizio, assume la pienezza di un potere di cui, peraltro, era già titolare.

Con ciò, pertanto, può escludersi senz'altro che alla madre venga conferita solo una potestà puramente astratta e priva di piena efficacia, come è invece sostanzialmente affermato nell'ordinanza di rinvio.

E se indubbiamente, secondo il sistema del codice, è riconosciuta una prevalenza della volontà del padre in ordine alle funzioni in esame, è altresì vero che questa distinzione ripete la sua origine dalla esigenza, comunemente avvertita in ogni umano consorzio, stesso. Il sistema posto in essere dal legislatore quindi, sia pure risentendo indubbiamente della tradizione storica che ha visto nel padre il capo famiglia, non ha fatto che provvedere alla descritta esigenza fondamentale quando ha affidato l'esercizio della potestà ad un solo dei genitori.

D'altra parte, la parità morale e giuridica dei coniugi è garantita dall'art. 29, secondo comma, della Costituzione 'con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia della unità familiare'. Il che vuol dire che il legislatore or-

dinario è appunto autorizzato ad individuare e codificare quelle limitazioni che siano obiettivamente necessarie ai fini delle fondamentali esigenze di organizzazione della famiglia.

Concludendo pertanto, poiché la prevalenza della volontà paterna nell'esercizio della patria potestà è conseguenza della sopraccennata esigenza unitaria, e siccome questa rientra indubbiamente fra i limiti della parità morale e giuridica dei coniugi di cui all'art. 29, 2° comma, della Costituzione, la Corte ritiene che l'impugnato art. 316 cod. civ. non si ponga in contrasto con il detto precetto costituzionale.

Le considerazioni che precedono sono integralmente valide anche in relazione all'altra norma impugnata, cioè all'art. 320 cod. civ.”.

Pertanto, appare chiaro come la Corte Costituzionale non ha esercitato se non in forma blanda, in materia di patria potestà, una forte funzione di stimolo al legislatore per indurlo ad adeguarsi al dettaglio costituzionale.

Le norme costituzionali verranno prese, seriamente, in considerazione solo con la riforma del diritto di famiglia, nel 1975, che segna la sostituzione della “patria potestà” con la “potestà dei genitori”.

3. Tavole di raffronto sull'evoluzione normativa dell'istituto della patria potestà

A) *Raffronto tra gli artt. 220-239 del codice civile del 1942*

Artt. 220.239 codice civile 1865.

220/1 - Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori.

220/2-3-4 - Egli è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione.

Durante il matrimonio tale potestà è esercitata dal padre, e, se egli non possa esercitarla, dalla madre.

Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite

Artt. 315-342 codice civile 1942.

315 - Il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori.

316 - Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione. Questa potestà è esercitata dal padre.

Dopo la morte del padre e negli altri casi stabiliti dalla legge essa è esercitata dalla madre.

317 - Nel caso di lontananza o d'altro impedimento che renda impossibile al padre l'esercizio della patria potestà, questa è esercitata dalla madre.

Sostanzialmente simili, il codice del '42 è più esplicito nel concedere, in determinati casi, l'esercizio alla madre e nel ricomprendere gli impedimenti fattuali.

221/1 - Il figlio non può abbandona-

318 - Il figlio non può abbandonare

nare la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata, senza permesso del medesimo, *salvo per causa di volontario arruolamento nell'esercito nazionale.*

Ove se ne allontani senza permesso, il padre ha diritto di richiamarlo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al *presidente del tribunale civile.*

Eliminata l'eccezione del volontario arruolamento, che sostanzialmente permane nell'art. 144, T.U. 8-9-1932, n. 1332.

La competenza giudiziaria è passata al giudice tutelare.

222/1 - Il padre che non riesca a frenare *traviamenti* del figlio, può *allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari*, e ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale, collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione o correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo.

L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, ed il presidente

la casa paterna o quella che il padre gli ha destinata. Qualora se ne allontani senza permesso, il padre può richiamarlo, ricorrendo, se è necessario, al *giudice tutelare.*

318 - Il padre che non riesce a frenare la *cattiva condotta* del figlio, può, salva l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali, collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale.

L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente.

Il presidente del tribunale, *assunte informazioni*, provvede con decreto senza formalità di atti e senza dichiarare i motivi.

provvederà senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del suo decreto.

223 - Nei casi indicati nei due articoli precedenti contro i decreti del presidente del tribunale è ammesso il ricorso al presidente della corte di appello e sarà sempre sentito il pubblico ministero.

Nel nuovo codice viene usata l'espressione "cattiva condotta" in quanto i "traviamenti" provocano l'applicazione di un distinto provvedimento, deliberato dal tribunale dei minorenni in camera di consiglio, con cui il minore di 18 anni traviato, ex art. 25 L. 27-5-1935, n. 835, sull'istituzione del tribunale dei minorenni, deve essere ricoverato in una delle case di rieducazione di minorenni, di cui all'art. 11 del R.D. 20-9-1934, n. 1579.

È stata abrogata la facoltà paterna di allentamento del figlio dalla famiglia. Viene esplicitamente prevista l'assunzione di informazioni prima del decreto.

224 - Il padre rappresenta i figli nati e i nascituri in tutti gli atti civili, e ne amministra i beni.

Egli però non può alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui od altre *obbligazioni* eccedenti i limiti

Contro il decreto del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della corte di appello, il quale provvede sentito il pubblico ministero.

320 - Il padre rappresenta i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.

Egli tuttavia non può alienare, ipotecare, dare in pegno i beni del figlio, *rinunziare ad eredità, accettare donazioni o legati soggetti a*

della semplice amministrazione, se non per cause di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile. Nascendo conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi ed il padre sarà nominato ai figli un curatore speciale. *La nomina del curatore sarà fatta dall'autorità giudiziaria davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile.*

225 - Per la riscossione dei capitali, o per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento, basterà l'autorizzazione del pretore a condizione di nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso.

pesi e condizioni, chiedere divisioni, contrarre in nome di lui mutui, locazioni oltre il novennio, o compiere altri atti eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione, né transigere o promuovere giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio stesso e dopo autorizzazione del giudice tutelare.

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

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

Se sorge conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi e il padre, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale.

La lista esemplificativa degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione è stata allungata.

Innovativa la precisazione dell'autorizzazione anche per transigere o promuovere giudizi relativi ad atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Qui, si è respinto il criterio, accolto dalla giurisprudenza formatasi vigente il codice del 1865, che non fosse mai necessario per il genitore esercente la patria potestà la autorizzazione giudiziale a stare in giudizio, e si è distinto invece tra il giudizio promosso dal genitore, nel qual caso l'autorizzazione è necessaria quando si tratti di atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, e il giudizio promosso da altri, nel qual caso l'autorizzazione non è mai necessaria.

La competenza passa al giudice tutelare là dove spettava al tribunale e al pretore. Viene regolata l'ipotesi di esercizio di impresa commerciale.

226 - Le eredità devolute ai figli soggetti alla patria potestà saranno accettate dal padre col beneficio dell'inventario.

Se il padre non possa o non voglia accettarle, il tribunale, a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti od anche sull'istanza fatta d'ufficio dal procuratore del Re, potrà autorizzarne l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre.

321 - Se il padre non può o non vuole accettare le eredità devolute ai figli nati o nascituri e le donazioni ad essi fatte, le eredità e le donazioni possono essere accettate, previa autorizzazione del giudice tutelare, dalla madre o da qualunque ascendente.

Quando manca l'accettazione della madre o dell'ascendente, il tribunale, su richiesta del figlio stesso o di alcuno dei parenti o anche su istanza del pubblico ministero, può autorizzare l'accettazione, premessa la

nomina di un curatore speciale e sentito il padre.

Il primo comma dell'art. 226 è divenuto superfluo per la previsione del beneficio d'inventario nell'art. 471 del nuovo codice.

Alla eredità sono equiparate le donazioni assorbendo così l'art. 1059 del 1865.

Nel nuovo codice l'autorizzazione del tribunale su richiesta del figlio o di alcuno dei parenti o del pubblico ministero è preceduta dall'autorizzazione del giudice tutelare su richiesta della madre o di qualunque ascendente.

227 - La nullità degli atti fatti in contravvenzione ai precedenti articoli non può essere opposta che dal padre o dal figlio e dai suoi eredi o aventi causa.

322 - Gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli possono essere annullati su istanza del padre o del figlio o dei suoi eredi o aventi causa.

323 - Il genitore esercente la patria potestà non può, neppure all'asta pubblica, rendersi acquirente direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore.

Gli atti compiuti in violazione di questo divieto possono essere annullati su istanza del figlio o dei suoi eredi o aventi causa.

Il genitore esercente la patria potestà non può neppure diventare cessionario di alcuna ragione o credito verso il minore.

L'art. 323 porta nella "*sedes materiae*" il vecchio 1457. Si ricollega alla disciplina del conflitto d'interessi (320).

228 - Il padre ha l'usufrutto dei *beni che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo*, e lo conserva sino a che il figlio sia emancipato od abbia raggiunto l'età maggiore.

229 - Non sono soggetti all'usufrutto legale:

- 1) i beni lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, la quale condizione però sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima;
- 2) i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;
- 3) i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del padre;
- 4) i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di mili-

324 - Il padre ha l'usufrutto *dei beni del figlio* finché esercita la patria potestà, salvo quanto è disposto nell'art. 328.

Non sono soggetti ad usufrutto legale:

- 1) i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, ufficio, impiego, professione o arte o in altro modo separatamente col proprio lavoro o con la propria industria;
- 2) i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;
- 3) I beni lasciati o donati con la condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto: la condizione però non ha effetto per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima;
- 4) I beni prevenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà del padre.

zia, uffizi, impieghi, professioni ed arti, o altrimenti col proprio lavoro e colla propria industria separata.

Per i beni soggetti ad usufrutto si usa formula più ampia. Nel nuovo art. 324 vengono compresi i vecchi artt. 228 e 229.

230 - Sono inerenti all'usufrutto legale i seguenti pesi:

- 1) le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio:
- 2) *il pagamento delle annualità o degli interessi dei capitali che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto;*
- 3) tutti gli altri obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari.

325 - Gravano sull'usufrutto legale, oltre gli obblighi propri dell'usufruttuario, le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio.

Il nuovo art. 325 è formulato in maniera più sintetica.

326 - L'usufrutto legale non può essere oggetto di alienazione, di pegno o d'ipoteca, né di esecuzione da parte dei creditori.

L'esecuzione sui frutti dei beni del figlio da parte dei creditori del padre non può aver luogo per i debiti

che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Non ha un corrispondente nella vecchia normativa. Qui, si sono codificati i risultati raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente sulla inalienabilità dell'usufrutto legale e sulla esecuzione sui frutti.

Da notare che, in linea di principio, è concessa al creditore del padre, l'esecuzione sui frutti; questo diritto trova però un limite nella circostanza che il creditore conoscesse che il debito era contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

231 - Le disposizioni dei precedenti articoli sono applicabili alla madre che esercita la patria potestà. L'usufrutto legale passa alla madre anche quando la patria potestà è esercitata dal padre, ove questo ne sia escluso per cause a lui personali.

232 - L'usufrutto legale cessa colla morte del figlio e col passaggio del genitore ad altre nozze.

234 - Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio *abitante con esso* senza procura ma senza opposizio-

327 - I precedenti articoli sono applicabili alla madre che esercita la patria potestà. L'usufrutto legale passa alla madre anche quando la patria potestà è esercitata dal padre, se questi è escluso dall'usufrutto per cause a lui personali.

328 - L'usufrutto legale cessa col passaggio del genitore a nuove nozze.

329 - Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio *convivente con esso* senza procura ma senza opposizio-

ne, od anche con procura ma senza condizione di rendere conto dei frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda.

233 - Se il genitore abusa della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze del figlio, il tribunale sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero, potrà provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio o di un curatore di beni di lui, privare il genitore dell'usufrutto in tutto o in parte, e dare quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio.

L'abuso dei poteri disciplinato nel vecchio art. 233, viene riformulato, diviso in più articoli e meglio precisare nel nuovo codice.

L'art. 330 prevede decisamente la decadenza dalla patria potestà, laddove il legislatore del codice abrogato prevedeva generici provvedimenti.

ne, o anche con procura ma senza l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli o i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti al tempo della domanda.

330 - Il tribunale può pronunciare la decadenza dalla patria potestà quando il genitore viola o trascura con grave pregiudizio del figlio i doveri ad essa inerenti.

233 - (Vedi sopra).

331 - Quando, pronunciata la decadenza, *l'esercizio della patria potestà passa alla madre*, il tribunale può in speciali circostanze impartire disposizioni alle quali la madre deve attenersi. Il tribunale può anche ordinare che il figlio venga allontanato dalla casa paterna.

A differenza di quanto previsto nel vecchio art. 233, alla decadenza per abuso la patria potestà spetta automaticamente alla madre, salvo che la decadenza sia pronunciata anche nei suoi confronti.

332 - Il tribunale può reintegrare nella patria potestà il genitore che ne è decaduto, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza fu pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

221/2 - 3 - Qualora giuste cause rendessero necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, *il presidente*, sull'istanza dei parenti o anche del pubblico ministero, prese informazioni senza formalità giudiziali, provvede nel modo più conveniente senza esprimere nel decreto

333 - Quando la condotta del genitore non è tale da dar luogo alla pronunziata di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, *il tribunale* può, secondo le circostanze, adottare i provvedimenti convenienti all'interesse del figlio e può anche disporre l'allontanamento di lui dal-

alcun motivo.

Se vi sia pericolo nel ritardo, provvede il *pretore*, riferendone immediatamente al presidente, il quale conferma, revoca, o modifica il dato provvedimento.

la casa paterna.

Nei casi di pericolo d'abuso la competenza passa al tribunale dei minori.

233 - (Vedi sopra).

334 - Se il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale può stabilire le condizioni a cui il genitore deve attenersi nell'amministrazione o può rimuoverlo dall'amministrazione stessa e privarlo anche, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale.

Disposta la rimozione, *l'amministrazione è affidata all'altro genitore* e, se questi manca o non può esercitarla, a un curatore.

Anche qui viene sottolineato come in caso di rimozione del padre dell'amministrazione questa spetti automaticamente alla madre.

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

223 - Nei casi indicati nei due articoli precedenti contro i decreti del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della corte d'appello e sarà sempre sentito il pubblico ministero.

336 - I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso *della madre*, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche dal genitore interessato.

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

In caso di urgente necessità il giudice tutelare può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio, riferendone al pubblico ministero.

Si è respinto il criterio, pure accolto dalla giurisprudenza, che il procedimento per abuso di patria potestà fosse di natura contenziosa, e si è adottato invece il procedimento mediante ricorso.

Da sottolineare la preminenza data al ricorso della madre.

235 - Il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni. La madre che non voglia accettare le stabilite condizioni, può chiedere di esserne dispensata facendo convocare dal pretore un *consiglio di famiglia* composto a norma degli articoli 252 e 253, affinché deliberi sulla chiesta dispensa. La deliberazione del consiglio di famiglia sarà sottoposta all'omologazione del tribunale il quale provvederà, sentito il pubblico ministero.

337 - Il giudice tutelare deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilite per l'esercizio della patria potestà e per l'amministrazione dei beni.

338 - Il padre può per testamento, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni.

La madre, che non voglia accettare le condizioni, può domandare di essere dispensata dall'osservanza di esse; e il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero e, *se possibile*, i parenti sino al terzo grado.

Viene abolito il consiglio di famiglia.

236 - Se alla morte del marito e moglie si trova incinta, il tribunale, sull'istanza di persona interessata, può nominare un curatore al ventre.

237 - La madre, volendo passare a nuovo matrimonio, deve prima far convocare un *consiglio di famiglia* a norma degli articoli 252 e 253.

Il *consiglio* delibererà se l'amministrazione dei beni debba essere conservata alla madre, e le potrà stabilire condizioni riguardo alla stessa amministrazione e all'educazione dei figli.

Le deliberazioni del *consiglio di famiglia* saranno sottoposte al tribunale per i suoi provvedimenti a norma dell'articolo 235.

238 - In mancanza della convocazione richiesta dall'articolo precedente, la madre perderà di diritto

339 - Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e, occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui.

340 - La madre che vuole passare a nuove nozze, deve darne notizia al tribunale prima che sia celebrato il matrimonio. Il tribunale, assunte le informazioni del caso e sentito il pubblico ministero, delibera se l'amministrazione dei beni possa esserne conservata, oppure stabilisce condizioni riguardo all'amministrazione stessa e all'educazione dei figli.

In caso di inosservanza della precedente disposizione la madre perde di diritto l'amministrazione e il marito è responsabile in solido dell'amministrazione esercitata in passato e di quella in seguito indebitamente con-

l'amministrazione, e suo marito sarà responsabile in solido di quella esercitata per lo passato ed in appresso indebitamente conservata.

Il *pretore*, sull'istanza del pubblico ministero o di alcuna delle persone indicate negli articoli 252 e 253, ed anche d'ufficio, deve convocare il *consiglio di famiglia* per deliberare sulle condizioni da stabilirsi per l'educazione dei figli e sulla nomina di un curatore ai loro beni.

Il *consiglio di famiglia* può riammettere la madre all'amministrazione dei beni. Alle deliberazioni del *consiglio di famiglia* sono applicabili le disposizioni del secondo capoverso dell'art. 237.

servata.

Il *tribunale*, su istanza del pubblico ministero o dei parenti o anche d'ufficio, qualora non creda di riammettere la madre nell'amministrazione dei beni, delibera sulle condizioni da osservare per l'educazione dei figli e sulla nomina di un curatore ai loro beni.

L'ufficiale dello stato civile, che celebra o trascrive il matrimonio della vedova, deve informarne il procuratore del Re entro dieci giorni dalla celebrazione o dalla trascrizione.

Le attribuzioni dello scomparso consiglio di famiglia e del pretore passano al tribunale dei minori.

L'informazione dell'ufficiale dello stato civile viene portata direttamente nella disciplina della patria potestà.

239 - Quando la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni o vi fu riammessa, suo marito

322 - Quando la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni o vi è riammessa, il marito s'intende sem-

s'intende sempre associato alla medesima nell'amministrazione, e ne diviene responsabile in solido.

pre ad essa associato in quell'amministrazione e ne diviene responsabile in solido.

342 - Il genitore di razza non ariana, che abbia figli considerati di razza ariana, se passa a nuove nozze con persona di razza pure non ariana, perde la patria potestà e figli stessi, e la tutela dei medesimi è affidata di preferenza ad uno degli avi di razza ariana.

B) Raffronto tra gli art. 313 - 340 del libro I, nuovo codice, in vigore dal 1-7-1939 agli artt. 315 - 342 del codice civile del 1942, in vigore dal 21-4-1942

Tra la prima versione del I libro nuovo codice civile, entrato in vigore autonomamente il 1-7-1939, e quella definitiva, in vigore con l'intero nuovo codice dal 21-4-1942, si riscontrano alcune variazioni nella lettera dell'istituto della patria potestà.

Libro I. Testo approvato con R. D.
12-12-1938, n. 1852.

Titolo IX - Della patria potestà.
Artt. 313 - 340

Codice civile 1942.

Titolo IX - Della patria potestà.
Artt. 315 - 342.

318 - (Rappresentanza e amministrazione).

Il padre rappresenta i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.

Egli tuttavia non può alienare, ipotecare, dare in pegno i beni del figlio, *cedere capitali*, rinunciare ad eredità, accettare donazioni o legati soggetti a pesi e condizioni, chiedere divisioni, contrarre in nome di lui mutui, locazioni oltre il novennio o *altre obbligazioni* eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione, né transigere o promuovere giudizi relativi a tali atti, se non per necessità evidente del figlio stesso e dopo autorizzazione del giudice tutelare, *salvo quanto è disposto nel codice di commercio*.

I capitali non possono essere riscossi senza autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina l'impiego. Se sorge conflitto d'interessi tra figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi e il padre, è nominato ai figli un cura-

320 - (Rappresentanza e amministrazione).

Il padre rappresenta i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.

Egli tuttavia non può alienare, ipotecare, dare in pegno i beni del figlio, rinunciare ad eredità, accettare donazioni o legati soggetti o legati soggetti a pesi e condizioni, chiedere divisioni, contrarre in nome di lui mutui, locazioni oltre il novennio o *compiere altri atti* eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione, né transigere o promuovere giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio stesso e dopo autorizzazione del giudice tutelare.

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

L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale, su parere del giudice tutelare.

tore speciale.

Il curatore è nominato dall'autorità giudiziaria davanti alla quale verte il giudizio, e in ogni altro caso dal giudice tutelare.

Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sull'istanza.

Se sorge conflitto d'interessi tra figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi e il padre, il *giudice tutelare* nomina ai figli un curatore speciale.

Nel testo del 1942 si nota anzitutto la soppressione dall'elenco degli atti eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione del “cedere capitali”, evidentemente ritenuto già compreso nella restante lettera dell'articolo.

All'espressione “obbligazioni” eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione si è sostituita quella più lata di “atti”.

Alla fine del secondo comma, nel testo del 1939, si dice “salvo quanto è disposto nel codice di commercio”. Con la codificazione del 1942 l'Italia scelse la strada dell'unificazione del diritto delle obbligazioni, eliminando il codice di commercio e inserendone il corpo normativo nel codice civile. Quindi il riferimento al codice di commercio e si è aggiunto un nuovo comma per regolare l'ipotesi dell'esercizio di un'impresa commerciale.

Per finire, nel testo del 1939 come in quello del 1865, era disposto che il curatore fosse nominato dall'autorità giudiziaria davanti alla quale fosse vertente il giudizio, nel testo del 1942, invece, la competenza è, in ogni caso, del giudice tutelare.

322 - (Usufrutto legale).

Il padre ha l'usufrutto dei beni del figlio finché esercita la patria potestà, salvo quanto è disposto nell'art. 326.

Non sono soggetti ad usufrutto legale:

- 1) i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, ufficio, impiego, professione o arte o in altro modo separatamente col proprio lavoro o con la propria industria;
- 2) i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;
- 3) i beni lasciati o donati con la condizione e che il padre non ne abbia l'usufrutto: la condizione però non è valida per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima;
- 4) i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà del padre.

324 - (Usufrutto legale).

Il padre ha l'usufrutto dei beni del figlio finché esercita la patria potestà, salvo quanto è disposto nell'art. 328.

Non sono soggetti ad usufrutto legale:

1. i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, ufficio, impiego, professione o arte o in altro modo separatamente col proprio lavoro o con la propria industria;
2. i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione;
3. i beni lasciati o donati con la condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto: la condizione però *non ha effetto* per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima;
4. i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettarli nell'interesse del figlio contro la volontà del padre.

Nella terza categoria di beni non soggetti ad usufrutto legale, Troviamo che la condizione di cui ivi si parla nel caso di beni spettanti al figlio

a titolo di legittima, nel caso del 1939 veniva ritenuta invalida, nel testo del 1942 senza effetto.

335 - (Vigilanza del giudice tutelare).

Il giudice tutelare deve vigilare sull'osservanza delle condizioni stabilite per l'esercizio della patria potestà e per l'amministrazione dei beni.

337 - (Vigilanza del giudice tutelare).

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

Nel nuovo testo, per evitare equivoci, viene espressamente indicato che è "il tribunale" a stabilire le condizioni, l'osservanza delle quali deve essere vigilata dal giudice tutelare.

337 - (Curatore del nascituro).

Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, su istanza di *persona interessata* o dal pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e, occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui.

339 - (Curatore del nascituro).

Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, su istanza di *chiunque vi abbia interesse* o del pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro e, occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui.

Qui la modifica sembra di natura esclusivamente formale. L'espressione "persona interessata" era presente anche nell'art. 236 del

1865. l'espressione "chiunque vi abbia interesse" può, forse, considerarsi più chiara.

338 - (Nuove nozze della madre).

La madre che vuole passare a nuove nozze, deve darne notizia al tribunale prima che sia celebrato il matrimonio. Il tribunale, assunte le informazioni del caso e sentito il pubblico ministero, delibera se l'amministrazione dei beni possa essere conservata, oppure stabilisce condizioni riguardo all'amministrazione stessa e all'educazione dei figli. In caso di inosservanza della precedente disposizione la madre perde di diritto l'amministrazione e il marito è responsabile il solito dell'amministrazione esercitata in passato e di quella in seguito indebitamente conservata.

Il tribunale, su istanza del pubblico ministero o dei parenti o anche d'ufficio, qualora non credasi riammettere la madre nell'amministrazione dei beni, delibera sulle condizioni da *stabilire* per

324 - (Usufrutto legale).

La madre che vuole passare a nuove nozze, deve darne notizia al tribunale prima che sia celebrato il matrimonio. Il tribunale, assunte le informazioni del caso e sentito il pubblico ministero, delibera se l'amministrazione dei beni possa, esserle conservata, oppure stabilisce condizioni riguardo all'amministrazione stessa e all'educazione dei figli.

In caso di inosservanza della precedente disposizione la madre perde di diritto l'amministrazione e il marito è responsabile in solito dell'amministrazione esercitata in passato e di quella indebitamente conservata.

Il tribunale, su istanza del pubblico ministero o dei parenti o anche d'ufficio, qualora non creda di riammettere la madre nell'amministrazione dei beni, delibera sulle condizioni da *osservare* per l'educazione dei figli e sulla nomina di

l'educazione dei figli e sulla nomina di un curatore ai loro beni,

L'ufficiale dello stato civile, che celebra o trascrive il matrimonio della vedova, deve informarne il procuratore del Re entro 10 giorni dalla celebrazione o dalla trascrizione.

un curatore ai loro beni.

L'ufficiale dello stato civile, che celebra o trascrive il matrimonio della vedova, deve informarne il procuratore del Re entro 10 giorni dalla celebrazione o dalla trascrizione.

Riguardo le condizioni fissate dal giudice per l'educazione dei figli, nel testo del 1942 si è, giustamente, voluto sottolineare il momento della applicazione, piuttosto che, come nel testo del 1939, quello della deliberazione.

BIBLIOGRAFIA

ANTEFATTO

- Caporossi Colognesi Luigi**, *Patria potestà* (Diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto, Vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982.
- Longo Giannetto**, *Patria potestà* (diritto romano), in Nuovissimo Digesto Italiano, V. XII, Torino, U.T.E.T., 1957.
- Pertile Antonio**, *Storia del diritto italiano*, Vol. III, Bologna, A. Forni, 1966.
- Roberti Meichiorre**, *Lineamenti di storia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1933, 2° vol.
- Schwarzenberg Claudio**, *Patria potestà* (Diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto, V. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982.
- Ungari Paolo**, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- Vismara Giulio**, *Impius foedus*, Milano, Giuffrè, 1950.

PRIMA PARTE

- Abello Luigi,** *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, Fratelli Brocca Editori, 1904, v. I.
- Amati Riccardo,** “*Patria potestà*”, Dizionario pratico del diritto privato, v. V, Milano, Vallardi, 1937-39.
- Bianchi Francesco Saverio,** *Corso di codice civile italiano*, 2a ediz. ampliata, Torino, U.T.E.T., 1909, v. VII.
- Buniva Giuseppe,** *Del diritto delle persone*, Torino, 1871, v. II.
- Caliendo Leopoldo,** “*Obbedienza al genitore o tutore*”, Dizionario pratico del diritto privato, n. IV., Milano, Vallardi, 1937-39.
- Ciccarello Sebastiano,** “*Patria potestà*”, Enciclopedia del diritto, V. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982.
- Cicu Antonio,** *Diritto di famiglia*, Roma, Athenaeum, 1914.
- Codice civile - Commentario libro I**, Firenze, Barbera, 1940.
- De Ruggiero Roberto,** *Istituzioni di diritto civile*, 7a edizione ridotta, Messina-Milano, Casa Ed. Giuseppe Principato, 1934, v. II.
- Dogliotti Massimo,**
- Dusi Bartolomeo,** *Istituzioni di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1929, v. I.
- Ferrando Gilda,** *La famiglia nel nuovo diritto*, 3a ediz., Bologna, Zanichelli, 1986.
- Gianturco Emanuele,** *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Sarbera, 1921.
- Maroi Fulvio,** “*Orfani di guerra*”, Dizionario pratico del di-

- ritto privato, v. IV, Milano, Vallardi, 1934.
- Mortara Lodovico,** *Commentario del codice e delle leggi di Procedura civile*, Milano, Vallardi, s.d., v. II.
- Pacifici-Mazzoni Emidio,** *Istituti di diritto civile italiano*, 4a ediz., Firenze, Fratelli Cammelli, 1919, v. VII.
- Parziale Enrico,** “*Orfani di guerra*”, Nuovo Digesto Italiano, V. IX, Torino, U.T.E.T., 1939.
- Piola Giuseppe,** *Delle persone incapaci*, 2a ediz., Torino, U.T.E.T., 1928, v. II.
- Ravà Adolfo,** *Istituzioni di diritto Privato*, Padova, Cedam, 1934, v. I.
- Ricci Francesco,** *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, Unione Tipografico Editore, 1877, v. I.
- Ricci Francesco,** *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, Unione Tipografico Editore, 1686, v. I, parte II.
- Sansa Adriano,** *I diritti del Minore*, Bologna, Zanichelli, 1977.
- Sechi Orazio,** “*Abuso della patria potestà*”, Dizionario pratico del diritto privato, v. I, Milano, Vallardi, 1937-39.
- Stolfi Francesco,** *Il nuovo codice civile commentato*, Napoli, Jovene, 1939.
- Stolfi Nicola,** *Diritto civile*, Torino, U.T.E.T., 1921, v. V.
- Ungari Paolo,** *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- Venzi Giulio,** *Manuale di diritto civile italiano*, 3a ediz., Torino, U.T.E.T., 1928.

SECONDA PARTE

- Comeno Angelo, Mario Bernardo,** *La patria potestà*, Roma, Arti grafiche Ed. A. Urbinati, 1955.
- Barassi Lodovico,** *Istituzioni di diritto privato* Milano, Giuffré, 1939.
- Baviera Ignazio,** *Diritto minorile*, Milano, Giuffré, 1957.
- Bonini Roberto,** *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna, Patron, 1982.
- Brunetti Raffaele,** *Patria potestà e tutela nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1970.
- Bucciante Alfredo,** “*Potestà dei genitori*”, *Enciclopedia del diritto*, v. XXXIV, Milano, Giuffré, 1982.
- Camerino Sergio,** “*Violazione dei doveri inerenti alla patria potestà e grave pregiudizio per il minore*”, Corti di Brescia, Venezia e Trieste, 1965, 635.
- Cataudella Antonio,** “*Patria potestà*”, *Enciclopedia forense*, v. V, Milano, Vallardi, 1960.
- Cheli Enzo,** “*Principi generali di eguaglianza e graduazione degli interessi nell’ambito familiare*”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 804.
- Ciccarello Sebastiano,** “*Patria Potestà*”, *Enciclopedia del diritto*, v. XXXII, Milano, Giuffré, 1982.
- Cicu Antonio,** *La filiazione*, Torino, U.T.E.T., 1958.
“*Lo spirito del diritto familiare nel Codice civile annotato*”, (a cura di) A. Torrente, G.

Pescatore, C. Ruperto, 6a ed. agg., Milano, Giuffré, 1973.

Codice civile annotato, (a cura di) G. Pescatore, C. Ruperto, 7a ed. rif., Milano, Giuffré, 1978.

Codice civile commentato, (a cura di) E. La Porta, G. Tamburino, V. I, Roma, Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1963.

Codice civile annotato con la giurisprudenza della Cassazione, (a cura di) Andrea Torrente e Gabriele Pescatore, 5a ed. ampl., Milano, Giuffré, 1967.

Codice civile. Commentario libro I, Firenze, Barbera 1940.

Codice delle leggi sulla famiglia. Prima appendice aggiornata al 31-12-1970, (a cura di) F. Santosuosso, Milano, Giuffré, 1971.

De Cupis Adriano, *“Ancora in tema di limiti all’esercizio della patria potestà”*, Il foro italiano, 1963, I, p. 1493.

Degni Francesco, *Il diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 1943.

Dogliotti Massimo, Giacalone Enzo, Sansa Adriano, *I diritti del minore*, Bologna, Zanichelli, 1977.

Bessone, Alpa, D’Angelo, Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto (Dai principi della Costituzione alle riforme del Codice Civile)*, 3a ed., Bologna, Zanichelli, 1986.

Ferri Luigi, *Della potestà dei genitori*, Bologna, Zanichelli, 1988.

Fiorentini Scipione, *Esiste contraddizione tra gli articoli 317 e 322 Codice Civile?”*, Vita notarile, 1963, p. 382.

- Il Codice Civile commentato**, (a cura di) Abate e Vasta, Piaenza, La Tribuna, 1971.
- La Costituzione italiana**, annotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, (a cura di) Antonio S. Agrò, Carlo Lavagna, Franco E. Scoca, Paolo Viticci, 2a ed. riv. e agg., Torino, U.T.E.T., 1979.
- Martinez Giovanni**, “*Patria potestà*”, Nuovo Digesto Italiano, V. IX, Torino, U.T.E.T., 1939.
- Milone Leonardo**, “*Le vicende della patria potestà nell’affidamento dei minori...*”, Vita notarile, 1970, p. 604.
- Modugno Franco**, “*La patria potestà e la sua difficile sopravvivenza*”, Giurisprudenza costituzionale, 1967, p. 1134.
- Morone Ettore**, “*Orfani*”, Nuovissimo Digesto Italiano, V. XII, Torino, U.T.E.T., 1957.
- Pajardi Piero**, “*Patria potestà e affidamento dei minori nella giurisprudenza*”, Rivista di diritto matrimoniale, 1963, p. 599.
- Pelosi Angelo Carlo**, “*La spettanza della patria potestà nella famiglia legittima*”, Jus, 1964, p. 253.
- Protetti Ettore, Protetti Cesare Augusto**, *Patria potestà. Tutela ed emancipazione. Minori. Interdizione e inabilitazione. Alimenti atti dello stato civile. Artt. 315-455*, Novara, Edizioni Pem, 1974.
- Rassegna di giurisprudenza sul codice civile**, (diretta da) Rosario Nicolò, Mario Stella - Richer, 9a ed. agg., Milano, Giuffré, 1969.

- Rapporti etico sociali, artt. 29-34** (artt. 29-31, a cura di Mario Bessone), Commentario della Costituzione, (a cura di) Giuseppe Branca, Bologna, Zanichelli, 1976.
- Realmente Francesco,** *“Rapporti tra genitori e figli”*, Rivista trimestrale di diritto civile, 1973, p. 1153.
- Rotondi Mario,** *Istituzioni di diritto privato*, 5a ediz. inv. della 4a del 1942, Milano, Casa ed. Ambrosiana, 1945.
- Sacerdote Anselmo,** *“La patria potestà e le condizioni psichiche di chi la deve esercitare”*, Scuola positiva, 1960, p. 73.
- Schlesinger Piero,** *“Costituzionalità dell’attribuzione al padre dell’esercizio della patria potestà sui figli naturali riconosciuti da entrambi i genitori”*, Giurisprudenza costituzionale, 1966, p. 980.
- Stella Richer Mario, Sgroi Vittorio,** *Delle persone e della famiglia*, Torino, U.T.E.T., 1967.
- Trabucchi Alberto,** *“Patria potestà e interventi del giudice”*, Rivista di diritto civile, 1961, I, p. 223.
- Zanchini Francesco,** *“Libertà della persona e responsabilità dei coniugi nell’attuazione della Costituzione”* Iustitia, 1965, p. 461.
- Zavattaro Maria Luisa,** *“Considerazioni sull’esercizio della patria potestà”*, Iustitia, 1959, p. 138.