



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
**DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI
ED ECONOMICI NEI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI**

DOTTORATO DI RICERCA

**Comparazione e diritti della persona
VIII ciclo nuova serie**

TESI DI DOTTORATO

Affido condiviso in diritto comparato

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione**

**Dottoranda
Dott.ssa Michela Pelosi**

**Tutor
Prof.ssa Francesca Naddeo**

Anno accademico 2008-2009

INDICE

	Pag.
<i>Introduzione</i>	1

CAPITOLO I

LA NUOVA NORMATIVA IN TEMA DI AFFIDO CONDIVISO: L. N. 54 dell' 08/02/2006.

	Pag.
1. Le ragioni della riforma.	4
2. Ambito di applicazione della legge n. 54 del 08/02/2006.	17
3. Il principio dell'affidamento condiviso.	23
4. La tutela della continuità del legame affettivo.	36
5. Potestà genitoriale.	46
5.1 Art. 155 III comma c.c..	50
5.2 Modalità di esercizio della potestà genitoriale.	52

CAPITOLO II

MODALITA' DI AFFIDAMENTO DIVERSI DA QUELLO CONDIVISO.

	Pag.
1. L'affidamento esclusivo. Ambito applicativo residuale.	64
2. Criteri di scelta tra affidamento condiviso ed affidamento esclusivo.	68
3. L'affidamento a terzi.	74
4. La responsabilità aggravata per opposizione all'affidamento Condiviso.....	79
5. I Provvedimenti relativi ai figli.....	80

5.1 La regolamentazione dei rapporti con ciascuno dei genitori.....	83
6. Il mantenimento dei figli.....	84
6.1 Il mantenimento diretto e l'assegno periodico.....	87
6.2 Il mantenimento del figlio maggiorenne.....	90
7. L'assegnazione della casa familiare.....	91
8. La revisione delle disposizioni sull'affidamento.....	95
9. Differenze rispetto all'affido congiunto.....	97

CAPITOLO III

L'AFFIDAMENTO CONDIVISO IN EUROPA.

1. Affido condiviso nei principali paesi europei.....	109
1.1 Affido condiviso in Olanda, Svezia e Germania.....	110
2. Affido condiviso in Francia.....	112
3. Affido condiviso in Inghilterra e Galles.....	117
<i>Conclusioni</i>	124
<i>Apendice Normativa</i>	127
<i>Bibliografia</i>	138

INTRODUZIONE

Il codice del 1865 non conteneva alcuna indicazione circa i criteri di utilizzazione per l'affidamento dei figli in caso di separazione, difatti il problema era di scarsa rilevanza. Il codice del 1942 indicava nell'art. 155 c.c. solo che il Tribunale doveva indicare a quale genitore andassero affidati i figli.

In epoca antica la giurisprudenza era solita collegare il problema dell'affidamento alla valutazione della colpa, evitando così di lasciare i minori al coniuge che avesse provocato la separazione per ingiurie gravi, sevizie o adulterio.

Prima della sentenza della Corte Costituzionale n° 127 del 1968 l'adulterio poteva dar luogo alla separazione solo se commesso dalla moglie (l'adulterio del marito rendeva ammissibile l'azione di separazione solo se il fatto costituiva ingiuria grave alla moglie).

Altri criteri in uso per stabilire l'affidamento dei figli prendevano in considerazione l'età ed il censo (chi avesse maggiori possibilità economiche, si riteneva, potesse prendersi maggiormente cura dei minori ed assicurargli un futuro migliore). Quindi, anche quest'ultimo criterio, come quello dell'infedeltà, privilegiava la figura maschile.

Tale situazione vigeva, comunque, in un periodo in cui il divorzio non esisteva e l'affidamento trovava

applicazione solo nell'ambito di una separazione "colpevole".

Difatti, nel momento in cui le separazioni sono divenute un fenomeno rilevante nella società, la situazione è mutata.

Il legame obbligatorio tra colpa ed affidamento dei figli è stato scisso dall'elaborazione del concetto di interesse del minore e dell'assoluta prevalenza di esso su ogni altro parametro.

Il giudice, quindi, deve aver riguardi innanzitutto a ciò che sia meglio per i figli, e poiché una persona può essere un pessimo coniuge ma un ottimo genitore, deve affidare i figli anche a chi sia macchiato di "colpe" se le stesse non hanno diretta incidenza sul rapporto affettivo ed educativo con la prole.

Anche il criterio del censo è andato man mano scomparendo sia perché il giudice della separazione deve stabilire il mantenimento del coniuge economicamente più debole e della prole in modo da assicurargli un tenore di vita analogo a quello esistente in costanza di matrimonio, sia perché i valori personali sono considerati superiori a quelli economici.

Il criterio che si è andato affermando nella prassi consiste nel legame derivante dalla cura quotidiana che la madre ha nei confronti dei figli, cui corrisponde una funzione diversa del padre, figura più dedita al lavoro esterno.

Nel momento in cui la condizione dei padri mutava, parallelamente al ruolo della donna, la quale entrava a pieno titolo nel mondo del lavoro, abbandonando le mura domestiche, questa situazione veniva considerata ingiusta ed anacronistica.

Da qui un combattimento in cui ognuno ha adoperato tutti i mezzi a propria disposizione per prevalere sull'altro.

Tutto ciò, naturalmente, non ha realizzato l'interesse del minore, il quale desidera mantenere unito il contesto in cui è nato.

Sicuramente i genitori hanno diritti e meritano tutela, ma la posta in gioco per il minore è più alta. (Studi statistici e psicologici hanno dimostrato i danni che il minore può subire a seguito di vicende di separazione o divorzio, la cui conseguenza per lui è stata la perdita di uno dei genitori, giuridica, fattuale o psicologica).

Con l'affermazione per legge del principio della bigenitorialità i genitori vengono aiutati a comprendere che, quali che siano le loro opinioni nei confronti dell'ex partner, devono imparare a collaborare nell'interesse dei figli (la bigenitorialità è rimedio alla conflittualità).

Il sistema di riferimento potrebbe essere quello attualmente in vigore in Inghilterra e nel Galles, dove si punta al "minor intervento possibile" da parte del giudice.

L'intervento autoritativo è considerato l'ultima opzione qualora gli strumenti mediativi non siano stati in grado di far emergere un accordo fra le parti.

CAPITOLO I

LA NUOVA NORMATIVA IN TEMA DI AFFIDO

CONDIVISO: L. N. 54 dell' 08/02/2006.

SOMMARIO: 1. Le ragioni della riforma. — 2. Ambito di applicazione della legge n. 54 del 08/02/2006. — 3. Il principio dell'affidamento condiviso. — 4. La tutela della continuità del legame affettivo. — 5. Potestà genitoriale. — 5.1 *Art. 155 III comma c.c.*. — 5.2 *Modalità di esercizio della potestà genitoriale.*

1. Le ragioni della riforma.

La legge sull'affido condiviso (n. 54 dell'8 febbraio 2006) è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale l'1/03/2006, entrando in vigore il successivo 16 marzo.

“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga

la seguente legge:

Art. 1.

Modifiche al codice civile

1. L'art. 155 del codice civile è sostituito dal seguente:

<<Art. 155 (Provvedimenti riguardo ai figli).- Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori.

Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte

di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze dei figli;*
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;*
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;*
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;*
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.*

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.>>.

1. Dopo l'articolo 155 del codice civile, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, sono inseriti i seguenti:

<<Art. 155-bis (Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso). – Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad un solo genitore qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

La riforma operata con la l. 8/02/2006, n. 54 è stata subito individuata come un intervento normativo di primaria importanza per il diritto di famiglia, capace di indurre mutamenti del regime giuridico dei rapporti familiari di portata non inferiore a quelli che seguirono la riforma del diritto di famiglia del 1975 e la disciplina del divorzio di cui alla legge del 1970 e del 1987.

In questo caso si interviene direttamente nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli e, specificamente, in tema di affidamento dei minori in caso di dissoluzione del nucleo familiare, argomento sul quale il legislatore ha iniziato a fornire al giudice criteri di decisione solo a partire dalla l. 1/12/1970, n. 898.

Il processo che conduce all'emanazione della disciplina del 2006 trae origine da vari fenomeni evidenziatisi nel corso degli anni: in primo luogo l'evoluzione giurisprudenziale nella quale era emerso come modello privilegiato di affidamento quello c.d. esclusivo, ad uno

dei due genitori (in prevalenza, la madre), con residua, minoritaria applicazione di forme di affidamento congiunto, subordinatamente alla permanenza di condizioni favorevoli nei rapporti tra i genitori; in secondo luogo l'intervento di significativi strumenti normativi di diritto sopranazionale aventi ad oggetto la condizione del minore, con l'affermazione dei principi in essi contenuti, quali la Convenzione sui diritti del fanciullo¹, ratificata dall'Italia con l. 27/05/1991, n. 176, dove era già affermato il diritto del minore alla c.d. bigenitorialità (artt. 9, 3° co., 10, 2° co., e 18), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza dal Consiglio europeo in data 7-9/12/2000 (art. 24), la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori², entrata in vigore in Italia in data 1/11/2003, che contempla la possibilità del minore di partecipare alle procedure giudiziarie familiari che lo riguardano, la conv. Vilnius 3/05/2003, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, diretta a garantire il diritto del minore a mantenere il contatto con entrambi i genitori, e il reg. CE 27/11/2003, n. 2001³, che prevede una causa di non riconoscimento delle decisioni giudiziarie sulla responsabilità genitoriale, nel caso di mancato ascolto del minore; in terzo luogo l'introduzione di analoghi principi nella legislazione di numerosi paesi principi nella

¹ conv. New York 20/11/1989.

² conv. Strasburgo 25/01/1996.

³ reg. Bruxelles 2 bis

legislazione di numerosi paesi della comunità europea: nella relazione al p.d.l. n. 66 presentato nella XIV legislatura, si faceva espresso riferimento, a tal fine, al fatto che <<*vari Paesi stanno modificando uno dopo l'altro i propri ordinamenti giuridici per riconoscere nella condivisione dell'affidamento la soluzione più idonea a salvaguardare l'interesse⁴ del minore*>>, con specifici riferimenti a Svezia, Grecia, Spagna (fino dal 1981), Regno Unito (Children Act 14/10/1991), Francia (l. 8/01/1993), Belgio (l. 13/04/1995), Russia (l. federale 29/12/1995, n. 223), Olanda (l. 1/01/1998), Germania (l. 1/06/1998); in quarto luogo, analisi di ordine sociologico: sempre nella relazione al p.d.l. n. 66 presentato nella XIV legislatura, si rilevava, infatti che: *la possibilità di accesso per il genitore non affidatario, in questi affidamenti a un solo genitore, è abitualmente limitata ad un fine settimana alternato e a 15 giorni in estate. In questa situazione, che trasforma di fatto la separazione tra i genitori in perdita per i figli del genitore non affidatario, non può stupire che si riscontri una altissima percentuale di minori disastriati che, nei casi meno gravi, necessitano di trattamenti di psicoterapia, per avere sviluppato una condizione di dipendenza da un genitore (in genere la madre) e di rifiuto nei confronti dell'altro (quasi sempre il padre). A ciò si aggiunge l'elevata conflittualità tra gli ex-coniugi, per i quali frequentemente ai motivi personali di rancore si sommano*

le tensioni per un rapporto con i figli mal risolto per entrambi. In sostanza, quindi, l'affidamento ad un solo genitore, ben lungi dal privilegiare gli interessi del minore, come pure si propone in teoria la legge vigente⁴, si dimostra funzionale, e perfettamente, solo agli interessi di padri poco consapevoli e responsabili, che chiudendo i rapporti con l'ex coniuge pensano di non avere più altro dovere verso i figli che la corresponsione di un assegno, e di madri frustate o morbosamente possessive che intendono servirsi dei figli per consumare vendette nei confronti dell'ex marito (rel. p.d.l. n. 66, XIV legislatura). E' un dato di fatto, infatti, che, anche a seguito delle forti critiche ricevute sia dall'affidamento congiunto che dall'affidamento alternato⁵, il sistema precedente, ormai consolidato, dava luogo nella grande maggioranza dei casi ad affidamento monogenitoriale:

l'art. 155 c.c., nel testo anteriore alla Novella del 2006, stabiliva che il giudice, pronunciando la separazione, doveva dichiarare a quale dei coniugi dovessero essere affidati i figli minori, ponendo a base della decisione esclusivamente la tutela del loro interesse morale e materiale. Veniva così sancita espressamente la regola dell'affidamento della prole ad uno dei genitori (es. affidamento esclusivo) e precisamente a quello ritenuto

⁽⁴⁾ Che riforma le norme del codice civile in materia di diritto di famiglia, legge 19 maggio 1975, n. 151

⁽⁵⁾ Dagna P. "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento dei figli" 2006.

dal giudice più idoneo a ridurre al minimo i danni derivanti dalla crisi familiare e ad assicurare lo sviluppo fisico, morale e psicologico del minore. Anche se la giurisprudenza, sulla base dell'affermata applicabilità analogica dell'art. 6 comma 2, l. div., aveva riconosciuto al giudice il potere di disporre, anche nella separazione, ove ritenuto utile all'interesse dei minori anche in relazione alla loro età, l'affidamento congiunto o alternato previsto per il divorzio⁶.

Con una serie di conseguenze:

Mentre risultava condizionato alla ricorrenza di gravi motivi, ai sensi del comma 5 del precitato art. 155 c.c., ed in tal senso poteva considerarsi eccezionale, l'affidamento della prole a terzi o, in via ancor più residuale, il collocamento della stessa in un Istituto di educazione. Occorre, tuttavia, rilevare come l'affidamento congiunto, pur ammissibile, ha trovato nel sistema previgente, un'applicazione del tutto marginale, essendo la sua adozione condizionata alla ricorrenza, al momento della separazione, del massimo spirito collaborativo tra i genitori, ai quali finiva per essere demandata la esclusiva valutazione sulla opportunità della sua adozione. In altre parole, l'affidamento congiunto non era quasi mai disposto o imposto dal giudice, il quale si limitava a recepire una conforme volontà dei coniugi. Mentre la mancanza di spirito

⁽⁶⁾ Marini R. "Conflittualità dei coniugi e affidamento condiviso" 2007.

collaborativo – e quindi l'inesistenza del presupposto stesso dell'affidamento congiunto – si desumeva dalla stessa richiesta di separazione giudiziale o di affidamento (esclusivo) della prole. In un certo senso, si può forse dire che la richiesta di affidamento congiunto era il risultato di una decisione realmente ed effettivamente condivisa. E in un sistema in cui l'affidamento esclusivo rappresentava la regola non c'è da stupirsi se la scelta dell'affidamento congiunto proprio per l'elevato tasso di conflittualità riscontrabile quasi sempre nella crisi del rapporto coniugale finiva per risultare un'ipotesi residuale e statisticamente insignificante. Sotto un diverso aspetto, può, poi, osservarsi che il genitore che alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza appariva il naturale destinatario dell'affidamento del minore (come nel caso della madre durante i primi anni di vita del figlio) non aveva alcun motivo per risolvere il conflitto con l'altro coniuge e garantire così ai figli il mantenimento di una situazione genitoriale immutata. Circostanza, questa, che rendeva ancora più teorica la previsione dell'affidamento congiunto dei figli minori. Nel sistema previgente era altresì previsto:

- che il giudice (seppure non ne fosse vincolato) dovesse tenere conto degli accordi dei genitori (art. 155 c.c.) e potesse disporre, qualora lo ritenesse strettamente necessario, l'audizione dei figli minori (art. 6 l. div.);

- *che il genitore affidatario avesse l'esercizio esclusivo della potestà sul minore anche se le decisioni più importanti – quali, ad esempio, quelle di maggior rilievo relative all'istruzione ed all'educazione della prole – erano demandate ad entrambi i genitori;*
- *che al genitore non affidatario fosse riservato (tranne nei casi di pregiudizio all'interesse dei minori) il es. diritto di visita, finalizzato – nelle intenzioni del legislatore – a mantenere vivo il suo rapporto affettivo con i figli e a consentirgli di vigilare sull'educazione degli stessi⁷.*

Se, dunque, il principio fondamentale della riforma si poteva ritenere già presente anche nella legislazione precedente, la realtà storica è che nella prassi veniva privilegiato l'affidamento monogenitoriale.

La giurisprudenza si era, infatti, assestata su una impostazione risalente, che discendeva dall'epoca della separazione per colpa, per cui l'affidamento della prole finiva per rappresentare il premio per il coniuge incolpevole.

Su questa prassi l'intervento del legislatore è stato deciso e preciso, come si ricava dal tenore dell'attuale art. 155 c.c., che inizia con una affermazione di principio, di natura programmatica, provvedendo, nei fatti, a capovolgere il sistema vigente, con l'affermazione

⁷ MariniR. "La tutela del minore tra formule legislative e decisioni giurisprudenziali", in DFP, 2008.

dell'affidamento ad entrambi i genitori come regola, e l'esclusione di uno dei genitori dall'affidamento come eccezione; e con l'ulteriore affermazione della necessità di partecipazione del minore alla procedura, mediante l'obbligo di ascolto del minore nel processo concernente l'affidamento, a condizione della sussistenza di determinati requisiti (capacità di discernimento, che è presunta al raggiungimento dei dodici anni di età).

A seguito della riforma del 2006 il diritto ad avere un rapporto con entrambi i genitori (c.d. diritto alla bigenitorialità) costituisce un diritto soggettivo del minore, da collocarsi nel novero dei diritti della personalità⁸.

In quest'ottica la l. 8/02/2006, n. 54 si collega strettamente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, che costituisce un completamento, e rappresenta l'intervento normativo più rilevante, in materia, dopo quello del 1975.

In proposito in dottrina si fa notare che le norme sono state inserite direttamente nel corpo del codice civile, a sottolinearne l'importanza e la centralità, e non collocate in una norma speciale esterna al codice.

Di non minore importanza è l'intento di dare alla materia dell'affidamento della prole una disciplina unitaria,

(⁸) Dell'Utri M. "L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari", 2006, 152.

rimediando al disordinato frazionamento di fonti normative, più volte e da più parti criticato in passato⁹.

Per effetto della nuova formulazione dell'art. 155 c.c. è ormai incongrua, e da superare, una lettura che accentra l'attenzione sul complesso di <<diritti e doveri>> dei genitori verso la prole, quasi si trattasse di adempimenti riconducibili al diritto delle obbligazioni, essendo, piuttosto, da valorizzare il versante dei rapporti interpersonali, in un quadro di esercizio di diritti assoluti, con diretti riferimenti ai principi costituzionali di tutela dei valori della persona.

La portata della riforma del 2006 consente di rilevare anche importanti mutamenti nell'assetto del corpo sociale. Può essere interessante, in proposito, analizzare il rapporto corrente tra l'assetto degli interessi, dei conflitti e delle esigenze che la prassi concreta delle controversie familiari propone, e l'impianto teorico dell'istituzione familiare nel nostro ordinamento.

Nella Costituzione la famiglia è definita come una comunità naturale, e la dottrina rileva che la formula dell'art. 29 Cost. ha una vera e propria portata definitoria, e che a ciò corrispondono precise conseguenze in ordine all'ambito dell'intervento statale nel territorio dei rapporti personali e familiari:

La famiglia è individuata come comunità <<naturale>>, ossia dotata di una propria peculiare fisionomia di

⁹) Casaburi G. "I nuovi istituti di diritto di famiglia", 2006, 42.

carattere meta-giuridico, radicata in una ben determinata concezione antropologica della persona e in una secolare tradizione storico-giuridica, e, come tale, sottratta al potere condizionante del legislatore, tenuto a rispettarne il richiamo all'istituto matrimoniale come suo fondamento normativo e al principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, all'epoca estraneo alla disciplina codicistica, apriva lo spazio per l'intervento del legislatore al fine di introdurre all'interno di tale struttura originaria (o <<archetipo>>), e, nel rispetto dei suoi caratteri essenziali, quei necessari adattamenti resi necessari dalla tutela dei diritti individuali (cfr. art. 2 Cost.) e dall'evoluzione sociale o culturale del paese¹⁰.

Se, dunque, nell'impianto costituzionale, vi sono limiti intrinseci all'intervento statale nell'ambito dei rapporti familiari, o con l'attribuzione alla famiglia di uno <<statuto di autonomia>> rispetto allo stato, nella prassi si rileva che l'attuale assetto dei rapporti sociali nell'ambito familiare è tale da richiedere in modo sempre più pressante e frequente un intervento giudiziario quasi mai penetrante, con richieste sempre più spesso disciplinatrici e di etero-regolamentazione, anche in dettaglio, dei rapporti interpersonali, in funzione sostanzialmente sostitutiva e vicaria, che il diritto vivente quotidianamente registra.

⁽¹⁰⁾ Cavana P. "La famiglia nella Costituzione italiana" 2007, 905-906.

Di questo fenomeno la normativa sull'affidamento condiviso, con l'insieme di aumentati poteri del giudice che porta con sé, può considerarsi espressione normativa, il che induce a riflessioni di natura meta-giuridica e sociologica.

2. Ambito di applicazione della legge 08/02/2006, n. 54.

L'ambito di operatività della nuova legge è tracciato dall'art. 4 l. 8/02/2006, n. 54.

Al fine di dare l'applicazione più possibile ai nuovi principi, e al tempo stesso evitare disparità di trattamento, il 1° co. prevede l'applicabilità delle nuove disposizioni ai casi in cui vi è già stata pronuncia di separazione o divorzio, mediante le procedure di revisione delle condizioni (art. 710 c.p.c. e art. 9 l. 1/12/1970, n. 898), e quindi ad iniziativa di parte e non in modo automatico. Sul punto gli interpreti hanno subito rilevato che l'assenza di automatica applicazione delle nuove norme anche alle situazioni definite, lascia in concreto un margine di discrezionalità al giudice, attivato ad istanza di parte, nel valutare caso per caso l'effettiva rispondenza del regime di affidamento condiviso agli interessi dei minori, sul presupposto, quindi, che tale regime non è, di per sé. Maggiormente conforme all'interesse degli stessi, e ciò.

Con specifico riferimento alle situazioni ormai consolidate da anni, di affidamento esclusivo, può portare anche alla non applicazione del nuovo regime.

Quanto ai procedimenti pendenti all'entrata in vigore della riforma, in dottrina ed in giurisprudenza non vi è stato alcun dubbio sull'immediata applicabilità delle nuove norme ai procedimenti già iniziati al momento dell'entrata in vigore della legge¹¹, e ciò non solo perché la legge, all'art. 4 – disposizioni finali – prevede espressamente che ciascun genitore possa richiedere l'applicazione delle disposizioni della presente legge anche nei casi in cui il giudizio sia definito e quindi, a maggior ragione, quando il giudizio sia ancora in corso, ma perché i provvedimenti concernenti l'affidamento dei figli sono validi *rebus sic stantibus*, ed in qualsiasi momento se ne può chiedere la modifica, principio riaffermato dall'art. 155 ter.

All'applicazione dell'affido condiviso anche ai processi pendenti non osta nemmeno l'assenza di un'esplicita richiesta ad opera delle parti, trattandosi di materia relativa a diritti indisponibili ed essendo comunque riservati al giudice la qualificazione giuridica dei rapporti regolati in forza di provvedimento giurisdizionale¹².

¹¹) Trib. Bologna 10/04/2006 e 09/05/2006, nonché 15/01/2008, n. 117, FI, 2008, I, 1682; Trib. Chieti 28/06/2006.

¹² Trib. Bologna 26/01/2007

Peraltro, la valutazione in concreto degli interessi del minore può portare a non modificare situazioni ancora pendenti. In giurisprudenza si è rilevato che in alcuni casi l'affidamento esclusivo può continuare a rappresentare soluzione più rispettosa degli interessi del minore, in particolare quando un cambio radicale del regime dell'affidamento inciderebbe sulla sua serenità, intervenendo dopo un significativo periodo di tempo in regime di affidamento ad un solo genitore¹³.

In ordine alla condizione della prole, una norma importante è la previsione dell'art. 4, 2° co., che, nell'intento di conferire generale portata applicativa alla riforma, ne estende la disciplina anche ai casi di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai figli di genitori non coniugati, cioè ai figli naturali, ipotesi che comprende il caso di rottura di convivenza tra genitori non coniugati, ma anche i figli di genitori tra i quali non vi è nemmeno mai stata convivenza di fatto.

La norma ha dato luogo a contrasti interpretativi, soprattutto con riferimento all'applicazione ai figli di coppie non coniugate. Da un lato la norma è stata utilizzata per sostenere l'attribuzione di competenza al giudice ordinario in ordine all'affidamento dei figli naturali, con implicita abrogazione dell'art. 317 bis c.c. e

¹³ *Trib. Modena, 08/06/2006, GM, 2007, 363*

dell'art. 38 disp. Att. c.c.¹⁴; dall'altro, si è ritenuto che l'estensione al divorzio comporti la tacita abrogazione dell'art. 6 l. 01/12/1970, n. 898, quale novellato dalla l. 06/03/1987, n. 74.

L'effetto voluto dalla norma è, insomma, la creazione di uno statuto giuridico unitario ed omogeneo, quanto alla condizione della prole, dopo la crisi del rapporto tra i genitori, e ciò indipendentemente dalle ragioni della crisi e dalla forma della coppia (anche se non si è ancora pervenuti alla completa equiparazione della filiazione naturale a quella legittima).

Tale unificazione si estrinseca anzitutto nell'applicazione, sia alla prole legittima che naturale, del principio che la decisione sul regime di affidamento ha alla base, e principalmente, l'interesse della prole; parimenti l'assegnazione dell'abitazione familiare ed il regime di mantenimento non risentono di differenze di regime tra prole legittima e naturale. Effettive innovazioni, invece, riguardano l'esercizio della potestà.

Si rileva, infatti, in dottrina, che l'art. 4 l. 08/02/2006, n. 54 ha posto fine a significativi profili di disparità di trattamento, quantomeno per il caso di controversia sull'affidamento di figli naturali, mentre rimangono problematici e parzialmente irrisolti i problemi relativi alla disciplina della potestà dei genitori naturali al di fuori

¹⁴ *Problemi risolti da Cass., ord. 8362/2007, nella quale l'individuazione della competenza viene regolata sulla base di un criterio di contestualità della trattazione delle questioni di affidamento della prole e dei profili patrimoniali.*

dei casi di scissione della coppia di genitori naturali, e negli altri casi disciplinati dall'art. 317 bis c.c., come nell'ipotesi di riconoscimento da parte di un solo genitore. A seguito della riforma del 2006, inoltre, il modello processuale sul quale si strutturano gli altri riti familiari, è quello della separazione, e non più del divorzio¹⁵.

Oltre che sul piano temporale e su quello dell'oggetto, l'introduzione dei principi della riforma incide, dando luogo ad alcune incognite, sull'individuazione dei criteri applicativi, come nel caso emblematico in cui sussista una conflittualità molto elevata tra i coniugi.

In dottrina è stato rilevato che il rischio insito della nuova disciplina è quello di una vanificazione della sua portata precettiva in conseguenza della conflittualità tra i coniugi. Ma dalle prime applicazioni giurisprudenziali emerge come la contrarietà all'interesse del minore non può certo essere rappresentata dai dissapori e contrasti tra i genitori, essendo, invece, necessario il concorso di circostanze (relative all'uno o all'altro genitore) che si riflettano *ex se* sui minori.

In proposito è significativa una decisione del Trib. di Milano, secondo cui *<<scopo della nuova normativa è anzitutto quello di rendere entrambi i genitori responsabili in relazione alla loro genitorialità e, pur in presenza di conflitti, indurli ad assumere le decisioni*

⁽¹⁵⁾ Come delineato dalla riforma processuale del c.d. rito competitivo di cui alla l. 14/05/2005, n. 80.

meglio rispondenti agli interessi ed ai bisogni dei figli>>. Mentre, secondo la stessa pronuncia, non è di per sé <<ostativa all'affidamento del figlio ad entrambi i genitori la mancanza di spirito collaborativo e difficoltà di comunicazione tra gli stessi. Non è, cioè, la presenza del conflitto che impedisce di adottare la soluzione dell'affidamento condiviso>>, trattandosi, invece, <<di valutare se sia percorribile o meno la via della corresponsabilizzazione dei genitori e dell'assunzione, da parte loro, di un compito genitoriale pieno, e quindi condiviso, nell'interesse dei figli, che hanno diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori>>; sicchè, è la finale conclusione, <<quando i genitori appaiono disponibili a porre davvero al centro delle loro preoccupazioni l'interesse dei propri figli, anche se il percorso può essere lungo e faticoso, ovvero si renda necessario l'intervento di terzi mediatori, non solo si può, ma si deve percorrere la strada dell'affidamento condiviso, oggi individuato dalla nuova normativa come la soluzione che il giudice deve prioritariamente valutare, salvo che l'interesse primario del minore non consigli, nel caso concreto, di adottare diverse soluzioni, avuto riguardo ai comportamenti posti in essere dai genitori e al pregiudizio che ne derivi ai figli>> .

3. Il principio dell'affidamento condiviso.

L'affidamento condiviso pone a cardine del nuovo sistema il c.d. principio di bigenitorialità, enunciato, con i relativi corollari, nel nuovo art. 155 c.c., che porta al centro dell'attenzione il diritto di ciascun genitore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con i propri figli ed il correlativo diritto di ciascun figlio di mantenere tale rapporto con ciascuno dei genitori e di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi i genitori.

La Novella del 2006, con una disciplina radicalmente innovativa di quella previgente, ha ritenuto di responsabilizzare i genitori, imponendo loro una effettiva presenza ed una partecipazione attiva alla cura, alla crescita ed alla educazione dei figli.

Per realizzare più compiutamente tale finalità e per dare concretezza alla tutela dei figli minori il novellato art. 155 c.c. affida al giudice il potere di adottare i provvedimenti relativi all'interesse della prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa e soprattutto di valutare previamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori.

Il primo e più innovativo principio posto dalla riforma del 2006 è, quindi, che l'affidamento condiviso è il criterio ordinario, preferenziale di affidamento dei minori, vero e proprio principio cardine della riforma, con una soluzione <<esattamente speculare a quella previgente>> .

In dottrina la si considera una scelta di forte valore simbolico, che sostituisce al principio della monogenitorialità quello della bi genitorialità: <<si muove dall'idea che l'affidamento ad un solo genitore non privilegia in linea di massima gli interessi del minore. Tende a deresponsabilizzare il genitore non affidatario>>. In giurisprudenza la riforma ha avuto l'effetto di far diventare l'affidamento bi genitoriale la regola, e l'affidamento monogenitoriale si delinea ormai come figura effettivamente residuale. Tuttavia, il legislatore non fornisce una definizione espressa dell'affidamento condiviso.

Nella ricostruzione della nozione dell'istituto, gli interpreti procedono sia in via diretta che indirettamente mediante la delimitazione e diversificazione delle altre figure affini e correlate, già note.

In primo luogo, si distingue dalla condizione di condivisione di vita anche dei due genitori, che si verifica nella situazione di convivenza della famiglia unita: ma anche la completa condivisione delle decisioni relative soltanto alla prole, è considerata utopistica ed irrealizzabile nella pratica.

In secondo luogo, in concreto l'affidamento condiviso non si identifica nella parimenti irrealizzabile convivenza della prole con entrambi i genitori, e nemmeno nel continuo trasferimento dell'uno all'altro, che caratterizzava la figura, già nota, dell'affidamento

alternato, ovvero nell'alternanza dei genitori presso la medesima abitazione, ove risiede stabilmente la prole.

In terzo luogo, per la differenza dall'affido congiunto.

L'ottica in cui si muove il legislatore del 2006¹⁶ si distacca nettamente dall'impostazione precedente, dove lo svolgimento dei compiti educativi era collegato alla convivenza del minore con l'uno o l'altro genitore, al quale, appunto, in ragione della vicinanza fisica, veniva assegnato integralmente il compito di allevamento.

L'affidamento è, ora, svincolato dal presupposto della convivenza con il minore, e nettamente distinto. Il messaggio del legislatore è che lo svolgimento dei compiti spettanti al genitore prescinde dalla coabitazione con il medesimo, con la conseguenza che la non coabitazione non è un motivo valido per venir meno ai compiti genitoriali, e d'altro lato che il genitore convivente non può, per questo, impadronirsi totalmente della gestione del minore.

L'affidamento va svolto indipendentemente dalla presenza fisica presso il minore, ed il messaggio è che la condizione di genitore comporta un'attività continuativa, da svolgere non soltanto quando il genitore ha il minore presso di se, ma in ogni momento, anche a distanza.

Su questa realtà il legislatore è intervenuto con l'intento di far continuare a svolgere a separati e divorziati il

⁽¹⁶⁾ condividere la crescita di un figlio significa spartire i compiti di educazione della prole – Trib. Messina 18/07/2006, GM, 2007, 5, 1339 .

proprio ruolo genitoriale, distinguendo il piano della crescita della prole da quello del legame affettivo tra i genitori.

La dottrina, d'altronde ha riscontrato che:

l'analisi della giurisprudenza consente di individuare un dato interessante: nella prassi l'affidamento guarda essenzialmente al profilo della c.d. assistenza spirituale (e, quindi, della cura); diversamente al profilo della c.d. assistenza materiale (e, quindi, del luogo fisico nel quale il minore svolge, in prevalenza, la sua vita).

Il significato dell'affidamento bi genitoriale, dunque, pur se non definito espressamente dal legislatore, si ricava da un esame complessivo della riforma, dal suo inserimento sul corpo di norme sulla filiazione progressivamente riformato a partire dal 1975, e dal complessivo assetto normativo che risulta all'esito della novella del 2006.

La scelta dell'affidamento condiviso quale regime tipico di affidamento mira a differenziare i rapporti interni alla coppia da quelli relativi ai figli. I due rapporti, cioè sono e devono restare, nell'intenzione del legislatore, del tutto distinti ed autonomi, dovendo i genitori, pur se in crisi, impegnarsi nella prosecuzione del processo educativo dei figli minori, che non possono essere le vittime sacrificali di egoismi ed incomprensioni a cui sono del tutto estranei. Il centro della disciplina non è più, come accadeva in passato, la valutazione del tasso di conflittualità tra i coniugi al momento della separazione, ma la possibilità

che la crisi del rapporto coniugale non interferisca nel rapporto con i figli, e cioè che i figli, in forza del principio della bi genitorialità, mantengano un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore e ricevano cura, educazione ed istruzione da entrambi.

In proposito la dottrina rileva che la portata innovativa della riforma consiste proprio nel fatto che la conflittualità tra i coniugi non può precludere, diversamente da quanto si verificava in relazione all'affidamento congiunto, l'affidamento condiviso e nella previsione di strumenti idonei a ridurre la conflittualità tra i coniugi nella gestione della vita dei minori.

Inoltre il legislatore ha disciplinato le prerogative relative all'esercizio della potestà genitoriale stabilendo: che entrambi i coniugi sono contitolari della potestà genitoriale; che il giudice deve previamente valutare la possibilità di stabilire l'affidamento del minore ad entrambi i genitori, ricorrendo all'affidamento esclusivo solo quando l'altro tipo sia contrario all'interesse del minore; che, in ogni caso, le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, educazione e salute devono essere assunte di comune accordo, tenendo conto dell'inclinazione dei figli; che l'esercizio della potestà in modo disgiunto può essere stabilito dal giudice solo su questioni di ordinaria amministrazione.

Ora non vi è dubbio che la con titolarità della potestà genitoriale potrebbe, in astratto, acuire la conflittualità tra

i coniugi ed è , quindi, auspicabile che, nella pratica, i provvedimenti riguardanti l'affidamento condiviso prevedano che l'esercizio della potestà sulle questioni di ordinaria amministrazione spetti ai genitori in maniera esclusiva nei rispettivi periodi di permanenza. Del resto, immaginare che due coniugi tra i quali pende una separazione giudiziale possano concordare ogni decisione attinente alla ordinaria vita dei figli è semplicemente utopistico. Il legislatore ha previsto alcuni strumenti – tanto processuali che sostanziali – che sembrano idonei ad orientare la scelta del regime di affidamento condiviso ed a ridurre la conflittualità attraverso la presa di coscienza di nuovi principi in tema di affidamento.

L'espressione *interesse del minore* è piuttosto vaga e generica, potendo essere riempita di qualsiasi contenuto.

Le nozioni “l'interesse del minore...” fanno il loro primo ingresso già nel lontano 1975, con la riforma del diritto di famiglia, come il fatto che la figura del minore vada tutelata e protetta nella misura più ampia è conclusione già formalizzata a livello positivo in più di una disposizione al pari del diritto di ricevere “mantenimento, cura, istruzione da entrambi i genitori, quindi la l. 54/06 sul piano delle finalità non brilla per originalità. Difatti, il problema non era quello di “esplicare” in un nuovo provvedimento normativo simili esigenze, quanto piuttosto quello di renderne effettiva la tutela del minore.

L'abrogato art. 155 c.c. chiariva come l'affidamento del minore dovesse avvenire avendo riguardo esclusivamente al suo "*interesse morale e materiale*". Nulla era precisato in relazione all'effettivo contenuto della nozione richiamata o ai criteri attraverso i quali procedere alla definizione. Non stupisce che il novellato art. 155 c.c., pur riprendendone il richiamo ed elevandone i contenuti a ratio giustificatrice delle scelte concernenti l'affidamento, non ne abbia chiarito il significato ricorrendo ad espressioni ampie e generali. Tuttavia non è mancato chi, pur al cospetto di un testo normativo "vago" abbia ugualmente ravvisato nell'attuale formulazione validi elementi interpretativi. Proprio in ragione di un simile obiettivo si deve concludere che costituisca precipuo interesse del minore "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascuno dei genitori e ricevere da entrambi "cura, educazione ed istruzione", nonché conservare "rapporti significativi" con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale".

Anche il legislatore della novella del 2006 ha espresso il concetto di interesse del minore mediante la tecnica del ricorso ad una clausola generale, che la dottrina considera esposta al rischio di interpretazioni ed eventualmente discordanti¹⁷. Attesa l'assenza di una definizione normativa di che cosa sia l'interesse del minore, e di

⁽¹⁷⁾ Autorino Stanzone Pignataro 2005, 280; Ballarani 2006, 31; Dogliotti 1997, 487; Rossi Carleo 1992, 195.

come vada, in concreto, individuato, in dottrina il dibattito è ampio e le interpretazioni sono varie.

Il quadro di riferimento resta quello tracciato dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c.: in base a quest'ultima norma l'ordinamento prevede che l'esercizio del diritto-dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere la prole avvenga nel rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli.

La dottrina, al riguardo, ha fornito le seguenti definizioni: la capacità attiene alle attitudini psico-fisiche del minore; l'inclinazione naturale esprime la tendenza, in rapporto alla capacità del soggetto, verso la realizzazione di un determinato obiettivo; le aspirazioni rappresentano non già un fattore oggettivo riconducibile alla configurazione psico-fisica del soggetto, ma le scelte di vita di cui il soggetto si fa portatore.

Sul versante del genitore obbligato, la costruzione in termini di diritto-dovere discendente dall'art. 30 Cost. e la funzionalizzazione all'interesse del minore portano ad una lettura aggiornata della norma codicistica. Seguendo questa impostazione anche il senso da attribuire ai tre verbi: educare, istruire e mantenere, assume un nuovo significato, più ricco e complesso.

Il verbo <<istruire>> suggerisce il dovere, in capo al genitore, di far sì che il figlio acquisisca una capacità professionale e lavorativa, ovviamente nel rispetto delle proprie doti ed inclinazioni. Il verbo <<educare>> sembra

il più problematico dei tre per quanto concerne l'enucleazione dei suoi contenuti. L'interpretazione più accreditata propende, però, per una valenza etica da conferire al verbo; il genitore, dunque, deve fornire al figlio gli strumenti ed i valori per orientarsi nel mondo secondo principi etici e morali che parrebbero ricollegarsi direttamente al concetto di tutela dei diritti inviolabili della persona così come codificata dall'art. 2 Cost..

In dottrina si guarda con favore alla relatività ed elasticità della formula legislativa, evidenziando che non è casuale, ma indispensabile ai fini del suo adattamento alla situazione concreta: l'interesse del minore, infatti, non può essere altro che quello che si riferisce al concreto, singolo caso. E non a caso, e altresì assai opportunamente, la nostra giurisprudenza non ha mai specificato <<in positivo>> quale sia questo interesse, ma soltanto <<in negativo>>, intervenendo ogni qual volta ne abbia ravvisato una specifica, palese violazione.

Nel sistema susseguente alla riforma si individuano alcune certezze normative, e cioè che, in primo luogo, l'interesse del minore è indiscutibilmente, ancor più che in precedenza, al centro dell'attenzione dell'intervento giudiziario, e diviene principio ispiratore e regolatore di tutte le decisioni inerenti le prole; in secondo luogo, l'interesse del minore è quello individuabile per effetto dell'ascolto diretto dello stesso da parte del giudice, ai sensi dell'art. 155 sexies c.c., quando ricorrono le

condizioni per la sua applicazione (minore ultradodocenne o comunque capace di discernimento), e da esso direttamente ricavabile; in terzo luogo, l'intera portata della riforma va vista nell'ottica di una responsabilizzazione dei genitori di fronte, ed in occasione, della separazione coniugale, dal momento che la condivisione dell'affidamento come scelta di imposizione normativa, con conseguente <<novazione delle regole di affidamento>>, evidenzia un interesse del minore a non subire ulteriori traumi dalla separazione dei genitori, e costituisce enunciazione normativa di un obbligo, rientrante nella funzione genitoriale, di rendere, per quanto possibile, comprensibile, accettabile e non lesiva la situazione della separazione agli occhi della prole.

In dottrina si individua, di volta in volta, l'interesse del minore sottolineando diversi profili: la realizzazione dei suoi bisogni, cosicchè genitore idoneo all'affidamento risulta essere quello in grado di realizzarli mantenendo l'equilibrio affettivo e che ha il rapporto interpersonale meglio strutturato con il minore; il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore, nonché la possibilità di ricevere da entrambi cura, educazione ed istruzione, ed anche conservare rapporti significativi con i parenti di ciascun ramo genitoriale; il mantenimento di continuità e stabilità delle relazioni.

Inoltre, si rileva che i principi ora enunciati nel testo normativo altro non sono che la riproduzione di espressioni già formulate da dottrina e giurisprudenza e costantemente ribadite prima della riforma, la quale, pertanto, non aggiunge nuovi contenuti a quanto emerso dall'elaborazione già esistente; altra dottrina ritiene definibile soltanto in negativo il concetto, che prima della riforma era imperniato sulla finalità di scegliere il genitore unico affidatario, mentre ora l'ottica è quella di una << non scelta>>, dovendosi evitare che la dissoluzione della famiglia comporti l'ablazione di una figura genitoriale, salve rare eccezioni .

Sul piano operativo in dottrina si evidenzia come l'interesse del minore sia il cardine dell'intera disciplina dell'affidamento scaturente dalla novella: non solo l'inversione del rapporto tra regola ed eccezione nell'affidamento operato dalla legge (art. 155, 2° co. c.c.), ma anche la disciplina del mutamento nell'affidamento da condiviso ad esclusivo (art. 155 bis, 2° co. c.c.), la revisione delle disposizioni sull'affidamento (art. 155 ter c.c.), il potere del giudice di assumere su istanza di parte ovvero d'ufficio mezzi di prova ai fini della valutazione dell'effettivo interesse del minore, nonché il previsto obbligo di ascolto del dodicenne e la valutazione della capacità di discernimento ai fini dell'ascolto del soggetto anche di età inferiore (di cui all'art. 155 sexies, 1° co., c.c.) e, da ultimo, la concessione di uno spazio per

l'eventuale mediazione tra i coniugi (art. 155 sexies, 2° co., c.c.), e la disposizione in ordine alla assegnazione della casa familiare (art. 155 quater c.c.), hanno come esclusivo referente l'intento ordinamentale di tutelare gli interessi morali e materiali del minore, tenendo conto delle evoluzioni dinamiche di essi .

Tuttavia, si segnala anche il rischio che la formula assuma un carattere tautologico se la si considera espressiva di una generale, ma generica <<tutela della persona>> .

In ogni caso l'interesse del minore non può essere definito a priori in astratto, secondo fondamenti teorici, non potendo essere altro che l'interesse che emerge dall'analisi della situazione concreta, a seguito di istruttoria sul caso di specie. Come in tutti i casi di utilizzo di clausole generali da parte del legislatore, è in parte inevitabile che assuma diverso significato in base ai costumi, le condizioni economiche, le convinzioni politiche, filosofiche e religiose del magistrato, tuttavia in questa opera di definizione del contenuto concreto è necessario prescindere da convincimenti aprioristici, e ricavare da un esame critico dei dati di realtà, anche tramite il ricorso ad un concorso di specifiche competenze di possibili ausiliari del giudice, gli effettivi contorni dell'interesse della prole nella situazione in esame, da tradurre in regola del caso concreto.

In giurisprudenza, per consolidato orientamento si ritiene da lungo tempo che il giudice, nel disporre l'affidamento,

deve tenere conto esclusivamente degli interessi morali e materiali della prole, al fine di mettere in condizione i figli di ricevere il minor danno possibile dalla disgregazione familiare¹⁸; anche a seguito della riforma, si prescinde da definizioni astratte dell'interesse del minore e da considerazioni di carattere psicologico, procedendo ad individuare nella situazione concreta, e a ricavare, quando possibile, dall'ascolto diretto del minore gli interessi del medesimo da tutelare; in un quadro di riferimento che è pur sempre quello degli interessi esistenziali del minore, direttamente inerenti a diritti della personalità, ed improntati al principio della bi genitorialità (secondo il quale la prole ha diritto di ricevere cure, istruzione ed educazione da entrambe le figure genitoriali, anche nelle fasi patologiche delle convivenze). Già nel 2006 la Corte di Cassazione ha affermato, sia pure con riferimento ad un caso concreto anteriore alla riforma, ma tenendo conto della nuova disciplina, che l'affidamento attiene all'interesse del minore dal punto di vista del suo sviluppo, del suo equilibrio psicofisico, anche in considerazione di situazioni socio ambientali e del perpetuarsi dello schema educativo già sperimentato durante il matrimonio¹⁹.

¹⁸) Cass. 02/06/1983, n. 3776, GI, 1983, I, 1, 1352; Cass. 26/09/1990, n. 9746, MGC, 1990, 9; Cass. 16/07/1992, n. 8667, GC, 1992, I, 3002; Cass. 14/04/1998, n. 2964, FI, 1989, I, 466.

¹⁹) Cass. 18/08/2006, n. 18187, FI, 2006, I, 3346; GI, 2007, 2193.

L'occasione è stata data da un caso di affidamento congiunto, rispetto al quale viene affermato che esso non comporta necessariamente un regime di contribuzione patrimoniale paritaria tra i genitori: la Corte ha individuato due profili distinti nei quali si articola l'interesse del minore, quello esistenziale e quello economico-assistenziale, ed ha chiarito che l'affidamento condiviso si muove sul primo piano, di tipo personale, cioè attiene all'interesse del minore non per i profili di tipo esistenziale, riferibili in primo luogo al nuovo principio della bigenitorialità.

4. La tutela della continuità del legame affettivo.

(“Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli

minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole”).

Iniziando un articolo di legge con una congiunzione (anche), il legislatore ha voluto affermare, in relazione alla posizione dei figli, la continuità del periodo di separazione rispetto al precedente periodo di costanza matrimoniale. La congiunzione “anche”, quindi, indica che la separazione non rappresenta, dal punto di vista genitoriale, un momento di interruzione e frattura, ma un momento di continuazione della vicenda, pur con nuove regole. Il rapporto coniugale può affievolirsi ed essere annullato, ma si è e si resta genitori per sempre. Tutto ciò viene ribadito dai contenuti del primo comma dell’art. 155 c.c..

Il 1° comma dell’art. 155 c.c. fornisce una sorta di statuto dei diritti del minore figlio di genitori separati, stabilendo che il minore ha diritto:

- 1) di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori;

2) di ricevere cura , educazione ed istruzione da entrambi i genitori;

3) di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

In dottrina si valorizza il dato letterale del nuovo testo dell'art. 155 c.c. per sottolineare l'esigenza di prosecuzione del rapporto tra genitori e figli anche attraverso la fase di separazione e a seguito della cessazione dell'unione familiare. Si delinea così una nozione di affidamento condiviso che, muovendo da quella che è individuabile come una situazione di diritto soggettivo del minore, richiama l'idea di partecipazione attiva di entrambi i genitori nello svolgimento dei compiti di cura ed educazione della prole, pur nella consapevolezza che detti compiti, per effetto della cessazione della convivenza, devono essere dipartiti ed attribuiti secondo l'assetto più idoneo, ma tendenzialmente il loro adempimento non deve subire flessioni. Tutto questo perché la responsabilità genitoriale non deve subire interruzioni o limitazioni per effetto della separazione, anche se, inevitabilmente, non può non risentire di mutamenti nel suo concreto atteggiarsi. In dottrina si rileva che la riforma ha rimarcato i contenuti della riforma genitoriale sotto il profilo dei doveri, oltre che dei poteri, spettanti ai genitori, per un'assunzione comune di responsabilità nell'ottica di una filiazione sempre più consapevole, ed evidenzia quindi che

l'affidamento condiviso costituisce, anzitutto, una condivisione delle responsabilità che l'ufficio genitoriale comporta.

Le modalità con le quali perseguire il predetto obiettivo sono suscettibili di diversi orientamenti interpretativi, e ciò incide sulla stessa definizione dei contorni della nuova nozione.

Partendo dal presupposto che non è pensabile – salvo casi eccezionali – che durante la separazione ed il divorzio i genitori continuino ad esercitare la potestà e svolgere congiuntamente i compiti educativi di comune accordo, e che le modifiche derivanti dalla cessazione della convivenza e l'instaurazione di nuovi regimi di vita comportano la creazione di nuove modalità di svolgimento dei rapporti interpersonali, in larga parte le prime interpretazioni ed applicazioni ritengono qualificante l'elemento programmatico e sottolineano l'importanza della ricerca, da parte dei genitori, di forme nuove e diverse di collaborazione nell'interesse dei figli: privilegiando, laddove sia possibile, la capacità dei genitori di elaborare un progetto educativo comune, ancorchè di contenuto generico, che il giudice possa accogliere nella misura più ampia limitandosi a specificare solo alcuni profili logistici; ovvero provvedendo, in assenza di accordi dei genitori, a dettare una disciplina concreta di dettaglio, con diverse attribuzioni di competenze. Anche in questo secondo

ordine di ipotesi, tuttavia, con la novità saliente che deve essere effettivamente garantita a prosecuzione del ruolo di entrambi i genitori e dello sviluppo del rapporto affettivo, educativo e formativo tra genitore e figlio; insomma quel ruolo <<irrinunciabile>> proprio di ciascun genitore nell'educazione dei propri figli .

In ogni caso ed anche quando la concreta suddivisione di poteri e doveri corrisponde, nei contenuti, ad un affidamento monogenitoriale, i genitori devono proseguire a rivestire il proprio ruolo nei confronti dei figli, essendo l'interesse dei figli a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori ed i loro gruppi parentali, il principio basilare del provvedimento di affidamento.

La giurisprudenza di merito, con voce unanime, ha interpretato il novellato art. 155 c.c. sostenendo che per realizzare detta esigenza il giudice deve adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valutando prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, salva la possibilità, in deroga a tale principio, di disporre l'affidamento esclusivo, e pertanto alla luce della nuova normativa (nell'interesse dei minori, e non già nell'interesse del genitore) la regola è l'affidamento condiviso, mentre l'eccezione (giustificata da validi e comprovati motivi) è

l'affidamento esclusivo²⁰. Unanime è l'orientamento secondo cui l'affidamento condiviso comporta, con l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori, una comune responsabilizzazione della coppia genitoriale ed una condivisione delle decisioni di maggiore importanza. La giurisprudenza prevalente ritiene, quindi, che l'affidamento condiviso non determina una automatica parificazione di modalità e tempi di svolgimento del rapporto tra i figli e ciascuno dei genitori, bensì comporta l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori e l'impegno a concordare ed attuare un progetto per l'educazione, la formazione, la cura e la gestione della prole, nel rispetto delle esigenze e delle richieste del minore²¹. Assolutamente minoritaria è la posizione che identifica l'istituto con il diritto ad una paritaria distribuzione di tempi e modalità di permanenza del figli presso ciascun genitore²² L'espressione indicata nel secondo comma dell'art. 155 c.c. "valuta prioritariamente" indica la preferenza per il modello dell'affido condiviso. Tale preferenza non è assoluta, ma

⁽²⁰⁾ Trib. Messina, ord. 13/12/2006; Trib. Catania, ord. 24/04/2006; Trib. Bologna, sent. 10/04/2006, n. 800.

⁽²¹⁾ Trib. Bologna, sentenza 1004/2006

⁽²²⁾ Trib. Chieti ord. 28/06/2006, G. I. Medica, D. F. e C. , con la quale si è disposto che il minore di tre anno trascorra con la madre i giorni di lunedì e martedì e con il padre, che abita a circa sei Km di distanza, il mercoledì ed il giovedì pernottando nei giorno sopra indicati presso il genitore a cui è affidato, i fine settimana alternati dal sabato mattina al lunedì mattina, trascorrendo sempre il venerdì con il genitore a cui non spetta il fine settimana; Trib. Catania, sentenza 12/07/2006, che ha suddiviso il tempo della figlia minore i primi tre giorni con la madre e gli altri tre con il padre e le domeniche alternate.

vale finchè non emerga la prova che sussistono ragioni idonee a negarne l'adozione²³.

Quindi uno dei principi cardini della riforma (nuovo testo dell'art. 155 comma II, come modificato dall'art. 1, comma I, della L. 54/2006) consiste nel fatto che il giudice deve valutare in via prioritaria la possibilità per i figli di restare affidati ad entrambi i genitori. Spetterà al giudice il compito di valutare se i genitori appaiono capaci di continuare ad occuparsi entrambi dei loro figli senza necessità di indicare il genitore da considerare affidatario, tenendo conto che l'affidamento dei figli ad uno solo può essere adottato con provvedimento motivato nei casi in cui l'affidamento congiunto sia contrario all'interesse del minore²⁴.

Ciascun genitore può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando ne sussistono le condizioni.

⁽²³⁾ Cass. Civ. Sez. I sent. 18/06/2008, n. 16593, secondo cui in tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti una applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto <<Rigetta, App. Napoli, 11/04/2007.

⁽²⁴⁾ App. Napoli sez. I, 08/04/2008 secondo cui in tema di affidamento della prole, laddove sia stato disposto l'affidamento condiviso della stessa, non può invocarsi la modifica del provvedimento da operarsi nel senso dell'affido esclusivo ad uno dei genitori, sulla base di una ritenuta conflittualità esistente tra i genitori medesimi. Infatti, atteso che il regime dell'affido condiviso rappresenta il regime ordinario di affidamento della prole, la semplice conflittualità sussistente tra i genitori non vale ad escludere tale regime, sempre che non vi ostino ben precisi motivi nell'interesse dei figli.

Il giudice se accoglie la domanda dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'art. 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'art. 96 c.p.c.

La giurisprudenza, in particolare ha ritenuto che l'affidamento condiviso non determina una automatica parificazione di modalità e tempi di svolgimento del rapporto tra i figli e ciascun genitore, e non comporta una << impossibile convivenza della prole con entrambi i genitori >>²⁵.

La giurisprudenza insiste, inoltre, sulla circostanza che l'affidamento condiviso fa proseguire l'esercizio congiunto della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori, e comporta l'impegno a concordare e attuare un unico e concorde progetto educativo²⁶, cioè un progetto per l'educazione, la cura, la gestione della prole, nel rispetto delle esigenze e delle richieste dei minori²⁷; ciò in quanto la legge tende alla maggiore responsabilizzazione di entrambi i genitori, impegnati così <<ex lege>> e <<ussu iudicis>> a concordare e porre in essere, con

(²⁵) Trib. Messina 05/04/2007, FI, 2008, I, 1689.

(²⁶) Trib. minorenni Abruzzo 26/03/2006, GM, 2007, 3110.

(²⁷) Trib. Bologna 10/04/2006, www.affidamentocondiviso.it

reciproca lealtà, una linea comune nell'allevamento e nella formazione psicofisica della prole ²⁸, il che comporta l'adozione di una regola organizzativa anche sui tempi da trascorrere con il genitore non domiciliato, non limitativa di diritti e doveri del genitore, improntati alla parità dei ruoli ed esercitati con frequentazione e con facoltà di interloquire con l'altro genitore²⁹.

La giurisprudenza, quindi, provvede, anche nei casi in cui dispone un regime di permanenza e distribuzione dei compiti educativi fortemente sbilanciati, in favore di uno dei due genitori, ad evidenziare che la differenza tra l'affido condiviso e gli altri regimi non è di tipo quantitativo, nel senso della pari distribuzione dei tempi di permanenza con i genitori, ma qualitativo, nel senso della pari partecipazione dei genitori alla vita del minore. L'affidamento condiviso non è incompatibile con la residenza stabile del minore presso un solo genitore³⁰.

Prima ancora di garantire la continuità del ruolo genitoriale, può porsi il problema di garantirne la stessa instaurazione.

In dottrina, pur criticando il persistente silenzio del legislatore riguardo all'eventualità di disciplinare l'affidamento di figli già concepiti ma non ancora nati, si ritiene che il giudice della separazione abbia non solo il potere ma anche il dovere di stabilire criteri e modalità

⁽²⁸⁾ Trib. Messina 5/04/2007, FI, 2008, I, 1689.

⁽²⁹⁾ Trib. Messina 18/07/2006, GM, 2007, 1339.

⁽³⁰⁾ Trib. minorenni Abruzzo 26/03/2006, GM, 2007, 3110.

per l'affidamento anche nei confronti di un figlio soltanto concepito, ovviamente condizionati al verificarsi della nascita, in modo da garantire al nascituro la possibilità di <<realizzare la fondamentale aspettativa di ciascun bambino di rapportarsi e ricevere amore da entrambe le figure genitoriali>>.

Allo stato attuale della normativa, peraltro, simile potere del giudice trova fondamenti molto labili, l'unico aggancio essendo il riferimento ai figli concepiti contenuto nell'art. 128, 2° co., c.c. in tema di nullità del matrimonio, a cui si estende la disciplina dell'affidamento condiviso ai sensi dell'art. 4 l. 8/02/2006, n. 54. Riferimento che, comunque, è limitato al caso di annullamento del matrimonio, e non consente di estendere, a sua volta, a tutti i casi di affidamento condiviso il potere di disciplinare la posizione del concepito.

Un profilo che era già noto alla precedente elaborazione concerne, poi, i rapporti con i parenti diversi dai genitori. Nell'art. 155, 1° co., c.c., è chiaramente espresso, infatti, il richiamo al diritto dei minori di conservare rapporti significativi con i parenti di ciascun ramo genitoriale, in particolare gli ascendenti. In proposito si osserva, in dottrina: *la giurisprudenza allorchè non era possibile l'affidamento all'uno o all'altro genitore (perché entrambi inidonei) privilegiava proprio l'affidamento ai nonni. Di contro però si rendeva ad escludere il diritto di*

visita dei nonni, affermando che a questi (e agli altri parenti) non spetta, de jure condito un vero e proprio diritto soggettivo di visita nei riguardi del nipote minore, mancando nel sistema una norma esplicita che tale diritto immediatamente e direttamente preveda. Successivamente si è consentito ai nonni il ricorso alla procedura ex artt. 333 e 336 c.c. al fine di conseguire un provvedimento che assicuri loro dei rapporti con il nipote. La nuova disposizione, pur nella sua genericità, ben potrebbe porsi a fondamento del diritto di visita dei nonni, al di fuori delle ipotesi in definitiva straordinarie di cui alle norme in ultimo richiamate, diritto che dovrebbe essere riconosciuto allora dal giudice ordinario e non da quello minorile.

La dottrina rileva, nella nuova disposizione, un <<coordinamento non impeccabile>> con la disciplina previgente, riconoscendole, peraltro, un ruolo importante per l'affermazione, in via interpretativa, del diritto degli ascendenti alla frequentazione dei minori.

5. Potestà genitoriale.

In dottrina si rileva che all'affermazione del primato dell'affidamento condiviso si accompagna la persistenza dell'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori, anche a seguito della separazione, regola che costituisce

uno dei principi più importanti del nuovo assetto scaturente dalla novella, uno dei pilastri del nuovo sistema.

Il presupposto logico risiede nell'evoluzione della nozione di potestà genitoriale svoltasi a partire dalla riforma del diritto di famiglia operata con la legge 19/05/1975, n. 151. Con essa si è iniziato a dare attuazione ai principi costituzionali di cui agli artt. 29 e 30 Cost., delineando la potestà non più come un potere di correzione sulla prole, ma come un potere-dovere di educazione e di cura nei confronti di minori ai quali è riconosciuto il diritto a che tali facoltà vengano esercitate nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni ed aspirazioni, quali manifestazioni essenziali della personalità, tutelata dai principi fondamentali di cui agli artt. della Costituzione.

La nozione, quindi, è evoluta verso quella di responsabilità genitoriale comune ad entrambi i genitori . In quest'ottica la l. 08/02/2006, n. 54 porta a compimento il processo di evoluzione della nozione di potestà, evidenziando la necessaria condivisione ed esercizio comune della potestà-responsabilità, definita come l'obiettivo di qualsiasi separazione , nonché il ruolo di entrambi i genitori e l'importanza della salvaguardia di un equilibrio nello sviluppo dei rapporti con i due rami genitoriali, anche in relazione ai parenti.

La dottrina quindi ritiene che superata la concezione della potestà come complesso di poteri attribuiti dall'ordinamento ai genitori in relazione alla funzione formativa che sono chiamati a svolgere e rispetto ai quali la prole era in stato di passiva soggezione, con una inversione dei canoni di detta funzione si è giunti ad intendere il profilo del dovere genitoriale come prius rispetto ai poteri. Questi ultimi, quindi, vengono intesi come strumenti per l'adempimento del summenzionato dovere.

In una tale ottica, l'esercizio della potestà genitoriale va ad inquadrarsi non già come un diritto, bensì come un *munus* volto alla realizzazione degli interessi della prole.

La tesi del *munus* è ritenuta dalla dottrina come definitivamente acquisita in giurisprudenza³¹.

In dottrina si è anche considerata la novella del 2006 come un'occasione persa per abbandonare l'uso del termine potestà e passare all'utilizzo di quello di responsabilità genitoriale .

Ormai si considera improprio il richiamo alla nozione di potestà, dovendosi far riferimento alla locuzione prescelta dal legislatore europeo di responsabilità genitoriale, in base al reg. Bruxelles 2 bis.

In tal modo si delinea un sistema in cui al centro dell'attenzione vi sono i diritti di cui i figli sono titolari nei confronti dei loro genitori, tra i quali la pretesa di

⁽³¹⁾ Cass. 19/04/2002, n. 574, MGC, 2002.

ricevere da entrambi quanto necessario al proprio sereno sviluppo psicofisico, ed alla realizzazione delle proprie aspirazioni di vita, e non la questione riguardante l'attribuzione del potere dei genitori di assumere le decisioni riguardanti la vita dei figli e di dettare ed attuare un indirizzo educativo. Pertanto tra le aspettative di tale complessa posizione giuridica soggettiva, vi è quella di non vedere concentrato tale apporto in un solo genitore, quindi il provvedimento del giudice deve, conseguentemente, determinare specificamente i compiti dei singoli genitori, tenendo conto degli eventuali accordi dei coniugi.

Per attuare tale spartizione di compiti viene in rilievo il profilo dell'esercizio della potestà, il cui esercizio non coincide con l'attuazione del principio di bigenitorialità.

Difatti, il rapporto con il genitore va mantenuto anche in assenza di specifici ambiti di esercizio della potestà da parte di quest'ultimo.

In proposito assumono rilievo le complesse regole dell'art. 155, 3° co., c.c., che richiedono valutazioni delicate di una pluralità di elementi, e che richiamano l'art. 316 c.c., previsto per i genitori che sono conviventi.

A differenza, però, che nella situazione di cui all'art. 316 c.c., in caso di disaccordo decide direttamente il giudice, invece di individuare il genitore idoneo a decidere.

5.1 Art. 155 comma 3 c.c.

Nel *corpus* delle prescrizioni concernenti l'esercizio della potestà, l'art. 155, comma 3, c.c. affida alla lapidaria precisazione "*in caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice*" la disciplina delle controversie tra i genitori relative alle scelte educative, esistenziali e patrimoniali riguardanti i figli.

Il giudice, dunque, si pone quale *arbiter* della situazione ed adotta i provvedimenti ritenuti più opportuni, seguendo una modalità di intervento ben diversa da quella prevista dall'art. 316 c.c..

Secondo quest'ultima disposizione, infatti, egli, in presenza di un permanere del contrasto, "*attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene più idoneo a curare l'interesse del figlio*" (art. 316, comma 3, c.c.). Il giudice, quindi, recupera il suo ruolo di "*mediatore*" *super partes* del conflitto.

L'art. 155 c.c. nulla specifica con riguardo alle concrete modalità del suo intervento né alcunché chiarisce in riferimento ai possibili contenuti del disaccordo, sebbene sia facile individuarne l'oggetto in questioni attinenti all'esercizio della potestà ed, in particolare, alle scelte da adottare di comune accordo.

La l. n. 54/2006 affida il completamento della disciplina ad una norma di carattere procedurale – l'art. 709-ter

c.p.c. – alla quale rimette, sia pure indirettamente, tanto l’oggetto del contendere quanto la sfera e le modalità di intervento del giudice, chiarendo, in particolare, come egli sia tenuto a convocare le parti e ad adottare i provvedimenti opportuni e precisando poi come *“in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può anche congiuntamente”* sanzionare il genitore secondo differenti modalità chiarite nel prosieguo del dettato normativo.

Il giudice, quindi, gode di un’ampia discrezionalità, non essendo possibile una predeterminazione astratta delle effettive possibilità di intervento, stante la poliedricità e varietà delle situazioni concrete. Il legislatore, difatti, ricorre alla “elencazione” testuale delle sanzioni solo in presenza di comportamenti particolarmente gravi, in un crescendo di soluzioni che trovano un denominatore comune nella possibilità di revisione delle scelte concernenti l’affidamento medesimo³².

Ne consegue che al cospetto di controversie attinenti all’esercizio della potestà, il giudice, avvalendosi dei suoi poteri discrezionali, può non soltanto rivedere le scelte

(³²) Un certo scetticismo circa le modalità di risoluzione dei conflitti tra i genitori è espresso da P. Schlesinger, *L’affidamento condiviso è diventato legge!*, il quale con battuta sarcastica commenta: *“non credo proprio che tutto ciò renderà più semplice ed efficiente l’amministrazione della giustizia nei confronti dei figli minori di genitori in crisi”*

sull'affidamento ma altresì rimodellare i contenuti della potestà medesima.

Ad un simile provvedimento, egli poi, può “aggiungere” altre sanzioni.

I poteri ed i doveri inerenti all'esercizio della potestà si compendiano in tre attribuzioni principali: cura della persona del minore; rappresentanza ed amministrazione; usufrutto legale. Il loro contenuto non muta nella fase patologica del rapporto familiare, come conferma l'*incipit* dell'art. 155 c.c., il cui avverbio “*anche*” esprime il senso di una continuità con la pregressa situazione goduta in costanza di matrimonio.

5.2 Modalità di esercizio della potestà genitoriale.

Nell'intento del legislatore, la concreta determinazione dell'esercizio della potestà da parte del giudice è destinata a svolgere un ruolo centrale; nella relazione al p. d. l. n. 66 presentato nella XIV legislatura, infatti, si afferma:

D'altra parte, per evitare gli inconvenienti dell'affidamento congiunto, solo le decisioni più importanti, come la scelta del medico o della scuola, saranno obbligatoriamente congiunte (come già avviene ora anche per l'affidamento esclusivo), ma per il resto il giudice valuterà se il grado di conflittualità esistente

permette un esercizio congiunto della potestà, oppure conviene assegnare a padre e madre compiti distinti, e quindi facoltà decisionali separate (articolo 155 – bis, secondo comma). In questo modo si realizza comunque la naturale prosecuzione del regime precedente alla separazione, eventualmente con una alternanza nelle responsabilità che non è legata al calendario (come nell'affidamento alternato), ma a specifiche attività o momenti di vita (acquistare un oggetto, frequentare una palestra), come avviene nella famiglia unita³³.

L'intento si è tradotto, tuttavia, in una norma che ha suscitato varie critiche.

La dottrina osserva che:

Il problema emerge in tutto il suo portato solo se si consideri le ambigue espressioni adoperate dal legislatore nella formulazione del novellato art. 155 c.c. che inducono ad interpretazioni tutt'altro che univoche. In tal senso, infatti, se perentorio appare l'incipit del 3° comma del summenzionato art. 155 c.c. (“La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”), un primo problema ermeneutico si pone a voler coordinare detta previsione con quanto al 2° comma del medesimo, là dove si rimette al giudice la determinazione dei tempi e delle modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, ciò significando che la potestà verrà esercitata disgiuntamente da entrambi i genitori ferma restando la necessaria

⁽³³⁾ rel. P. d. l. n. 66, XIV legislatura.

condivisione delle scelte. Ciò trova puntuale conferma nel disposto di cui al 3° comma, ove esso prosegue specificando che le decisioni di maggior interesse per i figli debbano esser assunte di comune accordo tra i genitori, mentre quelle relative a questioni di ordinaria amministrazione, previa autorizzazione del giudice in fase di definizione iniziale degli assetti dell'affidamento, possano essere prese separatamente da ogni singolo genitore. Da quanto sinora riportato, emerge chiaramente come la formula di apertura del 3° comma sia atta ad intendersi nel senso che l'esercizio delle funzioni della potestà non debba essere svolto contemporaneamente da entrambi i genitori, ma solo che debba esserci compartecipazione alle scelte di indirizzo della formazione della personalità del minore e di gestione straordinaria dei beni di cui esso è titolare ;

e prosegue:

La correttezza di una siffatta interpretazione trova puntuale conferma nella prevista rilevanza degli accordi tra i genitori, dei quali accordi, secondo la formula adoperata dal legislatore, se non contrari agli interessi del minore, il giudice deve prendere atto. Il che induce a considerare rilevante e vincolante per il giudice, traendo argomento dal 2° comma dell'art. 155 c.c., la libera determinazione degli assetti dell'affido compiuta dalle parti in ordine alla contribuzione di ciascuno al mantenimento, alla cura, alla istruzione e alla educazione

della prole, nonché in relazione ai tempi e ai modi di permanenza del minore con ciascuno di essi. Pare, infatti, possa sostenersi come il potere etero determinativo del giudice incontri un limite forte negli intervenuti accordi inter partes, essendo chiamato ad operare una valutazione di corrispondenza dei contenuti convenzionali agli oggettivi interessi del minore e, solo per il caso in cui essi non risultino sufficientemente conformi a detti interessi, avrà facoltà di intervento propositivo e modificativo degli assetti divisati, ovvero sospensivo dell'iter del procedimento, accordando ai genitori quello spatium deliberandi ulteriore per raggiungere un accordo conforme alla ratio legis.

In dottrina si rileva, anche, l'improprietà del termine "separatamente", in quanto il legislatore non intende, in realtà, contraddire la regola dell'esercizio comune della potestà nell'affidamento condiviso: il senso da attribuire alla disposizione è quello di incentivare l'esercizio comune della potestà da parte di entrambi i genitori ogni volta che sia possibile, ma anche di consentire la continuazione dell'esercizio della potestà quando sia necessario, per qualunque motivo, conferire ai genitori degli "specifici spazi di competenza quotidiana".

In dottrina, quindi, si auspica un ampio uso del potere del giudice previsto dall'ultima parte del 3° co. dell'art. 155 c.c., considerata una vera e propria "valvola di sicurezza": la dottrina infatti, nel ritenere utopistica una

interpretazione della normativa in veste di imposizione ex lege di accordo tra coloro che d'accordo non vanno, considera ipotesi del tutto marginale quella dei coniugi separati (o divorziati, o ex conviventi) che quotidianamente esercitino la potestà congiuntamente, e ritiene che il buon funzionamento dell'istituto passi per la conservazione dell'esercizio della potestà – quanto all'ordinaria amministrazione - in capo al solo genitore con cui il minore concretamente conviva .

In proposito è indubbio che, benché il richiamo all'ordinaria amministrazione sia improprio perché fa pensare solo alla gestione patrimoniale, tale facoltà riguarda ogni profilo di esercizio della potestà, e non soltanto quelle d'ordine patrimoniale, purché concernenti le “questioni di ordinaria importanza”, altrimenti definibili “di routine” .

Per quanto, però, concerne invece le vere e proprie questioni patrimoniali, si evidenzia in dottrina che il termine “ordinaria amministrazione” non può coincidere con il concetto che compare nell'art. 320 c.c., essendo evidente che se tale norma prevede la regola dell'esercizio disgiunto da parte di entrambi i genitori, per la situazione di convivenza, non può logicamente essere previsto l'esercizio congiunto per la situazione di separazione coniugale e di non convivenza .

In concreto, l'applicazione del disposto dell'ultima parte del 3° co. dell'art. 155 c.c. ha la fondamentale funzione di

evitare, per quanto più possibile, le reciproche interferenze dei genitori nella vita quotidiana e nello svolgimento del rapporto che ognuno dei due continua a sviluppare con la prole minore dopo la separazione; essa si attua in genere mediante la delimitazione temporale dei periodi di esercizio esclusivo della potestà in riferimento alle questioni di ordinaria amministrazione, generalmente coincidenti con i periodi di rispettiva convivenza con la prole minore senza previa consultazione con l'altro genitore.

La suddivisione può, peraltro, essere operata anche in base a criteri diversi, definendo separati settori di competenza "per materia" di ciascun genitore, indipendentemente dalla collocazione del minore nel momento in cui occorre assumere la decisione, prevedendo, in pratica, incarichi differenziati dei due genitori, ai vengono attribuiti in parte o in tutto diversi. In dottrina si evidenzia, inoltre, la necessità di tenere distinte, non tanto concettualmente quanto concretamente, le questioni di "ordinaria amministrazione" di cui al 3° co., dalle linee educative di fondo, la cui assunzione ed attuazione resta, invece, comune: l'attuazione pratica del criterio dell'esercizio separato per le decisioni quotidiane non può che rimanere nei binari delle linee fondamentali nell'educazione da impartire la minore, rispettando gli indirizzi che sono stati determinati dai genitori in modo spontaneo o per decisione del giudice, e che i coniugi

devono comunque seguire, evitando sovrapposizioni tra i due piani.

L'esempio portato dalla dottrina è quello delle divergenze tra i genitori sul consentire al figlio di rincasare tardi la sera per recarsi in discoteca con gli amici, situazione che può dar luogo a un conflitto: per alcuni simile conflitto è riconducibile a una ripartizione di competenze dell'ordinaria amministrazione, e da altri è considerato, invece, non risolvibile mediante la suddivisione dei campi di competenza³⁴.

Anche nel caso di affidamento monogenitoriale la disciplina della potestà ha dato luogo a perplessità in dottrina, non mancando, tra gli interpreti, le opinioni che, con varie motivazioni, sostengono la permanenza dell'esercizio della potestà in capo ad entrambi i genitori anche nel caso di affidamento esclusivo ad uno dei due.

Parte della dottrina, infatti, ha visto nella nuova normativa anche l'occasione del superamento della situazione preesistente, nella quale, per effetto della diffusione dell'affidamento monogenitoriale, il genitore non affidatario veniva a trovarsi di fatto nella medesima situazione di un genitore decaduto dalla potestà³⁵; secondo tale opinione, si connette alla espressa riaffermazione del principio che “la potestà genitoriale è

⁽³⁴⁾ Napolitano L. “L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. Esperienze pregresse e novità legislative a confronto” Giappichelli, Torino 2006, 196.

⁽³⁵⁾ De Filippis B. “Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio”, Cedam, Padova 2006.

esercitata da entrambi i genitori” (art. 155, 3°co.,c.c.) il significato che l’esercizio delle funzioni inerenti alla potestà – responsabilità rimane comune anche nel caso, peraltro residuale, di affidamento esclusivo ad uno soltanto dei genitori. All’espressa affermazione di cui al 3°co., infatti, si accompagna la considerazione che esso è collocato dopo il 2°co. dove si prevede sia la regola generale dell’affidamento condiviso che la eccezione dell’affidamento esclusivo; ciò non impedisce, peraltro, che in particolari ipotesi e in ragione dell’interesse del minore, la potestà possa essere attribuita al solo genitore affidatario.

In tal modo si rimarca la già menzionata scissione tra le funzioni di affidamento e l’esercizio della potestà, che caratterizza il nuovo regime .

Altra parte della dottrina rileva che ritenere che esercizio della potestà permanga in comune tra i genitori anche nel caso di affidamento esclusivo equivale a svuotare di significato le differenze tra le due forme di affidamento, riducendo a un dato meramente formale l’affidamento della prole ad uno solo dei genitori. Secondo tale opinione non sono ravvisabili nella norma dati testuali idonei ad affermare che la potestà rimanga comune anche in ipotesi di affidamento monogenitoriale, e nega la rilevanza, a tal fine, della seconda parte del 3°co. dell’art. 155 c.c., e del disposto dell’art. 317 c.c.

In effetti, i dati normativi non sono chiari ed inequivocabili. L'art. 155 c.c. in primo luogo postula il principio di bi genitorialità (1°co.), e poi disciplina, per la realizzazione di tale principio, l'affidamento della prole incentrandolo sulla modalità condivisa (2°co.). L'esercizio della potestà compare al 3°co., con l'affermazione che esso è comune ad entrambi i genitori. Quindi si prevede l'obbligo di assumere di comune accordo le decisioni di maggiore importanza.

Alla fine del medesimo comma si prevede la possibilità di esercizio separato della potestà, e tale ipotesi riguarda, evidentemente, entrambe le forme di affidamento.

L'affidamento monogenitoriale è disciplinato, peraltro, dal successivo art. 155 bis c.c., che non menziona espressamente la potestà genitoriale. Quindi non è espressamente previsto un esercizio esclusivo da parte dell'unico affidatario.

Un ulteriore dato normativo è costituito dall'art. 317 c.c., che dispone che la potestà comune dei genitori non cessa quando a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi. Sulla base di questo insieme di dati testuali si fonda la tesi del necessario esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori.

Tuttavia, ulteriori dati normativi sono di segno contrario. La disciplina dell'affidamento esclusivo prevede rigide

condizioni legittimanti l'adozione di tale forma di affidamento, incentrate sulla tutela dell'interesse del minore, e sul presupposto della nocività della partecipazione del genitore escluso alla educazione del minore. Inoltre, è previsto che, nel disporre esclusivo, siano fatti salvi i diritti del minore previsti dal 1°co. dell'art. 155 c.c., cioè il diritto alla bi genitorialità; non vengono, invece, richiamate le altre previsioni di cui ai commi seguenti dell'art. 155 c.c., e in particolare quella sull'esercizio della potestà. È logico, quindi, ritenere che, nella sussistenza dei presupposti per l'affidamento esclusivo, l'adozione di tale forma di affidamento porti con sé l'attribuzione dell'esercizio della potestà in capo ad un soggetto al quale l'interesse del minore preclude l'affidamento. A tale ricostruzione non osta la norma dell'art. 317 c.c., e in proposito in dottrina si ricorda come già nelle precedenti disposizioni, tale norma non impediva che la interpretazione assolutamente prevalente propendesse, in caso di affidamento esclusivo, per l'attribuzione dell'esercizio della potestà al solo genitore affidatario.

Posto, dunque, che sono previsti rigorosi presupposti per far luogo ad affidamento monogenitoriale, e che tali presupposti rendono incongruo il mantenimento dell'esercizio della potestà in capo al genitore escluso dall'affidamento; posto, inoltre, che l'art. 317 c.c. disciplina la titolarità della potestà, ma non il suo

esercizio, e dunque non preclude un esercizio esclusivo; sulla base di questi dati sistematici ed interpretativi si sostiene la tesi che ritiene più conforme al dettato normativo l'opinione che continua a fondare, come in passato, la distinzione tra affidamento ad entrambi i genitori ed affidamento ad un solo genitore sull'esercizio della potestà, unico elemento che consente ai genitori di rapportarsi con i figli sul piano educativo; e ciò principalmente in considerazione del fatto che l'affidamento esclusivo presuppone – e anche per ciò è ipotesi residuale – la controindicazione, per la prole, della frequentazione di un genitore, cioè in altri termini l'opportunità di evitare che quel genitore disponga di un potere di indirizzo di educazione ed istruzione nei confronti della prole.

D'altronde, la distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà, consente di ritenere che l'attribuzione di un esercizio esclusivo non ha alcun effetto privativo della potestà in capo al genitore non affidatario, e così si spiega l'affermazione normativa della permanenza della potestà in capo ad entrambi i genitori: ma ciò non esclude che, con l'affidamento esclusivo, l'esercizio della potestà sia riservato a un solo genitore. Con la conseguenza, tuttavia, che, in caso di emergenza, ad esempio per improvviso ed assoluto impedimento fisico del genitore affidatario, l'esercizio della potestà da parte dell'altro genitore ritorni immediatamente pieno e legittimo, prima ancora che

intervenga alcun provvedimento giudiziale, e ciò nell'interesse della prole minorenni, altrimenti priva di soggetti ai quali rapportarsi.

Da questa impostazione consegue che le limitazioni della potestà che eventualmente risulti opportuno disporre, nell'interesse del minore, devono essere oggetto di espressa e dettagliata previsione da parte del giudice; in giurisprudenza si afferma, in proposito, il potere del giudice, in caso di affidamento esclusivo, di escludere in tutto o in parte l'altro genitore dall'esercizio della potestà, limitando radicalmente, anche con riferimento alle decisioni di maggiore interesse per i figli, l'esercizio della potestà da parte del non affidatario³⁶.

⁽³⁶⁾ Trib. Bologna 17.4.2008, FI, 2008, I, 1914.

CAPITOLO II

MODALITA' DI AFFIDAMENTO DIVERSI DA QUELLO CONDIVISO.

SOMMARIO: 1. *L'affidamento esclusivo. Ambito applicativo residuale.* — 2. *Criteri di scelta tra affidamento condiviso ed affidamento esclusivo.* — 3. *L'affidamento a terzi.* — 4. *La responsabilità aggravata per opposizione all'affidamento condiviso.* — 5. *I Provvedimenti relativi ai figli.* — *5.1 La regolamentazione dei rapporti con ciascuno dei genitori.* — 6. *Il mantenimento dei figli.* — *6.1 Il mantenimento diretto e l'assegno periodico.* — *6.2 Il mantenimento del figlio maggiorenne.* — 7. *L'assegnazione della casa familiare.* — 8. *La revisione delle disposizioni sull'affidamento.* — 9. *Differenze rispetto all'affido congiunto.*

1. L'affidamento esclusivo. Ambito applicativo residuale.

La regola generale in base alla quale per realizzare le finalità della legge del mantenimento, da parte del minore, di un rapporto equilibrato con entrambi i genitori, l'adozione dei provvedimenti relativi alla prole avviene con esclusivo riferimento all'interesse del minore, viene espressa dalla disposizione secondo cui il giudice valuta

prioritariamente la possibilità che i figli restino affidati ad entrambi i genitori, oppure stabilisce a quale di essi sono affidati.

Pertanto, la regola generale è quella dell'affido condiviso e soltanto quando l'interesse del minore lo richiede il giudice può disporre, anche d'ufficio e con provvedimento motivato, l'affidamento ad un solo genitore.

L'affidamento esclusivo, pertanto, diventa una soluzione residuale e può essere disposta con provvedimento motivato solo quando il giudice consideri l'affidamento condiviso contrario all'interesse del minore (art. 155 bis, comma 1, c.c.).

La Novella richiede, quindi, per disporre l'affidamento esclusivo, l'accertamento di una specifica situazione di fatto impeditivi dell'affidamento condiviso (ad esempio l'infermità mentale di uno dei genitori, l'obiettivo lontananza dei genitori, la loro anomala condotta di vita, il loro disinteresse nei confronti dei figli...).

Diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina³⁷, l'accordo dei genitori non costituisce, di per sé, motivo sufficiente per far luogo all'affidamento esclusivo. L'interesse tutelato dal legislatore è innanzitutto quello del minore, strettamente collegato al preciso dovere dei genitori di <<mantenere, istruire ed educare la prole>>, per cui per privare un figlio dell'apporto di un genitore al

⁽³⁷⁾ Missiaggia M. L. "L'affido condiviso alla prova dei fatti", 2006, 121.

suo allevamento ed educazione occorrono motivi oggettivi, e non basta la volontà dei genitori, trattandosi di diritti della prole sottratti alla disponibilità degli stessi genitori.

In dottrina si ritiene che, essendo l'affido monoparentale una soluzione <<in contrasto con lo spirito della novella>>, <<il giudice dovrebbe chiedere spiegazioni ai coniugi che la propongono e solo a fronte di gravi e convincenti motivi accoglierla>>, rifiutandosi, in assenza di spiegazioni convincenti, di omologare la separazione o pronunciare il divorzio alle condizioni proposte dalle parti.

La soluzione si fonda in primo luogo su argomenti testuali, giacchè dalle norme di cui all'art. 155, 1°, 2° e 3° co., c.c. si ricava che non è consentito nemmeno al giudice derogare ai principi fondamentali della bigenitorialità e dell'esercizio congiunto della potestà, e pertanto le parti possono essere dotate di tale potere.

In secondo luogo, si fonda sulla considerazione che l'affido condiviso è previsto nell'interesse del minore, come tale non disponibile e non negoziabile da parte dei genitori.

Nell'ipotesi di affido esclusivo il giudice è tenuto a motivare anche nell'ipotesi di separazione consensuale omologata.

La necessità di motivazione è funzionale alla spiegazione dell'opzione monogenitoriale, anche nella prospettiva del

diritto della prole, una volta divenuta adulta, di conoscere le ragioni dell'esclusione di un genitore dalla propria educazione.

L'affido monogenitoriale è qualcosa di qualitativamente e quantitativamente diverso dall'affidamento ad entrambi i genitori. La differenza è evidenziata dal legislatore con la collocazione in una norma apposita (art. 155 bis c.c.) che marca nettamente la distanza dalla forma ordinaria e preferenziale di affidamento.

L'affidamento monogenitoriale diventa una ipotesi straordinaria.

Inoltre, a fronte di una opinione che, a seguito dell'approvazione della riforma del 2006, ritiene implicitamente abrogato l'art. 6 l. 01/12/1970, n. 898, quanto meno nella parte che disciplina l'affidamento alternato e congiunto, gli interpreti si stanno orientando nel senso della permanenza delle forme di affido già note. In dottrina si rileva l'opinione secondo cui l'affidamento congiunto è stato <<assorbito, più che abrogato>> dall'affidamento condiviso, l'opinione che le altre forme possano ancora essere utilizzate in presenza di richiesta di entrambe le parti, e verifica di conformità all'interesse del minore, e una diffusa opinione che ritiene possibile mantenere inalterato l'assetto precedente alla riforma, già in essere in concreto da tempo, nei casi in cui ciò risponda all'interesse del minore: con ciò ammettendo, anche in

linea teorica, l'attuale ammissibilità delle precedenti forme di affidamento non condiviso.

Tale possibilità viene ammessa anche in assenza di espressa domanda di parte, essendo finalizzata ad attuare il superiore interesse del minore, e trova base testuale nel potere del giudice, previsto all'art. 155, 2° co., c.c. di adottare ogni provvedimento che sia funzionale al soddisfacimento degli interessi della prole.

A differenza che nel regime precedente le occasioni per disporre l'affidamento esclusivo diventano residuali, e la motivazione non può che attenersi all'individuazione concreta di un interesse del minore a non mantenere rapporti paritari con entrambi i genitori.

Inoltre, anche in tal caso, ai sensi dell'art. 155 bis, 2° co., c.c., occorre far salvi <<per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'art. 155>>.

2. Criteri di scelta tra affidamento condiviso ed affidamento esclusivo.

L'attenzione si sposta, quindi, sulla valutazione delle ragioni che impongono di escludere uno dei genitori dal rapporto di affidamento, e sul livello in base al quale ritenere sufficienti tali elementi. In base alle prime interpretazioni non si dispone ancora di elementi significativi per tracciare un elenco casistico delle ragioni

ritenute sufficienti per giustificare un affidamento monogenitoriale, se non nel senso che la regola è quella dell'affidamento condiviso, e quindi deve essere adottata questa situazione a meno che, per qualche specifico motivo, si risolva in un danno per la *prole*³⁸.

In generale, può ritenersi idoneo ad essere posto a base dell'adozione di un regime di affidamento diverso da quello condiviso, ogni motivo ritenuto idoneo a giustificare l'esclusione di un rapporto continuativo del minore con entrambi i genitori, o più esattamente con uno dei due.

In proposito si è rilevato che la apparente discrezionalità del giudice in materia, non è, in realtà, molto ampia, e si tratta di una discrezionalità vincolata ad una motivazione predeterminata dal legislatore.

D'altra parte, se il criterio guida è quello dell'interesse del minore, e si considera che l'affidamento esclusivo nel regime precedente portava spesso, di fatto, all'eliminazione di un genitore dalla vita dei figli, è evidente che per ritenere conforme all'interesse del minore un regime che conduce, se non all'esclusione di un genitore dalla sua vita (dovendosi salvaguardare il diritto di cui all'art. 155, 1°co., c.c.), comunque ad una decisa limitazione della presenza di detto genitore, occorreranno motivi, e motivazioni, di indubbia consistenza. In tal modo il legislatore ribadisce che, nella

³⁸) Trib. Ascoli Piceno 12.4.2006, DLM 2006, 4, 507.

normalità dei casi, ai genitori deve essere prospettato, e in assenza di idonee ragioni imposto, il regime conforme al modello normativo.

In giurisprudenza si manifesta una linea di rigore interpretativo volta a evitare lo svuotamento di significato pratico della riforma, evidenziando il rischio che, se non si utilizzasse un criterio restrittivo, la nuova legge non troverebbe quasi mai applicazione pratica:

la contrarietà dell'affido condiviso all'interesse del minore deve essere interpretata rigorosamente e restrittivamente, nel senso che solo gravi e comprovate circostanze di fatto dannose al minore possono escludere in concreto l'applicabilità dell'affidamento bigenitoriale e tale contrarietà deve essere motivata dal giudice con riferimento a precise e specifiche circostanze di fatto che dimostrino il danno derivante al minore dalla condotta d'un genitore e non con asserzioni tautologiche o con vuote formule di stile³⁹.

Più specificamente, quanto ai criteri dirimenti tra le due soluzioni di affidamento, in dottrina si critica la genericità delle formule usate dal legislatore della novella, sostanzialmente limitate al primato dell'”interesse del minore”, e tuttavia si osserva che:

conserva però ampiamente attualità – e a ben vedere è un dato positivo – l'enorme elaborazione dottrinale e

⁽³⁹⁾ *Trib. Minorenni Abruzzo 10.03.2007, GM, 2007, 3110.*

giurisprudenziale sull'interesse del minore e sui criteri di scelta e modulazione dell'affidamento specie congiunto.

In giurisprudenza si è precisato che: l'addebito della separazione non osta di per sé al regime di affidamento condiviso della prole, avuto riguardo, da un lato, all'interesse della prole stessa e, dall'altro, al fatto che l'addebito non implica senz'altro un giudizio negativo sulla figura e sulle capacità genitoriali⁴⁰, il coinvolgimento della prole nelle questioni personali dei genitori, ad opera del padre, e l'azione educativa dello stesso improntata a criteri di permissività non costituiscono motivi ostativi alla praticabilità dell'affidamento condiviso⁴¹.

Possono avere, invece, rilievo, le specifiche ragioni della decisione sull'addebito: se, infatti, come nel caso deciso dal Tribunale modenese, la violazione dell'obbligo di fedeltà può non svolgere alcuna influenza negativa sul rapporto con la prole, diversa considerazione hanno le violazioni di specifici doveri nei rapporti con la prole, nelle loro varie possibili gradazioni, fino alla rilevanza penale.

Gli elementi sui quali, in dottrina e giurisprudenza, si discute in ordine alla loro idoneità a far propendere per un affidamento esclusivo piuttosto che condiviso (come, in

⁽⁴⁰⁾ *Trib. Modena* 20.2.2008, n. 281.

⁽⁴¹⁾ *App. Napoli* 13.7.2007.

precedenza, congiunto), sono suddivisibili in alcuni gruppi di ipotesi:

a) elementi materiali, come la distanza tra le abitazioni dei due genitori, presso uno dei quali abita il minore, che un'opinione non ritiene elemento sufficiente per escludere l'affidamento condiviso, mentre secondo un'altra opinione può portare a tale esclusione, e secondo un'altra opinione ancora non integra una controindicazione assoluta, dovendosi valutare altri presupposti, quali l'armonia tra i genitori e, quindi, la possibilità che, anche a grande distanza, il figlio possa rapportarsi significativamente con entrambi i genitori, sicché si ritiene che l'effetto preclusivo di questo elemento dovrebbe essere limitata ai soli casi in cui la distanza comporta oggettive difficoltà nell'esercizio di un ruolo educativo da parte del genitore non convivente; in giurisprudenza tale elemento viene talora reputato idoneo, specie nelle ipotesi di richiesta congiunta dei genitori in tal senso, in quanto si ritiene che, in presenza di una prospettiva di minori possibilità, ed obiettive difficoltà, alla frequentazione da parte di uno dei genitori, purché non pretestuosa, non risponda all'interesse del minore imporre un regime di affidamento che le parti non sono in grado, concretamente, di realizzare; altre volte, in considerazione delle circostanze concrete, non si ravvisano controindicazioni all'affidamento condiviso

anche a considerevole distanza⁴²; altre volte l'elemento viene reputato significativo se associato ad altro di ordine soggettivo, come la conflittualità⁴³;

b) elementi materiali inerenti la persona di un genitore, comportanti impedimenti obiettivi allo svolgimento di un ruolo educativo e di cura, e la permanenza di un rapporto continuativo con il minore, come lo stato di detenzione di un genitore⁴⁴, l'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario, la sottoposizione a programma di protezione come collaboratore di giustizia⁴⁵, il ricovero in comunità di recupero, ovvero elementi che, sempre inerendo la persona di un genitore, rendano concretamente inopportuno l'affidamento, come il compimento di determinati reati nei confronti della prole e/o del coniuge, come abusi sessuali del genitore verso il minore, per i quali vi siano gravi indizi e quanto meno un procedimento penale già in corso, le condotte violente nei confronti della prole, anche se non rilevanti ai sensi delle norme repressive dei soprusi familiari e non determinanti decadenza dalla potestà (nel qual caso la circostanza è di per sé decisiva), il suo comprovato inserimento in organizzazioni criminali, specialmente se in condizione di latitanza, la condotta di vita dissoluta o

⁽⁴²⁾ *Trib. Bologna* 22.5.2006.

⁽⁴³⁾ *App. Napoli* 10.4.2007.

⁽⁴⁴⁾ *Trib. Catania* 18.5.2006.

⁽⁴⁵⁾ *Trib. Napoli* 27.3.2007, *FeM*, 2007, 8, 23.

completamente irresponsabile, per dedizione ed accattonaggio con assenza di fissa dimora, dipendenza da alcool o sostanze stupefacenti, o ancora patologie mentali comportanti infermità psichica o comunque tali che, per le loro caratteristiche e cronicità, facciano dubitare della idoneità all'allevamento della prole; specie se insieme ad altri elementi, come l'assenza dalla vita del figlio e il conseguente rifiuto del figlio di incontrare il genitore⁴⁶;

c) elementi d'ordine soggettivo, inerenti i rapporti tra genitore e prole, quali: forti tensioni tra il genitore e la prole, peraltro di per sé non ostativa⁴⁷; manifesta inidoneità del genitore a svolgere compiti educativi e di cura, con incapacità di esercitare in alcun modo autorità e disciplina e fornire modelli relazionali.

3. **L'affidamento a terzi.**

Il nuovo testo dell'art. 155 c.c. non prevede più la collocazione della prole presso terze persone o, nell'impossibilità, in un istituto di educazione.

Tale previsione, contenuta nel 6° co. dell'art. 155 c.c., è sparita senza essere sostituita.

⁽⁴⁶⁾ *Trib. Reggio Calabria* 28.3.2008.

⁽⁴⁷⁾ *App. Catania* 9.6.2008.

La possibilità di collocazione presso terzi, quindi, resterebbe limitata all'ipotesi di figli naturali. Tale esclusione si può ricavare dall'esame dei lavori preparatori, dai quali emerge che l'omissione presente nel nuovo testo era stata segnalata ed era stato proposto uno specifico emendamento, sicchè non si tratterebbe di una lacuna ma dell'esclusione di tale potere del giudice della separazione.

Una parte degli interpreti, tuttavia, ritiene che la disposizione del precedente art. 155, 6° cc., c.c, sia stata semplicemente <<dimenticata dal legislatore>> e resti tuttora applicabile facendo riferimento ad altri dati normativi, e cioè l'art. 6, 8° co., l. 01/12/1970, n. 898 e gli artt. 317 bis, 330 e 333 c.c..

Altra parte degli interpreti ricava la possibilità di affidamento a terzi ed in particolare ad ascendenti e collaterali da un'analisi sistematica e dall'osservazione che la nuova disciplina non ha abrogato la precedente, ma vi si è semplicemente aggiunta.

Altra parte ancora giunge ad analoghe conclusioni sulla base di considerazioni attinenti:

- a) la valutazione degli interessi della prole;
- b) la previsione normativa del diritto del minore di continuare ad intrattenere significativi rapporti con i parenti di ciascun ramo genitoriale, ciò che consentirebbe, pertanto, la collocazione presso i nonni, o altri parenti, e comunque terzi;

c) la previsione del potere del giudice di adottare ogni provvedimento relativo alla prole.

In base ad un'interpretazione letterale risulta esclusa la possibilità di disporre un vero e proprio affidamento a soggetti diversi dai genitori, potendosi soltanto disporre la collocazione della prole presso terzi. A parte, infatti, l'ipotesi di interventi sulla potestà, adottati dal competente Tribunale per i minorenni, i soggetti affidatari restano entrambi i genitori od uno di essi.

In base ad un'interpretazione logico-sistematica, viceversa, se nel preminente interesse della prole è dato il potere di escludere dall'affidamento uno dei genitori o entrambi, è da ritenere sussistente il potere di limitare anche in misura rilevante i contenuti di tale affidamento.

La legge sembra non aver preso in considerazione l'ipotesi in cui entrambi i genitori sono inidonei all'affidamento della prole, alla quale risulterebbe nocivo. Dunque, non solo la collocazione, ma anche l'affidamento extrafamiliare deve continuare ad essere possibile.

Tuttavia, il nuovo testo normativo manifesta l'intento del legislatore di rendere del tutto marginale tale ipotesi.

Se ne ricava, così, un principio operativo concreto per cui l'intervento del giudice si esplica, se necessario, in primo luogo mediante la collocazione stabile della prole presso soggetti diversi, con interventi sul regime di frequentazione tra la prole ed i genitori, e con l'adozione di ogni misura idonea a regolare i rapporti con ciascuno

dei genitori in modo conforme alle esigenze dei minori; in casi estremi, ove non sia possibile evitarlo, il giudice esclude dall'affidamento entrambi i genitori.

Tale potere si fonda, testualmente, sulla valorizzazione della menzionata clausola aperta, secondo cui il giudice adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

Nella descritta ottica va ammessa la possibilità di disporre la collocazione del minore presso terze persone che, tuttavia, in base all'art. 155 c.c., con criterio assolutamente preferenziale devono essere individuate nell'ambito parentale, e perciò negli ascendenti o nei parenti prossimi.

Nel caso in cui nemmeno questo sia possibile, cioè nel caso in cui nessuna altra soluzione sia praticabile, si può ricorrere a forme di ricovero extrafamiliare dei minori, che possono essere collocati anche presso diversi ambiti familiari, sotto il controllo dei servizi sociali, ai quali va temporaneamente affidato il minore.

Non può, però, disporsi il ricovero in un istituto di cura o di educazione, in quanto già prima della riforma del 2006 tale soluzione non era più consentita, potendosi disporre soltanto l'affidamento familiare di cui all'art. 2 l. 04/05/1983, n. 184, cioè l'inserimento del minore in una famiglia, o la sua collocazione in una comunità di tipo familiare. Quest'ultima soluzione, però, non può essere che provvisoria al fine di non ostacolare il diritto del minore ad una propria famiglia.

In giurisprudenza, in una vicenda in cui l'affidamento ai servizi sociali era consigliato dalla consulenza tecnica d'ufficio espletata, si è ammessa, in astratto, la possibilità di affidare a terzi, affermandone la residualità e preferendo nella fattispecie disporre un affidamento monogenitoriale con sorveglianza da parte dei servizi sociali ⁴⁸; in un'altra occasione, in una situazione di estrema conflittualità si è ritenuto opportuno affidare la prole ai servizi sociali fino al ritorno alla normalità dei rapporti tra i genitori, disponendo nel contempo un frequente monitoraggio al fine di curare la ripresa dei rapporti di un genitore con i figli; la prole è stata invece collocata presso l'altro genitore, senza esercizio della potestà se non per le sole questioni di ordinaria amministrazione.

La decisione è stata motivata espressamente nel senso che la possibilità, prevista dall'art. 155, 2° co., c.c., di <<adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole>>, consente che, in caso di necessità, possa farsi luogo all'affidamento anche a soggetti terzi⁴⁹.

⁴⁸)Trib. Modena 19/19/2006

⁴⁹)Trib. Bologna 1/10/2007, n. 2378

4. La responsabilità aggravata per opposizione all'affidamento condiviso.

Il 2° co. dell'art. 155 bis c.c., dopo l'espressa affermazione del diritto di ciascun genitore di chiedere l'affidamento esclusivo della prole, prevede una specifica sanzione per l'ipotesi di manifesta infondatezza della richiesta in quanto, ferma la possibilità di valutazione di tale condotta ai fini della responsabilità processuale aggravata (art. 96 c.p.c.) il comportamento del genitore istante può essere considerato <<ai fini della determinazione da adottare nell'interesse dei figli>>.

In dottrina la previsione riceve valutazioni contrastanti.

Il richiamo all'art. 96 c.p.c. comporta l'applicazione di una tradizione interpretativa non favorevole all'estensione dell'ambito della responsabilità processuale aggravata, per il riconoscimento della quale occorre il concorso di una serie di presupposti, che vanno dalla mala fede o colpa grave all'esistenza di una conseguenza dannosa comprovata. In particolare si richiedono tre presupposti:

- 1) il carattere totale e non parziale della soccombenza;
- 2) l'elemento soggettivo, consistente nell'aver la parte agito con mala fede (dolo) o colpa grave, consistente nella consapevolezza, o nell'ignoranza derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle proprie tesi, ovvero del carattere irrituale o

fraudolento dei mezzi adoperati per agire o resistere in giudizio;

3) l'elemento oggettivo rappresentato dalla dimostrazione della concreta ed effettiva esistenza di un danno subito dalla controparte come conseguenza immediata e diretta di un simile comportamento.

Inoltre anche l'esplicitazione del criterio della manifesta infondatezza della domanda può comportare una ulteriore limitazione della portata sanzionatoria.

5. I Provvedimenti relativi ai figli.

A seguito della riforma del 2006, è opinione diffusa in dottrina che i poteri del giudice risultano notevolmente incrementati in ordine alla regolamentazione concreta dei rapporti familiari tanto che il *giudice* risulta dotato in sostanza del potere di <<organizzare la vita quotidiana della prole>>.

Il giudice, infatti, in base all'art. 155, 2° co., c.c., oltre a stabilire il tipo di affidamento ne determina nel dettaglio le modalità di svolgimento, in quanto fissa i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore e fissa la misura ed il modo con cui ciascun genitore deve contribuire alla cura, istruzione ed educazione dei figli.

La serie di operazioni che il giudice deve compiere nel provvedere sull'affidamento, ha fatto ritenere che, nel

confronto col regime precedente, il potere di intervento del giudice risulti ora molto più invasivo, con compiti assai più penetranti ed incisivi.

In dottrina si concorda su un punto, e cioè che alla stregua della nuova normativa va abbandonata la prospettiva tradizionale secondo cui il compito del giudice si esauriva nella scelta del genitore più idoneo cui affidare la gestione dei figli, fissando le modalità di visita dell'altro genitore.

Altrettanto diffusa è l'opinione che si sia accentuato il ruolo del giudice nella regolamentazione di dettaglio degli aspetti personali dei rapporti endofamiliari.

Infatti, la specificazione normativa dell'obbligo di cura gravante su entrambi i genitori, comporta la necessità che il provvedimento del giudice sia dettagliato e specifico in ordine alla descrizione delle modalità di svolgimento del rapporto con entrambi i genitori e con i relativi ambiti parentali.

Sullo svolgimento del compito del giudice di determinare i rapporti della prole con i genitori incidono gli accordi che i genitori stessi possono aver raggiunto in proposito.

Ai sensi dell'art. 155, 2° co., c.c., il giudice <<prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori>>.

Sul punto si profilano tre linee interpretative.

Una parte della dottrina opera una forte valutazione dell'espressione <<prendere atto>>, e ritiene che è stato operato un ampliamento del ruolo dell'autonomia privata

e dei poteri decisionali dei genitori, giungendo ad affermare che tale espressione sta a significare che il giudice non ha alcun potere di intervento sull'accordo raggiunto dai genitori, salvo il caso di manifesto contrasto con l'interesse del minore, unico criterio di valutazione della meritevolezza dell'accordo.

Altra parte della dottrina sostiene che l'espressione non deve essere sopravvalutata ed il giudice deve tener conto anche della volontà del minore stesso.

In tal senso si nega che l'espressione possa essere intesa in senso impositivo per il giudice, non solo con riguardo alle modalità di affidamento ma anche in ordine al tipo di affidamento da adottare.

Altra parte della dottrina afferma, inoltre che, prendere atto significa che il giudice ha l'obbligo di valutare gli accordi raggiunti dai genitori per verificare la loro contrarietà o meno all'interesse del minore.

Gli accordi che intervengono tra i genitori non sono necessariamente globali ed onnicomprensivi, e spesso riguardano solo una parte della materia da disciplinare, in quanto i coniugi trovano intesa su alcuni aspetti ma restano in disaccordo su altri che vengono rimessi alla determinazione giudiziale.

Nella ricerca della rispondenza o meno degli accordi agli interessi del minore, il giudice dispone di vari strumenti, come una attenta audizione dei genitori, l'ascolto del minore, le informazioni assunte tramite i servizi sociali.

In giurisprudenza si è evidenziato la tendenza ad accogliere il più possibile gli accordi raggiunti dai genitori e considerare il giudice dotato di un ampio potere discrezionale, e quindi svincolato libero di valutare autonomamente sia il regime di dello stesso.

5.1 La regolamentazione dei rapporti con ciascuno dei genitori.

Premesso che il vecchio diritto di visita è sostituito dal provvedimento di determinazione dei modi e tempi di permanenza del minore, secondo la maggior parte degli interpreti la nuova disciplina non ha fatto venir meno la necessità di regolamentare i rapporti personali.

Un primo elemento fondamentale riguarda la residenza della prole, in quanto dalla residenza anagrafica del minore riguardano una serie di conseguenze pratiche molto importanti.

La legge non parla di residenza della prole, né di collocazione.

All'art. 155, 2° co., c.c. si parla di <<modalità della presenza>> dei figli presso ciascun genitore.

All'art. 155 quater, 2° co., c.c., si prevede il caso di mutamento della residenza da parte di un coniuge, che comporta il potere dell'altro di chiedere la revisione degli accordi.

La necessità di una residenza anagrafica attiene ai rapporti con la scuola, il servizio sanitario nazionale e le istituzioni in genere.

A parte l'esigenza della residenza anagrafica, in dottrina si segnala la necessità di fissare una residenza abituale, che lo stesso minore possa considerare il luogo principale di riferimento per lo svolgimento della sua vita in quanto <<non è pensabile che il minore, dopo la separazione, possa avere due centri di interesse dotati delle medesime prerogative>>.

L'individuazione di una collocazione preferenziale è suggerita da esigenze pratiche, evitando così di creare le condizioni per una condizione di disparità tra i genitori.

Nel provvedimento giudiziale tale individuazione può accompagnarsi a precisazione dei rispettivi ruoli e specificazioni delle modalità di relazione tra i tre soggetti coinvolti, tali da escludere ogni posizione di privilegio del genitore che di fatto diviene col locatario abituale.

6. Mantenimento dei figli.

Il diritto-dovere dei genitori di mantenere (oltre che istruire ed educare) la prole è previsto dagli artt. 147 e 148 c.c. e prescinde dall'unione o separazione dei genitori stessi, deriva dal fatto della procreazione e permane fino al raggiungimento della piena indipendenza economica da

parte della prole, ossia la c.d. autosufficienza. Si tratta di un dovere inderogabile che si fonda sull'art. 30 Cost., al quale il giudice deve sempre dare attuazione, anche in mancanza di domanda di parte, o distaccandosi da eventuali accordi tra i genitori non adeguati a tal fine.

L'obbligo al mantenimento di cui all'art. 148 c.c. dà luogo a vere e proprie obbligazioni pecuniarie, che in caso di separazione si strutturano anche in base al criterio del mantenimento del tenore di vita pregresso.

La novella introdotta nel 2006 ha inciso anche sulla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i genitori e la prole, giacchè <<la logica dell'affidamento condiviso comporta che i genitori determinano liberamente misura e modalità di partecipazione di ciascuno di essi al mantenimento dei figli>>.

In generale, quindi, quanto al mantenimento della prole, la visione della legge è quella della prosecuzione di un rapporto che non cambia, indipendentemente dalla scomposizione del nucleo familiare e della cessazione della coabitazione.

In caso di separazione, quindi, la legge prevede che salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito (art. 155, 4° co., c.c.).

Nonostante dal tenore letterale si possa ricavare che gli accordi delle parti possono prevedere un regime di

mantenimento totalmente squilibrato a carico di uno dei genitori, si ritiene che anche in caso di accordi tra i genitori la disciplina del mantenimento sia sottoposta ad un vaglio del giudice della separazione, alla stregua di un principio di proporzionalità ed in riferimento alla situazione patrimoniale ed economica complessiva.

A parte il caso di accordi, la disciplina del mantenimento nel regime successivo alla legge n. 54 del 2006 trova fondamento nei nuovi principi di regolazione dei rapporti personali tra i genitori e la prole, in quanto il principio di bigenitorialità e la tendenziale parità di presenza di entrambi i genitori nella vita dei figli non può non produrre effetti in tema di mantenimento della prole.

Si ritiene riduttivo ed improprio il richiamo al solo reddito dei genitori come parametro di contribuzione, in quanto, in base all'art. 148 c.c. l'obbligo di mantenimento è comunque proporzionata alle loro sostanze ed alla loro capacità di lavoro professionale e casalingo.

L'art. 155, 4° co., c.c. prevede come regola che il mantenimento sia attuato in maniera diretta e non più indiretta, cioè tramite un assegno versato all'altro genitore. Tutto ciò, nonostante non sia previsto espressamente, lo si desume dalla disposizione del 4° comma, secondo cui ciascun genitore <<provvede al mantenimento>> e secondo la prevalente opinione mediante assegno periodico.

In dottrina si rileva anche che a seguito della novella del 2006 non vi è più una disposizione espressa sull'amministrazione dei beni di proprietà dei figli, analoga a quella del precedente testo dell'art. 155, 4° co., c.c.

6.1 Il mantenimento diretto e l'assegno periodico.

L'art. 155, 4° co., c.c. prevede la regola del mantenimento diretto, che la dottrina ritiene maggiormente funzionale al principio della bigenitorialità, in quanto comporta il mantenimento di rapporti frequenti e costanti tra i genitori e la prole.

In tale prospettiva assume rilevanza la riaffermazione, nella parte finale del 4° co. dell'art. 155 c.c., del principio di proporzionalità.

Tale principio, quindi, connota l'intera disciplina delle statuizioni economiche nei confronti dei figli, e tale proporzionalità va intesa come <<criterio di adeguatezza rispetto all'effettiva presenza del genitore alla vita quotidiana del figlio>>, in un contesto in cui la regola è l'intervento economico diretto e giornaliero per le esigenze della prole, e la contribuzione indiretta è l'eccezione.

Il piano personale ed il piano patrimoniale restano distinti e, mentre il primo è caratterizzato dalla parità (di

responsabilità, di doveri e di facoltà), il secondo risponde ad una logica di proporzionalità, in relazione al reddito, alle sostanze ed alla capacità lavorativa.

La legge non prevede espressamente per l'ipotesi di affidamento esclusivo. In dottrina, per chi ritiene che l'affido monogenitoriale comporti esercizio esclusivo della potestà, logica conseguenza è che divenga regola ordinaria il mantenimento indiretto, cioè tramite assegno corrisposto al genitore affidatario.

Secondo altra opinione anche in tale forma di affidamento la regola del mantenimento diretto appare in vigore, fermo restando che la contribuzione da parte del genitore non affidatario sarà necessariamente minore e più limitata.

Tuttavia, tale soluzione appare difficilmente conciliabile con le esigenze concrete nei casi di consistente sproporzione di capacità patrimoniali tra i due genitori, a favore del genitore non affidatario.

In tale ipotesi la previsione di un assegno periodico (anche se di modesta entità da parte del genitore più debole economicamente) appare difficilmente evitabile.

In linea di principio, le modalità di contribuzione al mantenimento mediante assegno periodico assume carattere di residualità.

In realtà, la norma dell'art. 155, 4° co., c.c., assume grandissima importanza pratica perché, pur dopo aver ribadito la regola generale del mantenimento diretto della

prole in misura proporzionale, prevede il potere del giudice, ove necessario, di stabilire la corresponsione di un assegno periodico, al fine di realizzare il principio di proporzionalità.

Si tratta di una modalità di contribuzione concettualmente diversa dall'assegno di mantenimento che in precedenza costituiva la forma ordinaria di adempimento patrimoniale da parte del genitore non affidatario.

Il nuovo assegno periodico viene definito integrativo e perequativo⁵⁰ perché volto a ristabilire un equilibrio ed a riaffermare il principio di proporzionalità, alla base del mantenimento diretto.

Quando quest'ultima forma, da preferire in linea di principio, di mantenimento non sia pienamente attuabile per ragioni concrete, il giudice, per ristabilire il principio di proporzionalità, ordina il pagamento di un assegno che viene determinato in base a parametri prestabiliti dalla legge.

Oltre al mantenimento ordinario, con eventuale contribuzione periodica, il giudice deve provvedere sulle spese straordinarie. Quest'ultime sono le spese inerenti al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione dei figli, che sono rese necessarie da avvenimenti o scelte che trascendono le loro normali esigenze di vita quotidiana.

⁽⁵⁰⁾ o riequilibrativo: *Dell'Utri M. "L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari", 2006, 1555.*

L'elencazione di tali spese non è tassativa in quanto spese improvvise e non preventivabili.

Per queste stesse ragioni il contributo a tali spese non può essere quantificato in maniera fissa e predeterminata, a forfait, nemmeno su espressa richiesta o accordo della parti.

L'assegno è soggetto a rivalutazione automatica.

L'adeguamento automatico era già previsto dall'art. 6, 11° co., l. 01/12/1970, n. 898 (sostituito dall'art. 11 l. 06/03/1987, n. 74) in tema di divorzio, e veniva esteso dalla giurisprudenza anche alla separazione.

Con la novella del 2006 viene, per la prima volta, previsto espressamente in materia di separazione.

Il 5° co. dell'art. 155 determina un criterio di adeguamento automatico dell'assegno e stabilisce che, in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice, l'assegno è automaticamente adeguato agli indici Istat, inerente quelli relativi alla variazione dei prezzi di consumo.

6.2 Il mantenimento del figlio maggiorenne.

L'art. 155 quinquies è dedicato appositamente alla prole maggiorenne.

Il giudice, valutate le circostanze può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il

pagamento di un assegno periodico, versato direttamente all'avente diritto.

Prima della riforma del 2006 il codice civile non conteneva alcuna norma dedicata ai figli maggiorenni, ma il permanere dell'obbligo di mantenimento anche dopo il raggiungimento della maggiore età era stato affermato dalla giurisprudenza, precisando che tale obbligo persiste fino al raggiungimento dell'indipendenza economica⁵¹.

7. L'assegnazione della casa familiare.

Nel sistema codicistico (artt. 143,144, 145 e 146 c.c.) la casa rappresenta il luogo della residenza dei coniugi e della famiglia, e come tale è un elemento fondante l'unione matrimoniale.

Negli ultimi anni antecedenti la riforma del 2006 in giurisprudenza si sono definiti alcuni importanti principi, raggiungendo una consolidata stabilità interpretativa.

La novella del 2006 sancisce la regola di cui l'art. 155 quater c.c., secondo cui il godimento della casa familiare è attribuito tenendo conto prioritariamente dell'interesse dei figli.

Il criterio è connesso alla regola dell'affidamento condiviso, in base al quale non esiste più un genitore al

⁽⁵¹⁾ *App. Trento 06/07/2006.*

quale vengono affidati i figli ed al quale, conseguentemente, assegnare l'abitazione coniugale.

Dopo la novella del 2006, l'orientamento della Corte di Cassazione non è mutato. Alcune pronunce del 2007 hanno esplicitato principi già emersi. Conformemente a quanto rilevato dalla dottrina⁵² è stato affermato espressamente che anche nella vigenza dell'art. 155 quater c.c. il provvedimento di assegnazione della casa coniugale è subordinato alla presenza di figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti economicamente conviventi con i coniugi⁵³, non diversamente da quanto si riteneva in base all'art. 155 c.c. previgente.

L'art. 155 quater c.c. stabilisce che il giudice deve tener conto, in via prioritaria, dell'interesse dei figli. Se da un lato l'affidamento condiviso presuppone parità di condizioni dei genitori, e quindi possibilità che i figli possano godere delle stesse opportunità presso ciascuno di essi, dall'altro, l'assegnazione del godimento della casa familiare determinerà una situazione di maggiore <<normalità>>, favorevole al genitore assegnatario. Si tratta, tuttavia, di una scelta inevitabile, nel compiere la quale il giudice deve ispirarsi allo spirito paritario della nuova disciplina.

⁽⁵²⁾ *Dosi 2006*, 27

⁽⁵³⁾ *Cass. 22/03/2007, n. 6979*

Quello che la novella non ha chiarito è la questione del possibile rilievo delle esigenze abitative e di sostentamento del coniuge economicamente più debole.

Parte della dottrina rileva che nella decisione sull'assegnazione della casa familiare ha un valore determinante non tanto l'idea di un riequilibrio di posizioni economiche, quanto l'esame della concreta maggiore idoneità, dell'uno o dell'altro genitore, ad assumere i compiti che appaiono intimamente connessi al godimento di una casa coniugale abitata da minori.

In giurisprudenza, la decisione è governata da parametri di concretezza, con conseguente assegnazione della casa coniugale al genitore con il quale la prole trascorre la maggior parte del proprio tempo⁵⁴.

Giurisprudenza di merito, tuttavia, ha ritenuto che l'assegnazione dell'alloggio viene condizionato dall'interesse dei figli, e che la norma non esclude in via assoluta che, in assenza di prole, sia possibile l'assegnazione della casa in comproprietà alla parte meno abbiente⁵⁵.

La giurisprudenza di legittimità non segue questa linea, e riafferma il principio che in relazione ad una casa di proprietà comune, in assenza di figli, non sussiste il

⁽⁵⁴⁾ *Trib. Bari 11/07/2006.*

⁽⁵⁵⁾ *Trib. Viterbo 18/10/2006.*

potere di assegnazione da parte del giudice. Tra i coniugi, quindi, valgono le regole dell'usucapione e possesso⁵⁶.

L'art. 4 della nuova normativa prevede che i principi in tema di affidamento condiviso si applicano anche alla prole naturale.

Tuttavia l'interpretazione di questa norma è problematica non essendo certo che l'estensione alla prole naturale valga anche per l'assegnazione della casa familiare, in quanto ciò comporterebbe la possibilità di emanare un provvedimento di assegnazione di un'abitazione anche al di fuori del matrimonio.

Inoltre sono stati espressamente sanciti dal legislatore la trascrivibilità e l'opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione. Si sottolinea, quindi, in dottrina è l'effetto della novella che elimina il riferimento alla disciplina della locazione, con la conseguenza che, in difetto di trascrizione del provvedimento di assegnazione, questo non è più opponibile a terzi, neppure nel limite dei nove anni come nella disciplina precedente⁵⁷.

Il tema dell'assegnazione dell'abitazione coniugale si intreccia con la materia dell'edilizia residenziale, quando l'abitazione sia una casa popolare.

In tal caso l'assegnatario resta il formale intestatario e l'altro coniuge gli può subentrare, ma solo per l'effetto di un provvedimento formale del giudice, di assegnazione

⁽⁵⁶⁾ *Cass. 14/05/2007, n. 10994; Cass. 10/08/2007, n. 17643...*

⁽⁵⁷⁾ *Trib Modena 25/01/2006; Trib. Reggio Emilia 13/04/2006.*

dell'abitazione, sulla base del quale gli può essere attribuito il diritto di abitare nell'alloggio popolare⁵⁸.

8. La revisione delle disposizioni sull'affidamento.

L'art. 155 ter c.c. sancisce espressamente il diritto dei genitori di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura ed alle modalità del contributo.

Tuttavia, la norma va letta congiuntamente al disposto dell'art. 155 bis, 2° co., c.c. , secondo cui, ricorrendo le condizioni di legge, <<ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo>>, nonché con l'altra disposizione espressa di cui all'art. 155 quater, 2° co., c.c., secondo cui, nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici.

Il potere di <<modificare i provvedimenti in vigore>> è previsto anche dall'art. 709 ter , 2° co., c.p.c.

Da questo punto di vista non risulta modificato il regime precedente la riforma, improntato alla modificabilità e

⁽⁵⁸⁾Cass. 19/06/2008, n. 16627.

revocabilità di tutti i provvedimenti provvisori emanati nei procedimenti di separazione e divorzio o al principio dell'immodificabilità *rebus sic stantibus*, del regime provvisorio, in presenza dei medesimi presupposti di fatto.

In dottrina si segnala l'attenzione al fatto che la richiesta di revisione deve basarsi su <<significativi mutamenti>> dei presupposti di base che hanno determinato la decisione del giudice.

Tuttavia, due rilevanti novità sono evidenti: la prima riguarda la competenza territoriale per i procedimenti di revisione, che è stata agganciata al luogo di residenza del minore, ai sensi dell'art. 709 ter, 1° co., c.p.c. Con tale norma, secondo i primi commenti, si è voluto eliminare ogni oscillazione interpretativa in tema di competenza territoriale, e si tratta di una modifica di indiscussa rilevanza pratica, che semplifica l'individuazione del giudice competente, anche se comporta rischi di un utilizzo strumentale del cambio di residenza del minore.

Secondo altra opinione il criterio riguarda solo i casi in cui venga chiesto un provvedimento ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c., mentre la sola richiesta di revisione della condizioni, di separazione o divorzio, segue il criterio ordinario di competenza, di cui all'art. 18 c.p.c..

La seconda riguarda l'emanazione di condanne risarcitorie, ai sensi dei nn. 2 e 3 del 2° co. dell'art. 709 ter c.p.c.

9. Differenze rispetto all'affido congiunto.

L'affidamento congiunto, prima della riforma che ha introdotto l'affido condiviso, era previsto dall'art. 6, 2° comma, ultima parte, della legge 878/70, come modificata dalla legge 74/87. La norma dettata per il divorzio era ritenuta applicabile anche alle separazioni in quanto tra le due disposizioni non era possibile rinvenire alcuna differenza della ratio, identificabile nel voler garantire ai figli la possibilità di non perdere la vicinanza ed il contributo educativo di entrambi i genitori.

Si osservava, inoltre, che se per una situazione familiare l'affidamento congiunto poteva essere considerato la scelta più opportuna per l'interesse dei figli, non aveva senso attendere il divorzio (con il conforto di dottrina e giurisprudenza).

Già prima del 1987 la giurisprudenza aveva dato luogo ad un'elaborazione che riteneva l'affidamento congiunto ammissibile di fatto⁵⁹.

Nella motivazione di queste decisioni si sottolineavano i vantaggi che dall'affidamento congiunto derivavano i figli e si descriveva tale istituto come la soluzione ottimale che può realizzarsi per essi dopo il verificarsi della crisi coniugale.

⁽⁵⁹⁾ Trib. Piacenza 4 febbraio 1986, Corte di Appello Milano 9 maggio 1996.

La dottrina, al riguardo, riteneva che l'affidamento congiunto comportava responsabilizzazione di entrambi i genitori, la non deprivazione del ruolo di uno di essi e nel minore, la consapevolezza della presenza paritaria dei genitori, nonché l'assenza del senso di perdita.

Nonostante l'affidamento congiunto esista nel nostro ordinamento dal 1987, la sua applicazione è sempre stata bassa.

Le ragioni di questo fenomeno sono da ricercare nella carenza della previsione legislativa ed in fattori culturali.

Infatti il legislatore allorché introdusse l'istituto, "dimenticò" di disciplinarlo. Forse riteneva che il vuoto potesse essere riempito dall'attività della giurisprudenza.

Dal punto di vista culturale ha trovato numerosi oppositori, i quali hanno affermato che l'affidamento congiunto sarebbe un istituto valido solo teoricamente richiedendo per la sua effettiva realizzazione, condizioni eccezionali di accordo, capacità e buona volontà di entrambi i genitori, nonché condizioni oggettive. Anche pronunce giurisprudenziali hanno ritenuto l'affido congiunto come un istituto per "angeli" e non per esseri umani⁶⁰.

Il problema dell'affidamento congiunto era già oggetto di attenzione nel corso della XII legislatura (10 maggio 1994 - 17 maggio 1996). Furono presentate proposte per l'istituzione del Tribunale per i minorenni e la famiglia, si

⁽⁶⁰⁾Trib. Genova, 18/04/1991; Trib. Catania, 8/06/1994.

proponeva di sostituire al concetto di potestà quello di responsabilità genitoriale, specificando il contenuto dei doveri del genitore (proposta di modifica nel progetto Zancan).

Nella XIII legislatura furono presentate molte proposte di legge aventi ad oggetto l'affidamento dei minori nella separazione.

La proposta base, la n. 398 (Lucchese ed altri) presentata il 9 maggio 1996, affermava che i figli dovessero essere affidati, salvo casi eccezionali, ad entrambi i genitori e che nessuno dei due poteva rinunciare, né sottrarsi agli obblighi da esso derivanti.

La proposta ispirata dall'associazione "Crescere Insieme" prevedeva concrete modalità di funzionamento dell'affidamento congiunto ed un articolo prevedeva sanzioni in caso di inadempienze. Inoltre non era più prevista la individuazione di responsabili della rottura coniugale. Di fatto veniva abolito il giudizio di separazione: dopo una sola udienza era già possibile passare al procedimento di divorzio.

La XIV legislatura ebbe inizio il 30 maggio 2001. La proposta intendeva introdurre l'affidamento condiviso dei figli, nonché dettare alcune norme in tema di assegnazione della casa coniugale. La proposta era composta da otto articoli.

Il 13 novembre 2001 fu costituito un comitato ristretto. Il 4 luglio 2002 il relatore on. Maurizio Paniz propose un

primo testo di sintesi, che fu adottato il successivo 17 luglio.

Dopo la nomina di un nuovo comitato ristretto, l'8 aprile 2003 fu proposto, dal relatore, un ulteriore testo, che sostituiva del tutto il precedente. Si trattava di un testo più breve del tutto privo della parte modificativa riguardante il codice di procedura, un vero tentativo di trovare un punto di incontro tra fautori ed oppositori della riforma.

Tale tentativo fallì e si ritornò, in buona parte, all'articolato precedente.

La novità più evidente, rispetto al primo articolato, era costituita dal passaggio dalla mediazione facoltativa⁶¹ a quella obbligatoria.

Nel "Paniz 2" erano previste tipologie di intervento obbligatorio della mediazione familiare. Fu inserito dopo l'art. 709 c.p.c., l'art. 709 bis rubricato "Mediazione familiare".

Le sedute di commissione primaria proseguirono dopo il 15/09/04 fino all'8/02/05. Si giunse all'approvazione dopo la soppressione dell'art. 709 bis inerente la mediazione familiare prevista prima dell'intervento del giudice.

Il relatore, tuttavia, sottolineò che tale eliminazione non incideva sulla funzionalità dell'impianto del provvedimento.

⁽⁶¹⁾ L'art. 709 del "Paniz 1" prevedeva che il giudice potesse, ravvisandone l'opportunità, invitare le parti a rivolgersi ad un centro di mediazione.

Il 7 luglio 2005 la Camera approvò in via definitiva il testo, che fu trasmesso al Senato ed incardinato con il n. 3537 “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” (Relatore, sen Furio Gubetti).

La trattazione ebbe inizio il 30/11/2005 e proseguì fino all’approvazione definitiva del 24/01/06.

Tuttavia l’iter fu accompagnato dalla preoccupazione da parte di molti che non si riuscisse ad approvare il testo prima della fine della legislatura, timore che condizionò la possibilità di introdurre correttivi.

Secondo gli interpreti il nuovo regime di affidamento si differenzia nettamente da forme di affidamento, diverse da quello monogenitoriale, già conosciute in precedenza, quali quelle introdotte dalla modifica della disciplina del divorzio con la l. 6/03/1987, n. 74, e se ne discosta sotto il profilo qualitativo ed ontologico, non quantitativo o modale.

Anzitutto, si è da più parti notato, in dottrina che:

il legislatore del divorzio, pur facendo testuale riferimento all’affidamento congiunto o alternato, non ne specifica le relative modalità, lasciando tale compito all’interprete.

Nell’esperienza giurisprudenziale precedente al 2006, quindi, era conosciuta, sia pure con ridotta applicazione pratica per le critiche che l’istituto aveva ricevuto, la forma di affidamento c.d. alternato (art. 6, comma 2, l.

1/12/1970, n. 898), che si risolveva nella collocazione del minore a turno presso entrambi i genitori, con semplice suddivisione temporale (in misura tendenzialmente paritaria, ma non necessariamente) della convivenza con essi, e costituiva in pratica l'accostamento di periodi di affidamento esclusivo all'uno e all'altro genitore, e non è a questo meccanismo che ha pensato il legislatore con la formula dell'affidamento condiviso.

In giurisprudenza si è affermato⁶² che l'affidamento condiviso non può risolversi in affido alternato, con pari permanenza temporale dei figli presso ciascun genitore, e a tale conclusione *conduce il tenore letterale della norma laddove, all'art. 155 c.c., si dice: <<...determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore...>>. Se affidamento congiunto e affidamento condiviso comportassero pari suddivisione del tempo di permanenza dei figli presso l'uno e l'altro genitore, la norma lo avrebbe detto espressamente, non lasciando al giudice il compito di determinare scansione e modalità.*

Dall'affidamento alternato quello condiviso differisce nettamente, così come già differiva in passato dall'affidamento alternato l'esercizio della potestà è esclusivo, da parte di entrambi i genitori, seppur turnario, in quanto i genitori hanno pieno ed esclusivo esercizio della potestà sul minore nei rispettivi periodi di permanenza presso di sé.

⁶²) Trib. Modena 8/06/2006, GM, 2007, 363.

Il regime è, quindi, completamente ribaltato rispetto a quello di esercizio della potestà da parte di entrambi.

A tale forma di affidamento nella pratica si è fatto ricorso prevalentemente in casi particolari, come quando i due genitori risiedono in stati diversi⁶³.

La differenza di ottica rispetto all'affidamento condiviso si coglie anche sotto un diverso profilo, e cioè che, mentre la previsione di un affidamento alternato comporta un intervento giudiziale sulla potestà genitoriale e sul suo esercizio, che viene specificamente disciplinato, nel caso di affidamento condiviso, se effettivamente i genitori concordano nell'osservare un determinato programma educativo con criteri omogenei, non occorre un intervento giudiziario che incide sulla potestà.

Nell'esperienza giurisprudenziale precedente al 2006 era conosciuta, inoltre, la forma di affidamento c.d. congiunto (art. 6, comma 2, l. 1/12/1970, n. 898) e, se pure in passato questo termine è stato talora impiegato come sinonimo di condiviso, alla stregua dei principi ispiratori della riforma del 2006 le due nozioni risultano necessariamente distinte.

Mentre la prima formula richiama una forma di esercizio congiunto di poteri, cioè punta l'attenzione sul concetto di paritario esercizio della potestà da parte dei genitori, la formula della condivisione richiama l'attenzione sul progetto educativo e relazionale che i genitori sono

⁶³Cass. 22/06/1999, n. 6312, GI, 2000, 1935.

impegnati a portare avanti a seguito della procreazione, e che non deve, per quanto possibile, essere pregiudicato dall'evento della separazione. La legge afferma il concetto che:

anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale (art. 1, comma 1, l. 8/02/2006, n. 54),

e stabilisce che:

per analizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa (art. 1, comma 1, l. 8/02/2006, n. 54).

Ai predetti fini, il giudice <<valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori>>; l'espressione usata lascia intendere la necessità, nell'interesse del minore, che il processo educativo e l'insieme di relazioni instauratisi in costanza di unione coniugale proseguano inalterati, in modo che la separazione, che riguarda i genitori, non incida sullo sviluppo affettivo e relazionale della prole, così come instauratosi in costanza di unione familiare.

Il legislatore, quindi, reputa prioritario l'interesse del minore a che venga portato avanti fin dal momento del concepimento, e ciò fino a quando, invece, la situazione concreta non faccia ritenere più conforme all'interesse del minore l'affidamento ad uno solo dei genitori.

Anche in giurisprudenza si ritiene che la norma richieda la <<effettiva condivisione, da parte dei genitori, di un accordo programmatico che tenga conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli>>⁶⁴ ovvero richieda *l'impegno a collaborare responsabilmente nella predisposizione e attuazione di un programma concordato per l'educazione, la formazione, la cura e la gestione dei figli, nel rispetto delle esigenze e delle cure richieste dei minori*⁶⁵.

La sussistenza di una differenza tra il piano educativo e relazionale, con al centro lo sviluppo della persona del minore, e il piano dell'esercizio dell'insieme di poteri e doveri connessi alla condizione di genitore si evidenzia con la collocazione in un apposito, successivo, 3° co., della disciplina della potestà, che ora è svincolata dal tema dell'affidamento, a differenza della formula precedente, in base alla quale il coniuge al quale erano affidati i figli diveniva titolare in via esclusiva dell'esercizio della potestà.

⁶⁴)Trib. Modena 8/06/2006, GM, 2007, 363.

⁶⁵)Trib. Bologna 15/01/2008, n. 117, FI, 2008, I, 1682.

A seguito della riforma l'esercizio della potestà può avvenire in via esclusiva (o, meglio, separata: art. 155, 3° co., c.c.), con riguardo alle questioni di ordinaria amministrazione, in base ad apposita disposizione nel provvedimento del giudice, peraltro spesso opportuna per ragioni pratiche, e subito diffusasi nella prassi giudiziaria, in quanto consente di evitare reciproche fastidiose intromissioni nella gestione quotidiana della prole.

Sul piano operativo, poi, l'affidamento condiviso, diversamente da quello congiunto, può e deve essere disposto anche in situazioni di disaccordo dei coniugi, mentre l'affidamento congiunto richiedeva necessariamente l'esistenza, al momento in cui viene disposto, di una situazione di concordia e di cooperazione tra i coniugi, non venendo altrimenti applicato.

Nell'ottica dell'affidamento condiviso in primo piano c'è il principio che, anzitutto, non venga meno, o non venga limitato, il rapporto del minore con ognuno dei due genitori, e la diminuzione della conflittualità è un obiettivo che può essere perseguito – anche proprio mediante la condivisione dell'affidamento – in un secondo momento; come, pure, non occorre, nell'affidamento condiviso, una suddivisione temporale della frequentazione dei due genitori tendenzialmente paritaria.

Un altro aspetto differenziatore dal regime previgente, di indubbia importanza, si rileva nella circostanza che a seguito della riforma l'affidamento della prole, salvo i casi di affidamento esclusivo, è svincolato dalla coabitazione del genitore con la prole stessa; similmente a quanto accadeva, in precedenza, nei rari casi di affidamento congiunto.

In proposito si rileva in dottrina:

va chiarito che, mentre l'affidamento congiunto, secondo l'opinione che sembra preferibile, richiede che i genitori, pur se non coabitano con la prole, almeno le prestino assistenza diretta e, di regola, esercitino congiuntamente la potestà sulla stessa, l'affidamento alternato può intendersi, ed è stato inteso, o come collocazione turnaria, per periodi di eguale durata, dei figli presso l'uno o l'altro genitore, o come esercizio alternato della potestà esclusiva corrispondentemente ai periodi nei quali il figlio convive con uno dei genitori.

A seguito della riforma del 2006, l'elemento della coabitazione non incide più sulla realizzazione delle finalità e dei principi che il legislatore ha introdotto e perseguito, con l'affermazione, da un lato, del diritto e dovere di entrambi i genitori, anche dopo la separazione, di continuare ad occuparsi dell'educazione, istruzione e sviluppo della prole, mantenendo peraltro entrambi l'esercizio della potestà, e d'altro lato del diritto della prole a continuare a ricevere le cure genitoriali ai predetti

fini di educazione, istruzione e sviluppo della personalità, mantenendo peraltro rapporti con entrambe le figure genitoriali e con ascendenti di ciascun ramo di parentela. Si rileva, quindi, in dottrina, che la ragione ispiratrice dell'affidamento condiviso continua ad essere, come già per l'affidamento congiunto, *corresponsabilizzazione dei genitori separati o divorziati i quali, adottata una linea comune nell'educazione del minore, si impegnano a realizzarla entrambi.*

CAPITOLO III

L’AFFIDAMENTO CONDIVISO IN EUROPA.

SOMMARIO: 1. **Affido condiviso nei principali paesi europei.**
— *1.1 Affidato condiviso in Olanda, Svezia e Germania.* — 2.
Affido condiviso in Francia. — 3. **Affido condiviso in**
Inghilterra e Galles.

1. **Affido condiviso nei principali paesi europei.**

Nel corso degli ultimi anni molti Paesi europei hanno modificato il loro diritto di famiglia riconoscendo la condivisione della potestà genitoriale come la soluzione più idonea a tutelare gli interessi dei figli minori coinvolti nella crisi del legame coniugale dei propri genitori.

Nella maggior parte di questi Stati l’affidamento esclusivo ad un solo coniuge rappresenta l’eccezione, mentre il ricorso all’affidamento congiunto è divenuto la regola.

1.1 Affido condiviso in Olanda, Svezia e Germania.

Olanda⁶⁶: dal 1998 l'affidamento congiunto costituisce la regola generale e si ricorre a quello esclusivo in via eccezionale, a seguito di una specifica richiesta del coniuge che deve essere particolarmente motivata. In precedenza l'affidamento congiunto rappresentava l'eccezione e doveva essere richiesto espressamente dai coniugi all'atto del divorzio.

Svezia⁶⁷: la regola è quella dell'affido congiunto e del minor intervento possibile del giudice nelle problematiche relative alla potestà genitoriale. Se uno dei genitori vuole una modifica dell'affidamento, la decisione spetta al giudice. Se però i genitori sono d'accordo sul cambiamento, possono risolvere il problema con un accordo fra loro senza adire il giudice: per essere valido tale accordo deve essere approvato dal comitato sociale del comune in cui è registrato il bambino.

Allo stesso modo vengono risolti i problemi relativi alla residenza dei figli e alle visite. Inoltre nelle cause di divorzio, se non vi sono controversie, il giudice deve concedere l'affidamento del bambino ad uno dei genitori

⁽⁶⁶⁾ Fonte: Statistics Netherlands, Statistical Yearbook of the Netherlands, 2004.

⁽⁶⁷⁾ Cannone A., *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000; AA. VV., *Separazione, divorzio, affidamento dei minori. Quale diritto per l'Europa?*; AA. VV. *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*..

soltanto se l'affidamento congiunto è manifestamente incompatibile con il benessere del bambino. I Comuni hanno la responsabilità di garantire che i genitori che cercano di giungere ad un accordo sulla potestà genitoriale, ricevano aiuto in “incontri di conciliazione”. Se un solo genitore ha l'affidamento, sarà questi a prendere le decisioni su tutto quanto concerne la persona del bambino, tenuto però conto del parere dell'altro genitore non affidatario.

Germania⁶⁸: il mantenimento della potestà congiunta in caso di venir meno dell'unione coniugale o di fatto, è stabilita da una recente legge approvata il 16/12/1997 ed entrata in vigore nel 1998.

E' comunque prevista la possibilità che uno dei genitori chieda l'esercizio esclusivo della potestà ed in tal caso è il giudice a decidere. Nel 2003, il giudice tedesco è stato chiamato a decidere in merito all'affidamento in circa il 16% dei casi di divorzio con figli minori, rispetto ai quali ha disposto l'affidamento congiunto nel 15%, quello esclusivo alla madre nel 74%, quello al padre nel 6% e a terzi nel restante 5%. La legge tedesca prevede che i figli minori che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età possono opporsi alla domanda di affidamento esclusivo.

⁽⁶⁸⁾ Fonte: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, R2.2, 2003.

del genitore. E' piuttosto evidente vero che il provvedimento, nella sua portata generale, esprime un principio importante, quello, vale a dire, della necessità di non privare il minore delle relazioni di cui godeva prima del divorzio.

2. **Affido condiviso in Francia**⁶⁹.

La separazione dei genitori non ha conseguenze sulle norme di delega della potestà genitoriale che resta affidata ad entrambi i genitori, tranne nel caso in cui l'interesse del minore imponga di affidare l'esercizio di tale autorità ad uno solo dei genitori.

Quanto alle modalità di esercizio della potestà dei genitori, alla scelta della residenza del figlio (presso il domicilio di ciascun genitore in alternanza, o presso il domicilio di un solo genitore), all'importo e alla forma di contributo di mantenimento ed all'educazione del figlio, si tratta di accordi che possono essere oggetto di una convenzione tra i genitori ed in mancanza di questa, di una decisione del giudice.

Qualora i genitori non riescano a raggiungere un accordo sulle questioni attinenti alla potestà genitoriale, il giudice esperisce un tentativo di conciliazione e al fine di favorire

⁶⁹) Cannone A. *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000; AA. VV., *Separazione, divorzio, affidamento dei minori. Quale diritto per l'Europa?*; AA. VV. *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*..

l'esercizio congiunto della potestà genitoriale, può prevedere una mediazione, con o senza il loro consenso.

Nei casi residuali in cui il giudice affidi l'esercizio della potestà ad uno solo dei genitori, l'altro gode di un diritto di visita e di alloggio tranne in casi molto gravi: conserva il diritto ed il dovere di sorvegliare il mantenimento e l'educazione del figlio e deve essere informato delle scelte importanti della vita di quest'ultimo.

Insomma, in Francia vi sono tre ipotesi di affidamento rappresentate: dall'affidamento esclusivo, dall'affidamento ad un terzo che permette ai genitori di mantenere funzioni di custodia e la nomina di un tutore.

Già dal 1987 si andava affermando un'ulteriore soluzione, ovvero quella della garde conyointe.

Tale soluzione apriva all'autorità parentale conyointe che poneva come unico criterio discrezionale tra i genitori quello della residenza abituale, ossia si distingueva tra il genitore con il quale il bambino viveva abitualmente e il genitore che aveva il cd. Diritto di visita e di ospitalità.

Tale affidamento poneva comunque la necessità di individuare il genitore gardien e per fare ciò si faceva appello al buon senso e all'equilibrio del giudice nell'applicazione della norma.

La giurisprudenza riteneva che tale provvedimento potesse essere disposto solo nei casi in cui tra i genitori vi fosse assenza di conflittualità e idoneità a svolgere tale funzione anche col venir meno della convivenza. In tale

ottica non si risolveva il problema della deresponsabilizzazione del genitore non gardien e dell'esercizio della potestà per cui rimaneva irrisolto l'aspetto relativo all'individuazione del soggetto responsabile dei danni arrecati dal minore. Per tale motivo attualmente in Francia non vi è più la suddivisione tra parent gardien e parent non gardien, infatti si è provveduto ad una riorganizzazione dell'autorité parentale con l'emanazione della legge 04/marzo/2002 n. 305. Tale sistema si basa sul principio della cd. co parentalite e del diritto del minore a mantenere un effettivo legame con entrambi i genitori.

Il primo aspetto della nuova normativa riguarda l'abolizione di ogni distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale.

L art. 371 code civil definisce l'autorité parentale come "l'insieme dei diritti e dei doveri finalizzati alla realizzazione dell'interesse del minore"; al contempo esso attribuisce maggior rilievo alla volontà del minore laddove precisa che "i genitori affiancano il minore nelle decisioni che lo riguardano secondo la sua età e il suo grado di maturità".

Il successivo art. 372 code civil pone come principio generale l'esercizio comune della autorità genitoriale, sia in costanza di matrimonio che al di fuori dello stesso ad eccezione soltanto di alcuni casi particolari tra i quali si annovera, ad esempio l'ipotesi di riconoscimento del

minore da parte di un solo genitore naturale: il legislatore francese ha infatti stabilito che a quest'ultimo spetterà l'esercizio esclusivo dell'autorità genitoriale se l'altro non provveda al riconoscimento entro un anno dalla nascita del bambino.

Tuttavia, nel momento in cui si costituisca o venga accertato giudizialmente, il rapporto di filiazione anche nei confronti dell'altro genitore, possibile optare per l'esercizio comune della potestà, attraverso una dichiarazione congiunta dei genitori resa alla cancelleria del Tribunale di grande istanza, oppure attraverso una decisione del juge aux affaires familiales "JAF" al quale deve essere presentata domanda da uno o da entrambi i genitori. L'esercizio esclusivo della potestà da parte di un solo genitore può, inoltre, verificarsi qualora l'altro perda la potestà genitoriale per incapacità o impossibilità; di manifestare la propria volontà.

L'abbandono della famiglia, invece, non è più considerato causa di perdita automatica di tale prerogativa del genitore nei confronti dei figli a meno che non ricorrano particolari circostanze per le quali la legge prevede la possibilità che il giudice stabilisca, nell'esclusivo interesse del minore, l'esercizio unilaterale. In questi casi l'altro genitore manterrà comunque il diritto di visita e di ospitalità'.

Con la legge del 2002 il legislatore francese ha espresso un vero proprio favor nei confronti di questo tipo di

organizzazione della vita del minore adeguandosi a quell'orientamento giurisprudenziale che aveva già da tempo adottato la soluzione della cd. residenza alternata, in base alla quale il minore coabiterà sia con la madre che con il padre per un periodo alternato e di uguale durata (ovvero *égalitément partagée*), da stabilirsi secondo le esigenze del caso concreto.

La *résidence alternée* è un metodo molto pratico e più adatto ad un esercizio comune e condiviso dell'autorità genitoriale, essa può essere dal giudice (JAF) anche in caso di disaccordo dei genitori, ovvero su domanda di uno solo dei due. Tale tipo di sistema, per essere effettivamente funzionale ai bisogni e all'esigenze dei figli in caso di conflitto tra i genitori, richiede la sussistenza di almeno quattro condizioni quali:

- 1) La vicinanza tra le abitazioni dei due genitori in modo che il bambino possa frequentare senza interruzioni un unico istituto scolastico e vivere così in un contesto sociale uniforme;
- 2) La reciproca disponibilità dei genitori a trovare un accordo anche sul piano economico;
- 3) La presenza di un vero dialogo tra i genitori prima di prendere qualsiasi decisione relativa alla vita del minore;

4) La possibilità concreta per i minore di mantenere contatti con entrambi i genitori indipendentemente dal fatto che si trovi presso l'abitazione dell'uno o dell'altro;

Oltre a questi requisiti essenziali per non arrecare ai minori nessun pregiudizio, occorre prendere debitamente in considerazione la loro età. Qualora non si verifichi la serena sussistenza di tutte le condizioni sopra elencate, il giudice ha il potere di stabilire la residenza alternata soltanto per un periodo di prova, può accadere ad esempio, che uno dei due genitori decida di cambiare luogo di residenza.

Sul piano patrimoniale la loi 305/2002 prevede la possibilità per i genitori di sottoporre all'omologazione del JAF una convenzione attraverso la quale vengano disciplinati sia le modalità di esercizio congiunto della potestà che gli aspetti patrimoniali relativi al mantenimento della prole.

3. Affidato condiviso in Inghilterra e Galles⁷⁰.

Con l'entrata in vigore nel 1991 del *Children Act* del 1989, i coniugi dopo il divorzio continuano ad esercitare

⁽⁷⁰⁾ *Fonte:* Office for National Statistics, "Marriage, divorce and adoption statistics", Review of the Registrar General on marriage, divorces and adoptions in England and Wales, 2001.

congiuntamente la potestà genitoriale, a meno che non venga specificamente revocata dal giudice.

Il *Children Act* sostituisce ai concetti di affidamento (*custody*) e visita (*access*) quelli di domiciliazione (*residence*) e relazione (*contact*).

L'intento è quello del minor intervento possibile da parte del giudice, previsto solo nel caso in cui non vi sia accordo tra i coniugi e sia richiesto un provvedimento relativo alla custodia del minore.

I genitori possono concludere un accordo sulla potestà genitoriale seguendo un modulo previsto dalla legge; possono anche ottenere un modulo di accordo sulla potestà presso i tribunali locali competenti in materia di diritto di famiglia, presso i tribunali di contea o presso il registro principale della *Family Division*.

Solo dopo la registrazione dell'accordo nel registro principale della *Family Division*, l'accordo entrerà in vigore e sarà vincolante per i genitori. Esistono dei servizi di mediazione per aiutare i genitori a raggiungere un accordo soddisfacente sulla potestà genitoriale nei confronti di un minore. In tal caso l'accordo concluso per avere valore deve essere registrato in tribunale.

Il giudice auspica che i genitori prendano congiuntamente le decisioni che riguardano i figli. Se entrambi i genitori esercitano la potestà, per trasferire un figlio permanentemente fuori dal Regno Unito il genitore che

abita con lui deve avere il consenso dall'altro genitore o ottenere l'autorizzazione del tribunale.

Il genitore che risiede con il figlio può spostarsi all'interno della giurisdizione (Inghilterra e Galles).

In una prospettiva di rivalutazione della persona del minore si muove decisamente il Children Act 1989 che, abrogando norme preesistenti elabora più attenti meccanismi di tutela. L'interesse verso il minore trova così risposta in una serie di previsioni che confezionano un vero e proprio << package of children's right measures >>.

Non per questo si riconosce al minore una piena capacità di agire, all'opposto, la previsione della legittimazione ad agire del minore intende semplicemente garantire in chiave partecipativa la presenza del minore dotato di sufficiente discernimento ai procedimenti che lo riguardano (*Children Act 1989, s. 34, 45*).

La conferma si ricava dall'enfasi con cui la s. 1 CA attribuisce rilievo ai desideri del minore.

Il mutato atteggiamento nei confronti del minore ed il rilievo attribuito al rapporto di filiazione hanno altresì condotto il legislatore inglese a sostituire l'endiade *parental rights and duties*, con l'espressione più ampia di *parental responsibility* (Negli USA esiste una sorta di doppia generazione di leggi su questo tema. I primi interventi legislativi che dispongono a favore della *joint custody*, lasciano al giudice il compito di apprezzarne

l'opportunità nell'interesse del minore. Opera cioè una sorta di presunzione che l'affidamento congiunto corrisponda al best interest of the child, presunzione che si spinge al punto che il giudice che voglia disporre altrimenti, deve motivare la propria decisione. In alcuni Stati, il favor verso l'affidamento congiunto è riassunto in disposizioni che ne impongono l'applicazione anche a prescindere da un eventuale accordo dei genitori.

La joint custody diviene così la regola e l'affido esclusivo l'eccezione.

Negli Stati in cui vige tale legge, i genitori che ad essa si oppongono hanno l'onere di dimostrare le ragioni che inducono a rifiutare il provvedimento. Tra i criteri da seguire per disporre l'affidamento si considerano le condizioni di salute dei genitori, presenza di un accordo, abilità dei genitori di comunicare fra loro e con il figlio, la volontà del figlio o l'eventualità che disporre per la joint custody sia fonte, per il minore, di pregiudizi psicologici, la vicinanza . La potestà può considerarsi così una sorta di <<package deal>> che vieta al genitore di scegliere tra le varie responsabilità che gli sono conferite dal suo status.

Il Children Law Act che solennemente proclama la centralità dell'interesse del minore e il suo porsi a criterio fondante delle decisioni che lo riguardano.

Tuttavia non esiste in Common Law un concetto unitario di *parental authority*, corrispondente alla potestà,

contrariamente, esistono una serie di diritti distinti, collegati a situazioni diverse, quali la filiazione, la titolarità dei poteri tutori etc.. Le ragioni di tale impostazione sono da individuare nel fatto che, con una netta inversione rispetto al diritto continentale, il processo di sviluppo dei *parental rights* è stato caratterizzato da una derivazione del potere dei genitori da quelli del tutore, laddove nel nostro sistema la tutela costituisce piuttosto un istituto <<sgorgato>> dalla potestà.

L'assunzione dei *parental rights* da parte dei genitori deve allora intendersi come una conseguenza del fatto che essi rivestono la qualità di tutori *by nature*. I poteri dei genitori sono cioè divisi, e questo vale anche nel caso di *joint custody*. L'ampio spazio riconosciuto, poi, alla volontà delle parti di definire come meglio ritengano opportuno i reciproci rapporti, fa emergere la tendenza a considerare i diritti di famiglia come un insieme di diritti individuali e, l'autonomia familiare, come espressione di una relazione di natura contrattuale.

Così, in situazioni di crisi familiare, è ad eventuali accordi che il giudice prioritariamente fa riferimento.

L'ACT inglese, prevede, inoltre la nomina, attraverso un FAO (Family Assistance Order), di un assistente sociale che deve <<consigliare, assistere ed essere amico degli interessati>>.

Il giudice, nel procedimento di divorzio può, quindi, soltanto chiedere all'autorità locale di investigare sulla

condizione dei figli ma, ad esempio, in presenza di accordo, non può imporre alcun ordine di tutela o di supervisione.

La necessità che il figlio risieda materialmente con uno dei genitori non fa venir meno, in altri termini, quella *parental responsibility* che nell'esercizio congiunto della potestà trova manifestazione. E se nulla vieta al giudice di assumere *residence order* a favore di entrambi, nella pratica questa non sembra un'ipotesi che incontra il favore delle corti.

In altro senso, fermo il riconoscimento dell'interesse del minore il suo diritto all'assistenza morale e materiale si scompone in profili tanto soggettivi, quanto oggettivi volti a verificare l'adeguatezza del genitore beneficiario del *residence order*, la sua capacità di intrattenere rapporti con il minore, la presenza di eventuali accordi fra i coniugi ed il grado di stabilità che questi possiedono.

Il *contact order* ha così lo scopo di garantire al genitore non affidatario quella continuità di rapporti di cui discorre la legge. Né esso è emesso esclusivamente a vantaggio del genitore.

Il provvedimento, nella sua portata generale, esprime un principio importante, quello, vale a dire, della necessità di non privare il minore delle relazioni di cui godeva prima del divorzio.

Il recupero alla dimensione affettiva del minore si risolve così nell'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati a chiedere un *contact order*.

Su tale presupposto, non solo i nonni, ma anche gli zii o comunque le altre persone affettivamente legate al minore possono instare per un siffatto provvedimento. Le corti preferiscono, tuttavia, non impostare il discorso in termini di <<diritti>>.

CONCLUSIONI

L'affidamento condiviso è già regola generale in diversi paesi europei: Svezia, Grecia e Spagna (fino al 1981); Regno Unito Children Act del 14 ottobre 1991; Francia (l. 8 gennaio 1993); Germania (l. 1 giugno 1998); Belgio (l. 13 aprile 1995); Olanda (l. 1 gennaio 1998).

In questa prospettiva la l. n. 54/2006, in linea con i principi sanciti dalla Convenzione di New York del 1989, interviene con lo scopo di favorire un rapporto equilibrato con entrambi i genitori anche in caso di dissoluzione della famiglia, sforzandosi di offrire una tutela uniforme ai figli, a prescindere dalla natura dell'unione tra i genitori e dalle sue possibili vicende.

E' questo un profilo di singolare importanza: ai sensi dell'art. 4, comma 2, infatti, le disposizioni della legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Questa previsione colma una lacuna del sistema, che non contemplava norme per la regolamentazione della dissoluzione della coppia genitoriale non coniugata, neppure con riguardo all'affidamento dei figli.

La disposizione, se da un lato ha creato motivi di grave incertezza di ordine processuale, dall'altro rappresenta un notevole passo verso l'equiparazione della famiglia naturale a quella matrimoniale, quantomeno con riguardo al

trattamento dei rapporti di filiazione, rispetto ai quali il matrimonio perde in consistente misura la vis che lo aveva sino ad ora contraddistinto.

Pertanto, questa nuova legge ha profondamente mutato la disciplina esistente e in qualche modo ha capovolto le prescrizioni normative in materia di affidamento⁸.

Tuttavia, la vera novità di questa legge è rappresentata dal ribaltamento della prospettiva cui guardare il rapporto tra genitori e figli, non più secondo l'ottica dei doveri dei genitori nei confronti del minore, ma piuttosto in ragione del diritto del minore.

Non vi è dubbio che l'aspetto più rivoluzionario, di questa legge, è rappresentato dal fatto che l'intero impianto normativo è esplicitamente orientato a riconoscere e garantire al minore il diritto alla bigenitorialità nelle ipotesi di separazione o di divorzio dei genitori.

Inoltre, ciascun genitore può, però, chiedere in ogni momento l'affidamento esclusivo. La potestà è esercitata in comune dai coniugi (e ciò, sembra, sia in caso di affidamento condiviso che esclusivo); le decisioni di maggiore importanza (relative ad educazione, istruzione e salute) sono assunte tenendo conto delle capacità, inclinazioni naturali, aspirazioni dei figli, ai sensi dell'art. 147 c. c.; in caso di disaccordo provvede il giudice; è il giudice a disporre le modalità concrete di esercizio, stabilendo in particolare tempi e modalità della presenza dei minori presso

ciascun genitore; precisa le modalità di mantenimento dei minori, privilegiando forme dirette.

Sarà il giudice a stabilire la corresponsione di un assegno periodico per realizzare il principio di proporzionalità dei redditi considerando vari parametri. A completamento dei profili sostanziali, la legge prevede pure l'assegnazione della casa familiare (art. 155 quarter): il godimento è necessariamente attribuito, tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli; l'assegnatario è comunque il genitore, che perde il diritto, ove non abiti o cessi di abitare nella casa familiare oppure quando conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio.

I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni sull'affidamento, esercizio della potestà, mantenimento del figlio.

APPENDICE NORMATIVA

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PRINCIPI FONDAMENTALI.

Art. 2.

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

La libertà personale è inviolabile.

TITOLO I – Rapporti civili

Art. 13.

La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per

atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

TITOLO II – Rapporti etico-sociali

Art. 29.

La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Art. 30.

E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.

Art. 31.

La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

CODICE CIVILE

CAPO IV – Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio

Art. 143.

Diritti e doveri reciproci dei coniugi

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

Art. 144.

Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia

I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.

Art. 147.

Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia

Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Legge 8 febbraio 2006, n. 54

**"Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento
condiviso dei figli"**

pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 50 del 1° marzo 2006

Art. 1.

(Modifiche al codice civile)

1. L'articolo 155 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 155. – *(Provvedimenti riguardo ai figli)*.

Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono

assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio;
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi».

2. Dopo l'articolo 155 del codice civile, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, sono inseriti i seguenti:

«Art. 155-bis. – (Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso).

Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se

accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

Art. 155-ter. – (Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli).

I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.

Art. 155-quater. – (Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza).

Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non **abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o** contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643.

Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici.

Art. 155-quinquies. – (Disposizioni in favore dei figli maggiorenni).

Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto.

Ai figli maggiorenni portatori di *handicap* grave ai sensi dell'articolo 3, comma

3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.

Art. 155-sexies. – (Poteri del giudice e ascolto del minore).

Prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Qualora ne ravvisi l’opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti di cui all’articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli».

Art. 2.

(Modifiche al codice di procedura civile)

1. Dopo il terzo comma dell’articolo **708 del codice di procedura civile**, è aggiunto il seguente:

«Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla corte d’appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento».

2. Dopo l’articolo 709-bis del codice di procedura civile, è inserito il seguente:

«**Art. 709-ter.** – *(Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni)*. Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell’affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all’articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità

dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- 1) ammonire il genitore inadempiente;
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;
- 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

Art. 3.

(Disposizioni penali)

1. In caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-*sexies* della legge 1° dicembre 1970, n. 898.
- 2.

Art. 4.

(Disposizioni finali)

1. Nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge.

2. Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Art. 5.

(Disposizione finanziaria)

1. Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

CODICE CIVILE FRANCESE

Art. 372.

Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

(Il padre e la madre esercitano in comune l'autorità genitoriale).

La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

(La separazione tra i genitori è senza effetto sulle regole di esercizio dell'autorità genitoriale).

Art. 373.

Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause.

(E' privato dell'esercizio dell'autorità genitoriale il padre o la madre che non è in condizioni di manifestare la sua volontà per incapacità, perché è assente o per altro motivo).

INDICE BIBLIOGRAFICO

- **ARCERI A.** - *L'affido condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, **Ipsosa, Milano, 2007.**
- **AUTORINO STANZIONE e PIGNATARO** – *Separazione personale dei coniugi. Aspetti problematici e nuove prospettive*, **Ipsosa, Milano, 2005.**
- **BALLARANI G.** - *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in Patti S. e Rossi Carleo L. (a cura di), *L'affidamento condiviso*, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **BELVEDERE A.** - *Potestà dei genitori*, in EG **Treccani, 1990.**
- **BIANCA C, M.** - *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **BIANCA M.** - *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, in Patti S. e Rossi Carleo L. (a cura di), *L'affidamento condiviso*, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **BOCCACCIO S.** - *L'interesse del minore.I. La potestà dei genitori.*
- **CASABURI G.** - *I nuovi istituti del diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in GM, *Speciale riforma del diritto di famiglia*, **2006.**
- **CAVANA P.** - *La famiglia nella costituzione italiana*, **2007.**
- **DAGNA P.** - *Disposizione in materia di separazione dei genitori e affidamento dei figli: anche l' Italia rientra in Europa con l'approvazione dell'affido condiviso*, **2006.**

- **D'AVACK L.** – “L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice” in Patti S. e Rossi Carleo L., *L'affidamento condiviso*, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **DE FILIPPIS B.** - *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, **Cedam, Padova, 2000.**
- **DELL'UTRI M.** - *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in **GI**, 2006.
- **GIACOBBE G.** – “ Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio”, in **DFP**, 707-717, 2006.
- **GIACOBBE G. e FREZZA G.** – “ Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio”, in Tratt. Dir.fam., diretto da Zatti, I, **Giuffrè, Milano, 2002.**
- **LIVERZIANI C.** – “ Principio di proporzionalità nella determinazione dell'assegno di mantenimento” in Patti S. e Rossi Carleo L. (a cura di), *L'affidamento condiviso*, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **MARINI R.** – “Conflittualità dei coniugi e affidamento condiviso” in **DFP**, 2, 2007.
- **MISSIAGGIA M. L.** – “ L'affido condiviso alla prova dei fatti” in **DeG**, 7, 2006.
- **NAPOLITANO L.** – “ L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. Esperienze pregresse e novità legislative a confronto”, **Giappichelli, Torino, 2006.**
- **OBERTO G.** – “Riflessioni sulla riforma in materia di affidamento condiviso” 2006.
- **PATTI S.** – “ L'affidamento condiviso”, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **ROSSI CARLEO L.** – “ L'interesse del minore: relatività del valore assoluto e importanza delle regole procedurali”, in Dell'Antonio A. M. e Vincenzo Amato D., *L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali. Ricerca interdisciplinare sui criteri di affido in alcuni tribunali italiani*, **Giuffrè, Milano, 1992.**

- **ROSSI CARLEO L.** – “ I <<rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti>> tra riconoscimento e omissioni” in Patti S e Rossi Carleo L., *L'affidamento condiviso*, **Giuffrè, Milano, 2006.**
- **SALITO G.** – “ L'affidamento condiviso dei figli nella crisi familiare” in “Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza”. Trattato teorico pratico, diretto da Autorino Stanzione, V, **Giappichelli, Torino, 2007.**
- **SESTA M.** – “ Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali” in **FD, 2006.**

