

10. Principi ispiratori della riforma del 2006.

Prima della “rivoluzione” dell’affido condiviso, si pensava che, per il minore, la soluzione migliore, in caso di crisi della famiglia e separazione dei genitori, fosse quella di restare il più possibile al di fuori del conflitto.

Si riteneva, tuttavia, che tale risultato potesse essere conseguito tenendo lontano (e magari all’oscuro) il figlio da tutto ciò che riguardasse processo, tribunale e giudici e, dopo la separazione, affidandolo alla potestà di uno solo dei genitori, in modo da evitare che egli potesse trovarsi al centro del conflitto, con uno dei genitori che gli imponesse un certo comportamento ed un altro che gli desse prescrizioni opposte¹.

L’idea era quella che il minore, affidato ad uno solo dei “contendenti”, potesse vivere tranquillo e restare lontano, o quanto meno ai margini, della battaglia che i due eventualmente intraprendessero.

Oltre a ciò, mancava la “fantasia” per immaginare che potessero esservi soluzioni diverse dal ritenere che la bi-genitorialità dovesse scomparire con la fine della coppia coniugale e che la potestà genitoriale non potesse essere esercitata di concerto da due persone non in armonia tra loro.

La conseguenza di questo modo di pensare e di legiferare consisteva, generalmente, nella perdita, per il figlio, di uno dei genitori, relegato nel ruolo di “visitatore” (il diritto di “visita”, tradizionalmente riconosciuto al genitore non affidatario apertamente richiama un rapporto superficiale ed occasionale) e privato di effettiva possibilità di incidenza e presenza nella vita del minore.

A ciò deve aggiungersi che, per effetto di meccanismi psicologici purtroppo ricorrenti, il figlio, spinto a vivere e ad identificarsi con uno solo dei genitori, spesso ne assimilava i sentimenti e le emozioni, divenendo a sua volta ostile verso il genitore allontanato ed attribuendogli tutte le colpe della situazione².

Anche nei casi in cui tale situazione non giungeva ad assumere i contenuti di una vera e propria sindrome (alienazione genitoriale), il non affidatario tendeva a divenire un genitore “di minore importanza”, una figura sbiadita, non paragonabile con l’altro “genitore a tutti gli effetti”.

A fronte di tale situazione il non affidatario sentiva di aver dinanzi un compito proibitivo e, quando non fornito di particolare volontà e motivazioni, poteva assumere ciò come alibi per allontanarsi ancora di più dal figlio, ricostruendosi una vita nella quale non c’era più posto per lo stesso.

Tale situazione si rispecchiava nella situazione economica. Il non affidatario, in molti casi, era tenuto a fornire le risorse necessarie per il minore o, almeno, la maggior parte di esse, senza alcun rapporto diretto con il figlio.

Quest’ultimo, specie se in tenera età, ma anche in fasi successive, percepiva l’affidatario (intermediario nella fruizione dell’assegno) come colui che si faceva effettivamente carico di tutte le sue esigenze, ignorando o minimizzando il ruolo dell’altro.

In tal modo, il non affidatario poteva avere l’impressione di non dover versare un contributo per il figlio, ma per il genitore affidatario, e poteva accusare quest’ultimo, a ragione o meno, di lucrare su di esso e comunque di valersene per figurare, agli occhi del minore, come fonte di ogni elargizione.

La filosofia che ha ispirato la riforma ha cambiato il modo di vedere la vicenda ed ha, innanzitutto, modificato le priorità, meglio interpretando i sentimenti che generalmente animano il minore coinvolto nella vicenda separativa dei genitori.

È stato infatti riconosciuto, quale interesse primario del minore, il mantenimento di un valido rapporto con entrambe le figure genitoriali.

Nel caso in cui il figlio, infatti, abbia goduto di un rapporto familiare nel quale tutti e due i genitori (sia pure, eventualmente, con peso diverso) fossero presenti nella sua vita, egli desidera prioritariamente conservare questa situazione e non subire la perdita di uno di essi³.

¹ F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, pag. 375-376: «Il tribunale deve invece valutare obiettivamente la realtà della situazione familiare e tenere presente soprattutto che durante la separazione il minore, costretto a riversare il suo affetto prevalentemente su uno solo dei genitori, deve sentire questo come responsabile della sua vita e deve osservarne le disposizioni e le regole, sia con riguardo generico all’educazione che all’istruzione».

² L’affido monogenitoriale favorisce la formazione di un legame esclusivo tra i figli ed il genitore affidatario. I minori hanno bisogno di sentirsi parte di un nucleo familiare, di dire «noi» in relazione ad un gruppo (anche minimo), con il quale si auto identificano. In relazione ad un gruppo così costituito, non vi sono alternative: o si è dentro di esso o si è fuori.

³ La monogenitorialità va contro l’interesse ed i desideri del minore e non dovrebbe essere ritenuta dall’ordinamento e più ancora dalla giurisprudenza una conseguenza necessaria ed ineliminabile della separazione. I minori, come la pratica dei

La perdita viene generalmente vissuta come una grave menomazione o lutto ed incide sulla configurazione primaria della psicologia del minore, sul quadro dei sentimenti, delle emozioni e delle certezze, che, sin dalle prime esperienze esistenziali, hanno costruito l'ego e la personalità.

Il minore, pertanto, non ha, come desiderio primario, l'essere lasciato fuori da un conflitto, ma l'evitare o ridurre questa perdita.

L'istituto dell'affidamento condiviso è costruito intorno a questo desiderio del minore.

È, del resto, illusorio o comunque frutto di una finzione, ritenere che il minore possa essere lasciato fuori, e perciò mantenuto indenne, rispetto ad una vicenda che lo coinvolge completamente, modificherà le sue abitudini quotidiane e deciderà il suo futuro.

L'idea di estromettere il minore dalla vicenda separativa spesso nasconde una realtà opposta, consistente nel desiderio degli adulti di decidere per lui. La nuova legge considera invece il minore come persona e gli riconosce il diritto di essere ascoltato, vale a dire di far entrare la sua voce, le sue esigenze ed i suoi diritti in un processo, del quale altri sono protagonisti, ma del quale egli sconterà le conseguenze⁴.

Questo contenuto non è realizzato, nella legge 54 del 2006, trasformando il minore in parte processuale, bensì rendendo obbligatorio la sua audizione, da svolgere in forme di ascolto protetto.

L'idea che la norma non debba operare nel senso di considerare inevitabile, e quindi assecondare e favorire il distacco dal minore di uno dei genitori e, quindi, il passaggio ad un regime di mono-genitorialità, si basa sulla convinzione che coniugalità (o comunque rapporto di coppia) e genitorialità, pur legate tra loro, non siano assolutamente inscindibili, nel senso che la scomparsa dell'una debba necessariamente comportare l'annichilimento dell'altra.

Essa si basa altresì sulla convinzione che, nel caso in cui per assicurare la sopravvivenza della genitorialità debbano richiedersi "sacrifici" ai genitori, ciò debba essere fatto, poiché l'interesse del minore deve essere considerato assolutamente prevalente.

Ciò significa che non è sostenibile la posizione del genitore, il quale dichiara di non voler più avere nulla a che fare con l'altro, neppure "per il bene dei figli". Ove tale bene lo richieda, il genitore deve fare la propria parte per far sopravvivere una genitorialità che resta "triangolare".

La coniugalità, poiché nel nostro ordinamento è lecito il divorzio, può cessare per volontà delle parti, la genitorialità no. Fino a che l'interesse del figlio lo richieda, essa deve permanere, assumendo i contenuti della bi-genitorialità ed "obbligando" i genitori ad assumere consoni comportamenti.

La separazione tra coniugalità (che tende a scomparire con il procedimento di separazione e, successivamente, di divorzio, trasformandosi nella solidarietà post coniugale, della quale sono espressione alcuni istituti patrimoniali) e genitorialità, richiede un intervento "chirurgico", che la nuova legge cerca di compiere, con articolate disposizioni.

La legge 54 si basa altresì su di un'idea di potestà genitoriale intesa, secondo una nuova cultura già emersa in altri Paesi, come responsabilità genitoriale.

Alla vecchia e già riferita logica, secondo la quale era meglio, per il minore, che "comandasse" uno solo dei genitori, per poter vivere più sereno, si sovrappone la nuova concezione, secondo la quale non si tratta di stabilire chi debba "comandare" sul figlio, bensì come debbano essere svolte le molteplici e delicate mansioni che la sua educazione e cura richiedono.

La potestà difficilmente può essere condivisa da due persone verosimilmente in antitesi tra loro, mentre ciò può tranquillamente avvenire (come si verifica in altri ambiti, anche non familiari) per la responsabilità.

L'affidamento condiviso, pertanto, non consiste nella divisione dei tempi di presenza accanto al figlio o del potere di assumere decisioni che lo riguardano, ma nella condivisione, nel suo interesse e nei modi stabiliti dal giudice, della responsabilità e della cura genitoriale.

L'obiettivo resta quello di mantenere accanto al minore, come egli vuole, due persone che si prendano cura di lui e lo accompagnino nel cammino della sua crescita.

tribunali insegna, nella grande maggioranza dei casi non vogliono staccarsi da nessuno dei genitori e rifiutano di scegliere tra i due, anche se il giudice (maldestramente) glielo chiede.

⁴ La scelta assolutamente monogenitoriale è un retaggio della visione che nega la centralità del minore nella vicenda familiare e che non considera neppure lo stesso quale un soggetto, bensì come un oggetto della separazione, costretto a subire le conseguenze di una vicenda processuale instaurata e condotta da altri. E altresì un retaggio dell'idea della separazione colpevole e della valorizzazione della volontà del genitore «non colpevole» di escludere l'altro dal rapporto con i figli.

Un altro importante principio ispiratore della legge consiste nel favorire l'autodeterminazione dei soggetti interessati.

In passato, le cause di famiglia venivano considerate alla stregua delle altre controversie civili, vale a dire: vicende di contrasto tra le parti, nelle quali ciascuna di esse doveva essere messa in grado di esprimere al meglio i propri argomenti e le proprie difese, allo scopo di "prevalere" sull'altra.

I meccanismi processuali ordinari sono predisposti per regolamentare l'esercizio della "conflittualità" processuale e, quindi, per favorirne la corretta esplicazione.

In materia di famiglia la conflittualità, più che essere favorita nel suo esplicarsi, deve essere gestita e ridotta (se non tendenzialmente eliminata). I coniugi che vivono la delicata fase della separazione ed i figli che, loro malgrado, sono coinvolti in essa, non hanno bisogno di strumenti per "combattersi meglio", ma di meccanismi contrari, che li aiutino a dialogare.

Le cause di separazione devono essere considerate speciali rispetto alle ordinarie controversie civili. La soluzione di esse dovrebbe scaturire, ove possibile, direttamente dalle parti, le quali, meglio di organi esterni, conoscono la loro peculiare situazione e le esigenze dei figli.

Strumento tipico di autodeterminazione, in materia di famiglia, è la separazione consensuale. Analogamente la legge 54 favorisce la nascita di accordi tra le parti (la parola "accordi" è ripetuta più volte nel testo dei nuovi articoli 155 e seguenti) ed è portatrice della cultura della mediazione familiare.

Nel testo iniziale della legge 54 la mediazione aveva un peso molto maggiore, diminuito per gli emendamenti apportati nel corso dei lavori parlamentari. Ciò nonostante, lo spirito di essa è rimasto nel testo, come pure è sopravvissuta la possibilità di una sua concreta applicazione, sia pure entro gli angusti limiti di cui al secondo comma dell'art. 155 sexies.

11. Rapporto equilibrato e continuativo.

In tema di separazione e divorzio, l'interesse del minore costituisce un concetto cardine, assolutamente prevalente su ogni altra esigenza o pretesa. Di esso, tuttavia, non esistevano, prima della legge 54, enunciazioni legislative e la sua individuazione era rimessa all'interprete, sulla base di elementi testuali, comunque presenti nel sistema, e di considerazioni di senso comune.

La situazione è ora mutata, perché il primo comma del nuovo articolo 155 contiene una precisa definizione, dalla quale non è più possibile prescindere in ogni successivo atto interpretativo.

La norma, infatti, afferma che, in caso di separazione dei genitori, il figlio minore ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Ricevere cura da entrambi e conservare rapporti significativi, non solo con ciascun genitore, ma con i rami parentali, rappresenta pertanto, per esplicito dettato legislativo, un interesse del minore, anzi, per la collocazione del principio e le modalità della sua espressione, si può dire che sia la sintesi di ciò che costituisce, nella materia della separazione e del divorzio, l'"interesse" del minore.

La formula contenuta nel primo comma dell'art. 155 c.c. può altrimenti definirsi enunciazione del principio della bigenitorialità post coniugale.

In ragione di ciò, si può sostenere che la bigenitorialità, cioè il diritto del figlio di mantenere accanto a sé, nella misura maggiore possibile, entrambi i genitori, integra, nella visione del legislatore, **l'interesse del minore** e deve porsi come criterio interpretativo di tutta la normativa in oggetto.

Il primo comma dell'art. 155 è l'unico che contenga affermazioni di principio. Le norme successive, fino all'art. 155 bis, comprendono regole tecniche, per attuare il principio enunciato e calarlo nella concreta realtà delle separazioni. L'unicità del precetto aumenta il suo valore, poiché esso è stato ritenuto dal legislatore, non solo necessario, ma sufficiente, come punto di riferimento ideale del sistema.

Analizzando il primo comma dell'art. 155 devono essere svolte ulteriori considerazioni.

La norma, riferendosi al rapporto tra fase anteriore rispetto alla crisi matrimoniale e vicenda separativa, inizia con la parola: "Anche..". Ciò non è casuale, ma vuole indicare il legame esistente tra i due periodi.

Il legislatore, pur disciplinando la fase patologica del rapporto, fornisce una prescrizione valida anche per la fase precedente, auspicando che già in esso entrambi i genitori si occupassero a pieno titolo del figlio minore.

Oltre a ciò, il collegamento che “anche” indica, vale a qualificare la separazione come periodo nel quale, nell’interesse del figlio, deve essere salvaguardata la continuità.

Il figlio ha diritto a che le sue consuetudini di vita non siano sconvolte. Per stabilire la misura ed il modo in cui ciascun genitore deve occuparsi di lui, il giudice deve tener principalmente conto di quanto avveniva in costanza di matrimonio. La separazione può anche essere l’occasione per uno dei genitori per avvicinarsi maggiormente al minore, ma, in primo luogo, le prescrizioni che vengono dettate in essa devono tener conto di quanto, fino a quel momento, è avvenuto.

Se il padre trascorrevva con il figlio molte ore al giorno, è opportuno dettare previsioni che consentano la perpetuazione di tale consuetudine di vita. Diversamente, qualora il genitore, per ragioni di lavoro, avesse un rapporto temporalmente molto più limitato con il minore, la continuità può essere assicurata prendendo ad esempio tale schema precedente.

La parola “continuativo” riferita dalla norma al rapporto (che deve essere tale, oltre che “equilibrato”) ha un significato diverso ed ulteriore.

Il rapporto che si instaura tra genitore e minore, per effetto delle prescrizioni dettate dal giudice della separazione, deve essere continuativo, nel senso che deve svolgersi senza soluzione di continuità, consentendo la partecipazione del genitore alla vita quotidiana del figlio.

La previsione di “week end alternati” e di “festività natalizie o estive”, comune agli schemi anteriori all’affido condiviso, può essere conservata, ma non può costituire l’unica forma di contatto tra genitore e figlio.

Il giudice deve costruire un progetto di vita per il minore, nel quale ciascun genitore sia **continuativamente** presente e, pertanto, qualora non possa inserire, per ragioni oggettive, tale presenza in ciascuna giornata del minore, deve comunque assicurare la persistenza di forme di contatto (eventualmente via internet o telefono), in modo da rassicurare il minore sul fatto che anche il genitore più lontano è comunque presente accanto a lui e non è una mera figura “domenicale” o “estiva”.

Oltre che continuativo, il rapporto del figlio con ciascun genitore, nell’epoca dell’affido condiviso, deve essere **equilibrato**.

Questa parola si riferisce, in particolare, al peso che ciascuno genitore assume nella vita del minore. Non deve esserci sproporzione di ruoli, ma tendenziale parità, se non di tempi che il figlio trascorre con il padre e con la madre (che possono essere anche squilibrati, se la situazione della famiglia lo richiede), di importanza delle due figure e di effettiva partecipazione di esse all’esercizio della potestà ed alla cura del minore.

Non deve più esserci un genitore prevalente ed un genitore di minore valenza, ma, pur nella dinamica di ruoli e funzioni che la realtà può richiedere, entrambi devono porsi in relazione al figlio ed essere percepiti dallo stesso su di un piano paritario.

Assume altresì rilievo il fatto che la norma abbia espressamente definito come “diritto” il rapporto equilibrato e continuativo da assicurare al minore.

Ciò tuttavia si pone, più sul piano delle affermazioni di principio, che non su quello tecnico-giuridico, non essendo il diritto in questione direttamente tutelabile dal titolare con un intervento nel giudizio. Con tale definizione il legislatore ha inteso dire (rafforzando ulteriormente il concetto) che esso deve essere, prioritariamente e nella misura più ampia possibile, garantito.

Si nota, infine, che la norma introduce il concetto di “cura” del minore, concetto che, aggiungendosi all’educazione ed all’istruzione, implica l’impegno diretto del genitore ed attribuisce valore al rapporto personale dello stesso con il figlio, non sostituibile, né esauribile, con il mero versamento di un assegno periodico.

12. Rapporti significativi con gli ascendenti.

La dottrina ha accolto favorevolmente il riconoscimento dell’importanza dei rapporti dei minori con i parenti e con i nonni in particolare ⁵.

⁵ BIANCA, “La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni” in *Diritto e Famiglia* 2006, 676: «È stato, così, riconosciuto il ruolo importante che la figura degli avi svolge nella crescita del minore. Il minore ha un bisogno essenziale della relazione affettiva con i genitori, ma anche della relazione affettiva con i

Prima della riforma, il diritto dei parenti ed in particolare dei nonni, di frequentare i minori dopo la separazione non veniva, generalmente, riconosciuto. Alcune pronunce valorizzavano l'intervento sostitutivo dei nonni, sostenendo che il genitore affidatario poteva, per qualche tempo, lasciarli presso gli stessi, in quanto ciò costituiva normale esplicazione della potestà genitoriale⁶, ed altre sentenze tentavano, in qualche modo, di dimostrare l'importanza degli ascendenti nella vita e nella formazione dei minori, consentendo al giudice di prenderli in considerazione nel determinare le modalità dell'affidamento. Mancavano tuttavia, puntuali riferimenti normativi⁷. Ora gli stessi esistono ed affermano, dal punto di vista del diritto del minore, l'importanza di mantenere rapporti significativi con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

La legge 54 attribuisce diritti al minore e non direttamente ai nonni ed ai parenti, ma assicura comunque la salvaguardia del rapporto in tutte le fasi del giudizio.

Sin dall'udienza presidenziale, applicando correttamente la legge, il giudice deve prevedere, anche sotto forma di facoltà di visita, ove ritenga opportuna questa denominazione, momenti e modalità di incontro del minore con i parenti di ciascun ramo.

Devono essere garantite al minore, nei confronti dei parenti, le stesse possibilità di "libero accesso", che la legge riconosce nei confronti dei genitori.

Poiché l'art. 155 c.c. adopera il termine "conservare", si potrebbe ritenere, con interpretazione restrittiva, che le modalità di incontro debbano essere previste solo per ciò che riguarda i parenti con i quali il minore avesse un rapporto prima della separazione.

Le modalità precedenti costituiscono un parametro per le valutazioni del giudice, ma non un limite formale. L'esplicazione del rapporto deve essere salvaguardata anche in una dimensione prospettica, aperta a possibili sviluppi futuri. Se così non fosse, interpretando letteralmente la norma, si dovrebbe ritenere che nessun momento di incontro debba essere previsto per il neonato, figlio di genitori separati, non avendo lo stesso alcun precedente rapporto da "conservare".

Benché alcune pronunce di merito⁸, dopo l'entrata in vigore della legge sull'affido condiviso, abbiano riconosciuto ai nonni la possibilità di compiere intervento adesivo nel giudizio di separazione, per sostenere le ragioni dei genitori sul punto che specificamente li riguarda, la giurisprudenza di legittimità ha affermato il principio opposto⁹.

13. L'affidamento condiviso: tempi e modalità di presenza.

L'affidamento condiviso, più che nella condivisione della potestà sul minore, consiste nella condivisione della responsabilità per la sua formazione, mantenimento e crescita armoniosa.

nonni, cioè con coloro che, per la loro carica di amore e saggezza, assumono un'importanza primaria nell'ambito della famiglia...».

⁶ Cfr.: Trib. Bari, sent. del 31 gennaio 2003, in *Famiglia e Diritto*, 2003, pag. 178.

⁷ Si veda Trib. Minor. Roma, 7 febbraio 1987, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, pag. 739 ss.: «Non spetta, *de iure condito*, ai nonni e agli altri parenti un vero e proprio diritto soggettivo di visita nei riguardi del nipote minore, mancando, nel sistema, una norma esplicita che tale diritto direttamente preveda, tuttavia l'interesse legittimo dei nonni e degli altri parenti a visitare il nipote trova incondizionato riconoscimento e piena tutela ogni qual volta esso venga a coincidere con l'interesse del minore ad instaurare e mantenere congrui rapporti con i propri congiunti diversi dai genitori, vale a dire allorché la visita dei nonni e degli altri parenti non arrechi al minore stesso un danno rilevante ed un eventuale divieto dei genitori si ponga così contro l'interesse della prole ad un'ottimale integrazione nell'ambito della parentela».

⁸ Cfr.: Trib. Firenze, 22 aprile 2006, *Fam. e Dir.*, n. 3/2006.

⁹ Cass., 16 ottobre 2009, n. 22081: «L'art. 1, comma primo, della legge 8 febbraio 2006, n. 64, che ha novellato l'art. 155 cod. civ., nel prevedere il diritto dei minori, figli di coniugi separati, di conservare rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale, affida al giudice un elemento ulteriore di indagine e di valutazione nella scelta e nell'articolazione di provvedimenti da adottare in tema di affidamento, nella prospettiva di una rafforzata tutela del diritto ad una crescita serena ed equilibrata, ma non incide sulla natura e sull'oggetto dei giudizi di separazione e di divorzio e sulle posizioni e i diritti delle parti in essi coinvolti, e non consente pertanto di ravvisare diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel processo che possano legittimare un intervento dei nonni o di altri familiari, ai sensi dell'art. 105 cod. proc. civ., ovvero un interesse degli stessi a sostenere le ragioni di una delle parti, idoneo a fondare un intervento "ad adiuvandum", ai sensi dell'art. 105, comma secondo, cod. proc. civ.».

In tale ottica i genitori separati o divorziati devono, anche se ciò non corrisponda ai loro desideri, collaborare per mantenere intorno al figlio un contesto unitario, nel quale entrambi svolgano un ruolo formativo, di guida e di assunzione delle necessarie decisioni.

Il secondo comma del novellato art. 155 c.c. chiarisce che le disposizioni in esso contenute sono dettate “per realizzare le finalità indicate dal primo comma”, vale a dire per assicurare al minore, nella misura maggiore possibile, la conservazione di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore e, quindi, l’esplicazione della bigenitorialità post coniugale.

La norma afferma altresì che l’interesse del minore, nell’adozione dei provvedimenti che lo riguardano, costituisce criterio esclusivo. Ciò significa che non possono essere presi in considerazione altri elementi, per quanto essi possano avere oggettiva valenza. L’interesse del minore non è prevalente, ma esclusivo.

Ove, ad esempio, un genitore abbia problemi psicologici, per i quali il suo terapeuta consigli o sconsigli la frequentazione dei figli, ciò può essere tenuto presente dal giudice unicamente dal punto di vista del minore e, quindi, per valutare se corrisponda anche, direttamente o indirettamente, al suo interesse. In caso negativo, la circostanza non è rilevante e non può essere neppure oggetto di una considerazione, che cerchi un punto di incontro o un temperamento tra tutte le esigenze emergenti.

Secondo la lettera del secondo comma dell’art. 155 c.c., il giudice della separazione deve valutare “prioritariamente” la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori.

Prima che l’approvazione di emendamenti lo modificasse, il testo dell’art. 155 che percorreva, come proposta di legge, l’*iter* parlamentare, prevedeva unicamente l’affidamento condiviso. La possibilità del condiviso non era pertanto prioritaria, ma esclusiva, salvo le eccezioni indicate dal successivo articolo 155 bis.

Nel testo infine approvato e quindi attuale, lo stesso articolo 155 ipotizza le due possibilità, di affidamento condiviso ed esclusivo, “separate” dal predetto concetto di priorità.

La priorità, e quindi la preferenza per il condiviso non è tuttavia di scarso rilievo. Proprio perché costruito intorno ad una iniziale scelta di esclusività del condiviso, l’intero articolo 155, valutabile in sede di interpretazione sistematica, conferisce un forte valore alla preferenza per questa tipologia di affidamento.

Non si può solennemente affermare che l’interesse del minore si identifica nella bigenitorialità e subito dopo porre quasi sullo stesso piano la forma di affidamento che realizza questa possibilità e quella che la nega.

L’unica interpretazione della parola prioritariamente, che possa dare senso logico e coerenza alla norma, consiste nel ritenere che essa indichi una **forte preferenza** per l’affido condiviso, che consideri lo stesso il modello privilegiato, cui di regola, salva la sussistenza di gravi ragioni contrarie, occorra dar corso.

Se l’affido condiviso è il modello che realizza l’interesse del minore, il giudice, prima di rinunciarvi, deve fare il possibile per la sua realizzazione¹⁰.

Mentre in passato il giudice della separazione doveva stabilire il tempo in cui il minore rimaneva con il non affidatario, attualmente, in applicazione dell’affido condiviso, il giudice determina tempi e modalità di presenza, accanto al minore, per ciascun genitore.

Ciò significa che deve essere previsto un “piano generale” della vita del minore e che viene attuata la “par condicio” tra padre e madre.

Con tale espressione non si intende il fatto che i due genitori abbiano ciascuno “diritto” alla metà del tempo del minore. Il risultato concreto dell’esplicazione del compito del giudice può anche non discostarsi, in ipotesi particolari, dai modelli di affidamento preesistenti, ma la premessa è totalmente diversa e l’influenza di essa non è di poco conto.

I genitori sono sullo stesso piano. Il giudice deve determinare per entrambi tempi e modalità di presenza accanto al minore. Ove l’interesse del minore o la situazione lavorativa e/o residenziale della coppia determinino, di fatto, la maggiore presenza accanto ai figli di uno dei genitori, ciò non deriva

¹⁰ Cass., 18 giugno 2008, n. 16593: «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».

dall'impostazione normativa, ma dalle peculiarità della situazione e non può costituire ragione o pretesto per privare l'altro delle sue prerogative e dei suoi obblighi.

Questo passaggio non deve essere sottovalutato. Se la ragione della diversa determinazione di tempi non consiste in una differente condizione giuridica, ma trova giustificazione in circostanze fattuali, da essa non deriva alcuna lesione del principio di parità e del diritto al paritario esercizio della potestà genitoriale¹¹.

Il riferimento, da parte della legge, oltre che ai tempi, alle **modalità** di presenza dei figli presso ciascun genitore, significa che il giudice deve dettare prescrizioni analitiche, che chiariscano eventuali dubbi in ordine a questioni di orari, località e passaggio dall'uno all'altro affidatario e può estendere le prescrizioni al concreto esercizio dell'attività di cura del minore nel periodo in considerazione. (Es.: -non solo- il figlio resterà con il genitore dalle 17 alle 20, -ma anche- : il genitore curerà, in questo spazio di tempo, lo svolgimento dei compiti scolastici, l'accompagnamento in palestra, ecc.).

14. L'esercizio della potestà genitoriale.

Prima della novella legislativa, la potestà ordinaria era esercitata dal genitore affidatario, mentre il non affidatario aveva compiti di vigilanza e di controllo. Le decisioni di maggior interesse dovevano essere adottate da entrambi, salvo che fosse diversamente stabilito.

Ora la potestà è sempre esercitata da entrambi.

Il principio è fortemente innovativo e costituisce uno dei nuclei della riforma.

Tale disposizione si applica sia nel caso in cui il giudice disponga l'affido ad entrambi i genitori, sia nel caso in cui li affidi ad uno solo di essi. Ciò si evince, in via interpretativa, dal fatto che il comma tre segue il comma due, nel quale viene operata la distinzione, senza alcuna esclusione o precisazione.

Il comma tre è l'unico a disciplinare l'esercizio della potestà: se il legislatore avesse voluto stabilire regole differenti per il caso in cui i figli fossero stati affidati ad uno solo dei genitori, l'avrebbe detto.

Soluzione diversa deve essere adottata allorché l'affidamento ad un solo genitore sia stato adottato ai sensi dell'art. 155-bis.

È vero che neppure in tale ipotesi il legislatore ha operato precisazioni in ordine all'esercizio della potestà, ma il fatto che la disposizione si applichi quando l'affidamento del minore ad uno dei genitori sia contrario all'interesse di questi rende di fatto inapplicabile, per incompatibilità, la disposizione contenuta nell'articolo precedente.

Ciò non significa che l'art. 155-bis equivalga ad un provvedimento ablativo della potestà, ex art. 330 o 333 cod. civ., ma impone al giudice che lo adotti di dettare disposizioni specifiche in ordine all'esercizio della potestà, senza che possano considerarsi autonomamente applicabili le norme generali.

L'esercizio della potestà da parte di entrambi rappresenta una continuazione di quanto avveniva in costanza di matrimonio.

Per potestà, deve intendersi l'assunzione di tutte le decisioni in ordine alla vita del minore, nonché lo svolgimento della funzione di indirizzo e guida, che normalmente i genitori assumono.

È evidente che tale funzione ha contenuti più estesi quando i figli sono piccoli e tende a ridursi, allorché essi si avvicinano alla maggiore età.

La potestà, in passato, aveva ampi contenuti¹². Attualmente, si configura più come una responsabilità, che come un potere.

Sottolineare questa circostanza vale a superare la critica secondo cui l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori non è possibile, quando gli stessi non sono d'accordo, e determina una conflittualità infinita.

Parlare di potestà, come se fosse ancora un potere, non è corretto. Essa è una responsabilità di entrambi i genitori e, in quanto tale, deve continuare ad essere esercitata da entrambi, anche dopo la separazione.

Ove i genitori, offuscati dai loro contrasti, non riescono a trovare il modo di farlo senza ostacolarsi a vicenda o apertamente osteggiarsi, deve intervenire il giudice, dettando i provvedimenti opportuni.

¹¹ Si veda: Cass., ord. 2 dicembre 2010, n. 24526, secondo la quale l'affido condiviso non è precluso dalla distanza esistente tra le residenze dei genitori, poiché tale circostanza incide soltanto sulle modalità di presenza del minore presso gli stessi. (In www.affidamentocondiviso.it, anno VI, dicembre 2010).

¹² Nell'antico diritto romano, essa esprimeva le facoltà del *pater* nei confronti dei *fili familias* e comprendeva lo *ius vitae ac necis* (diritto di vita e di morte), lo *ius vendendi* (diritto di alienare il figlio, facendolo diventare *liber in causa mancipii* dell'acquirente), lo *ius noxae dandi* (diritto di consegnarlo al *pater* della parte lesa ove avesse commesso un torto) e lo *ius exponendi* (diritto di esporre ed abbandonare il neonato).

All'esercizio della responsabilità genitoriale sono connesse facoltà di indirizzo e scelta, che ciascuno dei genitori deve esercitare, ma ciò non significa che i genitori abbiano un "potere" e che lo stesso debba essere tra loro suddiviso.

L'art. 147 del codice civile, avente valore generale, afferma con chiarezza che i figli devono essere educati tenendo conto delle loro inclinazioni ed aspirazioni, cioè ponendo i figli al centro del rapporto educativo. Ciò aiuta ulteriormente a comprendere come l'esercizio della potestà da parte di entrambi i coniugi non possa essere visto come una contesa.

Certamente, tra i genitori, possono esservi contrasti, in ordine al modo in cui la responsabilità genitoriale deve essere esercitata. Tanto si verifica anche in costanza di matrimonio ed in una situazione di normale armonia o almeno equilibrio tra i coniugi.

In relazione a tale possibilità, vale a dire in relazione a contrasti che insorgano tra genitori sposati e non separati, l'art. 316/2 prevede che, ove la questione abbia particolare importanza, ciascuno di essi possa ricorrere senza formalità al giudice. Questa disposizione si applica anche alle coppie di fatto, finché i due genitori convivano tra loro.

È evidente che, quando la coppia si separa, la possibilità di contrasti aumenta.

La possibilità di ricorrere al giudice viene proposta, anche in questo nuovo contesto, come possibile soluzione.

A differenza di quanto avviene in costanza di matrimonio o convivenza, tale ricorso è possibile anche se la questione non è di particolare rilievo.

È vero, infatti, che l'inciso: "In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice" segue il periodo relativo alle decisioni di maggiore interesse, ma esso si riferisce a tutto il comma, come si evince da un'interpretazione sistematica, che comprenda anche la lettura dell'art. 709-ter c.p.c.

Se così non fosse, la legge presenterebbe una lacuna, non offrendo rimedio in caso di contrasti relativi all'ordinario esercizio della potestà.

Proprio in questo settore, la mediazione familiare, che doveva costituire lo strumento principale per ridurre la conflittualità giudiziaria, non è stata adeguatamente inserita nel testo finale della legge.

14.1 Sfere di potestà separate.

L'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 155 cod. civ. afferma che il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente su questioni di ordinaria amministrazione.

Questa norma intende porre rimedio a quelle situazioni in cui, nonostante eventuali tentativi di indurre le parti a comprendere il valore della collaborazione, nell'interesse dei figli, le stesse non siano in grado di trovare un equilibrio nel loro contemporaneo esercizio della potestà genitoriale.

Il giudice ha infatti facoltà di separare le sfere di esercizio della potestà, ad esempio attribuendo ad uno solo dei genitori la competenza per le scelte scolastiche o sanitarie o sportive (e simili), relative al minore.

In tal modo il magistrato potrà sciogliere alcuni dei nodi che ostacolano lo svolgimento dell'affido condiviso.

In concreto, ove due genitori non riescano a capire il valore dell'affido condiviso e, quindi, a far sì che esso funzioni correttamente, il giudice può, a seconda dei casi (in successione cronologica o con contemporaneità), ammonirli, illustrare loro lo spirito della legge in relazione all'interesse dei minori, dettare provvedimenti quanto più chiari e dettagliati possibile, per prevenire i contrasti, punire la violazione di essi con le sanzioni previste¹³ oppure, ove si accorga che la maggior parte dei contrasti si verifichi in relazione ad un punto determinato, risolvere il problema alla radice, eliminando l'intero settore da quelli per i quali entrambi devono esercitare la potestà.

Se, ad esempio, i genitori litigano continuamente per stabilire quale debba essere l'alimentazione del figlio, il giudice può valersi dell'attribuzione delle sfere di potestà separata per risolvere il problema.

Questa soluzione non è possibile nel caso in cui l'argomento dei litigi tra i genitori non riguardi l'ordinaria amministrazione, ma investa questioni di particolare importanza per la vita ed il futuro del minore. In tal caso, infatti, l'attribuzione di sfere di potestà separata è esclusa.

¹³ Art. 709 ter c.p.c.

È stato detto che la possibilità di stabilire l'esercizio separato della potestà, pur costituendo un'eccezione, rappresenta una delle più grandi novità dell'affidamento condiviso e che ciò comporta la possibilità, per ciascun genitore, di gestire il figlio nell'ordinaria amministrazione, "senza le interferenze dell'altro"¹⁴.

Questa opinione può essere accolta. La possibilità di prevedere le sfere separate non è, né una regola, né un nuovo principio, ma solo uno degli strumenti forniti al giudice per raggiungere le finalità dell'affido condiviso: un rimedio, per il caso in cui le parti non siano immediatamente mature per la piena ed immediata realizzazione di esse.

Il nuovo articolato di legge, pur non prevedendo (come avveniva nei lavori preparatori) la presentazione, da parte dei genitori, di un progetto educativo comune, menziona più volte gli accordi tra gli stessi ed attribuisce ad essi notevole importanza. Nel momento in cui raggiungono accordi, le parti comprendono e realizzano lo spirito della normativa. Le sfere di potestà separata non rappresentano un principio o un punto di arrivo, ma hanno una funzione strumentale, che è auspicabile risulti limitata nel tempo.

A maggior ragione, non può ritenersi che l'esercizio separato della potestà possa avvenire, non per sfere, ma per tempi, vale a dire che il giudice possa attribuire ad ogni genitore la potestà, non in ordine ad una materia di contrasto (attività scolastica, sportiva, ecc.), ma per il tempo che il figlio trascorre con lui.

Questa interpretazione trasformerebbe l'affido condiviso in affidamento alternato, stravolgendone completamente la funzione.

La legge 54 privilegia l'interesse dei figli e prevede che essi vivano al centro di un progetto unitario, per la cui costruzione i genitori devono essere responsabilizzati, e non che essi ruotino tra due contesti differenti, in ciascuno dei quali vigano regole diverse, al solo scopo di consentire al genitore, quando i minori sono con lui, di sentirsi libero dalle interferenze dell'altro.

Il progetto educativo che circonda il minore deve essere unico. Le sfere di potestà separata, per temi, possono essere un rimedio alla conflittualità, ma l'affidamento deve restare unitario (e perciò condiviso) in qualunque momento.

Secondo un'altra tesi, il legislatore avrebbe stabilito, in via di principio, la regola dell'esercizio comune della potestà, con possibilità di esercizio separato, per le questioni di ordinaria amministrazione, solo a seguito di provvedimento del giudice¹⁵. Tale provvedimento (sempre secondo la tesi in questione), sarebbe tuttavia opportuno, per consentire che ciascun genitore decida indipendentemente dal consenso dell'altro, nel momento in cui il figlio si trovi con lui¹⁶.

Neppure questa posizione può essere condivisa, in quanto contrasta con la *ratio* della norma, consistente nella necessità che le decisioni relative alla vita del figlio siano assunte secondo un progetto armonico ed unitario.

L'unitarietà del contesto decisionale, che circonda e coordina la vita del figlio, costituisce la regola. Tale regola non ammette deroghe per ciò che concerne le decisioni di maggiore importanza.

Per le questioni ordinarie, la deroga è possibile, ma essa non può, senza stravolgere il contenuto e l'intenzione della legge, diventare regola.

La legge prevede che, qualora i genitori non abbiano (o non abbiano ancora) inteso il contenuto ed il valore dei nuovi precetti, il giudice possa attribuire all'uno o all'altro singole sfere di potestà. Questa previsione è eccezionale e tendenzialmente temporanea. Renderla usuale e definitiva significa tornare ad un modello di "separazione" o spartizione del minore, del tutto opposto a quello di "condivisione" delle responsabilità relative allo stesso, che la norma propone.

A maggior ragione, la divisione delle sfere di potestà non può avvenire in relazione ai periodi in cui il minore si trovi con l'uno o con l'altro. Il fatto che un genitore possa decidere autonomamente, senza

¹⁴ Su tale punto, si veda: MAGLIETTA, "Quelle interpretazioni sull'affido condiviso che rischiano di pregiudicare le finalità", in Guida al Diritto, numero 11 del 18 marzo 2006, pag. 12.

¹⁵ SESTA, "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali" in Famiglia e Diritto n. 4/2006, pag. 383: «..si potrebbe pensare che il legislatore abbia inteso attribuire separatamente a ciascun genitore la potestà sulle questioni di minore importanza, non avendo richiamato in proposito il "comune accordo", oppure che, in linea di principio, l'esercizio della potestà è sempre comune e che solo attraverso un provvedimento del giudice possa essere esercitata separatamente per le questioni di minore importanza..».

¹⁶ SESTA, "Le nuove norme sull'affidamento.." cit., pag. 384: «La lettura che si propone.. intende sottolineare l'opportunità che il giudice disponga sempre espressamente che ciascun genitore eserciti singolarmente la potestà con riguardo alle questioni di ordinaria importanza, e, quindi, che sia legittimato a decidere indipendentemente dal consenso dell'altro, nel momento in cui il figlio è collocato presso di lui».

interferenze, appartiene alla vecchia mentalità dell'affido monogenitoriale, corrispondendo al ruolo che in essa aveva l'affidatario.

La "rivoluzione" oggetto della novella non consiste nel fatto che ora anche il vecchio non affidatario, divenuto "genitore in condivisione" possa vantare analogo diritto. Il privilegio in questione è stato abolito e non esteso ad entrambi.

I genitori sono ora obbligati a seguire un programma comune, che non può, per non determinare i guasti dell'affidamento alternato e per mantenere la centralità del minore, interrompersi o mutare ogni volta che il figlio si trovi con l'uno o con l'altro.

È evidente che ciascuno dei genitori si porrà in relazione con il minore secondo il proprio carattere ed il proprio modo d'essere. La legge non può intervenire su tale aspetto. Tuttavia, il programma educativo deve essere comune, anche per quanto riguarda l'ordinaria amministrazione.

Il figlio non può, ad esempio, portare il cappotto nel mese di maggio, a seconda che si trovi con il padre o con la madre. Ove il padre e la madre non riescano a mettersi d'accordo su questo punto, il giudice può, tenuto conto della situazione climatica e delle condizioni di salute del minore, stabilire che, su tale argomento, la potestà ordinaria sia attribuita, con continuità, all'uno o all'altro, ma non può attribuire a ciascuno il diritto di decidere come vuole, quanto ha il figlio con sé.

Decidere diversamente, come si è detto, nega la centralità del minore ed il suo diritto di non essere una foglia in balia di venti capricciosi.

Il nuovo art. 155/3, pertanto, trasferisce al momento della separazione la regola prevista dall'art. 316, secondo comma, c.c., per il periodo di piena vigenza del matrimonio. Anche in caso di separazione, i genitori devono, di regola, decidere di comune accordo.

La differenza consiste nel fatto che, essendo tale accordo più difficile, più vaste ed articolate, rispetto a quanto indicato dal terzo comma dell'art. 316, sono le previsioni di rimedi e possibilità alternative.

Appare infine chiaro che il riferimento alle questioni di ordinaria amministrazione, contenuto nel terzo comma dell'art. 155 c.c., attiene all'esercizio della potestà, anche con riguardo all'istruzione, all'educazione ed alla cura del minore, espressamente menzionate dal primo comma del medesimo articolo.

Il riferimento non può essere restrittivamente inteso, non essendovi ragioni, né logiche, né sistematiche, per dare al testo un significato esclusivamente patrimoniale¹⁷.

15. Il mantenimento dei figli.

La disciplina relativa al mantenimento dei figli è mutata per effetto della legge sull'affidamento condiviso.

La modifica non ha influito tanto sull'entità del mantenimento, poiché i figli, ora come allora, devono ricevere tutto quanto è loro necessario, in relazione alle esigenze di vita, svago ed istruzione, secondo le possibilità economiche della famiglia, ma ha influito sulla misura e, soprattutto, sul modo in cui ciascun genitore deve contribuire ad esso.

Prima della novella legislativa, il rapporto economico con il figlio era gestito unicamente dal genitore affidatario. Il non affidatario doveva soltanto corrispondere l'assegno, che veniva direttamente impiegato dall'altro per le esigenze dei minori.

Inoltre, la legge considerava in modo diverso i due genitori, dando per scontato che l'affidatario-convivente provvedesse ai figli e disciplinando soltanto il modo in cui "l'altro" doveva contribuire.

Attualmente, la norma prevede che il giudice detti, per entrambi, la misura ed il modo di contribuzione al mantenimento per i figli e stabilisce che il mantenimento sia, di regola, diretto, vale a dire che ciascun genitore direttamente provveda a soddisfare i bisogni degli stessi.

Il fatto che la nuova legge preveda il "mantenimento diretto"¹⁸ del figlio è stato contestato da alcuni Autori, poiché la norma non detta esplicite previsioni, né denomina in tal modo le forme di contribuzione.

¹⁷ VILLANI, "La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati (prima parte)" in *Studium iuris*, 2006, 523.

¹⁸ Il concetto di mantenimento diretto può desumersi dall'art. 443 del codice civile, ove si afferma che chi deve somministrare gli alimenti "ha la scelta di adempiere questa obbligazione o mediante un assegno alimentare" oppure "accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto",

In contrario, si osserva che, nel corso dei lavori preparatori e dei dibattiti che accompagnarono l'approvazione della legge, il mantenimento diretto fu considerato una delle forme più adatte ad esprimere la nuova filosofia dei rapporti trilaterali tra genitori e figli. Si disse che l'affido condiviso, se dal punto di vista personale implica costante presenza dei genitori accanto al figlio e partecipazione a tutte le decisioni che lo riguardano, dal punto di vista economico non può consistere, per entrambi o anche per uno solo di essi, nel versamento di un assegno periodico, ma deve riflettere altrettanto costanti presenza, vicinanza ai bisogni ed intervento diretto.

Il mantenimento diretto dei figli è la traduzione, in termini economici, del concetto stesso di affido condiviso.

L'affidamento condiviso deve valere a realizzare, nella misura maggior possibile, la vicinanza di entrambi i genitori al minore e ciò significa anche prendersi cura direttamente e personalmente dello stesso sul piano economico.

Se, in passato, per il genitore affidatario valeva la regola del mantenimento diretto e per il non affidatario l'indiretto, nella nuova era il mantenimento non può che essere, in linea di principio, diretto per entrambi.

La funzione dell'assegno, tuttora prevista dalla norma, è mutata, ove viga un affidamento condiviso. Infatti l'assegno non è strumento di mantenimento, ma di perequazione.

Ciascun genitore deve provvedere al minore nel momento in cui si trova presso di lui, nonché deve pagare le spese che il giudice, definendo "misura e modo" del mantenimento, ha stabilito. Qualora (come generalmente avviene) sulla base di tale schema risulti una sperequazione nella contribuzione dei genitori, valutabile in relazione al reddito degli stessi ed al conseguente obbligo proporzionale di provvedere ai figli, deve essere previsto il versamento di un assegno, idoneo a riequilibrare la situazione.

Se, ad esempio, considerata la particolare situazione reddituale dei coniugi e, tenuto conto del significato, in termini economici, del lavoro domestico e di cura dei figli, risulti che uno di essi debba farsi carico del 70% delle spese e dallo schema predisposto dal giudice risulti invece che questi (fornendo il necessario ai figli mentre sono con lui e pagando le spese scolastiche e di abbigliamento) comunque non raggiunga tale quota, deve essere disposto, a suo carico ed a favore dell'altro un assegno perequativo.

Tale impostazione è stata trasfusa nella normativa divenuta legge.

L'art. 155 afferma infatti che il giudice non deve stabilire solo la misura del mantenimento, ma anche "il modo".

Si noti che questa espressione non si riferisce al versamento di un assegno, ma al mantenimento. È errato ritenere che essa, riduttivamente, riguardi le modalità con cui debba essere versato l'assegno (vaglia postale, contanti e simili), poiché invece concerne le modalità con cui il mantenimento deve essere corrisposto (alimentando il minore, garantendo il soddisfacimento delle sue esigenze abitative, prestando in suo favore cura domestica, ecc.).

Il successivo quarto comma del medesimo articolo 155, afferma: "ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito" ed aggiunge che, ove necessario, il giudice deve stabilire la corresponsione di un assegno periodico, "al fine di realizzare il principio di proporzionalità".

Dalla lettera della norma si desume, pertanto, che l'assegno periodico non è obbligatorio, ma eventuale e che può essere, quanto meno, ipotizzata, una realizzazione dell'affido condiviso nella quale entrambi i genitori provvedano direttamente, per le parti di tempo o le voci stabilite, al mantenimento del figlio. (Esempio di scuola: genitori che percepiscono il medesimo reddito e figli che trascorrono con ciascuno di essi la metà del proprio tempo).

Si desume altresì che la corresponsione dell'assegno è prevista "al fine di realizzare il principio di proporzionalità" e che ciò, pertanto, non costituisce un'interpretazione, ma un'indicazione specifica del legislatore.

È la legge stessa ad affermare che lo scopo dell'assegno consiste nel realizzare la giusta proporzione in cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento dei figli.

Il fatto che, nella pratica, quando è indicato un genitore collocatario, sia estremamente difficile fare a meno dell'assegno, realizzando la proporzione tra i genitori attraverso la specifica previsione di molteplici voci di spesa, ha indotto alcune pronunce giurisprudenziali ad affermare che il versamento dell'assegno,

anche nella vigenza dell'affido condiviso, sia comunque dovuto ed alcuni commentatori a sostenere che ciò significa che il mantenimento indiretto resta quindi la forma prevalente ed usuale¹⁹.

In contrario, si osserva che il ricorso al mantenimento indiretto può essere giustificato da esigenze di carattere pratico, ma non dalla natura dell'istituto.

La giurisprudenza citata (relativa ad un'ipotesi di filiazione naturale) ha motivato la necessità del ricorso all'assegno e, quindi, al mantenimento indiretto, in ragione dei diversi tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore²⁰.

Questo criterio è valido nella misura in cui afferma che, non potendosi dare tempi uguali a ciascun genitore, non è possibile quantificare il soddisfacimento di tutte le esigenze del minore che vengono esaudite correntemente e, quindi, il ricorso all'assegno diviene indispensabile, ma non può essere accettato per negare il principio base dell'affido condiviso o per negare la natura perequativa dell'assegno stesso, relativa ai rapporti economici tra i genitori e non ai rapporti tra genitore e figlio.

Se si affermasse che entrambi i genitori possono liberarsi dai loro obblighi economici versando un assegno mensile, si negherebbe il principio di genitorialità; ove si affermi che uno dei genitori può farlo, si nega il principio della genitorialità condivisa e, quindi, l'intero impianto della legge 54.

In conclusione, si può dire che il mantenimento dei figli minori, nell'attuale previsione normativa è, in linea di principio, diretto, che il mantenimento indiretto è del tutto ammissibile per le finalità indicate e che, in pratica, in molti casi può apparire inevitabile.

Il sistema delineato dalla norma può, pertanto, definirsi tendenzialmente misto²¹.

15.1 I cinque criteri per la determinazione dell'assegno.

Nel caso in cui l'assegno per il mantenimento dei figli debba essere corrisposto, la norma indica cinque criteri utili per la sua determinazione. Il nuovo testo, rispetto al passato, lascia meno spazio alla discrezionalità del giudice, poiché detta precisi parametri di riferimento.

Il primo criterio indicato dal legislatore per la quantificazione dell'assegno consiste nelle "attuali esigenze del figlio".

Le esigenze devono dedursi dalle precedenti esperienze di vita degli stessi, dall'ambiente in cui si trovano e dalla fascia di reddito in cui la famiglia si colloca, nonché delle spese ulteriori che il tener conto di inclinazioni, aspirazioni e capacità particolari, previsto dall'art. 147 cod. civ., può comportare.

Le esigenze dei figli comprendono non solo il mantenimento, ma anche tutto ciò che serve all'istruzione ed all'educazione, verosimilmente anche sportiva, all'esercizio della vita di relazione ed alle attività di svago, secondo lo schema comune ai coetanei che, sulla base dei parametri sopra indicati di ambiente, reddito ed abitudini precedenti, possano assumersi come termine di paragone.

Il secondo criterio consiste nel "tenore di vita" goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.

Il tenore di vita precedentemente goduto non è un criterio assoluto, ma un elemento per la quantificazione. Esso concorre con tutti gli altri parametri e deve essere considerato con riferimento al criterio base, costituito dal reddito dei genitori.

¹⁹ Si veda Cass. 4 novembre 2010, n. 22502.

²⁰ Nella parte motiva della citata sentenza 22502/10, si legge: «Questa Corte ha già avuto modo di statuire che, nella determinazione del contributo previsto dall'art. 277 cod. civ., in tema di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, la regola dell'affidamento condiviso a entrambi i genitori ai sensi dell'art. 155 cod. civ. - applicabile anche ad essi in forza del rinvio operato dalla L. n. 54 del 2006, art. 4 - non implica deroga al principio secondo il quale ciascun genitore deve provvedere alla soddisfazione dei bisogni dei figli in misura proporzionale al suo reddito. In applicazione di essa, pertanto, il giudice deve disporre, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico che, in caso di collocamento prevalente presso un genitore, va posto a carico del genitore non collocatario, prevedendone lo stesso art. 155 la determinazione in relazione ai tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore».

²¹ Si veda: Cass. 4 novembre 2009, n. 23411: «In tema di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, ciascun genitore deve provvedere alla soddisfazione dei bisogni degli stessi in misura proporzionale al proprio reddito e il giudice può disporre, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico, il quale, in caso di affidamento condiviso con collocamento prevalente presso uno dei genitori, può essere posto a carico del genitore non collocatario, atteso il disposto dell'art. 155 cod. civ., nella parte in cui prevede che la determinazione dell'assegno avvenga anche considerando i tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore». Si veda anche: Cass., 6 novembre 2009, n. 23630.

Già nel vigore della vecchia normativa, si osservava che la separazione generalmente determina un peggioramento del tenore di vita di entrambi i coniugi, in quanto le spese di alloggio e servizi, in conseguenza dell'allontanamento da casa di uno di essi, raddoppiano e, contemporaneamente, vengono meno economie che la collaborazione coniugale determinava. Si osservava altresì che il principio dell'interesse del minore imponeva che il figlio fosse la parte sulla quale meno dovevano gravare le predette menomazioni, da porre quindi, nella misura maggiore, a carico dei genitori.

Queste considerazioni continuano ad essere valide con l'attuale normativa e proprio il parametro del "tenore di vita" le esprime.

Esso, come si è detto, non è il solo ad influenzare la decisione del giudice, dovendo la stessa tener conto di tutti gli altri elementi indicati.

Nel caso in cui la separazione comporti la riduzione del reddito di entrambi (perché, ad esempio, erano soci in un'attività di commercio che, separati, non riescono più a svolgere efficacemente come prima), il precedente tenore non potrà essere mantenuto da nessuno dei due e, quindi, neppure dai figli.

Allo stesso modo, una diminuzione del tenore di vita potrà essere giustificata da variazioni previste negli altri criteri. (Sempre in via esemplificativa, in relazione al criterio sub 1, si prospetta il caso di un trasferimento del minore da una grande città ad una località di campagna, nella quale il costo della vita e le esigenze che sorgano, anche per la comparazione con altri ragazzi, siano inferiori).

Nonostante queste possibilità di limitazione, il criterio del tenore di vita assume comunque notevole valenza, in quanto collegato con il principio della massima realizzazione possibile dell'interesse del minore, del quale la nuova normativa non ha certamente ridotto la portata.

Il terzo criterio indicato dal quarto comma dell'art. 155 c.c. consiste nei "tempi di permanenza presso ciascun genitore".

Esso impone di tener conto del tempo, in ragione delle spese che lo stesso comporta.

Vi sono infatti spese per il mantenimento dei figli, che si collocano a monte e che prescindono dal posto in cui gli stessi trascorrono la loro giornata. Ve ne sono altre, invece, direttamente collegate al luogo di permanenza. Si consideri, ad esempio, l'uso del telefono da parte di un adolescente o a le spese minute che possono determinarsi nell'arco della giornata. La legge impone che di ciò il giudice tenga conto, nel momento in cui stabilisce la misura dell'assegno perequativo.

Il quarto criterio consiste nelle "risorse economiche" di ciascun genitore. Esso allarga la visione del giudice dal semplice reddito alle possibilità complessive dei genitori, quali si determinano per effetto di proprietà anche non immediatamente produttive di reddito o delle disponibilità di spazi e mezzi.

Non sembra che, tra le risorse, possono essere considerati i mezzi di cui un genitore dispone perché appartenenti a persone a lui vicine (es. i nonni). I criteri sono e restano riferibili alle potenzialità economiche delle parti e non di soggetti terzi.

Le disponibilità economiche della famiglia di origine di uno dei genitori possono costituire un criterio "esterno", che il giudice considera nell'ambito di una valutazione complessiva della situazione, ma non costituiscono un riferimento ai sensi dell'art. 155 cod. civ..

L'obbligo di provvedere a quanto occorre per i figli compete ai genitori e si trasferisce agli ascendenti solo nel caso in cui ricorrano le condizioni previste dall'art. 148 cod.civ..

Il quinto criterio si colloca sullo stesso piano del terzo, in quanto impone, nella quantificazione dell'assegno, di tener conto di circostanze di fatto.

In base ad esso il giudice deve considerare la valenza dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

Ciò significa che il lavoro casalingo deve essere espressamente valutato, ma che devono essere valutate anche altre prestazioni, come lezioni scolastiche fornite direttamente ad un minore dal genitore che ne abbia competenza, trasporti, alimenti, cure, ecc.

Ove, ad esempio, un genitore si faccia carico di accompagnare ogni mattina il figlio a scuola, non potrà essere posto a suo carico un assegno, che comprenda la quota "abbonamento autobus".

16. Affidamento monogenitoriale.

L'art. 155 bis del codice civile disciplina l'affidamento monogenitoriale.

Come si è detto, il progetto iniziale dell'affidamento condiviso dedicava a tale forma (ordinaria) l'art. 155 e contemplava come eccezione, nell'art. 155 bis, l'affidamento del figlio ad un solo genitore.

A seguito di un emendamento intervenuto nel corso dei lavori parlamentari, la possibilità di affido esclusivo è ora contemplata anche nell'art. 155. L'art. 155 bis, tuttavia, resta la norma rivolta, in modo specifico, a disciplinare tale possibilità.

Affido bi e mono genitoriale non costituiscono, tuttavia, istituti separati. La regolamentazione dell'affidamento è unica e, piuttosto che cercare di individuare una linea normativa che, come uno spartiacque, nettamente distingua le due figure, è opportuno che l'interprete miri a descrivere le rispettive discipline, tenendo presente le possibilità di intreccio e parziale sovrapposizione che, nella concreta applicazione dell'affidamento, sia condiviso che esclusivo, possono determinarsi.

L'art. 155 bis afferma che il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore. Essa prevede altresì che ciascun genitore possa chiedere l'affidamento esclusivo e che, se la richiesta risulti manifestamente infondata, il giudice possa "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".

Con la generica formula "contrarietà all'interesse del minore" il legislatore ha lasciato un indubbio spazio di discrezionalità al giudice, idoneo anche a consentire, nella prassi dei tribunali, un passaggio non traumatico dalla vecchia impostazione monogenitoriale alla nuova dimensione culturale dell'affidamento.

Lo spazio di discrezionalità è tuttavia meno ampio di quanto potrebbe sembrare, in quanto il concetto di interesse del minore non è più un principio vago ed indeterminato, ma ha un contenuto concreto, identificabile proprio nel diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori.

Non può, pertanto, essere disposto l'affido esclusivo per contrarietà al principio di bigenitorialità post coniugale o per ragioni generiche, legate alla conflittualità tra i genitori.

L'art. 155-bis può essere applicato solo nel caso in cui sussistano ragioni concrete, proprie del caso di specie e non della generalità delle situazioni, per le quali il legislatore ha ritenuto valido il modello dell'affidamento condiviso.

Qualora si proceda ad affidamento ad un solo genitore, la legge impone un obbligo specifico di motivazione, valido per ogni strumento (ordinanza, sentenza), con il quale si provveda in tal senso.

La giurisprudenza ha affermato che l'affidamento esclusivo può essere giustificato solo da **inidoneità educativa o gravi carenze** di uno dei genitori, cui corrispondano requisiti positivi dell'altro²² e che la mera conflittualità esistente tra i genitori **non è causa idonea ad escludere l'affidamento ad entrambi**²³.

L'affidamento condiviso è stato, ad esempio, escluso nel caso in cui uno dei genitori abbia dimostrato totale disinteresse ed incuria nello svolgere i propri compiti, allorché rivestiva la qualifica di genitore non affidatario²⁴.

²² Cass., 18 giugno 2008, n. 16593: «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».

²³ Nella parte motiva della citata sentenza 16593/2008, si legge: «Non avendo, per altro, il legislatore ritenuto di tipizzare le circostanze ostative all'affidamento condiviso, la loro individuazione resta rimessa alla decisione del Giudice nel caso concreto da adottarsi con "provvedimento motivato", con riferimento alla peculiarità della fattispecie che giustifichi, **in via di eccezione**, l'affidamento esclusivo. **L'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi comunque precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente fra i coniugi**, poiché avrebbe altrimenti una applicazione, evidentemente, solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto. Occorre viceversa, perché possa derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso, che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come nel caso, ad esempio, di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza ...)».

²⁴ Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587: «La regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'art. 155 cod. civ. con riferimento alla separazione personale dei coniugi, ed applicabile anche nei casi di scioglimento o di

Anche la lontananza fisica dei luoghi di residenza dei genitori non è, in sé, inidonea a precludere l'applicazione dell'affidamento condiviso, dovendosi solo, in fattispecie di tal tipo, come si è detto, porre attenzione nel disciplinare tempi e modalità di presenza di ciascun genitore accanto al figlio²⁵.

Il secondo comma dell'art. 155-bis prevede la possibilità che i genitori prendano l'iniziativa per la determinazione dell'affidamento esclusivo. Ciò può avvenire sia prima che il giudice emetta i provvedimenti, sia dopo l'emanazione degli stessi, in ogni stato e grado del processo.

Qualora il processo abbia superato la fase presidenziale e si trovi in istruttoria, non può escludersi che l'istanza per l'affido esclusivo sia presentata allo stesso giudice che ha emanato un provvedimento di affidamento condiviso, come richiesta di riesame della decisione.

La norma prevede che, in caso di accoglimento della domanda, si valuti comunque la possibilità di salvare una o più forme di manifestazione della bi-genitorialità ("facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'art. 155").

Un provvedimento ex art. 155-bis non equivale pertanto ad un provvedimento ablativo della potestà e non è incompatibile, non solo con il riconoscimento, al genitore non affidatario, di equivalenti della vecchia "facoltà di visita", ma anche con l'attribuzione allo stesso di facoltà maggiori, rientranti nello spirito della riforma.

È evidente che non può neppure escludersi il caso estremo di esclusione di ogni rapporto tra genitore e figlio, ma, appunto, deve trattarsi di un'ipotesi limite, giustificata da gravissime ragioni.

L'ultima parte dell'art. 155-bis prevede conseguenze per la proposizione di domande per l'applicazione dell'affido esclusivo manifestamente infondate.

Il giudice può, infatti, tener conto della richiesta per comprendere la personalità del genitore e l'attenzione da questi posta all'interesse del figlio, utilizzando gli elementi desunti ai fini della decisione sui provvedimenti da adottare.

È chiaro che il giudicante non deve adottare un'ottica punitiva, che ricadrebbe impropriamente sul figlio. Tuttavia, se la domanda è manifestamente infondata, l'interesse del minore rimane quello, individuato dal legislatore, di mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori. Se uno di essi ha cercato di impedire ciò, ha mostrato, in modo inequivoco, di non saper comprendere o non voler realizzare, per uno dei suoi aspetti, l'interesse del minore ed il giudice può trarre, da tale evento, elementi di giudizio.

L'altra conseguenza prevista in caso di domanda manifestamente infondata consiste nella possibilità di applicare l'art. 96 c.p.c..

La nuova disposizione di legge non istituisce nuove previsioni, ma richiama, e quindi suggerisce, la possibilità valersi di quanto previsto dall'articolo in questione, vale a dire, la possibilità di liquidare, con la sentenza, una somma a titolo di risarcimento del danno.

Perché ciò avvenga, non è sufficiente la semplice manifesta infondatezza della domanda, ma è necessario che ricorrano i presupposti di mala fede o colpa grave indicati dall'art. 96 c.p.c.

La previsione può dirsi pleonastica, in quanto, anche se essa non vi fosse stata, la norma richiamata sarebbe stata applicabile.

Il fatto che il legislatore non si limiti ad un riferimento discorsivo, nella relazione esplicativa della nuova legge, ma lo inserisca nel testo normativo, non è tuttavia privo di significato. Nel momento in cui espressamente si presuppone che, nella materia in questione, possano innestarsi comportamenti che giustifichino l'applicazione dell'art. 96 c.p.c., sia le parti, che il giudice, sono chiamati a prestare maggiore attenzione a questa possibilità.

Non possono attribuirsi al richiamo ulteriori significati. Come rimangono fermi i presupposti di mala fede o colpa grave, così non si può derogare al principio secondo cui il giudice può provvedere solo a seguito di istanza dell'altra parte.

La liquidazione avverrà con la sentenza, al momento della decisione in ordine alle spese. La responsabilità aggravata potrà essere attivata, sia nel caso in cui uno dei genitori abbia incautamente chiesto

cessazione degli effetti civili del matrimonio, in virtù del richiamo operato dall'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, è derogabile solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", come nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente».

²⁵ Si veda la già citata: Cass., ord. 2 dicembre 2010, n. 24526.

l'affidamento esclusivo con un'apposita istanza, formulata in corso di causa ai sensi dell'art. 155-bis, sia nel caso in cui la richiesta sia contenuta nel ricorso o nella comparsa iniziali.

17. Revisione delle disposizioni.

L'art. 155 ter c.c. afferma che 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.

La norma relativa alla possibilità di chiedere la revisione delle disposizioni era, con il vecchio testo dell'art. 155 c.c., contenuta nell'ottavo comma. Il testo era identico, se si escludono la variazione di un termine e l'inserimento di un altro.

La novella si è limitata a spostare questa previsione, nell'ambito di una nuova impostazione sistematica della materia.

Le due richiamate modifiche consistono nel riferimento ai "genitori", piuttosto che ai coniugi e nell'inserimento dell'aggettivo "eventuali", prima della parola "disposizioni".

Il riferimento ai genitori deriva dall'applicabilità della nuova normativa, secondo quanto previsto dall'art. 4, n. 2 della legge 54, non solo alle coppie sposate, ma anche alle coppie di fatto.

Poiché anche con la nuova normativa il giudice deve fissare misura e modalità del contributo di ciascun genitore al mantenimento dei figli, l'inserimento di "eventuali" deve essere riferito agli accordi tra i genitori, di cui il giudice "prende atto" e nei quali tali specificazioni possono essere omesse.

Questo argomento può essere utilizzato per chiarire che anche gli accordi liberamente stipulati dalle parti possono essere oggetto di modifica.

Il fatto che la disposizione relativa alla revisione non sia stata mutata, ma abbia solo cambiato collocazione nell'ambito degli articoli di legge, implica la permanenza delle conclusioni già in passato raggiunte, da dottrina e giurisprudenza, in ordine a tale argomento.

Anche in passato, l'art. 155 c.c., relativo ai figli, non richiedeva, a differenza dell'art. 156, applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, la sopravvivenza di giustificati motivi come presupposto per operare una modifica. (La sopravvenienza di motivi era altresì richiesta dall'art. 9 della legge 898/70, per la modifica dei provvedimenti assunti dopo la sentenza di divorzio).

Ciò non significa che un'istanza di modifica possa essere pedissequamente ripresentata infinite volte, ma che la necessità di variazione può emergere anche dalla nuova valutazione di circostanze preesistenti o da qualunque altra utile considerazione²⁶.

I provvedimenti relativi ai figli, nel corso del procedimento di separazione, potevano e possono essere modificati quante volte ciò risulti opportuno, in quanto tesi a realizzare, nel miglior modo possibile, l'interesse del minore.

È evidente che tale interesse non consiste in una continua modifica o nell'instabilità dei provvedimenti. Il senso del principio consiste nel fatto che non vi sono ostacoli formali a che l'interesse del minore sia perseguito nel modo più idoneo possibile, con tutte le correzioni successive, che la realtà riveli necessarie.

Come è stato detto, i provvedimenti in questione sono determinativi e vengono resi "allo stato degli atti". Essi possono formare giudicato formale ex art. 324 c.p.c., ma non giudicato sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 c.c..

18. Assegnazione della casa familiare.

L'art. 155 cod. civ., nella formulazione del codice del 1942, non faceva alcun cenno alla possibilità di attribuire la casa coniugale nel procedimento di separazione. Conformemente la giurisprudenza negava che il

²⁶ La necessità di modificare i provvedimenti in vigore può, ad esempio, derivare da nuove allegazioni compiute dalle parti, dal riconoscimento di errori commessi, dal fatto che, nella fattispecie, si rivelino necessarie disposizioni "progressive", con superamento di vari stadi di evoluzione dei rapporti tra le parti.

giudice potesse privare uno dei coniugi, sia pure colpevole, del diritto di godere dell'alloggio di sua proprietà, per assegnarlo, sia pure in uso, all'altro²⁷.

La legge 898/70, nel testo originario, non adottava alcuna disposizione sul punto, limitandosi a richiamare, all'art. 12, le disposizioni del codice civile, ivi compreso l'art. 155, affermando che le stesse dovevano applicarsi «per quanto di ragione, anche nel caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio».

Nel 1975, l'art. 155 fu modificato e, nel testo introdotto dalla riforma, prevede che l'abitazione nella casa familiare spettasse «di preferenza ed ove possibile» al coniuge affidatario dei figli.

Tale disposizione fu, dalla giurisprudenza, prima ritenuta non applicabile²⁸ e poi, a seguito di decisione delle sezioni unite della Corte di Cassazione, ritenuta applicabile ai giudizi di divorzio²⁹.

Nel 1987 il legislatore, intervenendo sulla legge 898, dettò la disposizione dell'art. 6, 6° comma, attribuendo di preferenza l'abitazione nella casa familiare al genitore affidatario dei figli o convivente con i figli maggiorenni.

Grazie a tale norma, il problema dell'applicabilità delle disposizioni della separazione al divorzio fu ribaltato e, all'esito di ulteriori discussioni e pronunce giudiziarie, si affermò l'applicabilità, anche alle separazioni, della normativa prevista per il divorzio³⁰.

La norma di riferimento era, pertanto, l'art. 6/6 della legge 898/70, del seguente tenore: «L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole».

Dopo la riforma del 2006, la norma attuale indica come unico criterio l'interesse dei figli. La parola «prioritariamente» lascia tuttavia intendere che non si tratta di un criterio esclusivo e che, pertanto, altri elementi di valutazione possono concorrere, sia pure in posizione subordinata, alla determinazione della decisione.

Tra essi, le condizioni economiche dei coniugi, di cui al citato art. 6 della legge divorzile (a prescindere da ogni considerazione in ordine all'attuale validità di tale norma).

L'art. 155-quater, ora vigente, è adeguato ai principi ed alle modalità di applicazione dell'affidamento condiviso.

Il giudice, infatti, non deve più assegnare la casa al genitore cui sono affidati i figli, ma deve attribuire il godimento di essa in funzione del provvedimento adottato per l'affidamento.

Ciò significa che, se i provvedimenti prevedono che i figli trascorrono la maggior parte della giornata con uno dei genitori, la casa potrà essere assegnata allo stesso, per consentire l'uso di essa da parte dei figli.

Uguualmente, nel caso in cui i figli trascorrono il loro tempo in parti uguali tra i genitori, la casa potrà essere assegnata alla parte economicamente più debole, per consentire alla stessa di svolgere la sua funzione in relazione ad essi, potendo l'altra sopperire diversamente, grazie alle sue potenzialità economiche.

In ogni caso, il giudice deve tener conto del valore della casa già coniugale come centro di relazioni affettive e di stabilità psicologica per i figli, adeguando a questo principio il provvedimento di attribuzione in godimento³¹.

Il fatto che la norma parli genericamente di «figli», significa che essa si applica sia nel caso di minorenni che di maggiorenni conviventi.

Anche dopo la legge del 2006, l'assegnazione della casa coniugale non è possibile in assenza di figli, al fine di tutelare il coniuge economicamente più debole³².

²⁷ Cfr. Cass. 20 gennaio 1964 n. 122, in *Foro It., Mass.*, 1964, pag. 33.

²⁸ Si veda Cass., 19 maggio 1978 n. 2462, in *Foro Padano*, 1979, I, pag. 298.

²⁹ Si veda Cass., 28 aprile 1987 n. 4089, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, pag. 623.

³⁰ Cfr. Cass., 17 marzo 1994 n. 2574, in *Fam. Dir.*, 1994, pag. 265 e Cass., 26 settembre 1994 n. 7865, in *Fam. Dir.*, 1995, pag. 28..

³¹ Il diritto di abitazione attribuito ad uno dei coniugi dalla sentenza di separazione o dai provvedimenti presidenziali che ne anticipano il contenuto, non è reale, ma personale. La giurisprudenza l'ha più volte definito «atipico diritto personale di godimento» (Cass., 19 settembre 2001, n. 11630; Cass. 8 aprile 2003, n. 5455). L'atipicità deriva dal fatto che esso non si identifica con il diritto di abitazione disciplinato dagli artt. 1022 e seguenti del codice civile, ma ha caratteristiche proprie.

³² Cass., 24 luglio 2007, n. 16398: «In materia di separazione e divorzio, il disposto dell'art.155 quater cod. civ, come introdotto dalla legge 8 febbraio 2006 n.54, facendo riferimento all'«interesse dei figli», conferma che il godimento della casa familiare è finalizzato alla tutela della prole in genere e non più all'affidamento dei figli minori, mentre, in assenza di prole, il

Secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza, l'assegnazione della casa consegue alla realizzazione dell'interesse dei minori che siano figli di entrambi i coniugi e non dei figli di uno solo di essi (vale a dire del potenziale beneficiario del provvedimento)³³.

18.1 Perdita del diritto.

L'art. 155-quater afferma che il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso in cui l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* oppure contragga nuovo matrimonio.

Le situazioni prospettate dalla norma sono diverse tra loro.

La prima consiste nel non abitare o cessare di abitare nella casa assegnata.

Questa situazione non si configura in ogni caso in cui il genitore abbandoni, per un certo periodo, l'immobile. La legge, infatti, richiede che l'abbandono sia stabile e, quindi, che la casa non costituisca più la residenza abituale del nucleo genitore-figli.

Nessun problema si pone, pertanto, nell'ipotesi di vacanze estive, sia pure prolungate, di viaggi o di ospitalità temporanea offerta da terzi (purché sia effettivamente tale e non costituisca un trasferimento mascherato).

Qualora il nucleo familiare disponga di una seconda casa, occorre comprendere se la stessa svolga una funzione diversa da quella della prima abitazione o sia, di fatto, sostitutiva di essa.

Spetta al giudice valutare, al di là degli artifici posti in essere dalle parti (eventualmente costituiti dal fittizio ritorno, per brevi periodi, nella casa coniugale), se l'immobile continui o meno a svolgere la funzione per la quale è stato assegnato.

La valutazione del giudice è in ogni caso necessaria. Si deve escludere che l'altro genitore possa ritenere automaticamente decaduto l'assegnatario dal godimento del bene.

La formula di legge "viene meno" non esonera la parte dall'obbligo di ricorrere al giudice per far valere il suo diritto.

La necessità di un intervento giudiziario si desume anche dalla successiva previsione di trascrivibilità del provvedimento di revoca.

La seconda ipotesi presa in considerazione dalla norma consiste nella convivenza *more uxorio* del genitore assegnatario.

Tale convivenza consiste in un'unione e comunione di vita analoga a quella che si realizza con il matrimonio, normalmente comprendente rapporti sessuali. Essa deve essere caratterizzata da un certo grado di stabilità.

L'art. 155-quater non precisa se la convivenza sia causa di cessazione del godimento della casa familiare solo se avvenga in essa, ma il problema non si pone, perché, ove il genitore assegnatario conviva con il terzo al di fuori dell'immobile coniugale, ciò realizza l'ulteriore ipotesi del non uso della casa e determina, pertanto, la medesima conseguenza.

L'ultimo caso indicato dalla norma consiste nella stipula di nuove nozze.

Mentre l'art. 155-ter è stato coordinato con l'art. 4 della legge 54/2006 (applicabilità dell'intera normativa ai figli di genitori non coniugati) e, quindi, non parla di coniugi, ma di genitori, l'art. 155-quater usa i termini "nuove nozze" e, al successivo comma, "coniugi".

È chiaro, tuttavia, che la disposizione si applica anche se nel caso di genitori già conviventi e di prime nozze di uno di essi.

Il requisito della celebrazione delle nozze, costituendo un fatto, non determina problemi interpretativi. Il diritto all'assegnazione viene meno nel momento in cui il matrimonio è valido e produttivo di effetti per la legge italiana.

titolo che giustifica la disponibilità della casa familiare, sia esso un diritto di godimento o un diritto reale, del quale sia titolare uno dei coniugi o entrambi, è giuridicamente irrilevante, ne consegue che il giudice non potrà adottare con la sentenza di separazione un provvedimento di assegnazione della casa coniugale. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito, il quale, in assenza di figli, ha negato che si potesse disporre in ordine all'assegnazione della casa coniugale, ed ha rinviato alle norme sulla comunione ed al relativo regime per l'uso e la divisione, essendo detta abitazione di proprietà comune di entrambi i coniugi)».

³³ Cass., 2 ottobre 2007, n. 20688.

Anche in questo caso, è necessario il ricorso al giudice per ottenere il riconoscimento del diritto, a meno che non vi sia acquiescenza ella controparte.

La prescrizione relativa alla perdita del diritto per nozze o convivenza, che non era presente nei primi testi di sintesi elaborati nel corso dei lavori parlamentari, ha suscitato un acceso dibattito, risolto da una pronuncia della Corte Costituzionale.

La Corte ha affermato che l'accertamento della convivenza dell'assegnatario con un terzo non obbliga il giudice a revocare il provvedimento, ma determina un nuovo esame della situazione, teso a verificare l'interesse del minore.

Non può escludersi che il nuovo esame si concluda con una conferma dell'assegnazione, pur in presenza della nuova convivenza, ove ciò corrisponda all'interesse del minore, che resta, come affermato dalla norma, il criterio prioritario di riferimento³⁴.

La giurisprudenza di legittimità è di conseguenza tornata, anche dopo la nuova normativa, alla tesi precedentemente sostenuta, secondo la quale l'instaurazione di una convivenza non può essere aprioristicamente valutata come circostanza negativa per la prole, né può privare la stessa del suo diritto di permanere nella casa già coniugale³⁵.

18.2 Prescrizioni in tema di residenza.

L'ultimo comma dell'art. 155 quater stabilisce che, ove uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro possa chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati.

La questione della residenza dei coniugi è stata dibattuta nel corso dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge sull'affido condiviso.

Molti sostenevano che l'istituto non poteva funzionare se i coniugi non mantenevano residenze vicine e proponevano che la nuova legge contenesse prescrizioni e limitazioni su tale punto.

Altri affermavano che l'imposizione di obblighi di residenza ai genitori separati sarebbe stata incostituzionale, non potendosi impedire che ciascuno, nell'esplicazione della propria libertà, stabilisse ovunque volesse la propria residenza o si trasferisse in qualunque parte del territorio nazionale.

Nel testo definitivamente approvato, la tesi secondo cui, come in costanza di matrimonio i coniugi devono accordarsi per fissare la residenza della famiglia "secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa" (art. 144 c.c.), così, in costanza di genitorialità post-coniugale, devono raggiungere un accordo e subire conseguenti limitazioni, nell'interesse dei figli e del buon funzionamento dell'affido condiviso, pur essendo stata prospettata, non è stata recepita.

³⁴ Corte Cost., sent. n. 308 del 7/5 – 31/7 2008: «Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 155- quater , primo comma, del codice civile, introdotto dall'art. 1, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, anche in combinato disposto con l'art. 4 della stessa legge, censurato, in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 30 della Costituzione, nella parte in cui prevede la revoca automatica dell'assegnazione della casa familiare nel caso in cui l'assegnatario conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Premesso che la dichiarazione di illegittimità di una disposizione è giustificata dalla constatazione che non ne è possibile un'interpretazione conforme a Costituzione e premesso, altresì, che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale evidenzia come non solo la decisione sulla assegnazione della casa familiare, ma anche quella sulla cessazione della stessa, sono sempre state subordinate, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole, la norma censurata non viola gli indicati parametri ove sia interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore».

³⁵ Cass., 16 aprile 2008, n. 9995: «In tema di separazione, e con riferimento al regime vigente in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n. 54, l'instaurazione di una relazione "more uxorio" da parte del coniuge affidatario dei figli minorenni non giustifica la revoca dell'assegnazione della casa familiare, trattandosi di una circostanza ininfluenza sull'interesse della prole, a meno che la presenza del convivente non risulti nociva o diseducativa per i minori, ed essendo l'assegnazione volta a soddisfare l'interesse di questi ultimi alla conservazione dell'"habitat" domestico, inteso come centro degli affetti, interessi e consuetudini nei quali si esprime e si articola la vita familiare. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato il decreto impugnato, con cui era stata revocata l'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario della prole, avendo lo stesso intrapreso una convivenza "more uxorio" in quella medesima casa, divenuta pertanto un centro di riferimento degli affari imprenditoriali del convivente)».

Pertanto, nel regime vigente, i coniugi possono tranquillamente mutare la propria residenza, non solo prima, ma anche dopo l'emanazione dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e ciò determina la possibilità di chiedere la modifica di quanto concordato tra le parti o stabilito dal giudice.

La norma, tuttavia, si riferisce alla residenza del coniuge, vale a dire al fatto che il genitore muti **la propria** residenza. Il problema riguarda la residenza (dimora abituale) dei figli.

Secondo una possibilità interpretativa, il mutamento della residenza del genitore con il quale il figlio convive, anche in caso di affidamento condiviso, determina, ai sensi dell'art. 45 del codice civile, l'automatico spostamento del domicilio del minore.

Secondo un'altra tesi, non è possibile, nella materia in oggetto, alcun automatismo, dovendosi applicare la disposizione specifica dell'art. 155, terzo comma, secondo la quale tutte le decisioni di maggiore interesse per i figli devono essere assunte di comune accordo tra i genitori.

Nell'ambito di questo orientamento interpretativo, si osserva, in ogni caso, che anche se si ritenesse che il domicilio, legalmente inteso, del minore, si sposta con la modifica della residenza del genitore convivente, coincidendo automaticamente con essa, ciò non significa che debba ritenersi parimenti trasferita la dimora di fatto del figlio. Il concetto di dimora non coincide con il domicilio, di cui si occupa l'art. 45, e va stabilito in base alla normativa di cui all'art. 155 e seguenti del codice, specificamente rivolte a disciplinare la materia dell'affidamento, tutelando l'interesse del minore.

La seconda tesi è preferibile. La soluzione del problema deve essere rinvenuta nella normativa relativa all'affidamento e non può essere tratta, aprioristicamente, da altre norme.

Anche dando per scontato ciò, continuano ad esservi due possibilità interpretative.

Si può ritenere che l'art. 155 abbia disciplinato la questione della residenza del figlio, nel momento in cui detta le prescrizioni per l'assunzione delle decisioni di maggiore interesse (ed in tal caso l'art. 155 quater regolerebbe effettivamente solo il cambio della residenza genitoriale) oppure si può ritenere che la questione della residenza non sia disciplinata dall'art. 155 (ed in tal caso, l'unica norma relativa ad essa resterebbe quella dell'art. 155 quater, con ogni conseguenza in ordine alla diversa ricostruzione dell'intera volontà del legislatore sul tema).

Il terzo comma dell'art. 155, infatti, nell'affermare che le decisioni di maggiore interesse per i figli devono essere assunte di comune accordo tra i genitori, qualifica tali le decisioni relative "all'istruzione, all'educazione ed alla salute" degli stessi.

Se si interpreta letteralmente tale previsione di legge, si può sostenere che la modifica della residenza o della dimora abituale dei figli, non rientra tra le decisioni di maggiore interesse e, pertanto, non deve essere assunta di comune accordo tra i genitori. In tal caso può divenire ammissibile una lettura dell'art. 155 quater che consenta al genitore convivente di modificare unilateralmente, non solo la propria residenza, ma anche quella dei figli che con lui convivono, con l'unica conseguenza di attribuire all'altro genitore la possibilità di chiedere la modifica dei provvedimenti in vigore.

La tesi contraria (che appare senz'altro preferibile), afferma invece che l'indicazione contenuta nell'art. 155, pur non nominandole espressamente, comprende le decisioni relative al cambio di residenza.

Ciò può essere sostenuto, sia perché l'elencazione contenuta nella norma non è tassativa, ma indicativa, sia perché il cambio di residenza automaticamente influisce sull'istruzione, l'educazione e la salute del figlio, le quali, in luogo diverso, specie se lontano, automaticamente comportano soluzioni diverse.

Oltre a ciò, si osserva che tutto lo spirito della normativa sull'affido condiviso inequivocabilmente depone per questa interpretazione, potendo altrimenti essere vanificato ogni contenuto della bigenitorialità, per effetto di una mera decisione unilaterale.

L'interpretazione che escluda il cambio di residenza (che potrebbe anche comportare il trasferimento del minore in un altro Stato) tra le decisioni che devono essere assunte in comune dai genitori, è del tutto incompatibile ed insanabilmente contraria all'intero sistema di cui agli artt. 155 e seguenti del codice civile, teso a porre i genitori sullo stesso piano nell'esercizio della potestà ed a consentire ad entrambi, nell'interesse del minore, un rapporto equilibrato e continuativo con lo stesso.

Pertanto, pur auspicandosi una modifica di legge che chiarisca anche il dato letterale, non si può, allo stato, dubitare del fatto che il cambio di residenza del figlio minore, in regime di affido condiviso, debba essere concordato tra i genitori.

Ciò premesso, la disposizione che chiude l'art. 155 quater non può che essere interpretata unicamente in relazione al diritto di ciascun genitore di modificare la propria residenza e non quella dei figli.

Se il genitore che effettua la modifica è la persona che convive con i minori, il suo atto unilaterale deve essere comunque preceduto da una comunicazione all'altro genitore e dalla ricerca di un consenso oppure, in alternativa, dal ricorso al giudice. Ove ciò non avvenga, il predetto genitore può incorrere in responsabilità omissive, se abbandona i figli e nella violazione delle disposizioni relative all'affidamento, se li porta con sé.

Dopo alcune incertezze interpretative, che condussero alcune decisioni di merito ad affermare che l'affido condiviso diveniva impossibile qualora uno dei genitori volesse cambiare la residenza (così subordinando, in modo abnorme, la realizzazione dell'interesse dei figli alla volontà di un genitore)³⁶, la giurisprudenza appare orientata nel senso di ritenere che il cambio unilaterale della residenza dei figli, lungi dall'essere esplicazione della potestà riconosciuta dall'art. 155 quater, è una delle decisioni che i coniugi devono adottare di comune accordo. La violazione del principio, pertanto, costituisce comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 709 ter c.p.p.³⁷.

³⁶ Si vedano Trib. Rimini, 21 ottobre 2006 e Corte App. Bologna, 28 dicembre 2006, in Fam. e Dir., 2007, 482. Il Tribunale affermò che il giudice può interdire il mutamento di residenza che ostacoli la realizzazione del diritto del bambino alla bigenitorialità, mentre la Corte sostenne che la decisione di uno dei genitori, di cambiare la propria residenza rende impossibile l'affidamento condiviso e giustifica l'affido esclusivo.

³⁷ Trib. Pisa, ord. 19 dicembre 2007, in www.affidamentocondiviso.it, anno III, febbraio 2008. Nel testo del provvedimento, si legge: «Per mera completezza, va precisato che correttamente la ricorrente ha sottoposto la questione all'autorità giudiziaria, in quanto, ove avesse modificato unilateralmente il luogo di abitazione del minore, trasferendolo in città diversa.. , in spregio al contenuto del provvedimento del Presidente del Tribunale, si sarebbe esposta alle conseguenze di cui all'art. 709 ter c.p.c., ponendo in essere un grave inadempimento ed un comportamento idoneo ad ostacolare il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. A ciò si aggiunga che, anche ove il provvedimento del Presidente non si fosse occupato espressamente del luogo di residenza del minore, in regime di affido condiviso, la relativa decisione deve essere adottata di comune accordo dai genitori, in applicazione dell'art. 155, comma 3, c.c., trattandosi di una delle decisioni di maggior interesse per i figli, parimenti a quelle concernenti la loro istruzione, educazione e salute, e pertanto, in mancanza di accordo tra i coniugi, deve essere rimessa al giudice. Né a conclusioni diverse può pervenirsi in base al disposto dell'art. 155 quater, comma 2, c.c., che si limita a confermare la libertà del genitore di modificare il luogo della propria residenza, ma nulla stabilisce relativamente alla decisione relativa alla residenza del minore».