

L'affidamento condiviso

1) Generalità; 2) L'affidamento condiviso; 2) I confini tra affidamento condiviso e monogenitoriale; 3) Affidamento a terzi; 4) Mantenimento minori; 5) Mantenimento maggiorenni; 6) Assegnazione casa familiare e residenza del minore; 7) Conclusioni.

^^^^^^^^^^^^^^^^

I) GENERALITA'

E' a tutti noto che, all'esito del frenetico periodo di produzione normativa che ha accompagnato la fine della scorsa legislatura, con decorrenza dal 1/3/2006, sono contestualmente entrate in vigore sia la riforma processuale dei procedimenti di separazione e divorzio (introdotta dalla L. n. 80 /2005 sulla c.d. competitività, come modificata ancor prima della sua entrata in vigore dalla L. 263/2005, acutamente definita un vero e proprio emendamento tardivo), sia la legge n. 54/2006 recante " Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli ". Si tratta di discipline importanti e complesse, concepite in sedi e tempi diversi e non coordinate tra loro, che scontano per molti versi una tecnica di produzione legislativa spesso frettolosa e lacunosa, e che devono, tuttavia, essere lette in stretta correlazione ed in un'ottica volta al loro coordinamento ed alla loro razionalizzazione, tenuto conto, tra l'altro, che non è agevole isolare la nuova disciplina sostanziale dell'affidamento, nel quadro della regolamentazione dei rapporti conseguenti alla frattura dei rapporti tra i genitori, dai modi e dai momenti processuali nei quali si attua la regolamentazione della crisi della famiglia.

Privilegiando gli aspetti sostanziali delle recenti novelle, va subito rilevato che, con la L. n. 54/2006, il legislatore, sulla scorta delle recenti esperienze dei vicini paesi comunitari e delle indicazioni emerse da tempo in sede internazionale e comunitaria, ha voluto segnare un deciso cambiamento di rotta rispetto al passato, ed attuare il diritto dei figli ad un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, anche in

presenza della disgregazione del nucleo familiare.

Ciò, nelle intenzioni del legislatore, è avvenuto offrendo loro una tutela uniforme, a prescindere, cioè, dal tipo di unione esistente tra i genitori e dalle vicende esistenziali di questi ultimi.

Si tratta di un primo profilo estremamente significativo, - reso evidente dalla previsione dell'art. 4 comma secondo della legge, secondo cui le nuove norme si applicano anche in caso di scioglimento di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, - che, pur foriero di gravissime complicazioni sul piano processuale in relazione al riparto di competenze tra il Giudice della separazione e quello minorile, costituisce un importante passo avanti verso una piena equiparazione legislativa del trattamento del rapporto di filiazione sia nella famiglia naturale che in quella matrimoniale, visto ormai anche dal legislatore, e non più soltanto dal diritto vivente, in modo sempre più autonomo rispetto all'istituto del matrimonio.

I principi fondamentali della riforma sono due e sono costituiti: 1) dal diritto dei figli alla c.d. bigenitorialità, che non rappresenta una rivendicazione del genitore, ma consiste nel diritto soggettivo della prole di continuare a mantenere un rapporto costante ed equilibrato con entrambi i genitori in costanza della crisi del nucleo familiare; 2) dal principio della condivisione della responsabilità genitoriale, che implica oggi, non soltanto la conservazione della comune titolarità della potestà parentale in capo ad entrambi i genitori, in continuità con il passato, ma anche, di regola, l'esercizio condiviso della potestà medesima, come regime di responsabilizzazione dei genitori per il solo fatto della procreazione.

Si tratta sicuramente di un ribaltamento della prospettiva previgente, che, tuttavia, non sembra porsi in termini di netto rifiuto della tradizione del sistema del diritto di famiglia, ma piuttosto sembra innestarsi all'interno di quest'ultimo, attraverso un allargamento delle sue prospettive ed un ampliamento delle sue potenzialità, a fronte della diversità dei modelli culturali ed educativi presenti nella società e del manifestarsi

di nuovi modelli di famiglia.

Nel sistema previgente, risultante dalla riforma del 1975 e dalla legge sul divorzio, dopo le modifiche del 1987, la regola era l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori che esercitava in via esclusiva la potestà, fatte salve le ipotesi di affidamento alternato, peraltro estremamente criticato in dottrina, e le ipotesi di affidamento congiunto, che era, tuttavia, rimasto residuale sul piano dell'applicazione pratica, soprattutto in considerazione delle rigorose condizioni ritenute necessarie in giurisprudenza per la praticabilità dell'affidamento congiunto.

Il legislatore del 2006 cambia prospettiva e, con un intervento fortemente innovativo rispetto al passato, ribalta il previgente rapporto tra regola ed eccezione.

L'affidamento condiviso diventa la regola, ferma restando la " valvola di sfogo giudiziaria " contemplata nell'art. 155 bis C.C., che consente al Giudice di disporre l'affidamento ad uno solo dei genitori quando ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Piena centralità, quindi, della figura e dell'interesse del minore, tanto da essersi previsto quasi come " atto dovuto " da parte del Giudice l'ascolto del minore, in linea con le affermazioni contenute nelle fonti internazionali, - fermo restando il richiamo alla necessaria cautela su tale delicato aspetto evidenziato dalla più attenta dottrina, - e forte richiamo alla responsabilità dei genitori, pur con l'ampliamento del riconoscimento della loro autonomia e l'auspicio della composizione della loro conflittualità anche attraverso interventi di mediazione familiare.

Viene, inoltre, per la prima volta - ed è questo un altro importante e positivo aspetto di novità, - presa in considerazione la posizione dei figli maggiorenni portatori di handicap grave, che vengono parificati ai figli minori sul piano delle tutele sostanziali, in una prospettiva tutta interna alla famiglia ed a prescindere dalle tradizionali tutele loro apprestate dagli istituti esistenti a protezione dei soggetti incapaci.

Vengono, infine, introdotti nell'ordinamento nuovi ed inediti strumenti processuali, quali il reclamo avverso l'ordinanza presidenziale innanzi alla Corte d'Appello, e,

soprattutto, quelli contemplati nell'art. 709 ter C.p.C. che, - pur forieri di gravissimi motivi di incertezza sul piano processuale, - implicano una forte rivalutazione del ruolo del Giudice della famiglia, oggi potenzialmente fornito di strumenti particolarmente invasivi, volti ad attuare la tutela giurisdizionale dei diritti personalissimi, oggetto di copertura costituzionale forte, che vengono in rilievo in tale delicata materia, in modo ben più incisivo rispetto al passato.

I principi generali posti a base della riforma sono, all'evidenza, del tutto condivisibili, specie tenuto conto dell'esigenza, evidente soprattutto in una prospettiva comparativistica, di bilanciare l'accresciuta instabilità dei rapporti di coppia nella realtà sociale con una maggiore responsabilizzazione dei genitori allo scopo di garantire il diritto dei figli ad un rapporto continuativo con entrambi.

Accanto alle luci non mancano, tuttavia, le ombre: sono numerose le lacune nella nuova disciplina normativa così come concretamente attuata dal legislatore del 2006, - peraltro dichiaratamente consapevole della necessità di intervenire in futuro con nuovi interventi normativi, come espressamente affermato nei lavori preparatori, - ed esistono numerose ambiguità ad essa sottese, atteso che la legge, pur dichiaratamente volta all'attuazione dei condivisibili principi soprarichiamati, tradisce, a tratti, una visione eccessivamente paternalistica e meramente "promozionale", del resto subito evidenziata dalle numerose critiche che ne hanno accompagnato l'approvazione e la sua entrata in vigore, e, soprattutto, da alcuni tentativi di interpretazione strumentali ad esigenze poco commendevoli, - quali la mera eliminazione dell'assegno di mantenimento in favore della prole minore, - pure registrati nella prassi in sede di prima applicazione.

A distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore della legge, può essere utile tracciare un primo bilancio, al fine individuare gli aspetti maggiormente problematici della novella ed al fine di evidenziare i principali orientamenti giurisprudenziali in fase di consolidamento.

2) L' AFFIDAMENTO CONDIVISO

Il primo comma del novellato art. 155 C.C. stabilisce, con una certa enfasi, che " Anche

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

In verità, del permanere del dovere in capo ai genitori di mantenere curare ed istruire i figli anche dopo la loro separazione, nessuno aveva mai dubitato, tenuto conto che si tratta di doveri imposti dalla Costituzione e da altre norme primarie contenute nel codice civile, e segnatamente negli artt. 30 Cost. e 147 e 148 C.C..

Inedito, è, invece, il riferimento legislativo esplicito alle figure dei nonni e dei parenti appartenenti a ciascun ramo genitoriale.

In proposito, va osservato che il legislatore del 2006 si è limitato a sancire il diritto dei minori a conservare rapporti significativi con tali figure, ma non ha disciplinato situazioni soggettive di terzi, nei termini dell’attribuzione di un diritto azionabile contro gli stessi genitori, sicchè deve escludersi l’ammissibilità di un loro intervento in causa, che pure è stato sostenuto da taluno dei primi commentatori della novella ed è stato ritenuto ammissibile da una pronunzia di merito (Trib. Firenze 22/4/2006 che lo configura quale intervento adesivo dipendente).

Non sembrano, invero, esserci novità di rilievo rispetto all’orientamento giurisprudenziale affermato dal S.C., secondo cui tali vincoli familiari, che affondano le loro radici nella tradizione familiare riconosciuta nell’art. 29 Cost., non possono ritenersi privi di tutela, e pur non consentendo ai nonni di intervenire nel giudizio di separazione, ne consentono la legittimazione a sollecitare il controllo giudiziario sull’esercizio della potestà dei genitori, ex art. 336 C.C., al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi del minore (cfr. Cass. 96/363 e Cass. 98/9606).

La previsione normativa va intesa, in realtà, nel senso che il Giudice potrà prescrivere all’uno o all’altro dei genitori di garantire al minore il suo rapporto con tali figure, determinandone le modalità, e fermo restando che l’eventuale violazione di tali prescrizioni potrà rilevare ai sensi dell’art. 709 ter C.p.C. o in relazione all’eventuale

modifica del regime dell'affidamento.

L'art. 155, secondo comma, C.C. prosegue affermando che, al fine di garantire le finalità indicate dal primo comma, il Giudice “ valuta prioritariamente la possibilità che i figli restino affidati ad entrambi i genitori, oppure stabilisce a quale dei due siano affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore fissando altresì la misura e il modo con cui ciascun genitore deve contribuire al mantenimento alla cura all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole. ”.

La norma, come si è detto, privilegia come regime normale di affidamento dei minori l'affidamento condiviso che si caratterizza, non già per un'impossibile convivenza del minore con entrambi i genitori e neppure con un affidamento alternato, spesso dannoso per il minore privato di un habitat stabile, ma nella condivisione da parte dei coniugi dei compiti di cura, educazione ed istruzione del figlio.

Secondo i primi condivisibili orientamenti già emersi in giurisprudenza, la caratteristica saliente dell'affidamento ad entrambi i genitori nel nuovo sistema normativo appare individuabile non tanto nella dualità della residenza o nella parità dei tempi che il minore trascorre con l'uno o con l'altro genitore, bensì nella paritaria condivisione del ruolo genitoriale, come depongono le indicazioni per la determinazione giudiziale dei tempi che il minore trascorre con l'uno o con l'altro genitore e la mantenuta disciplina dell'assegnazione della casa coniugale, proprio perchè il minore necessita di un riferimento abitativo stabile e di una organizzazione domestica coerente con le sue necessità di studio e normale vita sociale (cfr. Trib Messina 18/7/2006)

L'affidamento condiviso risulta, quindi, fondamentalmente caratterizzato dalla ripartizione di compiti e dalla ripartizione della responsabilità dei genitori nella cura istruzione ed educazione dei figli, i quali hanno diritto alla “ bigenitorialità “.

La legge assegna al Giudice il compito di regolamentare in concreto la spartizione dei compiti di educazione e cura tra i genitori, con un intervento ispirato, sicuramente più

che in passato, al criterio della flessibilità dei modelli di conformazione della bigenitorialità separata, che dovrà tener conto di tutte le variabili della fattispecie concreta e della volontà dispositiva delle parti.

E', infatti, evidente che l'intervento del Giudice, in presenza di un accordo dei genitori che abbiano prospettato un vero e proprio progetto di vita per il figlio, avrà un contenuto più scarno ed elastico, mentre, nel caso in cui la conflittualità tra le parti sia maggiore ovvero i genitori non offrano elementi di riferimento concreti, l'intervento giudiziale sarà destinato a prevedere un più dettagliato e completo progetto di vita.

Sotto tale aspetto la discrezionalità riservata al Giudice, nella estrema varietà dei casi concreti, è estremamente ampia, com'è reso evidente dalla lettura delle numerose pronunzie edite che hanno variamente "riempito di contenuto" il regime dell'affidamento condiviso.

Per esempio, in riferimento alla permanenza del minore, alcune pronunzie hanno disposto la eguale permanenza del minore presso ciascuno dei genitori (Trib. Chieti 28/6/2006; Trib Catania 21/7/2006); altre pronunzie hanno regolamentato un maggior tempo di permanenza del minore con collocazione stabile presso uno dei due genitori, e in difetto di accordo dei genitori, hanno regolamentato anche i tempi di permanenza presso il genitore non collocatario (Trib. Catania e Trib. Messina 18/7/2006); altre pronunzie hanno effettuato una distribuzione *ratione materiae* di spazi di esclusività nell'assunzione della responsabilità genitoriale, in relazione alla gestione concreta di alcune attività del figlio, quali un'attività sportiva o la partecipazione ad un qualsivoglia corso, ecc..

Si tratta di pronunzie aventi contenuto diverso ed estremamente variegato, che non costituiscono emersione di conflitti giurisprudenziali, ma più semplicemente sono frutto dell'applicazione giurisdizionale della legislazione "per principi generali" correttamente adottata dal legislatore nella peculiare materia in esame.

Il nucleo centrale della regolamentazione della vita del minore demandata alla volontà delle parti o al Giudice resta, comunque, la determinazione del collocamento del minore

in modo stabile presso uno dei due genitori che, normalmente, verrà individuato in quello ritenuto maggiormente idoneo ai compiti di cura quotidiana e che normalmente diverrà anche l'assegnatario della casa coniugale, secondo i criteri già elaborati dalla giurisprudenza anteriore alla riforma.

L'affidamento condiviso, infatti, non può implicare in alcun modo l'incerto e continuo "peregrinare" del figlio tra le residenze dei genitori, ma a tutela delle esigenze di serenità e stabilità affettiva della prole, implica la determinazione della residenza del minore e la necessità di garantire al genitore che con il figlio conviva stabilmente il godimento della casa coniugale.

Ciò che è importante rimarcare è che nella nuova disciplina viene meno la connessione esistente nel sistema tradizionale tra la situazione di fatto della convivenza con il minore e l'esercizio della potestà genitoriale.

Altro importante rilievo, su cui tutti gli interpreti concordano in linea generale, è che la nuova legge valorizza notevolmente l'autonomia delle parti in ordine agli aspetti esistenziali della vita del minore, atteso che, secondo l'art. 155, secondo comma, C.C. il Giudice "prende atto degli accordi intervenuti tra i genitori se non contrari agli interessi dei figli".

Ci si è chiesti, tuttavia, se l'accordo possa aver ad oggetto anche la scelta del tipo di affidamento, congiunto ovvero monogenitoriale, ovvero se tali accordi possano riguardare esclusivamente le modalità dell'affidamento condiviso.

Secondo alcune pronunzie di merito, infatti, va disposto autoritativamente l'affidamento condiviso, anche in contrasto con l'accordo raggiunto dai coniugi che preveda l'affidamento esclusivo, sulla scorta della ritenuta indisponibilità degli interessi in gioco, tenuto conto del diritto del minore alla bigenitorialità, e sulla scorta di un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 155 bis C.C. (Trib. Bologna, 22/5/2006; Trib. Trento 23/5/2006).

Secondo altre pronunzie, invece la soluzione favorevole alla piena "disponibilità" del regime dell'affidamento, - con il riconoscimento del potere dei coniugi di prevedere un

affidamento esclusivo in deroga al regime privilegiato dal legislatore, - si legittima, non soltanto in relazione al carattere pluralistico del sistema costituzionale e del riconoscimento della libertà familiare e dei diversi modelli di famiglia esistenti, ma anche tenendo conto della modifica testuale apportata all'art. 155 C.C., secondo cui oggi il Giudice non si limita più a "tener conto", ma "prende atto" degli accordi intervenuti tra i coniugi, con il solo limite della contrarietà rispetto all'interesse dei figli.

Secondo tale diverso orientamento il "prende atto" vale ad individuare un limite concreto al potere dell'intervento giudiziale, ferma restando la valutazione officiosa circa la contrarietà agli interessi del minore; viene, inoltre, valorizzato il riferimento alla possibilità del regime dell'affidamento condiviso, contenuto nell'art. 155 secondo comma C.C., che sembra andar oltre il mero presupposto della contrarietà agli interessi del minore di cui all'art. 155 bis C.C.. (cfr. per un'applicazione concreta Trib. Catania 5/6/2006).

Sembra preferibile ritenere che, allorquando i genitori evidenzino motivi tali da giustificare la propria scelta in ordine al regime dell'affidamento monogenitoriale prescelto, l'accordo ben possa essere accolto dal Giudice.

E ciò, sia in accoglimento di una lettura della riforma che guardi con favore ad un maggiore ampliamento degli spazi riservati all'autonomia privata nell'ambito della famiglia, sia tenuto conto che l'esperienza previgente insegna che anche un affidamento monogenitoriale ben gestito può essere perfettamente idoneo ad un sano sviluppo psico-fisico del minore, sia anche al fine di scongiurare chiavi di lettura della riforma eccessivamente paternalistiche ed autoritative rispetto alle parti, che, come tali, sono inesorabilmente destinate ad una disapplicazione nella vita quotidiana della famiglia in crisi.

La novità fondamentale della riforma, posta dal terzo comma dell'art. 155 C.C. è costituita, nell'affidamento condiviso, dall'espressa previsione dell'esercizio congiunto della potestà da parte di entrambi i genitori.

La norma prevede che le decisioni di maggior interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute devono essere prese di comune accordo e che, in caso di disaccordo, la decisione è rimessa al Giudice.

A differenza, quindi, dell'art. 316, terzo comma C.C., ove il giudice attribuisce la decisione a quello dei genitori conviventi che appare maggiormente idoneo a curare l'interesse dei figli, in caso di genitori separati, è il Giudice che adotta la decisione, avendo il legislatore ritenuto meno pregnante l'esigenza di salvaguardia dell'autonomia familiare in presenza di cessazione della convivenza e del conflitto tra le parti.

L'art. 155, comma terzo C.C., prevede che, limitatamente alle decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

La norma appare di difficile interpretazione, soprattutto se si tiene conto che per i genitori conviventi uniti in matrimonio, l'art. 320 C.C., per gli atti di ordinaria amministrazione di natura patrimoniale detta la regola dell'amministrazione disgiunta, anche a tutela dei terzi, sicché è singolare che il legislatore in caso di genitori separati ne preveda l'amministrazione congiunta.

Secondo parte della dottrina è, quindi, preferibile ritenere che il legislatore abbia usato l'espressione in senso atecnico, come riferita a questioni di carattere routinario e non patrimoniali.

In ogni caso, secondo numerose pronunzie, al fine di evitare occasioni di inutili conflitti, è auspicabile che il Giudice preveda espressamente tale esercizio separato nei periodi di rispettiva permanenza del minore con ciascuno dei genitori (cfr. Trib. Catania 31/5/2006; C. App. Trento 15/6/2006).

E' interessante notare che la netta prevalenza espressamente attribuita dal legislatore del 2006 all'affido condiviso, quale ordinario regime di affidamento dei figli in caso di crisi della coppia genitoriale, con l'attribuzione ad entrambi i genitori dell'esercizio congiunto della potestà, e la conseguente cancellazione della regola che escludeva il genitore non convivente da quell'esercizio concreto, implica conseguenze di rilievo

anche in ordine alla ricostruzione dei presupposti per il riconoscimento della responsabilità dei genitori per il fatto illecito del minore prevista dall'art. 2048 C.C..

Va, invero, osservato che nel previgente sistema, in dottrina, non si era registrata unanimità di vedute circa i presupposti della responsabilità ex art. 2048 C.C. in capo al genitore separato non affidatario, sostenendosi, da taluno, la perdurante responsabilità di quest'ultimo e, da altri, l'esclusione della sua responsabilità ex art. 2048 C.C., in assenza del requisito della coabitazione, previsto dalla norma da ultimo citata, e dell'esercizio della potestà.

La riforma potrà, quindi, avere una significativa ricaduta anche sotto il profilo dell'ampliamento della responsabilità civile del genitore verso i terzi danneggiati dal minore.

3) I CONFINI TRA AFFIDAMENTO CONDIVISO ED AFFIDAMENTO MONOGENITORIALE

Ai sensi dell'art. 155 bis C.C., l'affidamento monogenitoriale, visto con sfavore dal legislatore del 2006, è relegato ad ipotesi residuale, dato che per disporlo occorrono specifiche circostanze che rendono contrario all'interesse del minore quello condiviso, che vanno specificate dal Giudice.

Il legislatore, correttamente, non ha definito le "specifiche circostanze", rimettendone l'individuazione al Giudice, data la infinita varietà dei casi concreti, ma non ha neppure definito il contenuto dei due tipi di affidamento, che pure sono tenuti nettamente distinti.

Per quanto attiene al primo profilo, si pone il problema di identificare quali circostanze siano idonee a far ritenere preferibile nell'interesse morale e materiale del minore l'affidamento monogenitoriale.

In proposito, va osservato che, secondo la maggior parte delle pronunzie edite, la mera conflittualità tra i genitori, di per sé sola, non osta all'applicazione del regime privilegiato dal legislatore del 2006 (cfr. ad es. Trib. Catania 18/5/2006; C. App. Bologna 17/5/2006; C. App. Trento 15/6/2006).

Vi è, invece, minor unanimità di vedute con riferimento ad altre ipotesi quali, ad esempio, l'ipotesi della volontà comune delle parti di cui si è già detto, ovvero l'ipotesi della lontananza tra i luoghi di residenza dei genitori, ovvero lo stato di detenzione di uno dei due, ovvero le condizioni psichiche di uno dei due, ovvero ancora il rifiuto categorico del minore ad avere rapporti con uno dei due genitori, ovvero il completo disinteresse manifestato da uno dei due, del tutto assente o rimasto contumace (cfr. Trib. Catania 1/6/2006).

Per quanto attiene al secondo profilo, va osservato che la legge, pur distinguendo nettamente i due tipi di affidamento, non ne esplicita le differenze di regime e le caratteristiche.

In proposito va osservato che, sul punto in esame, sono state espresse due diverse tesi interpretative sia in dottrina che giurisprudenza.

Secondo una prima interpretazione, la nuova legge prevederebbe come unica regola l'esercizio congiunto della potestà, sia in caso di affidamento condiviso sia in caso di affidamento monogenitoriale.

Si afferma, conseguentemente, che il concetto di affidamento ha, sostanzialmente, perso gran parte del suo significato, servendo essenzialmente a definire la collocazione prevalente del minore e a determinare i provvedimenti di ordine economico e di assegnazione della casa familiare (cfr. in dottrina Padalino; Pini; Lovati; ed in giurisprudenza, Trib. Minori Trento 11/4/2006)

Secondo una diversa interpretazione, invece, la differenza tra le due forme di affidamento che il legislatore distingue nettamente, pur senza definirne i confini, non può ridursi al mero profilo materiale della collocazione del figlio, ma va ricercata nell'esercizio esclusivo della potestà.

Si sostiene che la differenza tra i due tipi di affidamento deve essere ricercata nell'attribuzione esclusiva della potestà al genitore monoaffidatario, e che la norma di cui all'art. 155 terzo comma C.C. deve necessariamente essere riferita all'affidamento condiviso, mentre, allorquando venga disposto l'affidamento esclusivo, l'esercizio della

potestà spetterà soltanto al coniuge affidatario, in modo del tutto analogo rispetto al previgente sistema che, com'è noto, prevedeva la conservazione della titolarità della potestà in capo ad entrambi i coniugi e l'esercizio esclusivo di essa da parte dell'affidatario, ferma restando la possibilità per l'altro di adottare assieme all'affidatario le decisioni di maggior interesse per il minore ed il dovere di vigilare sulla sua istruzione ed educazione (in dottrina Sesta; in giurisprudenza cfr. Trib Catania ord. 1/6/2006).

La seconda soluzione appare preferibile, alla stregua di un'interpretazione sistematica delle norme, (confortata dai lavori preparatori nei quali l'affidamento esclusivo viene relegato ad ipotesi residuale, proprio dando per presupposta la perdita dell'esercizio della potestà) che, anche per il principio di non contraddizione, implica di ritenere la locuzione utilizzata nell'art. 155 terzo comma C.C., riferita soltanto all'ipotesi di affidamento condiviso; altrimenti, del resto, si dovrebbe ritenere che il coniuge affidatario ha solo la cura e l'educazione esclusiva del minore, ma non anche il potere di assumere le conseguenti decisioni e deve sempre subire le interferenze dell'altro, e ciò in contraddizione con il fatto che spesso la ragione giustificatrice di quell'affidamento esclusivo è stata la condotta dell'altro in contrasto con l'interesse morale e materiale del minore (cfr Trib Catania citata).

3) AFFIDAMENTO A TERZI

La mancata riproposizione nella legge di riforma dell'art. 155 comma sesto C.C., che prevedeva, in presenza di gravi motivi, il collocamento del minore presso terzi, è stata definita dai primi commentatori una grave lacuna nella riforma.

Invero, la conseguenza di tale lacuna, per coloro che pervengono ad una lettura totalmente abrogativa dell'art. 6 L. Div. ad opera della l. n. 54/06, sarebbe quella di escludere la possibilità per il Giudice di affidare a terzi i minori, anche a fronte di un'accertata inidoneità totale o parziale dei genitori, con l'unica possibilità di trasmettere gli atti al Tribunale per i Minorenni, frazionando il thema decidendum sul piano processuale.

Tuttavia, da altra parte della dottrina, si è auspicata un'interpretazione sistematica delle norme dettate in tema d'affidamento dei figli (art. 155 C.C. e 6 L. Div., per coloro che ne ritengono la perdurante vigenza), valorizzandosi appieno la locuzione contenuta nell'art. 155 C.C. che consente al Giudice di adottare "ogni altro provvedimento relativo alla prole", per argomentare la persistente possibilità per il Giudice di affidare i minori a soggetti diversi dai genitori, nei casi di assoluta inidoneità di costoro di prendersi cura dei figli (Padalino).

In quest'ottica, una recente pronunzia di merito ha valorizzato la costruzione di una categoria di provvedimenti atipici che il Giudice è abilitato ad assumere nell'interesse del minore, ai sensi del secondo comma dell'art. 155 C.C., affidando il minore ai nonni (cfr. Trib Salerno 20/6/2006).

Se si accede a tale ricostruzione che appare idonea a colmare la lacuna legis, come avveniva nel previgente sistema, il Giudice potrà, quindi, collocare i minori presso parenti e, nell'ipotesi residuale di mancanza di costoro, procedere all'applicazione dell'affidamento etero-familiare previsto dalla 4/3/1983 n. 184, sicuramente preferibile rispetto al collocamento in istituto del minore che, peraltro, secondo la legge 28/3/2001 n. 149, entro il 31/12/2006 dovrà essere superato mediante l'affidamento ad una famiglia e, ove ciò non sia possibile, mediante il collocamento del minore in comunità familiari.

4) MANTENIMENTO MINORI

La regola prevista dall'art. 155, quarto comma, C.C. in ordine alla disciplina del mantenimento dei figli minori è quella secondo cui " Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli, in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità".

Il primo problema posto dalla formulazione letterale della norma in esame, è quello relativo al contenuto ed ai limiti degli "accordi liberamente sottoscritti dalle parti ", che

si riallaccia a quello più generale della valenza da attribuire agli accordi delle parti, che il legislatore del 2006 richiama non soltanto in relazione agli aspetti personali ed organizzativi della vita del minore (il “prende atto“ del secondo comma dell’art. 155 C.C.), ma anche per gli aspetti economici, seppur utilizzando locuzioni diverse ed apparentemente più cogenti nel secondo caso (il “salvo diversi accordi liberamente sottoscritti“ di cui al quarto comma dell’art. 155 C.C.).

Ci si è chiesti invero se, alla stregua del tenore letterale non propriamente perspicuo della norma in esame, i genitori possano derogare al principio di proporzionalità, tenuto conto che l’art. 155 C.C. va letto in correlazione all’art. 30 Cost. ed agli artt. 147 e 148 C.C. .

In proposito, va osservato che secondo parte della dottrina, - tenuto conto che gli accordi di natura privatistica non possono essere affetti da profili di nullità per violazione di norme imperative, (nella specie l’art. 148 C.C. ritenuto espressione del principio di eguaglianza), - l’interpretazione preferibile è che tali accordi non possano derogare al principio di proporzionalità, ma soltanto essere volti a regolare le modalità del mantenimento, nel senso che esso possa essere prestato in via diretta oppure in via indiretta.

Secondo una diversa opinione, invece, gli accordi liberamente sottoscritti dalle parti, che il quarto comma dell’art. 155 C.C. fa salvi, non possono che riguardare i rapporti interni tra genitori nella loro qualità di condebitori solidali dell’obbligo di mantenimento nei confronti dei figli, sicché, fermo restando che l’accordo circa le modalità di suddivisione del loro obbligo di mantenimento non limita il credito di mantenimento dei figli, che deve pur sempre determinarsi secondo gli ordinari criteri, tali accordi vincolano soltanto i genitori, con riguardo a profili patrimoniali come tali tra loro liberamente disponibili, e non sono sindacabili dal Giudice.

Il secondo problema posto dalla norma in esame scaturisce dalla locuzione “ il giudice, ove necessario, stabilisce la corresponsione di un assegno periodico “.

La locuzione “ove necessario “ ha fatto sostenere da taluno dei primi commentatori che,

dopo la riforma, la previsione di un assegno di mantenimento per i figli non sia più la regola, ma l'eccezione.

La tesi non appare convincente, in quanto, nonostante la locuzione letterale utilizzata dal legislatore, se manca un accordo dettagliato ed estremamente specifico sulle modalità di contribuzione diretta che dia anche ragionevole certezza circa il suo volontario adempimento, all'assegno periodico va pur sempre riconosciuta la natura di previsione generale, tanto più che, in mancanza della sua previsione, non vi è alcun titolo esecutivo che tuteli il diritto fondamentale al mantenimento spettante alla prole.

Va, inoltre, osservato che tradizionalmente il S.C. ha riconosciuto all'assegno la funzione primaria di coprire i costi, le spese di organizzazione domestica e di tutte le esigenze primarie di vita del minore, sicché, già il solo fatto che normalmente il figlio è collocato stabilmente presso uno dei due genitori, implica la necessaria previsione dell'assegno a copertura delle spese suddette, che devono gravare pro quota tra i genitori .

Infine, va osservato che, con una recente decisione il S.C. (Cass. n. 18187/2006 del 18/8/2006), in fattispecie relativa ad ipotesi di affidamento congiunto disposto sotto il vigore della previgente normativa, ha espressamente affermato che un tale istituto è preminentemente finalizzato alla tutela di interessi esistenziali dei figli, e non esclude l'obbligo del versamento di un contributo ove ne sussistano i presupposti a favore del genitore con il quale i figli convivano.

La Corte, richiamando espressamente la L. n. 54/2006, ha chiaramente affermato che il principio della "bigenitorialità" privilegia l'interesse esistenziale del minore e si pone su un piano diverso rispetto agli aspetti patrimoniali tra i coniugi ed agli aspetti economici riguardanti la vita del minore.

Alla stregua di tali principi, se è vero che il mantenimento in forma diretta rappresenta la forma più in linea con lo spirito della riforma e l'assegno ha evidente funzione perequativa, è anche vero che spetta al giudice nella varietà dei casi concreti verificare con rigore se sussistano le condizioni affinché la contribuzione in forma diretta sia

sufficiente e proporzionata ai redditi dei genitori al fine di garantire al minore il mantenimento dello stesso tenore di vita goduto in presenza della convivenza tra i genitori.

Altrimenti, anche in presenza dell'affidamento condiviso, l'assegno continuerà a restare la modalità ordinaria di contribuzione.

Ne deriva che, nel concreto, potrà prescindersi del tutto dall'attribuzione dell'assegno soltanto allorquando vi siano accordi specifici e dettagliati intercorsi tra i coniugi sulle modalità di contribuzione diretta, ovvero nei casi in cui vi sia una disciplina dei tempi di permanenza pressoché paritaria del minore con genitori con redditi analoghi (Trib. Catania 12/7/2006).

Per contro, invece, peso preponderante ai fini della previsione dell'assegno di mantenimento assumeranno i diversi tempi di permanenza del minore presso uno dei due genitori, la differente posizione reddituale dei genitori e, soprattutto, nei casi di minori in tenera età o affetti da handicap, il valore del lavoro domestico e di cura del genitore convivente con il minore.

Per quanto attiene ai criteri di determinazione dell'assegno perequativo, va osservato che la legge indica i criteri che il Giudice deve tener in considerazione per la determinazione dell'assegno ed utilizza alcuni parametri di riferimento, destinati ad integrare le previsioni dell'art. 148 C.C., che mantengono la loro validità unitamente a tutta l'elaborazione giurisprudenziale ampiamente sperimentata nel previgente regime.

In pratica, in linea generale, sembra opportuno, dapprima, procedere alla determinazione di una quota ideale mensile necessaria al mantenimento della prole, da commisurarsi alla capacità economica complessiva dei genitori ed alle esigenze della prole ed al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, e, successivamente, procedere all'attribuzione ideale di una quota percentuale di tale costo tra i due obbligati in proporzione dei loro redditi e del contributo domestico.

Una volta determinato la misura, potrà procedersi alla determinazione del modo di tale contribuzione, che può essere diretto, mediante prestazione in natura, ovvero indiretto,

mediante il versamento di un assegno idoneo a coprire il budget a carico di ciascuno, dedotta la quota di mantenimento diretto (cfr. Trib. Catania 24/4/2006).

Resta dubbia l'opportunità di determinare anche la misura della contribuzione diretta in termini di equivalente economico, ma sembra preferibile la soluzione negativa atteso che non vi sarebbe comunque un credito liquido ed esigibile consacrato in un titolo esecutivo e che non appare opportuno fomentare la c.d. "lite degli scontrini" tra i coniugi.

E' importante sottolineare che nella materia in esame, sul piano processuale, i fondamentali principi della domanda e della disponibilità delle prove subiscono una deroga, dovendo il Giudice provvedere ex officio e potendo disporsi finanche l'acquisizione di prove ex officio, anche in relazione ad accertamenti patrimoniali su soggetti terzi.

5) MANTENIMENTO MAGGIORENNI

Il disposto del nuovo art. 155 quinquies C.C., rubricato " Disposizioni in favore dei figli maggiorenni " prevede testualmente che: " Il Giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salva diversa determinazione del Giudice è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave, ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori. "

La disposizione in esame pone numerosi problemi interpretativi sia di carattere sostanziale che di carattere processuale.

Invero, secondo una prima lettura di tale disposizione suggerita da parte della dottrina, questa norma, presupponendo che unico creditore, in quanto "avente diritto", è soltanto il maggiorenne, avrebbe comportato la perdita, ope legis, della legittimazione ad agire in capo al coniuge convivente con il figlio maggiorenne ma non autonomo, con la

conseguenza che, in seguito all'entrata in vigore della novella, sul piano processuale, sarebbe legittimato ad agire nei confronti del genitore esclusivamente il figlio maggiorenne, - in via autonoma o eventualmente anche mediante un intervento nel giudizio di separazione e divorzio, - mentre, sul piano sostanziale, l'obbligo di corrispondere al coniuge convivente con il figlio maggiorenne l'assegno di mantenimento cesserebbe ope legis al raggiungimento della maggiore età del figlio.

In quest'ottica, l'unico soggetto legittimato ad agire esecutivamente, nel caso d'inadempimento, sarebbe il figlio; e ciò anche nell'ipotesi in cui sia stato disposto dal Giudice che il versamento dell'assegno avvenga nelle mani del genitore convivente che viene configurato come un semplice " *adiectus solutionis causa* ".

Tale interpretazione, ad avviso di altra parte della dottrina e della giurisprudenza, non appare convincente e non può in alcun modo essere condivisa.

Va, invero, osservato che una tale lettura del nuovo articolo 155 quinquies C.C., non soltanto non tiene conto dell'evoluzione giurisprudenziale, oramai trentacinquennale, consolidatasi ante novella del 2006 in materia di obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni che il legislatore non ignorava di certo, ma, soprattutto, non sembra consentita alla stregua del tenore testuale della norma, della sua collocazione all'interno del codice civile, della sua ratio e della sua finalità, della necessità di un'interpretazione sistematica della norma che deve, peraltro, essere costituzionalmente orientata, - trattandosi di materia oggetto di copertura costituzionale forte, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., - ed infine, last but not least, della necessità di scongiurare pericolosi ed inutili vuoti di tutela per la prole maggiorenne ma non autonoma nei rapporti con i genitori, ed altrettanto inutili proliferazioni di giudizi e rischi di pronunzie contrastanti.

E', invece, preferibile ritenere che, in applicazione dei criteri ermeneutici sopracitati, la nuova disposizione debba essere interpretata in senso diametralmente opposto rispetto a quello suggerito in sede di primissima lettura.

In proposito, va, innanzitutto, osservato che nel previgente sistema, secondo l'orientamento giurisprudenziale del tutto consolidato sia di merito che di legittimità, la legittimazione ad agire per chiedere il contributo per il mantenimento dei figli maggiorenni non autonomi è stata pacificamente riconosciuta al genitore convivente iure proprio, e non già ex capite filiorum (cfr. ex multis, Cass. 2001/2289; Cass. 2003/9806).

Era stato precisato che il genitore convivente ha legittimazione concorrente con il figlio maggiorenne, sicchè, - nelle ipotesi in cui il maggiorenne non faccia valere autonomamente il suo diritto, - ex art. 148 C.C. o con autonomo giudizio ordinario, fermo restando che il figlio non è legittimato ad intervenire nei giudizi di separazione e di divorzio tra i suoi genitori, - la legittimazione ad agire per chiedere il mantenimento del maggiorenne spetta al genitore con esso convivente iure proprio.

Inoltre, la giurisprudenza del S.C. aveva chiarito che, se la sentenza di condanna viene emessa soltanto in favore del genitore convivente nei confronti del figlio, non opera il giudicato formale, e pertanto il figlio non ha titolo per chiedere direttamente il pagamento del contributo al genitore obbligato non convivente, non potendo ravvisarsi, nel caso in esame, una ipotesi di solidarietà attiva che, diversamente da quella passiva, non si presume (Cass. 9067/2002).

Così brevemente riassunto l'orientamento giurisprudenziale formatosi nel previgente regime, va osservato che il nuovo art. 155 quinquies C.C., da un lato, sembra porsi in posizione di continuità ideale rispetto a tali principi, nell'intento di ampliare la tutela dei figli maggiorenni ma non autonomi, - com'è reso particolarmente evidente dalla

importante previsione contenuta nell'ultimo comma, - e, dall'altro, sembra muoversi nell'ottica di favorire nuove forme di mantenimento dirette da parte dei genitori nei confronti dei figli, che non passino, cioè, necessariamente attraverso la corresponsione di somme di denaro all'altro coniuge con essi convivente, ma che si sviluppino secondo moduli nuovi e più elastici, il cui prudente apprezzamento, nella nuova visione del legislatore del 2006, viene rimesso al Giudice, analogamente, del resto, a quanto viene previsto per la determinazione del contributo di mantenimento per i figli minorenni dal novellato art. 155 C.C.

Sul piano testuale, invero, va osservato che la norma in esame, collocata nel capo quinto del libro primo del codice civile, intitolato "dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi", viene a positivizzare espressamente il principio, non esplicitato nella previgente formulazione dell'art. 155 C.C., secondo cui l'obbligo di mantenere i figli non cessa con il raggiungimento della loro maggiore età, anche se tale principio, in verità, era già desumibile dalle norme costituzionali immediatamente precettive e non era mai stato posto in discussione.

La norma, oggi, prevede espressamente e ribadisce che sono i figli maggiorenni ma non autonomi gli "aventi diritto" all'assegno, con conseguente sussistenza della loro legittimazione iure proprio ad agire nei confronti del genitore, ma ciò senza minimamente interferire ovvero inficiare la sussistenza della legittimazione ad agire iure proprio del coniuge convivente, la cui sussistenza sembra, anzi, data per scontata dal legislatore del 2006, laddove è stata introdotta una novità normativa rilevante e, cioè, laddove si viene a consentire espressamente al Giudice di emanare una sentenza che, sul piano formale, è resa a favore del figlio maggiorenne, e cioè di un soggetto che non è parte processuale del procedimento di separazione ma che è, comunque, il destinatario finale di parte degli effetti di quel procedimento.

E ciò, analogamente a quanto avviene per i figli minori, ed altresì in senso analogo a quanto lo stesso art. 155 quinquies, secondo comma, C.C. prevede per i figli maggiorenni portatori di grave handicap, - che oggi sono parificati espressamente ai figli minori, con opportuno intervento legislativo di tutela nei confronti di questi ultimi che colma un vuoto legislativo, - in ordine ai quali non può seriamente dubitarsi della sussistenza della legittimazione ad agire in capo al genitore con essi convivente.

In altri termini, la disposizione in esame è volta a disciplinare espressamente gli effetti della separazione dei coniugi rispetto alla prole maggiorenne, e consente al Giudice, - ed è questa la vera novità normativa, - di emettere una sentenza a favore di un soggetto terzo rispetto al processo *inter alios*, che, tuttavia, è tale soltanto in senso processuale ma non già in senso sostanziale, essendo il beneficiario ultimo del mantenimento.

Si tratta di una tecnica normativa originale sul piano processuale, che si fonda sulla scissione logica tra parte processuale e parte sostanziale, che trova la sua giustificazione nella peculiarità dei rapporti familiari nel momento della crisi della famiglia, e che sembra venir incontro adeguatamente all'esigenza di evitare il rischio di quell'istituzionalizzazione del conflitto tra genitori e figli, che avverrebbe certamente con l'attribuzione della qualità di parti ai figli proprio nei giudizi relativi alla separazione o al divorzio tra i loro genitori.

Com'è stato autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale, invero, il legislatore ordinario non è vincolato, in tutti i casi in cui vi siano riconosciuti interessi al giudizio o nel giudizio, a prevedere la qualità di parte processuale per i titolari degli stessi interessi, tanto più che i giudizi di separazione e divorzio, qualunque sia il loro esito, non attengono nè si riflettono sullo status dei figli (cfr. Corte Costituzionale 14/7/1986 n. 185).

La vera e pregnante novità normativa è, quindi, la espressa previsione della possibilità di un intervento giudiziale che, tenuto conto della peculiarità dei casi concreti, indichi nella sentenza il destinatario formale del pagamento dell'assegno di mantenimento spettante ai figli maggiorenni ma non autonomi, - e cioè, all'esito di una valutazione discrezionale rimessa al Giudice, o il coniuge convivente, parte processuale che quindi è in re ipsa legittimata alla richiesta, ovvero, direttamente, il beneficiario finale dell'assegno, pur rimasto estraneo al processo, - ferma restando la legittimazione ad agire concorrente dei due soggetti.

La tecnica normativa utilizzata dal legislatore del 2006 non è, peraltro, del tutto ignota al previgente sistema.

Si pensi, ad esempio, a quelle pronunzie del S.C. che hanno ritenuto ammissibile una pronunzia ex art. 2932 C.C. in favore di soggetto estraneo al processo, ovvero, in materia di diritto di famiglia, a quegli arresti giurisprudenziali che ritenevano ammissibile una sentenza, avente come destinatario del pagamento dell'assegno di mantenimento dei minori un soggetto terzo estraneo al processo di separazione e di divorzio, come è avvenuto in fattispecie di collocamento dei minori presso terzi.

Inoltre, è utile osservare che la medesima tecnica legislativa è stata utilizzata dal legislatore del 2006, anche nell'art. 709 ter C.P.C., introdotto con la medesima legge, laddove si prevede la possibilità per il giudice di disporre il risarcimento del danno a carico di uno dei due genitori nei confronti del minore, che, pacificamente, non è parte dei procedimenti di separazione o divorzio, con previsione ritenuta immune da censure di costituzionalità dalla Corte Costituzionale nel previgente sistema, (cfr. sentenza n. 185/86 sopracitata), e che non è stata minimamente modificata dal legislatore del 2006.

Da ultimo, va osservato che l'interpretazione dell'art. 155 quinquies C.C. sopraproposta appare l'unica suscettibile di evitare sia la singolare conseguenza del venir meno ope

legis di un titolo esecutivo giudiziale formatosi in favore del coniuge convivente, con conseguente affievolimento della tutela del figlio maggiorenne non autonomo, oggetto di copertura costituzionale forte, sia la proliferazione inutile di nuovi giudizi da intentarsi da parte dei figli nei confronti dei genitori, sia la necessità di interventi dei figli nelle liti tra i genitori che appaiono del tutto inopportuni, mentre consente, per contro, al Giudice di procedere ad una valutazione unitaria della posizione del genitore obbligato, a fronte del disgregarsi della famiglia, tenuto conto che è certo opportuno che sia un solo Giudice a valutare complessivamente la posizione di un genitore obbligato a mantenere figli minori e maggiorenni e, in ipotesi, anche il coniuge più debole.

Sul piano processuale, fermo restando che il genitore conserva la legittimazione ad agire iure proprio, va osservato che il Giudice potrà opportunamente ascoltare il figlio nell'ambito del procedimento al fine di trarre utili elementi di valutazione e che, inoltre, la nuova legge non sembra consentire di ritenere inammissibile un intervento volontario del figlio maggiorenne, che farà valere in giudizio la propria situazione giuridica soggettiva (Trib. Messina 5/5/2006).

Le condizioni sostanziali che giustificano il pagamento diretto in favore dell'avente diritto, possono essere costituite dalla valorizzazione dell'età raggiunta dal maggiorenne, ovvero dalla circostanza che quest'ultimo segua corsi di studio in città diverse dalla sua residenza abituale ovvero da pregresse abitudini di vita tra genitori e figli.

Sembra, tuttavia, opportuna una certa cautela da parte del Giudice nell'attribuzione diretta dell'assegno di mantenimento alla prole maggiorenne, per l'elementare rilievo che, soprattutto, in situazioni di stabile e continuativa convivenza con uno dei due genitori, esistono numerosi costi fissi di vitto ed alloggio che normalmente sono affrontati direttamente dal genitore con cui il maggiorenne convive, e tenuto conto che il maggiorenne certamente si giova anche del contributo personale dato dal genitore anche con il suo lavoro domestico.

Senz'altro opportuna, infine, è la parificazione della tutela sostanziale del maggiorenne portatore di handicap grave ai minori, che colma una lacuna normativa, e che consente la piena applicazione di tutte le tutele sostanziali apprestate in favore dei minori.

6) ASSEGNAZIONE CASA FAMILIARE E RESIDENZA DEL MINORE

Il godimento della casa familiare è attribuito, anche nella prospettiva della riforma in linea di continuità rispetto al passato, tenendo conto dell'interesse prioritario dei figli al mantenimento del loro habitat domestico e familiare, inteso come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare (Cass. 2006/3030).

Il tema è ovviamente strettamente connesso a quello afferente alla collocazione del minore che, come si è già rilevato, andrà effettuata presso il genitore che appare maggiormente idoneo ad assumere i compiti di istruzione e di cura, cui la stessa legge fa riferimento nei criteri che presiedono la determinazione dei rapporti patrimoniali

Sul punto, non ci sono novità di rilievo e può rimandarsi all'elaborazione giurisprudenziale ormai ampiamente consolidatasi, anche perchè la formulazione dell'art. 155 quater C.C. non appare in alcun modo suscettibile di scalfire il consolidato orientamento del S.C., secondo cui l'assegnazione della casa coniugale può effettuarsi soltanto in presenza di prole minore o maggiorenne non autonoma.

Le novità riguardano, invece, le cause di cessazione del godimento della casa familiare avendo il legislatore espressamente previsto che l'assegnazione viene meno se il coniuge assegnatario non la abita o cessa di abitarla ovvero conviva stabilmente more uxorio o contragga nuovo matrimonio.

Posto che le prime due ipotesi non costituiscono, in verità, una vera e propria novità, esistendo già un orientamento giurisprudenziale consolidato in tal senso, le altre fattispecie hanno fatto sorgere rilevanti dubbi in ordine alla loro razionalità ed alla loro conformità ai principi del sistema ed alla Costituzione.

In particolare, è apparso difficile conciliare con il principio di ragionevolezza l'idea che l'interesse prioritario dei figli, che è il presupposto dell'assegnazione della casa

familiare, possa recedere dinanzi all'instaurazione di una nuova relazione da parte del genitore convivente che è l'ipotesi su cui si sono appuntate le maggiori critiche.

Si è anche dubitato della conformità della norma all'art. 2 Cost., che sancirebbe il diritto all'affettività ed all'instaurazione di nuove relazioni, ed il correlato diritto dei figli a non subire peggioramenti della loro condizione a causa di una libera e personale scelta dell'assegnatario.

Secondo altri interpreti, tuttavia, per un verso, sembra arduo ritenere oggetto di copertura costituzionale il diritto del figlio a non subire il mutamento della residenza coniugale, se è vero che a tale residenza i coniugi possono rinunciare liberamente sia in costanza del rapporto che in seguito alla separazione; per altro verso, si è osservato che la nuova relazione implicherebbe il venir meno del concetto di casa familiare in senso soggettivo, come centro degli affetti, poichè con l'introduzione del nuovo soggetto nell'habitat, per ciò solo quest'ultimo perderebbe la sua caratteristica di casa familiare, sicchè il legislatore avrebbe risolto il conflitto tra i diversi interessi dei soggetti coinvolti ritenendo riprovevole lo sfruttamento del godimento della casa coniugale per l'instaurazione di una relazione con un soggetto che, di fronte ai figli, rischia di porsi come figura alternativa rispetto a quella dell'altro genitore titolare di un diritto reale o personale di godimento sull'immobile.

In verità, - escluso ogni rilievo al parametro di cui all'art. 30 Cost. che è estraneo alla materia in esame, - non appare configurabile un profilo d'incostituzionalità della disciplina in esame per contrasto con l'art. 2 Cost., non soltanto poichè nulla impedisce al soggetto di instaurare una nuova relazione ma anche perchè, a fronte della complessa ratio della norma in esame, non appare di per sè irragionevole un bilanciamento tra gli interessi in gioco, tenuto conto dei diritti vantati sull'immobile dal genitore non assegnatario.

Un profilo d'incostituzionalità sembrerebbe, piuttosto, da ravvisarsi nel contrasto della disposizione con il principio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 Cost..

E ciò, segnatamente, a fronte di un'interpretazione letterale della norma che escluda

ogni discrezionalità in capo al Giudice nella sua applicazione pratica, con conseguente automaticità dell'estromissione dell'assegnatario, senza consentire nessun bilanciamento degli interessi delle parti con l'interesse preminente dei minori, attraverso una riformulazione del giudizio relativo all'assegnazione della casa coniugale.

Altro problema posto dalla norma in esame nasce dal mancato riferimento all'art. 1599 C.C. nella legge di riforma, che si è limitata a richiamare soltanto l'art. 2643 C.C..

Ciò implica dubbi riguardo all'opponibilità ai terzi del provvedimento d'assegnazione entro il novennio, in assenza di trascrizione.

Com'è noto, nel previgente sistema il disposto dell'art. 6 L. Divorzio è stato interpretato dal S.C. (Cass. Sez. Unite 26/7/2002 n. 11096) nel senso che, grazie al richiamo all'art. 1599 C.C., il provvedimento di assegnazione, se trascritto, è opponibile ai terzi acquirenti senza limiti di tempo, e, se non trascritto, è comunque opponibile nei limiti di un novennio.

Nel silenzio del legislatore del 2006 si è posto il problema se la riforma abbia importato l'abrogazione dell'art. 6 L.Div.

Secondo una convincente interpretazione, poichè non vi è stata abrogazione espressa e poichè per aversi abrogazione tacita deve esservi quella incompatibilità che renda impossibile una contemporanea applicazione delle due distinte norme, (Cass. 2001/2502), ovvero la nuova legge deve regolare l'intera materia, deve ritenersi che l'art. 6 comma sesto sia ancora in vigore, tanto più che l'art. 1599 C.C. contiene una previsione speciale rispetto all'art. 2643 C.C.

In definitiva, l'attuale combinato disposto degli artt. 155 quater C.C. e 6 comma 6 L. Div. consente di ritenere che la trascrizione ha funzione dichiarativa, ai sensi dell'art. 2644 C.C. e risolve il conflitto con i terzi titolari di diritti incompatibili, e che l'opponibilità nei confronti del terzo acquirente del bene immobile resta regolata dalla norma speciale dell'art. 1599 C.C. .

La disciplina in esame non è idonea a scongiurare alcune manovre fraudolente che, talvolta, vengono poste in essere nella pratica dal titolare di diritti reali sul bene che ne

disponga nelle more dell'adozione del provvedimento d'assegnazione.

In proposito, va rilevato che, secondo un orientamento giurisprudenziale già formatosi nel previgente sistema, è possibile la trascrizione della domanda giudiziale di assegnazione nei confronti del coniuge proprietario o comproprietario della casa coniugale, purchè ovviamente non si tratti di immobile appartenente a soggetto terzo diverso da quello convenuto nel giudizio di separazione (Tribunale Milano 26/4/1997 e, più recentemente, Trib. Reggio Emilia 13/4/2006).

Da ultimo, va rilevato che il minore avrà la sua residenza presso il genitore collocatario, e ciò rileva nella nuova normativa anche ai fini della determinazione della competenza per territorio dettata dall'art. 709 ter C.P.C., introdotto dalla L. 54/06, che ha previsto per i procedimenti di cui all'art. 710 C.P.C., una nuova regola di competenza attribuendola al Tribunale del luogo di residenza del minore.

7) CONCLUSIONI

La legge sull'affidamento condiviso, come si è anticipato, presenta, accanto ad alcune luci, numerose ombre che sono dovute alla carente formulazione tecnica ed mancato coordinamento sistematico.

Ciò ha già comportato il sorgere di numerose complicazioni, specie di ordine processuale, che certamente non giovano alla rapidità e snellezza dei procedimenti di separazione e divorzio, e l'emersione di contrasti giurisprudenziali, con evidente vulnus al principio della certezza del diritto.

Inoltre, vi è il rischio di un proliferare del contenzioso alimentato da un testo di non agevole lettura che, - specie ove dovessero prevalere alcune interpretazioni volte a consentire l'ingresso nel processo a soggetti variamente coinvolti a diversi titoli, (ascendenti, parenti e, secondo taluni, addirittura i terzi intestatari di beni su cui possono essere disposte indagini patrimoniali), - possono condurre ad un vero e proprio contenzioso permanente.

Peraltro, la realtà sociale italiana è estremamente variegata, e di ciò deve tenersi conto, tanto più che, se è vero che sino all'entrata in vigore della legge i figli erano

prevalentemente affidati in via esclusiva alla madre, è altrettanto vero che ciò è avvenuto nella stragrande maggioranza dei casi su richiesta espressa di entrambi i genitori.

Infine, è sin troppo ovvio il rilievo che nessun provvedimento giudiziale potrà mai imporre a qualcuno che non lo vuole di “condividere” alcunchè, e che l’affettività non è coercibile.

Ciò non implica in alcun modo la sottovalutazione dell’importanza dei principi affermati dal legislatore del 2006, ma concreta soltanto l’auspicio di una prudente applicazione delle norme, che rifugga da preconette opzioni ideologiche e consenta di pervenire ad un’equilibrata ricostruzione degli istituti in essa contemplati ed alla corretta mediazione degli interessi in conflitto, rifuggendo da visioni paternalistiche ed esageratamente pubblicistiche dei rapporti tra genitori e figli.

Dr.ssa Concetta Pappalardo Reale

Giudice della Prima Sezione Civile del Tribunale di Catania