

Capitolo 16

L'affidamento dei figli nella divisione della coppia genitoriale

1. *La divisione della coppia genitoriale e gli obblighi verso i figli*

La rottura della relazione di coppia tra i genitori e la conseguente cessazione della loro convivenza non fanno venir meno i loro obblighi verso i figli: si tratta di un'ovvietà, dato che tali obblighi nascono dal rapporto di filiazione e non dal matrimonio fra i due genitori, né tanto meno dalla loro convivenza. Tuttavia l'art. 6 c. 1° div. lo ribadisce, inutilmente, con specifico riguardo al caso in cui i genitori contraggano un nuovo matrimonio.

La fine della convivenza dei genitori impone però di dare una nuova regolazione ai rapporti personali e patrimoniali tra i genitori e i figli minorenni: occorre stabilire le regole sul loro *affidamento*, cioè individuare con quale genitore conviveranno per la maggior parte del tempo, come sarà esercitata la responsabilità genitoriale e con quali tempi e modi l'altro genitore continuerà ad adempiere i suoi doveri e ad esercitare il suo diritto relazionale ad avere rapporti con i figli.

L'affidamento dei figli in seguito alla *rottura della convivenza tra i genitori* è regolato in modo *unitario*, senza più distinguere, come avveniva in passato, fra separazione, divorzio, annullamento del matrimonio e divisione della coppia genitoriale non sposata (art. 337-*bis*) ⁽¹⁾. In coerenza logica con questa scelta, il legislatore ha dato alla materia una diversa collocazione sistematica: non più fra le conseguenze della separazione personale dei coniugi (ove in precedenza era collocata: art. 155 e segg.), ma come capitolo autonomo, inserito fra le regole sull'esercizio della responsabilità genitoriale.

La legge non prende in considerazione il caso in cui i genitori non abbiano mai convissuto e quindi il figlio abbia sempre abitato con uno solo di essi. Fino alla riforma del 2012-2013 questo caso aveva una disciplina particolare, data dal testo allora vigente dell'art. 317-*bis*, sull'esercizio della potestà sui figli naturali. Oggi l'unica norma che lo tocca, e solo marginalmente, è l'art. 277 c. 2°, a proposito della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità: prevede che

¹ Questa regola, contenuta nella riforma della filiazione del 2012-2013, era già stata introdotta dall'art. 4 c. 2° legge 54/2006.

il giudice, con la sentenza che dichiara la filiazione, regoli non solo il mantenimento del figlio, ma anche il suo *affidamento*; ciò facendo, non può ovviamente evitare di tener conto del fatto che in precedenza era vissuto solo con il genitore che lo aveva riconosciuto e che l'altro se ne era disinteressato del tutto (cfr. cap. 14 § 8.2®).

La competenza appartiene in ogni caso al *tribunale ordinario*: molto opportunamente la riforma del 2012-2013 ha concentrato la competenza in un solo organo giudiziario ⁽²⁾.

È bene porre in evidenza che se i genitori sono d'accordo fra loro, il giudice è necessariamente chiamato a pronunciarsi sull'affidamento solo se questi sono sposati: in tal caso infatti, se vogliono ottenere un provvedimento giudiziario che regoli la situazione legale della loro coppia (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio), *devono* andare davanti al giudice, il quale deciderà quindi anche sull'affidamento dei figli.

Non è invece sempre necessario presentarsi davanti al giudice se i genitori non sono sposati e sono completamente d'accordo: in tal caso non hanno alcun motivo per adirlo e ottenere una sua pronuncia. Altrettanto accade se sono sposati, ma scelgono di restare separati solo di fatto. In tutti questi casi l'esigenza di andare davanti al giudice si ha soltanto qualora i genitori *non siano d'accordo* sulle modalità per gestire i loro rapporti con il figlio, oppure abbiano delle *particolari ragioni* per chiedere un provvedimento che regoli espressamente l'esercizio della responsabilità genitoriale ⁽³⁾.

2. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso

Il modello di riferimento accolto nel diritto vigente, introdotto dalla legge 54/2006 sull'affidamento condiviso, è in estrema sintesi il seguente. I figli sono affidati a *entrambi i genitori*, che esercitano la responsabilità di *comune accordo*, come se il nucleo familiare fosse ancora unito. Il giudice «determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore», dunque quale sia il genitore *collocatario*, presso il quale i figli vivono per la maggior parte del tempo o quanto meno hanno la residenza anagrafica. Entrambi i genitori sono obbligati a mantenere i figli in proporzione alle proprie possibilità economiche. L'affidamento a un solo genitore è ammesso *soltanto* se affidarli a entrambi è contrario al loro interesse. L'affidamento ad altri, parenti o estranei, è ammesso dalla legge solo «in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore a uno dei genitori»: il giudice può allora disporre l'affidamento familia-

² In precedenza la competenza apparteneva al tribunale ordinario per i figli legittimi, al tribunale per i minorenni per i figli naturali.

³ Per le varie ragioni che potrebbero indurli a ottenere un provvedimento simile, cfr. cap. 15 § 4.2®.

re di cui all'art. 2 e segg. legge 184: ritorneremo sul punto sotto, nel § 3[®] (4).

L'affidamento è strettamente collegato con l'esercizio della responsabilità genitoriale: se è condiviso, questa è esercitata in comune, quindi d'accordo fra i genitori; se è esclusivo, questa è esercitata dal solo affidatario. Affidamento ed esercizio della responsabilità quindi si sovrappongono, sicché la loro differenza è solo lessicale. Non a caso molti dei paesi europei che hanno adottato i medesimi principi, come per esempio la Francia (5), hanno realizzato una drastica semplificazione terminologica: il giudice non "affida" i figli – anzi questa parola non è più adoperata in caso di divisione della coppia genitoriale – bensì sceglie presso quale genitore questi avranno la residenza abituale e in quali periodi di tempo dimoreranno presso l'altro, fermo restando, di regola, l'esercizio comune della responsabilità.

Il modello dell'affidamento condiviso intende realizzare il principio secondo il quale i figli hanno il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e con i rami parentali di ciascuno di essi, nonostante la cessazione della convivenza fra i loro genitori (art. 337-ter c. 1°). Tale diritto – comunemente detto *diritto alla bigenitorialità* – non è nuovo, ma fa parte del diritto vigente e vivente da lungo tempo, in modo radicato e consolidato: la novità consiste nel fatto che oggi è proclamato da una norma di legge *esplicita*, redatta in termini generali, che obbliga a rispettarlo con un'attenzione maggiore che in passato.

Il modello dominante prima della legge 54/2006 era invece quello dell'affidamento a un solo genitore, che esercitava la potestà in via esclusiva, salvo diversa decisione del giudice. L'affidamento *congiunto* e quello *alternato*, introdotti dalla legge di riforma del divorzio del 1987, erano un'eccezione, cui ricorrere solo se «utile nell'interesse dei minori, anche in considerazione dell'età degli stessi» (art. 6 c. 2° div., nel testo oggi non più vigente). La prassi giudiziaria non aveva accolto con favore questa novità: il ricorso a quello congiunto era limitato ai casi di specifica richiesta concorde dei genitori e in assenza di qualsiasi conflittualità fra loro, sicché aveva una *diffusione limitata*. Quello alternato, poi, non era quasi mai ammesso, restando così un caso eccezionale: era ed è opinione diffusa che non sia idoneo a garantire al minore dei riferimenti esistenziali abbastanza stabili e sicuri.

L'opportunità di porre l'affidamento condiviso come regola – a somiglianza di quanto fatto negli ultimi due decenni in gran parte degli altri paesi europei – è stata oggetto di un vivace dibattito, innescato dal problema, grave e tutt'altro che risolto, del distacco educativo e affettivo, spesso anche profondo, tra i figli e il genitore con il quale non convivono, che nella maggior parte dei casi è il padre. Tale distacco deriva spesso dal disinteresse di quest'ultimo: se a

⁴ Per la trattazione di questo tipo di affidamento rinviamo al cap. 17 § 8 e segg.[®].

⁵ Cfr. *code civil*, artt. 373-2 e 373-2-1.

volte ciò corrisponde alla sua volontà, in molti casi è invece il frutto di suoi comportamenti disattenti e superficiali, poco consapevoli delle possibili conseguenze di una presenza insufficiente o di una disponibilità psicologica e affettiva poco affidabile.

Altre volte il distacco ha una causa opposta ed è invece subito, con sofferenza: sono i casi in cui il genitore con il quale il figlio convive, per lo più la madre, pone in essere un'opera sistematica di denigrazione dell'altro o di sua cancellazione dagli orizzonti esistenziali del figlio; cancellazione alla quale il genitore escluso non sa opporsi o non riesce a farlo in modo efficace. Quando quest'opera ha successo, porta con sé l'ulteriore conseguenza, gravissima, che spesso il figlio rifiuta ogni rapporto con lui.

È poi tutt'altro che raro che il distacco educativo e affettivo, da qualsiasi causa sia prodotto, faccia sì che, sul piano psicologico, il genitore tenuto ad adempiere l'obbligo di collaborare al mantenimento dei figli sia fortemente disincentivato dal farlo.

Queste situazioni, tutt'altro che rare, hanno portato dagli ultimi anni del XX secolo al fiorire di associazioni di padri separati che avevano dovuto subire tale distacco: la loro attività di pressione mediatica volta a stabilire il principio dell'affidamento a entrambi i genitori, ha fortemente contribuito a giungere all'approvazione della legge 54/2006.

L'affidamento condiviso intende essere un antidoto, probabilmente dotato di una certa efficacia, contro la deresponsabilizzazione educativa ed economica dei genitori che non convivono con i figli: ha infatti un valore *etico* rilevante, sia per loro stessi, affinché non si disinteressino dei figli, sia per il genitore con il quale i figli convivono, affinché non li escluda dalla vita dei figli comuni.

Per contro, può portare a una crescita del contenzioso giudiziario fra i genitori. Consente anche al padre una maggiore interferenza nella vita quotidiana della madre con la quale nella maggior parte dei casi i figli convivono abitualmente. Ciò ha qualche somiglianza con quanto accadeva prima della riforma del 1975, quando il padre, anche se non era affidatario, conservava l'esercizio della *patria* potestà sui figli e quindi aveva la facoltà di ingerirsi in qualche modo, nei fatti, nella vita quotidiana del nucleo familiare costituito dalla madre e dai figli a lei affidati.

3. I criteri per decidere l'affidamento e la collocazione residenziale

Come accennato sopra, l'*interesse morale e materiale dei figli* è l'unico criterio del quale il giudice deve tener conto nel decidere sul loro affidamento, sulla loro collocazione residenziale e sui tempi e le modalità della loro permanenza presso ciascun genitore. Non possono avere alcun peso sulla decisione, ovviamente, le eventuali responsabilità di ciascun coniuge nella rottura della relazione di coppia, neppure se consistono in violazioni dei doveri matrimoniali.

Né può aver peso il fatto che un genitore conviva con un'altra persona, neppure se si tratta di una convivenza omosessuale ⁽⁶⁾.

La legge, come accennato sopra, pone l'*affidamento condiviso* come regola di base e fa dell'*affidamento esclusivo*, cioè a un solo genitore, l'eccezione. Il giudice ricorre a quest'ultimo quando constata che *affidare i figli anche a quel genitore sarebbe contrario al loro interesse*, per la sua incapacità di crescerli e di educarli, tanto più nella condizione di vita separata. A tal fine deve tener conto da un lato, guardando al passato, delle modalità con cui questi ha svolto il proprio ruolo durante la convivenza, della disponibilità a un rapporto assiduo che ha dimostrato, della sua capacità di educazione e di affetto, di attenzione, di comprensione; dall'altro lato deve valutare, guardando in termini prognostici al futuro, il comportamento che probabilmente terrà nella condizione di separato, le future abitudini di vita, *il tempo che potrà effettivamente dedicare al figlio*, l'ambiente che potrà *offrirgli*.

Il fatto che l'affidamento condiviso sia posto dalla legge come regola fa sì che il giudice possa motivarne la scelta in modo anche molto sintetico, mentre quando sceglie l'affidamento esclusivo deve motivare in modo più analitico, proprio perché fa eccezione alla regola.

Nella prassi giurisprudenziale gli affidamenti oggi sono in larghissima maggioranza condivisi e la collocazione residenziale del figlio presso uno dei genitori è espressamente indicata. Restano comunque rari, per le ragioni accennate sopra, i casi in cui i figli convivono per tempi eguali con l'uno e con l'altro (affidamento *alternato*).

L'affidamento a terzi è ipotizzato dall'art. 337-ter c. 2° per il «caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori»: dunque *impossibilità*, parola ben più forte, per esempio, di «gravi motivi» (come si leggeva nell'art. 155 c. 6° vigente dal 1975 al 2006), o di *inopportunità* nell'interesse del minore. Comunque sia, la norma non dà indicazioni sulle categorie di terzi come potenziali affidatari, per esempio i componenti della famiglia allargata, quali nonni o zii; precisa soltanto il *tipo di strumento giuridico* di protezione del minore da impiegare, e cioè l'*affidamento familiare*: con questa locuzione non può che riferirsi all'affidamento regolato dall'art. 2 e segg. legge 184 (che tratteremo nel cap. 17 §§ 4 e 8 e segg.®). Sembra pertanto escluso che si possa affidare a terzi con un provvedimento di cui all'art. 333, e quindi che si possa decidere un vero e proprio *affidamento ai servizi sociali*: ritorneremo sul punto, delicato e controverso, nel § 5.1® e nel cap. 17 § 8.4®.

3.1. L'accordo fra i genitori

L'art. 337-ter c. 2° stabilisce che il giudice «prende atto» degli *accordi* intercorsi fra i genitori sull'affidamento, la collocazione residenziale e i tempi e i

⁶ Così *sul punto specifico* Cass. 601/2013.

modi di permanenza presso ciascuno di loro. La norma non è coordinata con l'art. 158 c. 2° in tema di separazione consensuale, nè con l'art. 4 c. 16° div. in tema di divorzio a domanda congiunta, secondo i quali il giudice deve valutare la conformità all'interesse dei figli dell'accordo raggiunto. Solo se non lo ritiene conforme, respinge la richiesta dei genitori, e precisamente, secondo la procedura scelta: in caso di separazione consensuale il tribunale rifiuta l'omologazione o il pubblico ministero non autorizza l'accordo; in caso di divorzio il tribunale non pronuncia la relativa sentenza, e il processo continua nelle forme ordinarie di cui all'art. 4 c. 8° div., o il pubblico ministero non autorizza l'accordo.

La formula incerta «prende atto» dell'art. 337-ter c. 2° significa che il giudice deve tener conto dell'accordo, ma non è costretto a recepirlo nella sua decisione finale. Come si vede, pur con una formulazione molto diversa, che sembra dare al giudice un più ampio margine di discrezionalità, la *regola operativa* è poi in buona sostanza la stessa di cui all'art. 158 c. 2° e all'art. 4 c. 16° div.: *gli accordi dei genitori sono decisivi per la pronuncia finale del giudice, che può discostarsene solo se li reputa contrari all'interesse dei figli*. Per esempio può darsi che, nonostante un genitore chieda l'affidamento esclusivo e l'altro non si opponga, il giudice scelga quello condiviso, ritenendolo più idoneo a garantire che entrambi i genitori si comportino con senso di responsabilità; oppure può darsi che si discosti dall'accordo dei genitori perché le regole sui tempi e i modi di frequentazione dei figli con il genitore con cui non convivono siano talmente limitati, da rendere difficile la conservazione stessa di un rapporto significativo.

L'importanza fondamentale dell'accordo deriva da molti fattori. Anzitutto è un segnale importante delle effettive disponibilità dei genitori verso i figli. Ma non solo: se i genitori hanno raggiunto un accordo, vuol dire che hanno saputo trovare una soluzione accettabile sul piano psicologico, che non mortifichi le loro aspirazioni e i loro bisogni. Va ribadito una volta di più che queste controversie devono essere condotte cercando prioritariamente di favorire il dialogo, come tutte quelle in cui hanno un ruolo di primo piano i sentimenti: quanto più le soluzioni adottate sono frutto di un accordo equilibrato e condiviso senza riserve mentali, tanto più è probabile che abbiano un buon esito e non diano luogo in futuro a contestazioni di rilievo.

Per favorire l'accordo tra i genitori sull'affidamento e sulla collocazione residenziale dei figli potrebbe essere utile ricorrere alla *mediazione familiare*, il cui ruolo conciliativo è riconosciuto espressamente nell'art. 337-octies c. 2°. La mediazione prevista dalla legge è *facoltativa*: può essere disposta dal giudice solo con il consenso dei genitori. Non è richiesta al mediatore familiare una particolare qualifica professionale: di solito è un libero professionista, di formazione psicologica, sociologica o giuridica, ma può anche essere un operatore dei servizi sociali.

3.2. I criteri decisionali

Per decidere l'affidamento e la collocazione residenziale la giurisprudenza continua in linea di massima a utilizzare, pur con gli opportuni adattamenti, molte delle regole operative che aveva elaborato prima della legge 54/2006 per scegliere il genitore affidatario.

I dati statistici indicano che i figli sono collocati presso la madre in poco meno del 90% circa dei casi, pur con tendenza *lievemente* decrescente negli ultimi anni. Un dato così evidente svela l'esistenza di una regola operativa di fondo, molto seguita nella prassi anche se non scritta nella legge, che affonda le sue radici nel costume e nella tradizionale distinzione dei ruoli familiari fra padre e madre: salvo vi siano controindicazioni specifiche o i genitori abbiano concordato diversamente, i figli restano a vivere con la madre. La medesima regola operativa è largamente seguita anche negli altri paesi europei, benché con percentuali di collocamento presso la madre assai meno elevate che in Italia.

Dinanzi a questi dati, ciò che conta per comprendere gli orientamenti giurisprudenziali non è tanto individuare le formule astratte impiegate per motivare la decisione sulla collocazione residenziale materna, quanto piuttosto identificare i casi nei quali ciò non avviene, perchè vi è una specifica controindicazione: le situazioni più frequenti, oltre all'accordo fra i genitori, sono il desiderio espresso dai figli, se ormai giunti almeno alle soglie dell'adolescenza, di non coabitare con la madre o lo scarso interesse da lei manifestato a convivere con i figli.

Una seconda regola operativa, anch'essa non espressamente indicata dalla legge, emerge con una certa costanza dalla prassi giudiziaria, soprattutto dal tenore delle motivazioni: mantenere invariata la situazione di fatto consolidata, qualora non vi siano serie ragioni che ne rendano opportuna la modifica. Ciò costituisce un riconoscimento del bisogno del minore di avere una certa continuità esistenziale per il suo equilibrio psicologico e affettivo.

Secondo questa regola operativa per decidere la collocazione del figlio presso un genitore, modificando una situazione di fatto consolidata, occorrono ragioni più forti di quelle che sarebbero state sufficienti per decidere la collocazione presso quello stesso genitore all'inizio della vicenda. Tutto ciò indica con forza quanto sia importante, a volte decisiva, la scelta della collocazione abitativa fatta al momento dei provvedimenti provvisori presi all'inizio del procedimento di separazione, la quale a sua volta non di rado conferma la situazione di fatto creata in precedenza.

Una terza regola operativa – espressamente indicata dalla legge, ma in un altro settore, quello dell'adozione – suggerisce che di solito è bene che i figli siano collocati tutti insieme presso lo stesso genitore: la loro divisione è vista dalla giurisprudenza con sfavore e quindi ammessa solo in casi particolari.

Il giudice deve sempre ascoltare, oltre ai genitori, anche i figli che abbiano sufficiente capacità di discernimento o che comunque abbiano compiuto i 12

anni (art. 337-*octies* c. 1°). La norma esclude la necessità di ascoltarli, oltre al caso di contrarietà al loro interesse, qualora l'accordo fra i genitori sia ragionevole e il loro ascolto appaia «manifestamente superfluo» (7).

Quando i figli sono adolescenti il criterio decisionale principale è costituito dai desideri che questi manifestano. Benché il giudice non sia sempre tenuto a seguirli, un provvedimento che non ne tenesse conto difficilmente potrebbe apparire conforme al loro miglior interesse; non solo, ma potrebbe essere considerato lesivo della loro libertà personale e di certo incontrerebbe difficoltà probabilmente insormontabili a essere eseguito contro la loro volontà.

Il giudice, quando lo ritiene opportuno, può assumere informazioni più o meno sommarie tramite i servizi sociali territoriali. Può disporre un'indagine psicologico-sociale affidata ai servizi stessi o a un consulente tecnico d'ufficio, per approfondire la situazione del minore, dei genitori o eventualmente anche del gruppo familiare allargato. Tanto la relazione dei servizi che contiene le informazioni quanto la relazione che contiene i risultati dell'indagine psicologico-sociale sono soggette ai principi processuali della *pubblicità* e del *contraddittorio*: le parti hanno il *diritto di conoscerle* e, se si tratta di consulenze tecniche d'ufficio, hanno la facoltà di nominare propri consulenti di parte. Le indicazioni dell'indagine, benché non vincolanti per il giudice, sono comunque un elemento basilare per la sua decisione finale.

3.3. Affidamento e scelte religiose dei genitori

Un cenno a parte merita l'educazione in materia religiosa. È questione di principio assai dibattuta se il genitore che prevedibilmente ne darà al figlio una che non si discosta in modo significativo da quanto mediamente si usa fare nella nostra società – pluralista, tollerante e aperta anche all'ateismo – sia da preferire rispetto al genitore che invece è prevedibile gli darà un'educazione religiosa rigida e orientata in un modo diverso da quello più diffuso. Il problema si è posto più volte in giurisprudenza nel caso in cui uno dei genitori è un fedele della confessione cristiana dei Testimoni di Geova; ma si è posto anche riguardo ad altri gruppi religiosi che impongono ai fedeli regole di vita particolarmente severe e limiti alle frequentazioni sociali molto restrittivi; da qualche anno si pone, e sempre più frequentemente si porrà, qualora un genitore sia di religione islamica e viva la sua fede con atteggiamenti fortemente integralisti.

Le scelte religiose in sé e per sé considerate sono in linea di principio irrilevanti ai fini dell'affidamento e della collocazione abitativa, trattandosi dell'esercizio di un diritto garantito dall'art. 19 cost. (8): dunque solo in casi

⁷ Sull'ascolto rinviamo al cap. 8 § 4.1®.

⁸ Lo sottolinea Cass. 1401/1995; la CtEDU nel caso *Hoffmann c. Austria*, 1993, ha sottolineato che l'esclusione dall'affidamento per motivi di fede religiosa costituisce una discriminazione illecita.

davvero estremi l'orientamento educativo in materia di religione di un genitore potrebbe motivare l'affidamento o la collocazione residenziale all'altro.

Tuttavia la giurisprudenza a volte manifesta una certa diffidenza verso il genitore che aderisce a una fede religiosa che impone pratiche molto severe e limiti stretti nelle abitudini di vita e nelle frequentazioni sociali. Questa diffidenza a volte si concretizza nell'imporgli particolari limiti o cautele nell'esercizio della responsabilità genitoriale, come per esempio, prescrivergli di *non obbligare* i figli a frequentare i riti ⁽⁹⁾. L'intenzione è quella di meglio garantire l'interesse del figlio minore, nella speranza di rendegli così meno impervia la strada che lo porterà all'autodeterminazione in materia religiosa, quando avrà raggiunto la maturità necessaria.

4. I tempi e le modalità di permanenza presso ciascun genitore

La definizione dei tempi e delle modalità di permanenza presso ciascun genitore riguarda tanto l'affidamento condiviso, quanto quello esclusivo: ma solo in quest'ultimo caso si può ancora utilizzare la qualifica tradizionale di diritto-dovere di *visita*, che appare ormai impropria se l'affidamento è condiviso.

Per ciascun genitore avere i figli con sé è un *diritto*, regolato nel provvedimento giudiziario, ma è soprattutto in ogni caso un suo preciso *dovere*. Inoltre, se l'affidamento è esclusivo, mantenere i rapporti con i figli mediante le visite è indispensabile affinché il genitore non affidatario adempia i suoi doveri a contenuto non patrimoniale: collaborare a prendere le decisioni più importanti nell'interesse dei figli e sorvegliare sull'attività educativa svolta dall'affidatario.

Le regole sui tempi e le modalità di permanenza presso ciascuno possono essere costruite in modi assai diversi, che stanno fra due possibilità opposte: dall'estremo di lasciare interamente alle parti la facoltà di precisarle di volta in volta, di comune accordo, all'estremo opposto di definire in modo prefissato, analitico e rigido la cadenza degli spostamenti dei figli fra un genitore e l'altro, con una precisione che può arrivare fino a stabilirne non solo i giorni, ma anche le ore. Nella maggior parte dei casi il giudice determina i tempi e le modalità con una certa precisione, in modo da evitare motivi di conflitto quotidiano fra i genitori. Lasciare liberi i genitori non più conviventi di determinarle di volta in volta è opportuno soltanto quando sono loro stessi a richiederlo e i loro rapporti sono particolarmente armoniosi e collaborativi.

Tanto in caso di affidamento condiviso quanto in caso di affidamento esclusivo, comunque, la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della *legge 54/2006* ha manifestato una certa tendenza a continuare a stabilire le scansioni temporali in precedenza più comuni, come per esempio la permanenza

⁹ Cfr., per esempio Trib. Forlì, 15 giugno 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 151; Trib. Bologna, 5 febbraio 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 136.

presso il genitore non collocatario per un fine settimana ogni due, un pomeriggio durante la settimana, alcune settimane durante le vacanze scolastiche.

La prassi, dunque, sembra indirizzata a svuotare il modello dell'affidamento condiviso di buona parte del suo contenuto effettivo.

5. *L'esercizio della responsabilità genitoriale*

In caso di affidamento condiviso la legge stabilisce in via di principio che la responsabilità continui a essere esercitata congiuntamente da entrambi i genitori: essi, dunque, devono prendere di comune accordo tutte le decisioni relative ai figli. Il fatto però che questi convivano stabilmente con un solo genitore non può restare senza conseguenze: è evidente che per tutto ciò che è strettamente legato alla vita di tutti i giorni e alla presenza materiale presso il genitore, le singole decisioni quotidiane non possono che essere prese in modo esclusivo dal genitore presso il quale i figli *si trovano* in quel momento, seppure in attuazione di un indirizzo che in linea di massima dovrebbe essere concordato con l'altro.

La legge riserva però al giudice la possibilità di attribuire ai genitori l'esercizio separato della responsabilità per le questioni di ordinaria amministrazione (art. 337-ter c. 3°): per esempio firmare il diario scolastico, consentire a trattamenti sanitari ordinari (come somministrare un antipiretico in caso di influenza), autorizzare il figlio a recarsi a giocare a casa di altri coetanei o a una gita scolastica. A questo modo dovrebbe essere facilitata la gestione dell'affidamento condiviso. La legge configura questa possibilità come eccezione, stabilita dal giudice: tuttavia è prassi comune che sia previsto tale esercizio separato; nelle separazioni consensuali, poi, è divenuto quasi una clausola di stile.

In caso di affidamento esclusivo a un genitore l'art. 337-quater c. 3° stabilisce molto opportunamente che la responsabilità sia esercitata dal solo genitore affidatario: sarebbe infatti un controsenso ammettere un genitore a esercitare la responsabilità se le circostanze sono tali per cui è contrario all'interesse del figlio essergli affidato. Per questa ragione ci sembra in concreto improbabile l'applicazione dell'ipotesi, ammessa dall'art. 337-ter c. 3°, che il giudice dia una «diversa disposizione».

Il genitore che non esercita la responsabilità conserva il diritto-dovere di sorvegliare l'educazione dei figli, di «ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse» e, soprattutto, di concorrere con l'altro a prendere le decisioni più importanti per la loro vita, cioè quelle che vanno al di là del quotidiano e sono tali da proiettare le loro conseguenze lontano, nell'età adulta del figlio, come per esempio l'educazione spirituale, la scelta fra studio e lavoro, la scelta del tipo di studi, la scelta di praticare un'attività sportiva agonistica o pericolosa. Qualora questo genitore appaia particolarmente inaffidabile o ignori del tutto il figlio – caso frequente

quando la paternità è stata dichiarata giudizialmente – il giudice può escluderlo dal concorso a prendere le decisioni più importanti (art. 337-ter c. 3°): nella prassi questo caso viene spesso designato come “*affidamento super-esclusivo*”.

In caso di disaccordo fra i genitori nell'esercizio della responsabilità, le norme di legge continuano a presentare sovrapposizioni e contraddizioni, nonostante la concentrazione delle competenze in capo al tribunale ordinario le abbia comunque molto sdrammatizzate e abbia semplificato il sistema. La via ordinaria per risolvere questi disaccordi sarebbe in astratto quella dell'intervento del tribunale secondo l'art. 316. Tuttavia, come accennato sopra (cap. 15 § 4.5®), ci sembra che in questo caso il limite delle questioni «di particolare importanza» sia privo di senso: si giustifica infatti solo in presenza di un nucleo familiare intimo pur sempre esistente, ancora capace di risolvere al suo interno almeno i problemi di importanza non capitale. Ma se i genitori in disaccordo non vivono insieme, quel nucleo non esiste più, sicché ogni decisione, qualunque sia la sua importanza, dev'essere presa comunque dall'esterno, dunque dal giudice.

La competenza per dirimere i disaccordi appartiene al tribunale ordinario, che «*adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole*» (art. 337-ter c. 2° e art. 709-ter c. 1° CPC). Data l'estrema ampiezza di questa disposizione, nei casi in cui è in corso un giudizio sull'affidamento dei figli (art. 337-ter), sulla sua modifica (art. 337-quinquies) o sull'esercizio della responsabilità parentale (art. 316), il tribunale ordinario, se ne viene richiesto e lo ritiene opportuno, è competente a prendere anche provvedimenti che di regola sono invece di competenza del tribunale per i minorenni: i «*provvedimenti convenienti*» di cui all'art. 333 e la *decadenza* dalla responsabilità genitoriale di cui all'art. 330 (art. 38 c. 1° disp. att.)⁽¹⁰⁾. In questi casi la legittimazione a chiederli spetta solo i genitori e non anche al pubblico ministero e ai parenti indicati dall'art. 336 c. 1°.

Se invece la richiesta di un provvedimento di cui agli artt. 333 e 330 è rivolta al tribunale per i minorenni, secondo la regola generale, la competenza resta a questo tribunale anche se viene successivamente instaurato un procedimento per l'affidamento dei figli⁽¹¹⁾.

La questione del confine fra i provvedimenti di affidamento e i provvedimenti sull'esercizio della responsabilità non è affatto nuova: le recenti modifiche dell'art. 38 disp. att., giunte nel 2012-2013, non sono certo riuscite a indicarlo in modo chiaro e univoco. Se ne dibatte da decenni e la giurisprudenza è sempre rimasta incerta nel tracciarlo, per l'obiettivo, forte *difficoltà di fare una*

¹⁰ La competenza del tribunale ordinario a dichiarare pure la decadenza è affermata da Cass. 1349/2015, che tenta così di dare un senso ragionevole a una norma oscura, la cui pessima fattura tecnica è oggetto di critica unanime.

¹¹ Così, sottolineando ancora l'oscurità della norma, Cass. 2833/2015.

distinzione precisa; eppure sarebbe in astratto necessaria, dato che la competenza appartiene a due organi giudiziari diversi. Secondo l'opinione maggioritaria, consolidatasi prima della legge 54/2006 ma successivamente indebolitasi, la competenza dipenderebbe dal *contenuto del provvedimento richiesto* al giudice ⁽¹²⁾: se ha per oggetto una limitazione della responsabilità che coinvolge entrambi i genitori o uno solo di essi, competente sarebbe il tribunale per i minorenni. Se invece ha per oggetto un provvedimento che riguarda la *ripartizione dei poteri e dei doveri* fra i genitori e le regole che devono seguire nei loro rapporti con i figli (tempo di permanenza presso ciascun genitore, visite del genitore non collocatario, eventuali prescrizioni fatte all'un genitore o all'altro e simili), competente sarebbe il tribunale ordinario.

Qualora sorgano difficoltà nell'esecuzione dei provvedimenti, per esempio perché un genitore non intende "consegnare" all'altro il figlio, in ottemperanza a quanto deciso dal giudice, si pone il problema, delicatissimo, delle modalità di esecuzione forzata: ne tratteremo nel cap. 17 § 6.7®.

5.1. La gestione dell'affidamento e i servizi sociali

Il giudice può impartire a ciascun genitore direttive sull'esercizio della responsabilità, che questi è tenuto a seguire. Si deve però trattare di prescrizioni specificamente concernenti i rapporti tra il genitore e i figli, che cioè riguardano la specificità della loro relazione reciproca ⁽¹³⁾. In ogni caso tali prescrizioni non possono far sorgere veri e propri obblighi a carico dei genitori e sono ovviamente incoercibili.

Non è lecito che il giudice prescriva ai genitori di seguire insieme percorsi di tipo psicologico per il sostegno alla genitorialità, al fine di migliorare la comprensione del significato e del contenuto della propria funzione e della necessità di condividerla fra loro in modo armonico; né tanto meno di sottoporsi a percorsi psicoterapeutici individuali.

La questione è delicatissima, poiché l'impiego di simili prescrizioni, soprattutto del primo tipo, è abbastanza diffuso, nonostante la loro illegittimità. Come ha giustamente affermato la corte di cassazione in una recente sentenza ⁽¹⁴⁾, simili prescrizioni non rientrano fra i poteri del giudice, anche se hanno il fine, apprezzabile, di superare l'immaturità della coppia genitoriale e di educare ciascuno di essi al rispetto del ruolo dell'altro: «la prescrizione di un percorso terapeutico ai genitori è connotata da una finalità estranea al giudizio quale quella di realizzare una maturazione personale dei genitori che non può che rimanere affidata al loro diritto di auto-determinazione» ed «è lesiva del diritto alla libertà personale costituzionalmente garantito». Ma soprattutto – precisa

¹² Cfr. tra le molte Cass. 1213/2000.

¹³ Così ha ribadito, da ultimo, Cass. 13506/2015.

¹⁴ Così la già citata Cass. 13506/2015.

la corte – simili prescrizioni violano «la disposizione che vieta l'imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari». Sottolineo quest'ultimo riferimento all'art. 32 cost.: tali percorsi prescritti ai genitori, anche se psicologici e non psichiatrici, hanno natura di *trattamento sanitario*, ammissibile solo se l'interessato vi acconsente oppure se è previsto da una norma di legge, come il TSO psichiatrico regolato dalla legge 180/1978 sulla malattia mentale. Nel caso di specie una simile norma non esiste.

Quanto poi alla loro utilità effettiva, è necessario che i genitori siano davvero convinti dell'opportunità di seguirli e siano sinceramente aperti a mettere in discussione i propri atteggiamenti; altrimenti è facile prevedere che si riveleranno inutili.

Al fine di tenere la situazione sotto controllo e verificare che le sue prescrizioni siano seguite, il giudice può attribuire ai servizi sociali il compito di sorvegliarne l'adempimento e, se del caso, di curare la gestione dei contatti tra il minore e il genitore non affidatario o con il quale non convive.

Accade con crescente frequenza che nel provvedimento si legga che il minore è *affidato al servizio sociale*, con collocazione abitativa presso un genitore. Ciò però non significa che il minore sia propriamente *affidato ai servizi* e non a un genitore o a entrambi; significa solo che i servizi devono svolgere il compito loro assegnato, in collaborazione con i genitori. Costituisce quindi una prescrizione fatta al genitore collocatario in modo molto forte, con la contestuale attribuzione ai servizi del compito di sorvegliare. Non è in dubbio, infatti, che l'esercizio della responsabilità parentale resta in capo a uno o a entrambi i genitori, secondo i casi, e per di più in modo libero da ogni interferenza dei servizi per tutto ciò che non ha attinenza con le prescrizioni ricevute ⁽¹⁵⁾. Scrivere nel provvedimento una simile formula potrebbe solo valere come modalità per rafforzare sul piano psico-retorico il mandato dei servizi nei confronti dei genitori.

Si tratta dunque di un modo di esprimersi poco corretto, possibile fonte di confusioni anche gravi sulla ripartizione dei poteri e doveri fra i soggetti coinvolti ⁽¹⁶⁾.

Non solo, ma l'affidamento ai servizi, cioè a un terzo, è ammesso dalla legge solo in caso di «temporanea impossibilità di affidare il minore a uno dei geni-

¹⁵ Il punto è ben chiarito da Trib. min. Trieste, 23 agosto 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 41: nel caso deciso il giudice *affida* il figlio alla sola madre, che esercita quindi da sola la responsabilità; al tempo stesso lo *affida* ai servizi, ma solo in un senso ben più limitato: affinché sostengano la ripresa dei contatti del figlio con il padre (nel caso di specie carcerato) e controllino che la madre non frapponga ostacoli.

¹⁶ Esempi di questa confusione si hanno in Cass. 6970/2003 e 24907/2008: in quest'ultimo caso le figlie sono *affidate* al servizio sociale, con *collocazione* abitativa presso la madre, in vista di un percorso di mediazione familiare volto a recuperare la figura paterna, fortemente osteggiata dalla madre.

tori» (art. 337-ter c. 2°) ⁽¹⁷⁾: è evidente che le circostanze che potrebbero giustificare un provvedimento simile dovrebbero essere di gravità tale da rendere anche *del tutto inopportuna* la collocazione del figlio presso uno dei genitori.

Se i servizi ritengono che gli incontri tra i figli e il genitore non collocatario né affidatario si rivelino in concreto pregiudizievoli per l'interesse del minore, devono segnalare la situazione al giudice, magari suggerendo la ridefinizione dei tempi e dei modi stabiliti per gli incontri. Non possono però mai, per propria scelta autonoma, accettare passivamente la disapplicazione sistematica, per mano del genitore collocatario, delle regole dettate dal giudice; né tanto meno possono deciderne unilateralmente la modifica, neppure temporaneamente o in via sperimentale. È purtroppo frequente che i servizi, pur magari con le migliori intenzioni, agiscano in violazione di queste regole, semplici e chiare: proprio su queste questioni l'Italia ha subito numerose condanne dalla CtEDU ⁽¹⁸⁾.

6. Le modifiche dell'affidamento e della collocazione residenziale

A seguito del sopraggiungere di fatti nuovi, entrambi i genitori hanno il diritto di chiedere la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, la loro collocazione residenziale, i tempi di permanenza presso l'uno o l'altro genitore, la regolazione dell'esercizio della responsabilità su di essi e il mantenimento a loro favore (art. 337-quinquies).

La competenza appartiene al tribunale ordinario e il procedimento si svolge in camera di consiglio (art. 710 CPC). Qualora i genitori siano d'accordo fra loro, possono anche valersi del procedimento di *negoziiazione assistita*, regolato dall'art. 6 D.L. 132/2014: ne abbiamo trattato nel cap. 11, § 3.1[®], al quale rinviamo.

Tra i fatti nuovi sui quali può essere fondata una richiesta di modifica, merita una particolare attenzione il *trasferimento di residenza* del genitore collocatario o affidatario in un luogo lontano dalla precedente residenza, con il risultato di rendere più difficili i rapporti dei figli con l'altro genitore, soprattutto se la nuova residenza è molto lontana o comunque più difficilmente raggiungibile. La riforma del 2012-2013 ha cancellato la regola previgente, di sapore intimidatorio, contenuta nell'art. 155-quater c. 2° (norma che l'art. 337-sexies c. 2° ha sostituito): «nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità

¹⁷ Cfr. sopra § 3[®].

¹⁸ Cfr. *Scozzari & Giunta c. Italia*, 2000, *Covezzi & Morselli c. Italia*, 2003, *Bove c. Italia*, 2005, *Roda & Bonfatti c. Italia*, 2006, *Clemenno c. Italia*, 2008, *Piazzi c. Italia*, 2010, *Lombardo c. Italia*, 2013, *Santilli c. Italia*, 2013, *Manuello & Nevi c. Italia*, 2015. Il problema non riguarda solo i servizi sociali italiani: cfr. per esempio, tra le molte, *Olsson I c. Svezia*, 1988, *Eriksson c. Svezia*, 1989, *McMicheal c. Regno unito*, 1995, *Pontes c. Portogallo*, 2012.

dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici». La norma aveva dato adito a un elevato contenzioso e spesso il genitore che aveva intenzione di cambiare residenza desisteva, soprattutto per il rischio di vedersi diminuito l'assegno per il proprio mantenimento o per quello dei figli.

I conflitti sul punto possono anche essere molto forti, anche perché vi si scontrano due diritti fondamentali della persona: da un lato il diritto relazionale a mantenere un rapporto di adeguata reciproca frequentazione tra genitore non collocatario e figli; dall'altro lato il diritto di libertà di ciascuno dei genitori di fissare la propria residenza e il proprio domicilio dove lo ritengono più opportuno. Il codice non indica la prevalenza dell'un diritto sull'altro, ma oggi si limita a imporre un dovere di *informazione*, che riguarda il genitore che ha cambiato residenza, indifferentemente se sia o non sia collocatario: «ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge⁽¹⁹⁾ o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto» (art. 337-*sexies* c. 2°).

Resta comunque ovvio che una modifica delle circostanze di fatto così rilevante potrebbe rendere necessaria la revisione delle condizioni dell'affidamento, per adattare alle nuove circostanze: ma per questo non c'è bisogno di una norma specifica, ulteriore rispetto all'art. 337-*quinquies* (20).

7. I rapporti con i nonni e con altri familiari

In seguito alla rottura della convivenza fra i genitori può accadere che l'affidatario o il collocatario ostacoli o impedisca il mantenimento di un rapporto di regolare frequentazione dei figli con i loro nonni, genitori dell'altro genitore. La medesima situazione può verificarsi in seguito alla morte dell'altro genitore.

L'art. 337-*ter* c. 1° indica con chiarezza che i figli hanno il diritto di mantenere «rapporti significativi» anche con i *parenti* dei loro genitori, senza distinguere fra parenti in linea retta (nonni) e parenti in linea collaterale (zii, cugini). Al diritto dei *nipoti* corrisponde il diritto dei nonni (art. 317-*bis* c. 1°). Quanto

¹⁹ La menzione del *coniuge* è un'evidente svista del legislatore: si deve intendere *genitore*.

²⁰ La riforma del 2012-2013 ha cancellato la regola, di sapore intimidatorio, contenuta nell'art. 155-*quater* c. 2° (norma che l'art. 337-*sexies* c. 2° ha sostituito): «nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici». La norma aveva dato adito a un elevato contenzioso, che spesso impediva il cambio di residenza, soprattutto per il rischio di vedersi diminuito l'assegno per il proprio mantenimento o per quello dei figli.

all'analogo diritto degli altri parenti, non vi è una norma espressa che lo preveda: tuttavia è riconosciuto dalla giurisprudenza della CtEDU, purché vi sia fra loro una relazione *stabile* di tipo familiare ⁽²¹⁾.

Gli strumenti offerti dalla legge ai nonni per far valere questo diritto hanno dato adito a molte discussioni. Due punti sono comunque certi.

Anzitutto il diritto dei nonni cede dinanzi al rifiuto dei nipoti: in caso di conflitto fra l'interesse dei nonni a frequentare i nipoti e l'interesse (o la forte intenzione) dei nipoti a non frequentarli, è quest'ultimo a prevalere ⁽²²⁾.

Inoltre i nonni *non possono intervenire* nei giudizi in cui i genitori, in seguito alla fine della loro convivenza, chiedono al giudice di provvedere all'affidamento e alla collocazione residenziale dei figli minori, a maggior ragione se all'interno di un procedimento di separazione o divorzio, né tanto meno possono iniziarli ⁽²³⁾. In queste materie il potere di agire in giudizio spetta soltanto ai genitori e solo costoro sono parti nel processo, dotate del potere di proporre domande al giudice. Ciascun genitore potrebbe però chiedere in tale sede che siano regolati anche i rapporti fra i suoi parenti e i figli minori ⁽²⁴⁾.

I nonni possono tutelare personalmente il loro diritto mediante un diverso procedimento giudiziario, autonomo: «l'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore» (art. 317-*bis* c. 2°). La competenza appartiene *sempre* al tribunale per i minorenni (art. 38 disp. att.), per *garantire* in modo sicuro che i nonni restino estranei ai procedimenti di separazione e divorzio fra i genitori. Nel procedimento dev'essere ascoltato il minore secondo le regole consuete. Il decreto del tribunale, se accoglie la richiesta, stabilisce le modalità dei contatti, *che comunque non possono essere imposti al minore capace di discernimento che vi si opponga*. È reclamabile in appello ma non è ricorribile in cassazione.

Questa modalità di tutela ha una certa somiglianza con quella che si applicava prima che i diritti degli ascendenti fossero riconosciuti con una norma espressa: essi potevano chiedere al tribunale per i minorenni un decreto che limitasse la responsabilità genitoriale (art. 333), prescrivendo al genitore affidatario o collocatario di non ostacolare tale frequentazione, senza però dare, di solito, indicazioni precise sulle modalità dei contatti. Secondo la giurisprudenza, infatti, un esercizio corretto della responsabilità impone al genitore di consentire e anzi di favorire tali rapporti, salvo vi siano gravi motivi per ritenerli contrari *in concreto* all'interesse del minore ⁽²⁵⁾.

²¹ Così afferma in modo chiaro e netto la CtEDU: cfr., fra i molti, i casi *Marcks c. Belgio*, 1979, *Scozzari & Giunta c. Italia*, 2000, e *Clemenio c. Italia*, 2008.

²² Lo affermano con chiarezza, da ultime, Cass. 752/2015 e 8100/2015.

²³ Così ha stabilito Cass. 22081/2009, con un'accurata motivazione.

²⁴ Cfr. Cass. 9606/1998.

²⁵ Lo ribadisce la già citata Cass. 9606/1998.

Benché la norma menzioni solo gli ascendenti, ci sembra che i principi indicati nella giurisprudenza della CtEDU citata impongano di estendere in via analogica la facoltà di ricorrere al giudice anche agli *altri parenti* che abbiano rapporti *stabili e significativi di tipo familiare* con il minore ⁽²⁶⁾, cioè rapporti tali per cui le parti, soprattutto i minori, abbiano un interesse meritevole di tutela a conservarli.

Non è previsto, a differenza dell'ordinamento di altri paesi, un diritto-dovere di visita per altre persone legate ai figli minori da un rapporto affettivo di carattere familiare, come per esempio il marito separato della madre, che pur non essendo loro padre, ha collaborato ad allevarli, svolgendo una funzione simile a quella genitoriale, magari anche per molti anni. Ci sembra che questa sia una grave mancanza di attenzione del nostro legislatore, *forse dovuta a motivi ideologici risalenti nel tempo*, che non riconosce adeguato rilievo alle relazioni familiari che si formano nella famiglie *ricostituite*, lasciando alla giurisprudenza il compito di rimediare, prevedendoli ogniqualvolta ciò appaia opportuno. Un'indicazione forte e chiara a favore dell'ammissibilità di queste visite, indipendentemente dal rapporto genetico, viene dalla CtEDU ⁽²⁷⁾, la quale ha stabilito che un uomo ha diritto di poter mantenere la relazione affettiva pluriennale instauratasi con la figlia, anche una volta accertato che non ne è il padre genetico.

8. Il mantenimento dei figli

L'obbligo di mantenere i figli dovrebbe essere adempiuto in modo *diretto*: ciascun genitore dovrebbe provvedervi in natura, cioè erogandolo direttamente ai figli, in misura *proporzionale* ai propri redditi e alle proprie sostanze e in maniera *adeguata* alle esigenze dei figli. Qualora sia però «necessario» per garantire il rispetto del «principio di proporzionalità» ai redditi e alle sostanze di ciascuno, l'obbligo di mantenimento dev'essere adempiuto mediante il versamento di una somma periodica di denaro a favore del genitore affidatario o collocatario, posto a carico *dell'altro* (art. 337-ter c. 4°).

Con la previsione del mantenimento diretto come caso *normale*, introdotta dalla legge 54/2006 e confermata dalla riforma del 2012-2013, *le situazioni nelle quali* è dovuto il pagamento dell'assegno periodico per mantenere i figli – che era la regola fino al 2006 – *diventano* sul piano logico un'*eccezione*. I dati statistici, come meglio vedremo tra poco, smentiscono radicalmente questa impostazione: nella gran maggioranza dei casi, infatti, non si applica il mantenimento diretto, ma sorge l'obbligo di pagare l'assegno.

²⁶ Ciò quanto meno per i parenti entro il 4° grado: i rapporti fra un minore e tali i parenti, se hanno una relazione significativa con lui, infatti, sono presi in considerazione dagli artt. 10, 11 e 12 legge 184

²⁷ Sentenza *Nazarenko c. Russia* (2015).

L'art. 337-ter c. 4° elenca analiticamente i criteri per determinare l'ammontare dell'assegno:

- le esigenze attuali dei figli,
- il tenore di vita goduto dai figli durante la convivenza con entrambi i genitori,
- i tempi di permanenza presso ciascun genitore,
- le risorse economiche di entrambi i genitori,
- la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

I primi due criteri indicano come determinare la quantità totale di risorse cui i figli hanno diritto per il proprio mantenimento ⁽²⁸⁾; gli altri tre criteri indicano invece come *ripartire l'obbligazione* fra i genitori.

I parametri fondamentali di ripartizione sono dunque le condizioni economiche dei genitori e la quantità di tempo che i figli trascorrono presso ciascuno di loro; a questi si aggiunge il valore dell'attività di cura personale data ai figli, con la funzione di correttivo volto a valorizzare il tempo e il lavoro dedicati alla vita domestica e non retribuiti; questo criterio assume ovviamente un peso maggiore quando i figli sono ancora piccoli e bisognosi di attenzione costante o quando sono gravemente disabili.

Il nuovo sistema appare frutto di una presa di posizione astratta e ideologica del legislatore: il suo intento – che calato nella *realtà* della vita familiare appare di equità molto discutibile – sembra essere quello di evitare che il genitore con il quale i figli vivono riesca a trarre profitto, per sé e per il suo tenore di vita personale, dall'assegno di mantenimento loro destinato.

La larghissima divaricazione tra la regola stabilita dal legislatore, il mantenimento diretto, e i dati statistici merita una riflessione: non è affatto una sistematica violazione del principio legislativo da parte della giurisprudenza, ma esprime l'*impossibilità* oggettiva, nella stragrande maggioranza dei casi, di stabilire il mantenimento diretto e al tempo stesso di rispettare i criteri di ripartizione fra i genitori elencati sopra. In fondo, il legislatore stesso ne ha la consapevolezza, al di là dell'ideologia che lo ha mosso, quando stabilisce che la scelta dell'assegno periodico va fatta «ove necessario [...] *al fine di realizzare il principio di proporzionalità*» (art. 337-ter c. 4°).

Vediamo la ragione di questa impossibilità. Se si guarda a ciò che per lo più accade, (a) si deve constatare che nella maggior parte dei casi i figli sono affidati o collocati presso le madri, sicché passano molto più tempo con loro. Inoltre (b) è notorio che normalmente i padri dispongono di redditi superiori a quelli di cui dispongono le madri; non si può ovviamente dire altrettanto delle ricchezze complessive di famiglia, che non hanno un connotato di genere; ma i redditi invece sì, per plurimi e noti motivi che non è questa la sede per appro-

²⁸ Sul punto, non direttamente legato alla divisione della coppia, rinviamo al cap. 15 § 3®.

fondire. Infine (c) è un dato di costume molto diffuso che le madri sono disponibili a dedicare più tempo dei padri alla cura dei figli e alla gestione domestica, spesso con ricadute negative sullo sviluppo delle loro carriere professionali e quindi dei loro redditi.

Il risultato, nella larghissima maggioranza dei casi, è netto e chiaro: i figli stanno più tempo con le madri, le quali hanno redditi mediamente inferiori ai padri e per lo più dedicano un tempo maggiore alla loro cura. Tutti e tre i criteri di cui all'art. 337-ter c. 4, quindi, vanno nella stessa direzione: la necessità che, per rispettarli, nella stragrande maggioranza dei casi non si faccia luogo al mantenimento diretto, ma si obblighi il padre a versare un assegno periodico alla madre collocataria.

Il mantenimento diretto, infatti, non permetterebbe di rispettare i criteri di legge se non in casi statisticamente poco frequenti: quando i figli sono affidati o collocati presso il padre, che può quindi dedicare loro più tempo di cura della madre, e dispone di condizioni economiche migliori; oppure quando le possibilità economiche dei due genitori sono analoghe (magari anche perché i redditi dell'uno sono controbilanciati dal patrimonio dell'altra) e i figli passano metà tempo presso ciascun genitore (ma ben di rado l'affidamento alternato è ammesso, come accennato sopra).

L'assegno è oggetto di un adeguamento *automatico*, senza necessità di un'apposita decisione del giudice, secondo i parametri indicati nel provvedimento giudiziario; in mancanza secondo l'indice ISTAT sul costo della vita (art. 337-ter c. 5°).

L'assegno per i figli è dovuto anche in mancanza di un'espressa domanda di parte, a differenza degli assegni per il coniuge. Il giudice può disporre «un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi» (art. 337-ter c. 6°). In quest'ultimo caso è necessario che l'interessato dia la prova della fittizietà dell'intestazione del bene ad altri e quindi della sua effettiva appartenenza all'obbligato.

L'assegno è dovuto anche per i periodi durante i quali i figli si trovano presso il genitore con il quale non convivono stabilmente, salvo il provvedimento giudiziario disponga diversamente in modo espresso. Il genitore che convive stabilmente con i figli infatti deve comunque dotarsi di un'organizzazione di vita e di una situazione abitativa adeguate: le spese generali per sostenerle decorrono anche quando i figli si trovano presso l'altro genitore.

L'assegno non comprende le *spese straordinarie*: sono tali quelle relative a eventi eccezionali nella vita del minore, ma non necessariamente imprevedibili, che riguardano soprattutto la salute e l'istruzione²⁹). Per esempio le spese per gli apparecchi ortodontici sono certamente straordinarie, anche se è facile prevedere che a una determinata età del minore dovranno essere affrontate. È op-

²⁹ Cfr., fra le molte, Cass. 9372/2012.

portuno che, se prevedibili, siano regolate analiticamente nel provvedimento giudiziario ⁽³⁰⁾. Quanto a quelle imprevedibili, stabilirle a priori in via forfettaria è «in contrasto con il principio logico secondo cui soltanto ciò che è determinabile può essere preventivamente quantificato» e introduce una «sorta di alea» incompatibile con i principi di proporzionalità e di adeguatezza che regolano la materia ⁽³¹⁾.

Se la spesa straordinaria deriva da una decisione di particolare importanza per il figlio, cosa che a volte può accadere, ma certo non sempre, il genitore che non condivide la decisione resta egualmente obbligato a concorrervi, a meno che si sia opposto in modo adeguato, per esempio facendo il ricorso al giudice di cui all'art. 316 c. 2° ⁽³²⁾.

Le spese straordinarie si ripartiscono fra i genitori secondo gli stessi criteri già esposti.

8.1. Il mantenimento del figlio maggiorenne

Il figlio mantiene il diritto al mantenimento anche nella fase iniziale della maggiore età; la legge non ne stabilisce una precisa scadenza. Rinviamo sul punto al cap. 15 §3®.

Malgrado la lettera del testo normativo stabilisca che l'assegno è versato *direttamente* al figlio maggiorenne «salva diversa determinazione del giudice» (art. 337-*septies* c. 1°), la giurisprudenza continua in gran maggioranza a ritenere che l'assegno, che era dovuto al genitore affidatario o collocatario durante la minore età del figlio, continui a essere dovuto personalmente a tale genitore, anche dopo il raggiungimento della maggiore età. Ciò a patto che il figlio continui a convivere con lui, conservi il diritto di essere mantenuto e non vi si opponga facendo una propria richiesta. Si tratta di un'interpretazione antiletterale, ma di buon senso, poiché difficilmente un ragazzo appena maggiorenne ha la capacità di gestire in modo adeguato l'assegno contribuendo al *ménage* familiare (alloggio, vitto, attività scolastiche e ricreative); tende invece piuttosto a interpretarlo come una sorta di "super-paghetta".

In ogni caso il figlio divenuto maggiorenne ha il diritto di chiedere che il pagamento sia effettuato direttamente a suo favore; se però resta a convivere con il genitore presso il quale era collocato, ha l'obbligo di contribuire al mantenimento della famiglia (art. 315-*bis* c. 4°).

L'assegno resta dovuto anche dopo venute meno le condizioni che lo avevano giustificato: cessa solo in seguito a un provvedimento giudiziario o a un

³⁰ La materia è estremamente litigiosa: per ovviarvi presso molti tribunali sono stati elaborati dei *protocolli* che regolano analiticamente la materia, d'intesa fra magistratura e avvocatura, reperibili per lo più nei siti internet dei tribunali e degli ordini degli avvocati.

³¹ Così Cass. 18869/2014 e 11894/2015, oltre alla citata Cass. 9372/2012.

³² Cfr. tra le molte Cass. 4459/1999 e 5262/1999.

accordo privato di modifica delle condizioni della separazione. Secondo la giurisprudenza costante l'onere di provare che il figlio non ha più diritto al mantenimento grava sull'obbligato ⁽³³⁾.

9. Il figlio disabile

L'art. 337-septies c. 2° stabilisce che ai «figli maggiorenni portatori di *handicap grave* si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minorenni», ovviamente con riguardo soltanto alla regolazione dei rapporti con i loro genitori.

Per stabilire il significato di *disabilità (o handicap) grave*, l'art. 37-bis disp. att. rinvia alla legge 104/1992 sull'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili. Questa definisce *disabile* chi «presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (art. 3 c. 1°). Precisa poi al c. 3° che la disabilità è *grave* se «la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione».

La lettera del testo normativo non chiarisce se anche in questo caso si debba pronunciare un vero e proprio provvedimento di affidamento, né la giurisprudenza è univoca sul punto. Qualora si ritenga che la maggiore età del figlio non permetta di pronunciarlo, sembra per conseguenza che non si possa applicare il sistema sanzionatorio per l'inosservanza delle regole sull'affidamento previste dall'art. 709-ter CPC, di cui diuremo nel successivo § 10®.

Comunque sia, questi figli hanno in ogni caso il diritto di essere curati, accuditi, seguiti in modo adeguato rispetto alla disabilità di cui sono portatori. Pertanto hanno il diritto di essere mantenuti, anche per tutta la vita, se la disabilità è tale da impedire loro di raggiungere l'autonomia economica ed esistenziale.

Il genitore presso il quale abitano, che se ne prende cura in via principale, ha il diritto di veder considerata la loro condizione per la quantificazione dell'assegno che gli viene versato per il loro mantenimento – l'art. 337-ter c. 4° n. 5 indica fra i criteri per determinarlo «la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore» – e di ottenere l'assegnazione della casa familiare (art. 337-sexies c. 1°; cfr. § 11®).

Il figlio disabile ha diritto di essere ascoltato nel procedimento giudiziario che lo coinvolge, naturalmente a patto che sia capace di discernimento.

³³ Cfr. tra le molte Cass. 951/2005 e, da ultimo, Cass. 24424/2013.

10. La tutela in caso di violazioni del provvedimento giudiziario

Gli strumenti di tutela dei diritti del figlio minore in caso di violazione del provvedimento del giudice da parte di un genitore non sono molto efficaci, in particolare per la violazione dei doveri a contenuto *non patrimoniale*. La loro scarsa efficacia è principalmente dovuta alla natura stessa di tali doveri: non esiste e non può esistere alcuno strumento giuridico idoneo a imporre di essere un buon genitore a chi non vuole o non sa esserlo.

Gli strumenti coercitivi possono essere soltanto *indiretti* (art. 709-ter CPC): la *modifica* del provvedimento di affidamento; l'*ammonizione* al genitore inadempiente; il *risarcimento del danno* patrimoniale e non patrimoniale al genitore che sia stato ostacolato nell'esercizio delle sue funzioni genitoriali dall'altro, o al figlio o a entrambi; l'*ammenda* (da 75 a 5.000 €) a favore della Cassa delle ammende; la *condanna penale* per violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 CP).

I provvedimenti di cui all'art. 709-ter CPC sono assunti «in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento»: riguardano dunque l'affidamento, la collocazione residenziale, i tempi di permanenza presso ciascun genitore e, secondo *la maggior parte* della giurisprudenza, il mantenimento dei figli. La somma liquidata a titolo di risarcimento non è legata alla dimostrazione di un effettivo danno subito: sembra dunque una sorta di *pena privata*. Questa sanzione, introdotta nel 2006, ha dimostrato una certa efficacia nel dissuadere dalle violazioni delle regole stabilite nei provvedimenti di affidamento.

Il risarcimento di cui all'art. 709-ter CPC si differenzia dunque da quel risarcimento del danno *non patrimoniale* per fatto illecito (art. 2043) che la giurisprudenza ha talvolta riconosciuto – per lo più con la qualifica di *lesione del rapporto parentale* – quando un genitore, con costanza e determinazione, *frappone ostacoli alla relazione* tra il figlio comune e l'altro genitore. Il caso più grave si ha quando lo *denigra sistematicamente* presso il figlio, fino a indurre quest'ultimo a rifiutare ogni rapporto con lui. Simili condotte sono lesive del diritto relazionale del genitore e del figlio di *intrattenere una relazione affettiva stabile*: un diritto strettamente attinente alla persona, protetto tanto dalla Costituzione (art. 30 c. 1°) quanto dalla giurisprudenza della CtEDU sull'art. 8 CEDU, con la qualifica di *diritto alla reciproca frequentazione* ⁽³⁴⁾ La giurisprudenza interna italiana in materia per il momento è ancora abbastanza scarsa ⁽³⁵⁾.

Per la violazione dei doveri a contenuto *patrimoniale*, oltre agli strumenti coercitivi indiretti menzionati sopra, si può ricorrere al *sequestro* e alle normali

³⁴ Cfr. cap. 7 §§ 3.2 e 3.4®.

³⁵ Cfr. da ultimo Cass. 3079/2015; cfr. inoltre, per esempio, Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 209; Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2005, 297; Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, 79.

azioni esecutive su beni immobili, beni mobili, depositi bancari, stipendi o pensioni dell'obbligato: il provvedimento giudiziario costituisce infatti titolo esecutivo. L'efficacia di tali azioni è però piuttosto scarsa quando l'esecuzione forzata riguarda obbligazioni di pagare periodicamente somme di denaro.

Si può inoltre ricorrere all'ordine di *distrazione* (art. 316-bis c. 2°, art. 8 c. 3° div. e art. 38 c. 4° disp. att.). Dal momento che la regolazione datagli per il caso di divorzio appare più favorevole ai figli di quella datagli per il caso di separazione, è ragionevole applicare *in ogni caso* all'assegno per i figli la regola del divorzio, altrimenti si avrebbe una discriminazione, costituzionalmente illegittima, tra figli di separati e figli di divorziati ⁽³⁶⁾. Pertanto in caso di ritardo di almeno 30 giorni nel pagamento, il genitore avente diritto, previa costituzione in mora dell'obbligato mediante raccomandata, con cui gli intima il pagamento, può notificare il provvedimento ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro all'obbligato e invitarli a versare direttamente a sé una somma corrispondente all'ammontare dell'assegno ⁽³⁷⁾.

Per l'esecuzione coattiva dei provvedimenti riguardanti la persona del minore rinviamo al cap. 17 § 6.7®.

11. Cenni alla sottrazione internazionale dei minori

L'espressione "*sottrazione internazionale dei minori*" indica il trasferimento all'estero di un minore a opera di un genitore in violazione dei diritti riconosciuti all'altro genitore nell'ordinamento del paese in cui il figlio aveva la residenza abituale prima del trasferimento. Il caso più frequente è la sottrazione da parte del genitore non affidatario o non stabilmente convivente con il figlio, ma vi sono altresì trasferimenti effettuati da genitori affidatari o co-affidatari che portano al risultato di impedire all'altro genitore l'esercizio dei suoi diritti.

Le sottrazioni internazionali di minori sono aumentate in modo esponenziale negli ultimi vent'anni, in considerazione della mobilità internazionale e della diffusione dei matrimoni misti. Le circostanze di fatto in cui si verifica la sottrazione sono varie: a volte il genitore straniero, dopo la rottura della relazione, ritorna al proprio paese d'origine portando con sé il figlio in violazione di un provvedimento del giudice; altre volte il genitore (italiano o straniero) con il quale il figlio non è stabilmente convivente non lo riconsegna all'altro al termine del periodo di permanenza presso di lui stabilito dal giudice.

La dimensione crescente del fenomeno ha sollecitato il Consiglio d'Europa, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e l'Unione europea a intervenire con strumenti specifici: rispettivamente la Convenzione europea di Lussemburgo del 1980 *sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in mate-*

³⁶ Principio stabilito in via generale da C. cost. 454/1989.

³⁷ La regola è esposta più dettagliatamente nel cap. 11 § 10.1®.

ria di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, la Convenzione de L'Aja del 1980 *sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori* e il Regolamento CE 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (sui regolamenti CE cfr. cap. 1 § 9[®] e cap. 7 § 7[®]). Quest'ultimo regola le sottrazioni internazionali tra i paesi membri dell'Unione europea, sostituendo la Convenzione di Lussemburgo e integrando la Convenzione dell'Aja.

L'obiettivo perseguito da questi strumenti internazionali è comune: garantire mediante la cooperazione internazionale tra gli stati contraenti un *rapido ripristino* dei rapporti tra genitori e figli, *secondo le modalità con le quali erano stati precedentemente regolati nell'ordinamento del paese di residenza abituale del minore*, prima del suo trasferimento illecito, o del suo mancato ritorno. Il rapido ripristino di tali rapporti impedisce infatti al genitore autore della sottrazione di ottenere a questo modo una modifica unilaterale e arbitraria dell'affidamento e dei tempi di permanenza presso ciascun genitore, mettendo le autorità pubbliche davanti a una situazione di fatto che, se invece si consolidasse nel tempo, rischierebbe di diventare non più modificabile, nell'interesse del minore stesso.

Le procedure da adottare in caso di sottrazione internazionale cambiano secondo il diritto dell'altro paese coinvolto. Se quest'ultimo è membro dell'UE o ha comunque ratificato le Convenzioni de l'Aja o di Lussemburgo, spetta all'Autorità centrale italiana – il Dipartimento per la giustizia minorile del Ministero della giustizia – il compito di gestire i contatti con le competenti autorità straniere, anzitutto ricevendo o trasmettendo la domanda di rimpatrio o di esecuzione dei provvedimenti di visita, e di cooperare con esse. Se il genitore sottraente ha condotto in Italia il figlio abitualmente residente all'estero, l'Autorità centrale italiana, adita dall'Autorità centrale straniera, informa immediatamente il pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova, affinché questi chieda con ricorso in via d'urgenza al tribunale l'ordine di restituzione o il ripristino del diritto di visita (art. 7 legge 15 gennaio 1994, n. 64, di ratifica delle Convenzioni citate).

Qualora invece la sottrazione coinvolga, oltre all'Italia, un paese che non sia legato al nostro da alcun trattato internazionale relativo a questa materia (per esempio i paesi islamici) l'unica possibilità rimane quella di iniziare, davanti all'autorità giudiziaria del paese in cui il minore è stato illecitamente trasferito, un procedimento per ottenere che sia riconosciuto il provvedimento di affidamento emesso nel paese di residenza abituale del minore prima del trasferimento. Per esempio, se il padre egiziano porta il figlio, stabilmente convivente in Italia con la madre, al proprio paese per le vacanze e non lo riporta indietro al loro termine, per ottenere la restituzione del figlio la madre deve chiedere al giudice egiziano il riconoscimento della sentenza italiana che stabilisce le regole sui tempi e i modi di permanenza del figlio presso i genitori. A volte può es-

sere più efficace seguire una via alternativa: quella della mediazione politica condotta dai rispettivi Ministeri degli esteri.

12. L'assegnazione della casa familiare

L'art. 337-sexies c. 1° stabilisce che la casa in cui la famiglia ha vissuto prima della rottura della convivenza *può essere assegnata* al genitore al quale i figli sono affidati o presso il quale sono stabilmente residenti, su sua richiesta; l'assegnazione deve tenere «prioritariamente conto dell'interesse dei figli». Il senso della norma è chiaro: restare ad abitare nell'ambiente domestico cui i figli sono abituati può limitare l'impatto negativo sulla loro vita portato dalla rottura della convivenza dei genitori.

L'assegnazione è solo un'eventualità, seppur frequentissima. Il giudice infatti, nel deciderla, deve fare un bilanciamento ragionevole fra l'interesse dei figli a restare nella casa in cui vivevano e **l'interesse del genitore con il quale non convivono a utilizzarla per sé**. La giurisprudenza dà la preferenza all'interesse del genitore solo in casi davvero fuori dall'ordinario ⁽³⁸⁾.

La casa che può essere oggetto di assegnazione è quella in cui la famiglia viveva unita e che costituiva la cosiddetta *prima casa*, cioè la *residenza stabile* dei suoi componenti. Ogni altra eventuale casa non può essere oggetto di assegnazione, salvo diverso accordo delle parti: così per esempio l'alloggio per le vacanze, o la casa in cui la famiglia aveva progettato di andare ad abitare, ma in cui non era ancora effettivamente andata.

La casa comprende anche le sue *pertinenze*: sia quelle immobiliari, come cantine, solai, autorimesse, posti auto e simili, sia quelle mobiliari, cioè i suoi *arredi*, pur nei limiti di quanto è funzionalmente necessario per continuare il normale svolgimento della vita; sono pertanto esclusi i beni aventi una particolare preziosità, priva di riscontro funzionale.

L'assegnazione della casa familiare necessita di due presupposti.

a) La convivenza con i figli

L'assegnazione non può aver luogo se questi non vi sono, o non convivono più con nessun genitore, o sono maggiorenni e, pur vivendo ancora in famiglia, non hanno più diritto di essere mantenuti. Qualora i figli non vivano tutti assieme, ma alcuni con un genitore e altri con l'altro, l'assegnazione della casa non è di regola ammessa.

La legge non definisce in modo espreso che cosa si intende per *convivenza*: i problemi si pongono soprattutto nella fase di avvio dei figli alla vita autonoma, che spesso avviene in modo graduale, rendendo difficile identificare il

³⁸ Per esempio, cfr. Cass. 3050/1994, ove il marito proprietario era un disabile grave; Cass. 376/1999, ove il marito proprietario era in condizioni di salute molto precarie.

momento esatto in cui questa ha termine. La giurisprudenza dà alcune indicazioni di principio: ritiene che la convivenza permanga se vi è un *collegamento stabile* con la casa, sicché il figlio, anche se se ne allontana per motivi di studio o di lavoro, vi fa però ritorno appena possibile, sì da mantenere con questa un *collegamento forte*, che lo faccia considerare come ancora ivi effettivamente residente ⁽³⁹⁾.

Il presupposto della convivenza con i figli emerge dal testo normativo vigente, benché in modo non troppo chiaro, ed era già affermato da tempo dalla giurisprudenza della corte di cassazione, seppure in modo non unanime ⁽⁴⁰⁾.

È tuttavia ammissibile che un coniuge ottenga di restare ad abitare nella casa familiare in base a un titolo diverso, e precisamente quale modalità di corresponsione parziale o totale del contributo al proprio mantenimento: a tal fine, però, è necessario che vi sia uno specifico accordo fra le parti.

b) La titolarità in capo all'altro genitore di un diritto di utilizzazione

È indispensabile che uno dei genitori sia titolare di *un diritto che gli attribuisce la facoltà di godimento sulla casa*, cioè la facoltà di utilizzarla. Tale diritto può essere di varie specie: i principali sono la *proprietà*, il diritto del *conduttore* nascente dal *contratto di locazione* e il diritto del *comodatario*.

- Se l'alloggio è di proprietà di un genitore, il diritto attribuito all'altro, *assegnatario*, è un *diritto personale di godimento*. L'assegnazione è *gratuita*, cioè non è dovuto alcun corrispettivo per l'uso della casa. Le spese di gestione e manutenzione ordinaria sono a carico dell'assegnatario, mentre le spese di manutenzione straordinaria sono a carico del proprietario, secondo le stesse regole del contratto di locazione.

Qualora il genitore proprietario venda la casa assegnata all'altro, si pone il problema della *opponibilità* del diritto dell'assegnatario all'acquirente: prevale il diritto del primo, nascente dal provvedimento di assegnazione, o prevale il diritto dell'acquirente a utilizzare la casa, in quanto nuovo proprietario? L'art. 337-sexies c. 1° stabilisce che l'assegnazione è opponibile ai terzi, che abbiano acquistato la proprietà dell'immobile, solo se il provvedimento che la stabilisce è stato *trascritto sui registri immobiliari*, secondo l'art. 2643, prima che il terzo vi abbia trascritto il suo atto di acquisto ⁽⁴¹⁾. L'assegnatario ha quindi interesse

³⁹ Così, fra le molte, Cass. 4555/2012; è il caso, per esempio, di figlio che studia all'università lontano dalla casa familiare, ma vi ritorna quando la sua presenza in università non è richiesta.

⁴⁰ La sentenza principale che indicava la presenza dei figli come condizione indispensabile, benché pronunciata sul diritto previgente, è Cass. (sez. un.) 11297/1995.

⁴¹ I *registri immobiliari* sono registri pubblici, dai quali risulta chi è il titolare di diritti su beni immobili. Quando una persona acquista la titolarità di un diritto reale su un immobile, per esempio la proprietà, ha l'onere di trascrivere l'atto dal quale nasce il suo diritto, cioè di farlo annotare su tali registri: a questo modo può *opporlo* a chiunque, cioè farlo valere verso tutti (art. 2643 e segg.).

a trascrivere al più presto il provvedimento giudiziario che contiene l'assegnazione oppure, meglio ancora, la domanda in giudizio volta a ottenerla ⁽⁴²⁾.

- Se il diritto di utilizzare la casa nasce da un contratto di locazione stipulato dall'altro genitore, l'assegnatario *succede per legge nel contratto* stesso (art. 6 legge 392/1978), senza che il locatore possa opporsi: ne diventa così *parte* in sostituzione dell'altro genitore, con tutti gli obblighi del *conduttore*, fra i quali quello di pagare il canone di locazione e le spese che gravano su di lui, mentre il genitore che lo aveva stipulato diviene definitivamente estraneo alla locazione.

- Il diritto di utilizzare la casa può nascere da un contratto di *comodato* ⁽⁴³⁾: per esempio, il *padre* dà in comodato al figlio una casa di sua proprietà perché la abiti con la famiglia che si è formato. Se questa casa, cessata la convivenza, è assegnata alla madre collocataria dei figli, il nonno potrebbe decidere di revocare il comodato per recuperare la disponibilità della casa, con il risultato di *privarne* così la donna e i suoi nipoti: può ottenerne la restituzione a suo piacimento oppure solo quando è venuto meno lo scopo per il quale era stata concessa, cioè lo svolgimento della vita familiare? Nel primo caso ha diritto alla restituzione immediata (art. 1810), mentre nel secondo caso, che meglio garantisce l'assegnatario, può ottenerla solo quando si estinguerà il diritto dell'assegnataria, salvo dimostri che ne ha un «urgente e impreveduto bisogno» (art. 1809). La cassazione ha optato per questa seconda soluzione in due pronunzie a sezioni unite ⁽⁴⁴⁾, ma la questione resta non chiarita fino in fondo ⁽⁴⁵⁾. Ma soprattutto resta molto controversa, poiché potrebbe avere una durata anche molto lunga, magari pluridecennale, traducendosi così in una sorta di quasi-espropriazione, pur temporanea.

L'assegnazione della casa *viene meno* qualora l'assegnatario la lasci, per trasferirsi altrove. Il diritto si estingue anche qualora venga a mancare il presupposto della convivenza con i figli aventi ancora diritto di essere mantenuti: ma in questo caso per allontanare l'assegnatario dalla casa è necessario che il genitore proprietario dell'immobile ottenga una sentenza che accerti le nuove circostanze e ne ordini il rilascio, in quanto detenuto senza più titolo ⁽⁴⁶⁾.

⁴² La regola era diversa, e più favorevole all'assegnatario, prima della legge 54/2006 sull'affidamento condiviso: l'assegnazione era opponibile al terzo secondo la stessa regola dettata per la locazione (art. 1599): era quindi opponibile per 9 anni anche se non trascritta; oltre era necessaria la trascrizione.

⁴³ Il *comodato* è un contratto con il quale un soggetto, *comodante*, concede temporaneamente a un'altro soggetto, *comodatario*, di utilizzare gratuitamente una cosa sua; il comodatario può servirsene solo per l'uso concordato e deve restituirla alla scadenza del termine o a richiesta del comodante (art. 1803).

⁴⁴ Cfr. Cass. (sez. un.) 13603/2004 e 20448/2014.

⁴⁵ Per esempio, Cass. 24838/2014 ha giudicato che deve risultare in modo «certo e inequivocabile che il rapporto abbia avuto origine in vista di una tale destinazione»; questa non sarebbe quindi implicita nel gesto iniziale di concessione in comodato della casa.

⁴⁶ Cfr., da ultimo, Cass. 15367/2015.

L'art. 337-*sexies* c. 1° indica fra le ragioni che possono far venire meno l'assegnazione il fatto che l'assegnatario inizi una convivenza *more uxorio* o contragga un nuovo matrimonio. La lettera del testo di legge sembra indicare un automatismo: l'assegnazione verrebbe meno di diritto, al verificarsi di queste circostanze. Tuttavia, siccome l'assegnazione è stabilita nell'*interesse preminente dei figli*, sarebbe illogico se avesse termine per motivi che prescindono dall'interesse dei figli e sui quali questi non hanno la possibilità di incidere.

Proprio per questa ragione la giurisprudenza ne dà un'interpretazione *costituzionalmente orientata*, che si discosta dalla lettera della legge: il verificarsi delle circostanze indicate non fa scattare alcun automatismo, ma impone soltanto che il giudice, se richiesto, debba *rinnovare la sua valutazione*, tenendo conto della situazione complessiva di vita della famiglia nella sua nuova composizione ⁽⁴⁷⁾.

⁴⁷ C. cost. 308/2008 ha deciso che la norma dev'essere così interpretata.