

Affidamento condiviso: le applicazioni giurisprudenziali

A 5 anni dall'entrata in vigore della legge 54 del 2006 che ha riscritto buona parte delle norme sostanziali e procedurali in materia di affido dei minori nelle procedure di separazione, divorzio e procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati, è possibile fare un bilancio dell'applicazione della legge, traendone spunti di riflessione sia in termini di innovazione, sia quanto alla sua interpretazione, sia nella prospettiva di correzione dei nodi critici.

La legge 54, nelle intenzioni del legislatore, aveva tra i suoi obiettivi quello di:

- 1) porre rimedio alle più evidenti lacune del sistema in tema di rapporti genitori-figli: vedi disparità di trattamento tra figli naturali e legittimi;
- 2) ottemperare alle prescrizioni ed ai principi introdotti nel nostro ordinamento da norme sovranazionali attraverso la ratifica di importanti convenzioni internazionali;
- 3) anche sulla base dei suggerimenti provenienti dalle discipline psicosociali, allineare il nostro paese ai principi di un più attuale e consapevole approccio alla genitorialità, passando dalla concezione arcaica della patria potestà al più moderno ed universalmente riconosciuto concetto di responsabilità genitoriale.

Il quadro di riferimento internazionale aveva ampiamente anticipato questa linea di tendenza: la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, firmata e ratificata dall'Italia con legge 176/1991, la Carta di Nizza del 2000.

La valorizzazione del criterio della necessaria pariteticità, di ruolo e di impegno, in capo ad ambedue i genitori era entrata a far parte del patrimonio normativo, quantomeno a far data dalla entrata in vigore della legge (176 del 1991) di ratifica della Convenzione di New York del 20/11/1989, laddove si prevede che:

Art. 9: "Gli Stati Parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo".

"Gli Stati Parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo".

La Carta di Nizza del 2000 ribadisce e ricalca sostanzialmente questo concetto.

Art. 10 (Convenzione New York): "Un fanciullo i cui genitori risiedono in Stati diversi deve avere il diritto di mantenere, salvo circostanze eccezionali, relazioni personali e contatti diretti regolari con entrambi i genitori".

Art. 18: "Gli Stati Parti si devono adoperare al massimo per garantire il riconoscimento del principio comune secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune in ordine all'allevamento ed allo sviluppo del fanciullo".

affido condiviso o esclusivo: criteri per l'orientamento.

Si è da più parti affermato che con la legge 54/2006 la regola in materia di affido dei figli è stata rovesciata: l'affido condiviso è diventato principio generale ed eccezione l'affido esclusivo.

Il rovesciamento di prospettiva è attestato dai dati Istat: sino al 2005 gli affidi alla madre nelle separazioni e nei divorzi erano pari al 80-82%, mentre alla formula dell'affido congiunto (di cui all'art. 6 comma II della legge 898/1970: affidamento congiunto o alternato, esteso analogicamente alle separazioni da taluni tribunali) erano assegnate quote del 15% e 11%, ai padri restavano percentuali esiziali del 5% nel migliore dei casi.

Nel 2007 si è avuta l'inversione di tendenza, proseguita nel 2008 e tuttora in corso, pur con resistenze attestate da un trend non ancora in linea con i principi della legge.

Il principio - che a dire il vero avrebbe potuto essere espresso in maniera più lineare- si rinviene dal combinato disposto degli artt. 155 II comma e 155 bis. La legge contiene in effetti diverse ambiguità nel testo.

Un autore (De Filippis¹) ha sostenuto che la lettera della norma consentirebbe addirittura una tripartizione:

Art. 155 II comma	Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori ...	condiviso
Art. 155 II comma	... oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati	esclusivo
Art. 155-bis c.c.	Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia <u>contrario all'interesse del minore</u>	esclusivo in casi particolari

Art. 155 bis: affido esclusivo solo per **contrarietà all'interesse del minore**.

Il concetto di "interesse del minore" si presta a innumerevoli interpretazioni: sia prima che dopo la legge 54 resta uno dei nodi gordiani e dei limiti maggiori della normativa a tutela dei fanciulli.

Consideriamo che l'interesse morale e materiale del minore è, secondo una definizione di Tommaseo (riflessione sul processo civile minorile, 2004²) contemporaneamente:

1. obiettivo da raggiungere;
2. regola di giudizio;
3. misura della giustizia del provvedimento;

ci rendiamo conto delle ambiguità e delle difficoltà applicative del concetto.

In linea di principio, secondo la nuova impostazione della legge 54, interesse

¹ Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, Padova, 2006, 66.

² In Scritti in onore di Pietro Schlesinger, Giuffrè, 2004, 3827.

primario - anzi la legge finalmente parla di diritto attribuito al minore - è quello alla bigenitorialità, vale a dire a conservare rapporti equilibrati e continuativi con entrambi i genitori.

Il problema è che allo stato attuale della normativa tale diritto soggettivo per essere tutelato deve essere fatto proprio dai genitori (e in ciò il ruolo del difensore nel chiarire l'interesse del minore distinguendolo da quello del genitore assistito è fondamentale) ovvero, se questi non se ne fanno interpreti, dal magistrato, unico chiamato ad un ruolo supplente di tutela del superiore interesse del minore, non avendo il legislatore della legge 149/2001 inteso estendere alle procedure di separazione e divorzio o di genitori naturali non conviventi la previsione di nomina di un difensore al minore.

Nei lavori preparatori (alla legge 54) è stato detto: "Noi introduciamo nel testo, al comma 1, il **diritto del minore** ad avere e a mantenere i rapporti con entrambi i genitori. Parliamo di un diritto del minore, ma voi sapete che un diritto è tale quando ad esso corrisponde una capacità di farlo valere, di tutelarlo. Al contrario nel nostro ordinamento il minore non ha capacità processuale: è rappresentato - come inter-essere, come essere in relazione con - dai suoi genitori".

Prima della legge 54 l'individuazione del genitore affidatario era effettuata sulla base di un presunto giudizio prognostico: sulle capacità del singolo genitore di allevare il figlio in una situazione di disgregazione del nucleo.

La legge non ci dice (e probabilmente ha perso l'occasione per farlo) che cosa debba intendersi per affido condiviso: gli interpreti hanno quindi cercato di dare un contenuto a tale disciplina:

- non è, anche se può esserlo, una divisione paritaria dei tempi di permanenza dei figli;
- è viceversa una paritetica suddivisione del **ruolo genitoriale**, sancito peraltro dalla eguale condivisione della potestà genitoriale;
- consiste nella piena partecipazione anche del genitore non convivente alla crescita del minore;
- comprende il diritto di intervenire nella decisione riguardo al luogo di residenza del figlio.

Si ricava dalla normativa sovranazionale come l'affido condiviso comporti la necessità che siano i genitori insieme a decidere la residenza del minore.

Le decisioni sulla residenza sono elemento fondante del regime di affidamento condiviso.

L'art. 2 del Regolamento CE n. 2201/2003 stabilisce infatti che: "L'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale".

Quindi affido condiviso come necessità di scelte da assumere congiuntamente e conseguente illegittimità di decisioni assunte da un solo genitore unilateralmente.

Nell'ambito dei lavori preparatori:

- nell'ultima formulazione del PDL l'affido esclusivo era ancorato ai casi in cui vi fossero i presupposti per la decadenza dalla potestà (330 c.c.) o condotta pregiudizievole (333 c.c.): non essendo stata approvata tale formulazione della norma, si può ritenere che l'ambito di applicazione dell'affido esclusivo non coincida oggi con tali ipotesi estreme.
- si prevedeva inoltre che alla domanda di separazione fosse allegato un "progetto di affidamento condiviso".

Secondo la lettera della legge il giudice deve assumere e tener conto di svariati fattori:

- deve valutare prioritariamente la possibilità che i figli restino affidati ad entrambi i genitori;
- deve valutare se l'opposizione di un genitore all'affidamento condiviso sia sorretta da elementi prova in ordine alla contrarietà all'interesse del minore;
- deve adottare un'adeguata e specifica motivazione sulla sussistenza dell'elemento della contrarietà all'interesse del minore;
- se la domanda del genitore risulti manifestamente infondata può desumerne argomenti di prova ai fini dell'adozione dei provvedimenti relativi ai figli;
- qualora accolga la domanda di affidamento esclusivo deve far salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal comma I dell'art. 155: conservazione dei rapporti con i genitori, i nonni ed i parenti.

Una delle prime questioni che si sono poste all'attenzione della giurisprudenza è stata quella della conflittualità tra genitori come causa di esclusione dell'affido condiviso.

Prima della legge 54 molti tribunali si erano pronunciati nel senso che alla conflittualità genitoriale conseguiva quasi sempre un affido esclusivo.

Seppure con resistenze, tutt'oggi ancora rilevabili, la giurisprudenza ha progressivamente superato questo limite concettuale, nel riconoscere che la conflittualità coniugale non può costituire ostacolo al diritto del figlio a "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori": sono però evidenti le contraddizioni insite nello scollamento tra realtà del rapporto coniugale - spesso caratterizzato da una conflittualità elevatissima - e aspirazione ad un adeguato rapporto genitori-figli.

Ecco perché si è sostenuto che la legge 54 pone soprattutto un principio etico e di responsabilizzazione dei genitori.

Il problema ermeneutico è dato dall'assenza di criteri per definire compiutamente le ipotesi di contrarietà all'interesse del minore.

La giurisprudenza è stata chiamata ancora una volta ad un ruolo sussidiario.

La Corte di Cassazione ha confermato esplicitamente questa necessità nei seguenti termini: "Non avendo il legislatore ritenuto di tipizzare le circostanze ostative all'affidamento condiviso, la loro individuazione resta rimessa alla decisione del giudice nel caso concreto, da adottarsi con provvedimento

motivato con riferimento alle peculiarità della fattispecie che giustifichino, in via di eccezione, l'affidamento esclusivo” (così la Suprema Corte nella prima decisione con la quale ha affrontato la questione del discrimine affidamento condiviso-esclusivo, la n. 16593 del 18/6/2008³)

Un principio che la Corte di Cassazione sta utilizzando come fondamento delle proprie pronunce (sono 3 le principali: Cass. 16593 del 18/6/2008 – 26587 del 17/12/2009 - 24526 del 2.12.2010) è il seguente:

alla regola dell'affido condiviso può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore, con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla **inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore** (Cass. n. 24526 del 2/12/2010).

La casistica è quindi costruita sia in negativo sia in positivo, sulla idoneità genitoriale: ma la inidoneità attiene alla persona del genitore, alla sua capacità di essere genitore responsabile nel rapporto con il figlio, non può essere influenzata da elementi estranei, dalla situazione in atto.

In questo modo, altre circostanze che non riguardino le facoltà genitoriali non dovrebbero influenzare o consentire deroghe alla regola dell'affido condiviso⁴.

Pertanto va sgombrato il campo da quelle ipotesi che da alcuni sono state ritenute motivo per una pronuncia di affido esclusivo:

- 1) la distanza tra i genitori;
- 2) la conflittualità, anche elevata, tra i coniugi;
- 3) gli orientamenti sessuali e religiosi, il tipo di educazione impartita
- 4) il tipo di attività lavorativa svolta dal genitore

1) la distanza tra i genitori

Tribunale per i Minorenni dell'Aquila, decreto 26/3/2007⁵

ha negato l'affido esclusivo, nonostante fosse stato richiesto da entrambi i genitori in ragione della lontananza delle rispettive residenze in Stati diversi, sul rilievo che l'affidamento esclusivo non dovrebbe essere concesso laddove il giudice accerti che non sia atto a tutelare il reale interesse del minore, specificato dal legislatore come interesse a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

Contra: Corte d'Appello di Napoli, 10/04/2007⁶

La distanza tra le residenze dei genitori (nella specie uno residente a Napoli ed uno a Salerno) in uno al perdurare dell'accesa conflittualità tra gli stessi, rende impraticabile l'esercizio proficuo dell'istituto dell'affidamento condiviso.

³ In Famiglia e minori, 2008, 8, 42.

⁴ Nell'ultimo numero di Famiglia e Minori (n.2-2011) l'articolo di Carmelo Padalino è titolato: “scelte coerenti e fondate su elementi reali, nella valutazione del regime di affido non trovano spazio vuote formule di stile”.

⁵ In Giurisprudenza di merito, 2007,

⁶ In www.affidamentocondiviso.it

Cass. n. 24526 del 2/12/2010

non osta all'affido condiviso l'oggettiva distanza esistente tra le residenze dei genitori, potendo tale distanza incidere solo sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore.

2) la conflittualità anche elevata tra i coniugi

Tribunale per i Minorenni di Campobasso, decreto 10/12/2007⁷

“la sussistenza di tesi rapporti tra i genitori non impedisce l'applicazione dell'affidamento condiviso, che diversamente finirebbe per essere meramente residuale, laddove invece la volontà del legislatore è quella di farne la regola. Il tribunale per i minorenni può dare prescrizioni ai genitori e disporre che si sottopongano a un percorso di mediazione familiare”.

Corte d'Appello di Genova, Sezione specializzata Minori, Decreto 13/12/2007⁸

La conflittualità tra i genitori non può costituire causa di esclusione del regime primario di affidamento.

Unico limite al regime di affido condiviso è dato dai casi nei quali esso comporterebbe danno per i minori, circostanza che deve comunque essere fatta oggetto di adeguata motivazione.

Allorché i genitori diano prova di una visione divaricata delle reali esigenze della figlia e di un conflitto quanto all'atteggiamento educativo da tenere, questa disparità di vedute non può risolversi che attraverso il confronto, se del caso con l'ausilio di tecnici del settore.

In tali casi all'affido condiviso fa da contrappeso l'esercizio disgiunto della potestà da parte dei genitori.

Quando però la conflittualità arriva al punto di costituire fondato pregiudizio per il minore l'opzione per il condiviso può essere rimandata in vista del recupero della capacità genitoriale.

In questo senso ad es. si esprime **Trib. Min. Genova decreto del 9/7/2007**.

3) gli orientamenti sessuali e religiosi, il tipo di educazione impartita

Tribunale di Nicosia, Ordinanza presidenziale 14/12/2010

“rilevato che l'eventuale relazione omosessuale della moglie, laddove non comporti un pregiudizio per la prole, non costituisce ostacolo all'affidamento condiviso dei minori ed alla individuazione della dimora degli stessi presso l'abitazione della madre, tenuto conto della tenera età dei due bambini (...)”
valutazione in positivo sulla idoneità del genitore “accusato” di omosessualità

“rilevato che allo stato non vi sono elementi per ritenere con certezza che l'atteggiamento discriminatorio manifestato dal marito nei confronti della moglie, umanamente comprensibile solo in una prima fase per il disagio

⁷ decreto del 29/11-10/12/2007 in Famiglia e Minori, aprile 2008.

⁸ In www.avvocatidifamiglia.net

conseguente al fallimento dell'unione matrimoniale possa compromettere la serena crescita dei minori”.

Valutazione in negativo sulla inidoneità del genitore.

Diversa potrà essere la valutazione del comportamento del coniuge ai fini di una pronuncia di addebito della separazione, sussistendone i presupposti.

“decidendo in via temporanea e urgente

- dispone che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, i quali eserciteranno congiuntamente la potestà genitoriale, provvedendo in eguale misura al mantenimento, alla cura ed all'educazione dei medesimi;
- dispone che i minori dimorino in via ordinaria presso l'abitazione della madre, con facoltà per il padre di vederli e tenerli con sé in qualunque momento previo accordo e in mancanza di accordo con le seguenti modalità”

4) Il tipo di attività lavorativa svolta dal genitore

TRIBUNALE DI CATANIA - Ordinanza 5 giugno 2006 (l'attività di autotrasportatore svolta dal padre è motivo di gravità tale da ritenere l'affidamento condiviso contrario all'interesse del minore⁹

Viceversa riguardano la capacità genitoriale e possono costituire – pur se sempre con provvedimento motivato sia in negativo sia in positivo - ipotesi qualificate dalla giurisprudenza di contrarietà all'interesse del minore, tali da giustificare un provvedimento di affido esclusivo:

- 1) assenza di rapporti genitore-figlio
- 2) maltrattamenti o comportamenti violenti e/o abusanti
- 3) genitore che abusa di sostanze alcoliche o tossicodipendente
- 4) grave patologia psichiatrica
- 5) figlio che rifiuta categoricamente ogni rapporto con uno dei genitori “adducendo motivi di sofferenza che il giudicante – sia direttamente sia per il tramite di una consulenza psicologica – deve ascoltare e porre a fondamento della propria decisione” (Trib. Firenze 22/4/06¹⁰)
- 6) **inidoneità educativa ovvero manifesta carenza del genitore**: in questo senso si è andato progressivamente costruendo il paradigma dell'affido esclusivo, così come enucleato negli ultimi 3 anni nella giurisprudenza di legittimità: Cass. 16593/2008 – 26587/2009 - 24526 del 2.12.2010. con necessità di adeguata motivazione non solo in positivo sulla capacità dell'affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità del genitore escluso dall'affidamento.

1) assenza di rapporti di frequentazione tra genitore e figlio

Corte d'Appello di Firenze, sezione Minorenni, sentenza 22/09/2010

⁹ in www.affidamentocondiviso.it

¹⁰ In Fam. Dir. 2006, 291.

“Per quanto il sistema dell'affidamento condiviso della prole rappresenti la risposta tipica e normale dell'ordinamento, non sussistono le condizioni minime per adottare tale soluzione allorché il genitore giudizialmente dichiarato tale non abbia mai intrattenuto alcuna relazione con il figlio”¹¹.

Contra: **Trib. Bari 16/01/2008**¹²

L'affidamento condiviso non può ritenersi precluso dal fatto che uno dei genitori si sia disinteressato del figlio, poiché il diritto alla bigenitorialità significa partecipazione alle scelte di maggior interesse per la vita della prole e prescinde dalla circostanza che il genitore non abbia incontrato i figli, perché egli può decidere, in qualsiasi momento, di riprendere i contatti in maniera più assidua e proficua dal punto di vista affettivo.

2) illegittimità del comportamento del genitore verso il figlio: maltrattamenti fisici o psicologici, abusi, gravi violazioni del dovere di mantenimento

Trib. Min. Emilia Romagna, Pres. Stanzani, 2/07/2010, decreto provvisorio¹³

“A fronte della situazione descritta son ravvisabili entrambi i requisiti a sostegno dell’emanazione del provvedimento urgente richiesto ... il *fumus* è individuabile nella conclamata illegittimità del comportamento materno concretizzatosi nel negare al padre ogni contatto col figlio e, soprattutto, nell’occultarne l’attuale domiciliatazione; comportamento tanto più grave perché tenuto a ridosso dell’udienza fissata dal Tribunale alla quale la donna non si è presentata senza fornire giustificazione alcuna.

Il *periculum* si identifica, per parte sua, nella possibilità, tutt’altro che remota, che il minore venga trasferito all’estero; senza contare l’evidente “*caduta*” delle cure del medesimo dovuta al repentino, immotivato e definitivo allontanamento della babysitter ... P.Q.M.

Affida in via esclusiva **il figlio** al padre e **ne vieta l’espatrio** fino al momento in cui il padre stesso lo avrà preso in consegna.

Conferisce al Servizio Sociale di Rimini *mandato a tutela* del minore con i seguenti compiti:

(a) *curarne*, anche avvalendosi della Forza Pubblica, l’immediata collocazione presso il padre;

(b) *fornire un quadro* del grado di civile maturità di entrambi i genitori in ordine al loro ruolo istituzionale ed alla coscienza delle proprie responsabilità personali nei confronti della prole, del lavoro e, in generale, nei rapporti sociali;

(c) *prospettare*, in modo puntuale, analitico e motivatamente argomentato, le situazioni di rischio del minore in ipotesi ravvisate nel suo precedente contesto di vita presso la madre,

(d) *descrivere* lo stato di vita presso il padre;

(e) *redigere* un progetto di incontri con la madre specificandone modalità e tempi senza porlo in esecuzione prima dell’indispensabile autorizzazione del Tribunale.

*L’analisi richiesta ai punti (b), (c), (d) ed (e) del mandato attribuito dovrà essere concentrata sulla **rappresentazione della materialità della situazione di fatto** e sul riferimento di **circostanze obiettive** a supporto degli eventuali giudizi formulabili per effetto dei compiti svolti.*

¹¹ Famiglia e Minori, 2011, 2.

¹² In www.affidamentocondiviso.it

¹³ www.personaedanno.it

Violazione degli obblighi di mantenimento

Tribunale di Catania, 14 gennaio 2007 – relatore Escher

L'ostinata violazione degli obblighi di mantenimento della prole, determinando un giudizio negativo sulle capacità genitoriali del genitore inadempiente, costituisce una giustificata ragione ostativa all'affidamento condiviso dei figli.

Cassazione n. 26587 del 17/12/2009

“i giudici di appello hanno congruamente motivato, osservando che (...) è rimasto totalmente inadempiente e pertanto «... non ha manifestato, sin dal lontano marzo 1996, alcuna volontà di fronteggiare i bisogni materiali dei propri figli, magari offrendo loro quanto era nelle sue possibilità materiali...», in quanto «... l'obbligo di un genitore di provvedere al mantenimento dei figli implica il dovere di soddisfare primariamente le esigenze dei figli stessi e quindi di anteporre le esigenze di questi alle proprie...». Di conseguenza, sempre secondo la Corte di merito, la eventuale esiguità del reddito a disposizione non giustifica la totale inadempienza, protratta per molti anni, da parte del genitore e tale inadempienza «... incide, con riferimento ai figli, non solo sul piano strettamente materiale, impedendo loro la possibilità di sfruttare al meglio le proprie potenzialità formative, ma incide, ancora di più, sotto il profilo morale...» essendo sintomatica della mancanza di qualsiasi impegno da parte del genitore inadempiente diretto a soddisfare le esigenze dei figli «... e quindi della carenza di responsabilizzazione nei loro confronti e di inidoneità del detto genitore a contribuire a creare per i propri figli quel clima di serenità familiare necessario per una sana ed equilibrata crescita».

3) genitore che abusa di sostanze alcoliche o stupefacenti

Tribunale di Brescia, 6 marzo 2008 – relatore Sanpaolesi

Il comportamento processuale del padre (rimasto contumace) di totale disinteresse per le sorti del proprio nucleo familiare ed in particolare della figlia, induce a considerare verosimile quanto allegato dalla madre circa comportamenti (nella specie la moglie aveva dedotto che il marito era un incallito giocatore d'azzardo e assuntore di sostanze stupefacenti) sintomatici di una personalità poco incline ad adempiere ai più ordinari compiti genitoriali.

4) grave patologia psichiatrica

Tribunale di Reggio Calabria, 28 marzo 2008 – relatore Todaro

La grave patologia psichiatrica del padre (affetto da disturbo schizoaffettivo), determinando una seria difficoltà dello stesso di assumere scelte valide e consapevoli per l'interesse del figlio, giustifica l'adozione dell'affidamento esclusivo della prole.

5) rifiuto della figura genitoriale da parte del minore

Corte d'Appello di Napoli, 22 marzo 2006 – relatore De Luca

L'affidamento condiviso è da ritenersi contrario all'interesse dei figli allorché questi ultimi manifestino un persistente e deciso rifiuto nei confronti di una delle figure genitoriali.

Tuttavia il giudice deve accertare se il rifiuto del minore di vedere un genitore sia autentico ovvero l'effetto di una lenta, sottile e costante opera di denigrazione posta in essere dall'altro.¹⁴

Qualora la ferma opposizione del figlio al genitore non affidatario sia l'esito di un'attività di alienazione genitoriale, il rimedio è costituito dal capovolgimento della situazione in atto:

Tribunale di Matera, 11 febbraio 2010¹⁵

Posto che la convivenza della bambina con la madre rappresenta un insuperabile impedimento al riavvicinarsi dell'altra figura genitoriale, stante il comportamento di diretta o indiretta suggestione e di indottrinamento della piccola che ha fatto nascere in lei un pregiudizio negativo circa la figura paterna, si ritiene necessario disporre l'affidamento esclusivo della bambina alla madre, al fine di ricostruire un normale rapporto padre figlia.

6) inidoneità educativa ovvero manifesta carenza del genitore

Tribunale Minorenni di Genova decreto del 9/7/2007¹⁶

La casistica delle problematiche psicosociali gravi cui è esposto un minore "triangolato" e perennemente spettatore di conflitti estenuanti tra i genitori che pongono in atto reciproche dinamiche svalutative consente di ritenere che laddove le tensioni tra i genitori pongano a rischio la salute del figlio, è imposto al giudice di valutare le singole risorse di ciascun genitore al fine di individuare quello che meglio garantisce la serenità e la crescita equilibrata di questi. In tali casi appare preferibile l'affidamento esclusivo al genitore che assolve in maniera più adeguata i bisogni affettivo-educativi del minore e che nel contempo offre maggiori assicurazioni di relazione del figlio con l'altro genitore.

A tal fine si osserva che è necessario comprendere le cause profonde dell'assenza di dialogo e di progetti concordati in favore del figlio e che se in un certo momento storico una delle figure genitoriali appare maggiormente portata al conflitto ciò significa che non è in linea con i bisogni del minore. Vi sono infatti quelle figure dei genitori non collaborative e nel contempo rivendicative che non facilitano la comunicazione tra gli adulti.

Ciò non esclude che la situazione possa modificarsi con gli opportuni sostegni forniti alla coppia e/o al singolo adulto, grazie ai quali l'affidamento condiviso del figlio possa porsi come obiettivo realizzabile".

Cass. n. 16593 del 18/6/2008

La Corte di merito ha preso atto del comportamento gravemente screditatorio della capacità educativa della madre, adottato dal marito con non provate accuse di anche di sue relazioni omosessuali ed ha correttamente valutato tale comportamento non in termini di mera conflittualità tra coniugi, ma di oggettiva inidoneità del padre alla condivisione dell'esercizio della potestà

¹⁴ Così Manera, "brevi spunti sulla nozione di elusione dell'esecuzione del provvedimento del giudice di cui all'art. 388 comma 2 c.p.

¹⁵ In Famiglia e minori, 8-2010.

¹⁶ In www.avvocatidifamiglia.net, voce affidamento esclusivo

genitoriale in termini compatibili con la tutela dell'interesse primario del minore, mentre la madre aveva mostrato invece disponibilità a favorire rapporti tra il padre e il figlio...”

Si coglie nella giurisprudenza di merito più attenta allo spirito della legge 54 ed alla sua evoluzione ermeneutica una prospettiva di incentivo non solo a favore del genitore che in un dato momento storico sia idoneo alla cura del figlio, ma anche capace di rappresentare il miglior presidio alla conservazione dei rapporti del figlio con l'altro genitore, quello allo stato inadeguato, il quale conserva una prospettiva di recupero della genitorialità.

Art. 155-bis comma II: “Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo ... Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

Potestà genitoriale o più correttamente responsabilità genitoriale

Spesso al riconoscimento dell'affido condiviso la giurisprudenza ha ritenuto di porre una sorta di contrappeso rappresentato dall'esercizio separato o esclusivo della potestà.

Anche in ordine all'esercizio della potestà la legge ha perso l'occasione per equiparare la terminologia a quella in uso in ambito internazionale, nonché di fare chiarezza ed aggiornare tutte le norme in materia.

E' accaduto perciò che mentre l'art. 155 c.c. è stato modificato, non lo è stato l'art. 317 c.c. con inevitabili difficoltà interpretative.

In ordine al regime giuridico della (potestà) responsabilità genitoriale, dopo l'entrata in vigore della legge 54 si sono creati due contrapposti indirizzi sia in giurisprudenza sia nella dottrina, stante l'assenza di un chiaro criterio discrezionale rinvenibile nella legge.

La norma chiarisce solo che in regime di affidamento condiviso la responsabilità (potestà) genitoriale è esercitata da entrambi i genitori (art. 155) e che limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione può essere disposto un esercizio separato.

Nulla dice in ordine alla potestà in regime di affidamento monogenitoriale (l'art. 155-bis non ne fa cenno).

- 1) così un indirizzo interpretativo ha sostenuto la costante applicabilità del regime di potestà congiunta anche nelle ipotesi di affidamento esclusivo, con la necessità che le decisioni di maggior importanza vengano sempre assunte da entrambi i genitori e ciò in ragione di:
 - a) del dato letterale dell'art. 155 che non distingue;
 - b) della ratio sottesa all'intera riforma;
- 2) altro indirizzo ha invece sostenuto la necessità che ad un affidamento esclusivo consegua l'attribuzione della potestà al solo genitore affidatario, adducendo la contrarietà all'interesse del minore di un esercizio

congiunto della potestà.

In questo senso si è espresso il **Trib. Bologna con sentenza del 17/4/2008**¹⁷: tenuto conto che la riforma in materia di affidamento condiviso non fornisce alcuna indicazione espressa circa il contenuto dell'affidamento esclusivo, ove il giudice valuti, nell'interesse del minore, di disporre un affidamento monogenitoriale, il dato normativo deve essere interpretato – al fine di differenziare il regime di affidamento esclusivo da quello condiviso – nel senso di attribuire all'organo giudicante il potere di escludere il genitore non affidatario dall'esercizio della potestà anche con riferimento alle decisioni di maggior interesse per i figli (in base ad un provvedimento motivato, suscettibile di modifica nel tempo).

Obbligo di puntuale motivazione e di indagine anche in sede presidenziale

In ordine ai poteri di indagine, alla verifica particolarmente attenta della situazione ed alla necessità di dettagliata motivazione anche in sede di ordinanza presidenziale, importanti principi si rinvencono dalla pronuncia della **Corte d'Appello di Napoli del 13/07/2007**,¹⁸ in riforma dell'ordinanza presidenziale che si era limitata a rinviare ogni decisione in tema di affidamento della prole all'esito della fase istruttoria della causa di divorzio, ignorando la regola prioritaria dell'affidamento condiviso e appiattendosi sui provvedimenti emessi in sede di separazione.

La Corte ha espresso il seguente principio: "nel pronunciare i provvedimenti provvisori della fase presidenziale il Giudice non può esimersi dal valutare la praticabilità dell'affidamento condiviso e prima di escluderlo è tenuto ad esercitare i sia pur limitati poteri di indagine che l'art. 155-sexies c.c. gli attribuisce, tra i quali l'audizione del minore che conserva una rilevante valenza probatoria quale fonte di preziose informazioni sull'andamento della vita familiare".

E che l'audizione del minore sia elemento fondamentale per un giudizio più adeguato alle sue necessità e bisogni lo si rinviene anche dalla normativa europea: la cd. Guida pratica all'applicazione del Regolamento Bruxelles II (ossia il Regolamento CE n. 2201/2003) precisa che l'audizione del minore in un procedimento relativo al diritto di affidamento persegue l'obiettivo di determinare l'ambiente meglio adeguato al bambino.

Cambio di residenza: art. 155 quater II comma c.c. ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti:

"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 non fa riferimento alla possibilità per il giudice di disporre l'affidamento esclusivo, perché la residenza di per sé è elemento neutro: la norma consente al giudice di regolamentare in modo diverso i tempi di

¹⁷In Famiglia, Persone e Successioni n. 8-9/2008

¹⁸ In www.minoriefamiglia.it

permanenza del figlio presso il genitore allontanatosi (tempi che possono somigliare molto al pregresso diritto di visita) con la fondamentale differenza rispetto a prima che il genitore conserva comunque la potestà genitoriale e quindi il diritto di avere voce in capitolo con riferimento alle decisioni di maggiore importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore.

Il regolamento CEE n. 2201 del 27/11/2003 in tema di "Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale" all'art. 2, definisce il "diritto di affidamento come i diritti e i doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza": la residenza del minore è quindi aspetto fondamentale del diritto di affidamento.

Gli accordi di separazione o divorzio: il ruolo dell'autonomia delle parti

Anche la richiesta congiunta di affido esclusivo può essere contraria all'interesse dei minori
Tribunale di Catania, ordinanza 15 ottobre 2010¹⁹
la richiesta di affido esclusivo formulata da entrambi i genitori in assenza di fondate motivazioni contrasta con l'interesse del figlio, ovvero con il diritto alla bigenitorialità, quindi può essere rigettata. D'interesse anche il passaggio dell'ordinanza nella quale si dispone in ordine al mantenimento, laddove si sostiene: "ritenuto che - non avendo il padre indicato singole voci di spesa di cui intenda farsi carico quale mantenimento diretto della prole, si rende necessario disporre un assegno di mantenimento ..."
Tribunale per i Minorenni dell'Aquila, decreto 26/3/2007²⁰
Il quale ha negato l'affido monogenitoriale, nonostante fosse stato richiesto da entrambi i genitori in ragione della lontananza delle rispettive residenze in Stati diversi, sul rilievo che l'affidamento esclusivo non dovrebbe essere concesso laddove il giudice accerti che non sia atto a tutelare il reale interesse del minore, specificato dal legislatore come interesse a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

La negoziazione o stipula di accordi in vista della separazione o del divorzio, può avere un ruolo importante nel prevenire e deflazionare il contenzioso in materia familiare.

E' un ambito d'intervento non ancora molto esplorato e praticato in Italia.

Ha ricevuto una certa eco mediatica un caso di regolamentazione puntuale e sanzionatoria delle condizioni della separazione ratificato dal Tribunale di Milano, pubblicato sulla rivista Famiglia e minori sotto l'eloquente titolo:

¹⁹ Famiglia e Minori, n. 1/2011, pag. 50

²⁰ In Giurisprudenza di merito, 2007,

Cinquecento euro di multa per la consegna ritardata²¹

Tribunale di Milano - Verbale di conciliazione 20701/2009 (Presidente Servetti)

"Le parti sono concordemente giunte alla determinazione di volere conciliare e definire il presente giudizio (...)

premesso che: - (...)

- la novella legislativa ha introdotto l'art. 709 ter c.p.c che ha tipizzato e/o spostato gli inadempienti genitoriali in danno dei figli da elemento squisitamente psicologico a inequivocabile lesione dei diritti dei minori e dell'altro genitore;

- è insegnamento della giurisprudenza che «le disposizioni del giudice sull'affidamento del figlio minore non possono essere violate dal genitore e chi lo fa va incontro alle sanzioni previste dalla legge» (Corte Appello Firenze sez. feriale 29/8/2007²²);

- le varie interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali attribuite all'art. 709 ter c.p.c. presentano un comune denominatore rappresentato dal risarcimento c.d. sanzionatorio (Tribunale di Padova sez. I 3/10/2008; Tribunale di Palermo 2/11/2007; Tribunale di Messina sez. I, 25/9/2007; in dottrina D'Angelo, il risarcimento del danno come sanzione?²³);

Tutto ciò premesso e ritenuto, i signori (A) e (B), nell'interesse supremo del loro figlio (C) hanno determinato:

Sistema delle penali:	
- se la madre non consegna il figlio o il padre non lo riconsegna	€100 per ogni giorno di ritardo
- se viene impedita la vacanza	€500 per ogni giorno di ritardo
- impegno a consentire le com. telef.	€25 per ogni giorno di ritardo
- in caso di ritardo nel pagamento dell'assegno sup. a 5 gg.	€50 per ogni giorno di ritardo succ. al 5°
Le somme sono espressamente dichiarate liquide, certe ed esigibili e devono essere versate entro 10 gg. dalla semplice richiesta	
Il verbale ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi degli artt. 185 e 474 cpc ²⁴	

avv. Cesare Fossati

Foro di Genova

relazione all'incontro di studi del 7 febbraio 2011

Aula Magna Liceo Cassini, Genova.

²¹ Famiglia e Minori, 2009, 3.

²² Redazione Giuffrè 2007

²³ in Famiglia, 2006, 1048

²⁴ Art. 474 cpc come modificato dalla Legge 263 del 28/12/2005.