

persona, pur non consentendo di escludere con certezza la volontà dei coniugi di riconciliarsi è un indice della non intenzione (C., 29.1.1982, n. 574).

Viceversa, l'esistenza di una relazione sentimentale con altra persona, pur non consentendo di escludere con certezza la volontà dei coniugi di riconciliarsi, è un indice del difetto di un'intenzione in tal senso (C., 29.1.1982, n. 574).

### 3. Effetto

■ In conseguenza dell'avvenuta riconciliazione, vengono meno gli effetti propri della separazione e, quindi, rivive tra i coniugi la comunione materiale e spirituale, cioè l'insieme dei diritti e degli obblighi nascenti dal matrimonio.

Secondo taluni, per effetto della riconciliazione, verrebbe a rivivere anche il regime di comunione legale.

Per effetto della riconciliazione viene meno l'obbligo del coniuge di corrispondere l'assegno di mantenimento e, stante la accessorietà delle eventuali garanzie da questi prestate, esse si estinguono.

☞ La riconciliazione determina effetti procedurali (preclusione del giudizio di separazione) e sostanziali (inidoneità dei fatti anteriori per chiedere una nuova pronuncia di separazione) (C., Sez. I, 29.11.1990, n. 11523).

In caso di abbandono del giudizio di separazione, per intervenuta riconciliazione, il provvedimento per l'eventuale affidamento della prole spetta al tribunale per i minorenni e non al tribunale ordinario (T. min. L'Aquila, 9.10.2002).

### 4. Tempo

■ Si distingue a seconda che la riconciliazione avvenga nelle more di svolgimento del giudizio di separazione oppure successivamente alla sentenza di separazione o dopo l'omologazione della separazione consensuale.

Nel primo caso essa determina l'abbandono della domanda di separazione proposta, la cessazione della materia del contendere e l'estinzione del procedimento. Non è tuttavia precluso, in questa ipotesi, una nuova domanda fondata sulle medesime ragioni poste a fondamento della domanda abbandonata. Viceversa, nella seconda ipotesi, essendosi chiuso ed esaurito il giudizio, i coniugi non possono riproporre, dopo la riconciliazione, una nuova domanda fondata sulle medesime ragioni che avevano legittimato la prima, dovendo porre a fondamento nuovi fatti intervenuti tra la riconciliazione e la nuova domanda.

VINCENZO BARBA

## I provvedimenti relativi alla prole (artt. 155, 155 bis c.c.)

**Norma di riferimento:** art. 155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli<sup>1</sup>

**155** [1] Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

[2] Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve

*contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.*

[3] *La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.*

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

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

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

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

<sup>1</sup> Articolo così sostituito prima dall'art. 36, L. 19.5.1975, n. 151 e poi dall'art. 1, L. 8.2.2006, n. 54.

**Norma di riferimento:** art. 155 *bis* c.c. Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso<sup>1</sup>

## 155 bis

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

[2] *Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.*

<sup>1</sup> Articolo aggiunto dall'art. 1, L. 8.2.2006, n. 54.

**Riferimenti normativi:** art. 30 Cost.; artt. 147, 148, 155 *ter*, 155 *quater*, 155 *quinquies*, 155 *sexies*, 194, 316, 317, 320, 330, 333, 1599, 1809, 1810, 2031, 2043, 2059 c.c.; art. 38 disp. att. c.c.; art. 185 c.p.; art. 6, L. 27.7.1978, n. 392; art. 2, L. 4.5.1983, n. 184; art. 4, L. 8.2.2006, n. 54.

**Bibliografia:** AMAGLIANI, *Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare*, in Rass. DC, 1982; ANDREOLA, *Sulla opponibilità dell'assegnazione della casa familiare nella separazione*

coniugale, in RDC, 1994, I; ANSALDO, *Il divorzio*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di Dogliotti, Torino, 2008; ASPREA, *La tutela dei figli nella separazione, nel divorzio e nella famiglia di fatto alla luce della legge sull'affido condiviso e del nuovo patto di famiglia*, Torino, 2006; ID., *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2003; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2002; AUTORINO STANZIONE, *Conseguenze del divorzio rispetto ai figli*, in AUTORINO STANZIONE, MUSIO, *Il divorzio - Disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002; BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Famiglia*, 2006; BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001; ID., *Divorzio: I) disciplina sostanziale*, in EG, XI, Roma, 1989; ID., *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988; BASINI, *L'affidamento condiviso*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007; ID., *Crisi familiare e adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006; ID., *La nonna, Cappuccetto Rosso, e le visite: del c.d. "diritto di visita" degli avi*, in FPS, 2006; ID., *L'affidamento ad un solo genitore prevale ancora sull'affidamento condiviso, se così impone l'esclusivo interesse della prole*, in FPS, 2006; ID., *I provvedimenti relativi alla prole*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2004; BASSANELLI, CANOVA, DE BENEDETTI, DI CAGNO, LEVI MONTALCINI, MEDA, VERCELLONE, VITRÒ, ZUCCONI, *Nell'esclusivo interesse del bambino: I figli contesi per la scissione della coppia*, in DFP, 1982, II; BELVEDERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in RCDP, 1988; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001; ID., in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2002; ID., *Genitore affidatario ed usufrutto giudiziale*, in NGCC, 1995, II; ID., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi*, in NN.D.I., App., VII, Torino, 1987; CANOVA, GRASSO, *Ancora sull'affidamento congiunto od alternato: interesse del minore o finzione giuridica?*, in DFP, 1991, II; CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in Q, 1988; ID., *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio. Regime patrimoniale. Separazione e divorzio*, Milano, 1988; CHIANTERA, *La casa familiare dopo il divorzio*, in DFP, 1988, I; COCCIA, *La "casa familiare", qualificazione giuridica a "diritti" del coniuge*, in DFP, 1985, II; DAGNINO, *Potestà parentale e diritto di visita*, in DFP, 1975, II; D'ANTONIO, *Il divorzio*, Padova, 1983; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006; ID., *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002; DELCONTE, *Sulla legittimazione ad agire per l'assegno di mantenimento dei figli maggiorenni, in regime di separazione e di divorzio*, in GC, 1990, II; DELL'ANTONIO, *Il bambino conteso. Il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1993; DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in GI, 2006; DE MARZO, *L'affidamento condiviso*, I, *Profili sostanziali*, in FI, 2006, V; DI NARDO, *L'assegnazione della "casa familiare". Evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali*, in NGCC, 1998, II; ID., *La "casa familiare" nella crisi del matrimonio*, in NGCC, 1986, II; DI SAPIO, *L'esercizio della potestà in caso di separazione e divorzio e le decisioni di maggiore interesse per i figli: dell'accordo tra Arianna e Barbablù*, in DFP, 1997, II; DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e individuale*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di Dogliotti, Torino, 2008; ID., *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in FD, 2006; ID., *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1998; ID., *L'interesse del minore nella separazione tra coniugi*, in DFP, 1986, II; DOGLIOTTI, CASTELLO, *Separazione personale: una ricerca sulle statuizioni economiche*, in GM, 1995, IV; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996; DOSI, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*, Milano, 2006; DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007; FANTICINI, *Accertamento delle potenzialità economiche delle parti, anche a mezzo della*

polizia tributaria, in FPS, 2006; FAZIO, *L'affido condiviso*, in GC, 2006, II; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, in Rass. DC, 2000; FERRANDO, *Il rapporto di filiazione naturale*, in Tratt. Bonilini, Cattaneo, III, *Filiazione e adozione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007; ID., *Il matrimonio*, in Tratt. Cicu, Messineo, Milano, 2002; FIGONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità, mantenimento del figlio e rimborso della spese anticipate dall'altro coniuge*, in FD, 2006; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I-II, *Commento sistematico della legge 151 del 19 maggio 1975*, Milano, 1984; A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 84-158*, Bologna-Roma, 1993; M. FINOCCHIARO, *Riconosciuto anche alla prole il diritto di frequentare i genitori*, in Gdir, 2006, 11; ID., *Casa familiare (attribuzione della)*, in ED, Agg., I, Milano, 1997; FIORINI, *La misura di contribuzione alle spese deve tener conto del reddito dei genitori*, in Gdir, 2006, 35; FRALLICCIARDI, *Assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio: quale diritto per l'assegnatario?*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, Milano, 1992; FREZZA, *Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, in Rass. DC, 1998; GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in RDC, 2003, I; GALOPPINI, *Divorzio (Diritto privato e processuale)*, in NN.D.I., App., III, Torino, 1982; GIACOBBE, FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in Tratt. Zatti, I, 2, Milano, 2002; GIORGIANNI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, 1992; ID., *Affidamento extrafamiliare e potestà genitoriale*, in *Diritto di famiglia - Raccolta di scritti in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982; ID., *Il controllo sull'esercizio della potestà dei genitori*, in RTDPC, 1979; ID., *Problemi attuali di diritto familiare*, in RTDPC, 1956; GIUSTI, *Crisi coniugale e protezione della casa familiare*, in DFP, 1986, II; GRASSETTI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992; GRIMALDI, *L'affidamento al padre, nella separazione e nel divorzio*, in DFP, 1992, II; JANNARELLI, *L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi*, in FI, 1981, I; LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978; LEVI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, in NGCC, 1998, II; MAGLIETTA, *L'affidamento condiviso dei figli*, Milano, 2006; MANTOVANI, *L'assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse dei coniugi e diritti dei terzi*, in NGCC, 2000, II; ID., *Separazione personale dei coniugi; I) disciplina sostanziale*, in EG, XXVIII, Roma, 1992; MENGONI, *Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio*, in J, 1983; MINUNNO, *sub art. 11, L. n. 74/1987*, in NLCC, 1987; MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in ED, XLI, Milano, 1989; MUSIO, *Profili fiscali del divorzio*, in AUTORINO STANZIONE, *Conseguenze del divorzio rispetto ai figli*, in AUTORINO STANZIONE, MUSIO, *Il divorzio - Disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002; NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. Esperienze pregresse e novità legislative a confronto*, Torino, 2006; OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali - Questioni d'attualità*, Milano, 2002; ID., *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra i coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000; ID., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999; PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006; PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in FD, 2006; ID., *La filiazione nella famiglia di fatto*, in *Familia*, 2002; PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in FPS, 2006; PELOSI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, 1992; PITTALIS, *I doveri di contribuzione e di assistenza nella crisi coniugale*, in NGCC, 2000, II; PUTTI, *Il diritto di visita degli avi: un sistema di relazioni affettive che cambia*, in RTDPC, 2002; QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Familia*, 2006; ID., *Famiglia e Ordinamento civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1999; ID., *Divorzio: verso quale riforma?*, in FI, 1987, V; ID., *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990; ID., in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti - Profili personali e*

processuali, Napoli, 1988; ID., *Il minore nella crisi familiare*, in GI, 1988, IV; ID., *Rapporti patrimoniali nel divorzio - Appendice - Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*, Napoli, 1987; ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Tratt. Bessone*, IV, 1, Torino, 1999; RUBINO, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Familia*, 2006; ID., *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002; SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, in *Tratt. Rescigno*, 3, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1996; ID., *Scioglimento del matrimonio (diritto vigente)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989; ID., *Il matrimonio*, in *Giur. sist. Bigiavi*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1989; SCALISI, *Divorzio persona e comunità familiare*, in *RDC*, 1984, I; SCANNICCHIO, *sub art. 11, L. n. 74/1987*, in *NLCC*, 1987; SCARANO, *La casa familiare*, in *Familia*, 2001; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *CorG*, 2006; SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *FD*, 2006; ID., *Diritto di famiglia*, Padova, 2003; SINISI, *Il nuovo art. 155 c.c. e i "suoi amici"*, in *La crisi del rapporto familiare e le sue conseguenze personali e patrimoniali*, Parma, 2007; TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *FD*, 2006; TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *RDC*, 1987, II; UBALDI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007; VINCENZI AMATO, in *L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali - Ricerca interdisciplinare sui criteri di affido di alcuni tribunali italiani*, a cura di Dell'Antonio, Vincenzi Amato, Milano, 1992; ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi. Artt. 155-155 sexies c.c. Artt. 708-709 ter c.p.c. Artt. 3-4 L. 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006; ZATTI, *La separazione personale*, in *Tratt. Rescigno*, 3, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1996; ID., *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1989.

**Sommario:** 1. Premessa. La riforma dell'affidamento. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. 2. La permanente centralità dell'interesse della prole minorenni. 3. Il significato di "affidamento condiviso". Affidamento condiviso non può valere per "collocazione alternata" della prole. 4. I tempi e le modalità di presenza della prole presso ciascun genitore, nonché la misura e il modo della contribuzione e della partecipazione alle cure parentali. 5. Centralità dell'interesse della prole minorenni e potestà genitoriale. 6. (Segue) Rappresentanza, amministrazione e usufrutto legale. 7. Centralità dell'interesse della prole minorenni e contributo al "mantenimento". 8. Il 12° comma dell'art. 6, L. n. 898/1970.

### 1. Premessa. La riforma dell'affidamento. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso

■ I diritti e gli obblighi che i genitori hanno nei confronti dei figli, non mutano se il matrimonio entra in crisi e cessa la convivenza coniugale. Resta fermo, anzitutto, il fondamentale obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole; obbligo che, del resto, non dipende dal concepimento, o dalla nascita, in costanza di matrimonio, ma si fonda sul fatto stesso della filiazione, come stabilito, anzitutto, all'art. 30 Cost. (GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *RTDPC*, 1956, 749 ss.). Ciò che muta – e non potrebbe

essere altrimenti – in conseguenza della disgregazione della convivenza basata sul matrimonio, vale a dire in conseguenza della mutata situazione di fatto, sono i criteri di attuazione di codeste posizioni soggettive. Il legislatore, pertanto, per i casi in cui non vi fosse più un'armonica coppia di genitori conviventi, già da lungo tempo, dettava delle regole per i rapporti tra genitori e figli – nonché per i rapporti dei genitori fra loro – le quali parzialmente si distaccavano da quelle che gli artt. 316 ss. c.c. delineano in riferimento alla famiglia unita. Com'è noto, fino all'inizio del 2006 sono esistite, nell'ordinamento, più e diverse discipline parallele, destinate alla

prole nelle diverse ipotesi di crisi familiare. Così, ad esempio, per quanto riguardava il divorzio, la disciplina di realizzazione dei rapporti tra genitori e figli era principalmente contenuta nell'art. 6, L. 1.12.1970, n. 898, come modificato ad opera della L. 6.3.1987, n. 74 [BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 118 ss.; ID., *Divorzio: D disciplina sostanziale*, in EG, XI, Roma, 1989, 14; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, 270 s.; ID., in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, 373 ss.; CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in Q, 1988, 237 ss.; ID., *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio. Regime patrimoniale. Separazione e divorzio*, Milano, 1988, 171 ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1998, 206 ss.; A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 467 ss.; GIACOBBE, FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti*, I, 2, Milano, 2002, 1301 ss.; MENGONI, *Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio*, in J, 1983, 241 ss.; QUADRI, in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti - Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, 83 ss.; ID., *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, 551 ss.; ID., *Il minore nella crisi familiare*, in GI, 1988, IV, 17 ss.; ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Tratt. Bessone*, IV, 1, Torino, 1999, 219 ss.; RUBINO, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, 392 ss., 419 ss. e 427 s.; SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio (diritto vigente)*, in ED, XLI, Milano, 1989, 683 ss.; ID., *Il divorzio*, in *Tratt. Rescigno*, 3, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1996, 347 ss.; SCANNICCHIO, *sub art. 11, L. n. 74/1987*, in NLCC, 1987, 917 ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, 309 ss.]. Per quanto concerneva la separazione personale, invece, l'analoga disciplina era racchiusa nell'art. 155 c.c. Con la **L. 8.2.2006, n. 54**, «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento con-

diviso dei figli», poi, il legislatore ha riorganizzato, e **nuovamente disciplinato, complessivamente la materia riguardante i figli nella crisi familiare**, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto da quello processuale [possono contarsi già diversi lavori che hanno ad oggetto la L. n. 54/2006. Si tratta sia di snelle opere di taglio monografico, sia di articoli su riviste, tanto di oggetto generale, quanto limitati a particolari aspetti della disciplina ora in commento. Tra le prime, cfr., ad esempio: ASPREA, *La tutela dei figli nella separazione, nel divorzio e nella famiglia di fatto alla luce della legge sull'affido condiviso e del nuovo patto di famiglia*, Torino, 2006, *passim*, spec. 3 ss.; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006; DOSI, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*, Milano, 2006, *passim*, spec. 3 ss.; MAGLIETTA, *L'affidamento condiviso dei figli*, Milano, 2006; NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. Esperienze pregresse e novità legislative a confronto*, Torino, 2006, *passim*, spec. 179 ss.; PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006. Tra i secondi, si vedano: BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Famiglia*, 2006, 655 ss.; BASINI, *L'affidamento ad un solo genitore prevale ancora sull'affidamento condiviso, se così impone l'esclusivo interesse della prole*, in FPS, 2006, 781 ss.; DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in GI, 2006, 1549 ss.; DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I, Profili sostanziali*, in FI, 2006, 90 ss.; DOGLIOTTI, *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in FD, 2006, 403 ss.; FAZIO, *L'affido condiviso*, in GC, 2006, II, 273 ss.; PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in FD, 2006, 329 ss.; PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in FPS, 2006, 300 ss.; QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 395 ss.; SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare*

importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo, in CorG, 2006, 301 ss.; SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in FD, 2006, 377 ss.; TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in FD, 2006, 388 ss. Nella veste di commentario, altresì, cfr. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi. Artt. 155-155 sexies c.c. Artt. 708-709 ter c.p.c. Artt. 3-4 l. 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 7 ss.]. Strumenti di tale intervento sono state, tra l'altro, le **novellazioni settoriali**, sia del codice civile, del quale è stato riscritto l'art. 155, ed al quale sono stati aggiunti gli artt. da 155 bis a 155 sexies (cfr. art. 1, L. n. 54/2006), sia del codice di rito, nel quale sono stati aggiunti un 4° co. all'art. 708 c.p.c., ed un "nuovo" art. 709 ter c.p.c. (cfr. art. 2, L. n. 54/2006). Per quanto attiene ai **contenuti**, le due generali linee guida del recente intervento legislativo, paiono individuabili, in primo luogo **nell'uniformare la disciplina di ogni crisi matrimoniale, e, più ancora, familiare**, con riguardo alla prole, sicché la nuova disciplina dovrebbe sostituire non solo il previgente art. 155 c.c., ma anche l'art. 6, L. n. 898/1970 (cfr. art. 4, 2° co., L. n. 54/2006); in secondo luogo, **nel rendere la conservazione della, così detta, "bigenitorialità" regola generale** (favorevoli a tale mutamento di prospettiva: PATTI, 300 s.; SCHLESINGER, 302), anche durante e dopo la crisi familiare, e nel relegare quello che nelle previgenti discipline era la regola, vale a dire l'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori, al ruolo di mera eccezione. Accanto a (e nel solco di) queste linee generali, inoltre, si affollano numerose altre regole, a volte anche di minuto dettaglio, e non sempre perfettamente redatte, né armonicamente destinate a comporre un sistema di buona complessione. In queste pagine, sarà mia cura prendere in considerazione i principali aspetti di diritto privato sostanziale, della mentovata riforma del 2006. Gioverà, peraltro, preliminarmente ancora rammentare come la **riconduzione ad unità** delle diverse discipline che, in precedenza, reggevano le sorti della prole nella "crisi familiare", a seconda

che si trattasse di separazione, di divorzio, di invalidità matrimoniale, o di disgregazione di una convivenza *more uxorio*, fosse **da tempo auspicata in dottrina**. Già da anni, difatti, da più parti veniva sottolineato come le ripercussioni sui figli, conseguenti al disgregarsi della coppia, non fossero, nei fatti, diverse qualora conseguissero alla separazione personale – oppure all'invalidità del matrimonio (LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, 269 ss., spec. 304 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 2002, 698 ss.), o, ancora, alla cessazione di una convivenza *more uxorio* (ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2003, 118 ss., e 188 ss.; PALADINI, *La filiazione nella famiglia di fatto*, in *Familia*, 2002, 609 ss.) – piuttosto che al divorzio; si rimarcava, dunque, come, in conseguenza di co-desta identità delle situazioni di fatto regolate, non fosse giustificabile, in generale, l'esistenza di rilevanti differenze tra le discipline giuridiche volte a reggere i rapporti tra genitori e figli nella famiglia in crisi. E non a caso, le norme già contenute nell'art. 6, L. 1.12.1970, n. 898, corrispondevano, in buona parte, a quelle che l'art. 155 c.c. dettava, per regolare i rapporti dei genitori con i figli, in caso di separazione personale. Dove le due discipline si differenziavano, senza che alla base di ciò sussistessero diverse situazioni di fatto, poi, era diffusa la tendenza ad adottare interpretazioni uniformanti. Quando ciò non fosse stato possibile, era comune l'orientamento che disapplicava la disciplina meno recente – da ultimo, quella codicistica sulla separazione – per applicare soltanto la normativa più recente, anche oltre il suo esplicito ambito di riferimento [tra gli scritti in tema di separazione, erano riferibili anche ai rapporti genitori/figli nel divorzio, ad esempio: ZATTI, *La separazione personale*, in *Tratt. Rescigno*, 3, II, 2ª ed., Torino, 1996, 266 ss.; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 84-158, Bologna-Roma, 1993, 393 ss.; GRASSETTI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992, 692 ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi: I) disciplina sostanziale*, in *EG*, XXVIII, Roma, 1992, 22 ss.; MOROZZO

DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in ED, XLI, Milano, 1989, 1376 ss.; ZATTI, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1989, 144 ss.; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi*, in NN.D.I., App., VII, Torino, 1987, 121 ss.; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I-II, *Commento sistematico della legge 151 del 19 maggio 1975*, Milano, 1984, I, Milano, 1984, 556 ss.].

☞ Sia codesta **uniformità**, sia la ricordata **interpretazione volta a raggiungerla, poi, erano diffuse in giurisprudenza**. Guardando alla giurisprudenza, anzitutto costituzionale, infatti, era agevole avvedersi di come non fossero infrequenti le decisioni che già applicavano alla prole nella crisi della convivenza *more uxorio* regole disposte in tema di separazione e/o di divorzio (C. Cost., 13.5.1998, n. 166; C. Cost., 18.4.1997, n. 99. Cfr., inoltre: T. min. Bologna, 5.4.2001; T. min. Perugia, 9.4.1998; T. min. Perugia, 16.1.1998; T. min. Perugia, 2.12.1997; T. Milano, 23.1.1997; T. min. Reggio Calabria, 17.10.1994; T. Palermo, 20.7.1993). Così era per la applicabilità, anche oltre il suo ambito testuale di riferimento, della disciplina più recente (C. Cost., 9.11.1992, n. 416; C. Cost., 23.1.1990, n. 20; C. Cost., 27.7.1989, n. 454). Emblematiche, in tal senso, apparivano le posizioni in tema di affidamento congiunto o alternato, per cui si reputava possibile disporre l'affidamento congiunto o alternato – che esplicitamente era previsto solo in caso di divorzio – anche in ipotesi di separazione (A. Milano, 14.2.1997; T. Brindisi, 11.1.2001; T. Milano, 9.1.1997; T. Genova, 18.4.1991. Tra le decisioni di legittimità: C., Sez. I, 13.12.1995, n. 12775; C., Sez. I, 7.2.1995, n. 1401; C., Sez. I, 4.5.1991, n. 4936).

■ Tale tendenza uniformatrice risultava chiara, tra l'altro, anche dal fatto che i numerosi scritti aventi direttamente ad oggetto la situazione dei figli nella separazione personale già erano, per lo più, riferiti dai loro stessi autori anche al divorzio, e quelli aventi ad oggetto i rapporti tra genitori e figli nel divorzio erano riferiti anche alla separazione personale. Emblematica della mentovata in-

terpretazione uniformante, era pure la tendenza, rilevabile in alcune opere, a scorporare le considerazioni concernenti gli effetti sulla prole dall'ambito della trattazione sulla separazione e sul divorzio, per inserirle in appositi capitoli o sezioni dedicati alla “disciplina comune” dei due istituti (ad esempio: GIACOBBE, FREZZA, 1295 ss.; QUADRI, *Famiglia e Ordinamento civile*, 2ª ed., Torino, 1999, 291 ss.; RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002, 16 ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 309 ss.). Era chiara e riscontabile, dunque, una vigorosa tendenza volta a determinare, almeno nella sostanza, quella disciplina unitaria degli effetti della disgregazione della coppia rispetto ai figli, che, fino all'entrata in vigore della L. 8.2.2006, n. 54, era ancora formalmente mancante (A. FINOCCHIARO, 468 s.; MENGONI, 244; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 551; ID., *Divorzio: verso quale riforma?*, in FI, 1987, V, 70; ID., *Rapporti patrimoniali nel divorzio - Appendice - Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*, Napoli, 1987, 22). Questo non deve fare dimenticare, tuttavia, come, al di là delle intenzioni del legislatore, pure **detto esito di uniformazione anche formale, potrebbe, forse, ancora essere revocato, almeno in parte, in dubbio**; ciò poiché nella L. n. 54/2006 manca una abrogazione espressa delle previgenti disposizioni in materia, diverse da quelle che erano dettate per la separazione. L'art. 4, L. n. 54/2006, difatti, si limita a prevedere l'applicabilità delle disposizioni «della presente legge» anche in caso di scioglimento, cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, senza curarsi di abrogare, in tutto o in parte, espressamente l'art. 6, L. n. 898/1970.

☞ Tanto è bastato, già nei primi tempi di vigenza della L. n. 54/2006, affinché molte delle norme racchiuse in tale testo legislativo venissero **applicate sia alla crisi della convivenza more uxorio** (ad esempio: T. Reggio Emilia, 10.5.2007; T. Catania, 17.4.2007). La **competenza** per codeste applicazioni, dopo alcune incertezze iniziali, è stata indicata nel **tribunale per i minorenni**, il quale, in

materia, avrà anche competenza sul contributo al mantenimento. C., Sez. I, 3.4.2007, n. 8362. Successivamente, in senso conforme, ad esempio, T. Monza, 1.6.2007), **sia al divorzio**. Non si dimentichi, inoltre, come, in caso di crisi della convivenza, si sia reputato che vi possa essere luogo ad intervento giudiziario, anche laddove vi sia accordo tra i genitori sulla sorte dei figli; pertanto, è stata reputata ammissibile la domanda di affidamento congiunto (A. Roma, 17.7.2007, che riforma T. Roma, 7.4.2006, nella quale il ricorso dei genitori naturali che erano d'accordo sulle sorti della prole era stato dichiarato inammissibile). L'art. 4, L. n. 54/2006, poi, mi pare molto chiaro nell'indicare un'applicazione diretta della disciplina *de qua* a tutte le ipotesi nell'art. medesimo menzionate. Scorretta, dunque, appare una decisione che sembra riferirsi ad un'applicazione "analogica" (T. Lamezia Terme, 28.11.2007).

■ La mancanza di un'abrogazione espressa di molte delle disposizioni previgenti in materia, fa sì che ci si possa ancora chiedere, ad esempio, se il, discusso e discutibile, 1° co. dell'art. 6, L. 1.12.1970, n. 898, ove si dispone(va) che «l'obbligo, ai sensi degli artt. 147 e 148 del codice civile, di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati durante il matrimonio di cui sia stato pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili, permane anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori», possa trovare ancora applicazione. Ci si potrebbe interrogare, altresì, sulla sorte delle regole racchiuse nel 7° co. dell'art. 6, L. n. 898/1970, in tema di **amministrazione dei beni dei figli e di godimento dell'usufrutto legale**, poiché, in argomento, nulla più è esplicitamente previsto ai nuovi artt. 155 ss. c.c. Un'altra domanda, poi, potrebbe concernere la vigenza delle norme disposte in tema di affidamento provvisorio a persone diverse dai genitori. Ci si potrebbe chiedere, vale a dire, che ne sarà dell'**affidamento familiare**, previsto, per il caso di temporanea impossibilità di affidare la prole, sia al padre, sia alla madre, al 8° co., dell'art. 6, L. n. 898/1970, attraverso un richiamo all'art. 2, L. n. 184/1983. Se si dovesse opinare per la per-

dita di efficacia anche del 8° co. dell'art. 6, L. n. 898/1970, e del rinvio alla L. n. 184/1983 in tema di adozione e affidamento, peraltro, ciò non sarebbe ancora sufficiente per escludere che l'affidamento familiare possa essere disposto. L'art. 2, L. n. 184/1983, difatti, prevede in termini generali che il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo possa essere temporaneamente affidato a persone od entità diverse dai genitori. Ed il fatto che tale articolo possa non essere più esplicitamente richiamato nella normativa sui minori nella crisi della famiglia, non mi sembra lo renda non applicabile a queste ipotesi, data la formulazione sufficientemente ampia dello stesso. Il giudice, dunque, ai sensi del richiamato art. 2, L. n. 184/1983, così come oggi è formulato, laddove, temporaneamente, nessuno dei genitori sia in grado di assicurare al minore un ambiente familiare idoneo, ancora potrà affidarlo ad un'altra famiglia, possibilmente con figli minori, oppure ad una persona singola, in grado di assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno. Solo dove non sia possibile l'affidamento nei termini summenzionati, poi, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare, o, in mancanza, il ricovero in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni, altresì, l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare. (Vigente l'art. 6, L. n. 898/1970, cfr. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2004, 627 ss.).

☞ Anche in giurisprudenza, si è **confermata la legittimità dell'affidamento della prole a soggetti diversi dai genitori** (T. min. Milano, 6.10.2006. Così anche C., Sez. I, 27.6.2006, n. 14840, benché questa decisione sembri essere stata presa applicando ancora la disciplina previgente).

■ Interrogativi analoghi a quelli menzionati poco sopra, potrebbero ulteriormente elen-

carsi. È dubbio, in sintesi, se l'art. 6, L. n. 898/1970 – almeno per la parte di diritto sostanziale – debba reputarsi interamente abrogato, ovvero l'abrogazione operi solo punto per punto, aspetto per aspetto, vale a dire unicamente laddove la nuova normativa disciplini un profilo della materia ponendo una regola incompatibile con quella che, per quel medesimo profilo, dettava l'art. 6, L. n. 898/1970 (BASINI, *L'affidamento condiviso*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, 1025 ss.). Su questi profili si tornerà anche in seguito, quando si tratterà di alcuni singoli punti dell'art. 6, L. n. 898/1970, dell'attuale efficacia dei quali ancora si dubita.

## 2. La permanente centralità dell'interesse della prole minorenni

■ Come già si accennava, la L. n. 54/2006 è connotata da assai nobili obbiettivi, ma anche da una scadentissima redazione. Il dettato espresso della nuova disciplina ora in considerazione, infatti, si presenta rozzo, goffo, contorto nonché – e ciò è più grave – a volte incompleto, a volte contraddittorio. Incompleto e contraddittorio a tal segno che un'interpretazione solamente “letterale” della disciplina stessa, in più di un caso sarebbe, non solo foriera di risultati insoddisfacenti, ma anche pressoché impossibile. Ecco perché, per tentare di illuminare almeno un poco questo testo sovente oscuro, e per cercare di ricostruire, almeno nei tratti fondamentali, una disciplina che, esternamente, si armonizzi col sistema generale dei rapporti tra genitori e figli, e che appaia pure coerente al proprio interno, mi pare sia necessario individuare una sorta di punto cardinale, grazie al quale orientarsi. Questo **punto cardinale**, questa “stella polare”, che guiderà l'interprete nella lettura della gran parte del testo normativo in considerazione, poi, credo possa e debba rinvenirsi, prima ancora che nel rilievo del diritto dei figli a conservare la “bigenitorialità”, nel **ruolo che conserva l'interesse morale e materiale della prole**. Nella stessa L. n. 54/2006, difatti, la preminenza dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole è richiamata più volte (BASINI, *L'affida-*

*mento condiviso*, 1027). E, del resto, mi pare che sia lo stesso complessivo sistema dei rapporti giuridici tra genitori e figli minori a non consentire una scelta diversa. Poiché, difatti, è oramai fuor di dubbio come, in generale, in tali relazioni sia l'interesse della prole minorenni a dovere essere anzitutto tutelato, e come sia per la realizzazione di tale interesse che ai genitori vengono riconosciute amministrazione e potestà, non sarebbe stata ammissibile una diversa scelta legislativa con specifico riferimento ai casi di crisi matrimoniale, o, più ampiamente, di crisi familiare. Questo, tra l'altro, conduce alla conclusione che il **decidere con riferimento esclusivo all'interesse della prole minorenni si imporrà** non solamente allorché esso sia espressamente richiamato nella L. n. 54/2006, ma **ogni volta in cui la disciplina contenga una disposizione che non possa reputarsi “neutra” rispetto all'interesse suddetto**. Una volta individuato l'interesse della prole minorenni come scopo al quale esclusivamente finalizzare ogni provvedimento in cui il giudice faccia applicazione della disciplina ora in considerazione, resta ancora da valutare se il legislatore non abbia inteso anche dare un definizione di detto interesse. Se non una “definizione”, una sorta di predeterminazione legislativa del concetto di “interesse della prole”, in effetti, parrebbe scaturire dal testo del secondo comma del nuovo art. 155 c.c., laddove l'imposizione al giudice di decidere con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della prole è posta “per realizzare la finalità indicata dal primo comma”, vale a dire il diritto del figlio minore a mantenere rapporti adeguati con entrambi i genitori e con entrambi i rami genitoriali anche nella famiglia in crisi (seppure non espressamente, tale lettura pare suggerita da M. FINOCCHIARO, *Riconosciuto anche alla prole il diritto di frequentare i genitori*, in *Gdir*, 2006, 11, 27 ss.). Che questo sia in astratto l'interesse di ogni figlio minore, del resto, è fuor di dubbio. Il dubbio, piuttosto, concerne l'inderogabilità di tale sorta di predeterminazione legislativa, ovvero la possibilità, per il giudice posto di fronte al caso concreto, di ravvisare anche altrove l'interes-

se della prole. E che questa possibilità sussista, mi pare sia chiarito già dallo stesso testo della L. n. 54/2006, allorché, all'art. 155 *bis* c.c., si prevede la possibilità di disporre l'affidamento ad un solo genitore, quando una diversa soluzione sarebbe contraria all'interesse del minore. A chi rilevasse, poi, che anche nell'affidamento esclusivo sarà interesse della prole mantenere rapporti con entrambi i genitori, per un verso si potrebbe replicare che il giudice dovrà comunque determinare i modi e la misura più convenienti per tali rapporti nel caso concreto. Per altro verso, si potrebbe ribattere che l'interesse ai rapporti con entrambi i genitori è innegabile in generale, ma che esistono pure ipotesi estreme nelle quali questi rapporti, proprio nel concreto interesse della prole, possono essere interrotti. Si pensi, ad esempio, ai casi di decadenza dalla potestà, ai sensi dell'art. 330 c.c., che sicuramente continua ad essere applicabile anche con riferimento a genitori ormai separati. Si pensi, ancora, alle ipotesi in cui il giudice disponga l'interruzione di ogni rapporto tra genitori biologici e figli minori, come nel caso in cui questi ultimi siano avviati all'adozione legittimante. Anche questo consente di affermare che, se pure esiste un'indicazione legislativa del significato di "interesse della prole minorenni" nel senso suddetto, tale indicazione non può certo essere considerata inderogabile e sempre vincolante (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1028 s.). A ciò va aggiunto, inoltre, che predeterminare legislativamente il concetto di interesse della prole rischierebbe di "cristallizzarne" il significato, così da non consentire, né la concreta individuazione dell'interesse della prole nel caso da decidere, né, appunto, l'adozione della soluzione che, di volta in volta, si presentasse come la più adeguata per tutelare al meglio l'interesse della prole nel caso concreto. È, a mio parere, solo la piena tutela del concreto interesse del minore in ogni singola fattispecie concreta, secondo un'individuazione di esso che venga non tanto dal legislatore, quanto dalla psicologia dell'età evolutiva, potrà conservare all'«esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale» della prole la necessaria effettivi-

tà, così da evitare che tale criterio si immiscesca in una vuota formula. Per questo, mi pare che oggi, come ieri, ogni provvedimento che il giudice prenderà in ordine alla prole minorenni nella crisi tra i genitori, dovrà essere esclusivamente indirizzato a realizzare al meglio il concreto interesse della prole medesima. Per chiarire **in che possa consistere, in concreto, tale interesse**, inoltre, mi pare **possa ancora guardarsi alle elaborazioni compiute**, in particolare al fine di giustificare la scelta del genitore affidatario, **sotto la disciplina previgente**. Non sarà inutile, allora, ancor'oggi ricordare come si ritenesse che fosse il giudice del merito a dovere decidere, in concreto, sull'affidamento – e, più in generale, a dover adottare ogni provvedimento relativo alla prole –, nel modo che si presentasse più adatto al fine di fare trovare ai figli tanto la sicurezza, sia psicologica, sia nei rapporti intersoggettivi, quanto la stabilità affettiva. Era – e, anche adesso, è – chiaro, infatti, come entrambe fossero necessarie a permettere la corretta formazione della loro personalità, nonché il loro armonico sviluppo morale e psicofisico. A tale scopo, si richiedeva (ove si fosse dovuto disporre l'affidamento esclusivo) di optare per il genitore che si fosse presentato più idoneo, dal punto di vista psicologico, affettivo, e materiale a ridurre al minimo i danni derivanti dalla crisi della famiglia, e, dunque, più adatto a dare ai figli, appunto, sicurezza nei rapporti intersoggettivi e stabilità affettiva (C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 375; QUADRÌ, *Divorzio nel diritto civile*, 551 ss.; ROSSI CARLEO, 226 ss.).

☛ In giurisprudenza, poi, per ravvisare dove stesse l'interesse del minore, spesso erano state valutate la personalità e le condizioni fisiche di ognuno dei genitori, la loro disponibilità, nonché l'ambiente in cui viveva il possibile affidatario – anche se si escludeva, per lo più, che potesse assumere diretto rilievo l'eventuale elevata posizione economica di uno dei genitori (T. Napoli, 27.7.1989) –, tutto ciò in rapporto alle esigenze morali, psicologiche, e materiali del figlio (C., Sez. I, 19.4.2002, n. 5714; C., Sez. I, 22.6.1999, n. 6312; A. Perugia, 23.9.1989; T. Vigevano,

18.12.1990). Rilievo diretto, altresì, era, oramai, negato all'eventuale colpa di un coniuge nei confronti dell'altro, nonché all'eventuale addebito della separazione ad uno dei coniugi (C., Sez. I, 4.5.1991, n. 4936. Nella giurisprudenza di merito: A. Perugia, 23.9.1989; T. Catania, 10.12.1991. Per la rilevanza dell'addebito della separazione, peraltro, pareva T. Modena, 18.4.1991). In concreto, poi, era stato, talvolta, negato che la possibilità di ottenere l'affidamento del figlio fosse da escludersi in conseguenza dell'attività moralmente censurabile svolta dalla madre, fosse essa spogliarellista (T. Napoli, 27.7.1989), o, addirittura, attrice pornografica (T. Roma, 7.4.1995). Si escludeva anche, oramai, che potesse costituire elemento ostativo all'affidamento dei figli ad un genitore, la sua convivenza *more uxorio*, nonché l'inserimento, della prole affidatagli nella sua nuova famiglia così detta "di fatto" (C., Sez. I, 14.4.1988, n. 2964); anzi, si era ritenuto che l'inserimento nella famiglia "di fatto" avesse effetti benefici per i figli in affidamento (T. Genova, 22.9.1988). Un'altra circostanza che, di per sé, non avrebbe dovuto incidere sulla scelta del genitore affidatario – anche in forza del principio costituzionale di libertà di fede e di culto –, veniva indicata nella fede religiosa diversa dalla cattolica di uno dei genitori, almeno fino a che questi, con i comportamenti tenuti, non superasse i limiti di compatibilità con i doveri di genitore, e non pregiudicasse la formazione di una libera capacità di giudizio in capo al figlio, affinché potesse compiere autonomamente le proprie scelte, anche religiose (T. Napoli, 7.7.1998; T. Forlì, 12.6.1995; T. min. Venezia, 10.5.1990; T. Palermo, 12.2.1990. Cfr., altresì, C., Sez. I, 7.2.1995, n. 1401).

■ In linea di massima, ancora, si riteneva rispondente all'interesse della prole che, ove ciò fosse possibile, i fratelli non venissero allontanati gli uni dagli altri, e che, comunque, anche ove li si dovesse separare, fossero assicurati frequenti rapporti tra di loro (AUTORINO STANZIONE, *Conseguenze del divorzio rispetto ai figli*, in AUTORINO STANZIONE, MUSIO, *Il divorzio - Disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002, 142;

MENGGONI, 245; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 551, 553).

✎ Non era totalmente da escludersi, difatti, la possibilità che, nel dichiarare la separazione, il giudice affidasse alcuni figli alla madre ed altri al padre (T. Cagliari, 11.3.1997).

■ Nella maggior parte dei casi, altresì, poiché l'interesse del minore richiedeva che fossero garantiti soddisfacenti rapporti con il genitore non affidatario, nella decisione sull'affidamento, il rilievo esclusivo all'interesse del minore poteva condurre a privilegiare il genitore che si fosse mostrato maggiormente disponibile a favorire – o, perlomeno, a non ostacolare – i rapporti dei figli affidatigli con l'altro genitore ed, eventualmente, con gli altri fratelli (DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, 715; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 551 e 553; SCANNICCHIO, 945).

✎ Si deve segnalare, ancora, come, in più di una occasione, fosse stato ritenuto ininfluenza, ai fini della decisione concernente l'affidamento, il fatto che il genitore al quale il figlio veniva affidato risiedesse, o intendesse trasferirsi, all'estero (C., Sez. I, 22.6.1999, n. 6312; C., Sez. I, 17.2.1995, n. 1732; T. Napoli, 27.7.1989). Da rimarcare, infine, è come potesse acquistare rilievo anche l'esistenza, già prima del provvedimento del giudice, di un rapporto di convivenza tra la prole e uno dei genitori, giacché, in tal caso, non era difficile che venisse riscontrato un interesse del minore alla conservazione della situazione di fatto instauratasi (T. Monza, 19.11.1986); infatti, molto frequentemente, è stato dato esplicito rilievo all'opportunità di evitare il distacco della prole minore dal proprio *habitat*, vale dire dal luogo in cui già risiedeva e dalle persone che, oramai, era abituata a frequentare (C., Sez. I, 22.6.1999, n. 6312; T. Perugia, 26.11.1997; T. Napoli, 27.7.1989); ciò anche allo scopo di favorire, almeno per questa via, quella continuità e quella stabilità nello sviluppo e nell'educazione, le quali rischiano di restare gravemente pregiudicate in conseguenza della disgregazione della famiglia.

■ Oggi, certamente, la prima valutazione dovrà riguardare la possibilità di attuare

**l'ottimale realizzazione dell'interesse della prole**, astrattamente sempre consistente nell'affidamento bigenitoriale. Qualora, tuttavia, questa soluzione, astrattamente migliore, si rivelasse in concreto pregiudizievole, anche oggi al giudice resterà il potere (e il dovere) di **allontanarsene tanto quanto riterrà necessario** al fine di realizzare esclusivamente la tutela concreta dell'interesse della prole minorenni. Egli, allora, potrà, ad esempio, "graduare" l'esercizio della potestà (cioè, peraltro, solo nei limiti di cui al 3° co. dell'art. in commento. Cfr., *infra*, par. 5), pur sempre restando nell'ambito dell'affidamento "condiviso"; potrà disporre l'affidamento esclusivo ad un solo genitore; potrà temporaneamente disporre l'affidamento "familiare" a soggetti diversi dai genitori; potrà, nei casi più gravi, anche limitare i rapporti della prole con uno o con entrambi i genitori, *ex art.* 333 c.c., fino all'estremo di sospenderli, *ex art.* 330 c.c. Ogni scelta che si discosti dal pieno affidamento condiviso, peraltro, rappresenterà un'eccezione alla regola indicata dalla L. n. 54/2006, e dovrà essere adeguatamente motivata. Al fine di stabilire dove stia l'interesse della prole, e quali decisioni meglio lo realizzino, poi, potranno mantenere rilevanza molti degli orientamenti sopra ricordati (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1031 s.).

### 3. Il significato di "affidamento condiviso".

**Affidamento condiviso non può valere per "collocazione alternata" della prole**

■ Una prima importante conseguenza della necessità di decidere sempre allo scopo di tutelare al meglio l'interesse concreto della prole minorenni, credo possa essere ravvisata nella **individuazione dello stesso significato, del contenuto, da dare all'«affidamento ad entrambi i genitori»**. Essa può essere ravvisata, vale a dire, nel fatto che **ben raramente** l'affidamento condiviso potrà comportare anche la **collocazione della prole presso entrambi i genitori**. Salvo ipotesi particolarissime, in altri termini, l'affidamento "bigenitoriale" non dovrà ricalcare il vecchio "affidamento alternato" (si pronuncia chiaramente contro una sorta di "collocazione alternata"

della prole, ad esempio, BALESTRA, 657). Questa forma di affidamento era prevista dall'art. 6, 2° co., L. 1.12.1970, n. 898, accanto all'affidamento "congiunto". Come è noto, infatti, l'affidamento bigenitoriale non è una novità nel nostro ordinamento. Già prima della L. n. 54/2006, difatti, il giudice poteva disporre l'affidamento "congiunto", o quello "alternato". Con la L. 6.3.1987, n. 74, era stata introdotta, all'art. 6, 2° co., L. 1.12.1970, n. 898, la previsione esplicita della possibilità, per il giudice, di disporre l'affidamento congiunto o alternato, vale a dire di non scegliere uno solo dei genitori quale affidatario, e di affidare i figli ad entrambi i genitori (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 718).

☛ Seppure in passato mancasse una specifica disposizione di tale tenore nelle previsioni in tema di separazione personale, poi, comunque non si dubitava dell'applicabilità degli affidamenti congiunto ed alternato – previsti espressamente, appunto, solo per il caso di divorzio – anche in altre ipotesi di crisi familiare (C., Sez. I, 13.12.1995, n. 12775; C., Sez. I, 7.2.1995, n. 1401; C., Sez. I, 4.5.1991, n. 4936. Tra le decisioni di merito: T. Catania, 8.6.1994; T. Roma, 12.5.1987).

■ Il vecchio **affidamento alternato**, in particolare, proprio per la sua improbabile rispondenza al concreto interesse della prole, **quasi solo critiche** aveva sollevato in dottrina (critici verso l'affidamento "alternato", si erano manifestati: CANOVA, GRASSO, *Ancora sull'affidamento congiunto od alternato: interesse del minore o funzione giuridica?*, in *DFP*, 1991, II, 740; DELL'ANTONIO, *Il bambino conteso. Il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati*, 2° ed., Milano, 1993, 124; MENGONI, 245 s.; SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio*, 686; ID., *Il matrimonio*, in *Giur. sist. Bigiavi*, 3° ed., Torino, 1989, 454; TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *RDC*, 1987, II, 138).

☛ Esso, inoltre, **ben scarsa applicazione** aveva trovato in giurisprudenza (per alcuni, singolari, casi di affidamento alternato, o, almeno, di collocazione alternata: T. S. Maria Capua Vetere, 14.9.1993; T. Napoli,

17.10.1987; T. Roma, 12.5.1987; T. Piacenza, 4.2.1986. In senso nettamente opposto, peraltro: T. Napoli, 22.12.1995. Quest'ultima decisione sembrava quasi escludere in generale che l'affidamento alternato potesse conciliarsi con il preminente interesse dei figli).

■ Certo, non può escludersi che in qualche rara fattispecie concreta anche la materiale collocazione presso entrambi i genitori sia davvero rispondente – e, in tal caso, ottimamente rispondente – all'interesse dei figli, e dunque, possa e debba essere disposta dal giudice. Ma tali ipotesi mi paiono, appunto, assai rare ed eccezionali. Per essere davvero rispondente all'interesse della prole, infatti, una “collocazione” bigenitoriale dovrebbe presupporre dei genitori che, seppure non più uniti sentimentalmente, continuino a coabitare (il che sarà ben raro), o, almeno, dei genitori che abitino molto vicini l'una all'altro (ad esempio, in due distinte unità abitative, ma site nello stesso stabile). Tale concreta eccezionalità, unita al silenzio legislativo in merito alla materiale collocazione della prole minorenni, mi pare spinga ad opinare che solo eccezionalmente la collocazione presso entrambi i genitori potrà essere disposta, e che l'obbligo per il giudice di motivare la propria decisione sorgerà proprio allorché verrà disposta una collocazione della prole presso entrambi i genitori, magari “alternata”, e non anche nel caso “normale” di collocazione prevalente presso un solo genitore. A me sembra probabile, in altri termini, che la L. n. 54/2006 abbia inteso indicare un contenuto preferibile per l'«interesse della prole minorenni», consistente nell'affidamento ad entrambi i genitori, ma **non anche spingersi fino a fare rientrare in questo concetto di affidamento**, e, dunque, di migliore via “normale” per realizzare l'interesse della prole stessa, pure **la collocazione di essa presso entrambi**. Troppo difficilmente, lo si ripete, la collocazione presso entrambi i genitori potrà essere una soluzione in pratica davvero rispettosa dell'interesse esclusivo della prole minorenni, per potere, in assenza di un'esplicita previsione normativa, reputare che si debba presupporre tale collocazione

come la più adeguata, nonché, conseguentemente, reputare che per adottarla non sia necessaria alcuna motivazione, mentre la motivazione divenga necessaria per discostarsene (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 725 s.; ID., *L'affidamento condiviso*, 1033 s.).  
 ✪ Anche in giurisprudenza, si va affermando l'idea che la condivisione dell'affidamento non consista in una collocazione presso entrambi, e che “affidamento della prole” non coincida più, nemmeno in linea di massima, con “coabitazione con la prole” (T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007; T. Pisa, 20.12.2006; T. Firenze, 13.12.2006; T. min. Milano, 6.10.2006). Generano, a poco dire, forti perplessità, dunque, decisioni come quella in cui, per un caso riguardante un minore in tenera età, ed in cui vi era una rilevante distanza tra le abitazioni dei genitori, si è disposta l'uguale permanenza del minore presso la madre e presso il padre (T. Chieti, 28.6.2006). Al contrario, saggia e prudente appare, ad esempio, la posizione di chi precisa che l'affidamento condiviso non comporta necessariamente una convivenza del figlio con entrambi, né una sorta di affidamento alternato (T. Messina, 18.7.2006; T. Salerno, 30.6.2006).

■ Mi si consenta di notare, da ultimo, come, ove il concetto di **affidamento** venga sistematicamente **separato da quello di fisica collocazione** del minore, ci sia da chiedersi cosa rimanga, in effetti, del, così detto, “affidamento”. E la risposta, probabilmente, sarà che l'affidamento verrà ad **identificarsi (e nemmeno sempre) con l'esercizio della potestà**, il quale, questo sì, in caso di affidamento condiviso sarà, tendenzialmente, mantenuto in capo ad entrambi i genitori. Non si può tacere, del resto, come l'idea stessa di “affidamento”, si sia, in un certo senso, sviluppata insieme a quella di “collocazione” della prole. È vero che, anche in passato, la collocazione del minore presso l'affidatario, non rappresentava una caratteristica sempre e necessariamente connessa all'affidamento, il quale, perciò, non poteva essere identificato con essa (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1034). Quando la regola era l'affidamento esclusivo, tuttavia, “affida-

mento” di un figlio minore principalmente significava, nella maggior parte dei casi, proprio convivere con lui, oltre che esercitare su di esso, in modo esclusivo, la potestà (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 698 s.). Fino a che la regola è stata quella dell'affidamento esclusivo, insomma, di norma affidamento e collocazione hanno coinciso. E, sicuramente, di questo ha grandemente risentito l'idea stessa di affidamento che si è andata formando nel tempo. Ora, occorre interrogarsi su quanto sia ancora sensato ricorrere a quell'idea di affidamento, in un sistema nel quale, di regola, l'affidamento dovrà essere ad entrambi i genitori, mentre, mi pare, l'interesse della prole imporrà comunque la collocazione della prole stessa presso uno solo di essi, vale a dire in un sistema nel quale l'affidamento dei figli dovrà andare, di regola, disgiunto dalla collocazione di essi. E, più ancora, forse bisogna domandarsi se abbia senso ancora discorrere di “affidamento”, dopo che, come regola, tale concetto è stato separato dalla collocazione. La verità è che, probabilmente, la locuzione “affidamento condiviso”, con la quale si è voluto sottolineare che la bigenitorialità diveniva la regola anche nella crisi della famiglia, altro non è che una sorta di ossimoro. Vi sono esperienze straniere (per tutti, PATTI, 300 ss., spec. 304 ss.), del resto, nelle quali si è fatta la scelta, più coerente, per cui, di regola, dopo la crisi familiare non vi sarà “affidamento”, ma vi sarà la prosecuzione della situazione precedente per quanto possibile, e per il resto, il giudice prenderà le necessarie decisioni, ad esempio, sulla collocazione materiale della prole, o sulla potestà. Non vi sarà “affidamento” dopo la crisi familiare, insomma, così come “affidamento” non potrebbe sensatamente esservi nella famiglia unita. Significativo, in questo senso, diventa quello che appare un poco come un *lapsus* del legislatore, quando, al 2° co. dell'art. 155 c.c., dispone che i figli «restino affidati» ad ambedue i genitori, quasi a sottolineare come l'intento sia quello di conservare una situazione quanto più possibile corrispondente a quella che esisteva prima della crisi; situazione prima della crisi, peraltro, nella

quale l'affidamento, almeno nel significato con cui lo si è principalmente inteso fino ad oggi, non aveva spazio alcuno (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1034 s.).

☛ Guardando agli orientamenti che, nei primi due anni di applicazione della L. n. 54/2006 si sono andati sviluppando in merito al significato di “affidamento condiviso”, al ruolo di “regola” di esso, ai presupposti necessari per poterlo disporre, ed alle cause ostative dello stesso, si può rammentare che: ripetutamente è stato ribadito come, ormai, **l'affidamento condiviso rappresenta la regola** (A. Roma, 14.11.2007; A. Roma, 11.7.2007; A. Roma, 9.5.2007; A. Roma, 4.4.2007; T. Catania, 2.10.2007; T. Campobasso, 20.8.2007; T. Napoli, 22.1.2007; T. Firenze, 13.12.2006; T. Bari, 13.9.2006; T. Bologna, 10.4.2006), e dunque non abbisogni di particolari motivazioni per essere disposto (si “motiva” anche la scelta dell'affidamento condiviso, peraltro, in T. min. Bologna, 26.4.2006), mentre sia diventato **eccezionale l'affidamento ad un solo genitore** (A. Roma, 14.11.2007; A. Roma, 11.7.2007; A. Roma, 9.5.2007; A. Roma, 4.4.2007), che può ancora essere disposto, ma solo con **provvedimento motivato** (A. Roma, 11.7.2007; A. Roma, 9.5.2007; A. Roma, 4.4.2007), quando i **genitori congiuntamente lo richiedano** (T. Catania, 2.10.2007. In senso contrario, T. Napoli, 22.1.2007, secondo la quale, con statuizione che lascia a dir poco perplessi, tale regola si applicherebbe pure a prescindere dalla volontà espressa anche di uno solo dei genitori), o, altrimenti, dopo che sia stato argomentato che dall'affidamento condiviso **deriverebbe alla prole un pregiudizio** (T. Bologna, 10.4.2006, che parrebbe richiedere la prova del pregiudizio. A questo ultimo riguardo, si noti, peraltro, come nelle materie in commento vengano pacificamente riconosciuti al giudice i più ampi **poteri d'ufficio**. Ad esempio: C., Sez. I, 10.10.2007, n. 21293; C., Sez. I, 3.8.2007, n. 17043; T. Rimini, 21.10.2006); continuano, come già riguardo alla possibilità di disporre il previgente affidamento congiunto, a registrarsi due opposti orientamenti sulla rilevanza dell'**accesa conflittualità** tra i genitori

quale causa ostativa dell'affidamento ad entrambi (opinano che la conflittualità **escluda** la rispondenza dell'affidamento condiviso all'interesse della prole, ad esempio: A. Napoli, 3.9.2007; A. Roma, 18.4.2007; A. Milano, 30.3.2006; T. Napoli, 28.6.2006, in cui si precisa come l'affidamento condiviso presupponga, da parte dei genitori, almeno il reciproco riconoscersi adatti. Di **contrario** avviso, sono: T. Campobasso, 20.8.2007; T. min. Milano, 6.10.2006; T. Catania, 1.6.2006; T. Ascoli Piceno, 16.3.2006); ostative della rispondenza dell'affidamento condiviso all'interesse del minore, e, quindi, ragioni sufficienti per disporre l'affidamento ad un solo genitore, poi, sarebbero sia l'**avversione del figlio verso uno dei genitori** (A. Roma, 18.4.2007; A. Napoli, 17.5.2006; T. Firenze, 22.4.2006) e la **compromissione dei rapporti genitore-figlio** (T. Modena, 5.7.2007), sia l'**aver diradato, ormai da anni, i rapporti con il figlio** con cui non si conviveva più (A. Bologna, 21.9.2006), o, addirittura, l'essere stato **totalmente** (T. Campobasso, 20.8.2007), o anche **parzialmente** (T. Messina, 29.1.2008) **latitante**, sia la **lontananza tra le residenze** dei genitori (A. Roma, 18.4.2007; A. Bologna, 28.12.2006; T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007) che renderebbe **impossibile** quella che sarebbe l'essenza stessa di tale forma di affidamento, vale a dire l'indispensabile **paritetica corresponsabilità e compartecipazione** alla cura, all'educazione e all'istruzione del minore (T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007. Per l'importanza, ai fini dell'affidamento condiviso, della vicinanza tra le residenze dei genitori, si veda anche T. Napoli, 21.11.2006, in cui si assegna ad entrambi i genitori la casa familiare facilmente divisibile in due distinte unità immobiliari, proprio allo scopo di garantire la massima efficacia all'affidamento condiviso. Nel senso che l'allontanamento della residenza da parte della madre con cui i figli convivono sia semplicemente di "ostacolo" all'affidamento condiviso, T. Pisa, 20.12.2006). Tra le circostanze che non incidono sulla scelta dell'affidatario, per il caso in cui si imponga l'affidamento ad un solo genitore, è stata indicata

l'**omosessualità del genitore** stesso (T. Napoli, 28.6.2006).

#### **4. I tempi e le modalità di presenza della prole presso ciascun genitore, nonché la misura e il modo della contribuzione e della partecipazione alle cure parentali**

■ Se, come si notava nel paragrafo precedente, la regola risiede nella necessità di individuare, anche in caso di affidamento condiviso, una collocazione prevalente, a ciò consegue, come pure già si accennava, che, anche in caso di affidamento condiviso (oltre che, ovviamente, in caso di affidamento esclusivo), il **giudice debba fissare i tempi e le modalità di presenza della prole presso ciascun genitore, nonché la misura e il modo in cui ognuno debba farsi carico della cura, dell'educazione e dell'istruzione di essa** (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1035).

☞ In questo stesso senso, già si è pronunziata anche la giurisprudenza (T. Messina, 18.7.2006).

■ È mia opinione che codeste determinazioni siano ancora indispensabili, e che il **giudice non possa non provvedervi**. L'alternativa alla determinazione giudiziale, del resto, non potrebbe risiedere, se non nella volontà dei genitori stessi. Ma il rilievo di tale volontà è predeterminato (e limitato) dal medesimo, rinnovato, art. 155 c.c., laddove, al 2° co., si dispone che è comunque il giudice che deve prendere atto degli accordi tra i genitori, e che potrà farlo solo se essi non siano «contrari all'interesse dei figli»; da ciò deriva che la volontà dei genitori può rilevare, ma solo dopo il vaglio del giudice, e solo se rispettosa dell'interesse della prole. Con il che, in altre, parole, si chiarisce come il giudice non possa restare inerte (oltre che sull'affidamento dei figli, anche) in merito ai tempi ed alle modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore – in questo mi pare ben possa rientrare anche la decisione sulla "collocazione" prevalente della prole –, nonché sulla misura e il modo in cui ciascun genitore debba contribuire alla cura, all'istruzione e all'educazione (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1035).

☞ Non è stata ritenuta **contraria all'ordine**

**pubblico internazionale**, e dunque è stata reputata efficace anche nel nostro ordinamento, peraltro, la sentenza straniera nella quale è stato disposto l'**affidamento bigenitoriale**, senza accompagnarla con la prede-terminazione di **regole di comportamento per i genitori** (C., Sez. I, 25.7.2006, n. 16978).

■ A mio parere, a questo punto, per definire quanto deriva dalle statuizioni giudiziali sui tempi e sui modi di presenza della prole presso il genitore che con essa non conviva – e, in senso più ampio, anche per quanto deriva dalle statuizioni su misura e modi in cui tale genitore debba provvedere alla cura, all'educazione ed all'istruzione della prole – si potrà anche rifiutare la vecchia definizione di "diritto di visita", nonostante fosse pacifico per tutti quelli che ne facevano uso, che essa aveva solo un valore di indicazione sintetica, ma era certamente imprecisa e fortemente riduttiva; ma **non si potrà negare la rilevanza, anche attuale, di molte delle passate elaborazioni, in tema di "diritto di visita"** (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1035 s.). Converrà, allora, sinteticamente rammentare tali elaborazioni, e, anzitutto, ricordare come, in passato, il tribunale di solito riconoscesse al genitore non affidatario anche il "diritto" di incontrare periodicamente i figli, vale a dire quello che, con formula restrittiva, veniva definito "diritto di visita", e come, peraltro, anche di esso già si sottolineasse, anzitutto, la doverosità (C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Op-po, Trabucchi*, 384; CATTANEO, *Corso*, 126; DAGNINO, *Potestà parentale e diritto di visita*, in *DFP*, 1975, II, 1499 ss.; RUSCELLO, *La tutela del minore*, 177 ss.; QUADRI, *Famiglia e Ordinamento*, 301 ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, 315).

☛ Anche in giurisprudenza, si è evidenziata la **doverosità del c.d. "diritto di visita"** del genitore non affidatario (C., Sez. I, 19.4.2002, n. 5714), e da questa si è desunta pure la possibilità, per l'affidatario, di domandare il rimborso delle somme versate in eccedenza a causa della mancate "visite" del non affidatario (C., Sez. I, 8.2.2000, n. 1365). Nel riconoscere e regolare codesto "diritto", poi, il tribunale

non avrebbe dovuto tanto tenere conto degli interessi del genitore, ma avrebbe dovuto dare soprattutto rilievo, ancora una volta, al preminente interesse morale e materiale del figlio minore (C., Sez. I, 20.9.1999, n. 10149; C., Sez. I, 25.9.1998, n. 9606; C., Sez. I, 12.7.1994, n. 6548. Tra le decisioni di merito: T. Catania, 25.2.1994). Al giudice si riconosceva un'ampia discrezionalità che doveva usare per dettare modalità e limiti di esercizio del "diritto" in parola, tenendo presente essenzialmente l'interesse del figlio. I limiti potevano arrivare fino al punto di escludere ogni incontro tra il genitore non affidatario ed i figli, ma ciò soltanto quando ci si fosse trovati nell'ipotesi di pregiudizio per la prole (C., Sez. I, 2.6.1999, n. 6312; C., Sez. I, 25.9.1998, n. 9606; C., Sez. I, 17.7.1996, n. 6458), come, solitamente, si reputava accadesse, ad esempio, allorché il genitore non affidatario fosse decaduto dalla potestà (C., Sez. I, 7.2.1995, n. 1401; C., Sez. I, 4.6.1994, n. 5431; T. Catania, 18.11.1992. Nel senso che nemmeno la decadenza dalla potestà portasse, automaticamente, ad escludere il "diritto di visita", A. Roma, 27.2.1995). Il tribunale, inoltre, poteva prevedere le cautele che riteneva opportune al fine di tutelare l'interesse del figlio, nelle ipotesi in cui gli incontri con il genitore non affidatario potessero rivelarsi per certi aspetti anche traumatici per il figlio stesso. Le modalità fissate dal tribunale, poi, non avrebbero mai dovuto essere generiche, ma avrebbero sempre dovuto specificare, ad esempio, i tempi, i luoghi ed i modi di incontro con i figli (C., Sez. I, 3.5.1986, n. 3013; T. Catania, 9.12.1991) – o di "consegna" e di "riconsegna" degli stessi –, e ciò allo scopo di rendere, per l'affidatario, il più possibile agevole l'attuazione del diritto/dovere (C., Sez. I, 11.1.2002, n. 299. Riguardo al bilanciamento tra sacrifici che potevano essere chiesti al non affidatario, e sacrifici che potevano essere imposti alla prole: C., Sez. I, 22.6.1999, n. 6312; C., Sez. I, 8.11.1997, n. 11031), nonché al fine di non creare ulteriori occasioni di contrasto tra i genitori. Si riteneva, inoltre, che il tribunale potesse agevolare il non affidatario fino al punto in cui ciò non comportasse l'imposizione di sacrifici non giustificati per la prole; d'altro canto, le modalità di

concreta attuazione del “diritto di visita”, non avrebbero potuto, comunque, essere talmente ardue da vanificarlo in concreto; vale a dire che non sarebbe stata ammissibile un’esclusione “nascosta” di tale diritto. Laddove, poi, l’effettivo esercizio delle visite fosse stato, costantemente e continuativamente, impedito dall’affidatario, già era stata riconosciuta al non affidatario la risarcibilità dei danni che da ciò gli fossero potuti derivare (T. Roma, 13.6.2000).

■ Nella maggior parte dei casi, inoltre, il giudice non si sarebbe dovuto limitare a concedere al non affidatario soltanto il “diritto” di incontrare il figlio, vale a dire di fargli visita, ma avrebbe dovuto riconoscergli anche il diritto (e dovere) di **tenerlo presso di sé per determinati periodi** (BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2002, 206, 241); già era nelle cose, infatti, che, per lo più, trascorrere periodi di convivenza anche con il genitore non affidatario rappresentasse il miglior modo affinché il figlio potesse conservare quel corretto e compiuto rapporto con entrambi i genitori, che, di solito, corrispondeva (e corrisponde) all’interesse del figlio stesso (A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I-II, 565). Se capitava che il “diritto di visita” dovesse essere escluso, infatti, ciò accadeva perché esso si presentava, nel caso concreto, pregiudizievole per i figli; ma, allora, l’esclusione avrebbe dovuto essere esplicita, ed avrebbe dovuto essere motivata proprio in riferimento al pregiudizio che alla prole sarebbe potuto derivare dai rapporti con il genitore non affidatario (RUSCELLO, *La tutela del minore*, 183 s.; QUADRI, in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, 111 ss.).

☛ Il diritto/dovere di incontrare la prole aveva anche lo scopo di **permettere la vigilanza da parte del non affidatario** sull’operato dell’affidatario, ma, naturalmente, non solo tale scopo; esso era necessario, infatti, da un verso, affinché il genitore potesse mantenere uno stabile e soddisfacente rapporto, anche affettivo, con i figli, e, dall’altro verso, affinché venisse adeguatamente attuato il dovere di assistenza morale e di cura personale

che anche il genitore non affidatario aveva verso la prole, e, dunque, affinché la prole potesse crescere sentendo la presenza e la vicinanza di entrambi i genitori (C., Sez. III, 17.7.1996, n. 6458; C., Sez. I, 17.1.1996, n. 364; C., Sez. I, 9.7.1989, n. 3249).

■ Il diritto in parola era, e resta, insomma, non solo un diritto del genitore, ma **anche un suo dovere**, nonché, e **soprattutto, un diritto del figlio minore**. In caso di contrasto tra diritto del genitore e interesse del figlio, magari a non frequentare il genitore, o a farlo in tempi e con modi diversi da quelli che il genitore vorrebbe, allora dovrebbe, di norma, **ancora prevalere l’interesse del figlio** (si ricordi che anche “i tempi e le modalità” della presenza dei figli presso ciascun genitore debbono essere determinati dal giudice con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale della prole. BASINI, *L’affidamento condiviso*, 1038 s.).

☛ In osservanza alla necessità di perseguire esclusivamente l’interesse della prole, in giurisprudenza sono stati **sospesi gli incontri** tra figlio e genitore non affidatario, a causa della profonda **avversione** del primo verso il secondo, seppure incolpevole (A. Napoli, 17.5.2006).

■ Una posizione che pare non più sostenibile, peraltro, sembra quella che individuava nel “diritto di visita” del genitore una funzione piuttosto che un vero diritto soggettivo (DAGNINO, 1505 ss.). Pur riconoscendo che esiste, in tale diritto, una forte componente di doverosità, e che, in caso di contrasto, il diritto che dovrà prevalere, sarà quello del figlio (ad essere visitato, ma anche, eventualmente, a non esserlo), mi pare che oggi sia esplicita la presenza di una diretta tutela anche dell’interesse del genitore, come risulta chiaramente dalla previsione della possibilità di disporre il risarcimento del danno a carico di un genitore, nei confronti dell’altro, quando ricorrano gravi inadempienze, o vengano ostacolate “le modalità di affidamento”, racchiusa nel nuovo art. 709 *ter* c.p.c. (BASINI, *L’affidamento condiviso*, 1038 s.).

☛ Come ho ricordato, del resto, un simile

risarcimento già era stato riconosciuto dalla giurisprudenza, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 709 *ter* c.p.c. (T. Roma, 13.6.2000).

■ In passato, com'è noto, il genitore non affidatario aveva espressamente il diritto ed il dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione dei figli, e poteva ricorrere al tribunale contro decisioni che riteneva essere per loro pregiudizievoli (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 741 ss.). Nella attuale disciplina, invece, non è più esplicitamente previsto un diritto/dovere del genitore non affidatario di vigilare sull'operato dell'altro, né di ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli all'interesse dei figli. Ciò anche se è ancora ben possibile che il giudice disponga l'affidamento monogenitoriale, che, a prescindere dal tipo di affidamento disposto, collochi la prole presso uno solo dei genitori, e che gradui variamente "l'esercizio" della potestà. A me pare, del resto, che tale specifica previsione non sia necessaria, e che tali diritti/doveri derivino dal dettato costituzionale, laddove, all'art. 30, la Carta fondamentale impone al genitore il diritto ed il dovere di mantenere istruire ed educare la prole, nonché dal generale sistema in materia di filiazione. Conferma di ciò, inoltre, mi pare si tragga pure, ad esempio, dall'art. 155 *ter* c.c., e dal nuovo art. 709 *ter* c.p.c. Quest'ultima disposizione, altresì, pare risolva il vecchio contrasto sul giudice a cui ricorrere nel caso di decisioni ritenute pregiudizievoli, attribuendo la competenza per le controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità dell'affidamento al "giudice del procedimento in corso". In passato, per ciò che riguardava specificamente il divorzio, si riteneva, comunemente, che la L. 6.3.1987, n. 74, introducendo, all'art. 6, 4° co., L. 1.12.1970, n. 898, uno specifico riferimento al "tribunale" avesse esplicitamente devoluto la competenza a decidere sui ricorsi in parola al tribunale ordinario (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 2ª ed. agg., Milano, 1989, 11 dell'aggiornamento; A. FINOCCHIARO, 524 ss.). Per quanto atteneva alla separazione, invece, in riferimento ai criteri per

decidere in ordine a siffatti ricorsi, nonché al giudice competente per la pronuncia, le opinioni degli autori non erano concordi. Sembrava prevalessse la posizione secondo la quale già doveva reputarsi competente il tribunale ordinario che giudicava sulla separazione, il quale doveva decidere in base al vecchio art. 155 c.c. (A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I-II, 602). Non mancava, tuttavia, chi riteneva che, in questo caso come per il mancato accordo per le decisioni "di maggiore interesse", dovessero trovare applicazione i criteri di cui all'art. 316 c.c., ed avesse competenza anche il tribunale per i minorenni (GIORGIANNI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, 1992, 337). Vi era, inoltre, chi sottolineava come, in concreto, sarebbe potuto essere molto difficoltoso distinguere il caso che ora si sta ricordando, dalla condotta del genitore pregiudizievole per uno dei figli, che rileva, ai sensi dell'art. 333 c.c., affinché si possa adire il tribunale per i minorenni al fine di ottenere i provvedimenti opportuni, e rimarcava come, in conseguenza di ciò, potesse essere comunque particolarmente difficoltoso, nel caso concreto, stabilire se la competenza fosse del tribunale per i minorenni o del tribunale ordinario (MANTOVANI, *Separazione personale*, 24; ZATTI, *La separazione personale dei coniugi*, 153 ss.). Per quanto concerne, infine, il così detto "**diritto di visita**" degli avi (e degli altri parenti), l'attuale versione dell'art. in commento esplicitamente prevede, al 1° co., il diritto del figlio minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Pure tale previsione conferma e sancisce legislativamente una posizione, già diffusa e sostenuta, anche se, per la verità, mentre in passato si era riconosciuto anche il **diritto del minore ad "instaurare" rapporti con gli avi**, la previsione in commento sancisce solo il diritto a "**conservare**" tali rapporti. La differenza potrebbe non essere priva di ricadute pratiche, ad esempio in casi nei quali la crisi tra i genitori intervenga durante la gestazione, e prima ancora della nascita del figlio.

☛ I diritti-doveri di vigilare sullo sviluppo

del fanciullo, nonché di assisterlo moralmente e di prendersene cura, difatti, già non erano ritenute prerogative dei soli genitori, ma, al contrario, anche di altri parenti, sicché il “diritto di visita” già era stato riconosciuto, anche in capo a soggetti quali gli avi (C., Sez. I, 25.9.1998, n. 9606; T. Taranto, 19.4.1999; T. min. Bari, 10.1.1991), i fratelli e le sorelle.

■ In questi casi, più ancora rispetto al “diritto” del genitore, sembrava da evidenziare, peraltro, la **doverosità della visita** (C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 384 s.; DAGNINO, 1516 ss.; MENGONI, 246; PUTTI, *Il diritto di visita degli avi: un sistema di relazioni affettive che cambia*, in RTDPC, 2002, 897 ss.; RUSCELLO, *La tutela del minore*, 177). Giova unicamente sottolineare, ancora, come la previsione espressa abbia ad oggetto il **diritto del minore** a conservare rapporti con ascendenti e altri parenti, e non anche – come pure è stato sostenuto in dottrina – uno speculare diritto di tali soggetti, e in particolare degli avi, a frequentare il minore (BASINI, *La nonna, Cappuccetto Rosso, e le visite: del c.d. “diritto di visita” degli avi*, in FPS, 2006, 433 ss.; M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, 117 ss.).

✚ In giurisprudenza, nella vigenza della nuova disciplina, si è precisato che il giudice può disciplinare i rapporti tra nipoti minori ed avi anche d'ufficio, ma sempre nell'esclusivo interesse dei primi, che **solo al minore compete il diritto** ai rapporti con in prossimi congiunti (T. Reggio Emilia, 17.5.2007), mentre non vi è alcun “diritto dei nonni” (T. Messina, 29.1.2008), e si è **vietato ogni rapporto tra il minore e gli avi**, a causa della **conflittualità tra questi e i genitori**, così accesa da rischiare di rendere tali rapporti pericolosi per l'armonico sviluppo del nipote minore, e, dunque, da renderli contrari all'interesse dei nipoti (T. Ascoli Piceno, 16.3.2006). Gli avi e gli altri congiunti, viceversa, hanno unicamente un interesse a che le condizioni di separazione consentano loro di avere rapporti personali con i nipoti, ma non hanno legittimazione a chiedere la revisione delle condizioni di separazione o di

divorzio (T. Reggio Emilia, 17.5.2007), essendo legittimati, al più, ad un intervento adesivo, per sostenere le ragioni del genitore che intenda perseguire il diritto del figlio alla conservazione dei rapporti significativi con gli avi (T. Firenze, 22.4.2006).

■ Un altro aspetto, relevantissimo, che pure viene menzionato già al 2° co. dell'art. 155 c.c., insieme alla cura, all'istruzione e all'educazione, e riguardo al quale, sulla base dei medesimi argomenti esposti all'inizio di questo paragrafo, si può affermare la necessità che il giudice si pronunci, consiste nel, così detto, “mantenimento” della prole (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1048 ss.). Prima di prendere in considerazione alcune questioni riguardanti il mantenimento, tuttavia, sarà utile soffermarsi sulle regole in tema di potestà genitoria, poiché proprio qui, probabilmente, va ravvisato il “cuore” della riforma. Se l'affidamento condiviso non consiste nella collocazione condivisa, difatti, esso, con ogni probabilità, prevalentemente consiste nell'esercizio comune della potestà; quasi “coincide” con l'esercizio comune della potestà (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1041 ss.).

### 5. Centralità dell'interesse della prole minorenni e potestà genitoria

■ All'esercizio della potestà è dedicato oggi il 3° co. del nuovo art. 155 c.c. Il testo previgente dell'art. 155, prevedeva che «il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi». La norma, poi, veniva integrata con la previsione di cui all'art. 317, 2° co., c.c., ai sensi del quale «la potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito (...) di scioglimento, (...) o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi». In base a ciò, si soleva affermare, dunque, che – per quanto riguardava l'affidamento esclusivo –, la titolarità della potestà restava, di solito, in capo ad entrambi i genitori, ma che l'esercizio esclusivo di essa competeva all'affidatario [BONILINI, *Manuale*, 206; F. FINOCCHIARO, 398; GALOPPINI, *Divorzio (Diritto privato e processuale)*, in NN.D.I., App., III, Torino, 1982, 99; SANTOSUOSSO, *Sciogli-*

mento del matrimonio, 685]. Già vi era anche, peraltro, chi reputava un “non senso” riconoscere in capo ad un soggetto la titolarità di una situazione giuridica, ma senza attribuirgli il potere di esercitarla, e, dunque, considerava priva di logica la distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà (RUSCELLO, *La tutela del minore*, 152).

☛ Tra le conseguenze del permanere della potestà anche in capo al non affidatario, vi era che anche tale soggetto potesse decadere da essa, ad esempio in conseguenza del comportamento tenuto in occasione dell'esercizio del così detto “diritto” di frequentare la prole (T. min. Lecce, 21.4.1989). Un'altra conseguenza che la giurisprudenza aveva tratto dalla permanenza della titolarità in capo anche al non affidatario, ad esempio, era che anche l'affidatario potesse essere soggetto attivo del reato di sottrazione di persone incapaci (T. Milano, 10.5.2001).

■ Le regole disposte al 3° co. dell'art. in commento, peraltro, non brillano certo per chiarezza, armonia e completezza. Stabilito, infatti, che la **potestà sia esercitata da entrambi i genitori** (il “cuore” dell'affidamento condiviso, appunto), il 3° co. prevede solo due regole alternative: l'esercizio congiunto di essa, per le decisioni di maggiore interesse (che debbono essere prese «di comune accordo»); la possibilità per il giudice di disporre l'esercizio separato della potestà, per le «questioni di ordinaria amministrazione». Si noti, tra l'altro, la goffaggine di contrapporre le «decisioni di maggiore interesse» alle «questioni di ordinaria amministrazione», costringendo così sullo stesso piano categorie che operano su piani logici ben distinti: quello personale, le prime; quello patrimoniale, le seconde. Da più parti si è sottolineata questa grossolana imprecisione, e, dunque, la necessità di non leggere la seconda locuzione come sarebbe tecnicamente corretto, vale a dire come riferita unicamente a questioni patrimoniali, e di intenderla atecnicamente (DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e individuale*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di Dogliotti, Torino, 2008, 62; SESTA, *Le nuove norme*, 383). In generale, non semplice è, ed è stato, deter-

minare il significato della locuzione «decisioni di maggiore interesse». Così, in passato, vi era chi per criticare l'identificazione tra atti di straordinaria amministrazione e decisioni di maggiore interesse (DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 81 ss.; PELOSI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, 1992, 349), già rimarcava come le questioni di maggior interesse a cui si riferivano l'art. 155 previgente e l'art. 6, L. n. 898/1970, paressero riguardare, essenzialmente, l'attività di cura della persona, e, dunque, si ponessero su di un piano differente rispetto alla materia dell'amministrazione (SCANNICCHIO, 959 ss.), e chi, viceversa, tendeva a ricomprendere tra le decisioni di maggiore interesse, per il campo patrimoniale, anche le decisioni concernenti il compimento di atti di straordinaria amministrazione (A. FINOCCHIARO, 482 s.).

☛ Nella giurisprudenza di legittimità, poi, sono state identificate le «decisioni di maggior interesse» con le «scelte straordinarie», e non con le «spese straordinarie», che sarebbero cosa diversa, e per le quali – in quanto tali – l'affidatario non avrebbe avuto alcun obbligo di concertazione con il non affidatario (C., Sez. I, 5.5.1999, n. 4459). Tali decisioni potevano andare, ad esempio, dalla scelta dei principi morali e religiosi sui quali impostare l'educazione della prole (C., Sez. I, 7.2.1995, n. 1401), alla scelta degli studi da farle seguire o delle scuole alle quali iscriverla (C., Sez. I, 3.11.2000, n. 14360; C., Sez. I, 29.5.1999, n. 5262), alla scelta ed al mutamento del nome del figlio (C., Sez. I, 20.9.1997, n. 9339), alla decisione se consentire, o meno, che un figlio fosse sottoposto ad un determinato trattamento sanitario, o che compisse un viaggio all'estero (C., Sez. I, 7.5.1986, n. 3060. Di avviso difforme, seppure in un *obiter*, pareva, peraltro, C., Sez. I, 5.5.1999, n. 4459), o, ancora, che partecipasse ad una trasmissione televisiva (T. min. Ancona, 29.3.1996).

■ Tornando all'attuale formulazione, pare che il difetto più grave di essa risieda nell'evidente lacuna normativa generata dall'alternativa fissata nel 3° co. dell'art. ora in esame. Esercizio della **potestà ad “entrambi”** i genitori, difatti, **non significa anche esercizio**

della potestà “di comune accordo”, sicché esiste un ambito di scelte di competenza di ciascun genitore, in cui non si sa se la decisione debba essere presa “congiuntamente”, oppure no. Testualmente, la norma pare imporre la **decisione congiunta solo per le decisioni di maggiore interesse**; ma, al tempo stesso, prevede la possibilità dell’esercizio separato della potestà, unicamente per le questioni di ordinaria amministrazione. **Manca una regola esplicita**, vale a dire, tanto per le decisioni che, pur non essendo «di maggiore interesse», non sono nemmeno «questioni di ordinaria amministrazione» per le quali il giudice abbia disposto l’esercizio separato della potestà, quanto per le stesse «questioni di ordinaria amministrazione», nei casi in cui il giudice non abbia stabilito che i genitori esercitino la potestà separatamente. In entrambe queste ipotesi, l’esercizio della potestà compete ad ambedue i genitori, ma non è testualmente previsto se ciò imponga sempre una gestione congiunta, o, viceversa, sia possibile per ognuno esercitare la potestà separatamente. Pensare che esista un territorio nel quale l’esercizio della potestà, su questioni non minute, sia in capo ad entrambi i genitori, senza, peraltro, che questi debbano trovare un accordo, che esista un novero di decisioni, che eccedono l’ordinarietà, per le quali ognuno dei genitori dovrebbe poter decidere da sé, senza conciliare la propria posizione con quella dell’altro, e, magari, decidere in senso opposto rispetto a decisioni già prese, e, fors’anche, già attuate dall’altro, peraltro, è di evidente scandalo alla tutela esclusiva dell’interesse della prole minorenni (ambigue e non condivisibili, dunque, mi paiono le parole di DOSI, 25, laddove afferma che «ciascun genitore avrà, cioè, la possibilità di decidere e di attuare quanto ritiene giusto per il figlio, senza invadere la sfera dell’altro e, perciò, nel rispetto della riservatezza e degli spazi di ciascuno dei due dopo la separazione»). Ed, allora, a me pare che, nel nome dell’interesse della prole, non resti che estendere la necessità dell’accordo ben più che per le decisioni definibili, in senso stretto, “di maggiore interesse” (BASINI, *L’affidamento condiviso*,

1043; SESTA, *Le nuove norme*, 383, secondo il quale è «preferibile ritenere che la regola enunciata in concreto dal legislatore sia quella della potestà congiunta, che solo attraverso l’intervento del giudice può diventare disgiunta per le questioni di ordinaria importanza»); o, almeno, intendere la norma nel senso che i genitori dovranno individuare d’accordo tra loro le linee generali dell’educazione da dare ai figli, dopo di che ogni scelta di concreta attuazione di tali linee potrà anche essere presa dal singolo genitore, ma senza mai discostarsi dal percorso comunemente individuato. Con il che, peraltro, si può affermare la **necessità di un accordo** non solo sulle decisioni, in senso stretto, «di maggior interesse», ma **su quasi tutto**; su tutto, **salvo che sulla «ordinaria amministrazione»**, allorché il **giudice abbia stabilito l’esercizio separato della potestà**. A chi dovesse replicare, poi, che sovente non sarà semplice trovare l’accordo, non si potrà che ribattere come, allora, dovrà essere la stessa forma di affidamento a mutare. Solo dove i genitori superino i propri conflitti nell’interesse della prole, e trovino delle comuni linee educative, del resto, potrà dirsi davvero rispondente all’interesse della prole l’esercizio della potestà ad entrambi. Al di fuori della ipotesi testualmente prevista per le “questioni di ordinaria amministrazione”, in sintesi, non dovrebbe esservi spazio per un esercizio della potestà ad entrambi i genitori che non sia anche, almeno implicitamente, assolto di comune accordo (BASINI, *L’affidamento condiviso*, 1043). Un’altra domanda, poi, concerne l’**ambito di applicabilità delle regole di cui al 3° co. dell’art. ora in commento**. In particolare, ci si chiede se le norme colà dettate in materia di esercizio della potestà, trovino applicazione **pure nell’affidamento monogenitoriale** (così, di recente, DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso*, 61), o solo in caso di affidamento condiviso (così: BASINI, *L’affidamento condiviso*, 1043 s.; SESTA, *Le nuove norme*, 380 s.). La mancanza di una delimitazione al solo affidamento condiviso, parrebbe indicare un’applicazione generale di queste norme, anche all’affidamento esclusivo. Ma, come è stato fatto notare, se così

fosse, rimarrebbe frustrato il chiaro intento legislativo di mantenere anche un affidamento esclusivo, come figura nettamente distinta dall'affidamento condiviso (SESTA, *Le nuove norme*, 380 s., che sottolinea come tale intento legislativo emerga nitidamente dal nuovo art. 155 bis c.c.). Se il “cuore” che caratterizza una forma di affidamento, infatti, è l'esercizio della potestà, applicare le stesse regole, in materia di potestà, alle due figure di affidamento significherebbe obliterare ogni netto confine tra di esse (SESTA, *Le nuove norme*, 380 s. In senso contrario, peraltro, DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso*, 61). A codesto, convincente, argomento, si può aggiungere che, se unicamente l'esercizio della potestà come disciplinato all'art. 155 c.c. fosse, anche per l'affidamento esclusivo, oggi possibile, gravissimo rischio correrebbe l'interesse della prole minorenni, in tutti quei casi in cui la forte conflittualità tra i genitori impedisse loro di trovare il necessario accordo, la necessaria “condivisione”, nell'esercizio della potestà. Togliendo al giudice la possibilità di disporre una forma di affidamento che rimetta la gran parte dell'esercizio della potestà ad un solo genitore, difatti, bisognerebbe pensare a continui interventi del giudice, per tutte le decisioni contrastate, che non potessero ritenersi di “ordinaria amministrazione” (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1044). Il che, evidentemente, non sarebbe, soltanto, in pratica pressoché irrealizzabile, ma sarebbe, anzitutto, in stridente contrasto con l'interesse esclusivo della prole. La possibilità, ex art. 155 bis c.c., di disporre l'affidamento ad un solo genitore qualora il giudice ritenga «che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore», insomma, si immiserirebbe ad una insignificante e sterile formula (BALESTRA, 660; BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1044), e l'interesse del minore non potrebbe ricevere protezione alcuna. Deve essere accolta, allora, l'opinione di chi ha indicato l'applicabilità del 3° co., dell'attuale art. 155 c.c. al solo affidamento condiviso (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1043 s.; SESTA, *Le nuove norme*, 380 s.), e ha suggerito, per l'affidamento esclusivo, di «riservare la responsabilità genitoriale ed i

relativi poteri ad un solo genitore, conservando all'altro compiti di vigilanza» (ancora, SESTA, *Le nuove norme*, 381, il quale, inoltre, scrive che «benché la possibilità per il giudice di decidere in ordine all'attribuzione dell'esercizio della potestà ed alla sua regolamentazione non sia contemplata espressamente dalla legge, deve ritenersi che essa derivi dalla lettera dell'art. 155 ter c.c., disposizione che prevede che i genitori possano chiedere la revisione delle disposizioni concernenti l'attribuzione dell'esercizio della potestà sui figli; il che significa che il giudice può, ed anzi, in sede di affidamento esclusivo deve, emettere disposizioni relative alla potestà, che poi potranno essere modificate». Cfr., inoltre: BALESTRA, 660; BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1043 s. In senso contrario, peraltro, cfr.: DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso*, 61; FAZIO, 274; QUADRI, *Affidamento dei figli*, 407; RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo “affido condiviso”*, in *Familia*, 2006, 648 ss.).

☛ Anche la giurisprudenza, in alcune occasioni, già sembra avere individuato nell'esercizio comune della potestà l'essenza dell'affidamento condiviso (T. min. Milano, 6.10.2006; T. min. Bologna, 26.4.2006). Tra le **decisioni di maggiore interesse**, ancora è stata indicata la **scelta della scuola** da fare frequentare al figlio (T. Bologna, 13.6.2007; T. Napoli, 27.2.2007), nonché la scelta del genitore presso il quale il minore sia collocato, di  **fissare la residenza lontano** da quella dell'altro genitore (T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007; T. Pisa, 20.12.2006). In particolare, la grande distanza tra le residenze dei genitori, è stata ripetutamente indicata come un gravissimo ostacolo per l'affidamento condiviso. Da questo presupposto condiviso, peraltro, di fronte alla decisione del genitore convivente con la prole di **trasferire lontano, e magari all'estero, la propria residenza**, sono derivate decisioni e **soluzioni assai disparate**, che vanno: dall'indicare come assolutamente legittima la decisione dell'affidatario di trasferire in altra città la propria residenza, e dal limitarsi a precisare che ciò renderà necessario disporre l'affidamento esclusivo, e regolare convenientemen-

te l'esercizio dei diritti dell'altro genitore, in modo da assicurare anche per esso i rapporti con la prole (A. Bologna, 28.12.2006); al precisare che il superiore interesse del minore, può limitare – anche se non escludere – il diritto di ciascuno a fissare liberamente la propria residenza, e può giustificare che l'affidamento della prole sia condizionato alla rinuncia da parte del genitore a trasferire la residenza (T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007); all'applicare i rimedi di cui all'art. 709 *ter*, 2° co., c.p.c., almeno nel caso in cui il trasferimento di residenza sia stato effettuato, dal genitore convivente, “unilateralmente” (T. Pisa, 20.12.2006); fino al criticabile estremo di interdire al genitore il mutamento di residenza, indicato come “voluttuario”, invocando la facoltà attribuita al giudice dal 2° co. dell'art. in commento, di adottare «ogni (...) provvedimento» per realizzare l'affidamento condiviso e l'interesse della prole (T. Rimini, 21.10.2006). Da ricordare, infine, è come, in un paio di occasioni, la **conflittualità tra i genitori** sia stata indicata come ragione giustificatrice (non dell'esclusione dell'affidamento condiviso, ma) della previsione dell'esercizio esclusivo della potestà in capo a ciascun genitore, per le questioni di ordinaria amministrazione (T. Campobasso, 20.8.2007; T. Catania, 1.6.2006). Il giudice competente a decidere nel caso di contrasto sulle decisioni di maggiore interesse, poi, è stato indicato nel tribunale ordinario competente per il procedimento (T. Bologna, 13.6.2007; T. Napoli, 27.2.2007).

## 6. (Segue) Rappresentanza, amministrazione e usufrutto legale

■ Nella disciplina previgente, una questione complessa, generatasi in conseguenza dell'attribuzione di poteri al genitore non affidatario, concerneva la **titolarità del potere di rappresentare il figlio**. Per quanto atteneva all'esecuzione delle decisioni “quotidiane”, non sorgevano particolari problemi, ed il genitore che esercitava, in via esclusiva, la potestà rappresentava il figlio, ai sensi dell'art. 320 c.c. (A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I-II, 564). I problemi, viceversa, sor-

gevano allorché si dovesse eseguire una decisione di «maggior interesse», ed essa, per essere attuata, avesse comportato un'attività destinata a coinvolgere anche terze persone. In questo caso, l'opinione prevalente era nel senso che la rappresentanza del figlio rimanesse, comunque, per intero al genitore affidatario, mentre l'obbligo di accordarsi con il non affidatario sulle decisioni di maggior interesse avrebbe avuto rilievo solamente nei rapporti interni tra genitori (CATTANEO, *Corso*, 127; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 83; DOSSETTI, 723; F. FINOCCHIARO, 400; GRASSETTI, 700; PELOSI, 349 s.). Vi era pure chi reputava, tuttavia, che, in riferimento alle decisioni di maggior interesse, anche la rappresentanza competesse congiuntamente ad entrambi i genitori (AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 4ª ed., Torino, 2002, 200; DI SAPIO, *L'esercizio della potestà in caso di separazione e divorzio e le decisioni di maggiore interesse per i figli: dell'accordo tra Arianna e Barbablù*, in *D&P*, 1997, II, 787 ss.; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 555 s.). L'amministrazione dei beni del figlio, poi, in generale, compete e compete automaticamente, *ex art.* 320, 1° co., c.c., al genitore che esercita la potestà (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 216; SCANNICCHIO, 961). È opportuno puntualizzare, tuttavia, come, ai sensi del previgente 5° co. dell'art. 155, il giudice dava «inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli». Ciò significava che **l'amministrazione poteva non competere, o non competere esclusivamente, al genitore affidatario**, e, dunque, in riferimento agli atti di gestione del patrimonio dei figli, anche la rappresentanza poteva non competere esclusivamente, o, forse, non competere affatto, al genitore affidatario, e questo a prescindere dal fatto che tali atti fossero riconducibili, o meno, a «decisioni di maggiore interesse». Più specificamente, il tribunale poteva anche coinvolgere nell'amministrazione dei beni il non affidatario, magari fino al punto di attribuire tale amministrazione soltanto a lui, escludendone il genitore affidatario. Ciò qualora, per esempio, il non affidatario si fosse presen-

tato particolarmente abile negli affari e, perciò, adatto alla gestione di un patrimonio [BARBIERA, *Divorzio; I disciplina sostanziale*, 14; SCANNICCHIO, 961 s.]. Il tribunale, comunque, poteva indicare tutte le particolari cautele che fossero apparse opportune, in riferimento al caso concreto, per evitare che il patrimonio dei figli fosse pregiudicato da una gestione malaccorta (A. FINOCCHIARO, 485); vale a dire, che il giudice poteva individuare modalità di amministrazione le quali avrebbero sottratto la gestione – o, almeno, l'esclusività della gestione – del patrimonio del minore al genitore affidatario, e che, quindi, in conseguenza di questo, al genitore affidatario poteva sottrarre anche il potere di rappresentanza esclusiva connesso con la gestione in parola (ZATTI, *La separazione personale dei coniugi*, 156). In siffatte ipotesi, dunque, sarebbe stato il giudice a chiarire quale fosse, tra i genitori, la ripartizione dell'amministrazione, e del potere di rappresentanza connesso (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 738 ss.). Se l'amministrazione dei beni del figlio poteva anche non competere al genitore che esercitava la potestà, non così era per l'**usufrutto legale**. Sempre il previgente 5° co. dell'art. 155, difatti, statuendo che «il giudice dà (...) disposizioni (...) nell'ipotesi in cui l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori» circa «il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale», pareva indicare, *a contrario*, che, dove l'esercizio della potestà fosse esclusivo, l'esercente esclusivo della potestà fosse anche il solo genitore ad avere il “godimento” dell'usufrutto legale sui beni del figlio (A. FINOCCHIARO, 486; GRASSETTI, 701; SCANNICCHIO, 960). Il **nuovo testo normativo nulla dispone** per quanto riguarda l'amministrazione del patrimonio del figlio in potestà, il godimento dell'usufrutto legale, nonché la rappresentanza del figlio. Per quanto riguarda l'amministrazione, dunque, oggi potrebbe sembrare destinato a trovare **applicazione unicamente l'art. 320, 1° co., c.c.**, senza che vi sia più la possibilità per il giudice di derogarvi, dando «disposizioni circa l'amministrazio-

ne dei beni dei figli» come avveniva sotto la vigenza del vecchio art. 155. Lo stesso potrebbe doversi affermare per il godimento dell'usufrutto legale, sicché, giusta il disposto dell'art. 324 c.c., i genitori esercenti la potestà avranno in comune l'usufrutto dei beni del figlio. A questo riguardo, tuttavia, potrà avere rilevanza l'**incerta efficacia abrogatrice dell'art. 4, L. n. 54/2006 sull'art. 6, L. n. 898/1970**. Come è noto, infatti, al 7° co. dell'art. 6, L. n. 898/1970 è pure disposto, specularmente a quanto avveniva nel testo previgente dell'art. 155 c.c., che il tribunale dia «disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi in cui l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori, circa il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale». Ora, se è certa la totale abrogazione del testo previgente dell'art. 155 c.c., non altrettanto può affermarsi per l'art. 6, L. n. 898/1970. In assenza di un'integrale abrogazione espressa di tale articolo, difatti, restano consistenti incertezze sulla permanente efficacia di tutte quelle disposizioni, contenute nell'art. 6, non specificamente incompatibili con la nuova disciplina. E tale specifica incompatibilità manca, appunto, per le regole in tema di amministrazione e di usufrutto legale, di cui al 7° co. Solo reputando l'art. 6, L. n. 898/1970 abrogato totalmente e nel suo complesso, insomma, anche le regole poco sopra menzionate non potranno avere più alcuna efficacia. In caso contrario, viceversa, esse dovrebbero valere ancora in caso di scioglimento del matrimonio, e non valere più in caso di separazione personale. Come già si è ricordato, peraltro, l'esistenza di più e diverse discipline per situazioni ritenute di fatto identiche – separazione e divorzio, per le conseguenze sulla prole – era uno degli aspetti maggiormente criticati della situazione normativa in essere prima della L. n. 54/2006, e proprio il porre rimedio a tale situazione ha rappresentato uno degli obbiettivi del legislatore del 2006. Sarebbe ben paradossale, allora, che proprio dalla L. n. 54/2006 derivasse una nuova differenza di disciplina, in materia di ammini-

strazione e di usufrutto legale, per la crisi familiare tra i genitori, a seconda che essa assuma i connotati della separazione, o del divorzio. Altrettanto paradossale, del resto, sarebbe estendere nuovamente la regola conservata per il divorzio, alla separazione, così da frustrare palesemente una parte dell'espressa abrogazione del testo previgente dell'art. 155 c.c. Questa necessaria alternativa, tra due soluzioni entrambe paradossali, che verrebbe imposta dall'opzione per un'abrogazione soltanto parziale dell'art. 6, L. n. 898/1970, allora, potrebbe essere un buon argomento per considerare integralmente abrogato anche l'art. 6 medesimo, almeno per i suoi contenuti di diritto sostanziale (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1047. Cfr., altresì, ANSALDO, *Il divorzio*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di Dogliotti, Torino, 2008, 181 ss.). Non bisogna dimenticare, inoltre, che, anche al caso di crisi genitoriale, si applicano le regole generali, per cui, nonostante la previsione dell'esercizio della potestà in capo ad entrambi i genitori contenuta nell'articolo in commento, ove se ne ravvisassero gli estremi, il genitore potrebbe decadere dalla potestà, ex art. 330 c.c., o il giudice potrebbe adottare i provvedimenti convenienti di fronte ad una condotta del genitore comunque pregiudizievole per il figlio, ex art. 333 c.c. L'applicazione di queste disposizioni si ripercuoterebbe sul godimento dell'usufrutto legale, e un accorto utilizzo dell'art. 333, in particolare, potrebbe forse consentire pure l'esclusione dall'amministrazione (o la limitazione dei poteri di amministrazione) di un genitore non avveduto o imperito. Per ciò che concerne la rappresentanza, da ultimo, mi pare che, anche oggi, la posizione in passato prevalente possa reputarsi condivisibile, laddove venga disposto l'affidamento esclusivo, e, dunque, un solo genitore abbia l'esercizio della potestà. Dove l'affidamento sia "condiviso", viceversa, mi pare che ognuno dei genitori possa rappresentare il figlio. L'idea di "condivisione" dell'affidamento che mi pare preferibile, vale a dire di condivisione dell'affida-

mento come, almeno di regola, esercizio concordato e condiviso della potestà, infatti, suggerisce che anche la rappresentanza rimanga in capo ad entrambi i genitori, così come accade, del resto, nella famiglia unita (ancora, BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1047 s.).

### 7. Centralità dell'interesse della prole minorenni e contributo al "mantenimento"

■ Conviene tornare, ora, al, così detto, "mantenimento" della prole minorenni. Come poco sopra già ho rilevato, a me pare che tanto il tenore letterale del 2° co. dell'art. in commento, quanto il rilievo esclusivo dell'interesse della prole, non consentano al giudice di non pronunciarsi al riguardo. In merito, oltre che al 2° co., si dispone al 4° co. dell'art. 155 c.c. E, anche qui, il testo normativo si presenta goffo, impreciso, a volte incompleto, a volte, con ogni probabilità, costituzionalmente illegittimo. Le questioni che sorgono da questa infelice formulazione sono numerose. Solo per elencarne alcune, così, ci si può chiedere: **che valore possano avere gli accordi** «liberamente sottoscritti dalle parti» (sulla improprietà anche di questa formulazione legislativa, BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1048 s.), che, testualmente, **parrebbero potersi spingere fino ad escludere il criterio della proporzionalità** nella determinazione del contributo dovuto da ciascun genitore per il mantenimento della prole; **se sia legittimo** che, mentre nella famiglia unita, a norma dell'art. 148 c.c., i genitori debbono **sostenere gli oneri derivanti dai loro doveri** verso la prole anche «secondo la loro capacità di lavoro», vale a dire secondo la loro capacità reddituale, nella famiglia in crisi tali oneri debbano essere sostenuti **solo «in proporzione al proprio reddito»; se, come parrebbe testualmente, il così detto "assegno di mantenimento" sia divenuto solo una figura eccezionale**, mentre la regola sia divenuta quella del mantenimento, così detto, "diretto" (di questo avviso, ad esempio, QUADRI, *Affidamento dei figli*, 408); **se i criteri dettati per la determinazione dell'assegno vadano riferiti, più in generale, alla determinazione del contributo al manteni-**

mento, anche se attuato in via diretta; se, infine, questi criteri siano **applicabili solo in caso di affidamento condiviso**, o anche in caso di affidamento esclusivo. Anche per cercare di rispondere a tali quesiti, potrà essere assai utile tener presente la centralità dell'interesse della prole. A ciò, inoltre, potranno aggiungersi pure altri argomenti. Come criterio generale, sia la centralità dell'interesse della prole, sia la necessità di non violare il principio costituzionale di eguaglianza, impongono che la soddisfazione dei diritti economici dei figli non possa essere peggiore nella crisi della famiglia, rispetto a quanto avviene nella famiglia unita. E non mi riferisco tanto al *quantum* di ciò che i genitori devono in favore dei figli, poiché facilmente la crisi familiare impoverisce entrambi i genitori, e, di conseguenza, determina pure una diminuzione di quanto dovuto per la prole, bensì ai criteri di determinazione degli oneri, e di ripartizione del peso di essi tra i genitori. In altre parole, **la crisi familiare potrà legittimamente determinare una diminuzione di quanto complessivamente dovuto per la prole**, ma, credo, **non anche un mutamento dei criteri di determinazione di tali debiti, e di ripartizione del peso di essi tra gli obbligati**, vale a dire, di solito, tra i genitori. Ecco che, allora, emerge la probabile illegittimità costituzionale [si limita a rilevare «l'incompletezza del riferimento ai soli redditi, tenuto conto che l'obbligazione gravante sui genitori è proporzionata (...) alla loro capacità di lavoro professionale e casalingo (art. 148 c.c.)», DE MARZO, 92] del non avere previsto, all'art. 155, 4° co., c.c., al posto del "reddito", quella capacità reddituale che, ex art. 148 c.c. (in passato, per la rilevanza degli stessi criteri previsti per la famiglia unita, vale a dire dei criteri di proporzionalità previsti all'art. 143, 3° co., c.c., nonché agli artt. 147 e 148, 1° co., c.c., si vedano: C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 378, che rimarcava proprio come non rilevasse soltanto il reddito percepito effettivamente, ma anche quello che si sarebbe potuto percepire in base alla propria capacità lavorativa; A. FINOCCHIARO, 488 s.; F. FINOCCHIARO, 405 s.; GRASSETTI, 695, che sottolineava an-

che come il contributo potesse essere determinato per entrambi i genitori, qualora nessuno dei due fosse affidatario della prole; MANTOVANI, *Separazione personale*, 25; QUADRI, in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge*, 139 ss.; Id., *Divorzio nel diritto civile*, 554 s.; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4ª ed., Milano, 2003, 587 s.), è determinante per stabilire la misura della contribuzione di ciascun genitore nella famiglia unita, quasi come se, solo nella famiglia unita il genitore dovesse essere, nell'interesse della prole, massimamente operoso, mentre nella famiglia in crisi egli tornasse libero di essere anche massimamente ozioso, senza più alcuna protezione per l'interesse della prole (sui doveri verso la prole nella filiazione legittima, per tutti, cfr., VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, 2ª ed., Torino, 2007, 301 ss., 273, il quale è, appunto, dell'avviso che la contribuzione dei genitori vada determinata in base al reddito potenziale, e non a quello effettivamente percepito). La possibilità di derogare pattiziamente al criterio di proporzionalità, poi, va intesa, anzitutto, così da non pregiudicare l'interesse della prole (non si dimentichi come, in passato, in dottrina si sottolineasse l'indisponibilità del contributo al mantenimento: C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 383, il quale evidenziava la nullità degli atti di rinuncia, transazione e cessione del diritto al contributo nel suo complesso, ma la validità delle rinunzie e delle transazioni aventi ad oggetto le prestazioni arretrate; D'ANTONIO, *Il divorzio*, Padova, 1983, 376 e 380 s.; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, 322 ss., il quale rilevava come il provvedimento del giudice, a riguardo, dovesse salvaguardare l'interesse di soggetti – i figli, appunto – terzi rispetto ai coniugi o agli ex coniugi; MANTOVANI, *Separazione personale*, 25, che rimarcava come le parti potessero anche accordarsi per determinare il contributo, ma come quell'accordo non vincolasse il giudice; SCANNICCHIO, 963 s., che sottolineava come dovessero considerarsi nulli gli accordi ad esso relativi, nonché come doves-

se ritenersi inefficace la rinuncia ad esso). Si deve configurare, allora, un valore solo “interno” degli accordi richiamati all’art. 155, 4° co., c.c. Si avrà, dunque, uno schema in cui, determinato l’ammontare dei diritti economici che il figlio vanta verso i genitori (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 749 ss.; ID., *L’affidamento condiviso*, 1051 s.), e determinata la quota di oneri che grava su ciascun genitore «in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro» (e non è un caso che utilizzi la formula dell’art. 148 c.c., invece che a quella del nuovo art. 155 c.c.), questi potrebbero convenire che uno contribuisca più del dovuto, e l’altro meno, o, fors’anche, che non contribuisca affatto. Tale schema, però, potrà avere efficacia vincolante solo tra i genitori che si sono accordati, e non dovrà mai pregiudicare i figli, sia perché deve restare centrale la tutela dell’interesse della prole, sia, e soprattutto, perché si tratta di soggetti terzi rispetto all’accordo. È opinione diffusa, del resto, che le obbligazioni dei genitori verso la prole siano solidali (FIGONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità, mantenimento del figlio e rimborso della spese anticipate dall’altro coniuge*, in *FD*, 2006, 506 s. Nella trattatistica, altresì, si legga, per tutti, FERRANDO, *Il rapporto di filiazione naturale*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo, III, Filiazione e adozione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, 109 s.), e che, perciò, i criteri di ripartizione del peso di tali obblighi abbiano sempre un valore solamente interno. Nei casi in cui un genitore avesse sostenuto da solo le spese per il mantenimento, l’educazione e l’istruzione della prole, anche per la parte che sarebbe gravata sull’altro genitore, poi, in passato vi era chi reputava che siffatta attività costituisse una gestione di affari altrui, produttiva degli effetti di cui agli artt. 2031 ss. c.c. (A. FINOCCHIARO, 492; SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, 354; ID., *Scioglimento del matrimonio*, 687). Non mancavano, peraltro, coloro che criticavano questa ricostruzione, anche perché, della gestione di affari, avrebbe fatto difetto il requisito dell’estraneità dell’affare (C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 382; SCANNICCHIO, 965 ss.).

☛ Per la solidarietà delle obbligazioni dei genitori verso le prole, altresì, si è pronunziata la giurisprudenza (A. Roma, 22.10.2004. Inoltre: C., Sez. I, 17.6.2004, n. 11351; C., Sez. I, 26.5.2004, n. 10124; C., Sez. I, 1.10.1999, n. 10861. Ad un’applicabilità solamente “analogica” dell’art. 1299 c.c. nei rapporti tra genitori, peraltro, si faceva riferimento in C., Sez. I, 26.6.1987, n. 5619). Anche i giudici, inoltre, avevano statuito che fare fronte da solo alle spese per il mantenimento, l’educazione e l’istruzione della prole, pure per la parte che sarebbe gravata sull’altro genitore, costituisse una gestione di affari altrui, produttiva degli effetti di cui agli artt. 2031 ss. c.c. (C., Sez. I, 4.9.1999, n. 9386; T. Vicenza, 29.10.1990). Un’altra possibilità, poi, era stata individuata nella surrogazione legale in favore del genitore che avesse provveduto da solo ai bisogni del figlio (P. Lucca, Sez. Viareggio, 24.7.1998).

■ Ecco che, allora, il figlio dovrebbe poter pretendere sempre – ed a prescindere di ogni diverso accordo intercorso tra i genitori – anche l’intero “mantenimento” da un solo genitore, dopo di che, chi ha pagato potrà ripetere dall’altro, in via di regresso, la parte che questi avrebbe dovuto erogare, e non ha erogato, per il “mantenimento” del figlio comune. Parte che, allora, parrebbe doversi poter determinare secondo il suddetto criterio di proporzionalità, ovvero, in base al testuale disposto dell’art. 155, 4° co., c.c., laddove vi sia una crisi tra i genitori, anche in deroga alla proporzionalità, con un accordo tra i genitori stessi. Nonostante sia garantito, attraverso la lettura appena prospettata, che l’accordo non potrà pregiudicare la prole, resta da domandarsi se una tale possibilità di deroga pattizia al criterio di proporzionalità, che sarebbe inammissibile nella famiglia unita, possa essere legittimamente prevista dal legislatore per la fase di crisi familiare. Tutto sta nel chiarire, allora, se le due separazioni di fatto regolate (l’unione e la separazione tra i genitori) siano sufficientemente diverse tra loro da giustificare una tale differenza di trattamento legislativo. E mi pare che, al riguardo, più di un dubbio possa sor-

gere (SESTA, *Le nuove norme*, 384, che ricorda come il principio di proporzionalità della contribuzione sia un'applicazione del principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi e tra i genitori). Il legislatore ha pure scelto di rendere "regola" il mantenimento così detto "diretto" da parte di entrambi i genitori (e, dunque, anche da parte di quello che non convive con la prole), e di conservare solo come "eccezione" la possibilità di disporre un assegno periodico. Nella disciplina previgente, invece, era previsto il contributo del non affidatario, e per quanto atteneva ai modi di contribuzione, il tribunale, solitamente, imponeva a tale soggetto l'obbligo di corrispondere, periodicamente, una somma determinata di danaro, anche se l'opinione più diffusa già era nel senso che anche altre modalità di adempimento fossero configurabili (SCANNICCHIO, 962, il quale rimarcava come dette modalità avrebbero potuto anche consistere nella destinazione dei frutti di beni e capitali al mantenimento del minore), e che, in particolare, fosse possibile un adempimento in unica soluzione, seppure con efficacia unicamente *rebus sic stantibus* (AUTORINO STANZIONE, 152; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 11; F. FINOCCHIARO, 406; OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali - Questioni d'attualità*, Milano, 2002, 681; ID., *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra i coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 149 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, *passim*, spec. II, 1143 ss. In senso contrario, peraltro, BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 649 ss., nonché ID., *Crisi familiare e adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, 95 ss.).

☛ In più di un'occasione, del resto, modalità di adempimento dell'obbligo a contribuire al mantenimento della prole, diverse dalla corresponsione periodica di una somma di danaro, sono state disposte anche dai giudici (C., Sez. II, 21.12.1987, n. 9500; A. Genova, 27.5.1997; A. Milano, 6.5.1994; T. Potenza, 14.3.1991. Esplicitamente per l'insolvibilità in un'unica soluzione dell'obbligo di man-

tenimento della prole, peraltro: T. Modena, 11.7.2005; T. Catania, 1.12.1990).

■ Tornando all'attuale opzione legislativa sulle modalità del mantenimento, si deve sottolineare come questa soluzione, indicata quale la più in linea con lo spirito della riforma (DE FILIPPIS, 106; SESTA, *Le nuove norme*, 385. Nel senso che la regola consisterebbe ancora nella corresponsione di un assegno periodico, peraltro: PADALINO, 60), in più di un caso potrà essere, in concreto, molto rischiosa per i figli, e, quindi, potrà non tutelare adeguatamente l'interesse esclusivo della prole. Ciò in conseguenza dell'ovvia circostanza che, in pratica, è assai più semplice non adempiere ad una, o a più, delle tante obbligazioni che sorgono in capo al genitore dal mantenimento diretto, di quanto non sia non adempiere all'obbligazione di corrispondere l'assegno periodico. In tutte le ipotesi nelle quali vi siano elementi che facciano ritenere al giudice possibile questo futuro scenario, allora, l'esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della prole dovrebbe suggerire di discostarsi dalla "regola", e di applicare l'eccezione (FIORINI, *La misura di contribuzione alle spese deve tener conto del reddito dei genitori*, in *Gdir*, 2006, 35, 45 ss.), cioè di disporre l'assegno, motivando tale scelta con la necessità, appunto, di tutelare convenientemente l'interesse della prole (NAPOLITANO, 201: «sembra dunque ragionevolmente prevedibile... che i provvedimenti del giudice, per quanto concerne gli aspetti economici della prole, nella maggior parte dei casi non mostreranno significative divergenze rispetto alla preesistente esperienza applicativa»). Di avviso, per certi versi, non dissimile, inoltre, pare DOSI, 42). O, se tale scelta non la si vorrà compiere "preventivamente", perché poco in linea con lo "spirito della riforma", si imporrà, perlomeno, un intervento giudiziale pronto e rapido, volto a mutare il mantenimento "diretto" in "assegno periodico", non appena i suddetti casi di inadempimento si verificassero. Al di là dell'insoddisfacente dato testuale dell'art. 155, 4° co., c.c., insomma, l'interpretazione consente di enucleare: i criteri per la determinazione di quanto dovuto complessiva-

mente per il mantenimento dei figli; i criteri per la ripartizione del peso di ciò su ciascun genitore; le modalità attraverso le quali ciascuno dovrà adempiere a tali doveri. I **criteri di determinazione di quanto dovuto** saranno le esigenze attuali del figlio, il tenore di vita goduto quando la famiglia non era in crisi, ma, inevitabilmente, anche le sostanze e la capacità reddituale di ciascun genitore. I **criteri per la ripartizione del peso** del “mantenimento” saranno ancora le sostanze e la capacità reddituale di ciascuno, nonché – ma qui sorge più di un dubbio di legittimità costituzionale – gli accordi tra i genitori. Le **modalità di adempimento** vengono, infine, indicate nella “regola” del mantenimento diretto e nella “eccezione” dell’assegno periodico. Ma in ogni caso concreto, il giudice potrà, e dovrà, scegliere il sistema che meglio realizzi l’interesse esclusivo della prole. A tal fine, tra l’altro, il giudice potrà variamente combinare le modalità d’adempimento, come emerge nitidamente dal rilievo espresso che la legge dà al valore economico dei compiti domestici e di cura, ed ai tempi di permanenze del figlio presso ciascun genitore, sicché anche chi debba principalmente l’assegno, potrà adempiere solo col mantenimento diretto, nei periodi nei quali avrà presso di sé il figlio, e di ciò si dovrà tener conto nel commisurare l’assegno stesso (per tutti, MANTOVANI, *Separazione personale*, 25).

☛ Tale possibilità, del resto, era già riconosciuta in giurisprudenza, anche quando, prima dell’entrata in vigore dell’attuale disciplina, la legge nulla di espresso stabiliva al riguardo (C., Sez. I, 13.12.1996, n. 11138; C., Sez. I, 13.12.1988, n. 6786). A specificazione di siffatto orientamento, tuttavia, si era sovente statuito che tale regola non fosse applicabile nel caso in cui l’assegno a carico del non affidatario fosse stato determinato in funzione delle esigenze della prole rapportate all’intero anno, e il versamento delle quote mensili rappresentasse nulla più che una modalità, rateale, di corresponsione dell’assegno annuale (C., Sez. I, 17.1.2001, n. 566; C., Sez. I, 3.11.1994, n. 9047; A. Roma, 28.11.1994; T. Catania, 10.5.1995; P. Torino, 16.11.1993).

■ Sempre e comunque, poi, il giudice dovrà determinare e indicare le modalità di adempimento con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale della prole minorenni (BASINI, *L’affidamento condiviso*, 1054 s.).

☛ Anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare come il mantenimento “**diretto**” sia la regola, ma **non una conseguenza automatica** dell’affidamento condiviso, e come il giudice ben possa disporre un contributo a carico del genitore non convivente (C., Sez. I, 18.8.2006, n. 18187. Inoltre, T. Bari, 1.2.2008; T. Firenze, 3.10.2007). In quanto ai **criteri di determinazione di quanto complessivamente dovuto** per la prole, poi, ancora si è fatto espresso riferimento al tenore di vita goduto durante l’unione (C., Sez. I, 24.4.2007, n. 9915; T. Firenze, 3.10.2007; T. Bari, 12.10.2006), o – tenendo conto dell’inevitabile mutamento della situazione di fatto – a quello il più vicino possibile al precedente (T. Firenze, 3.10.2007. Nel senso che le maggiori potenzialità di un genitore, aumentino il contributo a suo carico, senza fare calare quello a carico dell’altro, tanto da fare aumentare ciò che viene complessivamente destinato alla prole, peraltro, C., Sez. I, 24.1.2007, n. 1607). Per i **criteri di determinazione della misura** nella quale il mantenimento dei figli debba **gravare su ciascun genitore**, si è precisato, anzitutto, come questi siano **inderogabili** dagli accordi delle parti (A. Roma, 15.11.2006), e, in secondo luogo, come tra di essi sia ancora centrale la **capacità di lavoro** (A. Roma, 15.11.2006. Cfr., pure, C., Sez. I, 22.8.2006, n. 18241, nella quale si richiamano le *potenzialità* dell’attività d’impresa del genitore). Si è fatto riferimento, altresì, ai **redditi** (C., Sez. I, 24.4.2007, n. 9915; C., Sez. I, 24.1.2007, n. 1607) alla **capacità patrimoniale** (T. Modena, 5.7.2007), ed alle **altre risorse** dei genitori (C., Sez. I, 24.4.2007, n. 9915), come i **risparmi** (C., Sez. I, 24.1.2007, n. 1607), o i **beni immobili** di cui questi risultino proprietari (C., Sez. I, 22.8.2006, n. 18241). E, ancora, è stato dato espresso rilievo al tenore di vita complessivo di ognuno dei genitori tenuti a contribuire al mantenimento della

prole (C., Sez. I, 24.4.2007, n. 9915; T. Modena, 5.7.2007), mentre è stata, correttamente, **negata rilevanza** alla circostanza che l'affidatario **convivesse** con altra persona, la quale stesse pure contribuendo alle spese di mantenimento del minore (C., Sez. I, 3.8.2007, n. 17043).

■ Va considerato, ancora, l'**ambito di applicabilità dell'art. 155, 4° co., c.c.** Secondo l'opinione prevalente (ad esempio: DOSI, 41 ss.; SESTA, *Le nuove norme*, 385 s.), i criteri colà dettati si applicano **anche in ipotesi di affidamento esclusivo**. Penso che tale posizione possa essere condivisa, ma solo a patto che, delle disposizioni normative in considerazione, si dia una lettura esclusivamente orientata a realizzare l'interesse morale e materiale della prole. In tal caso, difatti, ben difficilmente il giudice, di fronte ad un affidamento esclusivo, potrà non optare per dare larga prevalenza all'eccezione, vale a dire all'assegno periodico, e potrà preferire modalità di adempimento solo, o principalmente, "diretto", anche da parte del genitore non affidatario. Ciò, poiché è ben facile immaginare che, assai probabilmente, il genitore non affidatario, che non parteciperà alla gran parte delle decisioni per la prole, molto malvolentieri ne sopporterà, in tutto o in parte, le spese; ed è piuttosto evidente come, a quel punto, la via dell'inadempimento, che si presenterà agli occhi di tale genitore come allettante e, forse, pure moralmente non riprovevole, sarà molto più agevole da percorrere laddove sia stato previsto, solo o prevalentemente, un adempimento diretto, di quanto non lo sia laddove il giudice abbia disposto, solo o prevalentemente, un assegno periodico (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1055 s.). Stabilire che, chi non decide le spese, le debba poi pagare direttamente – e, dunque, piuttosto agevolmente possa anche non pagarle affatto –, insomma, significherebbe rischiare di disporre una forma di contribuzione al "mantenimento" della prole destinata a non funzionare, e, quindi, significherebbe esporre al rischio di gravi pregiudizi l'interesse della prole stessa (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1055 s.). A **prescindere dall'apparente rapporto "regola/eccezione"**

che, per le modalità di adempimento alla contribuzione, si ricava dal testo del 4° co. del nuovo art. 155 c.c., insomma, **starà al giudice disporre che la contribuzione al "mantenimento" dei figli venga attuata, esclusivamente, o almeno prevalentemente, attraverso la corresponsione di un assegno periodico**, in tutti i casi in cui ciò meglio realizzi l'esclusivo interesse morale e materiale della prole. In caso di affidamento esclusivo, infine, ben raramente ciò non avverrà; ma questo potrà avvenire anche in caso di affidamento ad entrambi i genitori. Nonostante il contributo in parola fosse diretto ad allevare la prole, poi, sotto la disciplina previgente il diritto a riceverlo era ritenuto, secondo l'opinione largamente prevalente, un diritto di credito che spettava, *iure proprio*, al genitore affidatario (AULETTA, 200; C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 380; A. FINOCCHIARO, 490; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 554 s.; SCANNICCHIO, 963. In senso contrario, peraltro, cfr., DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 209).

✪ Anche in giurisprudenza, era stata, ripetutamente, affermata la natura di diritto di credito che spettava, *iure proprio*, al genitore affidatario, del diritto al contributo per il mantenimento (C., Sez. I, 4.12.1996, n. 10813; C., Sez. I, 12.3.1992, n. 3019).

■ Ciò, tanto che, laddove l'affidatario avesse anche diritto ad un assegno di mantenimento per sé, o ad un assegno post-matrimoniale, il tribunale, **sovente, determinava un unico assegno**, comprensivo sia della quota dovuta al coniuge direttamente nel proprio interesse, sia di quella dovuta per contribuire al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione della prole (QUADRI, in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge*, 137 ss.; SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio*, 687). Non va dimenticato, peraltro, come, in varie ipotesi, il non affidatario potesse avere interesse a che fosse esattamente determinato quanto dell'assegno era destinato agli interessi dei figli e quanto a quelli dell'(ex) coniuge (A. FINOCCHIARO, 490 s.; C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 380; MANTOVANI, *Separazione personale*, 25). Tale interesse, ad esempio, era riscontrabile: allorché il

credito per il figlio potesse considerarsi estinto in conseguenza dell'indipendenza economica dello stesso; quando solo per la quota di contribuzione nell'interesse della prole fosse previsto un criterio di rivalutazione automatica; perché il contributo per i figli era dovuto da un momento differente rispetto all'assegno di divorzio, vale a dire, fin dal momento dell'affidamento (QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 554 s.; SCANNICCHIO, 963). Per quanto attiene alla nuova disciplina, nulla è specificamente stabilito, almeno con riguardo ai figli minori di età (com'è noto, invece, all'art. 155 *quinquies* c.c. si prevede la corresponsione direttamente al figlio avente diritto, dell'assegno eventualmente disposto in favore della prole maggiorenne. Questa esplicita previsione, del resto, non solo non si applica all'assegno per la prole minorenni, ma anzi, letta *a contrario*, parrebbe indicare l'inesistenza di un generale diritto del figlio, anche durante la minore età, a ricevere direttamente l'assegno per il suo mantenimento), in merito alla **titolarità del diritto all'assegno periodico**. Quando questo sia disposto dal giudice, perciò, è ragionevole immaginare che ancora oggi **lo si riterrà spettante, iure proprio, al genitore affidatario o, anche, soltanto "convivente" con la prole**. Per quanto concerne la previsione dell'**indicizzazione** dell'eventuale assegno, ancora, parrebbe che la regola attuale sia meno tutelante dell'analoga regola già posta per il divorzio dall'art. 6, 11° co., L. n. 898/1970 (e di cui si opinava l'applicazione analogica anche alla separazione personale. Ad esempio: DOGLIOTTI, CASTELLO, *Separazione personale: una ricerca sulle statuizioni economiche*, in *GM*, 1995, IV, 371), dove si contemplava l'obbligo, per il tribunale, di determinare anche un criterio di adeguamento automatico dell'assegno di mantenimento relativo ai figli, «almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria» (BONILINI, *Manuale*, 241; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 554 s.; SCANNICCHIO, 963). Ciò significava che, non solo era illegittimo non prevedere alcun criterio di rivalutazione automatica, ma lo era, anche, prevedere criteri che, in concreto, non garantissero, come minimo,

l'adeguamento dell'assegno all'aumento del costo della vita; la consistenza di tale aumento pareva, poi, dovesse ritenersi proprio quella risultante dagli indici monetari Istat (DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 217 ss.).  
 ☞ Pure la giurisprudenza, aveva reputato che la norma, imperativamente (A. Bari, 6.7.1988), indicasse la misura minima di tale criterio di rivalutazione in quella che garantisce, almeno, l'adeguamento dell'assegno all'aumento del costo della vita (C., Sez. I, 3.11.1994, n. 9047).

■ La funzione di codesta previsione era stata individuata nella necessità di mantenere il contributo del non affidatario concretamente costante in relazione alle esigenze della prole, e ciò automaticamente, senza la necessità di ricorrere alla revisione delle disposizioni relative alla misura e alle modalità dei contributi per i figli, che era regolata all'art. 9, 1° co., L. n. 898/1970 [BARBIERA, *Divorzio; I disciplina sostanziale*, 14]. Qualora il reddito del genitore non affidatario non fosse aumentato tanto da annullare l'effetto dell'inflazione, sicché la clausola di adeguamento automatico al costo della vita avesse reso la ripartizione tra i genitori dell'obbligo di contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione della prole, via via, sempre meno rispondente al rapporto tra le sostanze e la capacità lavorativa dei genitori stessi, poi, il genitore non affidatario avrebbe potuto agire per ottenere un provvedimento di revisione che riducesse l'ammontare del contributo a suo carico (ad esempio, C.M. BIANCA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, 380). Mentre nella previgente disciplina, allora, il criterio di adeguamento automatico dell'assegno doveva essere determinato "almeno" con riferimento agli indici Istat (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 766 ss.), nell'attuale 5° co. dell'art. 155 c.c., si prevede l'applicazione dell'indice Istat solo «in difetto» di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice. Se, come è probabile, anche la parte ora richiamata dell'art. 6, L. n. 898/1970 è da considerarsi abrogata, dunque, oggi l'indice Istat non sarà più il "minimo garantito" di indicizzazione dell'assegno. Anche a questo riguardo, tuttavia, il giudice

dovrà decidere «con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale» della prole, e non dovrà nemmeno “prendere atto” degli accordi tra i genitori contrari a tale interesse, per cui pare improbabile che, in pratica, potranno darsi parametri di indicizzazione ancora più bassi dell'indice Istat (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1057 s.). Non si dimentichi, altresì, come la nuova disciplina espressamente preveda che il giudice possa, in caso di insufficiente documentazione delle informazioni di carattere economico fornite dai genitori, disporre un **accertamento della polizia tributaria** sui beni e sui redditi oggetto di contestazione, anche se intestati a soggetti diversi dal genitore. In effetti, questa disposizione pare in linea con le precedenti posizioni, da tempo inclini a riconoscere i più ampi poteri ufficiosi al giudice, e, tra questi, pure quello di disporre indagini della polizia tributaria. In più, peraltro, nell'attuale disposizione si legge un espresso riferimento alla possibilità di indagare pure «sui redditi [sic] e sui beni (...) anche se intestati a soggetti diversi», che, seppure tecnicamente imprecisa, sembra indicare come il già ampio oggetto dell'accertamento possa essere inteso anche estensivamente (in particolare, FANTICINI, *Accertamento delle potenzialità economiche delle parti, anche a mezzo della polizia tributaria*, in FPS, 2006, 928 ss., spec. 932 s.).

☛ Anche in giurisprudenza, già è stato specificato che il tenore di vita complessivo di ognuno dei genitori tenuti a contribuire al mantenimento della prole possa essere accertato attraverso le indagini della polizia tributaria (C., Sez. I, 24.4.2007, n. 9915).

■ Si deve rimarcare, infine, come resti attuale pure sotto la nuova disciplina, che non ha inciso su di essa, la previsione racchiusa all'art. 194, 2° co., c.c., ai sensi della quale il giudice può costituire, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, l'usufrutto a favore di un coniuge su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge in seguito alla divisione dei beni che erano stati in comunione legale. Poiché la separazione personale rappresenta un caso di scioglimento della comunione legale, questa norma assume rilievo anche in ipotesi di separazione

(BONILINI, *Manuale*, 206; GRASSETTI, 696; F. FINOCCHIARO, 405). Pare, inoltre, che non vi sia ragione per negare il godimento di tale usufrutto all'affidatario che non sia più “coniuge”, e, dunque, per escludere che il godimento di esso possa spettare anche al genitore divorziato (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1058 s.; BONILINI, *Genitore affidatario ed usufrutto giudiziale*, in NGCC, 1995, II, 35).

### 8. Il 12° comma dell'art. 6, L. n. 898/1970

■ Va ricordato, ancora, come, al 12° co. dell'art. 6, L. n. 898/1970 fosse previsto che «in presenza di figli minori ciascuno dei genitori è **obbligato a comunicare** all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto **cambiamento di residenza o di domicilio**». L'esplicita previsione di tale obbligo – inserita nell'art. 6, 12° co., L. n. 898/1970 ad opera della L. n. 74/1987 – era indirizzata ad evitare che il non affidatario potesse – rendendosi, in concreto, irreperibile – sottrarsi all'adempimento dei propri doveri, o che gli potesse essere impedito, dall'irreperibilità dell'affidatario, il concreto esercizio dei suoi diritti (A. FINOCCHIARO, 528 s.; RUBINO, 427 s.; SCANNICCHIO, 968 s.). Nello stesso 12° co. dell'art. 6, L. n. 898/1970, inoltre, si prevedeva espressamente che la “mancata comunicazione” obbligasse «al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto» (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 770 ss.).

Anche a queste previsioni **la L. n. 54/2006 non fa minimamente cenno**. Nella nuova disciplina, non è contenuto nulla di simile. Il previgente art. 155, abrogato dall'art. 4, L. n. 54/2006, a propria volta non conteneva regole in merito. Le regole, invece, come detto erano contenute nell'art. 6, L. n. 898/1970, che, come è noto, **non è stato espressamente abrogato**, e riguardo al quale si è solo previsto che le norme dettate dalla L. n. 54/2006 si applichino «anche in caso di scioglimento (...) del matrimonio». Ma la nuova legge, da applicarsi anche allo scioglimento del matrimonio, nulla prevede – né per escluderli, né per imporli – su obblighi di comunicazione

di cambi di residenza o domicilio. Ecco che, allora, anche riguardo all'interrogativo sull'attuale vigenza del 12° co. dell'art. 6, L. n. 898/1970, la risposta dipenderà dalla efficacia abrogatrice (totale o soltanto parziale) che si vorrà riconoscere all'art. 4, L. 54/2006, rispetto all'art. 6, L. n. 898/1970. Conviene solo ricordare, da ultimo, come voci attente anche alle conseguenze pratiche già si siano espresse nel senso della vigenza anche attuale dell'obbligo di comunicare, entro trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza

o di domicilio (SINISI, *Il nuovo art. 155 c.c. e i "suoi amici"*, in *La crisi del rapporto familiare e le sue conseguenze personali e patrimoniali*, Parma, 2007, 146, che indica il 12° co. in parola come disposizione da non perdere, e della quale l'ordinamento ha sicuramente bisogno, stante che il giudice non potrebbe supplire, stabilendo da sé termini perentori che si reputassero non più previsti dalla legge).

GIOVANNI FRANCESCO BASINI

## L'assegnazione della casa familiare (art. 155 quater c.c.)

**Norma di riferimento:** art. 155 quater c.c. Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza<sup>1</sup>

**155 quater** [1] *Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643.*

[2] *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.*

<sup>1</sup> Articolo aggiunto dall'art. 1, L. 8.2.2006, n. 54.

**Riferimenti normativi:** art. 30 Cost.; artt. 147, 148, 155, 155 bis, 155 ter, 155 quinquies, 155 sexies, 194, 316, 317, 320, 330, 333, 1599, 1809, 1810, 2031, 2043, 2059 c.c.; art. 38 disp. att. c.c.; art. 185 c.p.; art. 6, L. 27.7.1978, n. 392; art. 2, L. 4.5.1983, n. 184; art. 4, L. 8.2.2006, n. 54.

**Bibliografia:** AMAGLIANI, *Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare*, in *Rass. DC*, 1982; ANDREOLA, *Sulla opponibilità dell'assegnazione della casa familiare nella separazione coniugale*, in *RDC*, 1994, I; ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2003; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 4ª ed., Torino, 2002; AUTORINO STANZIONE, *Conseguenze del divorzio rispetto ai figli*, in AUTORINO STANZIONE, MUSIO, *Il divorzio - Disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002; BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001; ID., *Divorzio; I disciplina sostanziale*, in *EG*, XI, Roma, 1989; ID., *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988; BASINI, *L'affidamento condiviso*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2ª ed., Torino, 2007; ID., *I provvedimenti relativi alla prole*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed.,

Milano, 2004; ID., *Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'art. 155 quater c.c.*, in FPS, 2006; BASSANELLI, CANOVA, DE BENEDETTI, DI CAGNO, LEVI MONTALCINI, MEDA, VERCELLONE, VITRÒ, ZUCCONI, *Nell'esclusivo interesse del bambino: I figli contesi per la scissione della coppia*, in DFP, 1982, II; BELVEDERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in RCDP, 1988; BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001; ID., in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2002; ID., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi*, in NN.D.I., App., VII, Torino, 1987; CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in Q, 1988; ID., *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio. Regime patrimoniale. Separazione e divorzio*, Milano, 1988; CHIANTERA, *La casa familiare dopo il divorzio*, in DFP, 1988, I; COCCIA, *La "casa familiare", qualificazione giuridica a "diritti" del coniuge*, in DFP, 1985, II; D'ANTONIO, *Il divorzio*, Padova, 1983; DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002; DELL'ANTONIO, *Il bambino conteso - il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1993; DI NARDO, *L'assegnazione della "casa familiare". Evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali*, in NGCC, 1998, II; ID., *La "casa familiare" nella crisi del matrimonio*, in NGCC, 1986, II; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1998; ID., *L'interesse del minore nella separazione tra coniugi*, in DFP, 1986, II; DOGLIOTTI, CASTELLO, *Separazione personale: una ricerca sulle statuizioni economiche*, in GM, 1995, IV; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996; DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiore*, in *Rass. DC*, 2000; FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 2002; A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub art. 84-158, Bologna-Roma, 1993; M. FINOCCHIARO, *Casa familiare (attribuzione della)*, in *ED, Agg.*, I, Milano, 1997; FRALLICCIARDI, *Assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio: quale diritto per l'assegnatario?*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, Milano, 1992; FREZZA, *Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, in *Rass. DC*, 1998; GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in RDC, 2003, I; GALOPPINI, *Divorzio (Diritto privato e processuale)*, in NN.D.I., App., III, Torino, 1982; GIACOBBE, FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti*, I, 2, Milano, 2002; GIORGIANNI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, 1992; ID., *Problemi attuali di diritto familiare*, in RTDPC, 1956; GIUSTI, *Crisi coniugale e protezione della casa familiare*, in DFP, 1986, II; GRASSETTI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992; GRIMALDI, *L'affidamento al padre, nella separazione e nel divorzio*, in DFP, 1992, II; JANNARELLI, *L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi*, in *FI*, 1981, I; LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978; LEVI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiore*, in NGCC, 1998, II; MANTOVANI, *L'assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse dei coniugi e diritti dei terzi*, in NGCC, 2000, II; ID., *Separazione personale dei coniugi: I) disciplina sostanziale*, in *EG*, XXVIII, Roma, 1992; MENGONI, *Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio*, in *J*, 1983; MINUNNO, sub art. 11, L. n. 74/1987, in NLCC, 1987; MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989; MUSIO, *Profili fiscali del divorzio*, in AUTORINO STANZIONE, *Conseguenze del divorzio rispetto ai figli*, in AUTORINO STANZIONE, MUSIO, *Il divorzio - Disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002; OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali - Questioni d'attualità*, Milano, 2002; ID., *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra i coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000; ID., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999; PALADINI, *L'abitazione della casa familiare*

*nell'affidamento condiviso*, in FD, 2006, 3; ID., *La filiazione nella famiglia di fatto*, in *Famiglia*, 2002; PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in FPS, 2006; PELOSI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, IV, Padova, 1992; PITTALIS, *I doveri di contribuzione e di assistenza nella crisi coniugale*, in NGCC, 2000, II; QUADRI, *Famiglia e Ordinamento civile*, 2ª ed., Torino, 1999; ID., *Divorzio: verso quale riforma?*, in FI, 1987, V; ID., *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990; ID., in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti - Profili personali e processuali*, Napoli, 1988; ID., *Il minore nella crisi familiare*, in GI, 1988, IV; ID., *Rapporti patrimoniali nel divorzio - Appendice - Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*, Napoli, 1987; RIMINI, *L'assegnazione della casa familiare: brevi osservazioni sull'art. 155 quater c.c. alla luce delle più recenti affermazioni giurisprudenziali*, in FPS, 2007; ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Tratt. Bessone*, IV, 1, Torino, 1999; RUBINO, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002; SANTOSSUO, *Il divorzio*, in *Tratt. Rescigno*, 3, II, 2ª ed., Torino, 1996; ID., *Scioglimento del matrimonio (diritto vigente)*, in ED, XLI, Milano, 1989; ID., *Il matrimonio*, in *Giur. sist. Bigiavi*, 3ª ed., Torino, 1989; SCALISI, *Divorzio persona e comunità familiare*, in RDC, 1984, I; SCANNICCHIO, *sub art. 11, L. n. 74/1987*, in NLCC, 1987; SCARANO, *La casa familiare*, in *Famiglia*, 2001; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4ª ed., Milano, 2003; SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003; TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in RDC, 1987, II; UBALDI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; VINCENZI AMATO, in *L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali - Ricerca interdisciplinare sui criteri di affido di alcuni tribunali italiani*, a cura di Dell'Antonio, Vincenzi Amato, Milano, 1992; ZACCARIA, *Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso*, in FPS, 2006; ZATTI, *La separazione personale*, in *Tratt. Rescigno*, 3, II, 2ª ed., Torino, 1996; ID., *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1989.

**Sommario:** **1.** La disciplina previgente, e le ricostruzioni formatesi sotto di essa. **2.** La disciplina attuale. **3.** La previsione di cui al 2° comma.

### 1. La disciplina previgente, e le ricostruzioni formatesi sotto di essa

■ Prima dell'introduzione dell'articolo ora in commento, già era possibile, ai sensi dell'art. 6, 6° co., L. 1.12.1970, n. 898, che la **casa familiare fosse assegnata** dal giudice anche all'ex coniuge che di essa **non fosse proprietario, né**, su di essa, avesse alcun **diritto di godimento, reale o personale**. Più precisamente, la norma contenuta nel comma ora ricordato stabiliva che l'abitazione nella casa familiare spettasse «di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli, o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età». Si aggiungeva che, comunque, ai fini dell'assegnazione, il giudice doveva «valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole». L'assegnazione giudiziale, consentiva all'ex coniuge assegnatario di abitare

nella casa familiare, fino a che non fossero venuti meno i presupposti che avevano giustificato l'assegnazione stessa [in generale, nella ricchissima letteratura in tema di assegnazione giudiziale della casa familiare, si vedano, ad esempio: SCARANO, *La casa familiare*, in *Famiglia*, 2001, 131 ss.; MANTOVANI, *L'assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse dei coniugi e diritti dei terzi*, in NGCC, 2000, II, 441 ss.; FREZZA, *Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, in *Rass. DC*, 1998, 519 ss.; DI NARDO, *L'assegnazione della "casa familiare". Evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali*, in NGCC, 1998, II, 332 ss.; M. FINOCCHIARO, *Casa familiare (attribuzione della)*, in ED, *Agg.*, I, Milano, 1997, 271 ss.; ANDREOLA, *Sulla opponibilità dell'assegnazione della casa familiare nella separazione coniugale*, in

RDC, 1994, 341 ss.; BELVEDERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in RCDP, 1988, 243 ss.; MINUNNO, *sub art. 11, L. n. 74/1987*, in NLCC, 1987, 984 ss.; GIUSTI, *Crisi coniugale e protezione della casa familiare*, in DFP, 1986, II, 773 ss.; COCCIA, *La "casa familiare", qualificazione giuridica a "diritti" del coniuge*, in DFP, 1985, II, 722 ss. e 1095 ss.].

L'assegnazione poteva essere disposta, a **maggior ragione**, anche nel caso in cui la casa fosse stata in **comproprietà** tra gli ex coniugi. In queste ipotesi, vi era chi riteneva che la qualità di assegnatario della casa, in caso di **divisione**, fosse titolo preferenziale per l'attribuzione dell'intero immobile indivisibile in natura (per tutti, si legga A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 505).

☞ Anche in giurisprudenza si era statuito che la qualità di assegnatario della casa, in caso di **divisione**, non fosse priva di rilievo (T. Bologna, 21.1.1993). In altre occasioni, si era deciso che l'assegnazione ad uno dei coniugi (o ex coniugi) comproprietari rendesse **inammissibile la domanda di divisione** proposta dal non assegnatario (T. Monza, 24.10.1991; T. Monza, 21.4.1989), ma questo orientamento pareva **minoritario** (per l'ammissibilità della domanda di divisione presentata dal non assegnatario: A. Firenze, 6.11.1992; T. Torino, 12.10.2001; T. Torino, 9.10.2001; T. Roma, 4.7.2000; T. Roma, 29.5.2000).

■ Prima della L. 6.3.1987, n. 74, che novellò anche l'art. 6, L. n. 898/1970, **nulla era previsto esplicitamente**, riguardo all'assegnazione della casa familiare in caso di divorzio, ma, frequentemente, si riteneva **applicabile la disciplina** dettata in materia di **separazione**, al previgente art. 155, 4° co., c.c. (in tema, BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 772 ss.). Vi era chi reputava, inoltre, che la possibilità, per il giudice, di attribuire il diritto di abitare la casa familiare all'uno o all'altro degli ex coniugi, fosse stata introdotta, **in generale, dall'art. 6, L.**

**27.7.1978, n. 392**, nel quale si prevede che, nel contratto di locazione, al conduttore succeda l'altro coniuge «se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo» (BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, 211; DI NARDO, *La "casa familiare" nella crisi del matrimonio*, in NGCC, 1986, II, 348 ss.; COCCIA, 1114). Con la novellazione del 1987, poi, all'art. 6, 6° co., L. 1.12.1970, n. 898, erano state **introdotte norme esplicite** per regolare l'assegnazione della casa familiare in caso di divorzio. Codeste norme avevano dissipato i dubbi residui sull'assegnabilità della casa familiare in ipotesi di divorzio [RUBINO, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, 392 ss.; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, 557; BARBIERA, *Divorzio; I) disciplina sostanziale*, in EG, XI, Roma, 1989, 13; A. FINOCCHIARO, 497; CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in Q, 1988, 238].

☞ Va rilevato, inoltre, come esse fossero, per alcuni profili, innovative rispetto alle norme corrispondenti in tema di separazione, tanto che, prima dell'entrata in vigore della L. n. 54/2006, spesso si applicava **anche alla separazione la disciplina espressamente dettata per il divorzio** (C., Sez. I, 21.6.2002, n. 9071; C., Sez. I, 21.3.1995, n. 3251; C., Sez. I, 2.7.1990, n. 6774. Per l'inapplicabilità alla separazione dei ricordati criteri dettati per l'assegnazione in materia di divorzio, tuttavia, C., Sez. I, 9.2.1990, n. 901). La Consulta, poi, aveva affermato l'assegnabilità della casa familiare anche in favore del genitore affidatario in caso di crisi di una **convivenza more uxorio**, e ciò attraverso l'interpretazione dell'art. 155 c.c. (C. Cost., 13.5.1998, n. 166. Per l'assegnabilità della casa "familiare" anche in favore dell'ex convivente *more uxorio* a cui fosse stata affidata la prole, inoltre, nella giurisprudenza di merito già si erano espressi: T. Milano, 23.1.1997; T. Palermo, 20.7.1993. Successivamente, cfr., ad esempio, T. Foggia, 9.8.2002. Vale la pena di ricordare, al riguardo, come questi orientamenti siano, ormai, divenuti superflui, poiché anche l'art. 155

quater c.c. si applica direttamente alla crisi della convivenza *more uxorio*, giusta la norma racchiusa all'art. 4, 2° co., L. n. 54/2006).

■ Per un primo profilo, tuttavia, l'innovazione era stata depotenziata dall'interpretazione che della stessa hanno dato le Sezioni Unite della Suprema Corte. Ci si riferisce, in particolare, all'espressa previsione – mancante nella disciplina della separazione – del **dovere, per il giudice, di valutare, ai fini dell'assegnazione, anche le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione, nonché di favorire il coniuge più debole**, che, inizialmente, pareva recare un importante argomento a favore dell'assegnabilità della casa familiare anche a prescindere dall'affidamento della prole (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 772 ss.).

☞ Com'è noto, difatti, la Cassazione a Sezioni Unite, nell'interpretare la ricordata disposizione, aveva affermato che, per la legittimità dell'assegnazione della casa familiare ad uno degli ex coniugi, e, soprattutto, per la legittimità della compressione del diritto dell'altro ex coniuge, era presupposto pur sempre necessario che l'ex coniuge assegnatario fosse anche l'affidatario della prole. Siffatto presupposto, però, non era, da solo, sufficiente. Gli altri criteri indicati al previgente art. 6, 6° co., L. n. 898/1970, infatti, se non potevano, di solito, guidare il giudice nella scelta dell'ex coniuge a cui assegnare la casa, potevano, tuttavia, essere determinanti per convincerlo a non assegnare la casa nemmeno all'affidatario della prole minore. In altri termini, vi era un'esplicita previsione di ulteriori elementi, oltre all'affidamento della prole, che dovevano essere valutati nella decisione sull'assegnazione, ma questi elementi potevano solo avere rilievo nella decisione se assegnare o non assegnare la casa, e non anche nella scelta dell'**ex coniuge a cui assegnarla, il quale non poteva che essere, necessariamente, l'affidatario dei figli minorenni – o il convivente con i figli maggiorenni** (C., S.U., 28.10.1995, n. 11297. Già prima della ricordata decisione a Sezioni Unite, tra le pronunzie della Cassazione, si vedano, ad esempio: C., Sez. I, 30.8.1995, n. 9163; C., Sez. I, 29.3.1994, n. 3050; C., Sez. I,

24.8.1990, n. 8705. Successivamente, tra le tante: C., Sez. I, 21.6.2002, n. 9071; C., Sez. I, 22.4.2002, n. 5857; C., Sez. I, 18.9.2001, n. 11696; C., Sez. I, 7.7.2000, n. 9073; C., Sez. I, 29.10.1998, n. 10797; C., Sez. I, 8.11.1997, n. 11030. Nell'ambito delle decisioni di merito, seguivano il solco tracciato dalla Cassazione a Sezioni Unite, tra le altre: A. Cagliari, 14.5.1997; T. Messina, 29.3.2001; T. Oristano, 13.3.1999; T. Milano, 18.5.1998).

■ Nonostante la posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, peraltro, la letteratura era schierata, in prevalenza, per l'**assegnabilità della casa anche al genitore non affidatario**, sovente indicando tale assegnazione come una possibile modalità di adempimento “in natura” dell'assegno di mantenimento [per limitarsi agli autori che hanno affrontato l'argomento successivamente all'intervento della Cassazione a Sezioni Unite, sostenevano, a vario titolo, l'assegnabilità anche a favore dell'ex coniuge – o del coniuge separato – non affidatario della prole, ad esempio: SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, 323; GIACOBBE, FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti*, I, 2, Milano, 2002, 1107 ss., e 1347 ss.; SCARANO, 148 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 3ª ed., Milano, 2001, 196 s.; MANTOVANI, *L'assegnazione*, 446 ss.; ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Tratt. Bessone*, IV, 1, Torino, 1999, 251 ss. Approvavano la soluzione indicata dalle Sezioni Unite, viceversa, ad esempio: DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002, 493 ss.; DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 737 ss. In precedenza, poi, escludevano l'assegnabilità a chi non avesse l'affidamento: SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio (diritto vigente)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989, 676; CATTANEO, *La nuova*, 238; BELVEDERE, 281 ss.].

☞ Pure una parte, non irrilevante benché minoritaria, della giurisprudenza, inoltre, aveva continuato a riconoscere l'**assegnabilità della casa anche a prescindere dall'affida-**

**mento dei figli** (nella giurisprudenza di legittimità, sull'assegnazione al coniuge che della "casa familiare" fosse soltanto comproprietario, adottabile sul presupposto che questi avesse diritto al mantenimento – o non avesse «adeguati redditi propri»: C., Sez. I, 23.2.2000, n. 2070; C., Sez. I, 28.1.1998, n. 822; C., Sez. I, 7.7.1997, n. 6106; C., Sez. I, 9.5.1997, n. 4061. Tra le decisioni di merito, di analogo contenuto, si leggano: A. Messina, 27.12.1999; T. Milano, 29.10.1999. L'assegnabilità della casa come strumento per realizzare il diritto al mantenimento del coniuge debole veniva affermata anche in C., Sez. I, 11.4.2000, n. 4558. Nel senso che l'assegnazione al coniuge più debole fosse possibile, ma solo eccezionalmente, qualora l'equilibrio delle condizioni dei coniugi non potesse perseguirsi altrimenti, poi, C., Sez. I, 15.1.1999, n. 376. L'assegnazione della casa in funzione di riequilibrio delle condizioni economiche dei coniugi, infine, nella giurisprudenza di merito era, ad esempio, affermata anche da: T. Terni, 21.8.1996; T. Cagliari, 19.1.1996).

■ Un altro profilo di novità introdotto dalla L. n. 74/1987, consisteva nella previsione, quale possibile assegnatario, **anche del genitore convivente con i figli maggiorenni**. A riguardo, non era previsto, espressamente, che i figli maggiorenni conviventi dovessero anche essere economicamente non autosufficienti (sicché, inizialmente, poteva sembrare possibile prescindere da tale requisito; CATTANEO, *La nuova*, 238), tuttavia, era opinione prevalente che l'**autosufficienza economica** dei figli maggiorenni **escludesse la possibilità di assegnare** la casa al genitore con il quale essi ancora convivevano (BELVEDERE, 281 s.). Era diffuso l'indirizzo, poi, secondo cui l'assegnazione al genitore convivente col figlio maggiorenni fosse possibile **anche** in ipotesi di **separazione personale** (GRASSETTI, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992, 698; CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio. Regime patrimoniale. Separazione e divorzio*, Milano, 1988, 129).

☛ In giurisprudenza, era ricorrente l'orientamento per cui l'**autosufficienza economica** dei figli maggiorenni **esclude la possibilità di assegnare** la casa al genitore con il quale essi

ancora convivevano (esplicitamente, ad esempio, C., Sez. I, 26.4.1991, n. 4620). Anche solo con un rapido vaglio delle numerose massime in materia, del resto, ci si avvedeva della frequenza con cui i figli equiparabili a quelli minorenni, per giustificare l'assegnazione della casa, fossero indicati nei maggiorenni conviventi "non autosufficienti" (ad esempio: C., Sez. I, 29.10.1998, n. 10797; C., Sez. I, 11.5.1998, n. 4727; C., Sez. I, 8.11.1997, n. 11030; C., 20.8.1997, n. 7770. Sembra ritenere sufficiente la sola convivenza, invece, T. Catania, 9.12.1991. Nel senso che il chiaro riferimento alla mera convivenza, senza alcun richiamo al perdurare della dipendenza economica dei figli maggiorenni, dispensasse il giudice del rinvio da ogni indagine circa l'attività lavorativa dei figli stessi, inoltre, C., Sez. I, 8.10.1999, n. 11290. Dell'avviso che bastasse la mancanza di **autosufficienza anche soltanto psicofisica**, poi, erano: C., Sez. I, 19.12.2001, n. 16027; C., 12.1.1995, n. 334; C., Sez. I, 6.4.1993, n. 4108). Anche in giurisprudenza, poi, era diffuso l'indirizzo secondo cui l'assegnazione al genitore convivente col figlio maggiorenni era possibile **anche** in ipotesi di **separazione personale** (tra le decisioni di merito, ad esempio, T. Catania, 9.12.1991. Nella giurisprudenza della Suprema Corte, questo era l'orientamento di: C., Sez. I, 12.1.1995, n. 334; C., Sez. I, 17.3.1994, n. 2574; C., Sez. I, 6.4.1993, n. 4108; C., Sez. I, 5.6.1990, n. 5384).

■ Come si è accennato, il diritto dell'ex coniuge di abitare nella casa familiare si estingueva con il venire meno dei presupposti dell'assegnazione, e, quindi, l'autosufficienza economica dei figli, o la cessazione della convivenza, una volta che fossero state accertate dal giudice di merito (RUBINO, 400; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 559), avrebbero fatto cessare tale diritto (BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, 785 ss.).

☛ Anche in giurisprudenza, si era deciso nel senso che l'autosufficienza economica dei figli, o la cessazione della convivenza, una volta che fossero state accertate dal giudice di merito (C., Sez. I, 22.4.2002, n. 5857; C., Sez. I, 28.8.1993, n. 9157), avrebbero fatto

cessare il diritto dell'assegnatario, mentre, per codesto risultato, non avrebbe dovuto essere sufficiente il semplice raggiungimento della maggiore età (per l'automatica e immediata cessazione del diritto di abitare la casa familiare del coniuge separato, nel momento della maggiore età dei figli, tuttavia: T. Lucra, 17.7.1988).

■ **Altre ipotesi di cessazione** del diritto di abitare la casa familiare ricordate in dottrina, poi, consistevano: nel **passaggio a nuove nozze** del coniuge titolare del diritto stesso (QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 559, secondo il quale, però, le nuove nozze avrebbero comportato la cessazione automatica del diritto di abitare la casa solo nel caso di assegnazione al non affidatario dei figli); nel **cambio di affidamento** dei figli (come ricorda, tra gli altri, RUBINO, 400).

✿ Ulteriori ipotesi di cessazione, rintracciabili nei repertori, ancora, erano: l'assegnazione in **proprietà esclusiva** della casa, precedentemente in comproprietà, **al coniuge affidatario** della prole (C., Sez. I, 17.9.2001, n. 11630); il sopraggiungere, alla **sentenza** di separazione, di una pronunzia di **scioglimento del matrimonio**, nella quale **non si prevedesse più l'assegnazione** della casa (C., Sez. I, 24.7.2000, n. 9689; C., Sez. I, 2.9.1997, n. 8381); l'avere, **il nucleo familiare, perso la propria identità** originaria (C., Sez. I, 17.7.1997, n. 6559); più in generale, la **perdita del carattere "familiare"** della casa (C., Sez. I, 29.11.2000, n. 15291; C., Sez. I, 23.5.2000, n. 6706).

■ Un terzo, assai rilevante, profilo di novità, poi, era rappresentato dalla **possibilità di opporre l'assegnazione al terzo acquirente**. Nell'art. 6, 6° co., L. 1.12.1970, n. 898, difatti, si leggeva che «l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'articolo 1599 del codice civile». È risaputo come, in precedenza, la **trascrivibilità** del provvedimento di assegnazione e l'opponibilità ai terzi del diritto di abitare la casa familiare venissero, frequentemente, affermate o negate, a seconda della **natura** che si attribuiva a tale diritto (per tutti, RUBINO, 402). **Non** sorgevano **problemi**, quando il genitore **non assegnatario** fosse stato

**conduttore** della casa, poiché, in tal caso, era (ed è) esplicitamente previsto, dall'art. 6, L. 27.7.1978, n. 392, che l'assegnatario **subentrasse nel contratto di locazione**; secondo l'opinione dominante si trattava di un'ipotesi di cessione legale del contratto. In tal caso, non vi erano dubbi che il diritto dell'assegnatario fosse lo stesso diritto che aveva il non assegnatario, vale a dire un diritto personale di godimento, e potesse essere opposto ai terzi così come poteva essere opposto loro quando ne era titolare il non assegnatario. A maggior ragione, inoltre, questo poteva affermarsi dove titolari del contratto di locazione fossero stati, originariamente, entrambi i coniugi. In tal caso, naturalmente, non vi sarebbe stata una cessione del contratto, bensì l'esclusione dal rapporto di locazione di uno dei contraenti originari, cosicché l'altro sarebbe divenuto titolare esclusivo del contratto stesso [in merito: BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2ª ed., Torino, 2002, 208; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 4ª ed., Torino, 2002, 202 ss.; BIANCA, *Diritto*, 3ª ed., 196; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi; I disciplina sostanziale*, in EG, XXVIII, Roma, 1992, 27; GRASSETTI, 698; CATTANEO, *Corso*, 129. Cfr., anche, ZATTI, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1989, 143 s., il quale – almeno in riferimento ai contratti conclusi successivamente alla celebrazione del matrimonio – riteneva trattarsi, sempre, di esclusione di un coniuge dal rapporto di locazione, piuttosto che di cessione legale del contratto, giacché, del contratto di locazione della casa familiare sarebbero sempre parte entrambi i coniugi, anche se il contratto fosse stato concluso da uno solo di essi]. Si rilevava, altresì, come, dal momento della successione nel contratto – o dell'esclusione dell'ex coniuge non assegnatario –, **il canone sarebbe stato dovuto soltanto dall'assegnatario**, sempre che il pagamento del canone non fosse imposto al non assegnatario quale componente dell'assegno post-matrimoniale; l'assegnatario, inoltre, avrebbe avuto **anche azione diretta contro il locatore** per tutto ciò che attiene alla locazione (A. FINOCCHIARO, 507).

Il **problema sorgeva**, viceversa, allorché il co-

niuge non assegnatario fosse stato **proprietario** della casa familiare, o **titolare di un diritto reale** di godimento su di essa. Secondo un orientamento, il **diritto di abitare costituito giudizialmente** aveva **natura reale** – diritto di abitazione della casa e di uso degli arredi – (AMAGLIANI, *Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare*, in *Rass. DC*, 1982, 12 ss. Cfr., inoltre, BIANCA, *Diritto*, 3<sup>a</sup> ed., 197 s., il quale riteneva che, in alcuni casi, di diritto reale d'abitazione si trattasse, benché la qualificazione non potesse sempre essere univoca, e nel qualificare si dovesse comunque tenere conto del titolo di godimento che l'assegnatario avesse conseguito sulla casa), e, pertanto, il provvedimento di assegnazione era trascrivibile, ed il diritto era opponibile ai terzi. A siffatte conclusioni, viceversa, di solito non giungevano i sostenitori della diversa teoria, secondo la quale il diritto dell'assegnatario di abitare la casa familiare aveva **natura personale**. Esso, secondo un'opinione, era equiparabile al diritto proprio del **comodatario** (A. FINOCCHIARO, 503); in base ad un'altra costruzione, consisteva in un diritto **personale di godimento sui generis** (GIUSTI, 787 ss.; MINUNNO, 989 ss.; ZATTI, *La separazione personale dei coniugi*, 142 s.; JAN-NARELLI, *L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi*, in *FI*, 1981, I, 1381), mentre, secondo altre voci, veniva ricondotto, con varietà d'accenti, alla **locazione** (faceva riferimento ad un diritto analogo a quello che il contratto di locazione attribuisce al conduttore CATTANEO, *Corso*, 129. Del parere che il diritto in parola potesse iscriversi nello schema normativo della locazione, e che, in essa, il corrispettivo sarebbe consistito nella differenza tra quanto l'assegnante avrebbe dovuto somministrare a titolo di mantenimento, se assegnazione non vi fosse stata, e quanto, invece, era effettivamente tenuto a corrispondere, era, altresì, FRALLICARDI, *Assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio: quale diritto per l'assegnatario?*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, Milano, 1992, 620 s. Lo riteneva un atipico diritto di locazione, inoltre, BARBIERA, *I diritti patrimoniali*

*dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, 49 e 53 s.).

☞ La natura di **diritto personale di godimento**, era quella che – alla situazione soggettiva dell'assegnatario – veniva, ormai con costanza, riconosciuta anche dalla giurisprudenza (ad esempio: C., Sez. II, 18.8.1997, n. 7680; C., Sez. I, 22.11.1993, n. 11508; C., Sez. II, 5.6.1991, n. 6348; C., Sez. I, 11.11.1986, n. 6570; C., 16.10.1985, n. 5082. Nella giurisprudenza di merito, T. Napoli, 2.12.1988).

■ La **nuova formulazione**, dell'art. 6, 6° co., L. 1.12.1970, n. 898, sancendo **espresamente la trascrivibilità e l'opponibilità** dell'assegnazione, com'è noto, aveva tolto parte dell'importanza al dibattito concernente la natura del diritto dell'assegnatario della casa familiare (QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 559; SANTOSUOSSO, *Scioglimento*, 676).

☞ Ciò ancor più dopo che la Consulta, dichiarando l'**incostituzionalità dell'art. 155, 4° co., c.c.**, nella parte in cui **non prevedeva la trascrivibilità** del provvedimento giudiziale di assegnazione dell'abitazione nella casa familiare, aveva sciolto precedenti dubbi sull'applicabilità dell'innovazione in parola anche alla separazione personale (il riferimento è a C. Cost., 27.7.1989, n. 454, confermata anche da C. Cost., 23.1.1990, n. 20. Dopo la suddetta dichiarazione di illegittimità costituzionale, cfr. C., Sez. I, 27.5.1995, n. 5902. Viceversa, per un esempio di mancata applicazione, all'assegnazione della casa nella separazione, della disciplina dettata per la trascrivibilità e l'opponibilità dell'assegnazione stessa in materia di divorzio, precedentemente alle ricordate pronunzie della Consulta, cfr. C., 5.7.1988, n. 4420).

■ In riferimento all'opponibilità dell'assegnazione, poi, anche un ultimo elemento di dubbio pareva dissipato in conseguenza di recenti interventi di Consulta e Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Come è noto, ci si era, a lungo, domandati quale fosse la sorte del diritto dell'assegnatario, nel caso in cui l'assegnazione non fosse stata trascritta prima dell'acquisto del terzo (PITTALIS, *I doveri di contribuzione e di assistenza nella crisi coniugale*, in *NGCC*, 2000, II, 404 s.; FREZZA,

518 ss.; ANDREOLA, 356 ss.). Il dettato dell'art. 6, 6° co., L. 1.12.1970, n. 898, pareva non lasciare eccessivo spazio all'opponibilità di un'assegnazione non trascritta, laddove si prevedeva che l'assegnazione era opponibile «in quanto trascritta». In questo stesso comma, tuttavia, veniva richiamato espressamente l'art. 1599 c.c., in base al quale, per l'opponibilità delle locazioni al terzo acquirente, la trascrizione è necessaria soltanto qualora la locazione abbia una durata superiore ai nove anni, mentre la locazioni di **durata inferiore ai nove anni**, o, comunque, non superiore, sono **opponibili** anche se **non trascritte**. Ci si chiedeva, in conseguenza, se anche l'assegnazione non trascritta potesse, comunque, opporsi al terzo acquirente nei limiti del novennio, o se, per l'opponibilità di essa, fosse, in ogni caso, necessaria la trascrizione (RUBINO, 402 s.; CHIANTERA, *La casa familiare dopo il divorzio*, in *DFP*, 1988, I, 1519 ss.). A questa domanda, già da tempo sembrava prevalere la risposta che, nei limiti del novennio, riconosceva l'opponibilità ai terzi dell'assegnazione anche se non trascritta (così, ad esempio: MANTOVANI, *L'assegnazione*, 451 ss.; ROSSI CARLEO, 251 ss.; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 559); a tale soluzione si giungeva, frequentemente, dopo avere assimilato la natura dell'assegnazione a quella del diritto personale di godimento del conduttore (BARBIERA, *I diritti*, 55 s.; CATTANEO, *Corso*, 174).

☛ Questo orientamento, già prevalente anche in giurisprudenza (ad esempio, C., Sez. I, 10.12.1996, n. 10977. Nella giurisprudenza di merito, si vedano, tra le tante: T. Roma, 4.7.2000; T. Roma, 12.7.1990), peraltro, conosceva importanti, seppure non frequenti, voci dissenzienti (negavano l'opponibilità infranovenale, nel caso manchi la trascrizione: C., Sez. I, 6.5.1999, n. 4529; C., Sez. I, 28.3.1990, n. 2529). In tempi recenti, allora, la questione era stata affrontata, e risolta, dalla Consulta, e dalle Sezioni Unite della Cassazione. La **Corte costituzionale**, dapprima, aveva indicato come il **solo costituzionalmente legittimo** l'orientamento giurisprudenziale che sosteneva l'**opponibilità** ai terzi dell'assegnazione della casa **nei limiti del no-**

**vennio, anche se non trascritta** (C. Cost., 15.3.2002, n. 57). Le **Sezioni Unite** della Suprema Corte, successivamente, avevano affermato che il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare, avendo per definizione data certa, era **opponibile, ancorché non trascritto**, al terzo acquirente in data successiva, **per nove anni dall'assegnazione** (C., S.U., 26.7.2002, n. 11096).

Va aggiunto, ancora, che, l'assegnazione poteva essere opposta al terzo acquirente solo nell'ipotesi in cui questi avesse acquistato la titolarità dell'immobile successivamente all'assegnazione stessa – o precedentemente, ma avesse trascritto dopo la trascrizione dell'assegnazione – (C., Sez. I, 27.5.1994, n. 5236; C., Sez. I, 2.2.1993, n. 1258).

■ ■ L'**opponibilità**, inoltre, era comunemente **contenuta nei limiti del diritto che spettava all'ex coniuge non assegnatario** (BARBIERA, *I diritti*, 52; ID., *Divorzio*, 13). Questo assumeva particolare rilievo, ad esempio, allorché il diritto in parola si fondasse su di un **comodato** (negava l'assegnabilità stessa della casa, nel caso in cui questa fosse goduta in comodato, peraltro, GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *RDC*, 2003, I, 137 ss.), poiché, secondo l'orientamento prevalente, anche il diritto dell'assegnatario avrebbe avuto unicamente la stabilità che aveva l'originario diritto del comodatario, ai sensi degli artt. 1809 e 1810 c.c. (BONILINI, *Manuale*, 209).

☛ La giurisprudenza prevalente era, anch'essa, orientata a reputare che il diritto dell'assegnatario avesse **unicamente la stabilità che aveva l'originario diritto del comodatario**, ai sensi degli artt. 1809 e 1810 c.c., e che, dunque, l'assegnatario, poiché subentrava nella stessa posizione giuridica dell'altro genitore, comodatario dell'appartamento, era **tenuto a subire gli effetti del recesso del comodante** (C., Sez. III, 20.10.1997, n. 10258; C., Sez. III, 26.1.1995, n. 929. Nella giurisprudenza di merito, inoltre, si legga T. Cagliari, 14.12.1999. Dell'avviso che l'assegnatario della casa succeda nella titolarità del rapporto di comodato, in analogia di quanto previsto dalla legge per la locazione,

altresi, cfr. C., Sez. III, 4.3.1998, n. 2407; C., Sez. III, 17.7.1996, n. 6458). Codesto **orientamento**, tuttavia, **non era unanime**, e la Casazione aveva anche affermato che, qualora la casa fosse stata utilizzata dai coniugi in virtù di un comodato senza termine finale, la durata dell'utilizzazione dall'immobile da parte dell'assegnatario fosse determinata in base alla disciplina fissata nel provvedimento giurisdizionale di assegnazione, e non in base a quella propria del rapporto originario di comodato (C., Sez. I, 10.12.1996, n. 10977). Sul punto, infine, si erano pure pronunziate le Sezioni Unite, stabilendo che il rapporto restasse regolato dalla disciplina del contratto di comodato, con la conseguenza che il comodante sarebbe stato tenuto a consentire la continuazione del godimento per l'uso nel contratto previsto, salva l'ipotesi di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno del comodante stesso, ai sensi dell'art. 1809, 2° co., c.c. (C., S.U., 21.7.2004, n. 13603).

■ Per quanto attiene all'**oggetto** dell'assegnazione giudiziale, già si reputava, prevalentemente, che esso potesse consistere **solo nella casa familiare**, vale a dire nell'immobile che aveva costituito il costante punto di aggregazione della famiglia, e non anche in una seconda casa, o in una casa per le vacanze (DOSSETTI, 739; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt.* 84-158, Bologna-Roma, 1993, 415; BARBIERA, *I diritti*, 54; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 558; CATTANEO, *Corso*, 129; BELVEDERE, 273 ss.).

☞ Anche secondo la Suprema Corte, l'oggetto dell'assegnazione consisteva **solo nella casa familiare** (C., Sez. II, 22.5.1993, n. 5793; C., Sez. I, 16.7.1992, n. 8667). In giurisprudenza, d'altro canto, benché non in generale, ma specificamente in tema di esecuzione forzata per la riscossione delle imposte sui redditi, si era pure affermato che tale locuzione potesse riferirsi anche alla casa assegnata giudizialmente al coniuge del debitore (C., Sez. III, 22.6.2001, n. 8591).

■ Si opinava, inoltre, che l'assegnazione **comprendesse anche gli arredi**, con **esclusione dei mobili di uso strettamente personale**

per il coniuge non assegnatario, nonché gli **accessori** e le **pertinenze** della casa stessa (ad esempio: BONILINI, *Manuale*, 208; SCARANO, 147; F. FINOCCHIARO, 412; BARBIERA, *I diritti*, 54; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 558 s. Di contrario avviso, tuttavia, era A. FINOCCHIARO, 508).

☞ I coniugi, peraltro, ben avrebbero potuto pattuire che alcuni mobili potessero essere prelevati dalla casa (C., Sez. I, 25.5.1998, n. 5189). Si era statuito, poi, che l'assegnazione dei mobili fosse possibile unicamente qualora lo fosse quella della casa familiare (C., Sez. I, 4.6.1996, n. 5119).

■ Se la casa avesse avuto caratteristiche tali da renderlo materialmente possibile, ancora, si opinava che il giudice potesse anche **assegnare soltanto una parte** di essa, da individuarsi in conformità con le esigenze del genitore assegnatario e della prole con lui convivente (DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, 2ª ed., Torino, 1998, 92; BARBIERA, *I diritti*, 54; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 559).

☞ Tanto la giurisprudenza di merito (T. Brindisi, 9.11.2001), quanto quella di legittimità (C., Sez. I, 11.12.1990, n. 11787; C., Sez. I, 11.11.1986, n. 6570), inoltre, avevano avuto modo di pronunziarsi sull'assegnabilità parziale.

■ Opinione pacifica, era che l'assegnazione desse il **potere di godere**, in via esclusiva, della casa, ma **non** anche quello **di disporre**. In generale, si affermava che il diritto di abitare la casa familiare fosse incedibile e intransmissibile, e che fosse indissolubilmente legato al suo titolare, sicché la morte di questo lo avrebbe estinto automaticamente (tra i tanti: BIANCA, *Diritto*, 3ª ed., 199; RUBINO, 400).

☞ In altri termini, l'assegnatario poteva usare della casa per le proprie esigenze abitative, ma **non** poteva, ad esempio, **concederla in locazione** (C., Sez. I, 2.4.1992, n. 4016). Talvolta era parso, peraltro, che l'assegnatario potesse "godere" della casa pure non usando (così pareva orientata C., 18.6.1982, n. 3734); in merito, tuttavia, già si osservava come il godimento della casa che si concretizzasse in un suo mancato uso (e, forse, an-

che in un uso solo parziale della stessa), magari fino al punto in cui l'assegnatario ed i figli, in realtà, non avessero la residenza familiare nella casa assegnata, apparisse chiaramente in contrasto con le finalità stesse dell'assegnazione. Si era affermato, inoltre, che, se l'assegnatario succeduto nel contratto di locazione avesse abbandonato la casa, il rapporto di locazione si sarebbe estinto, né avrebbe potuto rivivere nei confronti del coniuge non assegnatario (C., Sez. III, 4.11.1993, n. 10890).

■ Per quanto concerne, infine, il **rapporto che legava l'assegnatario non proprietario con il proprietario**, si reputava che, per molti aspetti, ad esso si potessero applicare le **regole** dettate in **materia di locazione** (tra i tanti, SANTOSUOSSO, *Scioglimento*, 677). Così, per esempio, l'assegnazione della casa avrebbe comportato l'obbligo, per l'assegnatario, di fare fronte alle spese per l'ordinaria amministrazione, mentre le spese per atti eccedenti l'ordinaria amministrazione sarebbero rimasti a carico del proprietario (tra gli autori, dell'avviso che le spese relative all'immobile fossero da ripartirsi in base alle regole desumibili dagli istituti in cui si verificava un'analogia situazione di distacco soggettivo tra godimento del bene e diritto di proprietà, cfr.: QUADRI, *Divorzio nel diritto civile*, 559; A. FINOCCHIARO, 505 ss.).

☞ Anche la giurisprudenza, in più di un'occasione, aveva ricondotto detto rapporto al contratto di locazione, ricavandone, ad esempio, che **sull'assegnatario gravassero** le quote relative alle **spese condominiali** (tra le pronunce della Cassazione, cfr. C., Sez. I, 3.6.1994, n. 5374. Nella giurisprudenza di merito, per tutte, cfr. T. Monza, 2.9.1995).

## 2. La disciplina attuale

■ L'attuale disciplina in materia è interamente dettata dall'art. 155 *quater* c.c. Essa si compone di regole che paiono confermare gli orientamenti in precedenza prevalenti, e di altre che, viceversa, paiono distaccarsene (ad esempio: PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in *FD*, 2006, 3, 329 ss.; RIMINI, *L'assegnazione della*

*casa familiare: brevi osservazioni sull'art. 155 quater c.c. alla luce delle più recenti affermazioni giurisprudenziali*, in *FPS*, 2007, 211 ss.; ZACCARIA, *Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *FPS*, 2006, 775 ss.). Anche la formulazione lessicale è, in larga parte, mutata. Così, anzitutto, per ciò che attiene al **“godimento”** stesso della casa familiare (e non più alla **“abitazione”** in essa), questo, oggi, dovrà essere attribuito tenendo **«prioritariamente conto dell'interesse dei figli»**. Questa formula, diversa da quella contenuta nell'art. 6, 6° co., L. n. 898/1970, avrebbe forse potuto dare nuova forza alle ricostruzioni che ammettevano l'assegnazione della casa anche in favore del genitore che non fosse affidatario dei figli (e, attualmente, presso il quale i figli non siano collocati).

☞ In verità, tuttavia, anche nella vigenza della nuova disposizione è largamente prevalente l'orientamento che **esclude la possibilità di assegnare la casa familiare** – fosse questa anche in **comproprietà** tra i genitori – **al genitore che non abbia l'affidamento** – o la **collocazione presso di sé** – **della prole** (C., Sez. I, 14.5.2007, n. 10994; A. Roma, 11.7.2007; T. Catania, 16.3.2007), **senza necessità di accertare quale concreto pregiudizio** potrebbe derivare alla prole dal mutamento di residenza (C., Sez. I, 30.11.2007, n. 25010), e che **nega** che l'assegnazione possa essere disposta, come **componente in natura del mantenimento**, anche a favore del solo coniuge economicamente più debole, **ex art. 156 c.c.** (C., 18.2.2008, n. 3934; C., Sez. I, 22.3.2007, n. 6979; A. Roma, 7.11.2007; T. Monza, 11.6.2007; T. Monza, 14.5.2007; T. Reggio Calabria, 18.4.2007, nella quale, peraltro, pare si faccia applicazione ancora della disciplina previgente. In senso contrario, T. Viterbo, 12.10.2006). Si è precisato, peraltro, che, ai fini dell'assegnazione della casa, **i figli debbono essere di entrambi i coniugi**, per cui se i figli siano di un solo coniuge, non si potrà fare luogo all'assegnazione medesima (C., Sez. I, 2.10.2007, n. 20688). Si è previsto, inoltre, che, dove sia materialmente possibile, e la

casa possa essere agevolmente divisa in due distinte unità abitative, essa può anche essere **assegnata ad entrambi** i genitori, proprio per consentire la più conveniente “condivisione” della prole (T. Napoli, 21.11.2006).

■ La necessità di tenere conto dell’assegnazione nella regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori, poi, mi pare riprenda e confermi un orientamento già diffuso. Ugualmente, alcune delle ipotesi in cui oggi si prevede espressamente l’estinzione del diritto a godere della casa, già erano indicate da dottrina e giurisprudenza; così è, ad esempio, per l’ipotesi in cui l’assegnatario non viva stabilmente nella casa di cui gli è stato attribuito il godimento (da ciò, tra l’altro, si trae anche conferma dell’indisponibilità del diritto dell’assegnatario) (su queste cause, ad esempio, PALADINI, *L’abitazione*, 334). Altre ipotesi di estinzione, invece, sono state introdotte *ex novo*, e paiono del tutto incongrue rispetto ad un’assegnazione che dovrebbe essere disposta «tenendo prioritariamente conto dell’interesse dei figli». Il riferimento, ovviamente, è alle nuove nozze, o alla convivenza *more uxorio*, dell’assegnatario (PATTI, *L’affidamento condiviso dei figli*, in *FPS*, 2006, 303). Queste due ipotesi, infatti, non conseguono al fatto che l’assegnazione non possa realizzare la propria funzione, ma, anzi, sono esse stesse che tale funzione frustrano. Esse, del resto, non hanno nessun precedente, né nella legislazione previgente, né negli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, e dipendono da una nota volontà “politica” di tutelare, in questo caso, non tanto l’interesse della prole, quanto l’interesse del genitore non affidatario, e proprietario della casa, vale a dire, solitamente, del padre (BASINI, *Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell’art. 155 quater c.c.*, in *FPS*, 2006, 618 ss.). Un’assegnazione che deve essere disposta tenendo conto prioritariamente dell’interesse dei figli, allora, parrebbe poter cessare per cause che, sicuramente, non indicano il venire meno di tale interesse, né hanno alcuna relazione con esso (BASINI, *Cause di estinzione*, 618 ss.; PATTI, 303). Osservato nel suo tenore letterale, pe-

raltro, l’art. 155 *quater*, 1° co., c.c. non sembra, al riguardo, offrire molte vie d’uscita. Differentemente da quanto capita in altri punti della L. n. 54/2006, infatti, qui il legislatore non ha disposto, accanto alla regola, un’eccezione; non ha previsto che il giudice “possa” estinguere il diritto, ma, eccezionalmente, possa anche disporre la continuazione, naturalmente motivando, e spiegando come e perché tale decisione sia maggiormente rispondente all’interesse dei figli (BASINI, *L’affidamento condiviso*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 2, *Famiglia e matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, 1072 s.). Da ciò parrebbe discendere, dunque, che in ogni caso di nuovo matrimonio, o anche di convivenza *more uxorio*, del genitore con cui la prole convive, e che ha il godimento della casa familiare, tale diritto si estingua, e l’altro genitore possa sempre ottenere la liberazione dell’immobile, anche in totale disprezzo dell’interesse della prole. Mi pare, peraltro, che il dato letterale, seppure chiaro, non basti a garantire la “tenuta” di tali regole, e che le due mentovate cause di estinzione potrebbero essere agevolmente dichiarate incostituzionali, in quanto contrastanti con l’art. 30, 1° co., Cost., così come viene interpretato dalla Consulta (BASINI, *Cause di estinzione*, 618 ss.; ID., *L’affidamento condiviso*, 1072 ss. Di diverso avviso, viceversa, mi sembra, PALADINI, *L’abitazione*, 335, secondo il quale dovrebbe essere il concetto normativo di «interesse della prole minorenni» a venire enucleato anche dai casi di estinzione del diritto dell’assegnatario dei quali ora si tratta).

☞ Com’è noto, sotto la disciplina precedente la L. n. 54/2006, nulla era previsto in merito alla possibilità di assegnare la casa anche ad un affidatario genitore naturale, in ipotesi di rottura di una convivenza *more uxorio*. E la Corte costituzionale, interrogata sulla legittimità costituzionale – in riferimento agli artt. 3 e 30 Cost. – dell’art. 155, 4° co., c.c., nella parte in cui non prevedeva, in ipotesi di cessazione della convivenza di fatto, la possibilità di assegnare la casa familiare anche al genitore naturale affidatario dei figli minori, aveva ritenuto la questione infondata; ma solo perché, senza ricorrere ad una declaratoria

di incostituzionalità, all'assegnabilità della casa pure nell'interesse della prole naturale, si poteva giungere attraverso altre regole di portata generale (C. Cost., 16.5.1999, n. 125; C. Cost., 13.5.1998, n. 166). In particolare, per giungere a detto esito, la Consulta aveva sottolineato come l'essenza del rapporto di filiazione, che si sostanzia negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione, trovasse fondamento nell'art. 30 Cost., e, soprattutto, come il concetto di mantenimento comprendesse «in via primaria il soddisfacimento delle esigenze materiali, connesse inscindibilmente alla prestazione dei mezzi necessari per garantire un corretto sviluppo psicologico e fisico del figlio, e segnatamente tra queste, in ordine all'effettivo adempimento dell'obbligo», come assumessero «profonda rilevanza la predisposizione e la conservazione dell'ambiente domestico, considerato quale centro di affetti, di interessi e di consuetudini di vita, che contribuisce in misura fondamentale alla formazione armonica della personalità del figlio», sicché l'obbligo di mantenimento stabilito all'art. 30 Cost. si sostanziasse anche «nell'assicurare ai figli l' idoneità della dimora, intesa quale luogo di formazione e sviluppo della personalità psicofisica dei medesimi» (C. Cost., 13.5.1998, n. 166). Non vi era bisogno di dichiarare illegittimo l'art. 155 c.c., né di applicarlo analogicamente alla crisi della convivenza *more uxorio*, insomma, perché l'assegnabilità della casa di un genitore naturale all'altro, in quanto affidatario della prole, già si poteva fondare, anzitutto, sul dovere, di rango costituzionale (*ex art. 30 Cost.*), di ogni genitore di mantenere i propri figli, e ciò in quanto tale dovere comprendeva anche quello di predisporre e conservare alla prole un adeguato ambiente domestico, e, in particolare, di consentire alla prole di continuare a vivere nella casa familiare.

■ ■ ■ Quella decisione ha perso la propria attualità con specifico riferimento alla crisi della convivenza *more uxorio* (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1025 ss.). Essa, tuttavia, resta attualissima allorché indica il contenuto che, secondo la Consulta, deve avere il dovere costituzionale di mantenere i figli, e, in

tale contenuto, comprende pure la predisposizione e la conservazione di un adeguato ambiente domestico nei termini suddetti. Pare chiaro, infatti, come, in questa prospettiva, ogni norma di legge ordinaria che intendesse consentire al genitore di privare improvvisamente il figlio di tale ambiente domestico, e per ragioni che nulla hanno a che vedere con l'interesse del figlio stesso, sarebbe con ogni probabilità da reputare illegittima, in quanto contrastante con l'art. 30 Cost. E questa sembra essere precisamente l'illegittimità in cui rischia di incorrere la previsione, tanto della convivenza *more uxorio*, quanto del nuovo matrimonio dell'affidatario, quali cause di estinzione del diritto a godere della casa familiare (BASINI, *Cause di estinzione*, 618 ss.; ID., *L'affidamento condiviso*, 1074 s).

✎ In conclusione, poiché, nella lettura della Corte costituzionale (C. Cost., 16.4.1999, n. 125; C. Cost., 13.5.1998, n. 166. Sull'ampiezza che, nella lettura della Consulta, assume il dovere di mantenimento dei figli, si veda, altresì, C. Cost., 18.4.1997, n. 99), il dovere che l'art. 30 Cost. impone ad ogni genitore di “mantenere” la prole, comprende anche quello di “conservare” ad essa l'ambiente domestico, forti sospetti di incostituzionalità solleva la previsione, nell'art. 155 quater c.c., della convivenza *more uxorio* e delle nuove nozze dell'assegnatario, quali fattispecie che, facendo venire meno il diritto al godimento della casa familiare, consentirebbero al genitore di sottrarsi, almeno parzialmente, a tale dovere. Questo **orientamento, è stato raccolto anche dalla giurisprudenza** pronunciatisi dopo l'entrata in vigore dell'art. in commento, che ha sollevato davanti alla Consulta la **questione di legittimità costituzionale delle cause di estinzione in parola**, per contrasto con l'art. 30 Cost. (A. Bologna, 22.2.2007). La q.l.c., inoltre, è stata sollevata anche da altri giudici, ma per contrasto con gli artt. 2, 3 (T. Busto Arsizio, 25.10.2006. Quest'ultima q.l.c., peraltro, è stata dichiarata manifestamente inammissibile da C. Cost., 5.12.2007, n. 421) e 29, Cost. (T. Firenze, 13.1.2007; T. Firenze, 11.1.2007). Secondo altre pronunzie ancora,

poi, il dubbio, senz'altro riscontrabile, di legittimità costituzionale delle menzionate cause di estinzione, andrebbe superato direttamente con una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. ora in commento, che permetta di non disporre l'estinzione del diritto dell'assegnatario, anche in presenza di un nuovo matrimonio o di una convivenza, se tale estinzione si presentasse contraria all'interesse della prole (T. Firenze, 16.5.2007; T. Napoli, 9.11.2006). Particolare, poi, è la posizione di quel giudice il quale, sulla base dell'asserita assegnabilità della casa anche al coniuge non affidatario o collocatario della prole, quale contribuzione al mantenimento di tale soggetto, ha indicato in codesta assegnazione (al coniuge che non conviva con la prole), la sola ipotesi di applicabilità delle menzionate cause di estinzione (T. Viterbo, 18.10.2006).

■ Un'altra rilevante novità introdotta dalla L. n. 54/2006, a mio parere, potrebbe essere rappresentata dalla mancanza di ogni richiamo all'art. 1599 c.c., e dalla, conseguente, attuale mancanza, negli artt. 155 ss. c.c., di ogni riferimento o rinvio alla disciplina della locazione. (Il rinvio, peraltro, potrebbe essere ancora vigente nell'art. 6, L. n. 898/1970. E, al riguardo, di nuovo rileverà chiarire l'incerta efficacia abrogatrice dell'art. 4, L. n. 54/2006 rispetto all'art. 6, L. n. 898/1970). Da questo, potrebbe risultare superata la ricordata posizione di Consulta e Cassazione a Sezioni Unite, e potrebbe rimanere esclusa la possibilità di opporre al terzo subacquirente anche l'assegnazione non trascritta, benché unicamente nei limiti del novennio (ZACCARIA, 779 s., il quale, dopo avere stigmatizzato la pessima tecnica con cui è stato redatto anche l'art. 155 quater c.c., non manca di rilevare come «in difetto di trascrizione, il provvedimento di assegnazione dovrebbe oggi ritenersi non più opponibile, neppure nei limiti del novennio», e di concludere che «questa sciagurata riforma ha, insomma, travolto un sistema che si stava progressivamente armonizzando in maniera accettabile, con tanta fatica e tanto lavoro, da parte dei Giudici di ogni grado, oltre che del Giudice delle leggi»). Codesto mutamento di testo,

altresì, fa venire meno uno degli argomenti a sostegno della natura "personale" del diritto dell'assegnatario, e potrebbe, dunque, dare nuova forza alle teorie che ne affermano la natura di diritto reale, così come un altro argomento in tal senso potrebbe ravvisarsi nell'espresso (e goffamente formulato) richiamo all'art. 2643 c.c. [sottolinea la mala destrezza del legislatore pure in questo punto della novella del 2006, ad esempio, ZACCARIA, 779 s.: «si consideri come non abbia un grande senso affermare che il provvedimento il parola "è trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 c.c.", dato che l'art. 2643 c.c. contiene (solo) un'elencazione di atti da trascrivere (anziché disporre, nell'art. 155 quater, una trascrivibilità "ai sensi dell'art. 2643 c.c.", si sarebbe dovuto intervenire sullo stesso 2643 c.c., aggiungendo in quella sede il provvedimento di assegnazione della casa familiare agli altri atti da trascrivere); e come ancora meno senso abbia affermare che "il provvedimento di assegnazione è (...) opponibile a terzi ai sensi dell'art. 2643 c.c.", dato che l'art. 2643 c.c. non si occupa in alcun modo degli effetti connessi alla pubblicità degli atti di cui prevede la trascrizione!]]. Bisogna anche notare, peraltro, che un argomento di segno esattamente opposto potrebbe trarsi dalla scomparsa del vocabolo "abitazione", e dalla sostituzione di esso con il più neutro, termine "godimento".

☛ Nel senso che con l'assegnazione sorge un **diritto personale di godimento**, e non un diritto reale, e che, dunque, il coniuge **assegnatario non sia debitore dell'imposta comunale sugli immobili**, si è pronunciata la giurisprudenza (C., Sez. V, 16.3.2007, n. 6192).

■ Per quanto concerne l'oggetto del diritto, ancora, alcune delle ipotesi di estinzione del diritto, pare confermino che esso può consistere unicamente nella casa "familiare"; se così non fosse, non si spiegherebbe perché il venire meno di tale qualità estingua, appunto, il diritto. Per molti altri aspetti, sui quali non mi pare che la modifica legislativa abbia inciso sostanzialmente, infine, probabilmente resteranno attuali le posizioni ed i dibattiti formati in precedenza, che sono

stati richiamati sopra. Così dovrebbe essere, ad esempio, per l'assegnazione in funzione dell'interesse della prole maggiorenne non autosufficiente (è vero che è scomparso ogni riferimento espresso a questa possibilità, ma è anche vero che l'ampio richiamo all'"interesse dei figli" appare idoneo a ricomprendere pure l'interesse dei maggiorenni non autosufficienti: RIMINI, 214 ss.), per il godimento della casa originariamente condotta in locazione, o della casa goduta in comodato, per tutte le ulteriori ipotesi di estinzione del diritto, già in passato individuate, e riguardo alle quali nulla di esplicito è stato previsto, e, da ultimo, per l'assegnabilità pure degli "arredi" della casa familiare (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1076). Anche la possibilità di ridefinire accordi e provvedimenti adottati, ivi compresi quelli di natura economica, per il caso in cui uno dei genitori abbia cambiato il domicilio o la residenza, e ciò interferisca con l'affidamento, era già riconosciuta pacificamente, come, del resto, la possibilità di tornare sui provvedimenti adottati andava riconosciuta in conseguenza di ogni mutamento della situazione di fatto che avesse inciso sull'affidamento della prole. L'attuale previsione di cui al 2° co. dell'art. 155 quater c.c., dunque, appare, tutto sommato, di non grandissima portata innovativa (BASINI, *L'affidamento condiviso*, 1076).

☛ Con particolare riferimento alla casa goduta in **comodato**, anche nella vigenza della nuova disciplina la giurisprudenza ha già più volte deciso che questa sia assegnabile all'affidatario della prole, e che il comodante dovrà continuare a consentire l'uso dell'immobile come previsto nel contratto. Da ciò, peraltro, in un caso si è previsto che l'uso dovrà essere consentito finché l'immobile continuerà ad assolvere alla funzione di casa familiare (T. Bologna, 17.4.2007), in altro caso si è previsto che, mancando la fissazione di un termine, il bene vada restituito alla richiesta del comodante (C., Sez. I, 13.2.2007, n. 3179. Cfr., anche, T. Monza, 22.3.2007, nella quale, peraltro, si decideva di un caso in cui l'assegnazione non aveva come presupposto la convivenza della prole con l'assegnatario), in altro ancora che il comodante

è tenuto a consentire la continuazione del godimento per l'uso previsto nel contratto, salvo il sopravvenire di un urgente ed impreveduto bisogno (C., Sez. III, 6.6.2006, n. 13260).

### 3. La previsione di cui al 2° comma

☛ In merito al cambio di residenza (o di domicilio) di un genitore, va ricordato come tale mutamento, in assenza di concreti elementi di pregiudizio per i figli, non sia stato ritenuto tale da giustificare un mutamento del contributo al mantenimento gravante sul genitore non convivente (T. Modena, 10.1.2007). Non va dimenticato, altresì, come la grande distanza tra le residenze dei genitori, sia stata ripetutamente indicata come un gravissimo ostacolo per l'affidamento condiviso (ad esempio: T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007; T. Pisa, 20.12.2006). Da questo presupposto comune, peraltro, di fronte alla decisione del genitore convivente con la prole di **trasferire lontano, e magari all'estero, la propria residenza**, sono derivate decisioni e **soluzioni assai disparate**. Esse, ad esempio, vanno: dall'indicare come assolutamente legittima la decisione dell'affidatario di trasferire in altra città la propria residenza, e dal limitarsi a precisare che ciò renderà necessario disporre l'affidamento esclusivo, e regolare convenientemente l'esercizio dei diritti dell'altro genitore, in modo da assicurare anche per esso i rapporti con la prole (C., Sez. I, 5.5.2006, n. 10374, nella quale si precisa che il trasferimento all'estero del genitore affidatario legittima l'altro a chiedere di rivalutare le condizioni dell'affidamento, ma non anche a chiedere il ritorno immediato del genitore che si è allontanato, in applicazione della Conv. L'Aja 25.10.1980; A. Bologna, 28.12.2006); al precisare che il superiore interesse del minore, può limitare – anche se non escludere – il diritto di ciascuno a fissare liberamente la propria residenza, e può giustificare che l'affidamento della prole sia condizionato alla rinuncia da parte del genitore a trasferire la residenza (T. min. Emilia Romagna, 6.2.2007); all'applicare i rimedi di cui all'art. 709 *ter*, 2° co., c.p.c., almeno nel caso in cui il trasferimento di

residenza sia stato effettuato, dal genitore convivente, “unilateralmente” (T. Pisa, 20.12.2006); fino al criticabile (poiché, anche a prescindere dagli evidenti profili di dubbia legittimità costituzionale, emerge chiaro il contrasto proprio con il 2° co. dell’art. in commento, che implicitamente ammette il cambio di residenza o di domicilio per entrambi i genitori) estremo di interdire al ge-

nitore il mutamento di residenza, indicato come “voluttuario”, invocando la facoltà attribuita al giudice dal 2° co. dell’art. in commento, di adottare «ogni (...) provvedimento» per realizzare l’affidamento condiviso e l’interesse della prole (T. Rimini, 21.10.2006).

GIOVANNI FRANCESCO BASINI

## Il mantenimento dei figli maggiorenni (art. 155 *quinquies* c.c.)

**Norma di riferimento:** art. 155 *quinquies* c.c. Disposizioni in favore dei figli maggiorenni<sup>1</sup>

**155 *quinquies*** [1] *Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all’avente diritto.*

[2] *Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.*

<sup>1</sup> Articolo aggiunto dall’art. 1, L. 8.2.2006, n. 54.

**Riferimenti normativi:** art. 30 Cost.; artt. 147, 148, 155, 155 *bis* 155 *ter*, 155 *quater*, 155 *sexies*, 194, 316, 317, 320, 330, 333, 1599, 1809, 1810, 2031, 2043, 2059 c.c.; art. 38 disp. att. c.c.; art. 185 c.p.; art. 6, L. 27.7.1978, n. 392; art. 2, L. 4.5.1983, n. 184; art. 4, L. 8.2.2006, n. 54.

**Bibliografia:** AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2002; AUTORINO STANZIONE, *Conseguenze del divorzio rispetto ai figli*, in AUTORINO STANZIONE, MUSIO, *Il divorzio - Disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002; BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001; ID., *Divorzio; I) disciplina sostanziale*, in EG, XI, Roma, 1989; ID., *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988; BASINI, *L’affidamento condiviso*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, 2, Famiglia e matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007; ID., *I provvedimenti relativi alla prole*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2004; BASSANELLI, CANOVA, DE BENEDETTI, DI CAGNO, LEVI MONTALCINI, MEDA, VERCELLONE, VITRÒ, ZUCCONI, *Nell’esclusivo interesse del bambino: I figli contesi per la scissione della coppia*, in *DFP*, 1982, II; BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001; ID., in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2002; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi*, in NN.D.I., *App.*, VII, Torino, 1987; CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in *Q*, 1988; ID., *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio. Regime patrimoniale. Separazione e divorzio*, Milano, 1988; COCCIA, *La “casa familiare”, qualificazione giuridica a “diritti” del coniuge*, in *DFP*, 1985, II; D’ANTONIO, *Il divorzio*, Padova, 1983; DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002; DELCONTE, *Sulla legittimazione ad agire per l’assegno di mantenimento dei figli maggiorenni, in regime di separazione e di divorzio*, in *GC*, 1990, II; DELL’ANTONIO, *Il bambino conteso - il disagio infantile nella conflittualità dei*