

## Commento alla legge sull'affido condiviso

**Autore:** Mete Eugenio

**In:** Diritto civile e commerciale

L'ITER DELLA LEGGE Le proposte di modifica delle norme sull'affidamento dei figli, già formulate tra le polemiche nelle tre precedenti legislature, sono rimaste ferme dal novembre 2001 per oltre quattro anni alla Commissione Giustizia della Camera.

L'approvazione della legge avveniva alla Camera, il 7 luglio 2005, con un solo voto contrario.

Il testo definitivo, che risentiva di varie carenze e ambiguità non esistenti nel testo originario, era il risultato del compromesso faticosamente raggiunto tra diverse irriducibili posizioni, spesso anche all'interno dello stesso partito. Vi era la convinzione generale che alcuni essenziali aspetti nella stesura del testo dovevano assolutamente essere modificati dal Senato. Poi la Camera avrebbe ratificato.

Successivamente, dovendo affrontare la votazione assembleare del Senato dove erano preannunciati molti emendamenti, anche da parte della maggioranza, si è passati al timore della mancata approvazione nella legislatura. Per evitare tali pericoli, la discussione passava alle commissioni riunite Infanzia e Giustizia del Senato, in sede deliberante.

I tempi molto stretti e le tante critiche sembravano preludere a un nulla di fatto. Davanti a questa prospettiva, la maggioranza di centro-destra ritirava gli emendamenti e la legge veniva approvata di notte con il voto favorevole della Margherita e con l'astensione dei Ds e Verdi

Si è quindi arrivati alla definitiva approvazione, sulla spinta dell'esaurimento del tempo, senza la soluzione delle problematiche, sulle quali anzi non vi è stata alcuna discussione, dovendosi forzosamente approvare il testo già licenziato dalla Camera dei deputati.

GLI ASPETTI POSITIVI DELLA LEGGE 54/2006 Gli aspetti positivi della legge, che vanno sottolineati come una conquista che potrà influenzare le future generazioni dei genitori, sono

- 1) l'enunciazione del diritto dei minori alla BIGENITORIALITA' (peraltro già sancito da varie convenzioni internazionali): il principio-cardine della riforma è soprattutto la valutazione PRIORITARIA da parte del giudice dell'affido condiviso;
- 2) l'enunciazione del diritto dei minori alla BIPARENTALITA', che stabilisce un principio molto innovativo;
- 3) l'affermazione della pari dignità dei genitori, nella condivisione delle RESPONSABILITA' per l'esercizio congiunto della potestà e dell'amministrazione.
- 4) Ai genitori viene chiesto di SUPERARE LA CONFLITTUALITA', pervenendo ad una genitorialità cooperativa e consensuale, disposta a ridurre le problematiche dei figli (già lacerati dai conflitti tra i genitori).

Esaminiamo ora nei dettagli la nuova normativa.

L'AFFIDO CONDIVISO La necessità della legge è dovuta alla prassi giudiziaria di affidare la prole in forma

esclusiva a un solo genitore, di solito la madre, con ricadute negative sul padre, il cui ruolo veniva limitato a genitore del “tempo libero”

Proprio per prendere le distanze dal precedente assetto, che comprendeva la possibilità dell'affidamento congiunto, la legge parla di affidamento “condiviso”.

Il legislatore si è preoccupato di precisare non solo la forma prioritaria dell'affidamento, ma al 155-bis ha preteso che il giudice pervenisse all'affidamento esclusivo solo, quando l'affidamento condiviso sia “contrario all'interesse del minore”, giustificando inoltre tale pronuncia “con provvedimento motivato”.

In questo modo si è cercato di conciliare le opposte vedute politiche di chi voleva che l'affidamento fosse sempre condiviso (come era precisato nella proposta di legge iniziale) e di chi non voleva modifiche alla legge in vigore, facendo presente che non era disciplinato il solo affidamento esclusivo, dato che già esisteva nel nostro ordinamento la possibilità dell'affidamento congiunto e alternato.

La nuova normativa privilegia a tal punto l'aspetto conciliativo, da prevedere il rinvio nell'emissione dei provvedimenti da parte del giudice, laddove sia possibile ai genitori pervenire ad un accordo, con l'ausilio di esperti.

Fermo restando l'affidamento condiviso, fermamente voluto dal legislatore, non ne sono stati disciplinati gli aspetti pratici, per i quali il legislatore non ha inteso precisare alcun principio.

Veniamo, come tutti sanno, da un regime nel quale il figlio conviveva con il genitore affidatario (quasi sempre la madre) che si occupava quotidianamente di lui, salvo trascorrere con il padre parte dei week end, secondo un calendario di incontri stabilito dal giudice o dalle parti stesse.

Di fatto, la situazione non dovrebbe modificarsi con la nuova legge, almeno fin quando il minore non avrà raggiunto un'età tale da potersi spostare facilmente da solo.

Insomma, al di là del principio della bigenitorialità, il figlio vivrà stabilmente in un'abitazione con un genitore, mentre i tempi e le modalità dei rapporti con l'altro genitore saranno stabiliti dalle parti o dal giudice.

Sotto questo aspetto, la legge va poco oltre l'aspetto simbolico, fin quando i minori sono piccoli. Cambia invece quando i minori hanno un'età tale da poter trascorrere periodi di tempo con l'uno o l'altro dei genitori. In questo caso, la legge prevede espressamente che siano stabiliti i tempi e le modalità “della loro presenza presso ciascun genitore”, Dei tempi di presenza si terrà conto ai fini dell'eventuale assegno periodico.

#### LA CONDIVISIONE DELLE RESPONSABILITÀ

Altro aspetto altrettanto fondamentale è la condivisione delle responsabilità da parte dei genitori: il legislatore non utilizza il termine “coniuge”, appositamente per escludere i rapporti personali delle parti e per includere nelle sue regole TUTTI i genitori, sia che il loro rapporto affettivo abbia avuto il suo svolgimento nel matrimonio, e si sia concluso con la separazione o con il divorzio o con la nullità, sia che il loro rapporto affettivo non abbia dato forma ad un legame giuridico.

Con questo aspetto siamo alla vera novità della riforma che attiene al pari esercizio della potestà

genitoriale, alla c. d. bigenitorialità.

I genitori sono posti sullo stesso piano di responsabilità: non si potrà più parlare del genitore responsabile e di quello del tempo libero.

Il ruolo paterno, finora eccessivamente compresso, riacquista una sua pari dignità.

Anche i padri potranno affermare la propria volontà nelle decisioni da prendere nell'interesse della prole: proprio in questo diritto-dovere si manifesta la potestà, il potere di stabilire il futuro dei figli, prendendo decisioni concernenti la loro educazione, istruzione e formazione, tenendo conto dei loro desideri, capacità e inclinazione.

#### L'ESERCIZIO CONGIUNTO DELLA POTESTÀ

La nuova norma conferisce ad entrambi i genitori l'esercizio congiunto della potestà e dell'amministrazione.

Dalla straordinaria amministrazione, esercitata solo congiuntamente, va però distinta l'ordinaria amministrazione, per la quale il giudice può stabilire che sia esercitata separatamente.

Siamo ovviamente nel campo delle decisioni riguardanti il quotidiano, che mal sopportano di essere posticipate all'incontro tra i genitori ed al loro accordo.

Perciò, quando il figlio sta con un genitore, questi è autorizzato a prendere le normali decisioni di vita, non inerenti questioni di rilevante interesse.

Tra queste decisioni rientra ovviamente l'orario di rientro a casa il sabato sera, mentre la decisione di iscrivere il figlio ad una gita scolastica potrebbe già rientrare nelle decisioni da prendere congiuntamente: propendendo per l'ipotesi negativa, ci sembra che l'esercizio della potestà sarebbe svuotato di contenuto, limitandosi a pochissime decisioni sul futuro dei figli, tanto limitate da rendere vano il disposto della legge.

#### L'AMMINISTRAZIONE DEL PATRIMONIO

L'esercizio della potestà congiunta non prevede solo la soluzione di problematiche relative alla sfera personale del figlio, ma anche quelle relative agli aspetti patrimoniali.

L'amministrazione del patrimonio del figlio minore deve quindi avvenire congiuntamente tra i genitori. E' quindi assimilata la situazione dei genitori coniugati conviventi a quella dei genitori separati (o divorziati o annullati o non coniugati), mentre la precedente normativa concedeva l'esercizio della potestà genitoriale al solo genitore affidatario.

Resta invariata la limitazione relativa agli affari di straordinaria amministrazione che, secondo il dettato dell'art. 320 c.c., debbono ricevere la preventiva autorizzazione del giudice tutelare.

Va ricordato quanto disposto dall'art. 145 c.c., che prevede, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza, il ricorso senza formalità al giudice.

#### LA RAPPRESENTANZA CONGIUNTA

All'esercizio congiunto della potestà si associa la rappresentanza congiunta dei figli da parte dei genitori, ad es. nei contratti di concessione o acquisto di diritti personali di godimento oppure per la richiesta giudiziale di un risarcimento dei danni derivante da sinistro stradale.

Tale tipo di rappresentanza, che non crea difficoltà per eventi non ripetibili, potrebbe rendere difficile

l'esercizio di alcune facoltà, come ad es. la partecipazione ad assemblee condominiali o societarie, nel caso in cui il figlio minore sia proprietario di immobili o di quote societarie.

La soluzione, sull'accordo dei genitori, potrebbe essere la delega di un genitore all'altro.

La rappresentanza congiunta viene meno solo per gli atti di ordinaria amministrazione, che possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.

Precisiamo che l'esercizio congiunto della potestà e la rappresentanza congiunta sono applicabili, per espresso dettato legislativo, sia nel caso di affidamento congiunto che nel caso di affidamento esclusivo.

Al giudice non è stato conferito il potere di attribuire ad un solo genitore, come avveniva per il passato, l'esercizio della potestà.

### L'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO

Anche se prioritariamente va valutata la possibilità di far luogo all'affidamento condiviso, la legge prevede l'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori, qualora il giudice ritenga che "l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore".

Il punto da esaminare è se la litigiosità esasperata tra i genitori costituisca o meno elemento contrario all'interesse del minore.

In altri termini, l'eccessiva inimicizia dei genitori costringerà il giudice a disporre l'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori oppure no ?

In effetti, la norma è stata definita "la valvola di sicurezza del sistema": sarà applicata proprio nell'ipotesi in cui i genitori non saranno in grado di attenuare la loro conflittualità nell'interesse dei figli minori

La risposta è probabilmente negativa.

Riteniamo infatti che l'esclusione dall'affidamento condiviso possa avvenire solo per carenze di un genitore e non per i suoi rapporti con l'altro, dato che altrimenti sarebbe fin troppo facile pervenire all'affidamento monogenitoriale.

L'affidamento esclusivo può essere disposto dal giudice, anche su richiesta di ciascuno dei genitori. La richiesta può essere proposta in qualsiasi momento.

La norma sul punto appare giudiziosa ed opportuna. Possono sempre verificarsi nella vita del figlio episodi tali da suggerire l'esclusione dell'affidamento condiviso.

Potremmo citare come esempi l'assenza del genitore protratta per molti anni, o il suo totale disinteresse verso il figlio, per non parlare dei casi gravi come la violenza fisica o morale esercitata sulla prole.

Ovviamente, per non ingolfare i tribunali di richieste infondate e per non dare adito a interventi punitivi o ricattatori, andavano limitate le modalità di intervento nella richiesta di affidamento esclusivo da parte di un genitore.

Il legislatore ha provveduto in merito, punendo il genitore che senza adeguate giustificazioni chiede l'affidamento esclusivo, sia valutando il suo comportamento ai fini dell'eventuale esclusione dell'affidamento, sia rinviando all'art. 96 c.p.c. (che disciplina la c.d. lite temeraria) nel quale è prevista la

condanna al risarcimento del danno per chi agisce o resiste in giudizio con malafede o colpa grave.

#### L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA CONIUGALE

Prima di addentrarci nell'esame della nuova normativa, sarà opportuno precisare che, fino al momento dell'entrata in vigore della legge, la giurisprudenza, dopo alcuni contrasti, aveva strettamente correlato l'assegnazione della casa familiare all'affidamento della prole.

Il principio, d'altronde già previsto nella precedente formulazione dell'art. 155 c.c. secondo la quale "l'abitazione spetta di preferenza al coniuge cui vengono affidati i figli", era giustificato dalla necessità di preservare ai figli il più possibile l'habitat domestico, inteso come centro di vita e di affetti.

La nuova disposizione prevede l'assegnazione della casa familiare "tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli".

Si tratta di un evidente rafforzamento della precedente legislazione, ed è facile prevedere che anche in caso di affidamento condiviso, la casa familiare sarà assegnata al genitore convivente, in altre parole al genitore insieme al quale i figli vivranno di più.

Va rilevato che il testo della norma parla genericamente di figli, non distinguendo tra minorenni e maggiorenni, perciò deve essere interpretata nel senso del diritto all'assegnazione della casa coniugale anche in presenza di soli figli maggiorenni.

In pratica saranno loro a decidere a quale genitore spetterà di (continuare ad) abitare nella casa familiare.

La norma è strettamente collegata con il (nuovo) art. 155-quater, secondo il quale nella regolamentazione dei rapporti economici tra i coniugi si deve tenere conto dell'assegnazione della casa. In altri termini, l'assegnazione costituirà per l'assegnatario un beneficio economico che andrà a diminuire l'assegno di mantenimento a favore. E' così evidenziato il vantaggio economico collegato all'assegnazione della casa familiare.

Per la prima volta nella legislazione italiana si tiene presente in qualche misura il diritto (costituzionalmente garantito) di proprietà che nel diritto di famiglia è sacrificato in favore del diritto (costituzionalmente garantito) della prole al mantenimento.

#### IL "VENIR MENO" DEL DIRITTO DI ABITAZIONE

La nuova legge pone alcune precise condizioni per il "venir meno" dell'assegnazione della casa familiare.

L'espressione non sembra però comportare un automatico rilascio della casa familiare, dovendosi pur sempre ritenere necessario un ricorso al giudice, per chiedere la pronuncia della revoca dell'assegnazione.

Le ipotesi di revoca sono quattro: le prime due, del tutto razionali, reintegrano alla sua interezza il diritto di proprietà, quando non sussistono più le ragioni (e cioè le necessità abitative dei figli) che ne avevano consentito la sospensione.

Si tratta delle due ipotesi in cui l'assegnatario (ma sarebbe stato preferibile parlare dei figli) non abiti o

cessi di abitare stabilmente nella casa familiare.

Ovviamente insieme all'assegnatario, si sarà verificato il trasferimento dell'abitazione del figlio, per cui ben può l'appartamento tornare nella disponibilità del proprietario.

Va segnalato che in caso di cambiamento di residenza o di domicilio, che interferisca con le modalità di affidamento, come ad esempio il trasferimento in altra città, l'altro coniuge può chiedere, ai sensi dell'art. 155-quater la ridefinizione dei provvedimenti, compresi quelli economici.

Gli altri due casi, relativi alla convivenza more uxorio ed al nuovo matrimonio dell'assegnatario, inducono qualche perplessità, che deriva dalla considerazione che per la revoca (prevista in queste due ipotesi dettagliatamente specificate, senza possibilità di discrezionalità o di interpretazioni più favorevoli per i figli minori) sia sufficiente un comportamento volontario del genitore affidatario per togliere al figlio assolutamente incolpevole la casa, e cioè quell'habitat domestico, inteso come centro di vita e di affetti, che aveva costituito il motivo determinante dell'assegnazione. Insomma, nelle due ipotesi di convivenza more uxorio o di nuove nozze, per la revoca dell'assegnazione sembra non avere più valore il principio del prioritario interesse del minore.

L'interprete non può che prendere atto della nuova disciplina, che è stata giustificata dalla considerazione di evitare al proprietario dell'immobile l'oltraggio di sapere che un altro uomo dorme nel suo letto. Ma si tratta di una magra giustificazione, che non tiene conto dell'interesse del minore, il quale dovrà subire non solo la coattiva convivenza con il secondo marito della madre, ma anche il coattivo trasferimento dalla casa familiare.

La norma prevede che l'assegnazione, pur essendo un diritto personale e non reale (e quindi un'eccezione rispetto agli altri diritti specificati nell'art. 2643 c.c.), sia trascrivibile e quindi opponibile ai terzi acquirenti, anche oltre il termine di nove anni, previsto in mancanza di trascrizione.

#### L'ASSEGNO PEREQUATIVO

La nuova legge ha modificato le regole relative al mantenimento dei figli.

Vanno esaminati separatamente il mantenimento del figlio minore e del figlio maggiorenne.

Con la precedente legge il coniuge non affidatario doveva contribuire al mantenimento, istruzione ed educazione dei figli nella misura e nel modo stabiliti dalle parti oppure dallo stesso giudice che aveva pronunciato l'affidamento.

In altri termini, il genitore affidatario (di norma economicamente più debole) riceveva un assegno mensile, da gestire per le spese del minore, senza obbligo di rendiconto.

Nei casi in cui il genitore affidatario era economicamente più forte, il contributo poteva essere solo formale o addirittura escluso.

Con la nuova normativa, che prevede l'affidamento congiunto, i figli vanno mantenuti da entrambi i genitori.



La formulazione originaria della norma prevedeva che il mantenimento avvenisse “in forma diretta”, nel senso che il genitore doveva provvedere direttamente alle necessità del figlio nei periodi di permanenza dello stesso nell’abitazione.

Era introdotto un meccanismo di spese dirette per capitoli di spesa, che quindi non avrebbero potuto essere contestate all’altro genitore.

Questa dizione rispondeva alla necessità di evitare che il genitore non affidatario, oltre all’assegno mensile, dovesse provvedere a tutte le spese del figlio nei periodi di permanenza presso la sua abitazione e nei periodi di vacanza, trattandosi di una spesa eccessiva per questo genitore e di un indebito arricchimento del genitore affidatario, che continuava a ricevere l’assegno mensile anche nei periodi in cui non doveva affrontare spese per il minore (anche se la Cassazione aveva precisato che l’assegno di mantenimento doveva intendersi determinato in funzione delle esigenze della prole rapportate all’anno, mentre il pagamento mensile rappresentava solo una modalità della corresponsione dell’assegno annuale). Rimaneva da risolvere la questione di una permanenza presso le diverse abitazioni dei genitori in periodi di diversa durata.

L’inciso non è rimasto nella formulazione definitiva, e questa omissione ha stravolto la norma, che ora manca di un riferimento concreto.

L’impianto della precedente legge è stato comunque modificato.

Ora, se i genitori non trovano un accordo diretto, il giudice, tenendo conto dell’affidamento condiviso, fissa la misura e il modo del contributo dei genitori.

Ovviamente, va tenuto conto anche in questa fattispecie del principio della proporzionalità del contributo (previsto durante il matrimonio dall’art. 143, terzo comma, c.c.), per cui in caso di disparità economica tra i due genitori, il giudice (o le parti d’accordo tra loro) stabilirà la corresponsione di un assegno periodico di mantenimento, <in base alle risorse economiche.

Detto assegno, che in modo programmatico (come risulta dal testo dell’art. 155) attua il principio della proporzione tra i redditi dei genitori, diviene strumento di perequazione tra i redditi delle parti, ed ha quindi natura sussidiaria.

#### I CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DELL’ASSEGNO

La precedente formulazione dell’art. 155 c.c. non indicava i criteri cui doveva attenersi il giudice nella determinazione dell’assegno di mantenimento per il figlio.

Così la giurisprudenza, svolgendo compiti di supplenza, aveva utilizzato parametri diversi, tra i quali i principali erano le condizioni economiche dei genitori e le esigenze del minore, rapportate al tenore di vita della famiglia, dando luogo ad una eccessiva discrezionalità dei giudici di diversi tribunali.

Il nuovo testo, utilizzando i parametri della giurisprudenza, si preoccupa di fornire criteri specifici, che peraltro sono stati fortemente criticati dalla dottrina, risultando comunque troppo generici e quindi non limitativi della discrezionalità del giudice.

Il vantaggio della nuova normativa è l’eliminazione del concetto di assegno di mantenimento per il figlio corrisposto al coniuge affidatario, sostituito dall’assegno diretto perequativo periodico: sono però sempre possibili diverse interpretazioni, determinate dall’eccessiva vaghezza delle formule utilizzate (tra l’altro

non è specificato il termine “periodico” e non è precisato con quali modalità e il beneficiario dell’assegno).

I criteri programmatici stabiliti dal legislatore, certamente non semplici da valutare, sono i seguenti

- 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.

Anche se l’elencazione appare esaustiva, potrebbe nascere la questione dell’esclusività o meno dei criteri utilizzabili dal giudice, in particolar modo tenendo conto dell’esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale della prole, indicato come parametro generale di tutti i provvedimenti del giudice.

Riguardo all’assegno, va infine evidenziato che la legge riporta il principio dell’automatico adeguamento agli indici Istat, in difetto d’altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Detto principio era stato finora applicato anche ai giudizi di separazione solo in virtù del rinvio effettuato dall’art. 22 della legge n. 74/87 di modifica della legge sul divorzio

#### L’ASSEGNO PER IL MAGGIORENNE

La precedente disciplina dell’art. 155 c.c. non distingueva tra figli minorenni e figli maggiorenni, che venivano equiparati ai minorenni, qualora non economicamente autonomi.

L’assegno mensile per i figli maggiorenni era richiesto e incassato dal genitore convivente, che provvedeva alla gestione delle sue spese.

Si è ritenuto che un figlio maggiorenne che avesse magari già svolto il servizio militare dovesse essere l’unico beneficiario dell’assegno.

Si capovolge insomma il principio secondo il quale era il genitore convivente a ricevere l’assegno per il figlio

La legge prevede che vi sia una diversa determinazione, senza meglio precisarla. Quale può essere la diversa determinazione?

Probabilmente i criteri saranno quelli della convivenza o della sopportazione degli oneri di studio (la madre paga il soggiorno universitario fuori sede) o infine la volontà del figlio di consentire che sia la madre a ricevere direttamente l’assegno.

Ma la previsione di contribuzione diretta al figlio maggiorenne non ancora economicamente autosufficiente (salva una diversa statuizione del giudice), suscita notevole perplessità: quando un genitore risulterà inadempiente agli obblighi di mantenimento, un ragazzo appena diciottenne sarà il solo legittimato ad attivare un procedimento giudiziale nei suoi confronti: dovrà essere il giovane stesso (che per definizione risulta privo di risorse economiche) a rivolgersi al legale per far valere le proprie ragioni.

Inoltre, il figlio di genitori separati non è tutelato allo stesso modo del figlio di genitori conviventi: se il maggiorenne convive con genitori non separati ha diritto automatico al mantenimento, altrimenti deve chiederlo, con ovvia ricaduta sul rapporto con il genitore chiamato in giudizio.

Sul punto è stato già preannunciata l’eccezione dell’incostituzionalità



della norma

#### LA REVISIONE DELLE DISPOSIZIONI

I provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, all'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi ed alle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo potranno essere riconsiderati in ogni tempo, su ricorso di uno dei genitori.

La norma era prevista anche nel precedente sistema, posto che i provvedimenti relativi alla prole vengono emessi con la clausola "rebus sic stantibus" (stando così le cose) e ne è sempre possibile la revisione.

La nuova norma non propone differenze con la precedente, consentendo ai genitori di proporre il riesame dei provvedimenti relativi alla prole, con riferimento esclusivo all'interesse del minore, indipendentemente dal mutamento delle circostanze, richiesto invece per la modifica dei provvedimenti relativi ai coniugi.

L'art. 155-ter c.c. (sulla possibilità di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli) va coordinato con il secondo comma dell'art. 155-bis c.c. (che prevede sia possibile richiedere la modifica dell'affidamento da condiviso ad esclusivo in ogni tempo) che ne costituisce una semplice specificazione.

#### LA PROCEDURA

Secondo la nuova legge, il giudice può assumere, su impulso di parte oppure d'ufficio, mezzi di prova, nonché accertamenti sui redditi, tramite polizia tributaria, anche verso «soggetti diversi» (per es. parenti, ma anche società).

L'assunzione dei mezzi di prova può avvenire anche nella fase presidenziale, prima ancora dell'emissione dei provvedimenti provvisori. Questa istruttoria anticipata in sede presidenziale appare tecnicamente incompatibile con i tempi brevissimi richiesti per l'emissione dei provvedimenti urgenti, provvedimenti che, in caso di assunzione di mezzi di prova, dovranno essere differiti.

Inoltre sembra inconciliabile con le contrapposte necessità delle parti di ottenere un provvedimento che metta un primo punto fermo ad una situazione che lo stesso legislatore definisce meritevole di rimedi immediati.

E' prevista espressamente l'audizione nel giudizio del figlio minore ultra-dodicenne (o di età inferiore ove capace di discernimento), anche se non ne sono disciplinate le modalità. Finora i giudici hanno compiuto le audizioni mediante il ricorso a una consulenza tecnica d'ufficio, o ad una audizione diretta.

#### LA MEDIAZIONE FAMILIARE

La norma richiama la possibilità di un intervento mediatorio ove il giudice ne ravvisi l'opportunità e i coniugi siano d'accordo, ma non ne vengono specificati né i tempi né le modalità.

#### LA CONDANNA PER RISARCIMENTO

Inadempimenti e litigi potranno provocare la condanna per risarcimento a carico del genitore responsabile: la legge condiziona il risarcimento alle gravi inadempienze, o ad atti in pregiudizio del

minore o che ostacolino il corretto svolgimento dell'affidamento

#### IL RECLAMO, I CONFLITTI E IL RISARCIMENTO

Una notevole modifica alla normativa processuale prevista dall'art.708 c.p.c. è inserita nell'art. 2 della nuova legge che prevede l'impugnazione dei provvedimenti provvisori emessi dal giudice della separazione o del divorzio avanti alla Corte d'appello. Questi provvedimenti erano modificabili o revocabili solo dal giudice istruttore del procedimento, mentre per il futuro si ricorrerà al giudice superiore, instaurando un nuovo giudizio, che procederà in concomitanza a quello principale della separazione o del divorzio.

Si tratta di una modifica opportuna, che costituisce uno strumento di garanzia: va detto che i provvedimenti provvisori sono per definizione presi senza che il giudice abbia una cognizione piena dei fatti di causa, e la loro revisione dovrebbe essere effettuata dallo stesso giudice. Va però segnalato che probabilmente tale procedura accentuerà la conflittualità tra le parti.

Il legislatore ha voluto regolare l'ipotesi in cui, successivamente all'instaurazione del giudizio, sorgano controversie tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà o delle modalità dell'affidamento, prevedendo che il giudice del procedimento adotti i provvedimenti opportuni, dopo aver sentito le parti.

In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, lo stesso giudice ha il potere di modificare i provvedimenti in vigore e può anche applicare rimedi sanzionatori se una delle parti sia risultata inadempiente ai doveri genitoriali.

Questi provvedimenti sono impugnabili nei modi ordinari.

#### L'AMBITO DI APPLICAZIONE (a tutti i procedimenti, anche in corso o conclusi) - L'EFFICACIA RETROATTIVA

Il legislatore ha voluto espressamente (art. 4) l'applicazione della nuova legge a tutti i procedimenti; ne sono compresi quindi non solo quelli da iniziare ma anche quelli già conclusi.

La norma transitoria prevede infatti l'applicazione della legge anche alle separazioni, divorzi e nullità di matrimonio già decise con sentenza irrevocabile, mediante richiesta degli interessati da presentare al tribunale.

Se non fosse stata applicata anche alle separazioni e divorzi già decisi, ci sarebbero stati "figli di serie A e figli di serie B", con un doppio regime probabilmente incostituzionale.

Va ancora precisato che se anche nel testo della legge non fosse stata esplicitata la facoltà di riformarle, le decisioni del giudice erano e sono sempre modificabili in attuazione della legge in vigore e non di quella precedente.

In ogni caso non si tratta di una vera e propria retroattività, considerato che le decisioni su famiglia e minori, emesse sul principio "rebus sic stantibus", "così come ora stanno le cose", sono sempre soggette a modifiche.

Anche se non risulta espressamente previsto, si deve ritenere che la normativa vigente debba essere

applicata anche ai giudizi pendenti: in mancanza si dovrebbe ritenere che il giudizio in corso debba terminare secondo la precedente normativa, potendo poi le parti chiedere una successiva modifica, secondo il nuovo regime.

Per i procedimenti pendenti, la legge si applicherà automaticamente, senza necessità di particolari formalità.

Per i procedimenti conclusi sarà necessaria la richiesta di un genitore e si applicherà la normativa prevista per le domande di modifica dei provvedimenti relativi alla prole e ai coniugi, con la differenza che non sarà necessario allegare l'esistenza di circostanze nuove tali da determinare la necessità della modifica dei provvedimenti, ma sarà sufficiente chiedere l'applicazione della nuova normativa.

La domanda va proposta con ricorso e sarà decisa in Camera di Consiglio, con una procedura più snella rispetto alle cause ordinarie.

Sono prevedibili numerose domande tendenti a chiedere l'affidamento condiviso o l'assegnazione della casa familiare (essendosi verificati quei fatti, sopra esaminati, che autorizzano la revoca dell'assegnazione), o comunque in generale la modifica di quei provvedimenti che si sono rivelati nel tempo fonte di conflitto o quanto meno di insoddisfazione tra i genitori.

Proprio il pericolo del proliferare dei giudizi aveva indotto molti commentatori a pretendere di non inserire nella legge il principio della retroattività.

Ma l'accettazione del principio di non retroattività non avrebbe comunque sollevato i tribunali dall'assalto di chi voleva comunque ottenere la modifica delle condizioni della separazione, sulla base dei precetti della nuova legge.

**L'ESTENSIONE ALLE FAMIGLIE DI FATTO** Il comma 2 dell'articolo 4 estende la normativa esaminata anche alle famiglie di fatto, così ribadendo il principio dell'uguaglianza dei figli legittimi e naturali, ormai pacifico nel nostro ordinamento.

Stranamente l'art. 4 non dispone sulla retroattività dei procedimenti già conclusi relativi alla filiazione naturale.

Appare del tutto ovvio sostenere l'estensione delle norme anche a tali procedimenti, alla luce del principio di uguaglianza tra figli legittimi e naturali.

Ma questo criterio appare difficilmente conciliabile con l'art. 317-bis, secondo il quale l'affidamento esclusivo del minore spetta al genitore con lui convivente.

Non resta che pensare ad un'abrogazione implicita di tale norma, secondo i principi dell'affido condiviso.

**IN CONCLUSIONE** Il testo rappresenta un'inversione di rotta radicale per quanto riguarda l'affidamento dei minori: ora il giudice deve pronunciarsi prioritariamente per l'affido congiunto, dovendo, in caso di affidamento esclusivo, giustificare i motivi.

Speriamo che tale forma di affidamento comporti una assunzione di responsabilità, una presa di maturità da parte dei genitori.

La legge è certamente suscettibile di miglioramento, ed appare inevitabile un periodo di rodaggio perché sia recepita nei suoi contenuti programmatici: è auspicabile un osservatorio permanente sull'applicazione della legge, in modo da monitorarne gli effetti ed intervenire eventualmente con la dovuta rapidità.

Non va dimenticato che i reali destinatari della legge sono i minori di oggi. Gli adulti di domani. Rappresentano il nostro futuro, hanno diritto alla migliore legge possibile, che li tuteli dal fallimento del progetto familiare, avvenuto per problematiche interne alla coppia, senza che loro siano stati in grado di porvi rimedio.

<https://www.diritto.it/commento-alla-legge-sull-affido-condiviso/>