

AFFIDAMENTO CONDIVISO -Corte di Cassazione, sezione I° civile, sentenza 11.08.2011 n. 17191

Autore: Bertollo Stefania

In: Diritto civile e commerciale, Giurisprudenza commentata

Con tale sentenza, la Suprema Corte, modificando il proprio precedente orientamento (cfr. Cassazione, sez. I° civile, 29.04.2008 n. 16593) **(1)**, ha stabilito che per poter applicare l'istituto dell'affidamento condiviso dei figli è necessario «**un accordo sugli obiettivi educativi, una buona alleanza genitoriale e un profondo rispetto dei rispettivi ruoli**». In altri termini, se tra i genitori non vi è un profondo rispetto reciproco è bene che i giudici non incentivino tale istituto.

La pronuncia riguarda il caso di un padre separato che in primo grado aveva ottenuto l'affido condiviso della figlia minore, seppur con coabitazione di quest'ultima presso l'abitazione della madre. A seguito della decisione, la moglie aveva quindi proposto impugnazione innanzi alla Corte d'Appello, la quale, oltre ad aver addebitato la separazione al marito, aveva negato a quest'ultimo l'affido condiviso poiché pregiudizievole per il reale e concreto interesse della minore stessa; interesse su cui incontestabilmente doveva concentrarsi la principale attenzione. Il marito, invero appariva troppo "mammone" poiché non aveva mai tagliato il cordone ombelicale con la propria madre, in continuo litigio con l'ex nuora proprio per tale motivo: dagli atti, infatti, erano emerse rilevanti manifestazioni di disprezzo nei confronti della moglie da parte di tutti i membri della famiglia dell'uomo "che, per la disinvoltura con la quale erano state poste in essere e per la loro gravità, non consentivano di ritenere che si fosse trattato di esternazioni occasionali, estemporanee ed improvvise, e facevano invece ritenere verosimile che esse fossero frutto di un prolungato e graduale deterioramento dei rapporti favorito dalla contiguità abitativa tra le due famiglie". In detto contesto - si legge nella decisione di secondo grado - doveva ritenersi che il marito "abdicando alla tutela della autonomia del proprio nucleo familiare e della dignità della propria moglie e mantenendo una condotta che confermava la valutazione compiuta dai consulenti d'ufficio circa l'esistenza di una sua dipendenza non ancora risolta con la madre, aveva violato l'obbligo, previsto dall'art. 143 cod.civ., di assistenza morale dovuta alla moglie". Da tale comportamento, indice di immaturità, l'esclusione dell'affidamento al padre.

Chiamata ad esprimersi, sulla base di ricorso presentato dal padre, la Corte di Cassazione - in palese contrasto con quanto sempre espresso fino a quel momento - confermava la sentenza d'appello impugnata escludendo, parimenti, la possibilità di un affidamento condiviso ritenuto pregiudizievole per l'interesse della minore e per il suo sviluppo psicologico a cagione del particolare rapporto di uno dei due genitori (padre) con la propria famiglia di origine e del comportamento gravemente denigratorio tenuto da questi e dai propri familiari nei confronti dell'altro genitore (madre).

Posta, infatti, l'esistenza di simili condizioni, la minore sarebbe stata costretta a subire un adattamento a due realtà tra loro così diverse e nemiche (come quelle dei due genitori) tali da creare il presupposto per la strutturazione in essa di un «rapporto relazionale di tipo scisso».

Come è stato fatto precisamente notare dagli ermellini, il ricorso all'affidamento condiviso richiede la sussistenza non di simili presupposti bensì di un accordo sugli obiettivi educativi, di una buona alleanza genitoriale e di un profondo rispetto dei ruoli: elementi questi, nella fattispecie, totalmente assenti. Negando l'affidamento condiviso, come viene correttamente significato, non si è voluto negare alla figlia un diritto alla bigenitorialità, così come sancito nell'intervenuta riforma del 2006, si è soltanto voluto **valutare con attenzione il contesto familiare rapportandolo, in concreto, al reale e primario interesse della minore**, specie in funzione del suo corretto sviluppo psicologico ed affettivo. Al riguardo la Consulta non ha mancato di far notare come la Corte d'Appello, nel prendere in considerazione la spiccata conflittualità esistente tra i genitori provata altresì documentalmente (relazioni stilate dai consulenti d'ufficio, dal servizio pubblico di assistenza familiare e dalla pubblica autorità), "ha motivato il proprio convincimento sugli **effetti pregiudizievoli che potrebbero derivare allo sviluppo psicologico della minore dall'affidamento condiviso**, con riguardo ai comportamenti gravemente denigratori posti in essere dal padre e dalla di lui famiglia assunti nei confronti della madre.....Pertanto la sentenza non si è limitata ad un generico riferimento ad una mera conflittualità tra coniugi, ma ha esposto un percorso argomentativo conforme all'orientamento di questa Corte (...). Da qui la necessità di **ridurre al minimo i rapporti tra i genitori.....**".

Invero, le argomentazioni svolte si pongono - per lo meno dal punto di vista dell'interesse tutelato (quello del minore) - sulla stessa linea di quanto sostanzialmente già statuito nella su richiamata sentenza

Cassazione n. 16593/2008, in cui si afferma che **“alla regola dell'affidamento condiviso può infatti derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore.** Non avendo, per altro, il legislatore ritenuto di tipizzare le circostanze ostative all'affidamento condiviso, la loro individuazione resta rimessa alla decisione del Giudice nel caso concreto da adottarsi con «provvedimento motivato», con riferimento alla peculiarità della fattispecie che giustifichi, in via di eccezione, l'affidamento esclusivo”.

Appare quindi evidente come, pur prevedendo la Suprema Corte la conflittualità genitoriale quale “nuovo limite” ai fini dell’applicabilità dell’affidamento condiviso, criterio di qualsiasi valutazione è rimasto sempre e comunque il **prioritario interesse del minore** che impone, in materia di affidamento, il perseguimento delle soluzioni più idonee a garantirne una corretta formazione della personalità ed un armonico sviluppo psico-fisico. Proprio per tale motivo, qualche anno fa, si è giunti all’approvazione della **L. 8 febbraio 2006 n. 54 (2)** che ha interamente riformato la materia dell’affidamento dei figli in sede di separazione introducendo l’istituto dell’**affidamento condiviso** quale regola generale in luogo dell’affidamento esclusivo (o monogenitoriale), divenuto ora alternativa residuale. Tale legge, tuttavia, come viene specificato nel relativo art. 4, comma 2, si applica non soltanto ai casi di separazione personale, ma altresì di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ed ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Con l’affidamento condiviso si è inteso riconoscere - e contemporaneamente realizzare - il diritto del minore alla cd. «**bigenitorialità**» **(3)**, ovvero il suo diritto “naturale” a mantenere (conformemente a quanto dettato dagli artt. 30 della Costituzione “è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli ...” e 147 del codice civile “il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole ...”) **un rapporto equilibrato nonché continuativo con ciascuno dei genitori** e di ricevere da entrambi cura, educazione, istruzione e soprattutto affetto, anche laddove la famiglia attraversi una fase patologica.

Il nuovo testo dell’art.155 c.c., nel cristallizzare il diritto del minore a mantenere questo tipo di rapporto con i due genitori, precisa che il giudice, al fine di perseguire tale fine, deve valutare prioritariamente - a seconda del singolo caso - la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori (stabilendo

tempi e modalità della presenza presso ciascun genitore nonché misura e modo di contribuzione), potendo derogare, come specificato nell'art. 155-bis c.c., alla regola dell'affidamento condiviso solo ove la sua concreta applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore e soltanto mediante provvedimento motivato.

Eventuali accordi intervenuti tra i genitori vengono presi in considerazione dal giudice, il quale - valutata la loro rispondenza all'interesse dei figli - ne dà rilevanza confermandone la validità nel proprio provvedimento, con possibilità di adottarne altri relativi alla prole.

A differenza che nell'affidamento esclusivo (dove la potestà genitoriale spetta esclusivamente al genitore al quale sono affidati i figli), l'applicazione dell'istituto dell'affidamento condiviso comporta che detta potestà venga esercitata da entrambi i genitori che mantengono così la piena responsabilità nei confronti dei figli prendendo congiuntamente le decisioni più importanti (es. scelta del medico, della scuola, etc.).

Soltanto in caso di disaccordo la decisione viene inevitabilmente rimessa al giudice. Per le questioni di minore importanza o di ordinaria amministrazione, la potestà genitoriale assume i contorni di una "potestà distribuita", ovvero di un insieme di compiti diversi da attribuire ai genitori - divisi per "aree di competenza" - sulla base di eventuali accordi tra loro intervenuti.

Quanto al mantenimento dei figli, salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori deve provvedere per capitoli di spesa ed in base al proprio reddito. Se vi è diversità di redditi, onde soddisfare il principio di proporzionalità, il giudice stabilisce la corresponsione di un assegno periodico considerando precipuamente: le esigenze attuali del figlio, il tenore di vita goduto da quest'ultimo in costanza di convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore; le risorse economiche di entrambi i genitori e la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti dagli stessi.

In base al nuovo art. 155-bis c.c. ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando in concreto l'affidamento condiviso o all'altro sia contrario all'interesse del minore: se il giudice 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 c.c.. Qualora, tuttavia, la domanda risulti manifestamente infondata, il comportamento del genitore istante verrà considerato ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, ferma restando l'applicazione dell'articolo 96 c.p.c. (Responsabilità aggravata) con condanna dell'istante medesimo al risarcimento del danno per aver agito in mala fede.

Omettendo di prendere in considerazione, per quanto attiene il presente esame, la parte della riforma relativa all'assegno periodico ed agli accertamenti tributari sui redditi (art. 155 c.c.), quella relativa alla revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli (art. 155-ter c.c.), all'assegnazione della casa e prescrizioni in tema di residenza (art. 155-quater c.c.) nonché alle disposizioni in favore dei figli maggiorenni (art. 155-quinquies c.c.), oltre che alle intervenute modifiche al codice di procedura civile (art. 2 L.), disposizioni penali (art. 3 L.), finali (art. 4 L.) e finanziarie (art. 5 L.), merita invece particolare attenzione la disposizione dell'art. 155-sexies riguardo ai poteri del giudice e all'ascolto del minore.

Il predetto articolo, al comma 1 - dopo aver disposto che, prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c., il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova - stabilisce che l'organo giudicante dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Premesso che l'audizione del minore costituisce principio già affermato in molti ordinamenti giuridici europei e sancito in numerosi Documenti internazionali (cfr. la Risoluzione dell'Unione europea per una Carta europea dei diritti del fanciullo (1992) e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, vedasi la sotto riportata nota 3), in Italia l'intervento del minore nel processo era già previsto nel precedente regime anche se, proprio al fine di evitare al minore di essere troppo coinvolto nel conflitto familiare con tutte le conseguenze potenzialmente dannose che potrebbero derivarne al suo equilibrio, vi si è fatto raramente ricorso.

Analizzando la terminologia utilizzata dall'art. 155-sexies c.c., potrebbe sembrare, prima facie, che il

legislatore abbia voluto utilizzare il termine “audizione” facendo riferimento soltanto ad un preciso atto processuale, in realtà, posta la ratio legis di adeguamento della normativa interna a quella internazionale e considerata la finalità della riforma risulta corretto doversi parlare di un vero e proprio “ascolto del minore” inteso sia come diritto del minore, sia come strumento di comprensione non soltanto delle sue esigenze e dei suoi reali bisogni, ma altresì delle dinamiche esistenti al momento del disfacimento del nucleo familiare, specie ove tra i due genitori vi sia un rapporto fortemente conflittuale.

Il giudice è dotato di discrezionalità relativamente al momento temporale ed alle modalità inerenti l’ascolto: in particolare, quanto al modo in cui procedere, lo stesso può osservare la prescrizione normativa in modo diretto, ascoltando direttamente il minore (facendosi eventualmente assistere in udienza da un ausiliario: psicologo o assistente sociale), ovvero in modo indiretto, delegando il compito ad un CTU oppure ad uno psicologo del servizio pubblico (consultori, servizi di neuropsichiatria infantile delle ASL) individuato tramite i Servizi sociali, i quali, al termine dell’ascolto, redigono e trasmettono al magistrato una relazione conclusiva.

L’art. 155-sexies c.c., al comma 2, prevede invece la possibilità, per il giudice che ne ravvisi l’opportunità, di rinviare, previo consenso delle parti, l’adozione dei provvedimenti di cui all’art. 155 c.c. per consentire ai coniugi, avvalendosi di esperti, di tentare una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli.

Si nota fin da subito come il termine “mediazione” venga utilizzato in modo generico ed invero sul disposto si è acceso un ampio dibattito, in quanto la norma nulla dice in ordine alla mediazione familiare (peraltro già prevista nell’ordinamento italiano, anche prima della riforma, dalla L. n. 285/1997 che prevede “servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali” e dalla L. n. 154/2001 che prevede per il giudice la possibilità di disporre, ove occorra, l’intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare), In particolare, nulla dice relativamente al momento del processo di separazione o di divorzio in cui si colloca, alle sue modalità di attuazione (ovvero se sia il magistrato a dover individuare l’esperto o se sono i coniugi a doverne scegliere uno di fiducia), a quale sia il giudice che ne ravvisi l’opportunità (il Presidente, il Giudice istruttore o il Collegio?), nonché al controllo della professionalità dei mediatori stessi.

Per tale motivo varie associazioni di settore (promotrici di un modello di mediazione familiare legato ad un approccio più stragiudiziale che giudiziale e pertanto maggiormente autonomo rispetto al giudice ed al processo) hanno sollecitato un'interpretazione che qualifichi i "mediatori familiari" come una nuova figura professionale estranea a quella del CTU o del mero ausiliario. Tuttavia, larga parte della dottrina e della giurisprudenza - quest'ultima anche prima della riforma - hanno evidenziato come il dato normativo sia chiaro in proposito ed hanno finito quindi per ricondurre la figura del mediatore entro quelle previste nell'art. 68 c.p.c ("Altri ausiliari. Nei casi previsti dalla legge o quando ne sorga necessita', il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si puo' fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non e' in grado di compiere da se' solo. Il giudice puo' commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge. Il giudice puo' sempre richiedere l'assistenza della forza pubblica") **(4)**.

Tra le argomentazioni seguite per giungere a tale conclusione vi sarebbero le seguenti: a) la norma parla di "esperti" e non di "mediatori", volendo pertanto escludere un intento da parte del legislatore di creare una nuova professionalità, inoltre la mediazione viene vista soltanto come attività ("per consentire ... di tentare una mediazione"); la mediazione viene configurata come strumento per raggiungere un accordo che non può non essere che quello "di separazione" il quale rappresenta un negozio di diritto familiare condizionato all'omologa e, di conseguenza, inscindibile dal ruolo del Presidente nella fase presidenziale del giudizio; per il giudice si tratta di una facoltà, nei "casi previsti dalla legge", già riconosciuta laddove si prevede (art. 68 c.p.c.) che "il giudice ... si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non e' in grado di compiere da sé solo" **(5)**; b) il dato letterale depone nel senso di uno stretto rapporto tra esperti e giudice, potendosi ritenere che i primi agiscano come longa manus del giudicante (cfr. verbo "avvalendosi") **(6)**.

Concluso questo breve cenno all'art.155-sexies, comma 2, c.c. ed alle problematiche sottostanti la figura del mediatore familiare, resta da evidenziare un ultimo aspetto preso in considerazione dalla sentenza della Cassazione, sezione I° civile, n. 17191/2011 e meritevole di commento in riferimento al già richiamato art. 155, comma 1, c.c.: **il diritto del minore "a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale"**.

Una riflessione basilare appare necessaria ai fini della comprensione della norma: il diritto a mantenere rapporti con i nonni non è un diritto dei nonni stessi, sancito a loro tutela ai fini della continuità dei rapporti con il minore, bensì un diritto esclusivamente di quest'ultimo a protezione di tutti i vincoli derivanti dalla propria tradizione familiare, un diritto a mantenere rapporti per lui consueti e considerati essenziali per un corretto sviluppo psicologico ed affettivo.

Invero, dottrina e giurisprudenza, salvo qualche voce discordante, negano che ai nonni possa riconoscersi un diritto di visita nei confronti dei nipoti e ciò proprio in quanto non esistono precisi riferimenti normativi a cui far capo. Parte della giurisprudenza, inizialmente soprattutto di merito, ha ritenuto di specificare che, più che di un diritto soggettivo perfetto, deve riconoscersi in capo ai nonni un interesse legittimo, non direttamente reclamabile ed in ogni caso subordinato, sempre e comunque, all'interesse del minore **(7)**. Detto orientamento, che attribuisce un ruolo rilevante alla posizione dei nonni nonché ai rapporti di questi con i nipoti, ha trovato autorevole accoglimento nella sentenza della Corte di Cassazione del 25 settembre 1998 n. 9606, nella quale, con contenuto innovativo, si afferma che la mancanza di una disposizione normativa non preclude al giudice di riconoscere e regolamentare rapporti che affondano le proprie radici nella tradizione familiare, la quale è riconosciuta altresì nella Costituzione (art. 29) **(8)**.

A prescindere dai citati orientamenti giurisprudenziali, tuttavia, ciò che rileva - anche successivamente all'intervenuta riforma - è l'effettiva assenza di disposizioni che definiscano e regolamentino la figura dei nonni, spesso portatori di valori ed affetti familiari ineguagliabili, con la conseguenza che da tempo si rileva la necessità di un intervento da parte del Legislatore in grado di riconoscere loro un diritto proprio, azionabile in modo autonomo.

Per tale motivo, da più fronti, sia alla Camera dei Deputati che in Senato, si è già provveduto a presentare apposita proposta di legge intitolata "Introduzione dell'articolo 317-ter del codice civile, concernente il diritto di visita dei nonni" (On.li Pontone, Mugnai, Carlucci, Binetti, ...), con specificazione che "il diritto di visita si sostanzia in una facoltà finalizzata al mantenimento di un rapporto diretto con il minore, non avente carattere assoluto, ma subordinato all'interesse di quest'ultimo. Pertanto il giudice potrà legittimamente disciplinarlo nella maniera più idonea al perseguimento di tale obiettivo e, financo, disconoscerlo ove l'esercizio di esso si ponga in contrasto con la salute psico-fisica del minore".

Certo è, invece, che qualora - come nel caso della sentenza in esame - il fatto di intrattenere rapporti con i nonni appaia pregiudizievole per l'interesse del minore (a causa del comportamento gravemente denigratorio tenuto dagli stessi nei confronti della madre della bambina), questi ultimi - in assenza di un autonomo diritto di frequentazione - potranno vedere la nipote soltanto in occasione degli incontri di quest'ultima con il proprio padre.

Infatti, come si legge nel testo della sentenza - a seguito dell'argomentazione posta in essere dal padre secondo cui, alla luce della normativa, le figure ascendenti sono titolari di un autonomo diritto di mantenere continui e significativi rapporti con la nipote e che la conflittualità tra le due famiglie non costituisce motivo sufficiente per negare tale diritto - "La censura è priva di fondamento. L'art. 155 c.c., comma 1, non attribuisce agli ascendenti del minore un autonomo diritto avente il contenuto indicato dal ricorrente. **La norma attribuisce invece al minore il diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti, nel quadro del mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con i propri genitori e con la medesima finalità di evitare, per quanto possibile, che la separazione produca traumi nello sviluppo della personalità del minore stesso.** Non merita dunque censure la motivazione della sentenza che, avvalendosi della facoltà discrezionale di provvedere alla concreta regolazione di tale questione nella suddetta prospettiva (e tenendo conto fra l'altro di quanto già esposto circa la posizione assunta dai nonni paterni nella vicenda coniugale in esame), ha ritenuto idonea a realizzare nella specie l'interesse della minore **la possibilità della medesima di vedere i nonni paterni in occasione delle visite al padre**, che peraltro occupa un'abitazione attigua a quella nella quale i nonni stessi abitano".

Riprendendo una celebre affermazione di Henry Ward Beecher, politico e scrittore americano, "Le leggi e le istituzioni, al pari degli orologi, devono essere periodicamente pulite, ricaricate e regolate sull'ora esatta", si può dire che il Legislatore, con la riforma del 2006, ha senza dubbio voluto intervenire in materia di affidamento per maggiormente adattarla ai bisogni della società contemporanea, specchio di una realtà estremamente mutevole in quanto protagonista di profonde trasformazioni. Certamente, nel proprio intento, il Legislatore ha ritenuto che la previsione dell'istituto dell'affidamento condiviso potesse rappresentare la soluzione migliore per quei figli che, dovendo affrontare il disgregarsi del proprio nucleo familiare, devono sopportarne i traumi, specie emotivi ed affettivi.

Per tale motivo, pertanto, ma altresì in accoglimento delle istanze avanzate da varie associazioni (Associazione Padri Separati, Aiaf, Camere minorili, Anm, Aimmf, etc..) - spinte dalla volontà di riconoscimento dei ruoli e delle responsabilità di entrambi i genitori - tale tipo di affido è stato riconosciuto come “regola” unitamente al riconoscimento in capo al minore di un diritto alla “bigenitorialità” (“diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi”).

Spetterà poi al giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi, accertato prioritariamente quello che è il “reale e concreto interesse morale e materiale della prole”, valutare la disapplicazione dell'affido condiviso in favore di uno esclusivo, anche al fine di far sì che in capo al minore venga a configurarsi **un diritto e non un “onere” alla bigenitorialità**: accertamento che dovrà avvenire anche tramite quell’ **“ascolto del minore”** di cui si è parlato, il quale permette non tanto di apprendere quella che è la volontà del minore (che potrebbe essere anche la manifestazione di una valutazione errata della realtà), bensì il suo sistema di vita, i rapporti con i genitori, l’esistenza di eventuali difficoltà e disagi, etc.

Pertanto, se lo spirito della norma è costituito da un obiettivo di indubbio valore morale, in quanto si vuole garantire al minore un minimo di stabilità affettiva con entrambi i genitori, non sempre ciò corrisponde al vero interesse dello stesso. Si pensi al caso oggetto della sentenza della Cassazione n. 17191/2011, ove le liti ed i contrasti tra i genitori, peraltro inaspriti altresì dall’atteggiamento dispregiativo manifestato dalla famiglia di origine di uno di essi, sono diventati oggetti di ingiuste violenze anche nei confronti della figlia minore, tant’è che i giudici si sono espressi per l’applicazione dell’affidamento esclusivo in quanto maggiormente rispondente all’interesse della figlia che sicuramente non può che beneficiarne in termini di un contesto familiare sereno e privo di comportamenti conflittuali che purtroppo non è ancora in grado di comprendere appieno.

Spesso la separazione si verifica proprio per la mancanza di comunicazione tra i coniugi che sovente si traduce in atti violenti ed offensivi: in questi casi l’affidamento condiviso non può che costituire la fonte di ulteriori problemi, poiché manca quella che è la condicio sine qua non dell’istituto: lo spirito collaborativo dei due coniugi che non devono assolutamente scordare che, nonostante tutto, rimangono pur sempre due genitori.

Due genitori che, seppur venuta meno l'affectio coniugalis che li legava, devono comunque assumersi - con maturità e rispetto reciproco - la responsabilità di un'equilibrata crescita affettiva, emotiva e relazionale dei propri figli.

1) “Nel quadro della nuova disciplina (...) l'affidamento «condiviso» (...) si pone non piu' come evenienza residuale, bensì come regola; rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo. (...) **L'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi comunque precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente fra i coniugi**, poiché avrebbe altrimenti una applicazione, evidentemente, solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto”. In questo senso si era già espressa anche la senatrice E. Baio Dossi, correlatrice del testo della legge n. 54/2006 con cui è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'affidamento condiviso “D'ora in poi - sottolinea la senatrice - **in casi di separazione anche se conflittuale il giudice opterà per affidare il minore a tutti e due i genitori**. Va da sé che poi il figlio vivrà prevalentemente presso uno dei due. Ma nel rispetto dei comuni accordi (...). Fino ad oggi il genitore affidatario, in circa l'84% dei casi, è stata la madre. Non si tratta di costringere i genitori ad andare d'accordo, ma di attuare scelte responsabili e di porre in essere comportamenti civili al solo fine di salvaguardare i figli”.

Questo orientamento è stato seguito anche dai primi interventi giurisprudenziali di merito in materia, i quali hanno ritenuto che un genitore può essere escluso dall'affidamento soltanto per le sue carenze (stato di salute psichica, insanabile contrasto con i figli, anomala condotta di vita, etc.) e non per la sua relazione con l'altro, in tale ultimo caso, infatti, **si verrebbe a frustrare la volontà del Legislatore visto che rancori, dissapori e rapporti difficili - seppur con diversa intensità - sono quasi sempre presenti in una separazione o in un divorzio**. Secondo vari Tribunali, infatti, l'escludere l'affidamento condiviso a causa dei rapporti conflittuali esistenti tra i coniugi attribuirebbe a tale istituto un'applicazione residuale, coincidente con il vecchio affidamento congiunto “e ciò anche considerando che uno dei coniugi potrebbe strumentalmente innescare, in via unilaterale, i conflitti a tal fine” facendo orientare il magistrato verso un affido di tipo esclusivo o monogenitoriale (Tribunale di Catania, ordinanza

01.06.2006).

In senso contrario, ovvero per l'esclusione dell'affido condiviso quando vi è evidente conflittualità dei genitori, si era invece già pronunciata nel **2006** la Corte D'appello di Ancona, sezione promiscua, decreto 22.11.2006 ("Tale affidamento (condiviso) non può che fondarsi su un presupposto che nel caso di specie, per tabulas, risulta escluso: vale a dire un comportamento di entrambi i genitori assolutamente idoneo a rendere operante l'affido condiviso. Nel caso di specie la impossibilità di pervenire a tale tipo di affidamento risulta escluso: 1) dall'**evidente contrasto in essere tra i coniugi**, (...)").

2) Legge 8 febbraio 2006 n. 54 "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli".

Art. 1.

(Modifiche al codice civile)

1. L'articolo 155 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art.

155. - (Provvedimenti riguardo ai figli). 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.

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.

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.

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.

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

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».

2. Dopo l'articolo 155 del codice civile, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, sono inseriti i seguenti:

«Art. 155-bis. - (Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso). 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.

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.

Art. 155-ter. - (Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli). I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.

Art. 155-quater. - (Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza). 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.

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.

Art. 155-quinquies. - (Disposizioni in favore dei figli maggiorenni). 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.

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.

Art. 155-sexies. - (Poteri del giudice e ascolto del minore). Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse

morale e materiale dei figli».

Art. 2.

(Modifiche al codice di procedura civile)

1. Dopo il terzo comma dell'articolo 708 del codice di procedura civile, è aggiunto il seguente:

«Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento».

2. Dopo l'articolo 709-bis del codice di procedura civile, è inserito il seguente:

«Art. 709-ter. - (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni). Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle

modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

1) ammonire il genitore inadempiente;

2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;

3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;

4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

Art. 3.

(Disposizioni penali)

1. In caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-sexies della legge 1^o dicembre 1970, n. 898.

Art. 4.

(Disposizioni finali)

1. Nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1^o dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge.

2. Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonchè ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Art. 5.

(Disposizione finanziaria)

1. Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

3) Principio affermatosi da tempo negli ordinamenti europei e presente in alcune importanti Convenzioni internazionali in materia dei diritti dei bambini che hanno permesso il diffondersi del concetto che un minore ha diritto ad avere un rapporto continuativo con entrambi i genitori, anche se questi si separano: Cfr. Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176 (art. 9 "Gli Stati Parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo (...).Gli Stati Parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo"; e art. 18 "Gli Stati Parti faranno del loro meglio per garantire il riconoscimento del principio secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo e di provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori oppure, se del caso, ai suoi tutori legali i quali devono essere guidati principalmente dall'interesse preminente del fanciullo"). Cfr. anche la Risoluzione dell'Unione europea per una Carta europea dei diritti del fanciullo (1992), secondo cui il fanciullo, in caso di separazione o divorzio dei genitori, ha il "diritto di mantenere contatti diretti e permanenti con i due genitori", nonché di essere "ascoltato specialmente in tutti quei procedimenti e decisioni che implicino la modifica dell'esercizio della patria potestà, la determinazione della tutela e dell'affidamento..." nonché la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ove si stabilisce l'obbligo dell'audizione del minore nelle controversie che possono in qualche modo riguardarlo.

4) Cfr. in giurisprudenza: Tribunale di Bari, sentenza 21 novembre 2000: "È assai opportuno e conforme a legge che il giudice, in caso di crisi del nucleo domestico, qualora accerti la disponibilità delle parti a partecipare attivamente ad un programma di mediazione fra le opposte esigenze e le corrispondenti pretese, rinvii gli interessati ad un organismo o Centro qualificato di mediazione familiare, allo scopo di raggiungere (o di agevolare) la conclusione di un accordo e l'adesione consapevole ad una soluzione non imposta dall'alto, ma voluta dalle parti stesse; un rinvio siffatto, peraltro in armonia con i poteri/doveri

conciliativi del giudice, nonché con la normativa, nazionale ed internazionale, auspicante l'intervento di un soggetto imparziale, diverso dal giudice, anche, e soprattutto, nei conflitti domestici, non esclude che **il vaglio finale della soluzione concordata spetti, pur sempre, al giudice, del quale i mediatori possono considerarsi, ex art. 68 c.p.c., ausiliari atipici**"; in dottrina: C. PETITTI, Il mediatore familiare come ausiliario del giudice, in *Famiglia e diritto*, 1/2006.

5) Cfr. Tribunale di Lamezia Terme, ordinanza 05.12.2007 (art. 155-sexies, comma 2, c.c.): "Trattasi di una norma introduttiva di un "nuovo" potere discrezionale del Giudice facente capo alla possibilità che questi rimetta le parti in causa dinnanzi ad un collegio di esperti affinché in quella sede nascano accordi - tra i coniugi - intesi a regolamentare il nuovo menage familiare successivo alla crisi coniugale. Ed, infatti, la disposizione ex art. 155-sexies c.p.c. , rubricata "poteri del giudice ed ascolto del minore" suggerisce che la scelta discrezionale di far ricorso alla mediazione vada iscritta nel novero dei "nuovi poteri" del giudicante i quali posso estrinsecarsi nella facoltà (rectius: potere) di ricorrere all'assistenza di organi d'ausilio. Dal dato normativo - invero alquanto scarno - emerge, in tal senso, che la figura deputata a "mediare" tra i coniugi è dotata di particolari competenze professionali ed assume, di fatto, la qualità di **ausiliario del giudice**. Si tratta, invero, di una facoltà che, nei "casi previsti dalla legge", è già riconosciuta al giudicante laddove si prevede (art. 68 c.p.c.) che "il giudice ... si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non e' in grado di compiere da sé solo".

Ed, invero, è dibattuta, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, la natura giuridica dei "mediatori", tradizionalmente intesi e considerati, dagli operatori del settore, alla stregua di professionisti aventi una funzione compositiva della lite (e non valutativa). Le associazioni di settore, al riguardo, hanno sollecitato gli operatori giuridici verso una interpretazione che li qualifichi in termini di nuova figura processuale, extraprocessuale, recisa dalla veste tipica del consulente tecnico ovvero dell'ausiliario. Ma siffatta lettura ermeneutica non può essere condivisa, alla luce del dato normativo e di un esame sistematico delle disposizioni di legge.

Ed, infatti, l'art. 155-sexies, comma II, c.c. prevede che "qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli". Il dato normativo è chiaro.

In primo luogo il codice parla di **esperti e non di mediatori** così avendo voluto ricondurre la figura a quelle già esistenti senza creazione ex novo di una nuova professionalità (ovviamente ai fini processuali e limitatamente al processo). Ed, infatti, **la mediazione non emerge come "soggetto"** (i mediatori tentano una composizione) **ma come oggetto** (gli esperti tentano una mediazione).

In secundis, la mediazione è configurata come **strumento per raggiungere un accordo che non può non essere che quello "di separazione"** il quale rappresenta (pur alla presenza della mediazione) un negozio di diritto familiare sospensivamente condizionato alla omologa (condicio juris di efficacia) e, quindi, inscindibile dal ruolo del Presidente nella fase presidenziale del giudizio.

Buona dottrina, intervenuta nel dibattito, condivide l'assunto e già prima della riforma, larga parte della giurisprudenza, inquadrava il mediatore nell'orbita dell'art. 68 c.p.c. (vedi, ex multis, Tribunale Bari, 21 novembre 2000 in Dir. famiglia 2001, 1501).

Ciò detto in ordine all'inquadramento giuridico dei mediatori, non può sottacersi che - nel caso di specie - l'esigenza della mediazione nasce, in maggior parte, dalla necessità di salvaguardare i rapporti verticali nella famiglia travolta dalla crisi familiare, pur dinnanzi alla esternazione - nella sede presidenziale - di un accordo di separazione già intervenuto. Ed, invero, la ratio sottesa alla mediazione non è tout court quella di confezionare un patto geminato dalle ceneri dell'affectio coniugalis venuto meno (ottica formalistica), ma, al contrario (ottica sostanzialistica) quello di evitare che la crisi della famiglia pregiudichi, in modo irrimediabile, i rapporti che da quella società "naturale" erano sorti. Si passa, cioè, da un'ottica in cui l'accordo compone la lite ad un'ottica in cui le relazioni familiari si compongono con l'accordo.

Se questo è vero, allora il Presidente, nella sua valutazione discrezionale - ai fini del rinvio di cui all'art. 155-sexies, comma II, c.c. - non si limita a verificare che ad acta risulti prodotto un negozio da omologare, ma accerta, altresì, che la discussione di quell'accordo, dinnanzi ai mediatori, non possa rivelarsi l'occasione per ripristinare, rinsanire o addirittura ricostituire i rapporti di famiglia (in senso orizzontale, coniugio; in senso verticale: filiazione)".

6) "La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio ovvero note a margine dell'art. 155-sexies, introdotto dalla legge 54/2006" Dott. Giuseppe Spadaro, Presidente del Tribunale di Lamezia Terme

7) Cfr. Tribunale per i Minorenni di Roma, sentenza 07.02.1987: "... non spetta, de iure condito, ai nonni e agli altri parenti un vero e proprio diritto soggettivo di visita nei riguardi del nipote minore, mancando, nel sistema, una norma esplicita che tale diritto direttamente preveda; tuttavia **l'interesse legittimo dei nonni e degli altri parenti** a visitare il nipote trova incondizionato riconoscimento e piena tutela ogni qual volta esso venga a coincidere con l'interesse del minore ad instaurare e mantenere congrui rapporti con i propri congiunti diversi dai genitori, vale a dire allorchè la visita dei nonni e degli altri parenti non arrechi al minore stesso un danno rilevante ed un eventuale divieto dei genitori si ponga così contro l'interesse della prole ad un'ottimale integrazione nell'ambito della parentela".

8) "la mancanza di previsione di legge non è sufficiente per precludere al giudice di riconoscere e regolamentare **tali rapporti (...) che affondano le radici nella tradizione familiare che trova riconoscimento nella Costituzione (...)** rientrando la tutela del vincolo affettivo e di sangue che lega nonni e nipoti nell'ambito del precipuo interesse del minore".

<https://www.diritto.it/affidamento-condiviso-corte-di-cassazione-sezione-i-civile-sentenza-11-08-2011-n-17191/>