



AFFIDAMENTO CONDIVISO: BILANCI E PROSPETTIVE*

LILIANA ROSSI CARLEO

SOMMARIO: 1. Il lento recepimento delle novità legislative. – 2. Dall’approccio esclusivo all’approccio inclusivo. – 3. Autonomia, accordo e cultura dialogica. – 4. Il diritto del minore a «conservare» le sue esperienze esistenziali. – 5. La particolare coloritura del diritto al mantenimento come espressione del diritto di «cura».

1. A quasi sette anni dall’introduzione della legge n. 54/2006, il laboratorio giurisprudenziale rappresenta l’osservatorio privilegiato al fine di verificare la effettività della “nuova” disciplina.

Appare in premessa sintomatico osservare come il persistente riferimento al “recente”¹, tuttora sovente utilizzato nella prassi per qualificare una disciplina che fin dal suo apparire ha insinuato «il gattopardesco sospetto che nulla sia cambiato»², sembra testimoniare che essa risulti ancora lontana dall’aver determinato i cambiamenti auspicati al fine di dare effettività a principi già da tempo presenti nel sistema³.

A ben vedere, l’obiettivo principale che l’attuale disciplina intende raggiungere è rappresentato, come avevamo già avuto modo di osservare⁴, dal tentativo di introdurre un cambio di mentalità. Si incentiva a tal fine la circolazione di un nuovo modello di affidamento, comune a tutte le ipotesi di filiazione, volto a favorire un accordo nel disaccordo.

* Il testo, con l’aggiunta delle note, riproduce la relazione svolta al Convegno “Persona e comunità familiare (1982-2012)”, Salerno, 28-29 settembre 2012.

¹ Così L. LOGLI, *Una bussola per orientarsi tra norme e sentenze. L’affido condiviso. Le regole e le sentenze*, in *Le guide, Il Sole 24 ore*, settembre 2012, p. 4.

² G. SALITI, *Affidamento condiviso ed esercizio della potestà*, in *Fam e dir.*, 2011, p. 51. Il sospetto appare più che fondato qualora si consideri che talvolta il mutamento di nomi non comporta significativi mutamenti nelle modalità di esercizio della potestà, che vede una posizione privilegiata in favore del genitore che da affidatario diviene col locatario.

³ Ciò non solo per la espressa menzione che alla bigenitorialità viene fatta dalle Convenzioni internazionali (emblematico, in tal senso, il richiamo alla Convenzione di New York, 20 novembre 1989), ma anche per il costante orientamento giurisprudenziale teso alla ricerca dell’interesse del minore che, come da tempo aveva rilevato la stessa Corte costituzionale (Corte cost., 14 luglio 1986, n. 185) non può trovare nella crisi fra i genitori motivo idoneo a modificare il proprio *status*, v. diffusamente, per molti, G. BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 20120, p. 20 ss.

⁴ L. ROSSI CARLEO, *Introduzione*, *ibidem*, p. 1 ss.



Le critiche e le perplessità sulla corretta applicazione della legge che, ancor prima di un necessario rodaggio, hanno subito indotto il legislatore a presentare ulteriori proposte di modifica⁵, non devono offuscare gli aspetti positivi introdotti con la legge del 2006.

Un dato, a mio parere, va particolarmente evidenziato: dalla legge sull'affidamento condiviso è partito il lungo *iter* che sembra infine prossimo a sancire la unicità dello *status* di figlio⁶.

In tale direzione depone il dato normativo che ha introdotto (almeno per i profili sostanziali) un modello uniforme di gestione della crisi per quanto riguarda la misura e il modo in cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione, all'educazione dei figli, sia che si tratti di separazione o divorzio, sia che si tratti di frattura della convivenza (v., in particolare, l'art. 4, comma 2, legge n. 54/2006).

Invero, ciò che rileva non è tanto o solo l'aver posto fine all'assurda rincorsa o, peggio, alla incomunicabilità fra regole della separazione e regole del divorzio, quanto piuttosto l'aver sancito una equiparazione tra filiazione legittima e filiazione naturale, anticipando la unicità dello *status* di figlio per quanto riguarda il trattamento in caso di crisi del rapporto tra genitori.

Al fine di comprendere la portata innovativa di un principio fondamentale, che in ragione delle difficoltà interpretative che hanno accompagnato i rilevanti aspetti che riguardano l'individuazione del giudice competente si afferma faticosamente⁷, va registrata la soddisfazione con la quale si è guardato alla ricorribilità per Cassazione avverso i provvedimenti emessi dalla Corte di Appello, sez. min., ai sensi dell'art. 317 *bis* cod. civ.⁸. In un'ottica attenta alla corretta applicazione del principio di sostanziale eguaglianza introdotto dalla legge, consapevoli che tale principio possa correre il

⁵ V. in particolare, anche per l'analitica e diffusa relazione che l'accompagna il d.d.l. n. 2454, comunicato alla Presidenza il 16 novembre 2010. I diversi disegni e proposte sono quasi tutti raggruppati nel d.d.l. n. 2454 del 2010 sul quale tuttora, stancamente, si discute.

⁶ Appare sufficiente il semplice richiamo al d.d.l. n. 2805, presentato il 12 dicembre 2011, che costituirà, anche nella sede di questo Convegno, oggetto di autonome e approfondite osservazioni. Si rinvia, pertanto a C.M. BIANCA, *Status filiationis*, Relazione al Convegno “*Persona e comunità familiare (1982-2012)*”, cit.

⁷ V. diffusamente, E. D'ALESSANDRO, Sub art. 155, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 191 ss., sulle perplessità e sulle discussioni che hanno portato a riaffermare la persistente competenza del tribunale dei minori per le questioni attuative concernenti l'affidamento dei figli naturali. La questione – anche se il dibattito in dottrina non sembra essersi placato – si ritiene al momento conclusa con la persistente attribuzione di competenza al Tribunale per i minori, seppure tenendo conto, in primo luogo, della «esigenza di evitare che i minori ricevano un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati», come afferma Cass., 3 aprile 2007, n. 8362

⁸ Così Cass., 4 novembre 2009, n. 23411; Cass., 30 ottobre 2009, n. 2010, in *Fam e dir.*, 2010, p. 113 ss., con nota di G. DOSI.



rischio di essere vanificato nella concreta applicazione delle regole, si è ritenuto di dover plaudire a quello che viene definito «un deciso *revirement* della Suprema Corte, dovuto all'adeguamento dell'interpretazione della normativa processuale alla nuova normativa in tema di affidamento condiviso dei figli minori»⁹.

Questi rapidi cenni iniziali consentono, da una parte, di riaffermare l'intima connessione fra norme processuali e sostanziali al fine di una corretta applicazione dei principi¹⁰, dall'altra di segnalare che le difficoltà che hanno contrassegnato l'applicazione di un principio espresso non possono che moltiplicarsi quando si tratta di applicare principi che, seppure dalle norme vengono chiaramente indicati, pongono a livello applicativo scelte che ne prevedono le modalità di attuazione solo in termini di preferenza per determinati modelli.

E' evidente che, ponendo al centro l'interesse del minore, l'assoluta flessibilità delle regole resta una caratteristica ineludibile anche di questa disciplina. La flessibilità, tuttavia, non va intesa come sinonimo di una mera discrezionalità. Essa, difatti, impone comunque la ricerca di un modello comune che, seppure non rigido e con possibili articolazioni differenziate, deve portare in ogni caso ad una unitarietà. Occorre dunque ricondurre a sistema le modalità di regolazione dei rapporti di modo che i risultati, anche nella loro concreta diversità, siano contrassegnati da percorsi non solo comuni, ma essenzialmente trasparenti. E in questa ottica va letto l'obbligo di motivazione che deve accompagnare i provvedimenti che adottino modelli difformi dall'affidamento condiviso (art. 155 *bis*, comma 1, cod. civ.)¹¹.

⁹ Così F. ASTIGGIANO, *L'affidamento condiviso nell'analisi della Suprema Corte a quattro anni dall'introduzione dell'istituto*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 533 ss.

¹⁰ Secondo il testuale apprezzamento di F. ASTIGGIANO, *op. loc. ult. cit.* A testimonianza del fatto che sul punto il problema rimane aperto appare sufficiente ricordare che questo aspetto resta al centro delle proposte di modifica alla disciplina vigente. Difatti, nella relazione che accompagna uno dei primi disegni di legge tesi a portare modifiche correttive a una disciplina il cui impianto di base resta tuttavia immutato (n. 2454 del 16 novembre 2010), fra i correttivi ritenuti imprescindibili, si pone l'accento sulla necessità di risolvere il dilemma dell'attribuzione della competenza fra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni; al riguardo si intende superare le indicazioni della Cassazione n. 8362 del 3 aprile 2007 e si attribuisce espressamente *in ogni caso* la competenza al tribunale ordinario. Invero il problema assume, a nostro parere, una rilevanza che trascende l'aspetto specifico della frattura della convivenza e coinvolge il tema assai più ampio che riguarda il tribunale della famiglia. Ancora una volta si rinvia ai richiami, alle osservazioni e ai rilievi che, nell'ambito di questo Convegno, saranno dedicate all'argomento nella relazione che toccherà questo specifico aspetto P. CORDER, *Il tribunale della famiglia*, Relazione al Convegno “Persona e comunità familiare (1982-2012)”, cit.

¹¹ Che l'esclusione della modalità di affido condiviso dovrà risultare sorretta da una motivazione, non più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potestà e sulla non rispondenza all'interesse del figlio dell'adozione del modello condiviso, fu anticipato da parte della dottrina già all'indomani della promulgazione della legge (cfr. G. BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in



La prassi giurisprudenziale, tuttavia, nell'estrema varietà di soluzioni, non consente una facile riconduzione ad unità. Tale riconduzione si va comunque affermando, come è giusto che sia, ad opera di un attento monitoraggio da parte della dottrina, che approfondisce la corrispondenza delle argomentazioni alla corretta applicazione dei principi, operando un controllo teso ad assicurare la razionalità delle scelte.

La dottrina si è assunta, quindi, il compito di verificare se e quanto le modalità introdotte nel 2006 abbiano inciso nella realtà al fine di favorire il conseguimento di obiettivi segnati dall'interesse del minore¹².

Interesse del minore che, giova ripetere, malgrado la (necessaria) vaghezza della formula, impone di certo che il rapporto genitore figlio resti immune dalle vicende che possono travolgere il rapporto tra i genitori¹³.

Posto che il principio interesse del minore/bigenitorialità trova attuazione attraverso regole diverse, seppure indirizzate al perseguimento di un unico obiettivo, ne discende che esso non si afferma con una unica intensità (ad esempio: diritto ad essere ascoltato), è aperto ad una molteplicità di soluzioni (ad esempio: tempi e modi di cura del figlio), concorre con altri principi (ad esempio: libertà di trasferimento di ciascuno dei genitori); a ciò consegue che la risposta non potrà mai essere rigida e monistica, poiché essa discende dall'intreccio della complessità sottostante, la cui valutazione va, però, fatta attraverso parametri certi, tenendo in considerazione i dati essenziali e qualificanti della legge¹⁴.

L'affidamento condiviso, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006, p. 52). Questa linea interpretativa è stata recepita dalla S.C., prima con Cass. 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 68 ss., con nota di M. MANTOVANI, e poi con Cass. 2 dicembre 2010, n. 24526, ivi, 2011, I, p. 412 ss., con nota di M.N. BUGETTI.

¹² In argomento si leggano le riflessioni di T. AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 416 ss. e di E. QUADRI, *I figli nel conflitto familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 539 ss.

¹³ In questo senso, cfr., *ex multis*, C. Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 1783; C. Cost., 14 luglio 1986, n. 185, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2679.

¹⁴ Del resto, che il superiore interesse del minore sia il solo canone interpretativo dell'intera architettura normativa e ad esso sia da ricondurre una pluralità di situazioni afferenti al minore anche fra loro contrapposte (basti, in tal senso, riflettere su come il diritto alla bigenitorialità possa degradare in quello alla monogenitorialità o alla extra genitorialità), trova conferma nelle recenti interpretazioni della S.C. che, prevedendo il diritto all'ascolto, affermano anche il contrapposto diritto del minore a non essere ascoltato: il giudice deve disporre l'ascolto, salvo che ritenga motivatamente che da questo possa derivare un pregiudizio al superiore interesse del minore (Cass. 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 254 ss., con nota di F.R. FANTETTI, e, *ibidem*, p. 652, con nota di R.F. IANNONE); in dottrina, cfr. G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, II, p. 1807 ss.; M. ROMANO, *Sub art. 155 sexies*, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 366 ss.



I limiti di tempo di una relazione suggeriscono di procedere per sintesi enucleando alcune suggestioni offerte dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza attente all'applicazione del dettato normativo.

In estrema sintesi, questa prospettiva ci induce a riflettere su alcuni aspetti che, seppure sottostanti, appaiono tuttavia ricorrenti e qualificanti e, come è ovvio che sia, si pongono tra loro in maniera interdipendente. L'utilità di aprire un dibattito teso a fare emergere con sufficiente chiarezza le linee di tendenza sottostanti è finalizzata all'opportunità di prenderne atto al fine di un corretto bilanciamento degli interessi.

Gli aspetti sui quali intendiamo richiamare l'attenzione sono: la rilevanza di un approccio normativo inclusivo nella logica del superamento di una concezione possessoria; la promozione di una cultura dialogica, la attenzione al “vissuto” in termini di mantenimento delle condizioni esistenziali pregresse; la impossibilità di scindere i profili esistenziali dai profili patrimoniali.

2. La disciplina vigente impone di riflettere sulla circostanza che, sostituendo all'esclusione la condivisione, non solo si intende favorire il diritto alla bigenitorialità, che si pone esso stesso come principio, ma si vuole prendere atto della significatività dei rapporti sostanziali al di là dei rapporti formali, il che comporta una pluralità di importanti conseguenze.

Pertanto, una differenza fondamentale rispetto alla precedente disciplina non si rinviene solo nell'importanza che occorre assegnare alla sostituzione del modello preferenziale di affidamento.

Invero, la sostituzione del modello rappresenta un punto nodale intorno al quale si potrebbe aprire una relazione nella relazione. Difficile, difatti, è individuare la sottile linea di confine tra il previgente affidamento esclusivo con esercizio differenziato della potestà¹⁵, che limita la esclusività al solo quotidiano¹⁶ e l'attuale affidamento condiviso, che prevede modalità di attuazione le quali attribuiscono al genitore collocatario la gestione del quotidiano. A questo riguardo, tuttavia, il dibattito è particolarmente ampio e direi “acceso”, il che consente di tacere sul modello e sulle sue implicazioni in termini di corretta “ripartizione” dei compiti, inducendoci, piuttosto, a sollevare lo sguardo guardando non alla punta dell'*iceberg*, ma a ciò che è sottostante.

¹⁵ V. in tal senso, nella disciplina previgente, P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, II, 2^a ed., Torino, 1996, p. 242; M. MANTOVANI, voce *Separazione personale dei coniugi, I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 24.

¹⁶ Un'autorevole dottrina aveva cercato di richiamare la disposizione di cui all'art. 317 cod. civ. «la potestà non cessa» al fine di colorire il significato dell'art. 155 cod. civ. previgente di un significato volto a non svuotare di ogni contenuto la titolarità della potestà in capo al coniuge non affidatario, v. M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 336.



Si intende, quindi, registrare il fatto che la novità si deve cogliere più a monte: nel passaggio da un approccio normativo “esclusivo” – che tende a incentrare su di un soggetto responsabile, ritenuto maggiormente idoneo, la possibilità di esercitare in via esclusiva alcune prerogative dell’autorità parentale – ad un approccio “inclusivo”¹⁷ – che riconosce la contestualità dell’esercizio della potestà, sia pure in presenza di modulazioni differenziate nei tempi e nelle modalità¹⁸, le quali, tuttavia, consentono di attribuire ad ambedue i genitori uno spazio di rilevanza giuridica che si estende anche al cosiddetto quotidiano.

Seppure non in forma matematicamente paritetica, la bigenitorialità determina una condivisione, perpetuando in tal modo un consueto modello di relazioni il quale solitamente si realizza, anche nella famiglia non disgregata, in base a una fondata presunzione che, nel quadro di un accordo, consente un esercizio in autonomia degli atti posti in attuazione di un indirizzo concordato e, quindi, condiviso¹⁹.

La continuazione del modello pregresso per quanto riguarda i rapporti con i figli – e la conseguente responsabilità – rende ormai evidente che l’affidamento condiviso non può intendersi come una puntuale suddivisione di compiti, perseguita con modalità aritmetiche, ma deve intendersi come partecipazione congiunta al processo evolutivo e formativo del minore, che non può escludere, a meno che non sussistano ragioni ostative evidenti, l’apporto morale e materiale di ambedue i genitori all’assunzione di una piena responsabilità nei confronti del figlio.

Dall’approccio inclusivo discende non solo che la dissoluzione della coppia non deve incidere sull’indissolubilità del rapporto genitori-figli (e si privilegia in tal senso l’affidamento condiviso), ma anche che l’inclusione non può escludere il significativo apporto dato dalla presenza di soggetti “qualificati” cui, nell’interesse del minore, viene assegnata una rilevanza giuridica, e che, sia pure in posizione diversa e con ruoli e prerogative differenti, la legge impone di considerare²⁰.

¹⁷ Sia pure in un diverso contesto, con particolare riferimento agli strumenti giuridici utilizzati al fine di riconoscere formalmente un ruolo all’apporto, sopravvenuto, del genitore di fatto che si aggiunge ai genitori nell’educazione del figlio, prende in considerazione le modalità che contraddistinguono un approccio normativo “sostitutivo” e quelle caratterizzate da un approccio normativo “inclusivo” A. D’ANGELO, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, a cura di D. Amran e A. D’Angelo, Padova 2011, p. 13 ss.

¹⁸ Che la condivisione nell’affidamento non sia lo specchio di un equo riparto di tempi e di competenze è affermato costantemente dal S.C.: cfr., da ultimo, Cass. 2 dicembre 2010, n. 24526, cit.; cfr., in tema, A. ARCERI, *La giurisprudenza conferma la flessibilità delle regole sull’affido in funzione dell’interesse del minore*, nota a Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587 e a Trib. Mantova, 2 febbraio 2010, in *Fam. dir.*, 2010, p. 684 ss.

¹⁹ G. BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., pp. 53 ss. e 109 ss.

²⁰ Si pone, al riguardo, uno degli interrogativi che non hanno ancora una risposta condivisa: quali sono gli strumenti tecnici da utilizzare al fine di far valere non certo il diritto dei nonni e dei parenti, quanto, piuttosto, il diritto del minore alla stabilità delle relazioni affettive.



Il legislatore pone come obiettivo da perseguire il diritto del minore alle relazioni parentali: i rapporti significativi del minore con i suoi familiari vengono considerati più volte e da diverse angolazioni.

Il costante richiamo alla significatività dei rapporti impone, fra l'altro, di prendere atto dell'importanza che può assumere, in concreto, la partecipazione di soggetti diversi alla vita quotidiana del bambino per quanto riguarda la sua cura. Un'immediata conferma in tal senso si ricava dal riferimento espresso ai nonni e ai parenti di ciascun ramo genitoriale operato dall'art 155, comma 1, cod. civ.²¹, da cui consegue, altresì, una riconsiderazione dell'allargamento della comunità familiare in ragione della rilevanza che occorre assegnare alla famiglia degli affetti²².

Di fronte a un quadro che si rende sempre più composito e che impone di guardare non solo al mantenimento dei rapporti esistenti, ma anche alla valorizzazione dei nuovi rapporti, primo fra questi quello con il terzo genitore²³, nelle incertezze che ne derivano, in particolare per l'assoluto silenzio del nostro legislatore a tale riguardo, appare opportuno enucleare un aspetto di assoluta condivisione. Questo aspetto si può ritrovare nella necessità di assumere, a guisa di stella polare, il superamento della concezione possessoria che ha lungamente considerato il minore oggetto e non soggetto di diritti.

Invero, una corretta applicazione della normativa non può prescindere dal lungo percorso che caratterizza un cammino che, necessariamente, trova un punto qualificante nel rispetto degli altri, e principalmente del soggetto minore posto al centro di una comunità della quale fanno parte, in primo luogo, ma non solo, i genitori, il cui ruolo si arricchisce attraverso la partecipazione attiva di altre figure parentali, qualificate non per l'aspetto formale, ma per la sussistenza di rapporti significativi. Questo imprescindibile aspetto comporta la necessità che anche il giudice tenga conto del rilievo che viene assegnato dalla legge a una cultura aperta e, quindi, necessariamente dialogante. Questo mutamento di approccio dovrebbe indurre a rifuggire dalla speranza di ricorrere al giudice affinché, quale soggetto terzo, salomonicamente divida l'attribuzione dei poteri nel “possesso” del figlio e, nel contempo, attribuisca a ciascuno, in via esclusiva, una serie di “poteri”²⁴.

²¹ Su cui v. M. BIANCA, *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, in *L'affidamento condiviso*, cit., p. 163 ss.; ID., *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Studi in onore di Bianca*, I, Milano, 2006, p. 117 ss.

²² Al riguardo si veda da ultimo C. MANCINA e M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Roma, 2012, *passim*.

²³ Sul punto si rinvia per tutti a M. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*.

²⁴ Era questo un timore che avevamo avanzato fin dall'introduzione della legge n. 54/2006, ritenendo illusorio e controproducente ridurre l'apporto paritetico a profili quantitativi, peraltro «stabiliti» dal giudice. Questa prospettiva, risponde, appunto, alla logica esclusiva, di divisione, e non a quella inclusiva di condivisione.



3. In positivo occorre rilevare come fin dalle prime applicazioni della legge si sia venuto a determinare un orientamento diffuso, guardato con attenzione dalla dottrina²⁵, che rinviene nell'affidamento condiviso una modalità introdotta anche allo scopo di esercitare un ruolo promozionale della cultura dialogica²⁶.

Invero, malgrado una molteplicità di accenti, che testimoniano la impossibilità di ricondurre il reale in fattispecie rigide²⁷, dottrina e giurisprudenza appaiono ormai unanimemente orientate nel ritenere che l'elevata conflittualità tra coniugi non rappresenta, di per sé²⁸, un ostacolo all'affidamento condiviso²⁹.

²⁵ V. per molti M.N. BUGETTI, *Affidamento condiviso e affidamento monogenitoriale*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. Sesta e A. Arceri, Torino, 2012, p. 59 ss.

²⁶ Depongono in tal senso lo stesso rinvio operato all'art. 96 c.p.c. dall'art. 155 bis c.c. e la formulazione dell'art. 709 ter c.p.c.: previsioni normative, queste, in chiara funzione deterrente. Sul punto, cfr. S. PATTI, Sub art. 155 bis, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 248 ss.; C. IRTI, *ibidem*, p. 244 ss. e, in giurisprudenza, da ultimo, Trib. Min. Milano (decr.), 4 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1107 ss., con nota di R. BARBANERA.

²⁷ Per una sintesi efficace e puntuale dei diversi filoni interpretativi con riferimento alla rilevanza assegnata alla conflittualità, v., di recente, A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 707 ss.

²⁸ Il dato appare acquisito al punto che in una recente guida divulgativa si dà atto che «in giurisprudenza è stato affermato, in maniera pressoché unanime, che un alto livello di conflittualità tra i coniugi, il quale in sede di separazione e di divorzio è molto frequente, se non addirittura fisiologico, non è condizione sufficiente di per sé da escludere un affido ad entrambi i genitori», così L. LOGLI, *Affido condiviso dei figli, Le regole e le sentenze*, in *Le guide, Il Sole 24 ore*, settembre 2012, p. 26; in giurisprudenza, vd, *ex pluribus*, Cass. 18 giugno 2008, n. 16593, cit. Un'analisi delle diverse opzioni interpretative ha evidenziato che «qualora si legittimasse il ricorso all'affidamento monogenitoriale previo il semplice riferimento alla conflittualità si finirebbe per riservare l'affidamento condiviso ad una sparuta minoranza di casi». Così A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi*, cit., p. 707 ss.; cfr., altresì, C. GRASSI, *Potestà genitoriale e affidamento della prole*, in *Giust. civ.*, 2008, II, p. 445 ss.

²⁹ Così, ancora di recente, Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, che tuttavia si discosta dall'orientamento prevalente in quanto puntualizza che la conflittualità può assumere rilievo qualora «per le sue caratteristiche ed incidenza si presenti suscettibile di ingenerare patologie nel figlio minore»; viene, difatti, precisato che la «mera conflittualità esistente tra i coniugi, che spesso connota i procedimenti separatizi, non preclude il ricorso a tale regime preferenziale solo se si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole; assume, invece, connotati ostativi alla relativa applicazione ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio psicofisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro superiore interesse» (in senso conforme, cfr. Cass. 8 febbraio 2012, n. 1777, pubblicata assieme a Cass. 20 gennaio 2012, n. 784, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 676 ss., con nota di ASTIGGIANO, *Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi*). La decisione ha destato perplessità da parte di A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi*, cit., p. 711, che ritiene preoccupante questa «rilevante eccezione», la quale si presterebbe anche al rischio di delegare la decisione a soggetti ausiliari e alle loro personali sensibilità.



Non si è mancato, peraltro, di evidenziare che è proprio riguardo alla conflittualità che si coglie la differenza fondamentale tra affidamento congiunto (art. 6, comma 2, legge n. 898/1970, come modificato dalla legge n. 74/1987) e affidamento condiviso: il primo presuppone l'assenza di conflittualità per poter essere applicato, mentre il secondo guarda alla conflittualità come condizione da superare³⁰, in un'ottica attenta alla funzionalizzazione dei poteri.

In tale ottica vanno letti anche gli spazi crescenti che la legge assegna all'autonomia delle parti: essi trovano nel dialogo una premessa ineludibile. A testimonianza dell'indissolubile legame che si crea tra condivisione, dialogo, autonomia, occorre rimeditare su un dato ormai acquisito: la genitorialità matura e responsabile impone uno spirito collaborativo, il dissenso non va evitato, ma va superato³¹.

In ciò si dovrebbe rinvenire la ragione profonda per la quale l'affidamento monogenitoriale, per lungo tempo inteso come una necessità imposta dal disaccordo e, quindi, dall'impossibilità di un dialogo, ha assunto ora un ruolo residuale; difatti l'accordo – inteso come impostazione concordata di una nuova organizzazione dei rapporti relazionali – va conquistato attraverso un dialogo volto a raggiungere soluzioni che non possono in concreto essere imposte. In questa prospettiva, che coglie la novità del condiviso rispetto al congiunto nell'assegnare al primo un ruolo di riassetto fisiologico che segue alla crisi fra i genitori occorre tenere conto delle nuove modalità che devono anche determinare un cambio di mentalità.

Appare quindi evidente che l'affidamento condiviso non può prescindere dall'autonomia.

Ancora una volta la complessità dell'affidamento condiviso si manifesta nella difficoltà di analizzare compiutamente gli aspetti fondanti che vanno a comporlo. Di certo non è questa la sede idonea ad aprire spiragli su un tema così ricco di

³⁰ Si rinvia, per molti, a G. SALITO, *L'affidamento condiviso dei figli nella crisi del matrimonio*, in *La separazione, il divorzio, l'affido condiviso, Trattato teorico-pratico* diretto da G. Autorino Stanzone, II ed., Torino, 2011, p. 379 ss., in particolare p. 385, ove si ricorda che, rispetto all'affidamento congiunto, «il nuovo affidamento condiviso si pone pur sempre quale “erede” e come tale ne recepisce e ne ingloba i contenuti o parte di essi. Nella specie, tuttavia, ciò che muta è la prospettiva: l'affidamento congiunto rappresentava l'eccezione alla regola indiscussa dell'affidamento esclusivo. Esso, inoltre, presupponeva un susseguirsi di requisiti variamente e rigorosamente delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ed in particolare si basava sull'assenza di conflittualità tra ex coniugi. E proprio una simile (illusoria) visuale ne aveva decretato, nella prassi, il sostanziale insuccesso».

³¹ Da questa angolazione occorre tener conto dell'apporto determinante che dovrebbe essere assegnato alla mediazione; in tema v., G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 515 ss.; M. ROMANO, *Sub art. 155 sexies*, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 378 ss.; M. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di diritto comparato*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, II, p. 1845 ss.



implicazioni concrete che comporterebbe, in primo luogo, la necessità di rimeditare il raccordo fra autonomia ed eteronomia, sia pure con particolare riguardo al rapporto che la legge pone fra il rispetto delle decisioni assunte dagli attori del procedimento e l'intervento modificativo da parte del giudice³².

Peraltro, va osservato che la difficile lettura che accompagna il rilievo che il giudice deve dare alle decisioni autonomamente assunte si pone non tanto e non solo con riferimento al momento della separazione, ma anche con riguardo alle controversie che possono determinarsi nelle fasi successive alla separazione, per quanto riguarda la valenza da attribuire, *rebus sic stantibus*, agli accordi precedentemente assunti. Giova solo menzionare un terreno privilegiato di analisi in tal senso: esso si può rinvenire nella decisione di trasferimento attuata dal genitore collocatario³³. Difatti, sovente la risposta è non solo espressione della difficile ricerca di un equilibrio fra diritti tutti costituzionalmente garantiti, ma comporta altresì la necessità di verificare se e fino a che punto impegni precedentemente assunti dai genitori assumano rilievo, sia pure come elemento di valutazione della legittimità delle modifiche che si intendono apportare.

Pur senza entrare nel tema, appare comunque utile intendersi sulle specifiche connotazioni che il termine autonomia assume in questo campo. Essa va intesa come rispetto di determinazioni liberamente e consapevolmente assunte in un settore nel quale si intersecano rapporti personali e patrimoniali e in cui i diritti sono funzionali a un interesse altrui e non possono prescindere da un profilo relazionale. Va sottolineato, inoltre, che «liberamente» significa che le decisioni non devono essere condizionate dalla posizione di supremazia di una delle parti; significa, quindi che devono essere assunte in posizione paritaria, ma significa anche che libertà non può, in questo caso, che essere sinonimo di responsabilità.

4. L'attenzione al vissuto appare una prospettiva utile, e utilmente utilizzata, non certo al fine di propugnare un'illusoria continuazione di ciò che muta, ignorando

³² Fin dall'inizio si è aperto un vivace dibattito sul significato da attribuire alle modifiche introdotte nella nuova formulazione dell'art. 155 cc con riferimento agli accordi e alla duplicazione del riferimento agli accordi tra coniugi circa gli aspetti "personali e quelli "economici": v. E. BELLISARIO, *Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali*, in *L'affidamento condiviso*, cit., p. 69 ss.; V. DI GRAVIO, *Gli accordi tra genitori in sede di separazione*, *ibidem*, p. 55 ss.; G. BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 110 ss.

³³ Un'indagine conoscitiva sull'affido condiviso, dell'osservatorio ANF, pubblicata il 20 settembre 2011, pone in rilievo che la concessione dell'affidamento condiviso è, in molti casi, puramente formale: difatti, si dice, «quest'ultimo si è tradotto nell'individuazione di un genitore collocatario con assegnazione all'altro genitore di diritti di visita assolutamente in linea con quelli del genitore non affidatario ante 2006». Il termine "collocatario", seppure non utilizzato dal nostro legislatore, si rinviene, oltre che in diverse pronunce interne (*ex multis*, Cass. 4 novembre 2010, n. 22502), nella prassi giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: cfr., *ex multis*, Corte EDU, sent. 2 novembre 2010, n. 36168/09, *Piazzi. c/ Italia*.



che il minore può e deve vivere fisiologicamente il cambiamento. Proprio in quest’ottica, l’attenzione al vissuto si pone come anello di congiunzione fra passato e presente, in quanto esso tende a evitare ad evitare che la frattura sia vissuta traumaticamente.

L’attenzione al vissuto emerge già da un dato testuale più volte richiamato: l’art. 155, comma 1, fra le innovazioni che hanno attratto maggiormente dottrina e giurisprudenza, introduce la locuzione «conservare rapporti significativi» ponendo, quindi, attenzione alla conservazione dalla quale si evince la necessità di garantire nel tempo il perdurare di determinate situazioni, lette in una ottica di depatrimonializzazione³⁴.

Seppure non espressa con altrettanta chiarezza, alla medesima *ratio* tuttora si ispira l’eventuale assegnazione della casa familiare³⁵, alla quale, come è stato anche di recente ribadito, «non può non riconoscersi un intrinseco, per quanto imprecisabile, valore sentimentale», posto che è «un luogo che ha rappresentato il centro di massima aggregazione della famiglia»³⁶, anche se l’interesse morale dei figli alla permanenza nell’*habitat* domestico assume valore prioritario, ma non assoluto, essendone rimessa al giudice la valutazione.

Il provvedimento, strettamente funzionale all’interesse della prole – che tuttora, comunque, non è diretta assegnataria della casa³⁷ – può essere revocato. Va rilevato, però, che la legittimità della revoca si deve fondare sulla medesima *ratio*: difatti, posto che con il passare del tempo il disagio dei figli a mutare abitazione potrebbe divenire irrilevante, questa sopravvenienza ne giustifica la possibilità di revoca. Suscita, pertanto, tuttora perplessità l’ostilità palesata dalla legge sull’opportunità di continuare a vivere nella casa familiare in presenza di un nuovo partner del genitore che inizi una convivenza stabile nella casa familiare³⁸.

5. La coloritura esistenziale dà ragione della inderogabilità di una pluralità di obblighi di natura economica e, fra questi, all’obbligo di «cura» (art. 155, comma 1, cod. civ.) e di «mantenimento» (art. 155, comma 4, cod. civ.) del figlio. La determinazione del contenuto concreto dell’obbligo e delle modalità della sua

³⁴ Il che implica che non va attribuito il medesimo rilievo fondante al «tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori» (art. 155, comma 4, punto 2).

³⁵ La disciplina attuale dà conferma dell’intersecarsi di profili patrimoniali e non patrimoniali: difatti, la tutela dell’interesse non patrimoniale alla «stabilità della vita» non consente di prescindere dalla rilevanza economica dell’assegnazione (così M.G. CUBEDDU, *L’assegnazione della casa familiare*, in *L’affidamento condiviso*, cit., p. 192 ss. e già EAD., *La casa familiare*, Milano, 2003, p. 195 ss.).

³⁶ Così, in termini, C. IRTI, *Casa familiare e autonomia negoziale*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2012, p. 53 ss., alla quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti.

³⁷ Per utili riferimenti sul punto v. C. IRTI, *Sub art. 155 quater*, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit. in particolare p. 289, nota 19.

³⁸ V. di recente e per molti, G. SALITO, *L’affidamento condiviso*, cit., p. 471.



attuazione viene tuttavia rimesso, in primo luogo, ad «*accordi liberamente sottoscritti dalle parti*» (art. 155, comma 4, cod. civ.). Il giudice prende atto degli accordi intervenuti tra i genitori anche in relazione al «*modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli*» (art. 155, comma 2, cod. civ.). La persistente vigenza di poteri di controllo e di indirizzo attribuita al giudice dell'omologazione con riferimento agli accordi assunti nell'interesse del figlio si evince dal dettato dell'articolo 158, comma 2, cod. civ., che assume una valenza di principio generale³⁹.

Appare evidente che la cessazione dei rapporti tra coniugi, proprio per la prosecuzione della potestà in capo ad ambedue i genitori, non incide sul dovere di mantenimento che impone di assolvere, anche materialmente, la responsabilità genitoriale, al fine di provvedere correttamente ai propri compiti per quanto riguarda l'assistenza sia morale che materiale, posto che quest'ultima si pone in stretta connessione con la prima⁴⁰.

L'art. 148 cod. civ. rappresenta la norma di riferimento per quanto riguarda il dovere di assistenza materiale. Essa impone il rispetto del criterio di proporzionalità che, al di là delle modalità liberamente stabilite, costituisce il principio al quale i genitori devono adeguarsi.

Pertanto, malgrado alcuni dubbi suscitati da diversità lessicali dovute a una poco felice formulazione dell'art. 155, comma 4, cod. civ.⁴¹, è a tale criterio – il quale tiene in conto parametri morali e materiali – che deve farsi riferimento anche qualora sia venuto a cessare il rapporto tra i genitori. Ancora una volta, va ribadito, il legislatore – in conformità alle linee di tendenza alle quali abbiamo fatto cenno – attribuisce agli accordi – che in questo caso acquistano una rilevanza anche formale, posto che devono essere sottoscritti – una posizione privilegiata: essi vengono considerati la modalità più idonea (anche) a realizzare una contribuzione ispirata al criterio della proporzionalità.

In ogni caso «*ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito*»⁴² e, sebbene non sia detto espressamente, ciascuno

³⁹ G. BALLARANI, *La mediazione familiare*, cit., p. 522; sul ruolo del giudice in relazione all'interesse del minore, v. G. FERRANDO, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 1174 ss., spec. p. 1177 ss.

⁴⁰ Così, per molti, diffusamente, G. PAGLIANI, *La riforma sull'affidamento condiviso*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *La famiglia. Le persone*, III, 1, Torino, 2008, p. 202.

⁴¹ Assai discussa, ad esempio, la sostituzione del termine redditi al termine sostanze. V. anche per i riferimenti G. SALITI, *op. cit.*, p. 404.

⁴² Evidenzia l'assurdità di una lettura puramente letterale che porterebbe a circoscrivere al solo parametro del reddito il mantenimento diretto G. BASINI, *sub art. 155*, in *Codice civ. ipertest.*, *Agg. alle leggi 54 e 55 del 2006*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, Torino, 2006, p. 17; con precipuo riferimento all'assegno a favore del maggiorenne, cfr. M. ROMANO, *Sub art. 155*



provvede «per capitoli di spesa». Appare evidente che il «provvede» introduce, quale opzione preferenziale, l'opportunità di provvedere in forma diretta ai bisogni della prole⁴³. La modalità dell'assistenza diretta è, difatti, quella che sostanzialmente esprime la pari responsabilità⁴⁴, anche perché tende a perpetuare, nei limiti della compatibilità, il modello organizzativo della famiglia unita.

I dubbi, da sempre espressi, relativi al timore di alimentare in tal modo la conflittualità tra i genitori non più conviventi⁴⁵, seppure sembrano essere in parte superati per quanto riguarda le modalità di affidamento, appaiono, al contrario, tuttora fortemente radicati per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali, il che testimonia come la contesa, che sovente strumentalizza il figlio, possa trovare in questi aspetti una sorta di valvola di sicurezza attraverso la quale dare sfogo a latenti animosità.

Nella giurisprudenza appare tuttora prevalente la logica che induceva a privilegiare l'affidamento esclusivo: al fine di evitare il conflitto si tende ad eliminarne le possibili occasioni. Di conseguenza la previsione dell'assegno – posto dalla norma in chiusura a testimonianza del suo carattere residuale e meramente integrativo – nella prassi rappresenta non solo la regola, anziché l'eccezione, ma ancor più sembra costituire la modalità privilegiata di calcolo, idonea a quantificare in maniera forfettaria e prestabilita una contribuzione la cui proporzionalità verrebbe assicurata dai parametri elencati dai nn. 1-5 dell'art. 155, comma 4, cod. civ.

Appare evidente che senza un approccio inclusivo, senza una cultura dialogica e senza tener conto del vissuto, in termini di rispetto dei profili esistenziali, risulta difficile accedere a un mantenimento diretto qualora questa modalità sia tesa a una vicendevole e reciproca esclusione.

Utilizzare le modalità di mantenimento come uno strumento idoneo a superare la conflittualità senza cambiare la logica, ma sostituendo semplicemente a una contribuzione forfettaria e predeterminata un apporto diretto con attenzione ai specifici bisogni, appare privo di concrete ricadute positive.

Peraltro, giova rilevare come dalla giurisprudenza è dato constatare che anche la previsione di un assegno non supera i problemi, ma sposta solo la conflittualità sul terreno delle spese straordinarie. Difatti, pur in mancanza di un'indicazione legislativa

quinquies, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 349 ss., mentre con riferimento ai profili processuali, v. E. D'ALESSANDRO, *ibidem*, 349 ss.

⁴³ Così, diffusamente, G. BALLARANI, Sub art. 155, in *Comm. Scialoja e Branca*, cit., p. 131.

⁴⁴ A questo riguardo giova ricordare come, molto prima che si parlasse di modifiche all'art. 155 cod. civ., si era opportunamente evidenziata la stretta connessione tra affidamento congiunto e assistenza diretta. V. C.M. BIANCA, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, 1, Padova 1992, p. 386.

⁴⁵ Appaiono tuttora molto attuali i timori espressi, per così dire, “a caldo” da P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge. Provvedimenti di particolare importanza, purtroppo con inconveniente di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 305.



che faccia riferimento alla distinzione fra spese ordinarie e straordinarie, si ricorre sovente a queste ultime per ottenere un'integrazione dell'assegno che legittimi il rimborso per una serie di spese sostenute dal genitore presso il quale il figlio è collocato e, nella previgente disciplina, affidato. Proprio in quest'ottica, attenta alla necessità del dialogo e sensibile all'intima connessione tra aspetti patrimoniali e non patrimoniali, una recente sentenza⁴⁶ ha negato il rimborso per le spese scolastiche richiesto da un genitore che aveva effettuato la scelta senza consultarsi con l'altro. E' apparso evidente che la bi-genitorialità, anche sotto il profilo economico, non si riduce al mero esborso di somme di danaro, ma è espressione di un programma concordato.

A ben vedere, ci sembra che anche le regole che disciplinano i rapporti patrimoniali possano rappresentare un ulteriore punto di emersione intorno al quale si scontrano due linee di tendenza che oramai caratterizzano l'approccio a molte questioni che riguardano la persona e la comunità familiare⁴⁷. Queste linee di tendenza, come è noto, portano a soluzioni spesso divergenti in quanto l'una è tesa ad esaltare una privatizzazione che intende riportare la disciplina del diritto di famiglia nell'ambito del contratto; l'altra tende a rimarcare l'autonomia e l'autosufficienza di una disciplina che non può ignorare il rilievo che, nel suo specifico ambito, assumono i principi di solidarietà, con particolare attenzione alla ricerca del difficile equilibrio tra i diritti dei singoli componenti e la persistenza degli aspetti comunitari che, come emerge dall'esaltazione del profilo semantico del termine “famiglia”, pongono al centro i diritti del figlio⁴⁸.

⁴⁶ Cass., 20 giugno 2012, n. 10174.

⁴⁷ Anche se l'analisi di quello che potremmo definire terreno di scontro sottostante alle differenti impostazioni di partenza si rinviene nelle diverse concezioni che vanno accompagnando l'ingresso nel sistema di una responsabilità endofamiliare e, per quanto ci riguarda più da vicino, la discussa natura del risarcimento previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c. in presenza di atti che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento (v. per tutti S. PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo: il risarcimento del danno*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2009, p. 273), a noi sembra che anche la disciplina relativa alle modalità di contribuzione al mantenimento del figlio rappresenti un punto focale intorno al quale deve ruotare la ricerca di questo difficile equilibrio.

⁴⁸ Ci richiama sulla necessità di guardare agli elementi che possano condurci al punto di equilibrio G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2007, p. 197 ss.