

Incontro di studio

**L’AFFIDO CONDIVISO ED IL MANTENIMENTO DEI FIGLI
NEL NUOVO PROCESSO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO**

Avellino 18 gennaio 2007

Aula Magna Tribunale di Avellino

Maria Cristina Rizzi

Sommario:

1 - Regime dell'affidamento dei minori, normativo e giurisprudenziale, prima della novella.

2- Le nuove norme sull'affidamento e mantenimento dei figli: 2.a) Affidamento e bigenitorialità; 2.b) Attuazione del principio di bigenitorialità.

3. Valutazione prioritaria della possibilità dell'affidamento dei figli minori ad entrambi i genitori.

4. Determinazione dei tempi e delle modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore.

5. Valore e contenuto degli accordi dei genitori:il ruolo del giudice.

6. Quando è escluso l'affido condiviso?

7. Applicazione della normativa sull'affidamento ad ipotesi diverse dalla separazione:7.a) L'affidamento dei minori in sede di divorzio;7.b)L'affidamento dei minori in sede di nullità del matrimonio;7.c)L'affidamento dei figli naturali.

8. L'esercizio della potestà:8.a) Esercizio separato della potestà; 8.b) Disaccordo dei genitori sulle questioni particolare importanza; 8.c) Le questioni di ordinaria amministrazione di natura patrimoniale; 8.d) La potestà in caso di riconoscimento di figli naturali.

9. Il mantenimento dei figli minori.

10. Il mantenimento dei figli maggiorenni.

11. Mantenimento dei figli naturali minorenni e maggiorenni.

12. Audizione del minore.

13. L'assegnazione della casa familiare.

14. Modificabilità dei provvedimenti sulla prole.

15. Regime transitorio.

16. Conclusioni.

1 - Regime dell'affidamento dei minori, normativo e giurisprudenziale, prima della novella.

La legge 898/1970, con la quale venne introdotto il divorzio nel nostro ordinamento, ha fissato per la prima volta un criterio guida per il giudice in tema di affidamento dei figli: **quello della preminenza del loro interesse morale e materiale.**

Tal principio è stato ribadito dalla successiva legge di riforma del diritto di famiglia (1975, n. 151).

La tipologia di affidamento statisticamente maggiormente applicata è stata quello dell'affidamento dei figli minori ad uno solo dei genitori con il quale conviveva e che su di lui esercitava la potestà esclusiva; all'altro genitore era riservata la facoltà di vigilare sull'istruzione ed educazione del figlio, con facoltà di ricorrere al giudice in caso di suo pregiudizio (ferma restando la potestà congiunta con riferimento alle decisioni di maggiore interesse per il figlio ad es. in punto di istruzione, educazione, salute).

Con provvedimento del giudice o con accordi raggiunti dai genitori, era regolamentato il cd. "diritto di visita" del genitore non affidatario (generalmente uno due giorni alla settimana, week end, vacanze natalizia, pasquali e festive alternate).

Era previsto poi un assegno di mantenimento a carico del genitore non affidatario finalizzato a contribuire al mantenimento dei figli, e che la casa coniugale fosse assegnata al coniuge cui venivano affidati i figli (assegnazione riconducibile ad un diritto personale di godimento).

Rara e difficile applicazione hanno avuto gli istituti dell'affidamento alternato e dell'affido congiunto previsti dalla legge sul divorzio.¹

2- Le nuove norme sull'affidamento e mantenimento dei figli.

La legge n.54/2006, entrata in vigore dal 16.3.2006, ha introdotto rilevanti modifiche al codice civile (art. 1) e al codice di procedura civile (art. 2); prevede disposizioni penali (art. 3), disposizioni finali (art. 4) ed una disposizione di carattere finanziario (art. 5).

In particolare l'art.1, intervenendo nel Capo V, Titolo VI, del Libro I del codice civile, ha ridisegnato tutta la materia relativa ai rapporti tra i figli ed i genitori nella cause di separazione e di divorzio (è stato sostituito il previgente art. 155 c.c. e di seguito sono stati inseriti gli artt. da 155*bis* a 155 *sexies*).

¹ L'art. 6 della legge sul divorzio, dopo la riforma del 1987, prevedeva la possibilità di disporre l'affidamento congiunto che, come vedremo, è cosa assai diversa dall'affidamento condiviso di cui alla novella, e l'affidamento alternato, in luogo dell'affidamento monogenitoriale. Tali possibilità, previste per i coniugi divorziati, furono estese dalla giurisprudenza ai coniugi separati. L'affidamento alternato è stato immediatamente oggetto di forti critiche in quanto ritenuto fonte di instabilità per il minore; con maggiore interesse fu accolto l'affidamento congiunto che, in assenza di definizione normativa, fu attuato dalla giurisprudenza sempre previo accordo dei genitori, assenza di conflitto, domanda dei medesimi, sussistenza di stili di vita omogenei, vicinanza delle abitazioni; vedi sul punto Corte App. Milano, ord, 9 maggio 1986 in *Dir. Fam.*, 1986, 1019; Trib. Genova, 18 aprile 1991, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 3095.

2.a) Affidamento e bigenitorialità.

Secondo la vecchia formulazione di cui all'art. 155 c.c. la regola generale era quella dell'affidamento dei figli ad un solo genitore che aveva su di esso la potestà esclusiva.

L'affidamento esclusivo o monogenitoriale è stato nel tempo oggetto di forti critiche e, seppur, come accennato, siano state già in passato previste forme alternative di affidamento (affidamento congiunto ed affidamento alternato) le stesse, in verità, hanno avuto scarsa fortuna, sicchè l'affidamento monogenitoriale previgente è stato attuato in via del tutto prevalente ed ha finito, statisticamente, per favorire la madre.

Con la nuova legge, quella che in passato era la regola generale è divenuta l'eccezione, poiché oggi la regola è quella **dell'affidamento dei figli ad entrambi i genitori**.

Al fine di dare contezza della *ratio* della nuova disciplina l'art. 155 c.c. si apre al primo comma con una di petizione di principio sancendo il diritto del figlio, anche in caso di separazione personale dei genitori, 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 ed i parenti di ciascun ramo genitoriale.

E ciò in armonia con il principio già sancito nella Costituzione, all'art. 30, comma 1 ove è scritto che *“E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio”*.

E tale principio non viene meno con la separazione, il divorzio, la cessazione della convivenza tra i genitori.

In questa prospettiva la bigenitorialità, quindi, non va intesa quale tutela della legittima rivendicazione di uno dei genitori - seppur le richieste dei padri hanno molto pesato nell'introduzione della novella - bensì quale diritto soggettivo del minore.

La locuzione “affidamento condiviso” che il legislatore utilizza sia nell'intitolazione nella legge sia nella rubrica del successivo art. 155 *bis*, rimanda ad un'idea di compartecipazione dei genitori nei compiti di cura e crescita della prole; letteralmente condividere significa “spartire insieme con altri”, di conseguenza ciascun genitore dovrà spartire con l'altro la cura e i compiti educativi del figlio ed in quest'ottica l'affido condiviso si differenzia nettamente dall'affido congiunto, già previsto in passato, che, come accennato, ha avuto scarsa fortuna, e che vede, invece, i genitori esercitare il loro ruolo assieme, a *mani unite*².

2.b) Attuazione del principio di bigenitorialità.

L'art. 155, comma 2 prevede che, al fine di garantire la finalità indicata al primo comma e, quindi, di garantire il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi i genitori, 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 ad entrambi i genitori, oppure stabilisce a quali di essi sono affidati, *determina* i modi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore *fissando* altresì la misura ed il modo in cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, alla istruzione e all'educazione dei figli; prende atto, se non contrari all'interesse del minore, degli *accordi* intervenuti tra i genitori.

² Sesta A., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*.

3. Valutazione prioritaria della possibilità dell'affidamento dei figli minori ad entrambi i genitori.

Il principio cardine della riforma è che l'affidamento ad entrambi i genitori è la regola generale ed entrambi i genitori esercitano la potestà genitoriale.

Tralasciando per un attimo le questioni della potestà pure poste dalla novella, che affronteremo più avanti, seppur le stesse si intreccino fortemente con le problematiche dell'affidamento e del provvedimento del giudice sul punto, dalla lettura dell'art. 155 e di tutta la l. 54/2006 appare il netto disfavore del legislatore per l'affido monogenitoriale.

L'art. 155, comma 2 usa l'espressione *affidamento ad entrambi i genitori*; ma il significato di tale espressione è analogo a quello di *affidamento condiviso* che, come detto, è espressione che appare nella intestazione della legge e nel successivo art. 155 *bis*; tuttavia l'espressione "affidamento condiviso" di per sé ha un significato più ampio perché è riferibile a tutti i principi che il legislatore ha introdotto con la novella e non si esaurisce nell'aspetto dell'affidamento.

La circostanza che il figlio venga affidato ad entrambi i genitori non esclude però la necessità di prevedere quale sia il genitore *collocatario* del minore, con il quale, quindi, il minore coabiti stabilmente, non essendo verosimile, né per altro verso rispondente all'interesse del minore e alle sue esigenze psicologiche, di crescita ed anche di studio, pensare che lo stesso possa non avere una propria stabile collocazione.

Sul punto in verità la norma non appare formulata in maniera chiara; tuttavia che tale sia la interpretazione più coerente con il testo della legge lo si desume da un più attenta interpretazione del dato testuale e dal valorizzazione necessaria di quelli che appaiono i tre compiti fondamentali che la norma ha inteso affidare al giudice e che sono quelli di "valutare" prioritariamente la possibilità che il minore sia affidato ad entrambi i genitori, di "determinare" il collocamento del minore e di "fissare" le modalità di contribuzione; si vuol dire, cioè che tali compiti sono sempre attribuiti al giudice, quale che sia il tipo di affidamento (monogenitoriale o ad entrambi i genitori) che ha scelto.

4. Determinazione dei tempi e delle modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore.

Non può non evidenziarsi che, laddove il giudice opti per l'affido ad entrambi i genitori, la prevista determinazione giudiziale dei tempi e delle modalità della presenza dei figli verso ciascun genitore è andata a sostituire il vecchio diritto di visita.

Circa il **contenuto del provvedimento giudiziario** due sono le tesi emerse, entrambe, come vedremo, influenzate dalla visione di fondo che si ha della novella.

Con riferimento al contenuto nel provvedimento giudiziale in ipotesi di **affido ad entrambi i genitori**, secondo un primo orientamento per così dire "ottimista" solo se le parti presentano un progetto educativo condiviso, seppur generico, il giudice non è tenuto ad elaborare un provvedimento dettagliato, potendo limitarsi a stabilire il coniuge collocatario, la residenza del minore, i tempi di permanenza e lasciando la concreta attuazione dei compiti di cura ed educativi agli accordi via via intervenuti tra i coniugi nel tempo; se, invece, i coniugi non sono in grado di

presentare un progetto condiviso il giudice dovrà articolare il suo provvedimento in maniera dettagliata assegnando a ciascun genitore anche le rispettive sfere di competenza in relazione all'educazione e cura dei figli ed inibendo all'uno ed all'altro di ingerirsi, fatte salve le decisioni di maggiore importanza.

In base al diverso orientamento "pessimista" nel dare concretezza alle determinazioni dei tempi e dei modi di permanenza del figlio presso ciascun genitore, il giudice non potrà che indicare le modalità minime di presenza del figlio in particolare presso il genitore non collocatario, non potendo pretendersi che il giudice, in assenza di accordo, organizzi la vita quotidiana dei figli³ e suddivida dettagliatamente compiti e responsabilità; tuttavia, come detto, tali determinazioni dovranno ritenersi "minime", nel senso che sarà sempre possibile una maggiore ampiezza della presenza del figlio presso il genitore non collocatario e dei compiti di quest'ultimo, previo accordo tra i genitori, poiché ciò risponde alla sessa *ratio* dell'affido condiviso (e tale possibilità di ampliamento dovrà in via generale sempre essere prevista nel provvedimento giudiziale).

La scrivente a malincuore ritiene che la visione ottimistica sia del tutto irrealizzabile; anzi, un provvedimento iperdettagliato, imposto a dei coniugi ancora in conflitto, non potrà che aumentare tale conflitto ed anziché tutelare il minore alla fine andare contro il suo interesse.

E' impensabile che l'assolvimento dei compiti da parte dei genitori possa ottenersi con un provvedimento del giudice che non abbia ricevuto l'adesione degli interessati; imporre la condivisione è una contraddizione in termini.

Peraltro l'adesione all'orientamento che richiede al giudice l'emissione di un provvedimento dettagliato, impone necessariamente degli approfondimenti istruttori (il giudice deve cioè necessariamente conoscere le abitudini della famiglia, le attitudini di genitori e dei figli; anzi pare opportuno che anche gli avvocati integrino i loro atti introduttivi con tali informazioni).

Qual è il contenuto del provvedimento in caso di **affido monogenitoriale**? Laddove il giudice opti per l'affido monogenitoriale il provvedimento del giudice ricalcherà fortemente i vecchi provvedimenti standard utilizzati sin d'ora (regolamentazione del vecchio diritto di visita e assegno di mantenimento), ferme restando le questioni aperte sulla potestà che, come già detto, affronteremo più avanti.

In concreto non è azzardato ritenere che nell'affido monogenitoriale nulla o poco è cambiato rispetto al passato⁴.

5. Valore e contenuto degli accordi dei genitori: il ruolo del giudice.

L'art. 155, comma 2 dispone che il giudice, laddove non contrari all'interesse del minore, prende atto degli accordi intervenuti tra i genitori.

I primi commentatori della riforma concordano sulla necessità che il giudice dia spazio, in prima battuta, sempre e comunque, agli accordi intervenuti tra i genitori; tuttavia non può argomentarsi in termini di ruolo meramente notarile del giudice sul punto.

³ "Chi lo ha affermato, con irresponsabile ottimismo, nulla sa della pratica giudiziaria, direi della stessa realtà delle famiglie divise", Geremia Casaburi, *I nuovi istituti di diritto di famiglia: prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. di merito*, speciale riforma diritto di famiglia, marzo 2006.

⁴ Sesta A., op. cit. pag. 11.

L'interesse del minore è infatti la bussola che deve orientare la scelta del giudice il quale ben potrà non ratificare un accordo laddove contrario a tale interesse.

Comunque, nell'ottica della novella, in merito alla determinazione dei tempi e dei modi della presenza del figlio presso ciascun genitore, gli accordi tra i genitori, se vi sono, rivestono un notevole rilievo.

Si ritiene, come già accennato, che tali accordi possano essere sia dettagliati sia dal contenuto generico, potendo limitarsi, in tale ultimo caso, a stabilire la collocazione del minore, la residenza anagrafica, i tempi di permanenza e lasciando la concreta attuazione dei compiti di cura ed educativi agli accordi via via intervenuti nel tempo e ai quali i coniugi possono rimandare.

Si è posta la questione se i coniugi possano *sic et simpliter* optare per l'affido esclusivo del figlio minore ad uno solo dei due, senza specificarne le ragioni.

In altri termini ci si domanda quale sia l'autonomia dei genitori nel proporre al giudice l'affido esclusivo del minore ad uno di loro.

Ad avviso della scrivente il principio della bigenitorialità è principio cardine della riforma e deve essere sempre attuato; e tale principio non può cedere di fronte al semplice accordo dei genitori ed alla loro scelta per l'affido monogenitoriale.

Si vuol dire che il principio della bigenitorialità, in uno alla necessaria attuazione dell'interesse del minore, dovranno portare il giudice a disattendere sempre richieste di affido monogenitoriale immotivate ed a valutare con attenzione le ragioni eventualmente poste dai genitori alla base della scelta dell'affido monogenitoriale. Solo quando i genitori evidenzino motivi tali da giustificare la contrarietà dell'affido condiviso all'interesse del minore l'accordo potrà essere fatto proprio dal giudice.

A questo punto in linea generale rilevo la forte perplessità circa il richiamo ad un accordo nell'ambito di una separazione giudiziale, la quale presuppone proprio che le parti non abbiano trovato un'intesa per la separazione consensuale; appare strano ipotizzare che siffatti accordi sui figli nella pratica vi saranno, pur permanendo il contrasto sulla separazione.

La pratica giudiziaria recente mi ha dato ragione.

Invero, ho verificato che in presenza di un progetto condiviso le parti sono via via riuscite ad accordarsi su tutto; il provvedimento del giudice di recepimento degli accordi dei genitori previsto all'art. 155 cit., quindi, non vi è proprio stato perchè **le separazioni sono divenute consensuali** e si è giunti direttamente alla fase dell'omologazione; ciò dimostra che proprio il richiamo alla possibilità di un accordo, sia pur parziale, nell'ambito di una separazione giudiziale che rimane tale, è una contraddizione irrisolta.

6. Quando è escluso l'affido condiviso?

Ex art. 155 bis, comma 1, il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Il comma secondo dispone poi che ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo dei figli quando sussistano le condizioni indicate al primo comma e, quindi, in sintesi, indicandone le ragioni.

Occorre interpretare le suindicate disposizioni in modo da non mortificare le finalità della legge.

Logico corollario di quanto esposto è che la conflittualità tra genitori, fisiologica in ogni separazione giudiziale, non è motivo sufficiente per disporre l'affido

esclusivo; proprio nell'ottica dell'interesse del minore può e deve esigersi dai genitori qualche sacrificio e l'abbassamento del livello della conflittualità.

Deve però rilevarsi che questo è un terreno delicato poiché la conflittualità tra i genitori, quando è talmente elevata da non trovare soluzione, è di per sé fonte di pregiudizio per il minore, sicché resta affidata al prudente apprezzamento del giudice la valutazione della gravità della conflittualità e, laddove il giudice ritenga tale conflittualità irrisolvibile, l'affidamento monogenitoriale rimane la soluzione migliore.

Sono poi pacificamente considerati validi motivi per un affidamento monogenitoriale i comprovati comportamenti di abuso di un genitore verso il figlio (violenza fisica e morale in generale); determinati stati soggettivi del genitore (alcolismo o tossicodipendenza); parimenti sono da considerarsi validi determinati motivi legati a circostanze obiettive (eccessiva distanza tra le residenze dei due genitori; genitore allontanatosi senza dare notizie di sé o del tutto assente sotto il profilo economico).

Il comma terzo dell'art 155 bis, infine, sanziona le richieste di affidamento esclusivo manifestamente infondate; il giudice ha, infatti, il potere di considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli (può cioè imprimere delle correzioni al regime di affidamento che eliminino i rischi della conflittualità) e può applicare l'art. 96 del c.p.c. (lite temeraria).

7. Applicazione della normativa sull'affidamento ad ipotesi diverse dalla separazione.

7.a) L'affidamento dei minori in sede di divorzio.

L'art. 4, comma 2, legge 54/2006 prevede che le nuove disposizioni si applicano in caso di scioglimento (es. scioglimento del matrimonio concordatario per mancata consumazione), di cessazione degli effetti civili (divorzio) o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

La riforma trova, quindi, applicazione in sede di divorzio e risulta abrogato l'art. 6 l. sul divorzio che prevedeva l'affidamento congiunto o alternato.

7.b) L'affidamento dei minori in sede di nullità del matrimonio.

Le nuove norme si applicano anche davanti al giudice ordinario nei procedimenti conseguenti alla sentenza civile di nullità del matrimonio o di delibazione della nullità ecclesiastica.

7.c) L'affidamento dei figli naturali.

In materia di affidamento dei figli naturali occorre chiarire che l'art. 317 *bis* c.c. già regola le procedure camerale di affidamento; peraltro l'art 38 delle disp. att. al c.c., non toccato dalla novella, prevede la competenza del tribunale per i minorenni per tali procedimenti, sicché deve ritenersi che la competenza ad occuparsene rimarrà del tribunale per i minorenni applicando le nuove regole dell'affidamento condiviso.

8. L'esercizio della potestà.

A mente dell'art. 316 c.c., che è regola generale dettata per la famiglia unita, "la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori". In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei coniugi può ricorrere al Tribunale per i minorenni (art. 38 disp. att. c.c.) perché suggerisca le determinazioni più utili nell'interesse dei figli e, nel caso in cui il contrasto permanga, perché attribuisca il potere di decisione al genitore che ritiene più idoneo nella singola questione sollevata.

Tale disposizione, prevista sia per la famiglia legittima sia per quella naturale, ha avuto scarsa applicazione nella prassi e forse proprio l'attribuzione della competenza al Tribunale per i minorenni anziché al giudice tutelare non ne ha favorito l'applicazione⁵ (vedi in tal senso Dosi).

Con la novella in esame, oltre al principio cardine della bigenitorialità, è stato espresso l'altro connesso principio in base al quale l'esercizio della potestà è attribuito sempre ad entrambi i genitori anche laddove il giudice non opti per l'affido condiviso ma per quello monogenitoriale.

In passato la potestà era esercitata in via esclusiva dal coniuge affidatario del minore mentre all'altro coniuge era riservato il potere di vigilare sulle decisioni assunte dal primo.

L'attuale principio dell'esercizio congiunto della potestà, inizialmente trascurato dai commentatori, merita, invece, un necessario approfondimento.

Come accennato, l'equivalenza giuridica del passato tra potestà e affidamento non è più oggi riaffermata.

Il novellato art.155, comma 3, prevede, infatti, che "la potestà sui figli è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggior interesse per i figli relative alla istruzione, all'educazione ed alla salute sono assunte di comune accordo. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente".

Già ad una prima lettura della norma emergono le numerose questioni che essa pone.

In *primis* la norma, dettata in materia di separazione, si esprime in termini di potestà esercitata da entrambi i genitori.

Invece, la regola generale dettata dall'art. 316 c.c. per la famiglia unita e non toccata dalla riforma, si esprime in termini di potestà esercitata di *comune accordo*.

La differenza è sostanziale e si spiega agevolmente perché nell'ultimo caso si vive ancora in accordo e sotto lo stesso tetto.

Si vuol dire che, essendo intervenuta una separazione, la novella non chiede, né potrebbe pretendere, che la potestà sia ancora esercitata in comune, ma che sia esercitata "da entrambi" i coniugi.

Valgono, quindi, in materia di potestà le stesse argomentazioni già svolte in sede di analisi del concetto di affido condiviso.

Non si tratta, cioè, di esercizio congiunto della potestà, ma di un esercizio pieno, attribuito a ciascuno fermo restando che tale riconosciuta autonomia del genitore si ferma in relazione alle decisioni più importanti che, come chiarito dall'art. 155 comma 3, devono, al contrario, essere prese necessariamente *di comune accordo*.

Il legislatore, in linea di principio, ha optato per modalità autonome di gestione delle responsabilità genitoriali previo accordo tra i genitori sulle direttrici di fondo

⁵ Dosi G., *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio*.

della vita dei loro figli, in punto di istruzione, educazione, salute; ciascuno dei due attuerà tali direttrici in autonomia nei rispettivi spazi di convivenza con il figlio che gli vengono attribuiti.

I conclusione i genitori hanno oggi uguali diritti e doveri ed hanno entrambi la potestà su figli.

Ciò significa che si continua ad essere genitori “insieme”, “cogenitori”.

La responsabilità delle scelte educative e fondamentali per la crescita del figlio deve essere condivisa; in caso di disaccordo interverrà il tribunale; nella quotidianità, invece, la potestà è esercitata da entrambi i genitori in maniera autonoma e piena nel senso che ciascuno può decidere su quanto necessario ed utile per il figlio ma rispettando le linee guida concordate con l'altro genitore.

8. a) **Esercizio separato della potestà:** La norma prevede pure che l'esercizio della potestà sulle questioni di ordinaria amministrazione e, quindi, in relazione, alle decisioni quotidiane o routinarie, può essere attribuito ai coniugi separatamente, distinguendo separati ambiti.

Si tratta per alcuni autori di completare il riconoscimento dell'affidamento condiviso (che prevede la indicazione dei tempi di presenza del figlio presso il genitore non collocatario e dei compiti di quest'ultimo) dando ai genitori spazi di competenza quotidiana specifici ed incarichi differenziati (accompagnare il figlio a scuola, in piscina, in palestra, seguirlo nei compiti, nelle attività pomeridiane di approfondimento o di svago).

Anche le questioni che la norma in commento pone in punto di esercizio della potestà e possibile attribuzione separata sono risolte dai commentatori della riforma diversamente in considerazione della diversa visione di fondo che si ha della novella.

Secondo l'orientamento ottimista l'esercizio della potestà è sempre congiunto, quale che sia la forma di affidamento scelta dal giudice (condiviso o esclusivo); per le questioni di ordinaria amministrazione il giudice dovrebbe sempre indicare ai genitori i rispettivi ambiti di esercizio della potestà.

A voler seguire l'orientamento pessimista, in punto di potestà largamente maggioritario, laddove il giudice opti per l'affidamento condiviso, dovrebbe astenersi dall'attribuzione separata della potestà in relazione alle questioni di ordinaria amministrazione perché ciò si tradurrebbe inevitabilmente nella regolamentazione esasperata della vita quotidiana dei figli; logica conseguenza di tale impostazione è che, per evitare conflitti, vischiosità, malintesi, sarebbe sempre meglio che il giudice nel suo provvedimento conservi l'esercizio della potestà, quanto all'ordinaria amministrazione, in capo al solo genitore con il quale il minore conviva.

Sempre secondo la tesi pessimista, laddove il giudice opti per l'affido esclusivo, salvo l'accordo per le decisioni di maggiore importanza, non vi è proprio spazio per l'esercizio congiunto della potestà (salvo le decisioni di maggiore importanza) e l'esercizio esclusivo della potestà dovrebbe essere sempre riconosciuto al coniuge affidatario perché logica conseguenza della scelta dell'affido monogenitoriale che, come detto, è disposto, con provvedimento motivato, proprio nei casi in cui l'affido condiviso potrebbe arrecare pregiudizio al minore. Portando alle estreme conseguenze tale impostazione l'affidamento esclusivo di oggi, laddove disposto, in nulla si differenzerebbe da quello passato con esercizio esclusivo della potestà da parte del coniuge affidatario e della titolarità del diritto di visita all'altro coniuge (come previsto al previgente art. 155, comma 3).

8.b) Disaccordo dei genitori sulle questioni di particolare importanza: In caso di disaccordo dei genitori sulle questioni di particolare importanza la novella prevede che il giudice assuma direttamente la decisione nell'interesse del minore. Deve in proposito rilevarsi che la regola generale dettata all'art. 316 c.c. per la famiglia unita e più volte richiamata, dà una soluzione diversa prevedendo che il giudice, in caso di disaccordo, attribuisca la scelta a quello dei genitori ritenuto più idoneo.

È verosimile rinvenire la ragione di tale discrasia nel fatto che, una volta che i coniugi si sono separati, non è più necessario salvaguardare l'autonomia familiare da ingerenze anche giudiziali, esigenza che sta alla base dell'art. 316, dettato per i coniugi ancora conviventi.

8.c) Le questioni di ordinaria amministrazione di natura patrimoniale: Ultima questione posta da alcuni autori⁶ è se nelle questioni di ordinaria amministrazione astrattamente suscettibili di potestà separata rientrino anche le questioni di ordinaria amministrazione di natura patrimoniale.

Si ritiene che la risposta al quesito debba essere negativa poiché tutte le questioni relative ai poteri di rappresentanza del minore ed all'amministrazione del suo patrimonio sono regolate separatamente dall'art. 320 c.c., non toccato dalla novella, in base al quale, per le questioni patrimoniali di ordinaria amministrazione, i coniugi possono addirittura esercitare la potestà disgiuntamente.

Allora in tale ambito sembra contraddittorio consentire ai coniugi ancora conviventi l'esercizio disgiunto della potestà e prevedere, invece, un esercizio congiunto in sede di separazione, salva l'autorizzazione del giudice all'esercizio separato.

In definitiva, nella materia dell'ordinaria amministrazione di natura patrimoniale, a prescindere dall'autorizzazione del giudice all'esercizio separato della potestà in determinati ambiti, l'esercizio disgiunto è sempre possibile perché direttamente regolato da norma specifica.

8.d. La potestà in caso di riconoscimento di figli naturali.

Ex art. 317 bis al genitore che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui; se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori l'esercizio della potestà spetta congiuntamente a entrambi i genitori se conviventi (come per la filiazione legittima ex art. 316 c.c.); se i genitori non convivono l'esercizio della potestà spetta al genitore con il quale il figlio convive.

Si ritiene che la normativa dell'affidamento condiviso sarà applicabile solo quando i genitori intendano portare all'attenzione del giudice una domanda concernente l'affidamento e l'esercizio della potestà; altrimenti nulla cambierà.

9. Il mantenimento dei figli minori.

La regola generale è che, salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento in misura *proporzionale* al proprio reddito.

La prima questione che viene immediatamente in rilievo è se gli accordi dei genitori possano derogare al principio di proporzionalità, ponendo a carico di un coniuge maggiori oneri senza il rispetto della proporzione.

La maggior parte dei commentatori ritiene di no perché il principio di proporzionalità è attuazione del principio di uguaglianza; ne consegue che l'accordo preso in considerazione dalla novella deve limitarsi a prevedere le

⁶ Sesta op. cit.

modalità del mantenimento (diretto per capitoli separati di spesa – es. a carico di uno le spese per l'accudimento quotidiano, a carico dell'altro spese scolastiche ed extrascolastiche etc. - o tramite assegno).

Deve ritenersi, inoltre, che qualsivoglia accordo preso dai genitori deve passare attraverso il vaglio del giudice che, come sempre, lo ratificherà se conforme all'interesse del minore.

Il riferimento della norma al mantenimento dei figli da parte dei genitori in misura *proporzionale* al proprio reddito, ha portato alcuni autori ragionevolmente a ritenere che oggi la previsione di un assegno di mantenimento sia solo eventuale e che l'obbligo di mantenimento dovrebbe essere adempiuto essenzialmente in via diretta (mediante l'attribuzione di un bene necessario o il pagamento diretto di beni o prestazioni in favore dei figli).

In ogni caso, però, la seconda parte del comma 4 dell'art. 155 prevede il potere del giudice di stabilire, *ove necessario*, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità tenendo conto: delle attuali esigenze del figlio, del tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori, sei tempi di permanenza presso ciascun genitore, delle risorse economiche dei coniugi, della valenza dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

Entro quali limiti vi è l'intervento del giudice?

La locuzione "ove necessario" si presta ad ampie interpretazioni.

In linea astratta, poiché la norma ha dettato in via principale la regola del mantenimento in proporzione ai rispettivi redditi, se accordi preventivi dei genitori sul punto non ve ne sono, il giudice potrebbe anche non regolare affatto il mantenimento affidandosi all'autoregolamentazione dei coniugi nel tempo (e non vi è chi non veda la fallibilità di una simile ipotesi); oppure, in assenza di accordo, il giudice potrebbe stabilire un mantenimento diretto per capitoli separati (ipotesi che subisce le stesse critiche di iper regolamentazione già esposte sotto altro profilo nell'ambito dell'affidamento condiviso); o ancora potrebbe stabilire un assegno con funzione riequilibratrice laddove vi sia un accordo dei genitori sul mantenimento ma lo stesso non appaia soddisfacente quanto all'attuazione della proporzionalità.

Deve rilevarsi con rammarico che anche su tali questioni l'adesione ad una lettura eccessivamente ampia della norma che consideri come eccezionale l'intervento del giudice e la stessa determinazione di un assegno di mantenimento e che si rimetta in toto al comportamento dei coniugi che, si badi, sono ancora in conflitto, perchè siamo sempre in tema di separazione giudiziale, è troppo rischiosa.

La soluzione proposta dai più è la seguente: recepire gli accordi dei genitori sul punto se attuativi del principio di proporzionalità e corrispondenti all'interesse del minore; in mancanza di accordo, determinare sempre giudizialmente il pagamento di un assegno periodico di mantenimento da porre a carico del coniuge non convivente⁷ sulla base dei cinque parametri espressamente indicati dal legislatore

⁷ Tale opzione è preferibile anche al fine di evitare problemi in punto di efficacia esecutiva dei provvedimenti presidenziali e del g.i., delle sentenze e degli accordi di separazione quanto alla parte relativa alle obbligazioni di somme di denaro. La questione si è finora posta per le spese straordinarie, che trascendono le normali esigenze di vita quotidiana del figlio.

Non essendo le spese straordinarie preventivamente liquidabili, non esiste previamente un titolo esecutivo (che a mente dell'art. 474 c.p.c. richiede un diritto certo, liquido ed esigibile), sicchè il genitore creditore dell'obbligazione deve prima munirsi di un titolo esecutivo ad es. chiedendo ed ottenendo un decreto ingiuntivo, e poi azionarlo.

che danno al giudice indicazioni più precise rispetto al passato e che, come accennato, sono:

1. esigenze del figlio (da intendersi quali bisogni alimentari, scolastici, extrascolastico o sociali).
2. tenore di vita della famiglia (tipo di scuola scelta ad es. scuola privata, vacanze, periodi di studio in un'altra città o all'estero);
3. tempi di permanenza presso ciascun genitore (novità della novella da leggere in relazione al successivo punto 4 perché considera l'effettivo "peso" che la cura del figlio comporta a carico di ciascun genitore);
4. valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore (ulteriore novità assoluta della novella ed assai interessante perché monetizza tali mansioni e costringe a considerarle come maggiore esborso posto in sostanza a carico del genitore che si prende cura del figlio quotidianamente);
5. risorse economiche dei coniugi (parametro ovvio che include i redditi da lavoro dipendente o autonomo, ogni altra forma di reddito o di utilità ivi compresi i cespiti patrimoniali ed i proventi).

Ci si chiede se i criteri suindicati valgano anche nel caso di affidamento monogenitoriale e ci si domanda, altresì, se il mantenimento diretto sia ipotizzabile anche in tale ultimo caso (sia pur tenendo conto del minor tempo di permanenza del figlio presso il genitore non affidatario e la minore valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti dal ridotto).

E' superfluo ribadire che lo spirito ottimista che anima la riforma non esclude affatto tale possibilità; tuttavia, secondo una visione più realistica, i criteri suindicati possono essere realizzati nell'affido monogenitoriale al solo di fine di determinare l'assegno di mantenimento a carico del coniuge non affidatario.

Da ultimo si deve dare atto che il novellato art. 155 prevede espressamente che, in caso di insufficienza delle informazioni economiche fornite dai genitori il giudice può disporre un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto di contestazione pur se intestati a terzi.

Tale possibilità era già stata prevista nella legge sul divorzio ed estesa al giudizio di separazione; molto interessante è, invece, la possibilità che tale indagine coinvolga i beni di terzi (formalmente intestati a terzi), ma rimane aperto il problema delle modalità di tutela dei terzi coinvolti nel giudizio di separazione.

10. Il mantenimento dei figli maggiorenni

L'art. 155 *quinquies* prevede che il giudice, valutate le circostanze, possa disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente, il pagamento di un assegno periodico.

La novità assoluta introdotta dalla novella è la previsione del versamento diretto del denaro all'avente diritto.

Analogamente se si consentirà all'esito della novella il mantenimento diretto per capitoli di spesa (es. vitto e spese scolastiche) è evidente che trattandosi di diritto non ancora liquidato il genitore che ne è creditore dovrà rivolgersi al giudice, chiedere l'accertamento e la liquidazione del suo diritto e poi agire esecutivamente.

Nell'ipotesi poi di provvedimento ancora più generico (es. prevedere che il genitore provveda alle esigenze del figlio quando lo ha con sé) tale genericità impedirebbe del tutto l'esecuzione dell'obbligazione ed al coniuge leso non resterebbe altro che chiedere la revisione dei provvedimenti riguardanti i figli, vedi sul punto in particolare Dosi op. cit.).

Quali sono allora i rapporti tra il figlio, avente diritto ed il genitore con il quale il figlio conviva?

Quali sono le ricadute processuali della previsione?

In passato era del tutto pacifico che il figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente avesse diritto al mantenimento quanto e come il minore ed era onere del coniuge obbligato a corrispondere l'assegno di dimostrare la sopravvenuta sufficienza economica del figlio.

Era parimenti pacifico che il genitore affidatario fosse legittimato ad agire per richiedere l'assegno *iure proprio*: di qui l'esclusione della legittimazione in capo al figlio ad intervenire.

Era poi ferma la diversa e concorrente legittimazione del figlio maggiorenne a chiedere il mantenimento con autonoma azione dinanzi al giudice ordinario.

Oggi, ad una prima lettura della novella, potrebbe ritenersi che unico legittimato a chiedere l'assegno sia il figlio maggiorenne.

Secondo parte dei commentatori il figlio maggiorenne ha, all'esito della novella, un diritto soggettivo all'assegno diretto a prescindere da dove risieda (fermo restando che se convive con uno dei genitori è preferibile devolvere parte dell'assegno direttamente al genitore quale contributo per le spese abitative); il figlio ha, cioè un diritto ad amministrare un budget mensile in linea con l'esigenza di favorirne la maturazione.

In quest'ottica il maggiorenne ha, conseguentemente, il diritto di partecipare al processo di separazione o divorzio se raggiunge la maggiore età nel corso del processo o addirittura di partecipare *ab origine*, radicando la causa anche nei suoi confronti, se già maggiorenne all'epoca della domanda.

Altri commentatori, invece, auspicano una lettura prudente della norma che limiti l'attribuzione diretta al figlio dell'assegno e concordano sulla necessità di dare una interpretazione costituzionalmente orientata alla nuova disciplina in base alla quale in fondo poco o nulla dovrebbe ritenersi mutato rispetto al passato.

Si vuol dire che se il giudice non ha fissato l'assegno di mantenimento, cosa in astratto possibile con la novella, la previsione di un assegno da versare in mani al figlio maggiorenne si traduce in una garanzia per il figlio stesso.

Laddove, invece, sia già stata fissata dal giudice la corresponsione di un assegno in capo al coniuge non convivente o non affidatario, oppure vi sia stato un accordo dei genitori sul punto, raggiunta la maggiore età del figlio, il genitore obbligato dovrà semplicemente continuare a corrispondere l'assegno all'altro genitore, ma il coniuge obbligato potrà chiedere di consegnarlo direttamente al figlio, senza necessità che costui partecipi al processo (non è nuova la previsione di provvedimenti in favore di terzi estranei al giudizio).

Parimenti il figlio (autonomamente con causa ordinaria, citando in giudizio i genitori o intervenendo in giudizio secondo la tesi in verità monoritaria) potrà chiedere che l'assegno venga versato direttamente a lui⁸.

Il giudice, nel provvedere, valuterà le circostanze concrete e potrà anche negare il versamento diretto.

⁸ Qualora il figlio abbia ottenuto il versamento diretto, in caso di inadempimento del genitore, avrà azione diretta verso l'obbligato, mentre nulla potrà pretendere l'altro genitore; se questo ultimo dimostra che a causa dell'inadempimento del coniuge abbia dovuto sopportare spese ulteriori rispetto a quelle poste a suo carico, potrà agire in regresso sul presupposto che l'obbligazione di mantenimento nei confronti del figlio sia sempre e comunque in solido seppur il giudice abbia determinato separate modalità di adempimento, vedi in tal senso Sesta op. cit..

Non è esclusa poi, come detto, un'attribuzione parziale ovvero un'integrazione tra le due modalità (attribuzione parziale diretta al figlio e attribuzione parziale all'altro genitore), che forse è la soluzione preferibile perché giusta via di mezzo tra le due visioni.

Per i figli maggiorenni portatori di handicap, ex l. 104/1992, si applicano integralmente le disposizioni previste per i figli minori.

11. Mantenimento dei figli naturali minorenni e maggiorenni.

Minorenni: Si è già detto che al Tribunale per i minorenni sono affidate le competenze sull'affidamento, seppur secondo le nuove norme e, secondo un'interpretazione ragionevole, tale competenza dovrebbe estendersi **anche** al mantenimento e assegnazione della casa familiare.

Poiché i tribunali per i minorenni non pare vogliano aderire a tale tesi (serio ostacolo è il rito camerale ivi previsto, la conclusione del procedimento con decreto e non con sentenza), le sole questioni economiche rimarranno nella competenza dei tribunali ordinari, seppur si ritiene che, se vi è accordo sul mantenimento, lo stesso può essere formalizzato nel decreto sull'affidamento preso dal tribunale per i minorenni.

Maggiorenni: Quando il figlio naturale diviene maggiorenne, come si è già detto, se vi è già un provvedimento giudiziale di mantenimento o vi sia stato accordo tra i genitori, lo stesso mantiene efficacia, salva la possibilità che il genitore onerato chieda la cessazione dell'obbligo (se dimostra che il figlio è divenuto autosufficiente) o chieda il versamento diretto al figlio, ovvero che il figlio maggiorenne chieda egli stesso al tribunale ordinario il pagamento in suo favore dell'assegno.

12. Audizione del minore.

Ex art. 155 sexies, comma 1 seconda parte il giudice dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Numerose sono le questioni poste da tale norma.

La prevista audizione è obbligatoria o facoltativa (laddove strettamente necessario)?

La norma siccome formulata sembrerebbe introdurre un obbligo, addirittura secondo alcuni a pena di nullità dell'ordinanza presidenziale, ma forse non era questa la intenzione del legislatore ed una interpretazione ragionevole della necessità dell'audizione si impone.

L'audizione è necessaria anche in caso di separazione consensuale o comunque di accordo sull'affido condiviso?

Deve tenersi conto dell'opinione del minore contrario all'affido condiviso?

In base ad un'interpretazione che non vanifichi l'attuazione del principio di bigenitorialità anche dal minore dovrebbe esigersi una ragionevole motivazione circa il suo dissenso all'affido condiviso; di certo non può considerarsi sufficiente la prospettazione di un "conflitto generazionale", il quale al contrario, renderebbe necessario proprio un rapporto più intenso tra genitore e figlio.

I genitori e i difensori devono essere presenti o no all'audizione?

Il giudice può sentire il minore indirettamente attraverso consulenza tecnica? Non pare vi sia dubbio circa l'ammissibilità della cd. audizione indiretta. In definitiva tempi, modalità, valore dell'audizione del minore non sono stati chiaramente regolamentati. La prassi aiuterà e, ancora una volta, necessario è il richiamo al prudente apprezzamento del giudice.

13. L'assegnazione della casa familiare.

L'art. 155 quater dispone che il godimento della casa familiare è attribuito tenendo *prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tien conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori considerato l'eventuale titolo di proprietà.*

Oggi come in passato il presupposto dell'assegnazione è l'interesse dei figli (minori o maggiorenni conviventi non economicamente autosufficienti), recependo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza sul punto.

L'utilizzo del termine "prioritariamente", con riferimento alla valutazione dell'interesse dei figli, potrebbe far ritenere che l'assegnazione può esser utilizzata anche tenendo conto di altri criteri (ad es. quello di sopperire alle esigenze economiche dei coniugi).

In effetti la giurisprudenza prevalente in passato ha escluso altri criteri se non quello della tutela dei figli e sembra difficile che tale orientamento possa cambiare.

Assai rilevante è poi la previsione che il giudice debba tener conto dell'assegnazione nel regolare rapporti economici tra coniugi e considerato l titolo di proprietà.

Si vuol dire che se il genitore proprietario deve cedere la casa all'altro coniuge ed ai figli con esso conviventi, il giudice deve tener conto dell'impoverimento subito dal proprietario e dell'arricchimento dell'assegnatario in sede di regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori anche con una compressione dell'assegno da porre a carico del proprietario che magari non abbia adeguati redditi propri.

Il diritto al godimento della casa viene meno se l'assegnatario non la abiti stabilmente o cessi di abitarla stabilmente o *conviva mora uxorio o contragga nuovo matrimonio.*

Tali ultimi casi di decadenza destano forti perplessità perché non tengono in adeguato conto l'interesse dei figli che può anche essere quello di entrare in comunione di vita con il nuovo coniuge o convivente del genitore; si tratta con disfavore il coniuge che si rifà una nuova vita dando prevalenza all'aspetto meramente patrimoniale della questione rispetto alle esigenze della prole, poiché non è escluso che il figlio continui ad abitare stabilmente con il genitore.

Qualche autore ha adombrato sospetti di illegittimità costituzionale della norma in relazione all'art 2 della Cost. poiché la libertà di convivere o di contrarre nuovo matrimonio verrebbe pregiudicata dalla prospettiva di perdere il diritto alla casa familiare.

Ovviamente la norma non si applica laddove la causa sia interamente in proprietà del coniuge assegnatario, anzi in tal caso pure il provvedimento di assegnazione in suo favore sarebbe superfluo; si applica, invece, nell'ipotesi di comproprietà e secondo alcuni non si applica in caso di locazione.

La novella accentua l'importanza della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa ai fini della opponibilità ai terzi del provvedimento; tuttavia il mancato richiamo alla previsione di cui all'art. 1599 c.c. (opponibilità entro il novennio del provvedimento di assegnazione in assenza di trascrizione), pone non pochi problemi di disciplina applicabile nel caso in cui si ometta la trascrizione, con conseguenze gravissime perché in tal caso il provvedimento di assegnazione non sarà più opponibile a terzi.

Ancora una volta il legislatore ha fatto prevalere le esigenze della proprietà su quelle della prole.

14. Modificabilità dei provvedimenti sulla prole.

Numerose disposizioni sono presenti nella novella in punto di modificabilità dei provvedimenti riguardanti la prole.

L'art. 155 ter c.c. prevede che i genitori abbiano in ogni tempo il diritto di chiedere la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e modo del contributo.

L'art. 155 quater prevede che ciascun genitore possa chiedere in qualsiasi momento l'affido esclusivo e che, nell'ipotesi in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio l'altro coniuge, chiedere la modifica dei provvedimenti se tale mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento.

In corso di causa, quindi, le modifiche sono sempre possibili o attraverso un intervento di ufficio del giudice o in base ad una richiesta delle parti che può essere proposta, a differenza che nel passato, anche in caso di assenza di sopravvenienze.

In caso di provvedimenti definitivi la domanda di modifica si proporrà con un procedimento camerale di revisione ex art. 710 c.p.c. o art. 9 l. divorzio.

La competenza è attribuita al Tribunale di residenza del minore (art. 709 ter c.p.c.).

15. Regime transitorio.

L'art. 4, comma 1 della riforma prevede che gli interessati, laddove sia già stata omologata la separazione o pronunciata sentenza di separazione o di divorzio o altro provvedimento che regolamenti l'affidamento dei figli, possono richiedere al giudice competente, con le procedure dettate dall'art. 710 c.p.c. e di cui all'art. 9 l. divorzio, le modifiche necessarie e l'applicazione delle nuove norme.

Le nuove norme sostanziali si applicano immediatamente ai processi in corso. Quanto alle norme processuali, in applicazione del principio *tempus regit actum*, in assenza di contrarie disposizioni, la validità degli atti processuali deve essere verificata alla luce del norme vigenti al momento del loro compimento e non alla luce delle norme sopravvenute sicchè sono salvi gli atti già compiuti.

La nuova disposizione penale, in applicazione dell'art. 2 .p.c. si applicherà solo ai fatti compiuti in epoca successiva al 16.3.2006, data di entrata in vigore della legge (al genitore che si sottrae alla corresponsione del contributo di mantenimento si applicano le sanzioni di cui all'art. 570 c.p. – si badi solo la sanzione, non la norma per intero poichè l'at. 570 c.p.c per intero richiede

anche che l'inadempimento faccia venir mezzo i mazzi di sussistenza, circostanza non richiesta dalla nuova normativa).

La nuova disposizione penale era già prevista dalla legge sul divorzio, ma in assenza di previsione per la separazione si doveva applicare per intero l'art. 570 c.p., oggi la lacuna è stata colmata; si ritiene punibile anche la violazione dell'assegnazione della casa familiare.

16. Conclusioni

Questo incontro di studio ha rappresentato certo un'occasione di approfondimento di materie delicate, quali sono quelle dell'affidamento dei figli ad entrambi i genitori e del nuovo processo di separazione e divorzio.

A tanto aggiungasi che è sentita da più parti la necessità di valorizzare istituti quale quello della mediazione familiare, solo accennato dalla novella (art. 155 sexies), che, invece, potrebbe dare un grandissimo contributo ad un migliore applicazione della nuova disciplina, anzi ci si augura che da tale commistione proprio il processo possa trarre beneficio.

Non si può nascondere però che le norme esaminate sono formulate in modo da porre più di un problema ed ingenerano elementi di confusione.

In particolare il principio della "bigenitorialità", come accennato, corre un serio pericolo di restare una bella affermazione di principio difficilmente tramutabili in atti e comportamenti concreti in grado di cambiare in meglio la vita dei figli.

Infine, l'art. 5 della l. n. 54/2006: "*Disposizione Finanziaria*" al comma 1 detta: "*Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*".

Senza risorse, senza che lo Stato si sia fatto carico di sopportare ad es. la spesa per la mediazione in luogo dei coniugi economicamente più deboli, le probabilità che hanno le nuove norme di modificare l'approccio ai processi di separazione e divorzio e la loro sorte, consentendo concretamente ai coniugi ed ai figli di sottrarsi al processo e di trovare un altro luogo per la composizione concordata del loro conflitto, sono assai ridotte.

Pur tuttavia, noi tutti giudici ed avvocati abbiamo il dovere di fare il possibile perché la nuova cultura della bigenitorialità si affermi e per questo occorre non solo discutere dei principi ma cercare prassi virtuose e linee guida condivise.

Come già detto poiché le nuove norme si applicano anche ai processi in corso, nei giudizi di separazione e divorzio da me trattati ho inteso richiamare personalmente le parti dinanzi a me per illustrare le novità della riforma in punto di affidamento congiunto dei figli.

Rese edotte le parti che il legislatore ha oggi sancito il principio che i figli sono e rimangono di entrambi i genitori e che tale condizione non cambia laddove intervenga lo scioglimento della coppia, tale consapevolezza ha prodotto reazioni impreviste.

Voglio dire che la sensazione palpabile che ho avuto è stata che il genitore più risentito, più ferito, più battagliero, ha percepito tale novità come la privazione di un'arma appuntita di ricatto che aveva nei confronti del coniuge e rappresentata dalla minaccia dell'affidamento esclusivo dei figli.

Se allora tale legge, con tutte le sue lacune, imperfezioni, petizioni di mero principio discostate dalla concreta realtà, potrà avere anche il solo merito di

contribuire, comunque, ad un cambiamento di mentalità ed a favorire un diverso approccio di tutti i protagonisti del processo, ma soprattutto dei coniugi, ai giudizi di separazione e di divorzio, dobbiamo ritenere che solo per questo avrà raggiunto un grande risultato.

Il resto si vedrà.

Avellino, 18 gennaio 2007

Maria Cristina Rizzi