

La sentenza che si propone, riccamente motivata e contenente numerose citazioni giurisprudenziali, ha disposto l'addebito della separazione al marito ed ha affidato il figlio minore in via esclusiva alla madre, stante la gravissima conflittualità tra i coniugi.

La conflittualità rilevante ai fini dell'esclusione dell'affidamento condiviso è stata ritenuta quella che si sostanzia nella radicale negazione, da parte del marito, della idoneità genitoriale della moglie, oltretutto per una ragione radicalmente priva di fondamento (presunta omosessualità).

Viene anche affermato che l'affidamento condiviso deve porsi, in caso di conflittualità, "al termine" di un processo di "educazione" dei genitori alla dissoluzione della loro unione (ed alla conservazione, nel contempo, del loro ruolo genitoriale), cui può partecipare attivamente, con la crescita, il figlio stesso.

=====

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale ordinario di Napoli, I sezione civile, così composto:

DOTT. CARLO MONTELLA	PRESIDENTE
DOTT. ANTONIO PANICO	GIUDICE
DOTT. GEREMIA CASABURI	GIUDICE REL.

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

*******SENTENZA*******

nella causa civ. iscritta al n. 26937 del ruolo gen. degli affari contenziosi per il 2003
avente ad oggetto: separazione giudiziale

TRA

T. R.

Elettivamente domiciliata in Napoli

RICORRENTE

E

C. XXXX

Elettivamente domiciliato in Napoli

RESISTENTE

E

P.M. IN SEDE

CONCLUSIONI

Le parti e il PM hanno concluso come in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'istante in epigrafe, con ricorso del 6 novembre 2003, chiedeva pronunciarsi la separazione personale dei coniugi in relazione al matrimonio contratto con controparte.

Chiedeva pronunciarsi l'addebito della separazione al marito, assumendo che quest'ultimo aveva tenuto una condotta non conforme ai doveri nascenti dal matrimonio.

Il Presidente del Tribunale all'udienza del 18 dicembre 2003, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, adottati con provvedimento reso fuori udienza il 23 dicembre 2003 i provvedimenti di legge, rimetteva la causa innanzi al G.I.

Qui si costituivano entrambi i coniugi.

Prodotti documenti, svolta attività istruttoria e precisate le conclusioni in epigrafe, la causa veniva riservata in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) pronuncia della separazione

La domanda principale di separazione è fondata e va accolta

Infatti è provato incontrovertibilmente il presupposto della pronuncia di separazione ex art. 151 c.c., vale a dire il venir meno di quegli intenti e sentimenti comuni su cui si fonda il matrimonio. In particolare si riscontra la sussistenza di una crisi del rapporto dei coniugi di tale gravità da escludere la verosimile possibilità di ricostruzione di una serena vita coniugale; d'altronde il venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi si desume dalla stessa prospettazione del ricorso e della comparsa di risposta, nonché dai successivi scritti difensivi delle parti.

2 a) addebito della separazione al marito

La separazione va addebitata esclusivamente al C..

Quest'ultimo – infatti – ha tenuto, nei confronti della moglie, una condotta improntata a prevaricazione, intimidazione e violenza, via via crescente negli anni, e che certamente si pone come causa efficiente della intollerabilità della convivenza.

Tanto è emerso, inequivocabilmente, dalla prova per testi, che hanno riferito sia di specifici episodi, cui hanno assistito personalmente, sia di altri cui sono a conoscenza *de relato*, ma nell'imminenza dei fatti stessi, e di cui hanno offerto diversi elementi di riscontro.

E' appena il caso di ricordare, d'altronde, che sovente proprio gli episodi di violenza domestica avvengono in assenza di terzi (il che può essere preordinato, e comunque discende proprio dal rapporto di convivenza tra le parti interessate): la prova, allora, è essenzialmente indiziaria e indiretta

Va poi segnalato che alcunchè fa dubitare dell'attendibilità dei testi escussi, indicati dalla T., che hanno anzi riferito in modo coerente e senza contraddizioni circa specifiche circostanze di fatto.

Certamente, in particolare, non vi è ragione di dubitare della attendibilità della teste Teste, amica della T., che ha frequentato i coniugi con assiduità negli ultimi anni della loro convivenza. Come meglio si esporrà, infatti, tale attendibilità non è menomata dalle gravi quanto non provate accuse che il C. ha mosso alla teste in questione (che hanno portato anche ad iniziative giudiziarie in sede penale).

La teste A. A., madre della ricorrente, e pertanto ben informata dei fatti di causa, ha riferito che il genero aveva in generale un atteggiamento "*brusco*" nei confronti della moglie.

Ha poi ricostruito alcuni gravi episodi di sopraffazione e anche di gratuita violenza del C. verso la T..

Il primo risale a quando il bambino aveva un anno di età, e si trovavano in montagna, presso la madre della teste: *"io sentii del trambusto e il pianto di mia figlia provenire da una stanza e accorsi con mia madre, vedemmo che mia figlia era riversata sul letto e in camera c'era il marito. Mia madre si chinò per soccorrerla e fu spintonata da mio genero al punto che cadde in terra. Poi mi fu detto da mia madre che avevano litigato circa i vestiti che il bambino doveva indossare"*.

Più grave l'altro episodio, risalente all'estate del 2003 (anno decisivo nella crisi familiare), allorchè i coniugi si trovavano in vacanza in Sardegna.

La teste ha riferito che la figlia le comunicò, per telefono, che il marito l'aveva presa a pugni e a calci, ciò per una questione di precedenza nell'uso della doccia.

La deposizione, peraltro circostanziata, non è solo *de relato*, perché la teste ha anche riferito che, al ritorno dal viaggio, la figlia presentava ancora dei lividi sulle gambe.

All'episodio di violenza in oggetto ha comunque assistito la teste Teste, che trascorreva le vacanze in Sardegna, in un villaggio turistico, con le parti: *"I coniugi litigarono, credo, per accertare se il C. avesse o meno fatto la doccia, comunque per una ragione banalissima, ed all'improvviso il C. aggredì la moglie, riempendola di calci e di schiaffi, giungendo a scaraventarla su letto. Litigavano nella loro stanza lo cercai di intervenire ma non fu possibile e mi limitai a cercare di calmare il bambino che era presente e visibilmente scosso"*.

La Teste non riuscì a convincere l'amica a recarsi in ospedale: *"rifiutò perché disse che si trattava pur sempre del padre di suo figlio"*.

Ulteriore conferma viene dalla De A. che ha ancora riferito, *"mesi dopo il bambino – mentre io mi trovavo a casa loro- rivolgendosi al padre gli disse che doveva chiedere scusa alla mamma per le botte che le aveva dato in Sardegna. Mio genero andò via dalla stanza"*.

La reazione del C., sopra descritta, appare sicura ed ulteriore conferma della veridicità dell'episodio.

E' poi appena il caso di ricordare che la gravità del fatto è accresciuta dalla presenza del bambino, che ne è stato chiaramente traumatizzato.

La Teste ha quindi riferito che la T. lamentava che il marito *"la prendeva a schiaffi, le tirava i capelli, la prendeva a parolacce"*.

La teste in più occasioni ha poi constatato che la T. *"presentava sul corpo delle lividure, che diceva procuratole dal marito"*.

Non è invece significativo quanto riferito dalla teste T. Teste, la quale ha sì riferito di non aver notizia di litigi tra i coniugi, e tantomeno di condotte aggressive del C., ma ha anche riconosciuto che dal 2001 i suoi rapporti con i coniugi si erano diradati, ed i suoi contatti con la T. erano pressochè solo telefonici; la stessa pertanto era chiaramente disinformata della disgregazione della famiglia per cui è caus

Nell'autunno del 2003 la De A. si trasferì presso la figlia e il genero, dormendo in camera con la prima (la T. aveva confidato alla madre e alla Teste che ormai non avevano più rapporti sessuali; ella temeva di essere aggredita dal marito).

Il clima familiare era, evidentemente, deteriorato, e il C. mostrava una crescente e provocatoria insofferenza per la vita coniugale.

Sia la De A. che la Teste riferiscono che il C. usciva di casa *"ad ogni ora, anche di sera tardi"*, ed assumeva alcolici, tanto da apparire in stato di alterazione (così la De A.; la Teste, pur non avendo mai visto il C. ubriaco, ricorda che nella camera dei coniugi c'erano bottiglie vuote di vino o di birra).

La Teste, in quel periodo, andava spesso a trovare l'amica e qualche volta rimase a dormire presso di lei, per farle compagnia; sicchè ha riferito che *"il C. ritornava tardi, accendeva le luci di casa, teneva il televisore acceso ad alto volume"*.

Il C. continuava però a tenere condotte violente: *"in una occasione"* – continua la De A. – *"sorpresi mio genero che nel corso di un litigio torceva il braccio a mia figlia"*.

A tale grave episodio ha assistito anche la Teste, che lo ha riportato negli stessi termini.

Le due donne in quella occasione convinsero la T. a recarsi in ospedale e a farsi refertare.

Il referto – in data 2 novembre 2003 – è agli atti, e costituisce ulteriore, pur indiretta conferma, della attendibilità dell'episodio in oggetto (si danno ivi atto delle dichiarazioni rese, nel corso della visita, dalla ricorrente; appaiono invece ultronei i rilievi – peraltro di carattere

giuridico\processuali svolti su tale referto dal medico legale a tanto incaricato dal C., cfr relazione in atti).

Lo stesso C., sentito dal Gi all'udienza del 26 ottobre 2004, ha confermato che, fin dal dicembre 2002, non avevano più rapporti sessuali. e, pur negando di aver mai picchiato la T. ha riferito che : *“mia moglie mi istigava a picchiarla e mi provocava”*.

Tale singolare affermazione – a giudizio del Tribunale – costituisce una pur indiretta ammissione della deplorevole condotta del C. verso la moglie, sopra ricostruita.

Da qui la pronuncia di addebito.

La gravità dei fatti esposti esonera il Tribunale da analitici riferimenti giurisprudenziali.

Può però richiamarsi Cass. 5 agosto 2004, n. 15101, *Foro it.* 2005, I, 2994 che, conformemente ad un consolidatissimo orientamento – ha ribadito che, di norma, l'indagine del giudice di merito sull'intollerabilità della convivenza, provocata dal comportamento trasgressivo di uno o di entrambi i coniugi, deve essere condotta sulla base della valutazione globale e sulla comparazione dei comportamenti di entrambi i coniugi.

Tuttavia – continua la Suprema Corte – *“ sfuggono ad ogni giudizio di comparazione i fatti accertati a carico di un coniuge integranti violazione di norme di condotta imperative ed inderogabili, in alcun modo giustificabili come atti di reazione o ritorsione rispetto a comportamenti dell'altro, in quanto si traducano nell'aggressione a beni e diritti fondamentali della persona, quali l'incolumità e l'integrità fisica, morale e sociale e la dignità dell'altro coniuge, così superando la soglia minima di solidarietà e di rispetto per la personalità del partner “*

Tale è il caso di specie, dove - ancorchè singoli episodi di violenza (che di per sé, anche se fossero stati sporadici e remoti nel tempo – il che non è – avrebbero giustificato la pronuncia di addebito, v. Cass. 2 settembre 2005, n. 17710, *ibid.*, 2993) – è stata provata un generale condotta di vita del marito improntata alla mortificazione e alla sopraffazione della moglie, sicuramente in violazione di diritti fondamentali della persona della T. (il che, anzi, espone il marito anche ad una eventuale responsabilità civile, v. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, *id.*, mass. 2005, 622).

2 b) esclusione dell'addebito alla moglie

Il C., fin dai primi atti difensivi, deduce – e pone a fondamento in primo luogo della propria domanda di addebito – la circostanza che la moglie avrebbe intrecciato una relazione omosessuale proprio con I. Teste, come detto sentita come teste.

La comparsa di costituzione del 7 dicembre 2003 degli avv.ti Del V. e L., precedenti difensori del C., espressamente afferma che la T. ha instaurato un *“rapporto di chiara natura omosessuale”* con la Teste: addirittura si afferma che *“negli ultimi mesi la sig.ra T. e la sig.ra Teste , oramai disinvoltate nella relazione intima, spesso e volentieri si concedono approcci fisici*

– con baci ed abbracci – anche davanti al minore V., ritirandosi successivamente e tutte le sere nella camera che hanno adibito ad uso privato, per trascorrere anche la notte insieme”

Così poi la comparsa integrativa di costituzione del 3 febbraio 2004, degli avv.ti S., successivi difensori del C. *“la Teste era andata a vivere nella casa coniugale e la moglie aveva anche abbandonato il talamo coniugale, lasciando il marito a dormire da solo, andando lei a dormire in un'altra camera della casa con la sua amica...la signora (T.) e la Teste si lasciavano andare ad effusioni significative ed espressioni di reciproca innaturale intesa alla presenza di amici comuni e del bambino, con grave pregiudizio per la crescita psicofisica dello stesso”*.

Anche le note illustrative autorizzate del 5 marzo 2004 richiamano la *“forte probabilità e possibilità sussurrata, persino da terzi, che la denunciata e temuta omosessualità effettivamente esista”*, collegandovi espressamente la richiesta di affidamento del minore al padre (sul punto v. ampiamente *infra*).

Infine la comparsa conclusionale, dei nuovi difensori, pure espressamente richiama una *“relazione extraconiugale”* della moglie.

Lo stesso C., sentito dal GI, non ha affatto “accusato” espressamente la moglie di aver intrapreso una relazione con la Teste (In tal senso anche la deposizione da lui resa al giudice ecclesiastico, in atti. Ciò pur se, evidentemente, i ben diversi fatti riportati negli scritti difensivi devono essere stati riferiti ai propri difensori dal resistente).

Egli ha solo confermato che nel corso del 2003, sia in Sardegna che al L. e alle Maldive, tutti luoghi dove i tre si recarono in vacanza, la T. e la Teste avevano scelto di dormire insieme, *“mentre io dormivo con il bambino”*. Anzi *“la Teste anche dopo l'estate continuò a venire da noi e dormire ogni notte con mia moglie”*.

E' davvero appena il caso di ricordare che la relazione extraconiugale di un coniuge, ricorrendo i presupposti individuati dalla giurisprudenza, costituisce violazione del dovere di fedeltà, ex art. 143 cpv c.c., e quindi può fondare la pronuncia di addebito della separazione (ed anzi, nella prassi, l'adulterio è il più diffuso motivo di addebito, pur se non costituisce la più grave violazione dei doveri nascenti dal matrimonio).

Ovviamente, poi, l'illecita relazione adulterina può essere sia eterosessuale che omosessuale, fermo che quest'ultima, ormai, non può essere considerata – di per sé - più grave, o più ingiuriosa, di quella eterosessuale.

Così, sia pure senza particolare approfondimento, Cass. 1 marzo 2005, n. 4290, id., 2005, I, 2994 (nella specie la Suprema Corte ha ritenuto immune da vizi logico- giuridici la decisione del giudice di merito che ha addebitato la separazione alla moglie, avendo accertato che il fattore causale dissolutivo della convivenza era stato la relazione omosessuale intrattenuta dalla moglie stessa con altra donna).

Nella specie, però, il C. non ha provato, né soprattutto ha idoneamente offerto di provare, la sussistenza della pur conclamata relazione (omosessuale) della moglie.

Lo stesso, nella conclusionale e nella replica (quest'ultima di inusuale ampiezza, ben oltre i limiti e la funzione propria della memoria in oggetto) lamenta – con toni inutilmente polemici, anche riferendo pretese dichiarazioni rese in udienza, e di cui non vi traccia nei verbali – di aver subito la violazione del proprio diritto di difesa, non essendo stati ammessi i capi di prova per testi articolati.

Va allora rimarcato che la memoria ex art. 184 c.p.c. del 20 dicembre 2004, contiene un solo capo attinente all'addebito (gli altri attengono ai rapporti padre- figlio e all'attività professionale svolta, v. *infra*).

Così infatti il capo 6: “*vero che, in diverse occasioni, la signora T. ha manifestato un forte vincolo affettivo verso la signora I. Teste*”.

Tale capo, palesemente generico ed irrilevante, non è stato ammesso dal GI.

In questa sede (*ad abundantiam*, non essendo stata reiterata la richiesta di prova) va ribadito tale giudizio: l'esistenza di un “*forte vincolo affettivo*” di un coniuge con altra persona, del proprio o dell'altro sesso, non può certo costituire motivo di addebito della separazione. Cfr Trib. Perugia, 14 marzo 2000, *Foro It.*, Rep. 2001, voce Separazione di coniugi, n. 52, secondo cui non assurge neanche ad infedeltà apparente e, quindi, è irrilevante ai fini dell'addebito della separazione il rapporto di amicizia di un coniuge con altra persona, quando non vi siano elementi tali da configurare una concreta e riconosciuta ipotesi di adulterio.

Nella specie, come si è visto, la richiesta di prova non consente addirittura di configurare una siffatta ipotesi.

L'espressione utilizzata – solo nelle intenzioni, forse, allusiva ad un rapporto di altro tipo – non può certamente essere interpretata come diretta a provare la pretesa relazione omosessuale sopra richiamata.

Oltretutto il capo in questione, nella sua assoluta genericità (ed atteso che oltretutto postula valutazioni comunque non deferibili ai testi), stride fortemente, per la manifesta sproporzione tra quanto affermato fino a quel momento e quanto chiesto di provare, con le specifiche accuse mosse nelle precedenti difese alla Romagnolo.

Queste ben avrebbero potuto e dovuto tradursi – anche in una ottica di correttezza processuale – in precisi capi di prova in ordine alla relazione in questione (salvo ritenere – ma le scritture conclusionali non consentono tale supposizione – che il resistente abbia inteso “*ridimensionare*” le doglianze mosse alla moglie).

Del tutto singolare quanto dedotto dal C. nella memoria di replica, secondo cui i capi articolati, più che generici, sarebbero *garbati*.

E' agevole replicare che il *garbo* non costituisce categoria giuridicamente rilevante. Oltretutto, in fatto, ben poco *garbo* è stato mostrato, nelle difese in esame, prima ampiamente riportate, nei confronti della T..

L'inspiegabile (ma v. *infra*) "arretramento" difensivo del C. è tanto più singolare in quanto il Gi, con ordinanza del 31 marzo 2004 (oggetto anche di reclamo, dichiarato inammissibile, e di ampie doglianze del Papaia;addirittura è stata avanzata una istanza di modifica nel periodo feriale, disattesa dal tribunale) aveva revocato l'ordinanza presidenziale del 23 dicembre 2003 cit., nella parte in cui prevedeva che la T. non potesse ospitare nella casa coniugale, a lei assegnata quale madre affidataria, la Teste (v. *infra*).

Ma a ben guardare, oltretutto, è lo stesso C. ha mostrare di dubitare, nella realtà, di tale relazione.

Si è già ampiamente riportato il contenuto di quanto egli ha riferito al Gi all'udienza del 26 ottobre 2004, ed in particolare che lo stesso si è limitato a lamentare il fatto che – a suo dire – la moglie e la Teste cominciarono a dormire insieme, a partire da un soggiorno a Paestum nel 2003.

Sorprende però che egli abbia quantomeno tollerato che le due continuassero tale condotta anche nei successivi periodi di vacanza trascorsa insieme, al L. e in Sardegna, come pure riferito, ed infine a Napoli.

E' lo stesso C. a fornire una "chiave di lettura" di quanto accaduto, ivi compresa la sua protratta tolleranza (altrimenti inspiegabile): ha infatti ammesso che – allorchè le due cominciarono a dormire nello stesso letto a Paestum *"mia moglie mi disse che aveva paura di me"*.

Il C., anziché riferirsi ad una pretesa sospetta intimità tra le due donne (cui invece ampiamente e pesantemente alludono, come detto, le sue difese successive), ha ritenuto di segnalare che *"entrambe avevano un atteggiamento ostile nei miei confronti"* (al punto, come pure accennato, che la moglie lo avrebbe istigato...a picchiarla).

Si è anche già riportato che, a dire sempre del C., i coniugi ormai dalla fine del 2002 non avevano rapporti sessuali.

In definitiva le stesse dichiarazioni del resistente consentono di affermare che non vi sia mai stato alcuna illecita intimità tra le due donne: la costante presenza della Teste (quantomeno tollerata dal C., lo si è detto, per non poco tempo) era voluta dalla T. in una fase ormai critica della vita coniugale, contraddistinta, come ormai provato, dalle continue violenze del C. medesimo (il che, ovviamente, spiega la lamentata ostilità nei suoi confronti delle due donne).

Siamo ben lontani, come si vede, dal singolare "rapporto a tre", subito (non è dato comprendere perché) dal C., di cui alla comparsa del 17 dicembre 2003 cit., secondo cui il "rapporto di coppia" tra le due donne *"si svolge permanentemente in casa C., che la ricorrente e la sua amica hanno diviso in due zone, abitandone – giorno e notte – una e relegando il dott. C. nella residua parte dell'appartamento"*.

Allora queste stesse accuse – infondate – di adulterio si risolvono in una grave e gratuita ingiuria del C. verso la moglie, e quindi in un ulteriore motivo di addebito della separazione al marito.

3) gli atti del procedimento penale

Il resistente, con memoria ex art. 184 bis, rigettata dal Gi, ha chiesto acquisirsi i verbali di sommarie informazioni assunte nel corso delle indagini condotte a seguito di esposto proposto dalla T. nei confronti del marito.

Su richiesta conforme del PM è stato adottato, deduce il resistente, un provvedimento di archiviazione.

Nelle proprie difese conclusionali – del tutto scorrettamente – il C. richiama alcuni passi della richiesta di archiviazione del PM, che, in sostanza, avrebbe ritenuto verosimile la relazione tra la Teste e la T..

Deve qui ribadirsi che l'istanza ex art. 184 bis c.p.c., remissione in termini, non può proporsi per l'acquisizione di atti formati (o acquisiti legittimamente) dopo il decorso del termine preclusivo (come ampiamente nella specie), ma esclusivamente per conseguire la remissione in termini, rispetto al compimento di attività in ordine alle quali è intervenuta una decadenza.

Tuttavia, a fronte degli ulteriori rilievi avanzati sul punto dal resistente (verosimilmente tardivamente, come dedotto dalla ricorrente), giova qui ricordare, in termini processuali, che gli atti in oggetto non avrebbero potuto spiegare alcuna efficacia probatoria, anche meramente indiziaria, in questo processo civile.

Le deposizioni in oggetto, infatti, non si sono formate in dibattimento, né tantomeno è stata pronunciata sentenza con efficacia di giudicato (la giurisprudenza reputa che hanno rilevanza indiziaria solo le prove per testi raccolte in altro giudizio, e verbalizzate, Cass. 6 ottobre 1998 n. 1902, riv. giur. trasp., 1999, 100).

Si tratta di verbali di sommarie informazioni raccolte dal PM (o su sua delega), nella fase delle indagini preliminari, che, nel processo penale dibattimentale- di norma- non sono utilizzabili, atteso che la prova ivi si forma nel contraddittorio delle parti, e ciò ha una evidente caduta anche in sede civile.

Né tali atti avrebbero essere presi in considerazione dal giudice come elemento presuntivo ed indiziario, ed utilizzate in concorso con altre prove, quali prove atipiche (v. anche Cass. 4 dicembre 2002, n. 17185).

Va precisato che l' atipicità delle prove, pur se ammissibile, non può concernere il catalogo delle fonti materiali di prova; sul piano logico prima ancora che giuridico le uniche fonti di prova sono tre: l' ispezione, il documento, le dichiarazioni di scienza.

Nè l' atipicità può riguardare l' attività di valutazione delle prove, atteso che questa è già atipica, nel senso che siffatto giudizio- alla stregua del principio di libero convincimento- è acquisito in via di eterointegrazione, dai canoni della logica e dai modelli delle scienze empiriche.

Ad avviso del tribunale l' atipicità non può riguardare neanche le modalità di acquisizione delle singole prove, vale a dire il procedimento attraverso il quale le singole fonti di prova si formano e sono acquisite al giudizio.

In altri termini- e specularmente- il concetto di tipicità della prova va riferito non tanto alle fonti di prova, quanto e soprattutto al processo mediante il quale se ne sperimenta la virtù rappresentativa del fatto da provare.

Non esistono altre vie per fare entrare nel processo gli strumenti di convincimento del giudice all' infuori di quelle che la legge espressamente disciplina, nè esistono regole di ammissibilità o di attribuzione di efficacia probatoria diverse da quelle contenute nel codice.

Le prove (*rectius*: la relativa disciplina normativa) sono funzionali alla formazione del convincimento del giudice e all' esercizio equilibrato dei poteri delle parti nel processo.

La disciplina delle prove, infatti, è garanzia del contraddittorio e strumento per la vera oralità, principi (almeno il primo) che, a seguito della riforma dell'art. 111 Cost. – hanno oramai rilevanza costituzionale anche per il processo civile..

In genere i fautori della ammissibilità delle prove atipiche si richiamano alla (ritenuta) atipicità dell' indizio, ovvero dei fatti secondari, fonte di presunzioni semplici ex 2729.

Può rilevarsi, di contro, che l' art. 2729 cit. concerne non le modalità di acquisizione nè tanto meno le fonti di prova, ma solo la attività logico deduttiva del giudice diretta a desumere il fatto principale ignoto da fatti secondari, alla cui conoscenza è pervenuto attraverso fonti di prova legittimamente acquisite.

D' altronde riconoscere al documento proveniente da terzo, ma anche – come nella specie – ad atti formati nella fase preliminare del procedimento penale –

L' efficacia di indizio, e quindi di "prova inferiore", equivale ad una illegittima trasformazione di una prova che avrebbe dovuto essere costituenda (in quanto la dichiarazione contenuta nel documento doveva entrare nel processo a mezzo di prova testimoniale) in prova precostituita; e tale trasformazione è meramente formale in quanto quell' indizio, in quanto sovente autosufficiente a fondare la decisione, finisce per avere di fatto rilevanza di piena prova.

Si consideri, ancora, che tra gli argomenti di prova citati dal codice di rito -cfr. gli artt. 116, 200, 2° comma, 310, penultimo comma, 232, 2° comma, 421, ultimo comma-- non compaiono le dichiarazioni rese per iscritto da un terzo che, invece, avrebbe potuto essere sentito come testimone in quel processo.

Nè, in ultimo, è dato richiamarsi al principio del libero convincimento del giudice: questo significa che il giudice deve rifarsi al suo prudente apprezzamento, non che possa utilizzare qualunque elemento per formarsi una convinzione.

Ne segue che la prova assunta o comunque acquisita al processo in violazione della vigente normativa in materia costituisce "prova illegale"; essa è insanabilmente viziata e non può essere posta a fondamento della decisione del giudice.

Infatti nel nostro ordinamento processuale la garanzia di attendibilità della prova è rimessa all'osservanza della normativa in questione: disconoscere ciò significa, in sostanza, vanificare la distinzione e la stessa rilevanze giuridica delle norme in materia di ammissibilità e di assunzione delle prove, rispettivamente ex art. 2799 ss c.c. e 191 ss c.p.c.

Né può trascurarsi che le norme sulla prova, specie testimoniale, costituiscono espressione e garanzia, soprattutto, del fondamentale principio del contraddittorio.

Pertanto l'efficacia probatoria, ancorché limitata, degli elementi probatori "intrinseci" contenuti in un documento (pur se in ipotesi proveniente dalla PA, o da una autorità giudiziaria, come nella specie., ovvero formati in altro giudizio (e non è il caso delle indagini preliminari, lo si ribadisce) va subordinata all'avvenuto svolgimento del contraddittorio nel processo.

In altri termini la dichiarazione di scienza dei terzi, contenute negli atti surrichiamati, in tanto può essere utilizzata nel processo in quanto si formi nel processo stesso, secondo le prescritte modalità, e nel contraddittorio delle parti.

Si consideri, al riguardo, l'importanza determinante della considerazione della persona ai fini della veridicità delle sue dichiarazioni.

Di contro, l'attribuzione al documento di efficacia anche solo indiziante viola il diritto di difesa, o comunque altera il principio di parità delle parti, in quanto espone quella contro cui il documento è prodotto all'onere di articolare prova contraria, o di controdedurre, per contestarne l'attendibilità.

Quanto poi alla richiesta di archiviazione del PM – che non è giudice, giova ricordarlo – si tratta di un mera istanza processuale rivolto al GIP, contenente ricostruzioni e valutazioni a maggior ragione prive di qualunque valenza probatori

Al rigetto della domanda di addebito segue, ovviamente, anche il rigetto della temeraria richiesta risarcitoria pure avanzata dal C., in connessione alle vicende da lui dedotte ma, come si è visto, non provate.

3 a) L'affidamento del minore.

Va quindi statuito circa l'affidamento del figlio minore V., nato il 22 maggio 1998, e quindi di poco più di otto anni di età.

Il C. – nel chiederne fin dalle prime difese – l'affidamento esclusivo, nega l'idoneità genitoriale della moglie, ciò in ragione della pretesa relazione omosessuale sopra richiamata

La comparsa del 17 dicembre 2003 cit. segnala che l'affidamento paterno è volto ad evitare *“il protrarsi del grave trauma al quale il piccolo è sottoposto nel vivere con la madre, assistendo ad innaturali e comunque illeciti rapporti”*, mentre la comparsa del 3 febbraio 2004 cit. ribadisce che il minore va affidato al padre *“che non è persona violenta né omosessuale”*.

Si noti, ed è rilievo di non poco momento, che il resistente si è ben guardato – pur a fronte del paventato pregiudizio per il minore – di rivolgersi al tribunale per i minorenni, ex art. 330 o 333 c.c.

La mancanza di prova della relazione omosessuale in oggetto, evidentemente, priva di qualsivoglia fondamento in fatto le deduzioni surriportate del resistente.

Tuttavia il Tribunale, a fronte della estrema conflittualità, ed anche per completezza, reputa opportuno affrontare la delicata questione, di interesse generale, pur malamente prospettata dal resistente.

Oltretutto, come ricordato, il presidente del tribunale, con provvedimento poi revocato dal Gi, aveva ritenuto di vietare alla T. di dare ospitalità alla Teste.

3 b) L' idoneità genitoriale in generale.

Va qui ribadito che – alla base di quanto si è venuto esponendo – vi è un atteggiamento culturalmente, prima ancora psicologicamente, arretrato cui corrisponde una ricostruzione giuridica ormai – e da decenni - priva di riscontro nel diritto positivo.

L'ostilità dell'affidamento dei figli minori ad un genitore omosessuale, per questa sola ragione, costituisce infatti ulteriore espressione, in diritto (ma con ovvi risvolti socio-culturali, come accennato) di una arcaica concezione “premiale” dell'affidamento dei minori, nella crisi della famiglia legittima, alla stregua della quale va favorito quel genitore che presenti, astrattamente, caratteristiche personologiche rispondenti a criteri di normalità sociale; il “buon affidatario” sarebbe, in altri termini, il genitore che, piuttosto che curare il perseguimento e il rafforzamento dei rapporti personali con il figlio, è in grado di garantire l'acquisizione e la trasmissione dei valori etico\normativi propri della società (ma questa, oggi, è tutt'altro che omogenea, e fondata su una univoca gerarchia di valori).

Tali criteri però lasciano fuori proprio i bisogni concreti del minore: si è giustamente osservato che l'interesse del bambino è visto attraverso il mondo degli adulti, ed una tale ottica può essere (drammaticamente) deformante.

La giurisprudenza, specie in quest'ultimo trentennio, in un'ottica finalmente costituzionalmente orientata, e grazie ai nuovi valori impressi all'ordinamento dalla riforma del diritto di famiglia, ha superato (pur se forse non completamente) tale impostazione.

Evidenti ragioni di sintesi impediscono un esame più accurato della questione.

Alla base vi è la effettiva ricerca dell'interesse del minore, posto quale fondamentale “principio riorganizzatore” della famiglia disgregata (ciò anche alla stregua della nuovissima disciplina, v. *infra*).

Si afferma così che il giudice deve preferire, quale genitore affidatario, colui che risulta più idoneo ad assicurare il miglior sviluppo della personalità del minore, in quel contesto di vita che risulti più adeguato a soddisfare le esigenze materiali, morali affettive e psicologiche d cui egli è

portatore, con riferimento alla situazione in atto, cfr già Cass. 11 febbraio 1988, n. 1466, *Giust. Civ.*, Mass. 1988, fasc. 2.

E' ormai principio consolidato che:

“Compito del giudice è individuare il genitore più idoneo a ridurre i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della personalità del minore, nel contesto di vita più adeguato a soddisfare le sue esigenze materiali, morali e psicologiche; ciò deve fare sulla base di un giudizio prognostico circa le capacità del padre o della madre di crescere ed educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo, giudizio che, ancorandosi ad elementi concreti, potrà fondarsi sulle modalità con cui il medesimo ha svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di relazione affettiva di attenzione, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché sull'apprezzamento della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che è in grado di offrire al minore”, v. Cass. 22 giugno 1999, n. 6312, Guida al dir., 1999, fasc. 28, p. 46.

Nella decisione in oggetto non rilevano allora le qualità personali del genitore e le modalità di rapportarsi con il coniuge, e neanche i valori che il genitore può trasmettere.

Ne segue – e pure si tratta di opinione consolidata - che l'addebito della separazione non influenza in alcuna maniera la statuizione sull'affidamento, in quanto quest'ultima non è una misura sanzionatoria a carico del colpevole, né un premio per il partner innocente (si noti che ancora negli anni settanta, successivamente alla riforma del diritto di famiglia, era diffusa l'opinione che non si può affidare il bambino al genitore che ha iniziato una relazione di tipo coniugale con il nuovo partner, per la negatività dell'esempio morale dato).

Le decisioni sull'affidamento prescindono dall'accertamento della responsabilità per il fallimento del matrimonio, in quanto sono esclusivamente volte alla tutela dei figli.

Pertanto il giudice non deve accertare colpe connesse alla violazione dei rapporti parentali, o irrogare sanzioni, ma individuare soluzioni che valgano a recuperare il rapporto affettivo reciproco dei figli verso i genitori, , cfr *ex plurimis* Cass. 4 giugno 1994, n. 5431, *Foro It.*, 1995, I, 2948.

La giurisprudenza ha approfondito in modo particolare i rapporti tra addebito per adulterio ed affidamento.

La circostanza che la moglie separata, affidataria del minore, viva *more uxorio* con altro uomo, pur se da questi abbia avuto un bambino, non è di per sé, ormai, motivo sufficiente per modificare l'affidamento, anche perché la creazione, da parte della madre, di un nuovo nucleo familiare in cui il minore è inserito, può essere addirittura un elemento favorevole, in quanto gli garantisce il maggiore benessere economico e stabilità affettiva e sicurezza nei rapporti intersoggettivi.

Ciò anche per la rilevanza positiva ormai riconosciuta alla famiglia di fatto, che ben può essere caratterizzata da stabile armonia e aver bene accolto la prole e sempre che il nuovo partner del genitore affidatario non sia moralmente deplorevole e non appaia nocivo al minore, Cass. 2964/1988; Trib. Genova 22 settembre 1988, *Dir fam* 1990, 871 .

La giurisprudenza è andata anzi oltre, affermando la giuridica irrilevanza, di per sé, di condizioni personali, o anche di condotte di un genitore pur se contraddistinte da illegalità o da contrarietà alla morale corrente, e di converso della stessa marginalità, anche in ragione di patologie, del genitore stesso.

Così la convivenza con persona con precedenti penali non osta all'affidamento perchè il fatto non è per sé moralmente censurabile o elemento sintomatico di personalità non affidabile, Trib. Napoli, 6 maggio 1980, *Giur. It.* 1981, I, 2, 26.

La giurisprudenza è così ormai ferma nel ritenere che non sono leciti i parallelismi tra contegni moralmente deplorevoli e le impostazioni del vivere da un lato e l'attitudine genitoriale dall'altro, sempre che non si riscontri in concreto la violazione dei doveri genitoriali, ovvero un pregiudizio per il minore.

La decisione del giudice dell'affidamento non comporta quindi un giudizio - legale e tantomeno etico - sulla personalità e condotta di vita dei genitori ma, lo si ribadisce, sulla idoneità genitoriale e – soprattutto – sul rapporto in concreto instaurato con il figlio.

Così non rilevano le deviazioni sessuali dell'affidatario, Trib. Napoli, 18 dicembre 1984, *Dir. Fam* 1985, 229.

Neanche rilevano comportamenti socialmente dubbi (o anche *contra legem*, Trib. Napoli 12 maggio 1995 , *Famiglia e dir.*, 1996, 567) quali l'attività di entraineuse (Trib. Napoli, 27 luglio 1989, *Giur. it.*, 1990. I. 1, 2, 184) o di spogliarellista (Trib. Napoli, 6 maggio 1980, cit.. V. anche Trib. Napoli, 22 gennaio 2003, *Giur. napoletana*, 2003, 2, 47); del pari l'esercizio di attività di pornstar da parte della madre affidataria non è di per sé ostativa alla gestione di un proficuo rapporto tra madre e figlio e di una equilibrata crescita di quest'ultimo (E' il caso Ilona Staller: Trib. Roma, 7 aprile 1995, *Giur. It.* 1996, I, 1, 124; v. anche App. Firenze 3 marzo 1995, *Foro It.*, 1995 I, 1323 secondo cui l'attività di sexy star pur associandosi ad attitudini estranee agli interessi e alle capacità educative, non è ostativa alla educazione e all'allevamento del figlio. In ultimo il caso è stato deciso da Cass. 6312/1999 cit.).

Neanche la circostanza che la madre si prostituisca è sufficiente per escludere l'affidamento; beninteso l'affidamento può essere posto in discussione, se la madre anche per l'avvenire si trovi costretta a procurarsi allo stesso modo il reddito per l'educazione dei figli (v già App. Venezia 20 dicembre 1948, *temi* 1948 672; Cass.. 13 luglio 1982 n. 4107, *Dir. Fam.* 1982, 1226; Cass. 14 aprile 1981 n. 2229, *Foro It.*, Rep. 1981, voce *Separazione di coniugi*, n. 72).

Di rilievo anche Trib. min. Torino, 20 luglio 1982, *Giur. it.*, 1982, I, 2, 625 che ha escluso gli incontri tra un minore ed il padre, transessuale, ma solo perché questi – rimasto per anni assente – non era in grado di assolvere al ruolo paterno.

Anche lo stato di tossicodipendenza o di alcoolismo del genitore non affidatario di per sé non è ostativo al riconoscimento allo stesso del diritto all'affidamento, o a tenere con sé il minore in tempi stabiliti.

Infatti anche il tossicodipendente può provvedere – salvo controindicazioni specifiche e concrete – alle esigenze materiali, psicologiche e affettive dei figli.

Così non può negarsi al genitore tossicodipendente non affidatario la possibilità di conservare e rafforzare i rapporti affettivi con il figlio, e di seguirne la crescita, sempre che ne risulti accertata l'utilità per il minore, v. Cass. 25 settembre 1998 n. 9606, *Giust. Civ.*, 1998, I, 3069, *Famiglia e dir.* 1999, 17.

In conclusione il miglior interesse del minore è dato dalla realizzazione dei suoi bisogni: è idoneo quel genitore che, sulla base di una efficace analisi preventiva, risulti maggiormente in grado di soddisfare tali bisogni, il che significa che il giudice dovrà tenere ben presente come reale punto di riferimento l'equilibrio affettivo del minore, che non comporta il possesso di diplomi di "educatore", ma una vera e profonda sintonia con il bisogno psicologico del minore stesso.

In altri termini quel che davvero rileva è il rapporto che quel genitore specifico è venuto strutturando con quel dato figlio.

Si è allora rovesciato l'iter seguito nel passato: le qualità personali del genitore devono essere non punto di partenza ma di arrivo; l'indagine del giudice deve muovere allora dall'elemento che fino ad ora è mancato: **la validità del rapporto con il figlio.**

3 c) affidamento e omosessualità

La disanima che precede già è idonea a fornire una risposta univoca al quesito di partenza: ai fini dell'affidamento dei minori, prima ancora della valutazione dell'idoneità genitoriale, è di per sé irrilevante e giuridicamente neutra sia la condizione omosessuale del genitore di riferimento, sia la circostanza che questi abbia intrapreso relazioni omosessuali.

L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, nel settore in oggetto, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo, e non di principi etici condivisi.

Soprattutto non vi è, né può esservi, alla base di siffatta prevenzione, alcun fondamento normativo (ed è appena il caso di ricordare che in altri ordinamenti, anche nell'ambito dell'Unione europea, è ormai riconosciuto lo stesso matrimonio omosessuale).

Di contro, l'art. 3 Cost. protegge l'individuo da qualunque discriminazione legata all'orientamento sessuale; cfr anche gli artt. 8 e 14 della convenzione europea dei diritti

dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, nonché la risoluzione del parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità.

Va anzi ribadito che siffatta neutralità della condizione e delle relazioni omosessuali di un genitore si pone in termini di ben maggior forza rispetto alle condotte condotte "border line", se non francamente illecite o "a rischio", sopra esaminate, e che pure di per sé non ostano al riconoscimento dell'idoneità genitoriale e all'affidamento.

L'omosessualità infatti, e beninteso, è una condizione personale, e non certo una patologia, così come le condotte relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali.

L'omosessualità del genitore si pone – ai fini che qui interessano – in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento.

Ciò è tanto più vero con riferimento a contesti socio-culturali elevati, quale è quello delle parti, in cui le antiche prevenzioni verso l'omosessualità dovrebbero essere superate.

Beninteso, la relazione omosessuale del genitore potrà in concreto, vale a dire in casi specifici, fondare un giudizio negativo sull'affidamento o sull'idoneità genitoriale, solo allorquando (ma si tratta di ipotesi residuali, e non a caso la giurisprudenza rinvenuta non è recente) sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore.

Tanto però può affermarsi anche per una relazione eterosessuale.

Possono richiamarsi, anzi, alcuni precedenti giurisprudenziali, in cui la relazione extraconiugale (eterosessuale) del genitore è stata valutata negativamente quanto alle conseguenze sulla prole.

E' il caso della madre affidataria convivente con partner che impone la sua personalità invadente (Trib. Velletri 25 novembre 1977, *Giur. merito* 1979, 889), così come è stata ritenuta scorretta la condotta del genitore affidatario che cerca di spostare l'amore dei figli verso il proprio convivente (Cass. 12 febbraio 1971, n. 364, *Foro It.*, Rep. 1973, voce *Separazione di coniugi*, n. 60); del pari suscita allarme – per i possibili riflessi negativi sulla prole – la relazione che si risolva in compagnie occasionali o nella frequenza di alberghi malfamati (Cass. 22 dicembre 1976, n. 4706, *Dir. fam.*, 1977, 113).

Resta però fermo che – di per sé – la relazione extra e post coniugale di un genitore, omosessuale o eterosessuale, in linea di massima non è di pregiudizio per i figli (come confermato dalla presenza di numerose famiglie "ricomposte").

Cfr così Trib. Parma 26 giugno 2005, *Giur. merito*, 2006, 9, che non ha omologato la separazione consensuale che aveva previsto l'affidamento congiunto dei figli, in quanto – tra le clausole dell'accordo – era previsto che il padre, presso il quale i minori avrebbero risieduto in via privilegiata, in caso di impedimento a prendersi cura dei figli doveva rivolgersi solo alla moglie, con esclusione anche di baby sitter, impegnandosi i genitori anche a vedere e tenere

con sé i figli senza la presenza di persone estranee alla famiglia Il tribunale – sul presupposto del venir meno dell'obbligo di fedeltà nella separazione - ha così osservato che tali previsioni impongono di fatto al padre *“di operare una scelta tra ricostituirsi una vita sentimentale extra moenia, e quindi esposto e sottoposto ai sotterfugi degli amanti clandestini e continuare una normale vita affettiva con i figli. Che lo scopo della clausola sia quello di impedire qualsiasi occasione di incontro con persona di sesso femminile lo dimostra anche il fatto che ...si esclude la possibilità che il padre possa fare ricorso di fare ricorso a baby sitter”* ne segue che *“questa esasperata protezione del matrimonio” può costituire un grave danno per i figli stessi, colpevolizzandoli per le scelte fatte dai genitori”*.

4) il caso di specie

Si comprende allora a maggior ragione come, nella specie, la pretesa (ed insussistente) omosessualità della T. costituisca un dato irrilevante, e non allarmante.

Il C., infatti, come visto, ha negato l'idoneità genitoriale della moglie sul solo presupposto, astratto, della relazione omosessuale della moglie, guardandosi bene anche solo dal prospettare che da questa, in concreto, discendesse un qualche pregiudizio per il figlio minore.

Il C. ha solo esibito una consulenza psicodiagnostica relativa al figlio, da lui commissionata ad un professionista, datata 21 maggio 2004, allorché il minore era già affidato alla madre, ed espletata (del tutto scorrettamente, per il C.) all'insaputa di questa (vi è anche un'altra relazione, tanto che il Gi ha precluso al C. di procedere ad ulteriori accertamenti sul figlio senza il consenso materno).

Tale atto, proveniente dalla parte interessata, formatosi in modo tanto scorretto, ha evidentemente una valenza probatoria pressoché nulla

Va però rilevato che – benché, come intuitivo, *utile* alla posizione del C., anche tale relazione non evidenzia affatto una inidoneità (in ragione delle condizioni del minore) della madre, ma solo il preteso disagio del bambino, peraltro ben riferibile al particolare e delicato momento che stava vivendo, in una fase particolarmente aspra della separazione dei genitori.

5 a) l'affidamento condiviso

Nelle more del giudizio, successivamente all'udienza di precisazione delle conclusioni (tenuta il 9 febbraio 2006) è entrata in vigore la l. 8 febbraio 2006, n. 54, *disposizioni in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli*, che ha novellato radicalmente la relativa disciplina.

La legge in oggetto è applicabile anche ai giudizi in corso, arg. ex art. 4, ed è stata richiamata espressamente nel caso di specie.

Il profilo più innovativo della nuova normativa sta però nella centralità riconosciuta all'affidamento condiviso del minore: l'art. 155, 2° comma novellato dispone che *“il*

giudice...valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori ...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, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole".

L'affidamento condiviso è quindi divenuto il criterio ordinario, preferenziale, di affidamento dei minori: è una soluzione – almeno in linea di principio- esattamente speculare a quella previgente, che invece individuava la regola nell'affidamento monogenitoriale, salvo – residualmente – la possibilità di disporre l'affidamento congiunto o alternato (previsti, peraltro, dal solo art. 6 2° comma l. div., pur se ritenuti senz'altro riferibili anche alla separazione).

La novella nulla però previsto circa i criteri per la scelta tra l'affidamento condiviso e quello monogenitoriale, tuttora previsto, pur se in via residuale.

Inoltre, e beninteso, deve escludersi che la legge abbia formulato una sorta di presunzione, pur relativa, di corrispondenza tra l'affidamento condiviso e l'interesse del minore.

Il parametro di riferimento resta pur sempre quello – ben noto - della tutela dell'interesse del minore, sicchè conserva valore l'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale al riguardo.

In particolare il Tribunale reputa che possano richiamarsi, ampiamente, i criteri elaborati con riferimento all'affidamento congiunto che, in concreto, si atteggia in termini non diversi dall'affidamento condiviso.

Neanche può trascurarsi che non va sopravvalutata la differenza, certo sussistente, tra le varie forme di affidamento: anche quello condiviso presuppone la permanenza privilegiata del minore presso uno dei genitori, sicchè – per l'altro – si pone comunque la questione della determinazione delle modalità di incontro con il figlio.

La dottrina, d'altronde, sta già evidenziando gli elementi di continuità con la previgente disciplina, in ragione del carattere talora solo meramente enunciativo di non poche disposizioni della l. 54/2006.

In ogni caso deve riconoscersi che l'affidamento condiviso comporta una maggiore responsabilizzazione di entrambi i genitori, con ampio coinvolgimento degli stessi nella vita del minore.

All'affidamento condiviso può allora ostare la conflittualità tra i genitori, nel senso che questa può porre l'affidamento in questione in contrasto con l'interesse del minore

Beninteso non vuole dirsi che la conflittualità (specie se non riferita all'affidamento, ma ad altre questioni, ad esempio quelle economiche, o all'addebito della separazione) esclude, di per sé, l'interesse del minore all'affidamento condiviso.

Infatti, proprio nell'ottica di tale interesse, ben può esigersi ai genitori un sacrificio, quale può essere l'affidamento condiviso: è evidente che l'attuazione di tale forma di affidamento sarà più onerosa per entrambi rispetto a quanto avviene nell'affidamento monogenitoriale.

Né l'affidamento condiviso sarà necessariamente fondato sulla concordia decisionale: d'altronde non può certo pretendersi la concordia piena (talora assente anche in famiglie fortemente unite) tra genitori che, dopotutto, stanno separandosi o divorziando, o già l'hanno fatto da tempo.

Tuttavia sarebbe grave errore disporre l'affidamento condiviso sempre e comunque, pur in presenza di una grave situazione conflittuale tra i genitori.

L'interesse del minore presuppone l'accertamento – al di là di ogni presunzione – che i genitori, nonostante il loro perdurante conflitto, non giungano (a torto o a ragione) a svalutare l'uno la capacità genitoriale dell'altro.

In altri termini l'affidamento condiviso presuppone almeno il reciproco riconoscersi adatti da parte dei genitori, vale a dire necessari e fungibili; è necessaria, in altri termini ancora, la consapevolezza di ciascuno di essi di dover fornire e favorire un paritario accesso del minore alla figura dell'altro, pur se portatore di cultura, personalità, idee diverse da quelle proprie.

Se così non è, è facile prevedere che i genitori non collaboreranno affatto nella gestione anche quotidiana della vita del minore, intralciando anzi, e denigrando, l'uno quanto fatto (o non fatto) dall'altro, spesso per motivazioni inconfessabili e non commendevoli, strumentalizzando il minore stesso.

In tali ipotesi – l'esperienza ci suggerisce molto diffuse – l'interesse del minore è esattamente speculare alla previsione del coaffido: quest'ultimo finirebbe solo per essere un rimedio, o piuttosto una sanzione, per la conflittualità tra i genitori.

L'affidamento condiviso non potrà in definitiva mai risolversi - se davvero il parametro di riferimento è l'interesse del minore – in una mera imposizione, quasi che il giudice – o la legge - abbiano la taumaturgica capacità di assicurare il buon esito del regime disposto.

5 b) Il caso di specie

Nella specie, allora, l'affidamento condiviso non può disporsi.

La gravissima conflittualità tra i coniugi si sostanzia proprio nella radicale negazione, da parte del C., della idoneità genitoriale della madre, oltretutto per una ragione, come si è visto, radicalmente priva di fondamento.

E' anche significativa la circostanza che il C., pur invocando la nuova disciplina della l. 54/2006, poi continui a chiedere in via principale l'affidamento esclusivo del figlio, e solo in subordine quello condiviso (in tal modo, peraltro, negando proprio l'applicazione di quei profili di novità della nuova legge che pure in astratto invoca).

Ciò appunto sempre in ragione della sua fortissima e perdurante (quanto immotivata in termini obiettivi) ostilità verso la moglie.

L'affidamento condiviso si porrebbe allora solo come fonte di ulteriori gravissimi contrasti e di tensioni tra le parti, e non certo come occasione di collaborazione nell'interesse del figlio.

Beninteso, ciò non vuol dire che la nuova forma di affidamento non potrà mai disporsi.

Di contro, l'affidamento condiviso deve porsi, in via generale come nel caso di specie, “al termine” di un processo di “educazione” dei genitori alla dissoluzione della loro unione (ed alla conservazione, nel contempo, del loro ruolo genitoriale), cui può partecipare attivamente, con la crescita, il figlio stesso.

Da qui l'opinione diffusa che il nuovo istituto può “riuscire”, e diffondersi, solo se accompagnato da indispensabili supporti psicologici, anche extragiudiziari: **il ruolo della mediazione familiare è qui, verosimilmente, essenziale, pur se è stato assolutamente sottovalutato dalla legge 54/2006.**

Nel caso di specie non mancano elementi positivi, che consentono di non escludere, entro qualche anno, una volta stemperata la gravissima ostilità tra i coniugi, l'adozione dell'affidamento condiviso.

In tal senso può segnalarsi il buon rapporto padre- figlio (che non pare contestato) e soprattutto la circostanza che è iniziata una pur faticosa collaborazione tra i coniugi.

Così questi, all'udienza del 26 ottobre 2004, hanno concordato analiticamente le modalità di incontri padre – figlio, che risultano in atto.

Tale accordo, purtroppo, è rimasto un episodio isolato.

Deve così segnalarsi che nella memoria di replica è riportato che *“il dott. C. in quella sede ha accettato oborto collo le modifiche al regime di visita proposte dal GI, in quanto leggermente meno penalizzanti”*.

Tali gravi affermazioni, oltretutto in palese contrasto con quanto si evince dal verbale di udienza, costituiscono violazione, da parte dei difensori, dei doveri di cui all'art. 88 c.p.c.

Allo stato, comunque, va confermato l'affidamento esclusivo del minore alla madre, ex art. 155 bis c.c., cui competerà anche (in punto di potestà) l'adozione delle decisioni di ordinaria amministrazione.

L'affidamento alla madre, in atto dall'inizio della separazione, privilegia una ovvia esigenza di continuità, e tiene anche conto dell'età ancora tenera del minore, che richiede una presenza genitoriale costante.

A fronte di tali considerazioni, e di quelle svolte in precedenza, una Ctu psicologica si presenterebbe come superflua, e anzi meramente esplorativa.

Vanno anche garantiti gli incontri padre- figlio, con sostanziale conferma degli accordi in atto, sopra richiamati.

Pertanto il padre potrà vederlo e tenerlo con sé due pomeriggi a settimana, dall'uscita di scuola (o comunque dalle 15) fino alle ore 21, e a fine settimana alternati (dalle 10 del sabato, o dall'uscita da scuola, alle 21 della domenica, con pernotto).

Il padre potrà ancora tenerlo con sé 15 gg consecutivi nel periodo estivo, da concordarsi entro il 1 maggio di ogni anno, o comunque ad anni alterni dal 1 al 15 agosto e dal 16 al 31, e sempre ad anni alterni dal 24 al 30 dicembre e dal 31 dicembre al 6 gennaio, nonché per le festività pasquali (pasqua e lunedì dell'angelo).

Il C., pur contestando (ma solo in replica) gli orari di visita concordati, non ha proposto alcuna alternativa concreta (se non, sempre in replica, un impraticabile regime di affidamento sostanzialmente alternato, questo sì nocivo per il minore).

6) assegnazione della casa coniugale

Restano i profili di ordine economico.

L'abitazione della casa coniugale, in Napoli via omissis, di proprietà esclusiva del resistente, resta assegnata alla madre affidataria, ex art. 155 quater nuovo testo c.c.

Tale misura è conseguenziale all'affidamento e non richiede ulteriori specificazioni.

Il C. insiste però per la divisione dell'appartamento, assumendo che potrebbero ricavarne agevolmente due unità immobiliari, in una delle quali egli potrebbe abitare.

Sono state esibite anche delle contrastanti perizie tecniche.

Va allora ricordato che l'assegnazione della casa coniugale è funzionale all'interesse dei figli, nel senso che la conservazione dell'ambiente familiare vale ad attenuare il disagio psichico e materiale che si accompagna al mutamento dell'abitazione, v. Cass. 9 luglio 2004, n. 12666, *Foro It.*, 2006, I, 575, 27 novembre 1996, n. 10538, *id.*, Rep. 1997, voce *Matrimonio*, n. 134.

Tale continuità postula, ovviamente, che l'abitazione in oggetto conservi la consistenza dimensionale e qualitativa (arredi, pure oggetto di assegnazione) che la stessa aveva in costanza di vita familiare, il che sarebbe certo pregiudicato dalla realizzazione di lavori di divisione.

I figli, infatti, si troverebbero a disporre di una abitazione necessariamente più piccola, e diversa da quella che conoscevano ed in cui avevano vissuto, oltretutto con conseguenti riflessi negativi sul loro livello di vita (a vantaggio, evidentemente, dell'altro genitore).

Ciò è tanto più vero rispetto ad abitazioni di dimensioni non sproporzionate rispetto alle esigenze del nucleo familiare superstite, che vi continua ad abitare (e tenuto anche conto della esigenza di evitare pericolose vicinanze, specie in fattispecie conflittuali, come nella specie).

Tale è il caso di specie, ove l'appartamento abitato dalla T. e dal figlio (non rilevando che, all'origine, si trattava di due appartamenti poi riuniti) è esteso per circa 150 mq: sicuramente non piccolo, specie con riferimento alla realtà della città di Napoli, ma corrispondente alle condizioni socio-economiche delle parti.

In tal senso la scarsa giurisprudenza in materia, che considera del tutto residuale la possibilità di disporre una divisione della casa coniugale tra i coniugi (altra questione è quella dello scioglimento della comunione, cui si riferisce il provvedimento di merito richiamato dal resistente).

A fronte dell'animosità dimostrata dal C., in ordine all'assegnazione o quantomeno alla divisione della casa in oggetto, va ricordato che tale assegnazione spiegherà effetto fino a che il figlio continuerà a convivere con la madre, anche dopo il raggiungimento della maggiore età, e fino al conseguimento della autonomia economica, come da costante giurisprudenza.

7 a) posizione economica dei coniugi

La T., laureata in giurisprudenza (almeno così ha dichiarato: il C. contesta tale circostanza in conclusionale. Ma si tratta, comunque, di un dato irrilevante), è casalinga, e dispone di modesti risparmi (richiamati dallo stesso resistente).

Ella è proprietaria di alcuni immobili: un appartamento al XXXXX, locato a studenti, un altro in nuda proprietà, uno a via XXXX, in comunione con congiunti e la casa familiare in provincia di XXXX, a XXXX. E' produttivo di reddito, quindi, solo il primo immobile.

Non ha altre fonti di reddito.

Il C. è invece medico ginecologo, e svolge attività ospedaliera (ospedale), e percepisce una congrua retribuzione.

Ha riferito al Gi che, benchè autorizzato (vi è anche riscontro documentale) non ha mai svolto attività *intramoenia*.

E' però del tutto verosimile, come dedotto dalla ricorrente, che egli abbia svolto e svolga anche attività privata.

In particolare egli riceve regolarmente pazienti presso lo studio ginecologico del padre.

In tal senso i testi escussi; la De A. ha riferito di esserne direttamente a conoscenza, perché il padre del C. era il suo ginecologo, ed anzi ella ha procurato clienti, tra le colleghe e le amiche, al genero.

Anche la Teste ha confermato di aver sentito lo stesso C. riferirsi alla propria attività professionale presso lo studio paterno.

Tale circostanza è stata smentita dal portiere dello stabile ove tale studio si trova, ma la stessa PT , pur non avendo svolto una effettiva attività di indagini, ha accertato la presenza di uno studio medico, evidentemente in condizioni di efficienza, in via G. XXXX, luogo di residenza dei genitori del resistente, ciò pur se il padre di questi è molto anziano (il che fa supporre che altri si avvalga dello studio in parola).

Vi sono poi agli atti referti di strutture private, indirizzate al C. nel 2003, e un "quaderno pazienti".

Tale documentazione – esibita ritualmente (in questa sede giudiziale non si pone neanche la questione della tutela degli atti riservati, come invece si duole il resistente, che per il resto non è in grado di negare la valenza di tale documentazione) pure costituisce sicura conferma dello svolgimento, da parte del C., di attività privata.

Va poi segnalato che sia la teste Teste, indicata dallo stesso C., che Teste, hanno riferito di attività professionali (visite) svolte presso la stessa abitazione coniugale. La Teste ha anzi precisato che ivi *“c’era una stanza adibita a studio, con lettino, armadietto con attrezzi e lampada”*.

La revoca amministrativa dell’autorizzazione allo svolgimento dell’attività professionale in via xxxxx, ovviamente, non incide sul dato di fatto che, comunque, il C. abbia svolto, almeno fino a tale momento, siffatta attività privata.

Un ulteriore riscontro è offerto dallo stesso C.; questi, nell’esposto- diffida alla moglie e alla Teste del 4 novembre 2003, nel lamentare la violazione della propria privacy, segnala di essere *“autorizzato all’esercizio professionale presso la propria abitazione”* (ed anche le difese in atti contengono continui richiami all’uso della casa anche come studio professionale).

Né può trascurarsi che, sia dalla prova per testi, che dalla documentazione esibita, anche dallo stesso C., si desume un elevato tenore di vita familiare (il che pure conferma la disponibilità, da parte del resistente, di ulteriori fonti di reddito oltre lo stipendio).

Si è già detto dell’abitazione, di notevole prestigio; i coniugi erano poi soliti intraprendere viaggi, anche all’estero, soggiornare d’estate presso villaggi turistici (si è detto della Sardegna), disponevano di una multiproprietà al L., frequentavano ristoranti. Il figlio, poi, frequenta una scuola privata.

7 b) diritto della moglie all’assegno di mantenimento

Emerge allora con chiarezza da un lato l’ottima situazione reddituale del C., pur se non determinata nel preciso ammontare, dall’altro la disparità rispetto alla moglie, la quale non è sicuramente autosufficiente.

E’ appena il caso di ricordare che *“Il coniuge cui non sia addebitabile la separazione ha diritto al mantenimento a carico dell’altro, se vi è una disparità tra le posizioni economiche complessive attuali dei coniugi, da valutarsi con riferimento ai redditi e ad ogni altra utilità suscettibile di valutazione economica, compresa la disponibilità della casa coniugale, e sempre che il richiedente sia privo di adeguati mezzi propri, da valutarsi in via prioritaria con riferimento alla pregressa posizione economica complessiva dei coniugi durante la convivenza, e al conseguente tenore di vita che gli stessi avrebbero potuto tenere”*, Cass. 3 ottobre 2005, n. 19291; *Foro it.*, fasc. 5/2006

Nella specie, oltretutto, la circostanza che la T. sia rimasta casalinga, benchè munita di titoli di studio (lo stesso marito richiama un diploma di lingue), è derivata da un accordo intercorso,

durante la vita coniugale, con il marito. Così la teste Teste: *“la T. non lavorava...Proprio il C. mi ha detto che da piccolo aveva sofferto per l'assenza di entrambi i genitori, i quali lavoravano, ora preferiva che la moglie si occupasse a tempo pieno del figlio”*.

Va allora ricordato che secondo Cass. 11 dicembre 2003, n. 18920, *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 3, 31, l'art. 156 cod. civ., nello stabilire il diritto del coniuge separato senza addebito al mantenimento da parte dell'altro, a fronte di una accertata disparità economica tra le parti, subordina tale diritto alla condizione che chi lo pretenda “non abbia adeguati redditi propri”, ma non aggiunge quanto invece si legge nell'art. 5 comma 6 della legge 898/1970 in materia di divorzio: “o comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive”. Secondo la Suprema corte *“una mancata previsione del genere, nell'art. 156 cod. civ., appare niente affatto priva di ragion d'essere, in quanto, se prima della separazione i coniugi avevano concordato o quanto meno accettato (sia pure soltanto per facta concludentia) che uno di essi non lavorasse, l'efficacia di un tale accordo permane anche dopo la separazione (evitando così, tra l'altro, che il coniuge che non lavorava di colpo sia costretto a trovarsi un 'occupazione)’”*.

Il C. lamenta che la moglie, ancora giovane, ben potrebbe cercare un lavoro, il che lo esonererebbe dall'obbligo di mantenimento.

Di contro cass. 2 luglio 2004, n. 12121; Foro It. , 2006, I, 580, ha affermato che *“In tema di separazione personale dei coniugi i presupposti per il riconoscimento dell'assegno di mantenimento sono la non addebitabilità della separazione e la mancanza di redditi idonei a conservare il precedente tenore di vita, sussistendo disparità economica tra le parti, mentre l'inattività lavorativa del richiedente l'assegno costituisce circostanza estintiva dell'obbligo di corresponsione a carico dell'altro coniuge solo se conseguente al rifiuto accertato di opportunità di lavoro, non meramente ipotetiche, ma effettive e concrete.”*

Tale ultima circostanza ostativa, nella specie, non si riscontr Oltretutto la T., nata nel 1969, è da sempre al di fuori del mercato del lavoro, sicchè – al fine della conservazione del pregresso tenore di vita – necessita del mantenimento da parte del marito.

Non osta al riconoscimento dell'assegno neanche il patrimonio immobiliare sopra richiamato. Infatti Cass.. 12 aprile 2001, n. 5492, *Foro It.*, Rep. 2002, voce *Separazione di coniugi*, n. 68 dà rilevanza – nell'accertamento della posizione economica del richiedente l'assegno – alla circostanza che né il suo patrimonio immobiliare del coniuge, né gli eventuali suoi redditi non patrimoniali siano in grado di assicurargli il mantenimento del pregresso tenore di vita senza doversi ricorrere alla loro, sia pure parziale, alienazione, sicchè il giudice *“ prima di potergli negare il diritto all'assegno deve esaminare quale sia la posizione economica complessiva del coniuge nei cui confronti l'assegno sia richiesto”* .

Tanto si riscontra nella specie, atteso che solo un cespite produce reddito (l'appartamento in locazione a studenti), sicuramente in misura insufficiente rispetto ai fini che qui rilevano.

7 c) quantificazione delle contribuzioni per moglie e figlio

Pertanto il C. corrisponderà a controparte, a titolo di contributo al mantenimento della stessa, euro 750,00 mensili, annualmente rivalutabili secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo a partire da un anno dalla pubblicazione della presente sentenza.

Il padre contribuirà poi al mantenimento del figlio a mezzo del versamento mensile, alla madre affidataria, di euro 1200,00.

Tali importi sono annualmente rivalutabili secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo a partire da un anno dalla pubblicazione della presente sentenza.

L'incremento delle contribuzioni a carico del C., rispetto a quanto disposto in sede di separazione, si giustifica in ragione della più precisa valutazione della sua posizione economica, prima svolta, e – quanto al figlio – anche dell'aumento delle esigenze per il decorso del tempo (occorre garantire al figlio, giova ricordarlo, la conservazione del pregresso, elevato tenore di vita).

Si è tenuto in ogni caso conto dell'assegnazione alla moglie della casa coniugale, di proprietà esclusiva del marito, come detto.

Il padre inoltre sarà tenuto a corrispondere alla madre affidataria i 2/3 delle spese mediche non coperte dal SSN e scolastiche per il figlio.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

Vanno adempiute le formalità di legge.

P. Q. M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, così provvede:

- a) Pronuncia la separazione personale dei coniugi
T. R. e C. XXXX, , con addebito al marito.
- b) Affida il figlio minore V. in via esclusiva alla madre, con facoltà per il padre di vederlo e tenerlo con sé come indicato in motivazione
- c) Pone a carico del C. l'assegno mensile, per il mantenimento della moglie, di euro 750,00, e di euro 1200,00 quale contributo al mantenimento del figlio minore, da corrispondere alla madre affidataria, importi annualmente rivalutabili secondo l'indice Istat dei costi al consumo da un anno dalla pubblicazione della presente sentenza
- d) Assegna alla T. l'abitazione della casa coniugale
- e) Rigetta ogni altra domanda
- f) Condanna parte resistente alle spese del giudizio, che liquida in euro 215,00 per esborsi, 3000,00 per diritti, 4000,00 per onorario di avvocato, , oltre al 12,5% su diritti e onorari per spese forfetarie ed IVA e CPA come per legge.

g) Dispone trasmettersi la presente sentenza in copia autentica all'Ufficiale di Stato civile del Comune di Napoli per le annotazioni di legge.

Così deciso in Napoli, in camera di consiglio, il 9 giugno 2006

Il Giudice Estensore

Il Presidente