

L'AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI NATURALI

Avv. Carmelo Padalino

SOMMARIO

1. L'affidamento condiviso dei figli naturali: autorità giudiziaria competente. – 1.1. (*segue*): profili di diritto processuale. – 1.2. (*segue*): profili di diritto sostanziale.

1. *L'affidamento condiviso dei figli naturali: autorità giudiziaria competente.*

L'art. 4, secondo comma, della legge di riforma, dispone che «*le disposizioni della presente legge si applicano anche ... ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*».

È di fondamentale importanza, per le consequenziali ricadute dal punto di vista pratico, stabilire a quale autorità giudiziaria dovranno rivolgersi i genitori non uniti in matrimonio (le coppie di fatto) qualora vogliano ottenere la regolamentazione dell'affidamento e dell'esercizio della potestà genitoriale sui loro figli, nonché l'emissione dei consequenziali provvedimenti in tema di mantenimento del minore e di assegnazione della casa familiare.

La competenza spetterà al Tribunale ordinario ovvero al Tribunale per i minorenni ?

In favore della seconda opzione interpretativa (nel senso che la legge di riforma troverà applicazione anche nelle procedure camerali ex artt. 317 *bis* e 336 del codice civile) si è espresso un'autorevole Autore, secondo cui

«Il legislatore non ha voluto trasferire ai tribunali ordinari la competenza in materia di filiazione naturale perché non ha modificato l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile (dove si attribuiscono espressamente alla competenza del tribunale per i minorenni i procedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c.). La competenza ad occuparsene rimarrà, perciò, del tribunale per i minorenni con gli adattamenti necessari a rendere compatibili le previsioni delle nuove norme con la struttura del processo civile minorile»

(DOSI, *L'affidamento condiviso*, p. 16 e ss., in www.minoriefamiglia.it).

Ne consegue, secondo tale Autore, che dinanzi al Tribunale per i minorenni saranno applicabili tutti i principi introdotti dalla legge di riforma in materia di affidamento e di esercizio della potestà parentale sui figli, nonché quelli relativi al mantenimento della prole ed all'assegnazione della casa familiare.

Soluzione, questa, condivisa anche da un'autorevole interprete, secondo cui la legge di riforma

«prevede l'applicabilità di questo nuovo impianto normativo alle controversie tra genitori naturali, ovvero a quelle controversie che sono – e dovrebbero restare, non essendo stato modificato l'art. 38 disp. att. – di competenza del tribunale minorile»

(SERVETTI, *Affido condiviso, Prime osservazioni e nodi problematici*, in www.unicostmilano.it).

Nello stesso senso si è espressa l'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia (A.I.M.M.F.), che ha elaborato un documento ufficiale sulla legge di riforma, secondo cui

«dalla normativa approvata si ricava in modo inequivocabile la permanenza della competenza in capo ai tribunali per i minorenni, oltre che dei procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 cod. civ., anche di quelli di cui all'art. 317 *bis* cod. civ., non essendo stata assolutamente modificata dal legislatore tale norma, né, tanto meno, la norma di cui all'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile che prevede la competenza del T.M. riguardo a tali procedure; l'art. 155

L'affidamento condiviso dei figli

cod. civ. riformato, inoltre, si riferisce ai "genitori", non distinguendo tra coniugati o non coniugati e l'art. 4 comma 2 della riforma dispone che sono applicabili le disposizioni della nuova normativa "anche ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati"»

(ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI MAGISTRATI PER I MINORENNI E PER LA FAMIGLIA, Documento redatto dal Consiglio Direttivo relativo alla legge 8 febbraio 2006 n. 54 "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli", in www.minoretfamiglia.it).

Muovendo da questa premessa, l'A.I.M.M.F. ha sostenuto che

Dottrina

«laddove i T.M. dovessero essere investiti anche di tali domande accessorie (v. mantenimento del minore e assegnazione della casa familiare), l'art. 4 comma 2 della nuova legge potrebbe consentire la decisione da parte del T.M. delle domande stesse, visto che l'art. 155 cod. civ., comma 2, la cui applicazione è stata estesa anche ai procedimenti che riguardano figli di genitori non coniugati, prevede espressamente che il giudice "valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole"»

(ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI MAGISTRATI PER I MINORENNI E PER LA FAMIGLIA, Documento redatto dal Consiglio Direttivo e relativo alla legge 8 febbraio 2006 n. 54, cit.).

Ai fini che qui rilevano, interessanti spunti interpretativi possono essere tratti anche dall'esame dei lavori preparatori alla legge di riforma, nel corso dei quali è stato precisato che

Lavori preparatori

«Il testo, inoltre, si propone di intervenire anche con riferimento ad un altro ambito significativo, l'estensione dei principi alle coppie di fatto. In tal modo, si rende molto più precisa la normativa del settore e, soprattutto, si evitano le lungaggini tipiche dell'intervento dei tribunali per i minorenni, i quali agiscono con una lentezza statisticamente molto più consistente rispetto a quella dei tribunali ordinari, già, di per sé, non sempre velocissimi»

(Così l'On. PANIZ, relatore alla Camera dei deputati del disegno di legge, nella seduta n. 600 del 10 marzo 2005, pag. 5).

Nel corso della seduta tenutasi alla Camera dei deputati il 10 marzo 2005 è stato, altresì, dichiarato che

Lavori preparatori

«si parla di interesse superiore del minore: mi si deve spiegare la motivazione per cui, ancora oggi, non esista un giudice specializzato che si occupi esclusivamente delle questioni minorili. Da un lato, infatti, esiste un'ingiusta discriminazione tra i figli nati dal matrimonio, sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario che nella maggior parte dei casi non è un giudice specializzato, e figli nati fuori dal matrimonio, di cui si occupa il tribunale per i minorenni. Per tale motivo, il testo in esame contiene un ulteriore principio molto importante, relativo all'estensione della normativa anche alle coppie di fatto, e prevede la sottrazione di tale competenza al tribunale per i minorenni (si tratta di un aspetto che peraltro dovrà essere, a mio avviso, specificato con apposite proposte emendative)»

(Così l'On. LUSSANA nella seduta n. 600 del 10 marzo 2005, pagg. 15 e 16).

È di fondamentale importanza rilevare che l'emendamento proposto, a tal fine, dall'On. Lussana, e volto a modificare l'art. 38 disp. att. c.c.¹, nel senso di attribuire la competenza al Tribunale ordinario anche in ordine all'affidamento dei figli naturali, è stato ritirato dalla presentatrice, su invito formulato dall'On. Paniz, nella seduta tenutasi alla Camera dei deputati in data 7 luglio 2005.

Un ulteriore argomento può essere ricavato dall'esame del tenore testuale di un altro emendamento, presentato al Senato della Repubblica, volto ad introdurre la possibilità per il magistrato di disporre la collocazione dei figli minori presso terzi, ovvero presso un istituto di educazione, in presenza di gravi motivi o di ripetute

¹ L'emendamento Lussana, Francesca Martini 2.0350 era così formulato «Modifica dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile. - 1. L'articolo 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 38 - Per la soluzione dei conflitti insorti tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale e contemplati dagli articoli 269, 330, 332, 333, 334, 335 e 371 del codice civile, nonché per le questioni concernenti gli articoli 250, 252, 262, 264, 316 e 317 bis del codice civile è competente il Tribunale ordinario».

violazioni degli obblighi inerenti la potestà genitoriale.

Nonostante tale emendamento sia stato rigettato, è significativo notare che i presentatori dello stesso hanno attribuito, quale dato pacifico, al Tribunale per i minorenni la competenza relativamente ai procedimenti avviati al di fuori della separazione dei coniugi e, cosa ben più importante, «nel caso di figli di genitori non coniugati»

Lavori preparatori

«Al comma 2, dopo il capoverso «Art. 155-sexies» inserire il seguente capoverso: «Art. 155-sexies.1. – (Affidamento dei figli presso terzi) – 1. Per gravi motivi o in caso di ripetute violazioni degli obblighi inerenti la potestà genitoriale, il giudice competente per la separazione, ovvero il tribunale per i minorenni nel caso in cui il procedimento prenda avvio al di fuori della separazione dei coniugi o nel caso di figli di genitori non coniugati, può ordinare il collocamento dei figli minori presso terzi ovvero presso un istituto di educazione qualora ritenga, con provvedimento motivato, che tale soluzione sia più idonea a tutelare gli interessi del minore. Con il provvedimento il giudice disciplina altresì la facoltà di visita dei genitori e i loro obblighi di contribuzione al mantenimento dei figli»

(Emendamento Senatori Maritati, Calvi, Ayala, Fassone, Legnini, Franco Vittoria, Rotondo, Acciari, Di Girolamo, Stanisci 1.70.).

Ciò premesso, la sopra riportata interpretazione data alla disposizione di cui all'art. 4, comma 2, del nuovo testo di legge, nel senso che la competenza in materia di affidamento della prole naturale rimarrà al Tribunale per i minorenni, è da ritenere del tutto condivisibile per vari ordini di ragioni.

In primo luogo, perché il legislatore non ha modificato l'art. 38 delle disp. att. c.c., che, in materia di famiglia e di minori, segna il discriminio delle competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni ed attribuisce a quest'ultimo la competenza ad emettere, tra l'altro, i provvedimenti contemplati dall'art. 317 *bis* c.c., riguardanti l'esercizio della potestà e l'affidamento dei figli naturali².

² L'intervenuta abrogazione tacita dell'art. 317 *bis* c.c. riguarda il diverso problema (di cui appresso) della disciplina di diritto sostanziale applicabile in siffatti procedimenti.

Secondariamente, il legislatore ha voluto estendere alle coppie di fatto (ma, nell'ottica dell'esclusiva tutela dell'interesse del minore, sarebbe stato più corretto riferirsi ai figli delle coppie di fatto), l'applicazione delle nuove disposizioni introdotte dalla legge di riforma, onde rendere molto più precisa la normativa riguardante l'affidamento dei figli naturali in caso di cessazione del rapporto di convivenza di fatto³, tenuto conto che l'art. 317 *bis* c.c., nell'ipotesi di conflitto tra i genitori, non affrontava questo specifico problema, presupponendo che l'affidamento dei figli fosse già stabilito⁴.

Tanto è vero ciò che questa lacuna è stata colmata dalla giurisprudenza facendo applicazione, per l'affidamento della prole naturale e per i provvedimenti ad esso accessori, dei medesimi principi di diritto, indicati dalla legge o di origine pretoria, riguardanti i procedimenti di separazione e di divorzio.

Da ultimo, si consideri che il legislatore, all'art. 4, comma 2, della riforma, ha utilizzato, in modo estremamente significativo, l'espressione «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati». Laddove il legislatore avesse voluto attribuire al Tribunale ordinario la competenza a decidere anche sull'affidamento e sull'esercizio della potestà sui figli naturali, nonché sui consequenziali provvedimenti accessori, oltre a modificare gli artt. 317 *bis* c.c. e 38 disp. att. c.c., avrebbe stabilito l'applicabilità delle nuove disposizioni anche ai «figli» di genitori non coniugati (tenuto conto che l'art. 155 c.c. è rubricato «Provvedimenti riguardo ai figli») e non ai «procedimenti» relativi ai figli di genitori non coniugati.

A conferma di ciò si consideri che l'attuale formulazione dell'art. 4, comma secondo, della legge di riforma è il risultato

³ Anche al dichiarato fine di accelerare la conclusione dei relativi procedimenti dinanzi al Tribunale per i minorenni.

⁴ FERRANDO, *Affidamento dei figli*, in Enciclopedia del diritto, Aggiornamento I, Milano, 1997, p. 67. Di recente, ID, *La crisi delle unioni di fatto*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio. Rass. sist. giur. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 2003, p. 1125 ss..

dell'approvazione, alla Camera dei Deputati, dell'emendamento 4.355 (presentatore On. Bonito ed altri) che ha sostituito interamente la precedente formulazione della norma contenuta nel Testo Unificato della Commissione Giustizia, secondo cui «L'art. 155 del codice civile, come sostituito dalla presente legge, gli articoli 155-*bis*, 155-*ter*, 155-*quater*, 155-*quinquies* e 155-*sexies* del codice civile e l'articolo 709-*bis* del codice di procedura civile, introdotti dalla presente legge, si applicano anche alle fattispecie di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili di esso di cui alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché ai figli di genitori non coniugati».

L'aver sostituito il riferimento ai «figli» di genitori non coniugati con l'espressione «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati» (unitamente alla circostanza che l'art. 4, comma 2, della riforma prevede l'applicabilità delle nuove disposizioni a «procedimenti» già esistenti nel nostro ordinamento giuridico, quali il procedimento di scioglimento, di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio), esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di riferirsi a procedimenti già esistenti aventi ad oggetto l'affidamento e l'esercizio della potestà parentale sui figli naturali e, quindi, ai procedimenti di cui agli art. 317 *bis* e 336 c.c., già di competenza del Tribunale per i minorenni.

Diversamente opinando, l'utilizzo del termine «procedimenti» risulterebbe del tutto inutile, tenuto conto: 1) che il nuovo testo di legge è intervenuto a modificare l'art. 155 del codice civile, riguardante la disciplina dell'«affidamento dei figli», che deve, pertanto, costituire l'oggetto principale dei procedimenti cui si riferisce l'art. 4, comma 2, della riforma; 2) che non esistono procedimenti di competenza del Tribunale ordinario relativi all'affidamento ed all'esercizio della potestà parentale sui figli naturali, nell'ipotesi di cessazione del rapporto di convivenza di fatto tra i genitori; 3) che non è possibile applicare il procedimento previsto dagli artt. 706 e seguenti del codice di procedura civile alle coppie di fatto con prole, tenuto conto che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla

famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti»⁵; 4) che del tutto inconferente sarebbe l'eventuale richiamo al procedimento sommario previsto dall'art. 148 c.c., comma 2, avente ad oggetto solamente l'obbligo di mantenimento in favore dei figli.

Il legislatore della riforma, pertanto, stabilendo l'applicabilità delle nuove disposizioni anche ai «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati», ha inteso superare la regola della ripartizione delle competenze rispettivamente attribuite al Tribunale ordinario, in ordine al mantenimento dei figli naturali, ed al Tribunale per i minorenni, per i provvedimenti riguardo all'affidamento degli stessi, così eliminando quella irrazionalità del sistema che, secondo alcuni Autori, aveva determinato

Dottrina 

«una differenza tra le modalità di tutela dei diritti patrimoniali dei figli legittimi e naturali, per la quale si pone il problema se essa possa ritenersi compatibile con i principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza coordinati con i principi specificamente riguardanti la tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e la posizione dei figli (art. 30 Cost.)»

(MARCAZZAN, *Ripartizione delle competenze tra tribunale per i minorenni, tribunale ordinario e giudice tutelare*, in *Quaderni Cons. Sup. Mag.*, n. 109, p. 103).

Attuando, per espressa previsione legislativa, anche con riguardo ai figli naturali, quel «processo unitario che coinvolge il momento della sorte dei figli comuni e quello della regolamentazione dei rapporti patrimoniali relativi al mantenimento della prole»⁶.

⁵ Così Corte costituzionale, 13 maggio 1998, n. 166, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 205, con nota di CARBONE.

⁶ Recependo, in tal modo, le indicazioni provenienti dalla stessa Corte Costituzionale n. 166/1998 cit., secondo cui, in materia di filiazione naturale, «l'assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di politica legislativa».

L'avvenuta concentrazione di poteri in capo al Tribunale per i minorenni costituisce, pertanto, null'altro che la piena attuazione dell'art. 24 della Costituzione⁷.

2.1. (segue): profili di diritto processuale.

Con riferimento alla disciplina processuale applicabile ai procedimenti relativi alla prole naturale, è da ritenere che il Tribunale per i minorenni, dovendo pronunciarsi anche in ordine al mantenimento della stessa ed all'assegnazione della casa familiare, potrà adottare, nella generalità dei casi ed anche di ufficio, i provvedimenti temporanei nell'interesse dei figli (analogamente a quanto previsto dall'art. 708 c.p.c.), in virtù di quanto disposto dall'art. 336 c.c., comma 3, ritenendo sussistente *in re ipsa* il presupposto della «urgente necessità», in quanto legato all'esigenza di garantire serenità e stabilità alla prole naturale, a seguito della cessazione del rapporto di convivenza tra i genitori⁸.

Provvedimenti temporanei che potranno essere confermati, modificati o revocati, ex art. 742 c.p.c., a seguito dell'emanazione del decreto reso a conclusione del procedimento camerale.

L'emanazione di siffatti provvedimenti temporanei è tanto più opportuna quanto maggiore sarà la presumibile durata del procedimento dinanzi al Giudice minorile, tenuto conto che questi, ai sensi dell'art. 155-sexies c.c., anziché limitarsi ad assumere “informazioni” (secondo quanto dispone l'art. 336 c.c., comma 2),

⁷ Nello stesso senso, Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, in www.corteconstituzionale.it, con riferimento alla questione dell'attribuzione al Giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto.

⁸ Non è condivisibile, pertanto, l'affermazione secondo cui, nel procedimento dinanzi al Tribunale per i minorenni, «...non sono previsti provvedimenti provvisori o anticipatori (non è prevista in tribunale per i minorenni l'udienza presidenziale e non è previsto un giudice istruttore) e non si porrà, quindi, il problema della reclamabilità in appello dei provvedimenti provvisori» (DOSI, *L'affidamento condiviso*, cit., pp. 16 e 17).

potrà assumere, ad istanza di parte o di ufficio, mezzi di prova e dovrà disporre l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici ed anche di età inferiore, laddove ritenga il minore, con suo insindacabile giudizio discrezionale, capace di discernimento.

Ne consegue che, in attesa di definire ogni aspetto legato all'affidamento dei figli (anche a distanza di tempo dalla proposizione del ricorso), sarà di urgente necessità l'adozione di provvedimenti provvisori aventi ad oggetto l'assegnazione della casa familiare ed il mantenimento dei minori, onde garantire agli stessi, da un lato, la conservazione dell'habitat domestico inteso come centro della vita e degli affetti del medesimo, e, dall'altro lato, la conservazione di un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia ed analogo, per quanto possibile, a quello goduto in precedenza.

In caso di controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità di affidamento della prole, il procedimento previsto dal nuovo art. 709-ter c.p.c. (che ricorda molto da vicino quello disciplinato dall'art. 333 c.c.) prevede, per un verso, l'obbligatorietà, da parte del Tribunale per i minorenni, di convocare entrambi i genitori⁹, e, per altro verso, la possibilità di adottare i provvedimenti «opportuni».

In particolare, nell'ipotesi in cui uno dei due genitori commetta «gravi inadempienze» o «atti» che comunque arrechino «pregiudizio al minore» od «ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento», il Tribunale per i minorenni «potrà» adottare i provvedimenti ritenuti «opportuni», consistenti nella modifica dei provvedimenti in vigore in tema di esercizio della potestà e di affidamento della prole e – in aggiunta – «potrà» irrogare delle sanzioni in danno del genitore inadempiente (dall'ammonimento alla condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende).

La condotta del genitore idonea ad arrecare «pregiudizio al minore», ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., sembra perfettamente

⁹ Recependo così le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, 30 gennaio 2002, n. 1, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 230.

sovrapponibile alla condotta «comunque pregiudizievole al figlio» prevista dalla norma di cui all'art. 333 c.c.. Ne consegue che trattasi di condotte che non sono tali da rendere necessaria la pronuncia di decadenza dalla potestà parentale, ma di gravità tale da rendere necessaria l'emanazione di provvedimenti limitativi della potestà in via continuativa, ovvero in relazione a singole manifestazioni di essa¹⁰.

In ordine ai mezzi di impugnazione esperibili avverso i provvedimenti emanati dal Tribunale per i minorenni bisogna distinguere tre ipotesi:

a) la prima riguarda i provvedimenti emessi a conclusione del procedimento ex artt. 317 *bis* e 336 c.c., che continueranno ad essere reclamabili dinanzi alla Corte d'appello, Sezione per i minorenni, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., comma 4 (disposizione non modificata dalla riforma);

b) la seconda ipotesi riguarda l'impugnabilità dei provvedimenti emessi dal Tribunale per i minorenni in caso di inadempienze o di gravi violazioni commesse dai genitori in danno dei figli. In questo caso, l'art. 709-ter c.p.c., comma 3, espressamente dispone che «i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari» e, quindi, mediante il reclamo alla Corte d'appello, Sezione per i minorenni, da esperirsi nelle forme del procedimento camerale;

c) la terza ed ultima ipotesi riguarda i provvedimenti temporanei emessi dal Tribunale per i minorenni nell'interesse dei figli, prima della conclusione del procedimento camerale.

Sul punto, ritenuto che l'art. 4, comma 2, della riforma ha esteso ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati l'applicazione di tutte le disposizioni del nuovo testo di legge (e di tutti i principi in essa contenuti), non vi è alcun motivo per non ritenere ammissibile l'impugnazione anche di questi provvedimenti provvisori, estendendo ai procedimenti camerale il principio contenuto nell'art. 708 c.p.c., comma 4, secondo cui «contro i provvedimenti temporanei ed urgenti emessi nell'interesse del

¹⁰ Cass., 17 novembre 2005, n. 23333.

figlio si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio».

2.1. – (segue): profili di diritto sostanziale.

Una volta stabilito che la competenza a decidere sull'affidamento e sull'esercizio della potestà genitoriale sui figli naturali resterà prerogativa del Tribunale per i minorenni, occorre porsi il problema delle disposizioni applicabili, da parte del Giudice minorile, ai fini della decisione.

In altri termini, occorre domandarsi se, e in che misura, l'art. 317 *bis* c.c. potrà continuare ad essere utilizzato per la soluzione delle controversie relative all'affidamento dei figli naturali.

Il problema si pone perché il legislatore, nell'approvare la riforma, non ha provveduto a disporre l'abrogazione delle disposizioni precedenti incompatibili con quelle nuove, lasciando tale delicata attività interpretativa agli operatori del diritto (ed in primo luogo al Giudice).

Tale premessa è di fondamentale importanza, perché mentre l'abrogazione espressa vale nei confronti di tutti, l'abrogazione implicita, o tacita, essendo frutto dell'attività interpretativa del Giudice, vale solo nel singolo giudizio interessato e non vincola affatto gli altri Giudici¹¹. Ciò spiega il motivo per cui non si può tenere conto di un'eventuale abrogazione tacita della disposizione in esame ai fini della soluzione della questione relativa al riparto di competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni.

Ciò premesso, è da ritenere che, a seguito dell'approvazione della riforma, vi sia stata un'abrogazione tacita dell'intero art. 317 *bis* c.c.¹², tenuto conto che la nuova legge ha riformato interamente

¹¹ BIN - PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, p. 294 e ss..

¹² L'applicazione delle disposizioni del nuovo testo di legge anche ai figli naturali riconosciuti (o dichiarati tali in sentenza), rende superflui anche i primi due commi dell'art. 317 *bis* c.c., i cui precetti sono peraltro ricavabili

la materia dell'affidamento dei figli ed ha dichiarato, *apertis verbis*, l'applicabilità delle nuove disposizioni anche ai procedimenti riguardanti i figli naturali, nell'ipotesi di cessazione della convivenza *more uxorio* dei genitori.

Il Giudice minorile, pertanto, dovrà ritenere che, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, non sarà più applicabile l'art. 317 *bis* c.c. ai ricorsi proposti dai genitori interessati e, quindi, dovrà decidere le controversie sottoposte alla sua attenzione applicando direttamente le singole disposizioni, ed i sottostanti principi, introdotti dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54¹³.

Il legislatore della riforma non ha fatto altro che recepire gli orientamenti giurisprudenziali che, già da diversi anni, tutelavano la posizione dei figli naturali mediante l'applicazione dei medesimi istituti previsti a tutela dei figli legittimi, e ciò in applicazione del principio secondo il quale la condizione dei figli deve essere considerata come unica, a prescindere dalla qualificazione del loro *status*, e non può incontrare differenziazioni legate alle circostanze della nascita.

E così, in materia di affidamento ed esercizio della potestà parentale, il nuovo testo di legge ha garantito il diritto dei figli naturali di mantenere rapporti equilibrati e continuativi con ciascun genitore, non solo prevedendo l'applicazione di una disciplina analitica sull'affidamento, del tutto assente nella normativa previgente, ma soprattutto coinvolgendo entrambi i genitori (e non più solo quello convivente) nell'assunzione delle decisioni relative al minore.

In passato, secondo l'art. 317 *bis* c.c., comma 2, il genitore naturale convivente aveva l'esercizio della potestà per tutti gli aspetti della vita del figlio (principio della convivenza), mentre

dal combinato disposto degli artt. 155, modificato dalla riforma, e 261 c.c., secondo cui «il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi».

¹³ In passato, alcune pronunce di merito hanno ritenuto l'applicabilità per analogia delle norme sulla separazione e sul divorzio alla famiglia di fatto: cfr. App. Venezia, 26 novembre 1990, in *Dir. famiglia*, 1991, p. 570.

l'altro genitore veniva relegato ad un ruolo di mera vigilanza, non potendo neppure partecipare, di comune accordo con l'altro, alle decisioni di maggiore interesse per i figli.

La riforma ha eliminato questa immotivata discriminazione, stabilendo che «la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori» (art. 155 c.c., comma 3).

In tema di assegnazione della casa familiare in favore del genitore affidatario di prole naturale, non titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile, già la giurisprudenza di merito aveva affermato che

Giurisprudenza 

«in virtù della sostanziale identità, riconosciuta dall'ordinamento giuridico, del rapporto genitore-figlio nella famiglia naturale e nella famiglia legittima, può ritenersi applicabile in via analogica l'art. 155, 4° comma, c.c. all'ipotesi di scioglimento del vincolo di convivenza *more uxorio*»

(Trib. Palermo, 20 luglio 1993, in *Foro It.*, 1996, I, p. 122, con nota di SALME'; in senso conforme, Trib. Genova, 31 marzo 1987, in *Dir. famiglia*, 1988, p. 285).

Successivamente, la Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 155 c.c., comma 4, ha affermato il principio secondo cui

Giurisprudenza 

«il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli – legittimi e naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri. La condizione giuridica dei genitori tra loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità»

(Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Famiglia e dir.*, 1998, p. 205, con nota di CARBONE).

Rispetto alla precedente pronuncia del Tribunale di Palermo, la Corte Costituzionale ha escluso il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 155 c.c., comma 4, per difetto del presupposto

L'affidamento condiviso dei figli

della similarità delle situazioni considerate (rapporto coniugale, da un lato, e mera convivenza, dall'altro), ma ha tutelato ugualmente la posizione della prole naturale, affermando il principio secondo cui

Giurisprudenza

«l'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione di un rapporto di convivenza *more uxorio*, allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, deve quindi regalarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello *status*»

(Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit.).

Nel solco della decisione della Corte Costituzionale, la successiva giurisprudenza di merito ha sostenuto che

Giurisprudenza

«a seguito della cessazione della convivenza *more uxorio*, il giudice ordinario può disporre ex art. 700 c.p.c. l'assegnazione della casa coniugale in favore del genitore non proprietario esercente la potestà sul figlio minore»

(Trib. Foggia, 9 agosto 2002, in *Foro it.*, 2004, I, p. 303, con nota di DE MARZO).

«nell'interesse preminente della prole, il genitore affidatario del minore o maggiorenne non economicamente autosufficiente, nato durante un rapporto di convivenza *more uxorio* e riconosciuto da entrambi i genitori, ha diritto all'assegnazione della casa familiare di proprietà esclusiva dell'altro, affinché il figlio possa usufruire dell'ambiente domestico ove è vissuto e possa, tra l'altro, limitare il disagio e le difficoltà conseguenti alla cessazione della convivenza fra i genitori»

(Trib. Firenze, 29 giugno 1998, in *Foro toscano*, 1999, p. 295, con nota di NUTI).

Una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione ha confermato l'orientamento delineatosi in materia, sul rilievo che

Giurisprudenza

L'affidamento condiviso dei figli

«in tema di famiglia di fatto e nella ipotesi di cessazione della convivenza *“more uxorio”*, l'attribuzione giudiziale del diritto di (continuare ad) abitare nella casa familiare al convivente cui sono affidati i figli minorenni o conviva con figli maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti per motivi indipendenti dalla loro volontà è da ritenersi possibile per effetto della sentenza n. 166 del 1998 della Corte Costituzionale, che fa leva sul principio di responsabilità genitoriale, immanente nell'ordinamento e ricavabile dall'interpretazione sistematica degli articoli 261 (che parifica doveri e diritti del genitore nei confronti dei figli legittimi e di quelli naturali riconosciuti), 147 e 148 (comprendenti il dovere di apprestare un'idonea abitazione per la prole, secondo le proprie sostanze e capacità) cod. civ., in correlazione con l'art. 30 della Costituzione. Tale diritto è attribuito dal giudice al coniuge (o al convivente), qualora sussistano i presupposti di legge, tale da comprimere temporaneamente, fino al raggiungimento della maggiore età o dell'indipendenza economica dei figli, il diritto di proprietà o di godimento di cui sia titolare o contitolare l'altro genitore, in vista dell'esclusivo interesse della prole alla conservazione, per quanto possibile, dell'habitat domestico anche dopo la separazione dei genitori»

(Cass., 26 maggio 2004, n. 10102, in *Foro it.*, 2004, I, p. 2742).

In materia di trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare da parte del genitore affidatario di prole naturale, la Corte Costituzionale ha stabilito che

Giurisprudenza

«come il diritto del figlio naturale a non lasciare l'abitazione in seguito alla cessazione della convivenza di fatto fra i genitori non richiede un'apposita previsione, in quanto il diritto all'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario di prole naturale può trarsi in via di interpretazione sistematica dalle norme che disciplinano i doveri dei genitori verso i figli, così, anche il diritto del genitore affidatario di prole naturale – e che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile – ad ottenere la trascrizione del provvedimento di assegnazione non necessita di un'apposita previsione, dal momento che risponde alla medesima *ratio* di tutela del minore ed è strumentale a rafforzarne il contenuto: il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli e di garantire loro la permanenza nello stesso ambiente in cui hanno vissuto con i genitori deve essere assolto tenendo conto, prima che delle posizioni dei terzi, del diritto che alla prole deriva dalla responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 della Costituzione»

(Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in www.cortecostituzionale.it).

Quanto all'obbligo di mantenimento in favore della prole naturale, l'applicabilità del nuovo art. 155 c.c. anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati ha ricondotto ad unità un sistema palesemente disarmonico, anche se dichiarato, in più d'una occasione, costituzionalmente legittimo¹⁴.

In precedenza, la competenza sulla domanda avente per oggetto la condanna del genitore naturale non convivente a contribuire al mantenimento del figlio minore, ed a rimborsare le spese sostenute per siffatto mantenimento, spettava al Tribunale ordinario, sul rilievo che, in un caso simile, la lite rappresentava un procedimento contenzioso “tra i genitori”, nel senso che il procedimento anzidetto non coinvolgeva più direttamente il minore, bensì due soggetti maggiorenni, avendo come *causa petendi* la comune qualità di genitori e come *petitum* la determinazione del contributo che l'uno doveva versare all'altro.

L'unica eccezione a siffatta regola generale, con conseguente attribuzione della competenza al Tribunale per i minorenni, era costituita dall'ipotesi di domanda di condanna al mantenimento della prole naturale proposta contestualmente a quella di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, e come accessoria a questa, ai sensi dell'art. 277 c.c..

In questo senso l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità secondo il quale

Giurisprudenza 

«è il giudice minore (quindi sia il tribunale per i minorenni che la Sezione civile per i minorenni della Corte d'Appello), adito per il riconoscimento della paternità naturale di un minore, competente senz'altro a conoscere di ogni domanda consequenziale di natura economica, tra cui, oltre quella avente ad oggetto il rimborso di spese di mantenimento già sostenute per il minore ai sensi dell'art. 38 (nella nuova formulazione) disp. att. c.c., anche quella avente ad oggetto la corresponsione del periodico mantenimento in favore dello stesso minore e per il periodo dalla nascita alla decisione e per l'ulteriore

¹⁴ Così Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 451, in *Fam e dir.*, 1998, p. 114; nonché Corte Cost., 5 febbraio 1996, n. 23, in *Foro it.*, 1997, I, p. 61.

L'affidamento condiviso dei figli

periodo da quest'ultima in poi (compresa la fase eventuale tra il raggiungimento della maggiore età e l'autosufficienza economica)»

(Cass., 30 giugno 2005, n. 14029; in termini, Cass., 28 giugno, 1994, n. 6217, in *Foro it.*, 1996, I, p. 251).

«il tribunale per i minorenni, il quale è competente, ai sensi del primo comma dell'art. 38 disp. att. cod. civ. (come modificato dall'art. 68 della legge 4 maggio 1983, n. 184), a conoscere dell'azione per la dichiarazione di paternità e maternità naturale, di cui all'art. 269, primo comma, cod. civ., "nel caso di minori", è altresì competente, a norma del secondo comma dell'art. 277 cod. civ., ad emettere i provvedimenti opportuni in tema di mantenimento dei minori stessi e di determinazione del relativo assegno, quali misure consequenziali ("effetti della sentenza", secondo quanto recita la rubrica del citato art. 277 cod. civ.) alla pronuncia dichiarativa del rapporto di filiazione, là dove simili provvedimenti rientrino nel contenuto eventuale della decisione che conclude con esito affermativo il procedimento anzidetto».

(Cass., 14 maggio giugno 2005, n. 10128; in termini, Cass., 3898-2002; Cass. 3457-2002; Cass. 7629-1994; 7309-1994; 6868-1994; 2364-1993; 4273-1991).

«a norma dell'art. 38 disp. att. cod. civ. la competenza del Tribunale per i minorenni è delimitata dalle materie espressamente ad esso demandate dal primo comma, fra le quali non rientra la determinazione dell'assegno di mantenimento per i figli naturali riconosciuti, mentre per ogni altra materia, in mancanza di specifica previsione legislativa è competente il Tribunale ordinario ... competente a conoscere della controversia concernente l'entità del contributo che un genitore naturale deve corrispondere all'altro per il figlio minorenne è il Tribunale ordinario, salvo che la domanda non sia proposta contestualmente a quella di dichiarazione giudiziale di paternità, che in tale limitata ipotesi attribuisce la competenza al Tribunale per i minorenni»

(Cass., 7 maggio 2004, 8760; in termini, Cass., 20 aprile 1991, n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 634).

Da quanto premesso derivavano due importanti corollari: 1) in primo luogo che il Tribunale per i minorenni già si occupava degli aspetti economici legati all'affidamento della prole naturale; 2) in secondo luogo che, nelle controversie concernenti l'entità del contributo di mantenimento, la competenza a decidere veniva determinata sulla base della mera attività posta in essere dal genitore che agiva per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale (a seconda della proposizione, o meno, della domanda accessoria di condanna al mantenimento del figlio).

L'affidamento condiviso dei figli

La legge sull'affidamento condiviso, valorizzando e tutelando i diritti del figlio minore (sia esso legittimo o naturale), tra cui certamente rientra quello al mantenimento, ex artt. 147 e 148 c.c., ha esteso, del tutto coerentemente, l'applicazione del nuovo art. 155 c.c. anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, garantendo così una disciplina unica ed unitaria, idonea a garantire la certezza del diritto ed anche ad assicurare una maggiore e più incisiva tutela in favore della prole naturale, atteso che i genitori non uniti in matrimonio non dovranno più rivolgersi a due tribunali (ordinario e minorile) onde ottenere i medesimi provvedimenti (in tema di affidamento, regolamentazione dell'esercizio della potestà, assegnazione della casa familiare ed assegno di mantenimento) che, viceversa, i genitori legittimi potevano ottenere dinanzi ad un unico giudice.