

**100** – L’abrogato art. 155 *bis* c.c.; **101** – Affidamento esclusivo; 102 – Presupposti; 103 – Scelta del genitore; 104 – Richiesta di affidamento esclusivo; 105 – Domanda manifestamente infondata; **106** – Art. 96 c.p.c.; 107 – Regime dell’affidamento in via esclusiva; **108** – Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni; **109** – Revisione dei provvedimenti concernenti l’affidamento (art. 337 *quinquies*).

**Riferimenti normativi:** artt. 337 *quater* e 337 *quinquies* c.c.

**L’abrogato art. 155 *bis* c.c.** Il vigente art. 337 *quater* c.c. riprende, nei primi due commi, il dettato dell’abrogato art. 155 *bis*, che era stato inserito dalla L. 54/2006 nel contesto di alcune norme innovative del codice civile da applicare nei casi di separazione coniugale e di divorzio, nonchè (per effetto dell’art. 4, secondo comma L. 54/2006) nei casi di nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati; casi ai quali furono aggiunti, dal D.L.vo 154/2013, quelli di annullamento del matrimonio. Il detto art. 155 *bis* consentiva di derogare, nella disgregazione della comunione matrimoniale o nella cessazione della convivenza, al principio generale della condivisione dell’affidamento nei casi in cui siffatta modalità di partecipazione fosse risultata non adeguata alla situazione concreta. La deviazione dal principio era sottoposta a una precisa condizione: quella per cui l’affidamento (anche) all’altro si fosse rivelata contraria all’**interesse del minore**. Di qual genere dovesse essere questo interesse, del quale tener conto, lo chiariva il secondo comma della norma citata, con il richiamo ai diritti del minore previsti dal primo comma dell’art. 155. Si desumeva, così, che tale interesse doveva essere ricercato nel diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, a ricevere da entrambi cura, educazione e istruzione, oltre a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Se ne ricavava per certo che l’interesse in questione non poteva essere meramente egoistico, di attaccamento sentimentale o di convenienza. Posto che la cessazione della vita matrimoniale o della convivenza tra i genitori non li esonera dall’obbligo di provvedere, entrambi, alla crescita dei figli nel modo, per costoro, più conveniente possibile e, per gli stessi genitori, con uguali responsabilità (art. 317, secondo comma), soltanto ragioni incidenti su questa finalità comune potevano giustificare una ripartizione diversa di una siffatta responsabilità.

L’aver previsto la citata deroga alla generale regola dell’affidamento condiviso non contraddiceva lo spirito della riforma apportata dalla L. n. 54/2006, che aveva introdotto l’art. 155 *bis*. Si trattava di considerare pragmaticamente che eventi, atteggiamenti, evoluzione di situazioni (si pensi al genitore che si forma una nuova famiglia ed ha altri figli) possono impedire in radice oppure rendere incompatibile un rapporto continuativo stretto con l’uno dei genitori e rendere opportuno che la convivenza, la vicinanza, la quotidianità siano circoscritte a uno soltanto tra essi. In ogni caso, la deroga aveva dei limiti. La **potestà genitoriale restava comune ai genitori**; le decisioni di maggior interesse per i figli dovevano essere prese di comune accordo.

**Affidamento esclusivo.** L’art. 337 *quater*, come accennato, riprende il dettato dei primi due commi dell’abrogato art. 155 *bis* e, anzi, ne ripete il testo senza modifiche sostanziali. La natura, conseguentemente soltanto formale, dell’intervento dovuto al D.L.vo 154/2013 conferma che l’affidamento esclusivo a uno dei genitori rimane a costi-

tuire una eccezione da giustificare con la contrarietà dell'affidamento condiviso all'interesse del minore. Sul punto possono essere richiamate le acquisizioni interpretative della dottrina e della giurisprudenza relative al regime precedente alle modifiche e che risultano tuttora attuali. Come si è ricordato, gli interventi dovuti all'art. 4 L. 54/2006 e al D.L.vo 154/2013 (cui è dovuto l'art. 337 *bis*), hanno fatto delle norme di cui all'attuale Capo II del Titolo IX, Libro I, c.c. il regime generale di disciplina del trattamento dei figli minori in qualsiasi ipotesi di crisi o di dissoluzione della coppia genitoriale.

Si era concordemente ritenuto che l'opportunità di divergere dalla generale regola dell'affidamento condiviso deve costituire **specifico oggetto di accertamento ad opera del giudice**, tanto nel momento in cui devono essere emanati i provvedimenti in sede di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio (e nei procedimenti sui figli nati fuori dal matrimonio) quanto allorchè debbasi pronunciare sulla precisa e autonoma istanza rivolta a far cessare l'affidamento condiviso e ottenere quello esclusivo al soggetto ricorrente. La necessità di un accertamento esauriente è dimostrata dall'**obbligo per il giudice di motivare la deroga** dal principio generale, obbligo che non è espressamente previsto nel caso in cui disponga l'affidamento condiviso. La motivazione non può far riferimento generico all'opportunità o alla convenienza. Né può essere fondata su una valutazione di maggiore o minore idoneità comparativa dell'uno o dell'altro genitore, dovendo riguardare invece l'accertata incompatibilità dell'affidamento a uno dei genitori con il perseguimento dell'interesse del minore. La precisa indicazione del criterio dell'interesse della prole, quale interesse a veder tutelato un preciso diritto anche nei confronti dei genitori, esige che la decisione difforme dalla regola generale sia giustificata con argomenti riguardanti in modo esplicito la necessità di ricorrere ad una soluzione alternativa, proprio e soltanto per la salvaguardia di quel preciso diritto. In sostanza, la normativa consente di escludere il genitore immeritevole dell'affidamento, senza, peraltro, richiedere una sua responsabilità in proposito: le ragioni possono essere oggettive e incolpevoli, non dovute, cioè, all'inadempimento dei doveri familiari.

**102 Presupposti.** La giurisprudenza aveva affermato che la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, di cui all'(allora) art. 155, è derogabile solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore, con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo deve essere sorretta da una motivazione non più solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero sulla manifesta carenza dell'altro genitore; e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi perché esso avrebbe, altrimenti, una applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto (Cass. 1777/2012; Cass. 24841/2010; Cass. 16593/2008; Trib. Napoli, sez. I, 22 febbraio 2012, *Giur. merito*, 2013, I, 66). Per l'**irrilevanza della conflittualità tra i genitori** si è espressa anche Cass. 21591/2012, la quale ha osservato che l'affidamento condiviso è comunque da ritenersi maggiormente idoneo a riequilibrare la compartecipazione nel ruolo genitoriale in favore dell'interesse dei figli minori. In proposito, però, Cass. 5108/2012, ha avvertito che la conflittualità può non assumere rilievo sino a che si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre assume connotati ostativi all'applicazione dell'affidamento condiviso ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse

In dottrina, oltre alle trattazioni dedicate, si vedano: AMRAM, *Corte di cassazione e giurisprudenza di merito, alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, in *Fam. Dir.*, 2008, 1106; FIORINI, *Autonomia privata e affidamento condiviso*, *Riv. not.*, 2007, 47; MARINI, *Conflittualità dei coniugi e affidamento condiviso*, *Dir. fam.*, 2007, 931.

Come esempio di fattispecie considerata giustificatrice della deroga all'affidamento condiviso può ricordarsi il ricorrente caso in cui uno dei genitori si rende totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed esercita in modo discontinuo il suo diritto di visita: si è affermato che tali comportamenti sono sintomatici della inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso accolla anche al genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente (Cass. 24526/2010; Cass. 26587/2009; Trib. Roma 9 gennaio 2012, n. 198). Il Tribunale di Bologna, 17 aprile 2008, (in *Dir. famiglia*, 2009, I, 215, nota di MANERA, ha affermato: "Mentre nell'ipotesi di affidamento bigenitoriale l'esercizio della potestà parentale è regolato secondo il modello predeterminato dal legislatore (il comune accordo sulle decisioni di maggior interesse), salva la possibilità per il giudice di

stabilire l'esercizio separato della potestà limitatamente alle questioni ordinarie, nell'ipotesi di affidamento monogenitoriale è possibile e legittimo che il genitore non affidatario – in base ad un provvedimento motivato e suscettibile di modifica nel tempo – sia escluso (tanto è vero che l'art. 155 *bis*, comma 2, c.c. parla di affidamento esclusivo) in tutto od in parte dall'esercizio della potestà quando una diversa soluzione sia contraria all'interesse della prole”.

Cass. 11068/2011 ha affermato che l'affidamento condiviso dei figli minori costituisce la regola generale anche in tema di filiazione naturale e che essa può essere derogata dal giudice con la previsione dell'affidamento esclusivo ad un solo genitore, ritenuto idoneo, allorché sia provata, in negativo, l'inedoneità dell'altro genitore, tale da rendere in concreto l'affido condiviso pregiudizievole per il minore (nella specie, la Suprema Corte ha confermato il provvedimento di merito che aveva disposto l'affido esclusivo alla madre della figlia minore, in ragione dell'inedoneità del padre, desunto dal fatto che questi, con le sue cure eccessive, sottoponeva la bambina ad uno stress continuo, non consentendole una vita armonica e serena).

Non è stata ritenuta ostativa all'affidamento condiviso una condanna penale, non ancora passata in giudicato, anche se relativa a reati commessi nel contesto della separazione (Cass. 24841/2010, in relazione a una condanna della madre per calunnia nei confronti del marito, accusato falsamente e nella consapevolezza della sua innocenza di avere abusato della figlia, all'epoca di tre anni di età). È stata, invece, considerata situazione ostativa la particolare situazione del rapporto del padre con la sua famiglia di origine e, in particolare, il comportamento gravemente denigratorio da lui e dalla sua famiglia assunto nei confronti della madre: erano emerse manifestazioni di sostanziale disprezzo per la moglie da parte di tutti i membri della famiglia del marito, il quale presentava – secondo la corte di merito – una dipendenza non ancora risolta con la propria madre, con violazione dell'obbligo di assistenza morale dovuta alla moglie (Cass. 1791/2011, in *Guida al dir.*, 2011, 37, 38, nota di FINOCCHIARO). È stata, inoltre, considerata condizione ostativa l'essere uno dei genitori affetto da problemi di depressione legati all'uso di sostanze alcoliche, poiché tale condizione patologica comporta, fino a che non sia definitivamente superata, una carenza sul piano genitoriale, consistente nell'eventuale anteponimento delle proprie esigenze personali (di riabilitazione psico-fisica) rispetto ai bisogni, dei figli, di avere una presenza genitoriale nel pieno delle proprie funzioni (Corte app. Brescia 18 novembre 2011, in *Guida al dir.*, 2012, 25, 13). Cass. 16593/2008 ha ritenuto gravemente screditatoria nei confronti della moglie la condotta del marito che aveva profferito accuse di incapacità educativa di costei, anche per non provate sue relazioni omosessuali, e ha valutato tale comportamento in termini non di mera conflittualità ma di oggettiva incapacità dell'uomo alla condivisione dell'esercizio della potestà genitoriale in termini compatibili con la tutela dell'interesse primario del minore, mentre la madre aveva mostrato disponibilità a favorire i rapporti tra il padre e il figlio, il quale era apparso sereno e ben integrato scolasticamente.

Il Tribunale di Tivoli, 8 febbraio 2010, n. 209, ha osservato che l'elevata conflittualità esistente tra i coniugi non può essere di ostacolo all'affidamento condiviso anche perché altrimenti le parti potrebbero essere stimolate al conflitto proprio per cercare di ottenere l'affidamento esclusivo. Si è affermato che l'affidamento a un solo genitore è previsto alla stregua di una situazione eccezionale e postula non solo un giudizio di valore nei riguardi dell'affidatario ma anche un corrispondente giudizio di disvalore in relazione alle capacità educative e al possesso di qualità tali da rendere l'altro genitore idonea figura di riferimento (Trib. Novara 21 luglio 2011, *Giur. merito*, 2013, 5, 1048). Il Tribunale di Prato (13 febbraio 2009, *Foro it.*, 2009, I, 1222) ha ritenuto doverosi disporre l'affidamento esclusivo di un minore di cinque anni di età al padre considerato in grado di assicurargli un modello educativo idoneo a garantire un regolare processo di socializzazione e consentirgli di acquisire le certezze indispensabili per una crescita equilibrata, a differenza dall'altro genitore che, per avere abbracciato una nuova religione, quella dei testimoni di Geova, si presentava destabilizzante per il minore stesso, con il prospettargli un modello educativo tale da rendergli impossibile una corretta socializzazione. Il Tribunale di Modena, richiesto dell'affidamento condiviso, lo ha disposto con pronuncia 29 dicembre 2008, ma, in considerazione del fatto che quello esclusivo era durato per tre anni e si era dunque consolidato nel tempo, ne ha sostanzialmente ed esplicitamente conservato il regime di frequentazione dei genitori antecedente, sull'assunto che un consistente mutamento delle concrete modalità di questa frequentazione, con conseguente mutamento di indirizzo educativo, sarebbe apparso contrario all'interesse del minore.

Sulla scelta del genitore affidatario può influire la distanza che la mutata residenza lo separa dal figlio da visitare o il trasferimento all'estero, effettuato o progettato come imminente. In questi casi si è affermato che la distanza, di per sé, può incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore (Cass. 24526/2010); e che la residenza all'estero o l'intenzione di trasferirsi all'estero non valgono a modificare il quadro complessivo dei riferimenti, non sussistendo alcuna disposizione che vieti o comunque limiti l'affidamento dei figli ai genitori residenti all'estero ed essendo anzi costituzionalmente garantito al cittadino il diritto di uscire dal territorio della Repubblica (Cass. 28117/1991). In tal senso anche Cass. 6312/1999, la quale ha evidenziato la necessità, in questi casi, di una più complessa e delicata indagine circa l'interesse del minore, stante l'inevitabile compressione dei rapporti che il genitore non affidatario deve subire e le difficoltà che al medesimo derivano nell'espletamento del suo diritto-dovere di concorrere all'istruzione e all'educazione del figlio. Più di recente si è affermato che il coniuge che intende trasferire la residenza lontano da quella dell'altro coniuge non perde l'idoneità ad avere l'affidamento dei figli minori, e che il giudice,

pertanto, deve esclusivamente valutare se sia più funzionale all'interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, anche se ciò può incidere in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non affidatario (Cass. 9633/2015).

Il Tribunale di Napoli dovette pronunciarsi sulla richiesta di affidamento condiviso, da parte di un genitore – il padre – che viveva a Parma, di un minore affidato all'altro genitore – la madre – residente a Napoli. Dopo numerosi incontri tra gli interessati tramite consulenti tecnici d'ufficio e di parte, il collegio pronunciò il richiesto affidamento con domiciliazione del figlio presso la madre, in dichiarata osservanza di un principio divenuto regola generale anche sul piano comunitario e internazionale: e per il quale il figlio di genitori divisi ha il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti tra i due genitori, anche se non residenti nella stessa città. Nel senso dell'irrelevanza della distanza, pur considerevole, tra i genitori, anche Trib. Bologna, sez. I, 2 agosto 2011, n. 2113, *Giur. merito*, 2013, 5, 1048; e Trib. Modena 1 febbraio 2011, che ha autorizzato uno dei genitori a trasferirsi dalla provincia di Modena a quella di Reggio Calabria con i figli, affidati in via condivisa a entrambi i genitori.

In tema di separazione personale dei coniugi, l'esclusivo interesse del minore costituisce l'unico parametro per le determinazioni del giudice di merito sull'affidamento della prole, di cui può pertanto anche disporsi il collocamento presso terzi, se sussistono gravi e specifiche ragioni che ostano all'affidamento all'uno o all'altro genitore. Nell'affermare questo principio, la Suprema corte ha cassato la decisione d'appello che aveva affidato una minore di circa sei anni di età alla madre, anche alla stregua di considerazioni di carattere religioso, senza fornire adeguata motivazione in ordine alla maggiore corrispondenza all'interesse della bambina dell'affidamento a terzi, già disposto dal giudice di primo grado per gravissime e comprovate ragioni, evidenziate da una consulenza tecnica d'ufficio (Cass. 14840/2006). Il Tribunale di Milano (sent. 19 marzo 2014) ha affermato che la relazione omosessuale della madre non costituiva di per sé un pregiudizio per le figlie, le quali potevano continuare ad abitare con lei, con l'unica cautela di evitare che le frequentazioni della compagna avvengano in presenza delle predette.

**103 Scelta del genitore.** L'affidamento a un unico genitore deve avvenire valutando quale sia quel genitore che appare il più adatto a ridurre al massimo i danni derivati dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore. L'individuazione di tale genitore richiede un giudizio prognostico circa la capacità di crescere ed educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo. Al riguardo gli elementi indicati come guida dalla giurisprudenza sono: le modalità con le quali è stato svolto in passato il ruolo di genitore; la capacità di relazione affettiva, di comprensione, di attenzione, di disponibilità a un rapporto assiduo; l'apprezzamento della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente nel quale deve vivere il minore. Più di recente si è affermato che il coniuge che intende trasferire la residenza lontano da quella dell'altro coniuge non perde l'idoneità ad avere l'affidamento dei figli minori, e che il giudice, pertanto, deve esclusivamente valutare se sia più funzionale all'interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, anche se ciò può incidere in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non affidatario (Cass. 9633/2015).

Il provvedimento che affida il figlio a un solo genitore deve essere munito di **motivazione** non soltanto sulla idoneità del genitore prescelto come affidatario ma anche, in negativo, sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore (Cass. 24526/2010). La motivazione non può risolversi in apprezzamenti di opportunità o di semplice convenienza ma deve fondarsi sul rilievo di circostanze concrete che giustifichino l'abbandono della regola generale costituita dall'affidamento condiviso. Avvertiva già in epoca risalente la giurisprudenza che tutti i provvedimenti riguardanti i figli vanno adottati con esclusivo **riferimento all'interesse morale e materiale** di costoro; e che, pertanto, quei provvedimenti non possono essere disposti né vanno intesi come premio o punizione per l'uno o per l'altro dei genitori ma devono essere ispirati al criterio del minor danno che possa derivare ai figli dalla cessazione della convivenza tra i loro genitori (Cass. 4127/1981). In questo quadro di principi, per la giurisprudenza la posizione soggettiva conferita al coniuge affidatario non va intesa come un diritto bensì come un *munus*; mentre il diritto di visita spettante all'altro genitore va considerato a sua volta non come un diritto ma come uno strumento per l'esercizio del diritto-dovere comune ai genitori di mantenere, istruire, educare i figli (Cass. 5714/2002).

La valutazione della ricorrenza della condizione cui è subordinato l'affidamento in via esclusiva è affidata al giudice del merito che in proposito ha indubbi e rilevanti poteri di iniziativa d'ufficio, come è la regola pressoché in tutto l'ambito del diritto di famiglia che approda alle aule giudiziarie. È consueta prassi affidare indagini a consulenti tecnici e, in particolare, ad esperti nelle materie psicologiche e delle relazioni sociali; e la normativa ha ormai reso incontrovertibile il punto concernente la doverosità di acquisire l'opinione del minore coinvolto in questioni che direttamente lo

interessano. L'art. 315 *bis* ha fatto dell'ascolto del minore dodicenne o di età inferiore, se capace di discernimento, un vero e proprio diritto di questi, che la dottrina ha subito individuato come diritto fondamentale della persona, protetto dall'art. 2 della Costituzione. L'inosservanza dell'obbligo di ascolto è cagione di nullità del provvedimento (Cass., **Sez. Un.**, 22238/2009).

**Richiesta di affidamento esclusivo.** L'affidamento in via esclusiva a uno dei genitori può essere disposto con il provvedimento che sancisce la separazione dei coniugi, lo scioglimento del matrimonio, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'annullamento o la nullità del matrimonio oppure in esito ai procedimenti riguardanti i figli nati fuori dal matrimonio. Una richiesta in tal senso può essere **proposta in qualsiasi momento**, come prevede il comma secondo dell'art. 337 *quater*, in ciò ripetendo quanto già prevedeva l'abrogato suo predecessore art. 155 *bis*. Sul punto il legislatore non ha ritenuto di dover fornire dettagli, affidando all'interprete il compito di individuare le modalità e i mezzi per la presentazione di una istanza consentita genericamente in qualunque momento. L'istanza, come è spesso avvenuto, può essere contenuta in un ricorso per la modifica delle condizioni della separazione, ex art. 710 c.p.c., o delle condizioni di divorzio, ex art. 9 L. 898/1970. Nel caso di convivenze di fatto, di regola la domanda si inserisce nel contesto di un contrasto concernente i figli che richiede una più ampia sistemazione e un assetto idoneo a produrre anche effetti giuridici di natura economica.

Il Tribunale di Varese ha precisato (ord. 21 gennaio 2013) che l'affidamento condiviso è un diritto del minore e che, pertanto, l'accordo dei genitori non può giungere a negare al figlio il diritto alla bi-genitorialità; per questo, la richiesta congiunta di affidamento esclusivo ad un solo genitore deve essere adeguatamente motivata e deve corrispondere a uno specifico interesse del minore. La **competenza** spetta al tribunale ordinario, come si desume dal primo comma dell'art. 38 disp. att. c.c., che non menziona l'art. 337 *quater* tra le norme di applicazione riservata al tribunale per i minorenni; e dal secondo comma della medesima disposizione, per la quale nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e segg. codice di procedura civile. Anche ove il provvedimento debba riguardare figli minorenni, la competenza del tribunale ordinario costituisce la regola generale, derogata a favore del tribunale per i minorenni soltanto per le fattispecie espressamente indicate dalla norma citata in tal senso Cass. ord. 6249/2016 e Cass. ord. 15971/2015). Una di queste fattispecie riguarda i provvedimenti da adottare nel caso di condotta pregiudizievole al figlio (provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale: art. 333) ma la norma citata precisa che resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni ove sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316. Nel caso di provvedimenti ablatori della responsabilità genitoriale (art. 330), la competenza è attribuita al tribunale per i minorenni. La competenza per territorio spetta al tribunale del luogo di residenza abituale del minore (Cass. 6249/2016 e Cass. 15971/2015, citate). Quanto alla **giurisdizione**, vale il principio enunciato dalle **Sezioni Unite** con sent. 5418/2016, per il quale occorre dare rilievo alla residenza abituale del minore al momento della domanda, intesa per tale il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e non quello risultante da un calcolo puramente aritmetico del vissuto.

Il procedimento è quello camerale, di cui agli artt. 737 e segg. Codice di procedura civile, come chiarisce lo stesso art. 38 nel secondo comma.

**Domanda manifestamente infondata.** L'art. 155 *bis* dettava la disposizione poi trasfusa nel vigente secondo comma dell'art. 337 *quater* concernente le conseguenze della valutazione giudiziale di manifesta infondatezza della richiesta di affidamento in via esclusiva del figlio minore (📖 104). La norma è stata conservata quale disposizione che appresta uno strumento utilizzabile dal giudice per contrastare, nei limiti del possibile, il ricorso alle vie giudiziarie se inteso quale mero **strumento di litigiosità e se utilizzato a scopo di rivalsa**. L'affidamento condiviso richiede animo collaborativo e volontà leale di cooperazione. Più facile scelta è tentare di escludere l'*ex* coniuge con pretesti e accuse che altro non sono se non manifestazioni di animosità, molto spesso dimentiche del vero interesse dei figli. Di questi possibili aspetti il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di affidamento esclusivo, deve tenere conto e deve, prima ancora, individuarli ed evidenziarli: per apprezzarli nel contesto della valutazione di tutti gli altri elementi che occorrono a formare il convincimento. La manifesta infondatezza deve, di per sé, condurre al rigetto dell'istanza, in quanto, per definizione, essa è priva di ragioni per il suo accoglimento. Ma il potere attribuito al giudice di considerare il comportamento tenuto, con la proposizione di una siffatta domanda, dal genitore istante, significa consentirgli di orientarsi

104

105

in un certo modo anche nelle altre scelte riguardanti gli aspetti concreti dell'affidamento: dalla frequenza delle visite alle loro modalità e alle altre consimili relazioni con l'ex coniuge, con i parenti e con i figli.

**106 Art. 96 c.p.c.** Già l'art. 155 *bis* faceva salva l'applicazione dell'art. 96 codice di procedura civile, che regola alcune fattispecie di responsabilità aggravata in tema di lite temeraria. La precisazione era valsa a precludere possibili questioni interpretative, anche se pareva non potessero sorgere dubbi sulla compatibilità della detta norma procedurale con la norma regolatrice dei poteri di valutazione del giudice nella specifica materia. Il richiamo concerne l'intero ventaglio delle disposizioni dettate dal citato art. 96: risarcimento dei danni nel caso di azione esercitata o resistita con mala fede o colpa grave; risarcimento dei danni per i casi di inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un procedimento cautelare o trascritta una domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale oppure compiuta o iniziata l'esecuzione forzata ad opera di chi ha agito senza la normale prudenza; possibile condanna della parte soccombente al pagamento a favore della controparte di una somma equitativamente determinata.

Una interessante puntualizzazione proviene dal Tribunale per i minorenni di Milano, che ha ipotizzato nella condotta pretestuosa e defatigante del coniuge ricorrente i possibili estremi di un **abuso dello strumento processuale**. Il tribunale ha affermato: "In ogni vicenda processuale tra i genitori afferente ai rapporti parentali, qualora la manifesta infondatezza delle eccezioni sollevate, l'estrema genericità delle ragioni, di merito e di legittimità, prospettate dalla parte, nonché la totale carenza di concreti argomenti rilevanti ai fini di causa rivelino, oltre ogni ragionevole dubbio, il carattere palesemente pretestuoso e meramente dilatorio della condotta processuale, ledendo il diritto costituzionale di azione e di difesa (artt. 24 e 111 Cost. nonché art. 6 Convenzione Roma 4 novembre 1950) e violando, altresì, fondamentali interessi esistenziali dei figli minori (aventi diritto a una normale e feconda relazione parentale, impedita, ritardata o limitata per la condotta dei genitori), l'abuso dello strumento processuale dà luogo a responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3, c.p.c., abuso che può essere ora del tutto sanzionato, nel comune interesse privato e pubblico, anche in virtù del comma 12 dell'art. 45 L. 18 giugno 2009, n. 69, che integra e rafforza la normativa di cui alla L. 8 febbraio 2006, n. 54, a tutela soprattutto dei fondamentali diritti, personalissimi e inviolabili, dei minori comunque coinvolti nel processo, diritti che possono essere effettivamente e *in toto* protetti solo da un intervento giudiziario tempestivo e celere e, occorrendo, anche punitivo" (14 marzo 2011, *Dir. famiglia*, 2011, 3, 1294, nota di BUFFONE).

**107 Regime dell'affidamento in via esclusiva.** Il testo del terzo comma dell'art. 337 *quater* riprende il testo del quarto comma dell'art. 6 della legge sul divorzio, attualmente abrogato, e lo trasporta, dall'ambito specifico di quella normativa, nel corpo generale del codice civile, tra le disposizioni dedicate ai provvedimenti che il giudice adotta non solo con la sentenza di divorzio ma anche nel caso di separazione dei coniugi, di annullamento o nullità del matrimonio e di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio. È dunque estesa a tutte queste fattispecie la regola per cui il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi.

Che cosa debba intendersi per esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale può sembrare ovvio, se la nozione di esercizio esclusivo deve contrapporsi, come una alternativa, a quella di responsabilità condivisa. Chi esercita un diritto, o adempie in esclusiva a un dovere, per definizione esclude ogni altro dalla sua posizione soggettiva. In realtà, per quanto riguarda la posizione dei genitori rispetto ai loro figli, la situazione di esclusività di uno di loro è fortemente ridimensionata dalla stessa normativa che la afferma, in quanto il menzionato art. 337 *quater* (come il suo predecessore art. 6 sopra ricordato):

- fa salve le diverse disposizioni del giudice;
- impone al genitore esclusivo affidatario di attenersi alle condizioni determinate dal giudice;
- affida le decisioni di maggiore interesse per i figli ad entrambi i genitori;
- conserva al genitore non affidatario il diritto e il dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione dei figli;
- conferisce al genitore non affidatario la facoltà di ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli all'interesse dei figli.

Per tal modo il regime dell'affidamento esclusivo assume i connotati di un **regime di equilibri e di proporzioni** che continua a coinvolgere i genitori. Certamente l'affido esclusivo comporta

in linea generale la coabitazione del figlio con il genitore cui è stato affidato; ma esso non impedisce frequentazioni e contatti che, anzi, sono parte fisiologica del rapporto genitoriale, sino a che non debbano essere esclusi o limitati per le stesse ragioni che hanno comportato la deroga all'affidamento condiviso. Quel regime consegna al genitore affidatario tutte le decisioni e le responsabilità della vita e della crescita del minore sino a che non implicino questioni di maggiore interesse per lui (e non per i genitori). Non impedisce, tuttavia, che il genitore ritenuto non compatibile con l'affidamento condiviso possa e debba dire la sua in merito alle scelte da adottare sull'istruzione e sull'educazione della prole, materia particolarmente sensibile quando si tratti di scegliere un corso scolastico piuttosto che un altro, frequentazioni di un certo tipo, ambienti nuovi e completamente diversi da quelli di origine. Come al solito, il giudice è collocato in posizione di prudente arbitro e di mediatore di conflitti (nella materia matrimoniale spesso viscerali), che, con i suoi provvedimenti, deve attuare in concreto gli astratti principi fissati dal legislatore.

Si riferiva ai casi di separazione e di divorzio l'art. 317, secondo comma, codice civile, per il quale la disciplina della potestà del genitore unico affidatario doveva trarsi dall'art. 155 stesso codice, esplicitamente richiamato. A sua volta, l'art. 155 concerneva la regolamentazione generale della potestà genitoriale e il compito demandato al giudice di intervenire per distribuire i relativi poteri e doveri nelle varie fattispecie di disgregazione dell'unità familiare. Molto più opportunamente il detto secondo comma dell'art. 317 (modificato dal D.L.vo di attuazione della L. 219/2012) rinvia attualmente all'intero Capo II del Titolo IX del codice civile, nel quale sono state riorganizzate le norme relative all'esercizio della responsabilità genitoriale in tutti i casi di cessazione della convivenza tra i genitori o di invalidità del loro matrimonio. Cass. sez. I, 11 agosto 2011, n. 17191, ha affermato: " Ferma restando, di regola, la valenza positiva e benefica del principio di bigenitorialità, ai fini di una normale e feconda formazione psicofisica di ogni minore, è da evitare l'affidamento congiunto a genitori che si separano per divorzio od ex art. 150 e 151 c.c. qualora tra i congiunti di sangue ed uno dei genitori vi sia una situazione cronica, consolidata ed, almeno all'apparenza e *pro-tempore*, irreversibile, di un'accentuata e manifesta conflittualità, tanto più se questo ultimo genitore non ha potuto o voluto adoperarsi, in modo idoneo e proficuo, per porre fine allo stato di tensione venutosi a creare; né appaia eccessivo o non conforme, comunque, all'interesse del minore che il giudice non disponga una distribuzione in parti uguali dei periodi di permanenza del minore presso ambedue i genitori ed i relativi nonni: a prescindere dalla considerazione che la legge non attribuisce, finora, ai nonni un vero e proprio diritto soggettivo a frequentare e permanere, per periodi più o meno lunghi, con i nipoti, è certo che costringere (nel caso "*de quo*") la figlia dei coniugi in rotta a trascorrere un uguale periodo complessivo di tempo presso i due genitori e ad adattarsi a due realtà familiari diverse e tra loro nemiche costituirebbe il presupposto, pressoché certo ed inevitabile, per la strutturazione nel minore figlio/nipote di un rapporto relazionale e di una individuazione familiare (e sociale) di "tipo scisso", profondamente contrario agli interessi vitali di un soggetto in età evolutiva; non si violerebbe, pertanto, in ipotesi siffatte, il principio di bigenitorialità se il giudice disponesse che il minore trascorra con il genitore cui non è stato affidato un lasso di tempo anche di molto inferiore al tempo da lui trascorso con l'affidatario". Per Cass. sez. I, 19 maggio 2011, n. 11062, la moglie conserva l'affidamento esclusivo dei figli minori, anche se si trasferisce al paese natale, laddove tale scelta sia dettata dall'esigenza di avvalersi del sostegno, economico ed assistenziale, della sua famiglia, visto il modesto contributo del marito; sicché ben può dirsi che il trasferimento avvenga nell'esclusivo interesse dei minori.

L'art. 337 *quater*, terzo comma, riprende nel secondo periodo il disposto dell'art. 155 nella parte (del terzo comma) in cui disponeva che le decisioni di maggiore interesse per i figli dovessero essere assunte di comune accordo tra i genitori. Il testo dell'art. 337 *quater* è, però, limitato alla menzione delle **questioni di maggiore interesse**, senz'altra specificazione: mentre l'art. 155 individuava tali questioni in quelle che fossero relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore. Questa precisazione non è stata trasportata nel vigente art. 337 *quater* ma la circostanza non abilita a pensare che possa trattarsi di materie diverse, identificate soltanto per la loro dimensione di importanza. Il riferimento è d'obbligo alle problematiche che sorgono per gli aspetti veramente rilevanti della crescita di un figlio minore, quali, appunto, la sua istruzione, la sua educazione e la sua salute. Qualche dubbio può porsi con riguardo alla scelta della residenza abituale del minore. Sembra di poter affermare che su questa scelta il genitore non affidatario non abbia facoltà di intervenire, a meno che essa interferisca in modo apprezzabile su quella istruzione ed educazione del figlio sulla quale egli conserva un diritto di vigilanza e di ricorso al giudice.

**Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni.** La L. 54/2006 ha inserito nel codice di procedura civile l'art. 709 *ter*, nel contesto di norme dedicate alla disciplina del procedimento di separazione coniugale. L'art. 4, secondo comma, di tale legge ha contestualmente disposto che le innovazioni da essa apportate si appli-

cano anche nei procedimenti di scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento del matrimonio e relativi ai figli nati da genitori non coniugati (il D.L.vo 154/2013 ha poi aggiunto il caso della nullità del matrimonio e ha mutato in “figli nati fuori dal matrimonio” l’espressione utilizzata per indicare i figli naturali). La ricordata norma di cui all’art. 709 ter si applica, dunque, tanto alla separazione quanto al divorzio oltre che nelle situazioni di convivenza. In queste fattispecie essa attribuisce alle parti interessate la facoltà di rivolgersi al giudice per ottenere un intervento risolutore di contrasti e sanzionatorio di violazioni. In proposito (📖 1100 ss.).

**109 Revisione dei provvedimenti concernenti l’affidamento (art. 337 *quinquies*).**

L’art. 337 *quinquies* attribuisce ai genitori il diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l’affidamento dei figli, oltre che delle disposizioni concernenti l’attribuzione dell’esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo economico. In proposito (📖 880 ss. e 2950 ss.).