



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno II - n. 1-2007**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

**3**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno II - n. 1-2007  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttore*  
Mario Tedeschi

*Segretaria di redazione*  
Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

*Antropologia culturale*  
*Diritto canonico*  
*Diritti confessionali*  
*Diritto ecclesiastico*  
*Sociologia delle religioni e teologia*  
*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi  
A. Bettetini, G. Lo Castro,  
G. Fubini, A. Vincenzo  
S. Ferlito, L. Musselli,  
A. Autiero, G. J. Kaczyński,  
R. Balbi, O. Condorelli

**Parte II**

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*  
*Giurisprudenza e legislazione canonica*  
*Giurisprudenza e legislazione civile*  
*Giurisprudenza e legislazione costituzionale*  
*Giurisprudenza e legislazione internazionale*  
*Giurisprudenza e legislazione penale*  
*Giurisprudenza e legislazione tributaria*  
*Diritto ecclesiastico e professioni legali*

RESPONSABILI

G. Bianco  
P. Stefanì  
A. Fuccillo  
F. De Gregorio  
G. Carobene  
G. Schiano  
A. Guarino  
F. De Gregorio, A. Fuccillo

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*  
*segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

# *Affidamento condiviso: restano lacune nella tutela della prole*

GIOVANNA CERRETO

## *1. Diritto di famiglia: si cambia*

Il diritto di famiglia, a distanza di oltre 30 anni<sup>1</sup>, torna ad essere oggetto di attenzione da parte del legislatore il quale, con la legge n. 54 del 26 febbraio 2006 ha introdotto nuove disposizioni e principi tanto nel codice civile, mediante la sostituzione dell'art. 155 C.c. e l'introduzione degli artt. 155-*bis*, 155-*ter*, 155-*quater*, 155-*quinqies* e 155-*sexies*, quanto nel codice di rito, attraverso la modifica dell'art. 708 C.p.c. e l'aggiunta dell'art. 709-*ter*.

La riforma trae spunto dai principi contenuti nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989<sup>2</sup> sui diritti del fanciullo, al quale è stato riconosciuto il diritto di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori anche se separati. Da circa dodici anni si discuteva in ordine alla possibilità di adeguare il nostro diritto alla legislazione internazionale e, dopo una travagliata storia di dibattiti parlamentari, l'affidamento condiviso è divenuto legge dello Stato italiano.

Le principali novità riguardano l'affidamento dei figli in caso di separazione e divorzio dei coniugi, ma sarebbe meglio dire di cessazione della convivenza tra i genitori<sup>3</sup>, nonché i provvedimenti che il giudice è tenuto ad adottare per l'assegnazione della casa familiare, il versamento dell'assegno in favore dei figli maggiorenni economicamente non autosufficienti e l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori, qualora ciò sia ritenuto necessario nell'interesse del minore. Dal punto di vista procedurale si è poi previsto, con scelta di dubbia opportunità, la possibilità di ricorrere alla Corte di appello avverso

---

<sup>1</sup> L'ultima incisiva revisione della materia risale infatti al 1975, ed è stata attuata con la legge n. 151 del 21 maggio, c.d legge di riforma del diritto di famiglia.

<sup>2</sup> Resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991.

<sup>3</sup> Come si vedrà, infatti, la nuova legge disciplina pure la sorte dei figli naturali.

i provvedimenti presidenziali (ordinanze) temporanei ed urgenti emanati nell'interesse dei coniugi e della prole<sup>4</sup>.

Merita senz'altro apprezzamento l'attenzione mostrata dal legislatore per una materia tanto delicata, e possono trarsi positivi auspici per la nostra democrazia dalla considerazione che la legge è stata approvata con ampia maggioranza e con il voto favorevole di entrambi gli schieramenti parlamentari. La nuova normativa evidenzia però diverse scelte forse non adeguatamente meditate da parte del legislatore e lascia spesso a desiderare per la sua formulazione tecnica. Già a prima lettura emergono alcuni profili che sembrano invero essere più il risultato di una scelta politica che di uno studio organico e meditato della materia, tanto da porre numerosi e gravi problemi nella pratica.

## 2. La legge sull'affidamento condiviso e l'esercizio della potestà

La nuova legge prevede quale regola generale l'affidamento dei figli ad entrambi i genitori, separati o divorziati, cui riconosce congiuntamente la titolarità del diritto all'*esercizio* della potestà al fine di renderli corresponsabili nell'educazione della prole.

Nel sistema previgente, se la *potestà* spettava ad ambedue i genitori anche se separati, l'esercizio della stessa era riservata (solo) a quello dei due cui il minore era affidato, fermo restando che le decisioni di maggiore interesse si prevedeva fossero adottate da entrambi i coniugi<sup>5</sup>. Quali siano poi le decisioni di maggiore interesse che devono essere prese d'accordo dai genitori è difficile dirlo. Pare indubbio che il legislatore attuale, così come quello precedente, abbia adottato una formula consapevolmente generica. Tra le "decisioni di maggiore interesse per i figli" possono rientrare tanto le scelte in tema di

---

<sup>4</sup> La previsione di tale mezzo di impugnazione non appare invero opportuna in considerazione del carattere provvisorio ed interinale di tali provvedimenti e comunque della loro modificabilità. In dottrina si è pure sostenuto che i provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 C.p.c., e le ordinanze emanate dal giudice istruttore abbiano tutte le caratteristiche tipiche dei provvedimenti cautelari e siano pertanto soggette a reclamo ex art. 669 *terdecies*. In tal senso, cfr., GAETANO ANNUNZIATA, *Il processo nel diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2005, pp. 96 e ss. Diversamente, in senso contrario alla natura cautelare e pertanto alla possibilità di proporre reclamo ed ogni altro mezzo di impugnazione avverso i suddetti provvedimenti, cfr., Tribunale Genova, ord. 16 marzo 2001, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2356, con nota di FRANCO CIPRIANI, ed in dottrina, tra gli altri, CRISANTO MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, quinta edizione, vol. III, Giappichelli, Torino, 1985, pp. 203 e ss.

<sup>5</sup> Una volta compiuta, d'accordo tra i genitori, la scelta ritenuta preferibile, il soggetto legittimato a realizzare la decisione concordata sembra rimanesse il genitore affidatario cui, nella previgente disciplina, spettava l'*esercizio esclusivo* della potestà; cfr. art. 155, co. III C.c. precedente formulazione.

straordinaria amministrazione dei beni del minore, quanto le decisioni che incidono più profondamente sull'istruzione e l'educazione della prole<sup>6</sup>. Alcuni autori hanno sostenuto, più analiticamente, che tali decisioni riguardano la scelta dei principi morali e religiosi da porre a fondamento dell'educazione della prole e la scelta del tipo di studi o del lavoro cui avviare i figli<sup>7</sup>. In ogni caso è difficile nutrire certezze in merito, data la genericità dei termini utilizzati dal legislatore.

Comunque, occorre ricordare che nell'ipotesi di contrasto dei coniugi circa decisioni di elevata rilevanza per i figli quando la famiglia è unita, ciascuno può rivolgersi al giudice il quale, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce<sup>8</sup> le determinazioni che ritiene più utili indicando la soluzione preferibile. Se il contrasto permane il giudice può assegnare il potere di attuare la decisione al genitore ritenuto, nel caso specifico, più idoneo, stante che entrambi sono titolari dell'esercizio della potestà genitoriale<sup>9</sup>. Questa disciplina nel sistema previgente non era però applicabile nell'ipotesi della separazione dei coniugi, salvo il raro caso di affidamento congiunto. Infatti, qualora il coniuge non affidatario avesse sollevato identica questione<sup>10</sup> circa scelte di grande rilievo per il minore ed il giudice avesse pure convenuto con la sua tesi, l'attuazione della decisione sarebbe comunque rimasta affidata proprio al coniuge dissenziente che, unico, era titolare dell'*esercizio* della potestà<sup>11</sup>, con tutte le conseguenze che è agevole comprendere. Il problema

---

<sup>6</sup> Cfr. ALFIO e MARIO FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975 n. 151. Legislazione-Dottrina-Giurisprudenza*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 563; in senso conforme, cfr. pure LUIGI BELLANTONI e FRANCO PONTORIERI, *La riforma del diritto di famiglia*, Iovane, Napoli, 1976, p. 83.

<sup>7</sup> Cfr., ad es., CESARE GRASSETTI, *Sub artt. 155 cc*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di LUIGI Carraro, GIORGIO Oppo e ALBERTO Trabucchi, tomo I, parte I, Cedam, Padova, 1977, p. 300.

<sup>8</sup> LUIGI FERRI, *Della potestà dei genitori*, art. 315-342, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, a cura di FRANCESCO GALGANO, Soc. ed, del Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 34, sostiene che il giudice, suggerendo le determinazioni più utili, non eserciti una funzione di conciliatore bensì di consigliere o di suggeritore. Non sembra, invero, che all'attività del giudice possa negarsi la natura conciliativa. Infatti, nella prima fase il magistrato svolge un'attività diretta a favorire l'accordo delle parti e, cioè, una funzione conciliativa.

<sup>9</sup> Cfr. art. 316 C.c. È opportuno segnalare che la formula utilizzata dal legislatore nell'art. 316, co. 3, C.c., per indicare in quali casi sia possibile ricorrere al giudice perché dirima il contrasto insorto tra i genitori in ordine alle decisioni da adottare nell'interesse dei figli, è relativa a "questioni di particolare importanza" per la prole, mentre l'art. 155 C.c., anche nella nuova formulazione, si riferisce a "decisioni di maggiore interesse" per i figli.

<sup>10</sup> Cfr. art. 155, co. III, abr., che non richiamava l'art. 316 C.c.

<sup>11</sup> Cfr. PAOLO DI MARZIO, *Lacune nella tutela normativa degli interessi del figlio minore di coniugi legalmente separati*, in *Dir. fam.*, 1999, p. 191.

pare ora superato, dovendo trovare applicazione nelle due ipotesi la stessa disciplina, finora riservata al caso della famiglia unita.

La nuova normativa prevede l'esercizio pieno, "condiviso", della potestà dei genitori, anche separati, sui minori. Dalla lettera della nuova norma<sup>12</sup>, laddove prescrive che in ordine alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione il giudice "può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente", si desume che l'esercizio condiviso della potestà è la regola anche nell'ipotesi di affidamento del figlio ad un solo coniuge. Tale esercizio condiviso della potestà, quindi, è previsto anche in ordine a questioni che non presentino il carattere del maggiore interesse per i figli, con la conseguenza che qualunque decisione relativa ad atti di un qualche rilievo, quali possono essere, ad esempio, l'acquisto di un abito o la scelta di una palestra, dovrebbe essere presa di comune accordo dai genitori, con comprensibili complicazioni per quelli di loro che, ad esempio, vivono in città diverse. Opportunamente la norma prevede la possibilità che il giudice, ove manchi un accordo dei genitori oppure la situazione concreta lo richieda, disponga che la potestà relativamente all'*ordinaria amministrazione* sia esercitata disgiuntamente. Si possono solo immaginare, allo stato, le complesse dispute che prevedibilmente dovranno comporre i giudici quando si troveranno ad avere le aule affollate di genitori e dovranno decidere a chi dei coniugi affidare l'esercizio della potestà quando essi siano, ad esempio, in contrasto sul tipo di motorino da acquistare al figlio che abbia compiuto i quattordici anni.

In ogni caso, se finora il giudice doveva "*tenere conto*" dell'accordo tra le parti nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli<sup>13</sup>, a seguito della riformulazione dell'art. 155 C.c., dovrà ora "*prendere atto*" di tali accordi, ferma restando la possibilità di non recepirli se contrari all'interesse dei figli<sup>14</sup>, potendo anche, in tal caso, disporre l'affidamento della prole ad uno solo dei coniugi, ma l'esercizio della potestà, si ricordi, spetterà comunque ad entrambi i genitori.

Solo per inciso sembra opportuno evidenziare che gli accordi tra le parti, così come del resto l'esercizio in comune della potestà, in linea di massima

---

<sup>12</sup> Si veda il co. III dell'art. 155 C.c., come riformulato.

<sup>13</sup> Cfr. art. 155, co. IV, C.c. precedente formulazione, in base al quale il giudice della separazione poteva anche emanare provvedimenti diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, pur dopo l'assunzione dei mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal magistrato, in considerazione degli interessi morali e materiali della prole.

<sup>14</sup> In base alla nuova formulazione dell'art. 155 C.c., sembra possa ritenersi che il giudice, cui si richiede di prendere atto degli accordi delle parti, abbia un limitato potere di modificarli dovendo, comunque, adeguatamente motivare la scelta.

presuppongono un'assenza di conflitto tra i genitori, conflitto che verosimilmente sussiste tra coniugi separati e tanto è in un certo senso pure preso in considerazione dalla legge che si preoccupa di prevedere sanzioni, per la verità di incerta natura giuridica, a carico del coniuge inadempiente<sup>15</sup>.

Il nuovo art. 155, co. I, C.c., afferma il principio della bigenitorialità, inteso quale diritto del figlio minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori anche dopo la separazione. Tale diritto è esteso anche ai rapporti con i parenti di ciascun genitore ed in particolare con gli "ascendenti". Tra questi ultimi rientrano, naturalmente, anche i genitori, ma il legislatore, sia pure servendosi di formule approssimative, intende far riferimento ai nonni e ad eventuali bisnonni. A nessuno di tutti questi parenti sembra possa comunque riconoscersi la legittimazione ad intervenire nel procedimento di separazione, ferma restando la possibilità della loro audizione da parte del giudice, già ammissibile per raccogliere elementi utili per decidere sull'affidamento oltre che, ad esempio, per valutare eventuali responsabilità di ciascun coniuge in ordine al venir meno del matrimonio.

Secondo la precedente disciplina il figlio era affidato all'uno o all'altro genitore, che esercitava in esclusiva la potestà su di lui. Il giudice della separazione, nel decidere l'affidamento dei figli minori, doveva attenersi al criterio esclusivo dell'interesse morale e materiale della prole ed individuare, secondo un giudizio prognostico, il genitore più idoneo ad assicurare ai figli le migliori condizioni di crescita nella nuova situazione di genitore singolo<sup>16</sup>. Era però previsto, in casi particolari, l'affidamento ad entrambi i genitori, cioè *congiunto*<sup>17</sup>.

Con la locuzione "*affidamento condiviso*" il Ddl originario intendeva fare riferimento alla disciplina che si voleva fosse quella ordinaria, nella quale i coniugi che decidevano di separarsi, pur non consensualmente, avrebbero

---

<sup>15</sup> Il nuovo art. 709-ter C.p.c., al co. 2 prevede infatti che "in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore", il giudice "può ... ammonire il genitore inadempiente; disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore" ... o nei confronti dell'altro genitore; "condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende".

<sup>16</sup> Cfr. Cass., sent. n. 6312 del 22 giugno 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 1395, secondo la quale la valutazione del giudice nell'individuare il genitore più idoneo a soddisfare gli interessi della prole avrebbe dovuto fondarsi sulle modalità con cui lo stesso aveva svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di comprensione, di attenzione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto con il figlio, nonché delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che era in grado di offrire al minore.

<sup>17</sup> Cfr. art. 6, co. 2, L. divorzio del 1° dicembre 1970, n. 898.

dovuto comunque presentare dei patti da loro concordati circa i rapporti di ciascuno con il minore, eventualmente anche a seguito di una mediazione familiare preventiva, restando comunque l'esercizio della potestà affidato ad entrambi. Nel corso dei lavori parlamentari, però, la prospettiva è mutata, e la stessa mediazione familiare (facoltativa) è ora prevista solo nella fase endo-processuale<sup>18</sup>. L'espressione: "affidamento condiviso" sembra avere conservato una propria valenza diversa rispetto a quello di affidamento congiunto, in quanto il legislatore ha inteso sottolineare la eguale responsabilità dei genitori che, pur dopo la separazione, devono continuare ad occuparsi entrambi dei figli, con pari impegno e responsabilità.

### 3. *L'obbligo di mantenimento della prole. La disciplina relativa ai figli maggiorenni*

In ordine all'obbligo di mantenere i figli, la legge di riforma non incide sull'art. 147 C.c., pertanto le prestazioni per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione gravano su entrambi i genitori e devono essere fornite in considerazione del consueto parametro delle capacità personali e patrimoniali di ciascuno di essi. Si prevede tuttavia che siano validi "*accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti*"<sup>19</sup>, ma si trascura di ribadire che tali intese non possono avere alcuna valenza se sono contrarie all'interesse del minore. Comunque, poiché la disciplina sembra improntata sul presupposto che ogni patto deve essere stipulato dai coniugi in considerazione dell'interesse dei figli minori, deve ritenersi che pure in tema di mantenimento l'omissione sia stata una mera trascuratezza del legislatore e quindi valga il limite generale della validità dei patti solo se non pregiudizievoli per i figli. Diversamente, la legge prevede ora parametri meglio definiti attraverso i quali determinare l'ammontare dell'assegno, tra cui, oltre alle esigenze del figlio ed al tenore di vita della famiglia, i tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore.

La nuova normativa detta pure regole in ordine ai diritti dei figli maggiorenni. L'art. 155-*quinquies*, infatti, prevede ora espressamente che il giudice "*valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipen-*

---

<sup>18</sup> In origine, infatti, si voleva che le parti in disaccordo si rivolgessero obbligatoriamente ad un centro di Mediazione familiare prima di adire il giudice, per elaborare un progetto condiviso, frutto di un effettivo accordo da cui emergesse la disponibilità dei coniugi ad assumersi ciascuno le proprie responsabilità genitoriali nei confronti dei figli.

<sup>19</sup> Cfr. nuovo art. 155, co. IV, C.c.

*denti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto".* La disposizione intenderebbe, probabilmente, più che altro tradurre in legge il c.d. *diritto vivente*, formatosi per merito dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, ma la sua formulazione ingenera problemi di non poco momento. Vale la pena di ricordare che il figlio di qualsiasi età il quale versi in stato di bisogno ha diritto alla corresponsione degli *alimenti*<sup>20</sup>, cioè di quanto necessario per vivere dignitosamente, da parte dei genitori. Inoltre il figlio, pur quando è cessato l'esercizio della potestà genitoriale avendo egli raggiunto la maggiore età, qualora non sia ancora autosufficiente ha diritto alla più complessa ed onerosa prestazione del *mantenimento* da parte di entrambi i genitori<sup>21</sup>, finché non sia in grado di mantenersi da sé, o quanto meno sia stato messo in condizione di farlo, di talché la mancata indipendenza economica debba ritenersi conseguenza di inerzia o di rifiuto ingiustificato a prestare lavoro da parte del figlio stesso<sup>22</sup>, quindi a sua colpa. L'obbligo di mantenimento comprende, oltre alle cure per i bisogni fondamentali, anche le spese necessarie per svolgere una personale vita di relazione secondo il costume del mondo sociale in cui la famiglia vive<sup>23</sup>. Non si dubita inoltre che, come l'altro genitore, pure il figlio maggiorenne vanta una legittimazione propria ad agire in giudizio per conseguire il mantenimento da parte del genitore pur non convivente (separato, divorziato), e che abbia facoltà di richiedere il versamento dell'assegno direttamente in proprio favore<sup>24</sup>.

La nuova disposizione, forse per difetto di formulazione, rischia però di porre problemi. Infatti, poiché la prestazione di cui il giudice *può* onerare il genitore, *valutate le circostanze*<sup>25</sup>, non è qualificata come un contributo per il mantenimento, la stessa potrebbe essere interpretata come una *obbligazione ulteriore*, potendosi allora gravare il genitore del versamento di un assegno per consentire al figlio di fare una vita brillante, ad esempio frequentando onerosi circoli esclusivi e, semmai, disponendo di una barca per la navigazione

---

<sup>20</sup> Cfr. art. 433 C.c. (*Persone obbligate*) a prestare gli alimenti.

<sup>21</sup> Cfr. art. 147 C.c. (*Doveri verso i figli*).

<sup>22</sup> Cfr. Cass. sent. n. 4765 del 3.4.2002 in *Giur. it.*, 2003, p. 476, con nota di GIOVANNI ENRIQUEZ, *La Cassazione ritorna ancora una volta sul problema dell'obbligo di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli*.

<sup>23</sup> In ordine all'obbligo di mantenimento della prole e al diverso obbligo alimentare, cfr. GIOVANNA CERRETO, *Alla ricerca della migliore tutela giuridica dei figli naturali*, in *Dir. eccl.*, 1998, pp. 469 e ss.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. sent. n. 9067 del 20.6.2002, in *Arch. giur.*, 2002, p. 1184.

<sup>25</sup> Il riferimento sembra dover essere innanzitutto alle capacità patrimoniali dell'obbligato.

d'altura; soluzione che ingenera qualche perplessità. Ad interpretare la norma diversamente, ritenendo che la prestazione posta a carico del genitore si risolva sempre nella corresponsione di quanto necessario per il mantenimento del figlio ormai maggiorenne, però, le conseguenze appaiono ancor più inopportune perché, essendo nella facoltà del giudice riconoscere o meno il diritto alla prestazione, ne conseguirebbe che il magistrato potrebbe disconoscere il diritto del figlio al mantenimento pur quando ancora ne necessita senza sua colpa, il che non pare ammissibile.

#### 4. *L'assegnazione della casa familiare*

Un'altra importante novità è stata introdotta con l'art. 155-*quater* e riguarda l'assegnazione della casa familiare.

La disciplina previgente disponeva che il godimento della casa familiare spettasse di preferenza al coniuge cui erano affidati i figli minori, o con il quale convivevano i figli maggiorenni non più soggetti alla potestà dei genitori, ma che avevano ancora diritto al mantenimento<sup>26</sup>.

Attualmente l'assegnazione della casa costituisce in linea di principio l'oggetto di un accordo tra i coniugi in sede di separazione e, in mancanza di intesa o in presenza di un accordo pregiudizievole per l'interesse dei figli, la decisione spetterà al giudice.

La norma non dice espressamente che l'assegnazione è effettuata in favore del genitore con cui i figli coabitano, ma ciò sembra potersi intuire quando si afferma il principio del maggiore interesse dei figli. Il giudice dovrà comunque tenere conto dei rapporti economici tra i genitori e dell'eventuale titolo di proprietà ai fini dell'assegnazione. Quindi, se il genitore proprietario dell'alloggio deve lasciarlo, occorrerà tenerne conto nella determinazione dell'assegno da lui dovuto.

Si prevede ora che il diritto di godimento della casa cessa non solo se l'assegnatario contrae un nuovo matrimonio, ma anche se intraprende una convivenza *more uxorio*. La norma, però, nulla specifica in ordine al contributo che il nuovo convivente assicuri per il mantenimento dei figli del partner e

---

<sup>26</sup> Cfr. art. 155, co. IV, C.c. abr. La norma risultava finalizzata alla esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a permanere nell'ambiente domestico in cui era cresciuta, pertanto l'assegnazione della casa familiare al coniuge che non avesse sulla medesima alcun diritto di godimento, reale o obbligatorio, era consentita sol quando a detto coniuge fossero affidati i figli. Inoltre l'assegnazione non poteva essere disposta allo scopo di sopperire alle esigenze economiche del coniuge più debole.

pertanto sembra doversi ritenere che la perdita del titolo abilitante all'assegnazione dell'immobile si verifichi anche nel caso in cui il convivente *more uxorio* non fornisca alcun contributo. La norma quindi, certamente condivisibile per quanto attiene al rapporto tra i coniugi separati o gli ex-coniugi, sembra non tener conto in misura adeguata delle eventuali conseguenze pregiudizievoli per i figli, non disciplinando l'ipotesi in cui né il coniuge, né il suo convivente *more uxorio* abbiano mezzi sufficienti per andare ad abitare altrove<sup>27</sup>.

### *5. I procedimenti relativi ai figli naturali*

Nelle disposizioni finali della normativa in questione, all'art. 4, co. 4, si prevede che “*le disposizioni della presente legge si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*”. La previsione pare opportuna considerata la tendenziale parità tra figli legittimi e naturali<sup>28</sup>. Le stesse norme poste a tutela della filiazione legittima, infatti, alla luce del criterio di compatibilità di cui all'art. 30, III co., Cost., garantiscono pure la piena protezione giuridica dei figli naturali.

Pertanto, qualunque sia la condizione dei figli nell'ambito della famiglia, l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, il diritto-dovere di esercitare la potestà genitoriale, i doveri dei figli verso i genitori, gli obblighi alimentari, seguono regole identiche in ogni caso<sup>29</sup>. Del resto la previsione di cui all'art. 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

---

<sup>27</sup> Sembra opportuno evidenziare che, mentre nelle altre ipotesi, qualora sussista un contrasto tra i coniugi ovvero la situazione concreta lo richieda, è previsto in qualche misura l'intervento del giudice il quale potrà decidere lui in materia, nel caso in cui il coniuge assegnatario della casa familiare conviva *more uxorio* o passi a nuove nozze, la normativa non prevede che il giudice possa intervenire nell'interesse della prole, pertanto il coniuge perderà l'abitazione e con essa, almeno talvolta, la possibilità di provvedere adeguatamente all'interesse dei figli. Occorrerà ora vedere se la giurisprudenza applicherà la norma alla lettera, o ne tenterà qualche interpretazione correttiva ... a fin di bene. In ordine alle lacune emergenti nella nuova normativa relativamente all'assegnazione della casa familiare, cfr. FABRIZIA BAGNATI, *Affido condiviso: una normativa inadeguata che non assicura la giusta tutela ai figli*, in *Guida dir.*, n. 9/2006, p. 10.

<sup>28</sup> In ordine alla filiazione naturale e alla sua, non ancora completata, parificazione con quella legittima, cfr. GIOVANNA CERRETO, *Alla ricerca ... cit.*, in part. pp. 472 e ss..

<sup>29</sup> MARIO TEDESCHI, *Vecchi e Nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 80, ha osservato che la comunità familiare “non nasce necessariamente dal matrimonio ... ma da un qualsiasi atto di volontà che ... garantisca a tutti i membri i loro diritti”. Da ciò deriva “la completa eguaglianza morale e giuridica non solo dei coniugi ma di tutti i componenti la comunità familiare”.

dei figli legittimi”<sup>30</sup>, sembra escludere che la nascita fuori del matrimonio possa costituire la ragione di un trattamento differenziato e sfavorevole per il figlio naturale. In considerazione di ciò, pare giusta ed opportuna la previsione che la nuova disciplina in tema di affidamento dei minori si applichi anche nei confronti dei figli naturali. Peraltro già il disegno di legge: atto Senato n. 2662, nel corso della XIV legislatura, si era proposto di eliminare una delle differenze di trattamento giuridico ancora previste nel nostro ordinamento a favore dei figli legittimi, legittimati o adottivi, nei confronti dei figli naturali. In sostanza si intendeva prevedere l’abolizione del cosiddetto diritto di commutazione, cioè della possibilità per i figli legittimi che concorrono nella successione del genitore con i figli naturali, di soddisfare i diritti ereditari di questi ultimi mediante beni immobili ereditari oppure il versamento di una somma di denaro, il cui valore integri quanto spetta ai figli naturali i quali hanno il diritto di opporsi ma, in tal caso, sarà il giudice a decidere, valutate le circostanze personali e patrimoniali.

Il legislatore non ha però chiarito se la competenza in materia di filiazione naturale sia stata trasferita al Tribunale ordinario ovvero sia rimasta al Tribunale per i minorenni. L’art. 38 Disp. att. C.c. prevede che sono di competenza del Tribunale per i minorenni, tra gli altri, i provvedimenti contemplati dagli artt. 269, I co, (*Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*), 316 (*Esercizio della potestà dei genitori*) e 317-bis C.c. (*Esercizio della potestà*). Poiché tale articolo non ha subito modifiche per effetto della nuova legge, deve ritenersi che la competenza continuerà ad appartenere al Tribunale per i minorenni al quale spetterà, vera novità, anche emanare provvedimenti in ordine all’assegnazione della casa familiare nell’ipotesi di cessazione della convivenza dei genitori naturali.

## 6. *Divorzio e nullità del matrimonio*

Sempre l’art. 4 (*Disposizioni finali*), co. 4, prevede che la nuova normativa si applica anche nei procedimenti di scioglimento e di cessazione degli effetti

---

<sup>30</sup> La norma è il risultato di una scelta attentamente meditata da parte del legislatore. Infatti, il progetto preliminare del Libro I del codice civile stabiliva che nel caso di riconoscimento effettuato da parte di entrambi i genitori, la cura del mantenimento, dell’educazione ed istruzione della prole spettava alla madre nei primi sette anni di età del figlio e poi al padre, salvo i provvedimenti che il giudice tutelare intendesse adottare nell’interesse della prole. In proposito, cfr. GAETANO AZZARITI, *Filiazione legittima e naturale*, in *N. ssimo dig. it.*, 1969, ristampa 1980, p. 316.

civili del matrimonio, in quelli relativi ai figli di genitori non coniugati, come si è visto, ed “*in caso ... di nullità del matrimonio*”.

Anche qui, però, il legislatore ha trascurato di specificare se la *nullità del matrimonio* cui intende riferirsi è solo quella che, invero in casi rari e con brevi termini di decadenza dell’azione, può essere dichiarata dal giudice civile, ovvero debba intendersi implicitamente ricompresa pure la nullità del matrimonio che, in casi molto più numerosi, può essere dichiarata dai giudici ecclesiastici, e produce effetti nell’ordinamento dello Stato attraverso il riconoscimento della sentenza canonica<sup>31</sup>.

Qualora l’assolutezza della previsione normativa facesse propendere per la soluzione affermativa, la disposizione finirebbe per limitare significativamente il rilievo della giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano e questa norma, introdotta forse senza adeguata consapevolezza nelle disposizioni finali, dovrebbe considerarsi tra le più rilevanti della legge, perché chiuderebbe di fatto una stagione dei rapporti tra la giurisdizione civile e quella ecclesiastica in materia matrimoniale.

Tradizionalmente era applicabile il principio più volte ribadito dalla giurisprudenza di merito come di legittimità, secondo cui qualora nel corso del giudizio di separazione personale dei coniugi venisse resa esecutiva la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, cessava la materia del contendere in ordine alla domanda di separazione personale ma non veniva meno il provvedimento presidenziale adottato dal giudice relativo al contributo per il mantenimento dei figli<sup>32</sup>.

La Cassazione<sup>33</sup>, aveva pure osservato qualche anno prima che la penden-

---

<sup>31</sup> Si ricorda che l’art. 8 dell’Accordo di Villa Madama, stipulato il 18 febbraio 1984 tra lo Stato italiano e la S. Sede e reso esecutivo con la legge n. 121 del 25 marzo 1985, fornisce una specifica indicazione di alcuni dei presupposti che dovranno essere verificati dalla Corte di appello al fine della dichiarazione di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale rimandando, per gli ulteriori, direttamente “alle condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere”. I presupposti che l’art. 8 richiede vengano accertati dalla Corte di appello, infatti, sono: che la sentenza ecclesiastica sia munita del decreto di esecutività del Tribunale della Segnatura Apostolica; che il matrimonio dichiarato nullo per effetto della sentenza ecclesiastica era un matrimonio canonico trascritto; che nel procedimento davanti ai Tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio; che il Tribunale ecclesiastico era competente a conoscere la causa; che la sentenza di nullità non contrasti con l’ordine pubblico italiano, e che ricorrano le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. sent. n. 15165 del 6 agosto 2004, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005, p. 966.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., sent. n. 3345 del 19 aprile 1997, in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 1173 e ss. con nota di GIOVANNI GIACALONE, *Rapporto tra giudizio civile di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: verso un nuovo assetto?*

za del giudizio di divorzio, se non esclude il riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, importa che tale riconoscimento non determinerebbe la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile di divorzio. Rilevava la Suprema Corte che nell'ambito del giudizio civile di divorzio può essere proposto, anche in via incidentale, l'accertamento della nullità del vincolo matrimoniale. Il giudice del divorzio potrebbe quindi giudicare su quest'ultima questione, stante la ritenuta sussistenza della concorrenza della giurisdizione del giudice italiano in materia.

Inoltre, secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, pur nell'assenza di una norma di legge che lo prevedesse, se la sentenza ecclesiastica di nullità era resa esecutiva dopo la formazione del giudicato sul divorzio, le statuizioni patrimoniali dettate dal giudice della cessazione degli effetti civili rimanevano ferme. Se si applica, dunque, il principio in base al quale il giudicato sullo scioglimento del vincolo matrimoniale copre il dedotto ed il deducibile, ne consegue che una eventuale successiva sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, pur riconosciuta agli effetti civili, non travolge la sentenza di divorzio almeno con riferimento agli effetti patrimoniali<sup>34</sup>. In altri termini, anche se la sentenza di divorzio non impedisce il riconoscimento agli effetti civili della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, tale riconoscimento non travolge il giudicato sullo scioglimento del matrimonio-rapporto e restano pertanto fermi i provvedimenti riguardanti i rapporti personali e pure patrimoniali fissati dal giudicato sul divorzio, che non sono oggetto della sentenza canonica relativa alla nullità del negozio matrimoniale<sup>35</sup>.

Per effetto della delibazione, ovvero del riconoscimento da parte della Corte di appello degli effetti civili della sentenza canonica di nullità matrimoniale, la regolamentazione dell'affidamento dei figli e del loro mantenimento

---

<sup>34</sup> Nel senso della non pregiudizialità del giudizio di nullità in ordine al divorzio civile, cfr. Cass. sent. n. 4202 del 23 aprile 2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1479, con nota di MARIO FINOCCHIARO, *Sentenza di divorzio, delibazione della pronuncia ecclesiastica di nullità di quel matrimonio e (inesistenza di) giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*, la quale afferma appunto che, pervenuti al giudicato sul divorzio, la successiva delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, ai sensi dell'art. 2909 C.c., non travolge il giudicato di divorzio in ordine agli effetti patrimoniali. Le tesi giurisprudenziali in esame prendono le mosse, invero, da una impostazione già prospettata in dottrina, cfr., ad es. ANDREA PROTO PISANI, *I provvedimenti patrimoniali nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, a cura di FRANCESCO CIPRIANI, ESI, Napoli, 1992, pp. 136 e ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, terza edizione, Bologna, 1990, p. 337; e GIOVANNI BALENA, *Sui problemi derivanti dal "concorso" tra la giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile in materia di nullità del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, pp. 279 e ss.

<sup>35</sup> In tal senso, cfr., tra gli altri, MARIO RICCA, *Processo di delibazione e varietà dell'ideale matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1997, I, pp. 223 e ss.

trovava la propria disciplina nelle norme dettate in tema di matrimonio putativo, ossia del matrimonio celebrato in buona fede da almeno una delle parti, anche quando l'altra fosse stata certa della nullità. Tra le parti, dunque, il matrimonio putativo, secondo il disposto di cui all'art. 129 C.c., produce gli stessi effetti del matrimonio valido sino a che una delle parti stesse sia in buona fede<sup>36</sup>.

Ora, se la previsione della nuova legge dovesse essere interpretata nel senso che la normativa si applica non solo alla nullità del matrimonio dichiarata dal giudice civile, ma anche a quella dichiarata dai Tribunali ecclesiastici, diviene difficile dire quale sia la sorte delle disposizioni codicistiche le quali disciplinano le sorti del matrimonio putativo e prevedono la regolamentazione dei rapporti familiari da esso nascenti. Il legislatore in questo caso, come per la verità per molti altri aspetti, avrebbe dovuto essere meno frettoloso e più meditativo nella stesura di una legge che riguarda rapporti giuridici molto delicati come sono quelli familiari, fermo restando che, come è stato evidenziato, merita comunque apprezzamento la premura mostrata per la materia.

---

<sup>36</sup> La Cassazione, con sent. n. 11951 del 2 dicembre 1993, in *Dir. eccl.*, 1994, II, pp. 86 e ss., ha ritenuto che la simulazione unilaterale del consenso di uno dei coniugi, se non è conosciuta né conoscibile dall'altro, non consentirebbe comunque il riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, ottava edizione, Bologna, 1997, p. 464, sostiene che "la tesi della tutela della buona fede come principio di struttura dell'istituto matrimoniale, pure con il richiamo dei valori garantiti dalla Costituzione ... è una forzatura, perché nel matrimonio civile la buona fede di una delle parti ... non impedisce la dichiarazione di nullità ... del vincolo, ma concorre a produrre gli effetti del matrimonio putativo".