

**Martedì 20 settembre 2011**

**Dottor Luciano Guaglione (Consigliere Corte d'appello di Bari)**

**Indagine conoscitiva sull'affido condiviso (ddl 957 e 2454)**

**La collocazione preferenziale del minore e il doppio domicilio\***

Ai sensi dell'art. 155, comma 2, c.c., sia nel caso di affidamento condiviso, sia in quello di affidamento esclusivo, le parti, tramite accordo, oppure il giudice determinano i tempi o le modalità della presenza del minore presso ciascun genitore. L'affidamento condiviso, consistendo nella partecipazione di entrambi i genitori alle scelte di cura, educazione e istruzione del figlio, è compatibile sia con tempi di permanenza paritari presso le case di padre e madre, sia con tempi di permanenza diversi che vedono un riferimento abitativo prevalente nella casa di uno dei genitori, ad esempio quando uno di essi decide di trasferirsi a distanza anche grande, per cui il figlio dovrà forzatamente avere con ciascuno tempi e misure diverse di frequentazione.

La scelta di una tale modalità di affidamento condiviso consente di spostare realmente l'applicazione della legge n.54/2006 dalla prospettiva di osservazione propria dell'adulto a quella propria della prole e dello stesso diritto naturale, in quanto è insita nella natura della prole stessa la necessità di avere, nonostante la separazione o il divorzio, entrambi i genitori come punti di riferimento stabili della crescita e maturazione.

Tale interpretazione, benché sia del tutto coerente con le finalità di tutela del minore cui si ispira la legge di riforma, e benché abbia anche il pregio di consentire a ciascun genitore di provvedere direttamente al mantenimento ed alle spese del minore durante la permanenza presso di sé, riducendo così sensibilmente le possibilità di contenzioso sulla quantificazione dell'eventuale assegno di mantenimento della prole reclamato dal genitore affidatario (o meglio, collocatario del figlio), è stata poco recepita dalla giurisprudenza.

La forma più evidente di mancata applicazione della legge n. 54 del 2006 s'intravede con chiarezza in quei provvedimenti in cui l'affidamento condiviso viene nominalmente concesso, salvo stabilire l'elezione di un genitore «domiciliatario prevalente» o «collocatario» (prassi di esclusiva origine giurisprudenziale), giustificando ciò con le esigenze del minore di un riferimento abitativo stabile e di una organizzazione domestica coerente con una normale vita sociale (*ex multis*, Trib. Messina, 18 luglio 2006, in *Giur. merito*, 2007, 5, 1339; Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it); Trib. Trani, 11 maggio 2010, in [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it)).

In realtà si finisce in tal modo per svuotare la nuova normativa di ogni effetto, ristabilendo, da un'altra direzione, lo strumento dell'affidamento esclusivo anche là dove non sussistono motivi di pregiudizio per il minore (ad es., Ordinanza del Presidente del Tribunale di Trani del 20 luglio 2010).

In siffatti provvedimenti *il modello dell'affidamento esclusivo è riprodotto nei fatti*, come nella quantificazione dei tempi di «visita» o nella « facoltà », anziché nell'obbligo dei contatti tra il padre e i figli. Tutto ciò è l'esatto contrario di quanto il legislatore si è proposto nel 2006, e cioè la sostituzione del modello monogenitoriale con quello bigenitoriale.

Eppure la normativa non recita affatto: «stabilisce presso quale dei genitori i figli vivranno», da ciò derivando l'assoluta arbitrarietà con cui gli operatori della giustizia si sono affrettati a coniare il neologismo « domiciliazione prevalente », che introduce una misura creata *ex novo*, non ricompresa nel dettato della normativa vigente.

Il ricorso a tale prassi, inoltre, ha come conseguenza quella di favorire una cultura giudiziaria della separazione che preferisce la *stabilità del domicilio* del minore alla sua *stabilità affettiva*.

Notevole è il contenzioso indotto dalla disciplina della c.d. residenza privilegiata e delle modalità di incontro con l'altro genitore, fonte di reclami *ex art. 708 c.p.c.* alla Corte d'Appello avverso provvedimenti presidenziali e di istanze di modifica al giudice istruttore.

Sovente il ricorrente (sovente il padre) lamenta che il provvedimento presidenziale è in aperto contrasto con la l. 54/06 e con l'interesse dei minori coinvolti nella vicenda, tenuto conto che – nel disciplinare il c.d. diritto di visita, in relazione alla collocazione preferenziale della prole presso la casa coniugale assegnata all'altro coniuge – detta modalità e tempi che di fatto comportano l'esclusione dalla vita dei minori della fondamentale figura paterna, con ciò comprimendo il suo diritto alla bigenitorialità, espresso dall'art. 155, comma 1, c.c.

Effettivamente la soluzione della residenza privilegiata presso un genitore (quasi sempre la madre) è criticabile, perché attraverso tale prescrizione la giurisprudenza tende a sostituire il *concetto allargato di cura ed educazione* del minore con la corresponsione, a carico del genitore che non sia collocatario principale, di un *assegno di mantenimento*, mentre invece la regola dovrebbe essere quella, immediatamente connessa al principio di bigenitorialità, del mantenimento diretto o in natura, come suggerisce l'art. 155, comma 5, laddove prevede il versamento dell'assegno periodico solo "ove necessario" (ad es., Tribunale di Chieti, ord. 28 giugno 2006, in [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it)).

Tale opinione presuppone che la collocazione paritaria o quasi paritaria del minore presso padre e madre sia elemento costitutivo dell'affidamento condiviso, e che invece il diritto di visita relegato ad ore e giorni predeterminati sia proprio dell'affidamento esclusivo, in contrapposizione al pensiero giurisprudenziale secondo cui l'affidamento condiviso allude all'assunzione di responsabilità da parte di entrambi in ordine alla cura ed all'educazione della prole, ma non ha ricadute immediate sulle modalità concrete di vita della famiglia separata (v. Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, in *Corriere merito*, 2007, p. 313).

Secondo alcuni (ad es., l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, risposta all'interrogazione a risposta scritta 4-08504) la tesi della collocazione privilegiata presso un genitore trova alimento e fondamento nell'art. 155 *quater* c.c. (avente ad oggetto l'attribuzione della casa familiare), giacché in tanto sarebbe possibile parlare di assegnazione della casa familiare nell'interesse dei figli in quanto sia unica o prevalente la dimora presso la quale essi devono essere collocati. Ovviamente, comunque, scontrandosi con la tesi della dimora paritaria del minore presso entrambi i genitori, supportata dall'art. 155, comma 1, c.c., che prevede il suo diritto di “mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi”.

La discordanza interpretativa al riguardo è frutto del sopravvivere di quella cultura che ha visto per decenni nell'affidamento esclusivo il modo migliore per realizzare l'interesse del minore e che tuttora si sforza di trovare nelle pieghe di un testo che sicuramente risente delle contraddittorietà della mediazione politica che ha permesso il varo della legge 54/2006 gli spunti per mantenere in vita il vecchio modello. E' infatti facilmente intuibile che il legislatore non poteva ignorare le frequenti situazioni in cui è materialmente impossibile una frequentazione equilibrata (tenerissima età, trasferimenti, professione di un genitore ecc). Per cui in sostanza ha dato un criterio sotto ipotesi implicite: “ove la frequentazione non possa essere bilanciata, nell'assegnazione della casa familiare è lecito superare il titolo di proprietà privilegiando l'interesse dei figli”.

Va dunque valutata attentamente e senza preconcetti la proposta di adeguare il nostro paese all'orientamento sperimentato positivamente nell'Unione europea (in merito alla residenza alternata), introducendo (art. 1 ddl. 957 e ddl. 2454) anche in Italia un principio di *doppio domicilio*, salvo diversi accordi tra le parti.

Il principio è stato fortemente criticato dall'AIMMF, dall'AIAF e dall'Unione Nazionale Camere Minorili sul presupposto che la doppia residenza comporterebbe seri danni psicologici al minore, che vivrebbe anagraficamente sdoppiato e diviso (tesi dei bambini ping pong o pacchi postali).

Trattasi di critiche preconcepite e agevolmente superabili.

Intanto non di “doppia residenza” (luogo in cui la persona ha la dimora abituale *ex art. 43, co. 2, c.c.*) si tratta bensì di “doppio domicilio” (luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi *ex art. 43, co. 1, c.c.*), concetto perfettamente compatibile con un modello legale che vuole il figlio contemporaneamente affidato ad entrambi i genitori e che, pertanto, deve consentire al medesimo di potersi sentire a suo agio, “*a casa sua*”, sia presso la madre che presso il padre trovando in entrambe le dimore il proprio naturale *habitat* materiale ed affettivo.

Quanto ai paventati *effetti traumatizzanti* che tale situazione può provocare al minore, trattasi di un falso problema. La situazione non è dissimile da quella di una famiglia unita (coppia non separata con figli) che, ad es. vive a Roma ed ha una seconda casa (ad es. al mare o in campagna), presso la quale abitualmente i bambini trascorrono il fine settimana (due o tre giorni).

Ovviamente non fanno un trasloco ogni volta, poiché hanno lì tutto l'occorrente (la seconda cameretta, giochi, amici, ecc.): *due contesti abituali, assolutamente complementari tra loro*.

Nessuno in questi casi oserebbe parlare di "evento traumatizzante": eppure lo diventa, o meglio si tenta di definirlo come tale, allorchè sia uno dei due genitori - e non l'intero nucleo familiare - a chiederlo.

Conclusione: con l'auspicabile riforma si sacrifica l'unicità del contesto abitativo (diventano due le case) in favore di una maggiore frequentazione con l'altro genitore, il quale, da mero soggetto di diritto di visita, diventa *genitore con pari dignità dell'altro, naturalmente sempre nell'interesse del minore*. Lo sdoppiamento del nido viene considerato come il sacrificio da affrontare per il bene - *considerato maggiore e più importante* - della presenza effettiva e concreta dei due genitori nella vita quotidiana del figlio.

LUCIANO GUAGLIONE

\* Articolo richiesto dal prof. M. Maglietta e destinato alla pubblicazione su rivista Famiglia e Minori.