

L'ILLEGITTIMITÀ FORMALE,  
L'ILLEGITTIMITÀ SOSTANZIALE E  
L'INADEGUATEZZA STRUTTURALE DEL  
DECRETO LEGISLATIVO N. 154 DEL 2013

di **ROBERTO RUSSO**

*Approfondimento* del 16 novembre 2016

ISSN 2420-9651

*Il d.lgs 154 del 2013 è analizzato per la parte che riguarda le modifiche introdotte alla disciplina dell'affidamento condiviso (l. 54 del 2006) e alla l. 898 del 1970. Sono mostrate le ragioni che inducono a considerare in eccesso di delega (in violazione dell'art. 76 della Costituzione) aspetti quali: le limitazioni poste all'ascolto del minore; le modifiche in materia di affidamento a terzi (con i conseguenti profili processuali); la diretta sostituzione del termine "potestà" con quello di "responsabilità"; l'inserimento della residenza abituale; le modifiche alla disciplina dell'affidamento esclusivo; le norme sui cambiamenti di residenza. Oltre a ciò è sostenuta la diretta violazione del mandato ricevuto, centrato sulla equiparazione della filiazione naturale a quella legittima, in relazione all'insieme delle norme sull'assegnazione della casa familiare, unitamente alla presenza di contraddizioni interne allo stesso decreto, come per la definizione delle decisioni di maggior interesse. Sono anche indicati gli aspetti per i quali sarebbero presenti violazioni dell'articolo 3 Cost., con particolare riguardo alla discriminazione tra genitori coniugati e non. È evidenziato come il carattere degli interventi favorisca l'aumento del contenzioso e privi il minore di diritti indisponibili a lui già riconosciuti. Sono, infine, riportate le conseguenti difficoltà applicative per il sistema legale come per i soggetti interessati e ne è dedotta la indispensabilità di un nuovo rapido intervento normativo.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le illegittimità procedurali del d.lgs n. 154 del 2013. - 2.1. L'oggetto delegato e i principi e criteri direttivi della legge 219 del 2012. - 2.2. Il decreto legislativo al cospetto dell'oggetto e dei principi generali della legge di delega. - 3. Le illegittimità sostanziali del d.lgs n. 154 del 2013. - 3.1. Il diritto del minore a essere ascoltato. - 3.2. Dalla "potestà" alla "responsabilità genitoriale". - 3.3. Il risarcimento del danno subito dal coniuge. - 3.4. L'assegnazione della casa familiare. - 4. L'inadeguatezza strutturale - 4.1. Le dinamiche delle "decisioni di maggiore interesse". - 4.2. La residenza abituale. - 5. Il silenzio (quasi) generalizzato sulla questione. - 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

La materia dell'affidamento dei figli è, per definizione, delicata e complessa; quale che sia lo scenario normativo con il quale ci si misuri, entrano in ballo una serie di fattori sociali, pregiudizi, rancori personali, egoismi miopi, di difficile dominio.

Le combinazioni concrete di eventi sono poi potenzialmente infinite: matrimoni che si sfaldano, coppie non sposate con figli che si separano, coppie che neanche si formano pur generando prole, storie di violenza o trascuratezza, storie di genitori allontanati dai figli che amano e da cui sono amati, padri e madri biologici ma anaffettivi che non vogliono farsi carico dei figli, ecc.

La legge sull'affidamento condiviso ([legge n. 54 del 2006](#)), anche sulla scorta di esperienze normative internazionali, ha cercato di introdurre un principio semplice: i figli hanno diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con i propri genitori.

Principio semplice, ma non rivoluzionario; al contrario appare una naturale conseguenza del disposto dall'[art. 30, comma 1, della Costituzione](#), a mente del quale «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio».

Il riferimento alla nozione di “genitori” contenuto nell'art. 30 prescinde dal tipo di relazione (giuridica o di fatto, pacifica o conflittuale) che intercorre tra essi.

Certo, è impensabile immaginare che questo schema ideale si manifesti sempre e comunque; è quindi ragionevole predisporre la normativa per disciplinare i casi in cui il reale sia distante dall'ideale.

Prevedere delle eccezioni alla regola [1] o disciplinare le fattispecie nelle quali la regola non si realizza, non costituisce caratteristica peculiare di questa materia, al contrario è insita in ogni bene/valore protetto [2].

Ma come disciplinare l'eccezione?

Per quanto strano possa sembrare, anche la disciplina dell'eccezione deve essere fatta nell'ottica posta dalla regola in quanto deve essere comunque coerente con essa e rispondere a requisiti di proporzionalità e adeguatezza.

L'eccezione deve avere un suo proprio e autonomo “perché” ragionevole, e il trattamento differenziato deve risultare coerente con il fine perseguito.

Una volta che il legislatore costituente ha fatto una scelta (la “migliore soluzione possibile” è quella nella quale un bambino cresca educato e accudito

contemporaneamente dai due genitori), il legislatore costituito deve preoccuparsi di disciplinare i casi in cui questo ideale non si realizzi qualora uno o ambedue i genitori risultino incapaci al ruolo (profilo che qui non si affronta) o siano separati.

L'intervento normativo, per com'è impostato l'[articolo 30 Cost.](#), deve strutturarsi come un “rimedio a una mancanza”: non si è realizzata la condizione ideale e pertanto occorre provvedere.

Il rimedio poi, soprattutto in una fattispecie così complessa, a sua volta non potrà essere “tagliato con l'accetta”, ma dovrà essere proporzionato, adeguato e ragionevole.

Anticipando ragionamenti che si riprenderanno in seguito, l'affidamento condiviso, per come disciplinato dalla [legge n. 54 del 2006](#), appare perfettamente proporzionato, adeguato e ragionevole a costituire un primo rimedio in quanto tende a realizzare una gestione della genitorialità “mimetica” (nel senso di “simile”) all'ideale.

Per far sintesi: l'ideale è che il figlio cresca “immerso” in un ambiente affettivo completo, ricevendo cure e attenzione da entrambi i genitori, all'interno di un contesto armonico che coinvolge l'intero nucleo familiare; mancando il contesto armonico si deve cercare in *primis* di mantenere (almeno) l'ambiente affettivo completo.

Solo quando anche il mantenimento di quest'ambiente affettivo risulti impossibile, allora, e solo allora, si sarà costretti a seguire altre, più drastiche (e più lontane dall'ideale) strade.

Attenzione: il mantenimento deve risultare impossibile e non meramente contrastato.

Come affermato dalla sentenza della [Cassazione n. 7477 del 2014](#) l'esistenza di una conflittualità tra i coniugi e il loro contegno processuale non impedisce un provvedimento di affidamento condiviso o una prosecuzione del medesimo; il limite è dato solo dal superiore interesse del minore e l'assegnazione congiunta può essere “evitata” solo se possa causare un danno allo sviluppo del minore [3].

Tutto bene quindi?

No.

L'affidamento condiviso è stato scarsamente applicato o (forse anche peggio) travisato. In questo quadro d'indifferenza applicativa, basato su argomentazioni spesso false o comunque pretestuose, irrompe il [decreto legislativo n. 154 del 2013](#) che muta alcune caratteristiche dell'istituto dell'affidamento condiviso, snaturandolo.

Il legislatore delegato, oltre a effettuare interventi, nel merito, impropri e inopportuni, ne va a minare alcuni fondamenti [4], il tutto in assenza di una consapevole scelta

parlamentare.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, il legislatore delegato per alcuni aspetti ha agito in carenza di delega, violando l'[art. 76 della Costituzione](#), per altri ha agito in contrasto con la delega stessa, violando un diverso profilo dell'[art. 76 Cost.](#), infine ha leso altri principi costituzionali.

Al di là dei vizi di legittimità costituzionale nei quali sembra essere incorso, il legislatore delegato ha introdotto elementi irrazionali e irragionevoli che se, sotto il profilo pratico, rendono complessa l'attività quotidiana di applicazione, allo stesso tempo non appaiono rispettosi dei canoni costituzionali di cui agli artt. 3, 29 e 30.

Lo studio si articolerà quindi su tre filoni (eccesso di delega, altre illegittimità costituzionali e inadeguatezza strutturale).

Questa impostazione che permette di trattare congiuntamente profili di illegittimità (o di inadeguatezza) omogenei, impone di tornare più volte sul medesimo oggetto di analisi. Ad esempio, come si vedrà, la novità costituita dalla possibilità del genitore di “sparire” a patto che lo comunichi entro 30 giorni e risarcisca l'eventuale danno, verrà presa in considerazione sia per vagliare se (e in quale misura) sia stata introdotta in assenza di delega, sia per esaminarne diversi profili di illegittimità, sia, infine, per valutarne l'adeguatezza strutturale.

## **2. Le illegittimità procedurali del d.lgs n. 154 del 2013. - 2.1. L'oggetto delegato e i principi e criteri direttivi della legge 219 del 2012. - 2.2. Il decreto legislativo al cospetto dell'oggetto e dei principi generali della legge di delega.**

Sin dalla sentenza costituzionale n. 3 del 1957, la prima nella quale appare il sintagma “eccesso di delega”, la Corte veicolò l'idea che la legge di delega e il decreto legislativo delegato altro non siano che «due fasi» che «s'inseriscono nello stesso iter, e ricollegando la norma delegata alla disposizione dell'art. 76, attraverso la legge di delegazione, pongono il processo formativo della legge delegata, come un'eccezione al principio dell'art. 70...»; e che «sia il precetto costituzionale dell'art. 76, sia la norma delegante costituiscono la fonte da cui trae legittimazione costituzionale la legge delegata» [5].

Una sorta di “entità duale” [6] costituita dalla coppia legge di delega-decreto legislativo che, nel pensiero della Corte e della dottrina, a volte appare come fasi di un unico procedimento [7] altre come due procedimenti normativi distinti, ma collegati con un rapporto di subordinazione del decreto legislativo alla propria legge di delega [8].

Quale che sia la lettura del rapporto esistente tra i due atti normativi, il risultato finale è che, in estrema sintesi, al Parlamento è concesso delegare l'esercizio del proprio potere legislativo a patto di definirne “il cosa, il come ed entro quando”, al Governo è concesso esercitare la delega ricevuta nel rispetto del “cosa, come e quando” ricevuto.

### **2.1. L'oggetto delegato e i principi e criteri direttivi della [legge 219 del 2012](#).**

Per valutare se il [decreto legislativo n. 154 del 2013](#) sia affetto dall'eccesso di delega, occorre quindi partire dalla relativa disposizione delegante (l'[art. 2 della legge n. 219 del 2012](#)) e chiedersi se l'intervento sull'affidamento condiviso rientrava o meno nel perimetro della delega.

L'*incipit* del primo comma descrive il “termine” entro cui il Governo ha la facoltà di esercitare la delega ricevuta (12 mesi), elemento non in discussione [9].

Il prosieguito del comma primo dell'art. 2 definisce l'oggetto della delega: «*modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'[articolo 30 della Costituzione](#)*».

Si tratta quindi di una “delega rinforzata per contenuto” in quanto non indica solo la materia su cui il Governo dovrà esercitare la delega ricevuta (filiazione e adozione), ma anche le finalità concrete dell'intervento che devono essere volte a «*eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'[articolo 30 della Costituzione](#)*».

Al di fuori di questo perimetro non esiste delega: non basta che il Governo si contenga e che disciplini la filiazione e l'adozione, l'intervento deve essere connesso a “quella finalità” (eliminare ogni discriminazione) e non “qualsiasi finalità”.

Il contenimento dell'oggetto, che quindi non può ritenersi esteso a qualsiasi aspetto normativo riguardi la prole, d'altronde lo si ricava non solo dall'esplicito testo della disposizione (cosa che già di per sé sarebbe sufficiente a vincolare l'esecutivo) ma anche dalla lettura congiunta dell'intitolazione dell'atto (“*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*”) con la rubricazione dell'articolo (“*Delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*”).

Se, trattando di “riconoscimento dei figli naturali”, si dispone di “rivedere la normazione sulla filiazione” è evidente che l'aspetto “nel mirino” del legislatore

delegante non riguarda “qualsiasi” elemento incidente sulla materia della filiazione ma solo quelli riferiti o riferibili ai naturali.

Anche l'iter parlamentare della legge di delega corrobora l'idea che il “perimetro delegato” sia solo quello descritto.

L'iter legislativo difatti prende le mosse dalla proposta di legge presentata alla [Camera dei Deputati il 17 giugno 2009](#) (C. 2519) che si propone di operare “Modifiche al codice civile in materia di riconoscimento e di successione ereditaria dei figli naturali” il cui contenuto andava a intervenire su articoli non incidenti sull'affidamento.

Nella successiva proposta di legge n. 3184 dell'8 febbraio 2010 (“Modifiche al codice civile in materia di filiazione”) parimenti non vi è alcun riferimento agli articoli del codice civile in materia di affidamento condiviso; l'argomento viene evocato solo nella presentazione, ma al mero fine di “coordinarsi” con i principi contenuti nella [legge n. 54 del 2006](#) e non di sostituirli, modificarli o comunque intervenirevi [10].

Non diversamente, le proposte di legge n. 3247 del 24 febbraio 2010 e n. 3516 del 27 maggio 2010 si limitano a richiamare l'art. 155 nel testo novellato dalla [legge n. 54 del 2006](#), ben guardandosi da proporre modifiche.

L'impianto non cambia neanche con il disegno di legge d'iniziativa governativa n. 3915; l'unica significativa differenza è che in luogo della previsione diretta di modifica del corpo normativo vigente, si prevede una delega legislativa.

Il perimetro dell'intervento resta all'interno del confine descritto; difatti si legge che «è inoltre affermata l'esigenza di un adeguamento della disciplina relativa all'inserimento del figlio nella famiglia del genitore che lo ha riconosciuto con quella dettata in materia di affidamento condiviso».

Ma “adeguarsi” a qualcosa non comporta che quel “qualcosa” subisca modifiche.

Da rilevare, già da adesso, un elemento che tornerà utile nel prosieguo dell'analisi e cioè che, nella mente del proponente, la materia dell'affidamento condiviso è una “norma connessa” [11].

Le successive proposte confluite nel testo unificato (C. 4007 e C. 4054) non toccano minimamente l'argomento dell'affidamento.

Circa il passaggio in Senato del DDL non merita ragionare in quanto, rispetto al testo uscito dalla Camera, non sono state apportate modifiche rilevanti sull'argomento in esame.

Dunque un primo punto fermo: l'oggetto della delega non va oltre alla disciplina della

filiazione e della adozione, limitatamente alla rimozione delle discriminazioni esistenti e quindi, per quanto sin qui esaminato, non riguarda la materia dell'affidamento condiviso che, semmai, dai lavori preparatori, viene evocata come parametro cui conformarsi e non come elemento su cui intervenire.

A fini di completezza però esistono due aspetti che si possono ulteriormente analizzare. Ad esempio si potrebbe sostenere che l'oggetto “vero” sia solo la «*modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità*» e che la finalità assegnata (“*eliminare ogni discriminazione*”) costituisca solo un principio e criterio direttivo e che quindi un intervento effettuato sull'affidamento condiviso rientri nel “mare grosso” della materia sulla filiazione, e dunque nell'oggetto delegato.

Questa lettura estensiva dell'oggetto potrebbe trovare un ipotetico conforto nel richiamo effettuato dalla legge di delega all'[art. 30 della Costituzione](#) («*nel rispetto dell'[articolo 30 della Costituzione](#)*») che, com'è noto, riguarda non solo i figli nati fuori dal matrimonio (comma 3) ma il complesso dei diritti e doveri nascenti dalla genitorialità (comma 1).

Inoltre, come si è visto, dai lavori preparatori, e con particolare riferimento al ddl d'iniziativa governativa (che, di fatto, ha “assorbito” gli altri), la disciplina dell'affidamento condiviso risulta essere una “norma connessa”.

Ecco quindi che si aprono due percorsi logico giuridici che potrebbero far ritenere rientrante nella delega l'intervento sull'affidamento condiviso:

- da un lato si potrebbe sostenere che l'oggetto riguardi l'intera disciplina della filiazione e che la rimozione delle discriminazioni tra “categorie di figli” costituisca un principio e criterio direttivo;
- dall'altro si potrebbe sostenere che, in quanto “norma connessa” non vi sarebbero ostacoli a che il legislatore delegato possa, a determinate condizioni, incidervi.

Il problema si sposta... ma non di molto.

Anche in questa lettura, un intervento incidente sulla materia legata all'affidamento potrebbe rientrare solo se, e nella misura in cui, sia rivolto a rimuovere discriminazioni tra figlio nato all'interno del matrimonio, figlio nato fuori dal matrimonio e figlio adottivo.



Che il fine di rimuovere la discriminazione delinea l'oggetto o ne costituisca un principio e criterio direttivo, non cambia il dato conclusivo: eventuali interventi su aspetti diversi rispetto a quelli direttamente riguardanti i figli nati fuori dal matrimonio (e per quel che qui interessa, sull'affidamento condiviso) possono aversi solo se tesi a rimuovere le discriminazioni.

Che la materia dell'affidamento condiviso sia una “norma connessa” parimenti non cambia il dato conclusivo: eventuali interventi su questa materia possono essere fatti (occorre ripetersi) solo se finalizzati a rimuovere le discriminazioni tra categorie di figli. In sintesi: un intervento effettuato dal legislatore delegato anche sulla materia dell'affidamento condiviso che sia volto a eliminare le eventuali discriminazioni risulterebbe legittimo, altri interventi risulterebbero non coperti dalla delega e, quindi, illegittimi.

Prima ancora di vedere se il decreto legislativo delegato si sia mantenuto all'interno del perimetro rappresentato dall'oggetto di delega, conviene esaminare i principi e criteri direttivi per valutare la presenza di eventuali indicazioni relative alla disciplina dell'affidamento condiviso in quanto ben può essere che il legislatore delegante dia delle indicazioni che rendano necessario (e quindi legittimo) un intervento.

Il primo “principio e criterio” previsto dalla delega (l'[art. 315 c.c.](#) nella formulazione novellata dalla stessa legge di delega) non fa altro che ribadire l'unicità di stato del figlio (che è solo un diverso modo di dare come obiettivo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione tra “tipologie” di figli).

Il secondo criterio (l'[art. 315-bis](#) introdotto dalla medesima legge) impone che, nello svolgere la delega ricevuta, il legislatore delegato tenga presente il diritto dei figli a crescere in famiglia, a essere ascoltati e a essere mantenuti, educati e istruiti dai genitori.

Il primo dei criteri enumerati nell'[art. 2](#) (lettera *a*) conferma l'idea che, nonostante l'oggetto della delega riguardi la filiazione, il confine possa essere esteso alla generica disciplina concernente i figli (quindi anche le materie connesse nonché tutte quelle che, anche incidentalmente, riguardino i figli), e ciò perché in *«tutta la legislazione vigente»* dovranno essere sostituiti i sintagmi “figli legittimi” e “figli naturali” lasciando il solo riferimento ai “figli” [12].

Incidentalmente occorre osservare che, stante l'obiettivo di rimuovere i sintagmi “figli legittimi” e “figli naturali”, il legislatore delegato ha mancato in quanto vi sono

numerose dimenticanze [13], senza contare che la disposizione delegante in esame si premura di identificare il sintagma nella sua dimensione al plurale, trascurando quella al singolare che, da un lato, è stata comunque oggetto di modifica legislativa [14], dall'altro appare tuttora presente in parte della normativa vigente [15].

Ovviamente sarebbe eccessivo postulare un vizio di legittimità per gli interventi effettuati sul sintagma al singolare non contemplato nella legge di delega, parimenti eccessivo sarebbe ricavare elementi di censura, che vadano oltre la valutazione politica, per la mancata completa riformulazione della normativa vigente; indubbiamente però questi dati di fatto attestano una certa dose di “fretta” nella formulazione delle disposizioni.

Al di là di questi aspetti, resta il punto d'interesse che il criterio e principio direttivo contenuto alla lettera *a*) non consente alcun intervento nella materia dell'affidamento condiviso che vada oltre la ridefinizione dei sintagmi laddove presenti.

Il requisito descritto alla lettera *b*) parimenti non tocca l'argomento dell'affidamento condiviso in quanto dispone una serie di “riallocazioni” da effettuarsi all'interno del Titolo VII (la materia dell'affidamento condiviso, collocata all'interno del titolo VI, è stata “traslocata” dall'intervento normativo delegato al titolo IX).

Il criterio posto dalla lettera *c*) riguarda la prova della filiazione, che «*può essere giudizialmente accertata con ogni mezzo idoneo*»; la formula, che suscita più di qualche dubbio con riferimento ad altre possibili censure [16], non tocca in alcun modo la materia dell'affidamento così come i successivi principi e criteri direttivi contenuti nelle lettere da *d*) a *g*).

Al fine di rendere più agevole la lettura, si saltano (momentaneamente) i punti *h*) e *i*), su cui si tornerà tra breve.

Non consente interventi sulla materia dell'affidamento il criterio riguardante l'adeguamento della disciplina delle successioni contenuto nella lettera *l*) nonché il criterio riguardante l'individuazione, nell'ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile, contenuto nella lettera *m*).

Non sembrano consentirlo neanche la definizione di “abbandono morale e materiale” (lettera *n*)), la segnalazione di indigenza (lettera *o*)) e la legittimazione attiva dei nonni, disposizioni destinate ad altri ambiti operativi.

Rimangono da esaminare i criteri di cui alle lettere *h*) e *i*).

La lettera *i*), riguardando la disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto

del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, può legittimare un intervento sulla disciplina dell'affidamento.

Questo criterio appare slegato dalla prevista finalità di rimuovere le discriminazioni (tra figlio nato nel matrimonio, nato al di fuori del matrimonio e adottivo), pertanto, non solo costituisce la base su cui fondare un intervento normativo delegato, ma consente anche che l'intervento non sia necessariamente connesso all'eliminazione di un trattamento difforme.

Anticipando che sul disposto dalla lettera *i*) occorrerà tornarvi quando si affronteranno i vizi di legittimità sostanziali, il legislatore delegato quindi ben poteva intervenire sulla disciplina concernente l'ascolto del minore descritta nell'[art. 155-sexies del codice civile](#) novellato dalla [legge n. 54 del 2006](#).

Passando a esaminare i criteri contenuti alla lettera *h*) questi sono costituiti da due distinti, seppur connessi, aspetti:

- 1) da un lato vi è l'indicazione circa l'unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio;
- 2) dall'altro vi è l'indicazione circa la necessità di porre mano alla nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale.

Con riferimento al secondo profilo, anch'esso (come per il diritto di ascolto del minore) non appare esclusivamente rivolto a rimuovere le discriminazioni esistenti tra le “categorie” di figli e tanto basta per rendere coperto da delega un intervento che delinea la nozione di responsabilità genitoriale ovunque e quindi anche nella materia dell'affidamento condiviso.

Passando al primo profilo, e sorvolando sul fatto che, considerando solo i figli nati nel matrimonio e i figli nati fuori del matrimonio, pare “dimenticarsi” degli adottati, occorre spendere qualche riflessione in più circa l'obiettivo di “unificare” le disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio.

Non vi è dubbio che assegnare quest'obiettivo (“unificare”, appunto) implica il rivolgersi a un perimetro vasto nel quale rientra anche la disciplina dell'affidamento (ben vi può essere la necessità di uniformare gli interventi tesi a che i genitori si assumano le proprie responsabilità sia quando il vincolo si scioglie sia quando il vincolo neanche si forma).

Il termine “unificare” però ci dice solo che la disciplina debba essere (appunto) unificata: il risultato atteso dal legislatore delegante è l'esistenza di una sola disciplina che declini i diritti/doveri dei genitori senza distinzione tra non coniugati, coniugati e separati.

Procedendo per piccoli passi, il termine “unificare” assegna un obiettivo: una volta operato l'intervento normativo delegato, la disciplina deve risultare “unificata”: ma come deve essere raggiunto tale obiettivo e, in ultima analisi, che significato occorre ricollegare al termine “unificare”?

La domanda non è retorica in quanto il verbo “unificare” potrebbe avere due sensi diversi:

- 1) “rendere omogeneo l'esistente”: partendo dalla “variegata” disciplina esistente e senza creare nulla di nuovo, il legislatore delegato dovrebbe limitarsi a effettuare le opportune estensioni applicative (ad esempio disponendo che la disciplina prevista per il nato all'interno del matrimonio si applichi anche al nato al di fuori) o eliminazioni (ad esempio disponendo l'abrogazione di una disciplina prevista per il solo nato al di fuori del matrimonio); qualsiasi elemento innovativo, non rinvenibile nella disciplina pregressa, sarebbe non previsto dalla delega (il legislatore delegato non avrebbe unificato, ma creato) con conseguente illegittimità del decreto legislativo per eccesso di delega;
- 2) “dar vita a una disciplina unica”: realizzare una nuova disciplina, e quindi, in ipotesi anche totalmente innovativa rispetto all'esistente, purché uniforme.

In questo caso però sarebbe la legge di delega a risultare illegittima (in violazione dell'[art. 76 Cost.](#)) in quanto, all'interno dei criteri relativi a un oggetto di delega (togliere le discriminazioni), avrebbe inserito un nuovo e diverso oggetto (dettare una nuova disciplina uniforme con riferimento alle materie connesse e quindi anche dell'affidamento) creando una sorta di “delega matrioska”, circostanza che non è di per sé illegittima ma che necessita di propri e autonomi principi e criteri direttivi.

Qualora s'individuasse nel termine “unificare” il primo significato (rendere omogeneo l'esistente), ne discenderebbe che qualsiasi intervento che aggiunga (un elemento nuovo e non “prelevato” da una disciplina esistente per applicarlo a fattispecie che, diversamente, risulterebbero discriminate) o che tolga (un elemento esistente, non effettuato con il fine di rendere la disciplina di una fattispecie coincidente con l'altra)

risulterebbe carente di delega.

Qualora invece s'individuasse il secondo significato (dar vita a una disciplina unica), il legislatore delegato risulterebbe libero di agire a piacimento circa i contenuti normativi che determinino l'unificazione, ma a questo punto la legge di delega risulterebbe illegittima ricorrendo agli estremi della c.d. “delega in bianco”.

Certo, la [legge n. 219 del 2012](#), con riferimento a questo ulteriore oggetto di delega, non mancherebbe del requisito del termine in quanto, di fatto, coincidente con quello “dell'altra delega” (la rimozione delle diseguaglianze), né del requisito dell'oggetto (costituito dalla *«unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio»*).

Mancherebbero i principi e criteri direttivi in quanto *«la norma di delega non deve contenere [...] enunciazioni di finalità, inidonee o insufficienti ad indirizzare l'attività normativa del legislatore delegato»* [17].

É pur vero che non serve l'espressa indicazione manifesta dei principi e criteri direttivi se questi sono univocamente e facilmente ricavabili e che, dal canto suo, la Corte Costituzionale ha sempre mantenuto un atteggiamento di estrema prudenza [18] (a volte definita anche “ritrosia” [19]) nel rilevare incostituzionalità per eccesso di delega, ma qui mancherebbe del tutto qualsiasi accenno di principio e criterio direttivo, né risulterebbe ricavabile *aliunde*.

É evidente difatti che un conto è disporre l'eliminazione di ogni discriminazione (dove l'intervento si limita a comporre l'esistente), altro è *creare* una disciplina unica.

Dunque non vi sono alternative: qualora il legislatore delegato intervenisse sulle disposizioni *«che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio»* in maniera realmente innovativa fatalmente o il decreto legislativo delegato sarebbe da considerarsi illegittimo per eccesso di delega o la legge di delega sarebbe censurabile per essere “in bianco”.

## **2.2. Il decreto legislativo al cospetto dell'oggetto e dei principi generali della legge di delega.**

Volendo fare una sintesi degli elementi sin qui esaminati e, per semplicità di analisi, rinunciando a ragionare sulla legge di delega, il decreto legislativo delegato ben poteva, quindi, intervenire sulla materia relativa all'affidamento condiviso a patto che si fosse limitato a:

- 1) disporre unificazioni dei sintagmi “figli legittimi” e “figli naturali” - criterio *a*);
- 2) estendere/eliminare discipline esistenti difformi relative ai diritti e doveri dei genitori la cui presenza determini una discriminazione tra “tipi di figli” - criterio *h*);
- 3) intervenire sul diritto di ascolto del minore;
- 4) definire un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante.

Qualsiasi altro intervento risulterebbe censurabile per eccesso di delega.

Il “trasloco” della disciplina relativa all'affidamento condiviso dal titolo VI al titolo IX del libro primo del Codice Civile, seppur non espressamente contemplato dalla legge di delega, non pare configurare alcun vizio in quanto riconducibile «*al coerente sviluppo e completamento*» delle scelte effettuate dal legislatore delegante.

Anche le modifiche effettuate nelle prime righe di quello che era l'art. 155, e che è diventato l'art. 337 [20], a prima vista sembrano riconducibili all'attività di riallocazione coerente del materiale normativo; esiste però un profilo che merita qualche approfondimento: la scomparsa dell'espressione «*anche in caso di separazione personale dei genitori*».

Il testo originale della disposizione era: «*Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto...*»; la versione emendata invece recita: «*Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto...*».

Occorre chiedersi il perché di questa eliminazione in quanto, alternativamente, o è una mera conseguenza dello “spostamento” (non aggiunge o toglie nulla alla disciplina sostanziale esistente ma ne coordina il testo con la nuova collocazione), o realizza una variazione della disciplina sostanziale esistente.

Nel primo caso, *nulla quaestio*, nel secondo, l'intervento risulterebbe carente di delega; occorre quindi ricostruire il senso di quella frase nel contesto originario e l'effetto della

sua eliminazione.

Trovando la disciplina originaria collocazione nell'art. 155, e quindi all'interno del Capo V del titolo VI rubricato “*Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*”, al termine “*anche*” può essere attribuito il senso “debole” di individuare le fattispecie cui si applica la disciplina: non solo lo scioglimento del matrimonio (riferimento implicito) quindi, ma “*anche*” la separazione personale (riferimento esplicito).

In quest'ottica, una volta “traslocata la disciplina” al Capo II del Titolo IX (intitolato “*Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili...*”), l'espressione appare “inutile”.

Se così fosse nessuna censura potrebbe essere mossa all'eliminazione; ma se il significato della frase fosse stato solo quello rappresentato, lo stesso, stante la richiamata intitolazione del Capo V, sarebbe stato inutile anche nella precedente formulazione.

Si potrebbe abbozzare una prima conclusione: il legislatore del 2006 ha inserito una frase inutile e, coerentemente, il legislatore delegato l'ha tolta.

Ma le cose non stanno così.

La frase non era inutile e non aveva (solo) il fine di identificare le fattispecie destinatarie, aveva (soprattutto) il fine di rappresentare l'essenzialità di un rapporto genitoriale costante che deve essere protetto e preservato con continuità e quindi “*anche*” in caso di separazione personale: non (solo) un riferimento a una categoria ma (anche) un riferimento “temporale”.

Il lemma “*anche*” rappresenta(va) quindi quel senso di costanza del rapporto genitoriale che prescinde dal contesto nel quale vivono i genitori.

Questa differente prospettiva da un lato basta per far “sconfinare” l'eliminazione nel territorio dell'eccesso di delega, dall'altro svela un elemento determinante dell'intervento effettuato: il cambio di prospettiva.

La disciplina precedente metteva al centro il figlio: è lui il portatore di interessi, il titolare del diritto soggettivo nonché il “bene da proteggere” (e, aggiungerei, il vero e solo soggetto sicuramente debole della vicenda).

Se mi si passa la rappresentazione, la disciplina dell'affidamento condiviso disegnava il rapporto figlio/genitori separati come un triangolo isoscele, dove il figlio rappresentava

l'angolo al vertice e i genitori i due angoli incongruenti: la distanza tra questi due angoli (e quindi la distanza reciproca tra i due genitori) dal punto di vista dell'angolo di vertice (il figlio), è irrilevante: lui rimane sempre alla medesima distanza da ambedue, in qualsiasi momento e a prescindere da qualsiasi allontanamento/riavvicinamento dei genitori.

Il senso della modifica effettuata pone al centro i genitori e “misura” la loro reciproca distanza: il triangolo diventa scaleno.

Letto in quest'ottica l'intervento ablativo non appare solo un elemento estraneo alla delega, ma rappresenta anche un forte indizio circa l'andamento antitetico dell'intervento rispetto alla normativa pregressa [21].

Forti dubbi suscita poi l'inserimento, dopo le parole «*Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole*», delle parole «*ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare*».

È pur vero che l'affidamento familiare ricade nello spettro dei provvedimenti adottabili, e che quindi non vi è una vera aggiunta (se il giudice può adottare “ogni altro provvedimento” e se l'affidamento familiare costituisce un possibile “altro provvedimento”, la specifica nulla toglie e nulla aggiunge all'esistente).

Se quindi quest'aggiunta non crea problemi in ordine all'eccesso di delega, incuriosisce in quanto ci si potrebbe chiedere perché mai il legislatore delegato abbia fatto questa specifica superflua.

La curiosità viene soddisfatta nel prosieguo del nuovo testo dell'art. 337-ter che, rispetto all'originario 155, mostra la seguente aggiunta: «*All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare*».

La specifica contenuta nell'espressione «*ogni altro provvedimento*», di per sé inutile, offre il “pretesto” per agganciarvi una disposizione relativa agli aspetti procedurali relativi ai “normali” procedimenti di affidamento (il giudice di merito) nonché a quelli aggiunti di affidamento familiare.

Non contento il legislatore delegato dispone anche la trasmissione del provvedimento di affidamento.

In sintesi il legislatore delegato ha aggiunto degli elementi di diritto sostanziale e



processuale non riconducibili alla delega ricevuta [22].

Ovviamente non si vuole in questa sede indagare se la scelta normativa sia adeguata o meno, ma solo rilevare come l'innovazione contenuta nel decreto legislativo non appaia riconducibile ad alcuno dei quattro elementi di possibile intervento enumerati (unificazione dei sintagmi, estensioni o riduzione di discipline discriminanti, ecc.) e pertanto non appaia coperta dalla delega né la parte aggiuntiva di diritto sostanziale, né, tantomeno, gli elementi procedurali connessi.

In sintesi: non si comprende a quale titolo il legislatore delegato abbia espressamente previsto la possibilità di affidamento familiare e ne abbia delineato alcuni aspetti procedurali [23].

Sulla modifica del lemma “*potestà*” con quello di “*responsabilità*” si tornerà più avanti, in questa sede basta rilevare come tale modifica non costituisce elemento che attesti un eccesso di delega.

Nel periodo successivo dell'art. 337-*ter* il legislatore delegato aggiunge all'elenco delle decisioni da assumere di comune accordo precedentemente contemplate quelle inerenti la residenza abituale.

Premettendo che circa l'adeguatezza sostanziale dell'aggiunta della nozione di residenza abituale si avrà modo di tornare successivamente, ai fini del profilo qui in esame (il rispetto della delega ricevuta) non si rileva in che punto tale aggiunta trovi fondamento nella legge di delega (l'intervento non è volto a eliminare discriminazione tra i figli nati nel matrimonio e quelli nati al di fuori del matrimonio, non costituisce unificazione della disciplina vigente nel senso prima descritto, non riguarda l'ascolto del minore e, infine, non costituisce attività normativa di completamento).

Analogo discorso può essere fatto relativamente all'inserimento della frase «*Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento*».

La scelta di orientare le determinazioni del giudice nel senso introdotto appaiono come “innovative” rispetto all'esistente (anche se sarebbe più appropriato dire “restaurative”) e quindi non riconducibili alla delega.

Passando all'articolo 337-*quater*, l'intero quarto comma risulta aggiuntivo rispetto alla disciplina esistente e, tra le altre:

- crea un collegamento diretto tra l'affidamento a un solo genitore e l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale, lasciando comunque al giudice la facoltà di decidere diversamente;
- assegna un generico potere di vigilanza (sul quale si ragionerà più avanti anche per altri profili) su istruzione ed educazione (ma, inspiegabilmente, non fa altrettanto per la salute e per la residenza abituale) [24];
- assegna una legittimazione ad agire nel caso in cui si ritenga che siano state assunte delle decisioni pregiudizievoli (ma sempre con inspiegabile esclusione delle decisioni inerenti la salute e la residenza abituale).

Ma nella legge di delega non v'è traccia d'indicazioni su se e come operare i descritti interventi e, a costo di ripetersi, l'innovazione introdotta non rimuove alcuna discriminazione, non uniforma alcuna disciplina in senso non discriminatorio, non riguarda la possibilità di ascolto del minore e non costituisce attività normativa di completamento di alcunché.

L'eccesso di delega, insomma, appare evidente: la normativa introdotta manca di un “perché” ricavabile dalla legge di delega, circostanza che rende irrilevante la valutazione circa l'opportunità o meno dell'astratto intervento normativo.

Per analoghe argomentazioni appaiono eccedenti la delega le novità introdotte come ultimo periodo dell'art. 337-*septies* riguardante l'obbligo di comunicare entro 30 giorni il cambio di domicilio o residenza.

Non risulterebbe invece affetto da eccesso di delega l'intervento innovativo contenuto nel nuovo art. 337-*octies* riguardante l'ascolto del minore in quanto rientrante nel perimetro dell'esercizio del potere legislativo delegato, intervento che, almeno sotto il profilo dell'eccesso di delega, non appare illegittimo.

### **3. Le illegittimità sostanziali del d.lgs n. 154 del 2013. - 3.1. Il diritto del minore a essere ascoltato. - 3.2. Dalla “potestà” alla “responsabilità genitoriale”. - 3.3. Il risarcimento del danno subito dal coniuge. - 3.4. L'assegnazione della casa familiare.**

Purtroppo il legislatore delegato non si è limitato ad operare oltre la delega, ma ha anche disposto *contro* di essa.

#### ***3.1. Il diritto del minore a essere ascoltato.***

Il caso più evidente riguarda la novità inserita come ultimo periodo del primo comma

dell'art. 337-*octies* (in base al quale «*Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo*») e del comma 1 dell'art. 336-*bis* (che introduce una disposizione dai contenuti sovrapponibili alla precedente).

Ancor prima delle valutazioni circa la legittimità della scelta effettuata dal legislatore delegato, stupisce il riferimento concettuale alla nozione di «*contrasto con l'interesse del minore*» e di «*manifestatamente superfluo*».

Appare bizzarro in quanto la fattispecie in oggetto non è pensata e costruita per comporre gli interessi dei due adulti che si trovano in una situazione di conflitto, ma per tutelare gli interessi del figlio che vive una situazione assai più complessa in quanto legata agli aspetti emotivi, familiari e relazionali non compensabili da assegni o interventi meramente materiali.

Riportandosi nell'ottica in cui si muoveva la disciplina anteriore al 2006 («*adultocentrica*»), l'intervento operato dal legislatore avrebbe avuto un senso (da scrutinare comunque in relazione alla disciplina internazionale relativa): se i genitori (e quindi i titolari del diritto soggettivo) hanno trovato un accordo, che senso ha ascoltare il minore (che diventa quasi portatore di un particolare «*interesse legittimo*»)?

Nell'ottica fatta propria dalla [legge n. 54 del 2006](#), invece, il bene protetto è il minore: le scelte e la disciplina vengono fatte nel suo esclusivo interesse e lo scenario a lui più consono (crescere in rapporto equilibrato con entrambi i genitori) trova il solo limite dell'impossibilità; il suo punto di vista non può essere mai considerato «*superfluo*» né tantomeno contro il suo interesse.

O meglio: il legislatore del 2006 ha descritto uno scenario, il legislatore delegato in assenza di una delega sul punto, lo ha mutato.

A costo di ripetersi: non si vuole prendere parte a una scelta di merito che compete al legislatore; ascoltare il punto di vista del minore o assumere un atteggiamento cauto che non sottoponga il minore a situazioni stressanti, sono elementi che ben possono essere valutati e reciprocamente bilanciati, ma la scelta necessita di un passaggio parlamentare che, nel caso in esame, non vi è stato.

Il profilo di illegittimità evocato comporterebbe l'inclusione dell'aspetto in esame tra gli elementi che realizzano l'eccesso di delega, volendo però indagare gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale, è evidente come la previsione normativa contenuta nel

richiamato art. 337-*octies* contrasti con l'art. 315-*bis* che, al penultimo comma, recita «*Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*».

L'art. 315-*bis* non attribuisce alcuna possibilità di “scippare” questo diritto ai figli consentendo al giudice di valutare lui se l'audizione sia o meno superflua: il figlio deve essere comunque sentito.

Non si comprende quindi come sia possibile che il [decreto legislativo n. 154 del 2013](#) quando riformula l'[art. 315-\*bis\* c.c.](#), quando riformula l'[art. 252 c.c.](#), quando riformula l'[art. 316 c.c.](#) e quando riformula il quarto comma dell'[art. 4 della legge n. 898 del 1970](#) dispone l'ascolto del minore “senza se e senza ma”; quando invece detta la disciplina costituente gli artt. 336-*bis* e 337-*octies*, l'ascolto diventa eventuale (subordinato all'interesse del minore o valutabile in punto di necessità o meno).

Il contrasto tutto interno al codice civile, apparentemente, può essere affrontato ricorrendo alla categoria delle antinomie (reali o apparenti a seconda della propria impostazione teorica) e quindi risolvibile applicando il criterio della specialità [25]; ma le cose non sono così semplici.

Il principio e criterio direttivo contenuto nella lettera *i*) dell'art. 2 della legge di delega riguarda proprio la «*disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento*» cosa che consente al legislatore delegato di introdurre la disciplina che ritiene idonea.

Nel testo della lettera *i*) non pare vi sia l'imposizione di un obbligo d'ascolto, conseguentemente il legislatore delegato, forse “ingannato” da una lettura frettolosa di questo principio, si è fatto “prendere la mano” e ha aggiunto la possibilità di non ascoltare il minore, senza rendersi conto che i principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delega non sono solo quelli enumerati dalla lettera *a*) alla lettera *p*) dell'articolo 2.

Rileggendo il primo comma dell'art. 2 si apprezza come il legislatore delegante abbia disposto che «*il Governo è delegato ad adottare [...] uno o più decreti legislativi [...] osservando, oltre ai principi di cui agli [articoli 315 e 315-\*bis\* del codice civile](#), come rispettivamente sostituito e introdotto dall'articolo 1 della presente legge, i seguenti principi e criteri direttivi...*».

Quindi i criteri direttivi sono costituiti sia dagli artt. 315 e 315-*bis* che dagli altri criteri

enumerati, tra i quali vi è anche la lettera *i*).

Conseguentemente, il rapporto tra articolo 315-*bis* (che, ricordiamo dispone l'ascolto del minore senza “se” e senza “ma”) e il 337-*octies* non può essere affrontato con le categorie concettuali del rapporto tra fonti omogenee, cosa che comporterebbe l'applicazione del criterio di risoluzione delle antinomie cronologico o, se del caso, di specialità, in quanto le due fonti normative sono disomogenee:

- l'art. 315-*bis*, in quanto criterio e principio contenuto in una legge di delega, costituisce parametro interposto di legittimità del decreto legislativo delegato;
- l'art. 337-*octies* è un atto con forza di legge che deve rispettare il parametro interposto.

In questo quadro non vi è spazio per postulare che l'art. 337-*octies*, in quanto contenuto del [d.lgs n. 154 del 2013](#), risulti successivo rispetto all'art. 315-*bis* contenuto nella [legge n. 219 del 2012](#), né che si atteggi a norma speciale rispetto alla norma generale: l'art. 337-*octies* se non è conforme all'art. 315-*bis* è illegittimo per violazione del parametro interposto costituito dal medesimo articolo 315-*bis*.

Prima ancora di risolvere questo interrogativo (la disposizione contenuta nel decreto legislativo è conforme rispetto a quella contenuta nella legge di delega?), conviene focalizzare l'attenzione sul rapporto esistente all'interno della legge di delega tra il principio e criterio contenuto dal comma ottavo dell'art. 1 (che diverrà l'art. 315-*bis*) e quello costituito dalla lettera “i)” dell'art. 2.

Anche se ambedue riguardano il diritto di ascolto del minore, gli ambiti operativi sono profondamente diversi:

- 1) Il comma 8 dell'art. 1 (quello che costituisce l'art. 315-*bis*) riguarda il minore che abbia compiuto i 12 anni ed anche il minore di età inferiore se ha capacità di discernimento;
- 2) La lettera *i*) dell'art. 2 riguarda le modalità d'esercizio del diritto di ascolto del minore che ha capacità di discernimento.

Il principio di cui alla lettera *i*) dell'art. 2 non riguarda la titolarità di un diritto (che è disposta dall'art. 1) ma le modalità di esercizio del medesimo; inoltre il principio di cui alla lettera *i*) riguarda solo l'ipotesi relativa al minore che può avere (ma che può anche non avere) capacità di discernimento e non la diversa ipotesi del minore dodicenne relativamente al quale non si può fare alcuna indagine circa la capacità di

discernimento, ma che deve comunque essere sentito.

Comunque sia, anche a voler essere estremamente estensivi circa i poteri d'intervento normativo assegnati al legislatore delegato, è evidente come, dalla lettura congiunta dei due principi:

- non emerge alcuno spazio per poter impedire l'ascolto del minore ormai dodicenne né nei confronti dei minori di età inferiore in possesso di capacità di discernimento;
- residua la possibilità di disciplinare le modalità di esercizio (ed eventualmente le modalità di accertamento della capacità di discernimento per il minore di 12 anni) e non quella di introdurre casi nei quali l'esercizio sia impedito.

Questo macroscopico contrasto tra decreto legislativo delegato (che inserisce degli “impedimenti”) e parametro interposto (che non li prevedeva) e il conseguente vizio di legittimità, rende superfluo indagare circa l'adeguatezza del divieto alla normativa internazionale vigente.

### **3.2. Dalla “potestà” alla “responsabilità genitoriale”.**

Anche la sostituzione meccanica del termine “responsabilità” inserito al posto del termine “potestà” effettuata dal decreto legislativo delegato non appare coerente con quanto previsto dalla legge di delega.

Non s'intende in questa sede ragionare circa il contenuto semantico dei due lemmi in via astratta (la nozione di potestà comprende quella di responsabilità genitoriale o viceversa o ancora sono fattispecie diverse non riconducibili l'una all'altra) ma [26], a contrario, si vuole portare l'analisi sul mero raffronto dei due atti normativi.

È fuori di dubbio che l'espressione contenuta alla lettera *h*) dell'art. 2 della legge di delega («... *delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale*») attesti, almeno nella mente del legislatore delegante, come il concetto di “responsabilità genitoriale” costituisca una specie della più ampia potestà genitoriale.

Dal “suo” punto di vista (giusto o sbagliato che sia) la responsabilità genitoriale è un

elemento della più ampia potestà genitoriale, pertanto una mera sostituzione semantica del termine “responsabilità” al termine “potestà” non costituisce adempimento del criterio direttivo ma, al contrario, violazione del medesimo in quanto “appiattisce” sulla sola nozione di “responsabilità” quella che invece è una fattispecie più articolata.

Al legislatore delegato competeva aderire strettamente al mandato e quindi delineare la sfera della responsabilità genitoriale all'interno del perimetro, ritenuto più vasto, costituito dalla nozione di potestà e non eliminare quest'ultima.

È pur vero che autorevole dottrina [27] sostiene che vi sia un portato semantico delle due espressioni che non sono ricostruibili in termini né di mera identità (i significati applicativi non coincidono) né di rapporto “contenente” e “contenuto” (la responsabilità genitoriale non sarebbe un “di cui” della potestà) e che in ambito europeo esiste una nozione di responsabilità genitoriale che appare “più ampia” rispetto alla potestà andando a ricomprendere anche altri aspetti quale quello di visita, ma queste riflessioni spostano il problema senza risolverlo.

Il legislatore delegante ha espressamente affermato che, per lui, la responsabilità genitoriale è “un aspetto” della potestà e quindi non la sostituisce né tantomeno la racchiude; tale affermazione, poi, è contenuta all'interno dei principi e criteri direttivi assegnati al legislatore delegato cui, quindi, quest'ultimo deve dare il dovuto ossequio.

A mente della legge di delega non vi può essere quindi una “scomparsa” della figura della potestà, che invece il legislatore delegato ha fatto, con il risultato (giuridicamente inedito) di lasciare il termine solo nella legge di delega.

Curioso che una delega volta a delineare «*la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale*» possa significare di eliminare dall'ordinamento la nozione di potestà genitoriale.

Irrilevanti sul punto sarebbero eventuali affermazioni che vedono nel cambio effettuato l'esecuzione di un adempimento in qualche modo dovuto, in ossequio ad una disciplina sovranazionale: anche qualora (per mera ipotesi) vi fosse stato un obbligo internazionale in tal senso, il legislatore delegato non avrebbe potuto comunque ignorare l'espressa indicazione contenuta nella delega e rimediare in autonomia a un (supposto) vizio contenuto nella delega.

Il legislatore delegato avrebbe dovuto semmai astenersi, lasciando che, in altra sede, si fosse aperta la riflessione della legittimità dell'indicazione contenuta nella legge di delega.

### ***3.3. Il risarcimento del danno subito dal coniuge.***

In ossequio al fine assegnato dalla delega (rimuovere le discriminazioni) il legislatore delegato si è lanciato in una riscrittura (di parte) della normativa vigente arrivando a modificare, laddove lo ha ritenuto necessario, aspetti sostanziali della disciplina.

Ma, come visto, la normativa riguardante l'affidamento condiviso, non determinando discriminazioni tra figlio nato nel matrimonio e nato fuori dal matrimonio, non rientrava tra i compiti delegati.

L'intervento sulla materia dell'affidamento condiviso risponde quindi ad altre logiche e ad altri fini (ignoti... in quanto la delega nulla detta e nessuna discussione parlamentare vi è stata sul punto della pertinenza degli interventi poi realizzati con l'esercizio della delega) [28].

Non si conosce il dibattito parlamentare ma si conosce il risultato della modifica: il legislatore delegato è intervenuto sull'affidamento condiviso e ha “innovato” la disciplina introdotta nel 2006 attingendo a piene mani dalla disciplina preesistente.

In questa innovazione restaurativa il legislatore delegato si è spesso limitato a fare un semplice “copia incolla” della disciplina anteriore.

È il caso dell'ultimo periodo dell'art. 337-*sexies* che ha ripreso testualmente il comma dodicesimo dell'[art. 6 della legge n. 898 del 1970](#).

La disposizione (re)introdotta in base alla quale «*in presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio*» appare assolutamente impropria in tema di affidamento condiviso.

Giova ricordare che l'articolo nel quale è inserita la disposizione (l'art. 337-*sexies*) riguarda la disciplina generale e quindi applicabile sia ai casi in cui si imbecca la “via maestra” dell'affidamento condiviso sia quando si è costretti a effettuare l'affidamento a un solo genitore.

Nel contesto in cui opera l'art. 337-*sexies* aveva senso la formulazione originale introdotta dal legislatore del 2006: qualora un genitore volesse cambiare la propria residenza o il proprio domicilio, l'altro poteva chiedere di valutare se lo spostamento potesse interferire con l'esecuzione dell'affidamento (ad esempio, non è difficile immaginare che se i genitori lavorano, lo spostamento in altra regione realizza



significative difficoltà di conduzione dell'affidamento condiviso).

Nessun senso appare avere la formulazione attuale: chi si trasferisce se la “cava” comunicando il tutto senza che vi sia la possibilità di avere legittimazione diretta a rivedere i termini dell'affidamento; il tutto reintroducendo una formula dal sapore fortemente monogenitoriale e non certo orientato all'affidamento condiviso.

In disparte di questi aspetti di merito, il legislatore delegato, però, non si è reso conto che, nel “prendere di peso” la formulazione del 1970 per “inserirla” nella nuova disciplina, si “portava dietro” parola “coniuge”.

L'inserire la parola “coniuge” nella nuova normativa allude, evidentemente, al rapporto matrimoniale, con implicita esclusione delle situazioni dove i genitori non sono coniugati.

Questa novità normativa è legittima?

L'intervento non sembra riconducibile alla delega, circostanza che comporta una illegittimità per eccesso di delega, ma il vizio forse è più ampio e composito.

A una prima lettura si potrebbe sostenere che, fermo restando l'eccesso di delega, la novella non risulterebbe affetta da ulteriori vizi, pur inserendo un riferimento alla famiglia coniugata.

Più chiaramente, il legislatore delegante ha imposto di eliminare le discriminazioni tra figli; questa indicazione comporta il divieto implicito di inserire nuove discriminazioni tra figli (se devo togliere discriminazioni, non le posso aggiungere) ma nulla dice circa l'inserimento di discriminazione tra genitori.

La disposizione in esame (apparentemente) non discrimina tra figli in quanto riconosce il diritto al risarcimento sopportato dal figlio a prescindere dal fatto che sia nato nel matrimonio, al di fuori di esso o ancora sia stato adottato.

La disposizione in esame, a una prima lettura, crea una discriminazione non tra categorie di figli (cosa vietata dalla legge di delega), ma tra categorie di genitori (cosa non vietata dalla legge di delega): può essere risarcito solo il danno sopportato dal genitore/coniuge e non dal genitore/non coniuge.

Il fatto che il legislatore discrimini non rappresenta di per sé un'illegitimità (non è possibile disciplinare senza “discriminare”), occorre però che la discriminazione sia ragionevole, pena l'illegitimità per violazione del canone d'uguaglianza posto dall'[art. 3 della Costituzione](#).

Si ponga mente a questo schema: date due coppie di genitori, una coniugata e una non

coniugata, ma comunque ambedue in regime di affidamento condiviso in esecuzione (quindi assistite da tutti gli elementi procedurali e sostanziali del caso), in entrambi i casi uno dei due genitori sparisce senza dare notizie, l'altro (e con lui i figli) subisce dei danni economici per rintracciarlo.

Perché mai solo il genitore che ha con il “fuggitivo” un rapporto di *coniugio* può chiedere i danni mentre il genitore non coniugato (o che non è più tale), che ha subito il medesimo danno, non ha la medesima possibilità?

La discriminazione non si fonda su nessun ragionevole bene/valore da tutelare; il *tertium comparationis* va ricercato nella disciplina del danno e del risarcimento che ovviamente prescinde dalla sussistenza di un rapporto coniugale.

Ancora di più; guardata con occhio cinico, il “genitore fuggitivo” coniugato corre un “rischio di risarcimento” che il “genitore fuggitivo non coniugato” non corre.

Certo, si potrebbe obiettare, che anche la normativa precedente riportava, nella parte abrogata, per ben due volte la parola “coniuge”.

L'obiezione non avrebbe pregio in quanto, mentre la [legge 54/06, con il secondo comma dell'art. 4](#), estendeva l'applicazione dei propri contenuti riguardanti l'affidamento condiviso anche ai genitori non coniugati [29], nulla del genere pare sia previsto dalle modifiche introdotte dal decreto legislativo.

Quindi la disposizione in esame risulta affetta da due vizi: il generale eccesso di delega e una specifica violazione dell'uguaglianza... ma ancora non basta.

Il testo introdotto come ultimo periodo dell'art. 337-*sexies* (inserito dal decreto legislativo 154) coincide letteralmente, punteggiatura compresa, con il comma dodicesimo dell'[art. 6 della legge n. 898 del 1970](#) nel testo che il medesimo decreto legislativo n. 154 va ad abrogare.

Nel prossimo paragrafo avremo modo di parlare diffusamente del richiamato [art. 6 della legge n. 898 del 1970](#), per adesso occorre osservare come il legislatore delegato abbia abrogato una disposizione (il comma 12 dell'art. 6) e l'abbia introdotta nuovamente tale e quale (nell'art. 337-*sexies*).

Di qui il dubbio: il legislatore delegato ha semplicemente spostato la disposizione, cosa che implica il mantenimento del medesimo spettro applicativo, o la diversa collocazione determina anche una diversa dimensione applicativa?

Le conseguenze non sono indifferenti.

Optando per la prima ipotesi si deve concludere che la disposizione, quando si rivolge ai

figli, intende riferirsi a quelli nati nel matrimonio in quanto “*l’habitat*” originario della disposizione riguardava questo insieme (lettura corroborata dalla presenza del lemma “coniuge” all’interno delle medesima frase).

I figli nati all’interno di un matrimonio (e solo loro) vanterebbero diritti risarcitori che ai figli nati all’esterno sono preclusi; si viene a configurare quindi una violazione diretta della delega (che imponeva l’eliminazione delle discriminazioni e non la creazione di nuove) e dell’[art. 3 Cost.](#) (in quanto la discriminazione non potrebbe fondarsi sui possibili limiti concessi dal comma 3 dell’[art. 30 Cost.](#)).

Si potrebbe sostenere che la diversa collocazione, pur mantenendo l’identico ambito semantico, possa mutarne il significato e che quindi la “o” nell’espressione «*danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli*» sia disgiuntiva e che quindi il riferimento ai figli sia generico e non limitato ai figli nati nel matrimonio.

Insomma: la discriminazione relativa ai figli sussiste o no?

Per quanto strano possa sembrare, la risposta migliore è che l’incostituzionalità sussiste e non sussiste.

Ontologicamente il vizio sussiste: nella mente del legislatore delegato, attese le numerose e ripetute riproposizioni di disposizioni passate, non vi era certo l’intenzione di creare due diversi ambiti di riferimento su cui innestare la titolarità di un autonomo diritto al risarcimento (l’ambito coniugale per attribuire il diritto al risarcimento per il coniuge non “fuggitivo” e l’ambito generico della filiazione per attribuire il diritto al figlio di un genitore, coniugato o meno che sia, fuggitivo) ma disciplinare la “fuga del coniuge”.

Cionondimeno, la *voluntas legislatoris* non coincide con la *voluntas legis*, la disposizione, una volta introdotta nell’ordinamento vive di vita propria e trova una ragionevole composizione (se possibile) con le altre disposizioni.

Una questione di legittimità sul punto, stante la nota cautela della Consulta, difficilmente troverebbe un immediato e incondizionato accoglimento.

Verosimilmente, attesa la sua evidenza, ci si può al massimo aspettare una sentenza interpretativa di rigetto (la Corte precisa un significato comunque ricavabile dal testo e costituzionalmente adeguato) [30].

La discriminazione tra figli esiste (il legislatore pensava ai coniugi ed ai figli di questi)... ma non esiste (esiste la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata); in questo contesto, una questione di legittimità sul punto non avrebbe tanto il fine di conseguire

una declaratoria di illegittimità ma di far chiarezza [31].

Comunque sia, non è la sede opportuna per valutare il perché di questi inserimenti e manipolazioni, ma il senso complessivo che si ricava è che l'insieme degli interventi modificativi introdotti, oltre a essere stati fatti in assenza di un consapevole e volontario passaggio parlamentare in sede di delega, appaiono volti a restaurare il passato e univocamente orientati verso una direzione antitetica rispetto all'affidamento condiviso. Il tutto senza che la delega si fosse espressa in tal senso.

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

L'art. 98 del decreto legislativo delegato dispone una serie di incisioni sulla [legge n. 898 del 1970](#) (disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), tra i quali rileva, ai fini della presente analisi, l'intervento effettuato sull'articolo 6.

Detto articolo, prima dell'intervento del legislatore delegato, dettava la disciplina degli obblighi relativi ai figli in caso di scioglimento del matrimonio.

La disciplina contenuta nell'art. 6 era antinomica con quella relativa all'affidamento condiviso disposta dalla [legge 54/06](#).

In particolare:

- il comma 2 dell'art. 6 prescriveva che la pronuncia di scioglimento disponesse «*a quale genitore i figli sono affidati*»;
- il comma 3 aggiungeva che dovesse essere stabilita la misura e il modo di contribuzione del non affidatario;
- il comma 4 disponeva l'attribuzione all'affidatario dell'esercizio della potestà genitoriale;
- il comma 5 prevedeva la possibilità per il giudice di valutare il contegno irrispettoso delle condizioni dettate da parte dell'affidatario;
- il comma 6 disponeva che l'assegnazione della casa familiare dovesse essere fatta “preferibilmente” all'affidatario;
- il comma 7 la possibilità di gestione dei beni dei figli;
- i restanti commi disciplinavano la temporanea impossibilità di affidare il minore a uno dei genitori, la possibilità di andare oltre l'eventuale accordo economico dei coniugi, e altro.

L'insieme di questa disciplina era complessivamente antinomica con quella contenuta

nella [legge n. 54 del 2006](#), che però non effettuava alcun intervento abrogativo espresso. In ossequio al criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, l'entrata in vigore della [legge n. 54 del 2006](#) realizzava l'abrogazione tacita dell'intero [articolo 6 della legge n. 898 del 1970](#).

L'abrogazione tacita e l'abrogazione espressa non differiscono circa gli effetti sul piano normativo, che sono assolutamente identici, differiscono sul piano dell'immediata riconoscibilità.

Mentre l'interprete quando incontra un'abrogazione espressa non deve soffermarsi ad esaminare se, e in quale misura, la disciplina sopravvenuta sia incompatibile con la disciplina espressamente abrogata (tale valutazione è già stata fatta dal legislatore che, disponendo l'abrogazione espressa, ha comunque disposto che, dall'entrata in vigore della norma abrogante, non avesse più efficacia la norma abrogata), quando ritiene di trovarsi davanti a un caso di abrogazione tacita, non può esimersi dal valutare se, e in quale misura, nel caso concreto posto alla sua attenzione, vi sia un'incompatibilità tra le due discipline.

L'abrogazione espressa è quindi più facilmente identificabile e più “certa” rispetto a quella tacita.

Così impostata la questione, si dovrebbe salutare con favore l'intervento del legislatore delegato che ha contribuito a far chiarezza, sovrapponendo all'abrogazione tacita (che si era già pienamente realizzata nell'ordinamento con l'entrata in vigore della [legge n. 54 del 2006](#)) un'abrogazione espressa.

Certo, questo intervento (ad effetto nullo dal punto di vista normativo, in quanto si risolve nell'abrogazione di una norma abrogata) rimane comunque estraneo all'oggetto ed ai principi e criteri direttivi dettati dalla delega (che non assegnava il compito di “fare chiarezza” circa la disciplina pregressa relativa all'affidamento dei figli in caso di scioglimento del matrimonio, ma solo di eliminare le discriminazioni tra figli).

Come a dire: le intenzioni del legislatore delegato sono buone, ma sono state fatte in assenza di delega e pertanto sono comunque da censurare ai sensi dell'[art. 76 Cost.](#) per eccesso di delega.

Ma le cose, purtroppo, non sono così semplici e il vizio di legittimità in cui è incappato il legislatore delegato è più profondo rispetto al “solo” eccesso di delega.

Difatti a sorpresa il legislatore delegato, con riferimento all'art. 6 della legge n. 898, abroga i commi 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 e 12, modifica i commi 1 e 7 e nulla dice nei

confronti del sesto.

Che senso dare a questo intervento?

Verosimilmente, nella mente del legislatore delegato i commi 1 e 7 sono (per lui) sicuramente vigenti, altrimenti non li avrebbe modificati.

Come considerare il comma sesto dell'[articolo 6 della legge n. 898 del 1970](#) (che nel prosieguo identificheremo semplicemente come “comma sesto”)?

Non è ragionevole immaginare che il legislatore delegato, così accorto da eliminare l'incertezza derivante dall'abrogazione tacita effettuata dalla [legge n. 54 del 2006](#) sugli altri commi, si sia dimenticato del comma sesto ovvero si sia accontentato dell'abrogazione tacita ritenendo, solo in quel caso, superfluo procedere al chiarimento per mezzo di un'abrogazione espressa.

Si deve ritenere che questo mancato intervento abbia quindi un senso diverso rispetto al ritenere abrogato il comma sesto; ma quale?

Anche in questo caso occorre muoversi per piccoli passi.

Il comma sesto tratta dell'assegnazione della casa familiare e la sua dimensione applicativa contrasta insanabilmente con quella dell'[art. 155-quater c.c.](#) per come modificato dalla [legge n. 54 del 2006](#) (che nel prosieguo identificheremo semplicemente come “legge 54”).

Il comma sesto dispone che la casa familiare venga assegnata al coniuge affidatario, presupponendo quindi che un affidatario ci sia sempre, esattamente all'opposto della legge 54 che postula come regola l'affidamento condiviso e come “*extrema ratio*” l'affido monogenitoriale.

Sempre il comma sesto pone alla base del decidere l'assegnazione della casa una serie di indicatori che riguardano il genitore (individuare chi sia l'affidatario del figlio, le condizioni economiche del coniuge, le ragioni della decisione, il *favor* nei confronti del coniuge debole); la legge n. 54 ne mette solo uno, l'interesse del figlio (inesistente nel comma sesto).

Il contrasto tra il comma sesto e la legge n. 54 sembrerebbe frontale e reciprocamente escludente (non posso applicare il comma sesto senza negare la legge n. 54 e viceversa); eppure il legislatore delegato non solo non ha abrogato il comma sesto (che però era da ritenere tacitamente abrogato dalla legge n. 54), ha anche confermato in toto il contenuto semantico della legge n. 54 (si è limitato a “traslocarlo” dall'[art. 155-quater c.c.](#) all'[art. 337-sexies](#)).

In questa sede non ci si può addentrare più a fondo [32]; quello che è certo è che nel “non abrogare” il comma sesto il decreto legislativo delegato ha creato un *aliquid novi*. In particolare ha “reinserito” ciò che era stato abrogato tacitamente dalla legge 54 e questo “reinserimento forzato” continua ad avere dei punti di contrasto: il più evidente è tra l'affidamento condiviso, che presuppone che il figlio venga affidato di regola ad ambedue i genitori e la disciplina del comma sesto che, al contrario, senza curarsi del tipo di affidamento presuppone che il figlio venga affidato a uno solo di essi.

Più chiaramente: restano in vigore sia la disciplina ricavabile dal “nuovo” [art. 337-sexies c.c.](#) («*l'assegnazione della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*»), sia il “resuscitato” comma 6 («*In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole*»).

Questo contrasto impone all'interprete di individuare il combinato disposto risultante e cioè:

- qualora i genitori fossero coniugati l'applicabilità del comma sesto (assegnazione della casa familiare) implica che, nell'effettuare l'assegnazione, il giudice è tenuto a tenere in considerazione, oltre all'interesse dei figli (criterio imposto dall'art. 337-sexies), anche le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione;
- qualora i genitori non fossero coniugati, la non applicabilità del comma sesto implica che il giudice, nell'effettuare l'assegnazione, deve tener conto solo dell'interesse del figlio.

La soluzione prospettata è solo una delle possibili traiettorie ricostruttive, pertanto un primo elemento certo è che il legislatore delegato ha inserito un elemento di incertezza e di discriminazione.

Infatti la novità introdotta dal legislatore delegato dispone un trattamento differenziato a seconda che i genitori siano coniugi o meno; ma questa conclusione è costituzionalmente inaccettabile in quanto:

- viola l'art. 76 per eccesso di delega – è un intervento non teso a rimuovere le

discriminazione tra figli e in ogni caso assunto in assenza di alcun principio e criterio direttivo;

- lede una seconda volta l'art. 76 per violazione della legge di delega – inserisce una discriminazione (“al contrario”) tra figli e quindi viola anche l'[art. 3 Cost.](#) Il figlio nato fuori dal matrimonio può vantare il suo interesse come prioritario in ordine all'assegnazione della casa, mentre il figlio nato nel matrimonio vede il suo interesse “in competizione” con quello del coniuge debole, con il risultato che il figlio nato nel matrimonio può vedere assegnata la casa familiare in spregio al suo interesse;
- viola ulteriormente l'[art. 3 della Costituzione](#) – il “genitore coniuge” riceve una tutela diversa rispetto al “genitore non coniuge” irragionevole, non supportata da una *ratio* distinguenti.

Già basterebbe, ma la maldestra operazione (dal sapore restaurativo) risulta nel merito assai pericolosa.

La disciplina “originale” dell'affidamento condiviso aveva l'indiscutibile pregio di togliere dal tavolo della contesa l'elemento costituito dall'assegnazione della casa, in quanto andava sostanzialmente a dire che si guardava unicamente all'interesse dei figli. Diventava pertanto irrilevante il fatto che l'affidamento fosse condiviso o meno, che la casa fosse di proprietà comune o meno, che la titolarità del contratto di locazione (o comunque del diritto di abitazione) fosse di un solo coniuge o di entrambi, che la proprietà o il titolo abitativo fosse del coniuge “debole” o di quello “forte”, che vi fosse stata una ragione della decisione o meno: quello che rilevava era l'interesse del figlio.

L'intervento restauratore rigetta la casa sul piatto della contesa, cosa che porterà le parti a “giocarsi le carte” che ne consentano l'assegnazione (essere o non essere la parte debole, ricercare la “colpa” della separazione in via esclusiva nell'altro/a, ecc.) introducendo un ulteriore elemento conflittuale, a danno di un tessuto familiare già pesantemente compromesso, con tutte le possibili conseguenze del caso.

#### **4. L'inadeguatezza strutturale - 4.1. Le dinamiche delle “decisioni di maggiore interesse”. - 4.2. La residenza abituale.**

Si è visto come il decreto legislativo appaia affetto da vizi di legittimità costituzionale formali e sostanziali così evidenti da suggerire che sia superfluo proseguire evidenziando i danni prodotti all'istituto dell'affidamento condiviso; ma così non è.

È pur vero che nel momento in cui si manifesta l'illegittimità costituzionale, questa irrompe violentemente nell'ordinamento con effetti *ex nunc*, fermandosi solo davanti ai



rapporti esauriti (cosa che dovrebbe comunque determinare un legislatore assennato a intervenire prima che gli “sconquassi” si manifestino), ma è anche vero che occorre che prima sorga una questione davanti a un giudice il quale ritenga (*motu proprio* o a seguito d'istanza di parte) che la questione sia rilevante e non manifestamente infondata. L'attivazione di un giudizio di legittimità costituzionale è pertanto incerto sia nell'*an* che nel *quando*.

Che una norma incostituzionale sia in vigore e produca effetti nell'ordinamento non costituisce evento eccezionale; basti pensare che, proprio mentre si leggono queste righe, sono in vigore tutte quelle norme per le quali, nei prossimi mesi o anni, la Corte rileverà il tenore incostituzionale.

Si aggiunga infine che parte dei vizi descritti difficilmente avranno occasione di essere portati all'attenzione del giudice delle leggi (ad esempio la “riduzione concettuale” della potestà a responsabilità difficilmente potrà generare un contenzioso).

Insomma il legislatore, distratto, potrebbe ignorare il problema; il legislatore attento (ma “eticamente discutibile”) potrebbe “giocarsi la carta” che le plurime questioni non vengano mai sollevate... o non vengano sollevate tutte.

Ma sarebbe doppiamente miope in quanto il legislatore non si limiterebbe a lasciare delle “bombe” d'illegittimità disseminate nell'ordinamento (alcune a orologeria, altre prive d'innesco, ma pur sempre bombe), ma lascerebbe in essere una disciplina che comunque appare, nel merito, inadeguata e che crea problemi non indifferenti.

#### ***4.1. Le dinamiche delle “decisioni di maggiore interesse”.***

Andando in ordine sparso, la legge di delega interviene sulle «*decisioni di maggiore interesse*» sia con riguardo ai casi in cui si realizzi l'affidamento condiviso (aggiungendo la residenza abituale tra le decisioni che devono essere assunte di comune accordo dai genitori o, in caso di disaccordo, dal giudice), sia nei casi in cui non si riesca a realizzarlo con conseguente affidamento a un solo genitore.

Questo intervento additivo suscita notevoli perplessità circa la disciplina risultante.

Nel trattare le «*decisioni di maggiore interesse*» con riferimento ai casi in cui si realizzi l'affidamento condiviso, la normativa risultante:

- a) si premura di definire quali siano (istruzione, educazione, salute e

residenza abituale);

- b) assegna ai genitori il compito di tenere in considerazione le capacità, inclinazioni e aspirazione dei figli;
- c) prevede la possibilità di ricorrere al giudice.

Con riferimento invece ai casi in cui si debba “ripiegare” sull'affidamento a un solo genitore, sempre con riguardo alle «*decisioni di maggiore interesse*»:

- a) queste non vengono definite (quindi potrebbero non coincidere con istruzione, educazione, salute e residenza abituale);
- b) non hanno relazione alcuna con le capacità, le inclinazioni e le aspirazioni dei figli;
- c) non vi è la possibilità di ricorrere al giudice.

L'intricata situazione merita qualche rigo di più di commento; nell'ambito dell'affidamento condiviso l'espressione usata del legislatore è «*Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione... ecc.*».

Cosa significa la frase?

Una prima possibilità è che la categoria concettuale delle «*decisioni di maggior interesse*» sia immaginata come ampia e che pertanto il legislatore delegato abbia pensato di precisare che solo quelle relative all'istruzione, educazione, salute e residenza abituale debbano essere assunte di comune accordo e nel rispetto delle capacità, inclinazioni e aspirazioni dei figli; le “altre” decisioni di maggior interesse non necessitano di decisione condivisa.

Una seconda possibilità è che all'interno di quelle categorie individuate (e non altre) le decisioni di maggior interesse debbano essere prese in comune (quindi, ad esempio, la decisione di fare l'ora sostitutiva al posto dell'ora di religione deve essere assunta concordemente, la decisione circa la possibilità di far svolgere i compiti a casa con i compagni di classe o meno, no).

Quale delle due traiettorie si ritenga corretta, lo scenario in caso di affidamento non condiviso sorprende; in questo caso difatti il legislatore delegato non effettua alcun distinguo in quanto si rivolge a tutte le “*decisioni di maggior interesse*” e non solo quelle riguardanti le 4 categorie prima enumerate.

Decisioni che il singolo genitore, all'interno di un affidamento condiviso, può prendere

da solo (in quanto, pur risultando di “maggior interesse” non rientrano nelle 4 categorie enumerate) non possono essere assunte dal genitore unico affidatario il quale è costretto ad assumerle congiuntamente (stante il fatto che anche quelle ulteriori rispetto alle 4 categorie necessitano di condivisione).

E ancora, in caso di affidamento condiviso, l'obbligo di prendere delle decisioni congiuntamente con l'altro genitore è mitigato dalla possibilità di rivolgersi al giudice; al contrario, in caso di disaccordo, il genitore affidatario è costretto a trovare comunque una co-decisione in quanto non ha alcun potere di adire il giudice.

Strano!

Rispetto alla disciplina preesistente rispetto alla [legge n. 54 del 2006](#), il genitore non affidatario dovrebbe essere gravemente carente, quindi ci si aspetterebbe che il potere discrezionale dell'affidatario esclusivo sia più ampio.

E invece no: disporre che «*salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori*» implica che l'affidatario (salvo non sia diversamente stabilito) ha “le mani legate”.

Questa lettura, letterale ma ineccepibile, conduce a un risultato assurdo: la mancata possibilità di rivolgersi al giudice non si traduce in una maggiore autonomia del genitore affidatario, ma al contrario in una maggiore limitazione, non può ricorrere al giudice qualora non si raggiunga accordo con l'altro coniuge.

Ma la lettura dell'art. 337-*quater* riserva altre sorprese.

Dopo aver stabilito che tutte le decisioni di maggior interesse sono adottate da entrambi i genitori (e quindi anche dal non affidatario), l'articolo prosegue disponendo che il genitore non affidatario ha «*il diritto e il dovere di vigilare...*».

Fino a qui, il “discorso fila” in quanto, una volta disposto che da un lato che l'affidatario ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale, e che dall'altro tutte le decisioni devono essere prese di comune accordo (fermo restando le irragionevolezza scaturenti dal confronto con l'affidamento condiviso), è ragionevole assegnare un potere di vigilanza.

Lo schema sarebbe il seguente: la decisione viene assunta concordemente dai genitori; il genitore “A”, in quanto affidatario, esercita la responsabilità genitoriale anche nella fase (chiamiamola così) esecutiva della decisione concordata, il genitore “B”, non affidatario e senza responsabilità genitoriale, esercita un potere di vigilanza.

Sembra un corretto bilanciamento delle esigenze... ma proseguiamo con la lettura del

testo dell'art. 337-*quater*: «...sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse».

Ma se le decisioni (tutte quelle di maggior interesse e non solo alcune) sono state prese necessariamente a seguito di accordo (non vi erano alternative all'accordo né possibilità di ricorrere al giudice in caso di disaccordo), significa che il genitore “vigilante” era uno dei due che ha partecipato alla decisione e pertanto si troverebbe a ricorrere nei confronti di una “propria” decisione.

Tentativi di dare un senso a questa disposizione portano a risultati parimenti incomprensibili.

Si potrebbe immaginare ad esempio che mentre le decisioni di maggior interesse devono necessariamente passare per l'accordo, quelle di minor interesse possono essere prese unilateralmente e, se riguardanti l'istruzione e l'educazione, consentono il ricorso al giudice.

Si potrebbe altresì immaginare che l'istruzione e l'educazione non costituiscano decisioni di maggior interesse (mentre però lo sono in caso di affidamento condiviso) e che pertanto possono essere prese unilateralmente dal genitore affidatario.

Quale delle ricostruzioni venga effettuata non si giungerà mai né a disegnare un quadro coerente né a giustificare come mai la salute non rientri mai tra gli aspetti su cui si può richiamare l'attenzione del giudice.

In questo quadro, già di per sé incomprensibile, emerge il fatto che, in caso di affidamento condiviso, nell'adottare le decisioni di maggior interesse, il comune accordo deve tenere conto «*delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*», in caso di affidamento a un solo genitore invece no, nessun rilievo viene dato ai figli.

Per non parlare del fatto che il legislatore delegato, nel dettare la disciplina generica della responsabilità genitoriale ([art. 316 c.c.](#)) afferma che il genitore «*che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e **sulle condizioni di vita del figlio***».

Quindi il genitore che NON esercita la potestà genitoriale per i più disparati motivi, ai sensi dell'art. 316 può vigilare anche sulle “condizioni di vita del figlio”, ai sensi dell'art. 337-*quater* no!

In disparte del fatto che la profonda irragionevolezza del disposto potrebbe anche far

collocare il profilo in esame tra i potenziali vizi di legittimità costituzionale [33], le previsioni normative appaiono non funzionali all'obiettivo di gestire un momento critico nella fase di crescita di un figlio e, stante le plurime letture possibili (tutte comunque profondamente irragionevoli), si realizza una profonda incertezza applicativa; anzi, l'unica certezza sarà che il risultato normativo sarà comunque insoddisfacente.

Altro elemento “strano”: ai sensi dell'art. 337-*quater* il genitore, i cui figli non sono affidati, deve vigilare «*sulla loro istruzione e educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse*».

La materia dell'istruzione ed educazione sono presenti anche all'art. 337-*ter* che però contiene anche il riferimento alla salute (e alla residenza abituale, inserimento che sarà oggetto di un commento separato).

Esiste quindi un perimetro di eventi riguardanti il figlio che necessitano di attenzione di ambedue i coniugi (indifferente se si sia realizzato l'affidamento condiviso ovvero quello esclusivo) ma, stranamente, la salute del bambino costituisce elemento d'attenzione solo in caso di affidamento condiviso: la possibilità d'intervento del genitore non affidatario viene limitata all'istruzione e all'educazione, nessun margine di intervento vi è nei confronti di decisioni assunte con riguardo alla salute.

Dunque: il genitore non affidatario ha diritto e dovere di vigilare sull'istruzione... ma nulla può relativamente ad un intervento chirurgico.

Tutte queste distinzioni mancano di un perché ragionevole e, oltre ad apparire potenzialmente illegittime, sicuramente non sono funzionali.

#### **4.2. La residenza abituale.**

Anche il riferimento alla nozione di “*residenza abituale*” lascia perplessi.

Qual è la residenza abituale?

Se il legislatore delegato si fosse fermato alla nozione di residenza (quindi quella anagrafica) vi sarebbe una qualche forma di senso: potrebbe apparire coerente prevedere che il minore abbia comunque una residenza univoca, valida ai fini fiscali e nei rapporti con la pubblica amministrazione e che quindi vi sia la possibilità dei genitori separati (o mai uniti) di decidere dove collocarla, anche considerando l'interesse del figlio (ad esempio la residenza incardina la possibilità di accedere a una scuola piuttosto che a un'altra).

È l'aggettivazione "abituale" che non si comprende.

Allude alla permanenza temporanea disgiunta da quella fiscale/anagrafica?

Si basa su un elemento quantitativo (passa le notti a casa dalla madre per un totale di 10 ore al giorno, 8 ore a scuola e 6 a casa del padre con cui gioca e fa i compiti, quindi la residenza abituale è presso la madre) o qualitativo (mantenendo l'ipotetico e formale esempio precedente, la residenza abituale sarebbe quella del padre)?

Inoltre si fonda su una valutazione del passato (dove fino ad oggi ha passato più tempo) o, come sembra avallare la Cassazione, su un giudizio prognostico (dove passerà più tempo) [34]?

In ogni caso, qualora il senso ricondotto fosse diverso dalla mera residenza fiscale/anagrafica, il solo postulare la definizione di una residenza abituale è antitetico al concetto di affidamento condiviso, dove non esiste una collocazione aprioristica e privilegiata, e spalanca le porte a una realizzazione di fatto del coniuge collocatario [35]: disporre un affidamento condiviso e poi definire una (e una sola) abitazione abituale, significa postulare a priori l'esistenza di un genitore "collocatario" e un genitore con "diritto di visita".

Torniamo alla metafora geometrica del rapporto genitori/figli: l'ideale si realizza quando i genitori, armonicamente e come unità familiare (a prescindere se coniugati o meno) costituiscono un unico punto di riferimento per il figlio, circostanza che si può rappresentare come un semplice segmento nel quale a un estremo abbiamo la coppia di genitori e all'altro abbiamo il figlio.

Se per qualsiasi motivo la coppia si allontana, ecco che il rapporto si configura come un triangolo isoscele dove i due genitori sono formalmente equidistanti rispetto al figlio.

Il definire una residenza abituale implica che il genitore che abita in quella che viene definita come abitazione abituale sia posto su un piano formalmente diverso rispetto all'altro genitore; e il triangolo diventa scaleno.

Si aggiunge infine come il contesto di una famiglia in crisi appare assai delicato e aggiungere elementi su cui discutere peggiora il quadro relazionale all'interno del quale sono immersi i figli.

Senza contare poi che la "novità" introdotta genera comunque un cambio di prospettive non indifferente; ad esempio: se prima del 2013 i cambiamenti di residenza unilaterali, e quindi abusivi, fatti subire ai figli in regime di affidamento condiviso, conducevano il giudice a indagare quale fosse il luogo del radicamento di essi antecedente alla "fuga",

adesso (v. [Cass. n. 21285 del 2015](#)) l'indagine deve essere condotta in una visione prospettica e ragionare sul “futuro” che aspetta la prole, sulla base delle intenzioni del genitore abusante, *deus ex machina*, purché “collocatario” (e se non intende rientrare, il luogo da lui scelto viene considerato “residenza abituale”).

L'affidamento condiviso vive di flessibilità in quanto, nei limiti del possibile, cerca di costruire un ambiente più vasto (i genitori sono separati) all'interno del quale le dinamiche relazionali siano mantenute fluide e legate al discernimento (si spera maturo) dei genitori.

Inoltre, un concetto diafano come quello della residenza abituale, come circostanza di fatto, obbligherebbe, ad esempio, l'ascendente che volesse ricorrere per far valere il suo diritto a dover “immaginare” quale sia il criterio per identificare la residenza abituale al fine di incardinare il relativo giudizio, rischiando la non ammissibilità.

Merita poi rammentare come la *ratio* dell'affidamento condiviso postula necessariamente una partecipazione paritetica dei due genitori (e una flessibilità nella distribuzione dei compiti e attività) che deve consentire ad ambedue di partecipare a tutti gli aspetti della vita del figlio.

Anche semplicemente una corrispondenza inviata esclusivamente in un luogo (supponiamo a casa della madre) pone l'altro genitore in una posizione di subordine e di dipendenza: diventa necessario (al fine di realizzare un affidamento condiviso compiuto) che vi sia una doppia domiciliazione dei genitori con obbligo delle istituzioni di inviare le comunicazioni relativi ai figli ad ambedue i genitori.

Fermi restando i rimedi di giustizia costituzionale è possibile immaginare che in sede applicativa un'interpretazione giudiziale possa risolvere le incoerenze esaminate e assegnare all'espressione “residenza abituale” il significato applicativo di “residenza anagrafica”?

Le voci in tal senso, correttamente, sembrano più un auspicio che un'indicazione operativa [36].

Difficilmente l'interprete potrà risolvere da solo la questione: è difficile che nell'aggettivo “abituale” (che attesta una indubbia dimensione stabile ma contestuale e non esclusiva) possa ricondurvi la diversa aggettivazione “anagrafica” (che, pur non immodificabile, è per definizione unica).

L'interpretazione adeguatrice trova il limite della riferibilità del concetto ai significati oggettivamente ricollegabili alle espressioni esistenti nel tessuto normativo.

## 5. Il silenzio (quasi) generalizzato sulla questione.

Voltandosi idealmente verso le pagine che precedono emerge una sorta di stupore.

Possibile che né in ambito accademico né in quello giurisprudenziale siano stati rilevati i vistosi e numerosi problemi di legittimità costituzionale descritti?

Possibile che in tali sedi nessuno si sia accorto che tutti gli interventi effettuati relativamente alla disciplina dell'affidamento condiviso (salvo il mero “trasloco”) non erano ricompresi nell'oggetto della delega e che quindi erano in eccesso di delega (o meglio, in assenza di delega)? Che nessuno si sia accorto che alcune determinazioni, introdotte in eccesso/assenza di delega, violavano la delega stessa? Che nessuno si sia accorto che altre determinazioni, sempre introdotte in eccesso/assenza di delega, violavano altri parametri costituzionali?

Ma vediamo come si sono svolti gli eventi.

In sede di formulazione della delega, ovviamente, nulla poteva emergere, se non altro perché il Parlamento non aveva alcuna intenzione di delegare la disciplina dell'affidamento condiviso.

Il silenzio dei lavori parlamentari relativi alla materia dell'affidamento condiviso, ben lungi dal contribuire a creare quel senso di meraviglia, corrobora l'idea di trovarsi davanti a una violazione dell'[art. 76 della Costituzione](#) per eccesso/assenza di delega.

Accenni in Parlamento se ne scorgono solo in sede di analisi dello schema di decreto legislativo e, come comunque vedremo a breve, si tratta di interventi tutti nel senso della piena legittimità.

Non è questa caratteristica a destare meraviglia, dopotutto se si arriva all'emanazione dell'atto significa che tutte le pregiudiziali di incostituzionalità sono state superate o non rilevate (tutti gli atti normativi che cadono sotto la scure della Corte Costituzionale sono stati scriminati all'interno dei propri processi formativi circa la tenuta costituzionale).

Quello che sorprende non è quindi il senso di quelle considerazioni o il contenuto encomiastico e il tono entusiasta (i giudizi formulati in queste sedi, anche quando non fossero meramente politici ma avessero lo spessore di una valutazione tecnica, non possono considerarsi ultimativi e non conferiscono una “patente di legittimità” all'atto) ma il livello di attenzione al problema.

Ad esempio, il 30 ottobre 2013, presso la Commissione Giustizia della Camera del



Deputati si affermò che l'emanando decreto legislativo «*oltre ad essere conforme alla delega legislativa, ne costituisce un equilibrato ed armonico sviluppo*» [37].

Siamo al cospetto di una “affermazione” e non di una “motivazione”, né tantomeno di una “dimostrazione”; non è quindi ragionevole trarre elementi determinanti sulla questione, ma nel prosieguo si legge che si «*ritiene... che ... [la] legge delega ... pone il principio dell'uguaglianza di stato di tutti i figli, e [lo] ... lo schema di decreto legislativo in esame ... sviluppa tale principio in tutte le sue articolazioni... La formulazione delle norme dello schema di decreto, inoltre, risulta particolarmente puntuale ed accurata*» [38].

Non si parla di affidamento condiviso; l'attenzione è talmente focalizzata sul “bersaglio grosso” (nonché unico bersaglio) dell'uguaglianza nella filiazione da far sparire qualsiasi altro elemento (come quando si osserva una fonte luminosa intensa, gli elementi di contorno non rilevano).

Interessante ai nostri fini poi il parere approvato in Commissione Giustizia della Camera il 6 novembre 2013.

Molti sarebbero i passaggi da sottolineare (come, ad esempio, il fatto che la Camera rileva che vi è nello schema di decreto la possibilità per il giudice di non sentire il minore qualora lo ritenga “manifestamente superfluo” senza avvedersi che poche righe prima aveva descritto la necessità di sentire il figlio senza possibilità alternative) [39], ma è nel riferimento all'attività di trasposizione che si trovano indizi interessanti.

Difatti a pagina 21 del documento della Camera, si legge che il decreto non dispone solo uno spostamento della materia dell'affidamento condiviso, ma che i relativi articoli (dal 155 al 155-*sexies*, come riformati dalla [legge 8 febbraio 2006 n. 54](#)) trovano, nella trasposizione nel nuovo Capo sulla responsabilità genitoriale, una «*parziale e meramente formale riformulazione dovuta ad integrazioni prevalentemente provenienti dall'[articolo 6 della legge n. 898 del 1970](#)*» e che (vera e propria *excusatio non petita*) «*non possono considerarsi profili di novità, esorbitanti dalla delega, disposizioni sostanzialmente riproduttive di norme della predetta legge, espressive di principi e norme già vigenti, ampiamente applicate in via analogica*».

Dunque, l'operazione di “trasloco” che il legislatore delegato si accingeva a fare era

“non esorbitante la delega” per il solo fatto che il risultato atteso era “sostanzialmente riproduttivo” e che le integrazioni erano “meramente formali”.

Queste affermazioni fanno emergere la piena consapevolezza che il legislatore delegato NON poteva intervenire sull'affidamento condiviso e che l'intervento risultava legittimo proprio in quanto (e fintanto che) non effettuava alcun intervento sostanziale sull'esistente.

Il sillogismo è semplice:

- premessa maggiore: il legislatore delegato può “unificare l'esistente” ma non può innovare la disciplina,
- premessa minore: l'intervento è solo “formale e riproduttivo”,
- conclusione: l'intervento è legittimo.

Questo sillogismo però implica che, se cambia la premessa minore (se, in altre parole, vi è un effetto innovativo) l'intervento è da considerarsi illegittimo.

La musica cambia, ma assai di poco, se ci spostiamo alla Commissione Giustizia del Senato.

Nel resoconto del 5 novembre 2013 (il giorno prima dell'intervento appena esaminato relativo alla Camera dei Deputati) un Senatore solleva dei dubbi di corrispondenza tra i principi e criteri direttivi e l'emanando decreto legislativo [40].

Si precisa subito che la voce non insiste sugli elementi di illegittimità sin qui evidenziati, ma è comunque una voce di dubbio.

Il giorno seguente (e quindi in contemporanea a quanto avveniva alla Camera dei Deputati), nella prosecuzione dell'esame la relatrice afferma:

- come i principi e criteri della delega siano rispettati, [41]
- che lo spostamento, seppur non previsto dalla legge di delega, rientra nel concetto di revisione della normativa inerente la filiazione [42],
- e che (nel parere) poi approvato l'intervento in materia di affidamento condiviso si limita a una mera “trasposizione” in un contesto “integrato” da testi normativi “prelevati” dalla [legge n. 898 del 1970](#) [43].

Sembra quasi la rappresentazione di una delega a dar vita a una sorta di “testo unico” nel quale nulla si aggiunga e nulla si tolga sul piano normativo-applicativo.

Anche al Senato quindi vi è piena consapevolezza che il mandato al Governo consente di intervenire sul testo (sulla disposizione) ma nulla può sulla norma (sul significato).

Questa consapevolezza però stride con il tenore dell'intervento realizzato, assai invasivo sul fronte applicativo sia sotto il profilo dei contenuti testuali (che non si sono mantenuti sul “passaggio stretto” della mera riformulazione) sia sotto il profilo della risultante normativa.

Dunque si assiste a un “canto e contro canto” contemporaneo in ambedue i rami del Parlamento dove si riafferma che:

- l'oggetto delegato è l'equiparazione dei figli e non altro,
- l'intervento circa la disciplina dell'affidamento condiviso riguarda solo uno “spostamento tecnico”.

Comunque sia, al di là di ogni ragionevole dubbio, se ambedue i rami del Parlamento hanno sottolineato il fatto che l'intervento relativo all'affidamento condiviso era legittimo in quanto (e solo in quanto) non andava a mutare nulla della disciplina concreta, qualora all'atto applicativo, ci si accorga che “qualcosa è cambiato” il fragile castello di certezze rappresentato è destinato al crollo.

Esaminando poi lo schema di decreto legislativo presentato dal Governo si ottengono solo conferme circa l'impossibilità per il Governo di intervenire sulla materia dell'affidamento condiviso.

Si legge difatti che il decreto legislativo effettua uno «*spostamento dagli articoli artt. 155 e ss. ai nuovi articoli da 337-bis a 337-octies delle disposizioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale*» [44]; spostamento quindi, null'altro che questo.

Più avanti, in maniera ancora più chiara «*Tutte queste previsioni – già introdotte dalla [legge n. 54 del 2006](#), in materia di affidamento condiviso dei figli – sono ora “spostate” dal legislatore delegato negli [articoli da 337-ter a 337-octies del codice](#)*»

[civile](#)».

Il Governo, a parole, era perfettamente consapevole del fatto che il suo potere era limitato al mero spostamento [45].

Peccato che dopo poche righe è costretto a “confessare” che vi sono delle «*limitate novità, che in alcuni casi sono tratti dalla legge sullo scioglimento del matrimonio*».

Dunque, novità ci sono, solo alcune di esse sono tratte dalla normativa pregressa (cosa che non conferisce di per sé legittimità all'intervento di “chirurgia normativa”), altre, quindi no.

Senza rendersene conto il redattore dello schema di decreto “confessa” che ci sono delle novità in materia di affidamento condiviso che non sono riconducibili al mero spostamento e quindi non ricomprese nella delega (se sono meramente tratte dal già esistente, non sono novità, se sono novità, non sono tratte dall'esistente ma inserite).

Altro elemento di interesse (anche se si vorrebbe dire “di confusione”): lo schema di decreto espressamente afferma che la disciplina del diritto al risarcimento del danno in caso di cambio di residenza spetta “*al genitore*” [46]... peccato che la disposizione parla di “*coniuge*”.

E altrove è lo stesso testo a sollevare dei punti d'attenzione: «*Si osserva che in base alla delega il Governo deve delineare la “nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale”. Lo schema di decreto, invece, abolisce completamente il concetto di “potestà genitoriale” sostituendolo con quello di “responsabilità genitoriale” (cfr. nuovo [art. 316 c.c.](#)). Sul punto occorre pertanto valutare la conformità con la delega. L'art. 1, comma 9, della legge delega, in tema di decadenza dal diritto agli alimenti, ha rubricato il nuovo [l'art. 448-bis c.c.](#) “Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla potestà sui figli”. Tale modifica parrebbe essere una conferma della volontà del legislatore delegante di mantenere il riferimento alla “potestà”» [47].*

Dubbi che però cadono nel vuoto.

Eppure, al di fuori degli ambiti politici ed accademici, la reazione è stata tempestiva e tutt'altro che silente.

Basti pensare che il decreto legislativo non era ancora stato firmato che sul Quotidiano del Diritto del 20 dicembre 2013 già si puntava il dito più che su aspetti di merito – pure segnalati – sulle sfacciate infedeltà al mandato: «*Nessuno sicuramente si aspettava che*

*quel testo [la [legge n. 54 del 2006](#)] potesse essere modificato in pochi mesi, attraverso un decreto legislativo, fuori del dibattito parlamentare. E soprattutto utilizzando artificiosamente una delega che tutto prevede meno che un intervento del genere; a prescindere dalla condivisibilità o meno delle modifiche» [48].*

Il 14 gennaio, quindi neanche una settimana dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto legislativo, su “*Persona e Danno*” appare un articolo dal titolo inequivoco “*Il pasticciaccio sull'affidamento condiviso*” e dal contenuto altrettanto netto (evoca senza mezzi termini l'eccesso di delega) [49].

Altra precisa presa di posizione il 7 febbraio 2014 volta a rimarcare ulteriormente l'eccesso e la violazione di delega [50].

Pochi mesi più avanti (ad aprile), su “*Strade*” appare l'articolo “*Affidamento condiviso, pericolosi passi indietro sulla bigenitorialità*” [51].

L'elenco potrebbe continuare a lungo.

Quello che preme osservare è che in sedi non propriamente accademiche, ma comunque scientificamente attendibili, l'allarme era suonato immediatamente e vistosamente, segnalando alle istituzioni la necessità di rimediare.

Non è inedito il fatto che all'uscita di un atto normativo si manifesti un florilegio di opinioni avverse; è inusuale il fatto che a fronte di censure mosse e circostanziate pare non vi siano state voci, nella dottrina di riferimento, che abbiano affrontato la tematica al fine di avvalorare o smontare le critiche che, ripetesi, non riguardavano profili di merito (se quella determinazione costituisse o meno una risposta adeguata alle esigenze) ma di legittimità.

Solo qualche raro accenno, sempre su singoli profili e comunque senza mai “affondare il coltello” (ad esempio vi è stato chi abbia rilevato come la possibilità di non ascoltare il minore appaia in eccesso di delega [52] o chi rimarca l'incongruenza dell'eliminazione del concetto di potestà [53]) o comunque rivolte ai diversi profili che sono stati oggetto delle sentenze costituzionali di rigetto che si vedranno a breve [54].

Non diversamente avvenne per la giurisprudenza che, in sostanza, si limitò a “incassare” quella sorta di legalizzazione della figura di genitore collocatario già realizzatasi nella prassi.

Poche le eccezioni: nella sentenza [n. 53](#) del 2012 del 24 febbraio 2014 del Tribunale per i Minorenni di Milano, il giudice, nel disporre l'affidamento esclusivo in favore della madre, senza che le parti l'abbiano sollecitato sul punto, s'interroga sul rispetto della delega da parte del decreto legislativo.

In particolare attrae l'attenzione del giudice il fatto che, anche in caso di affidamento esclusivo *«le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori»* e dell'irragionevolezza della disposizione.

In disparte di alcuni dettagli, il giudice di prime cure osserva come la novella inserita dal legislatore delegato abbia “resuscitato” la normativa contenuta dall'art. 6 comma quarto della legge sul divorzio, norma (come visto) abrogata tacitamente dalla legge sull'affidamento condiviso.

Tale effetto indubbiamente innovativo, e sicuramente estraneo alla delega, fa affermare al giudice che *«non si esclude pertanto che si sia verificato un eccesso di delega (di tale importante novità non vi è cenno nella legge delega che prevedeva in realtà unicamente un intervento di coordinamento dei vari testi normativi)»* [55].

In realtà, nel pensiero del tribunale minorile, il dubbio di legittimità va ben oltre il “non si esclude”; non si tratta di un “dubbio retorico” ma di quel “*fumus*” che costituisce uno dei due elementi da valutare prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

La “prova” di questo atteggiamento mentale è nel prosieguo della frase: *«...ma non sussistono i presupposti per sollevare questione di legittimità costituzionale atteso il difetto del requisito della rilevanza. La norma contiene infatti la clausola “salva diversa disposizione del giudice” che, nel caso di specie, può e deve essere utilizzata a tutela della minore»*.

Dunque, nella mente del giudice, vi è il requisito della non manifesta infondatezza ma (a suo avviso) manca quello della rilevanza, dunque non può sollevare la questione di legittimità costituzionale cui altrimenti sarebbe tenuto [56].

Qualcuno si era quindi accorto della radicale incostituzionalità dell'intervento governativo... ma una rondine non fa primavera.

Cambiando prospettiva, si potrebbe però obiettare che il [d.lgs. n. 154 del 2013](#) è già stato portato all'attenzione della Corte Costituzionale, al fine di valutarne l'illegittimità sotto il profilo dell'eccesso di delega, totalizzando due sentenze di rigetto, circostanza

che avrebbe potuto “spegnere i bollori” di chi vedeva l'eccesso di delega nel decreto legislativo.

L'obiezione però non avrebbe pregio e non solo per la generica considerazione che le sentenze di rigetto non conferiscono una “patente di legittimità” all'atto normativo scrutinato dalla Consulta, ma per precise circostanze di merito.

Con riferimento al caso oggetto della sentenza n. 146 del 2015 [57], in esso si evocava sì l'eccesso di delega, ma limitatamente alla parte in cui il legislatore delegato, novellando l'[art. 74 c.c.](#), disponeva l'applicazione retroattiva ai giudizi pendenti anche in materia ereditaria.

È evidente che il profilo evocato dal giudice *a quo*, pur rivolto a censurare un eccesso di delega, non riguarda in alcun modo i profili qui declinati; il rigetto della questione sollevata quindi non fornisce alcun elemento utile a valutare la fondatezza di una censura di eccesso di delega riguardante profili diversi qui evocati.

Considerazione nella sostanza coincidenti si devono trarre anche dalla successiva sentenza n. 194 del 2015 [58].

Il vizio che si postulava esistente era sempre l'eccesso di delega, ma questa volta riguardava la circostanza che il legislatore delegato, nell'attuare la delega ricevuta, ha introdotto la legittimazione dell'ascendente a ricorrere al giudice, disponendo anche, nel silenzio della legge di delega sul punto, i contorni processuali individuandone la competenza.

Diversamente dal caso precedente, nel caso in esame, in effetti, esiste un elemento contenuto nel decreto legislativo non ricavabile, neanche implicitamente, dalla delega; ciononostante occorre ricordare che il secondo comma dell'art. 2 della legge di delega attribuisce al legislatore delegato anche il compito di apportare, attraverso uno o più decreti legislativi, le *«occorrenti modificazioni e integrazioni normative, il necessario coordinamento con le norme da essi recate delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e [...] delle altre norme vigenti in materia, in modo da assicurare il rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1 del presente articolo»*.

Quest'ulteriore disposizione consente al legislatore delegato una maggiore ampiezza di raggio operativo che però deve mantenersi all'interno del “necessario coordinamento” e dei principi e criteri direttivi esaminati.

Quindi nessuna illegittimità deriva da una fisiologica attività normativa di completamento e sviluppo delle scelte del delegante.

Anche questo caso non porta elementi utili al profilo riguardante l'incisione del decreto legislativo delegato su aspetti sostanziali inerenti l'affidamento condiviso.

Non è possibile (e forse non è opportuno) interrogarsi sul perché del silenzio rilevato, se non altro perché si indugerebbe a valutazioni extragiuridiche che sono e devono rimanere estranee al presente studio.

Meritava comunque dare evidenza a questa circostanza inusuale.

## **6. Conclusioni.**

L'analisi condotta evidenzia nel [d.lgs. n. 154 del 2013](#) non superabili criticità di natura giuridico-formale.

Il decreto legislativo appare affetto da illegittimità procedurali che realizzano un eccesso di delega (contenuti non di per sé illegittimi, ma che sono tali in quanto adottati da un legislatore delegato sprovvisto di mandato) e sostanziali (violazione diretta della delega e del principio d'uguaglianza); nel merito snatura e mina le fondamenta dell'affidamento condiviso. Se si voleva attaccare e demolire questo istituto occorreva utilizzare un diverso strumento, un veicolo avente un percorso, una destinazione (e una ponderazione) diversa.

Ciò, di per sé, legittimerebbe la necessità di una rilettura, ma nella fattispecie le specifiche aporie costituiscono una potenziale rilevante fonte di negative ricadute in sede di applicazione, che travalicano l'ambito della dottrina e dei dibattiti accademici.

Già, infatti, esisteva una forte disarmonia tra il messaggio della riforma del 2006 (che introduceva un affidamento a due genitori in nulla dissimili e perfettamente intercambiabili, raddoppiando la tutela della prole, portatrice di suoi autonomi diritti) e una prassi giurisprudenziale adultocentrica e fortemente sbilanciata, fondata sulla dominante figura “antico-nuova” del genitore collocatario [59].

Si realizzava oltre tutto in tal modo una sorta di doppio binario, parallelo ma alternativo. Vorrà il magistrato seguire l'applicazione dello “spirito della legge” (privilegiare l'affidamento condiviso) o la prassi (determinarsi per un affido esclusivo quasi fosse la regola e non l'eccezione)? Nel dubbio, vale la pena di tentare la via giudiziale, con ovvio incremento del contenzioso.



Una prassi, attuata oramai da oltre 10 anni che, anziché mettere il figlio al centro del processo mediante il forte e rispettato principio del suo diritto alla bigenitorialità manteneva e alimentava il conflitto tra adulti allo scopo di poter divenire il “genitore prevalente”.

É in questo contesto che sopraggiunge il [d.lgs. n. 154 del 2013](#) il quale, probabilmente nel tentativo di legalizzare la prassi benché per vie non costituzionalmente fedeli, completa la restaurazione dell'ottica adultocentrica, introducendo l'obbligo di determinare un solo luogo di riferimento (e un solo genitore come tale), permettendo che si tolga la parola al minore, riammettendo il privilegio abitativo a favore del “coniuge debole” anche contro l'interesse dei figli, limitando le sanzioni a carico del genitore che si eclissa; e via dicendo.

Come era facile prevedere, gli effetti pratici di tali novità si stanno rivelando di tutto rilievo accrescendo le perplessità, come già sopra accennato, ad esempio a proposito della residenza abituale, che mostra nel modo più convincente l'inversione del *favor* dell'interesse del sistema legale tra genitori e figli .

Quanto sopra considerato induce a ritenere non dilazionabile un nuovo intervento legislativo, volto anzitutto ad eliminare le serie anomalie giuridiche introdotte dal [d.lgs. n. 154 del 2013](#).

Sarebbe, inoltre, altrettanto indispensabile realizzare al contempo pienamente le finalità della riforma del 2006, fornendo alla magistratura più dirette e inequivoche prescrizioni in merito all'affidamento dei figli, che consentano all'interprete di non avere dubbi e di non essere esposto a tentazioni “creative” nell'applicazione della legge. Ciò, allo stesso tempo, restituirebbe al cittadino l'indispensabile certezza del diritto.

Da un punto di vista pratico, d'altra parte, non si presentano a tal fine particolari difficoltà. La Commissione Giustizia del Senato ha già preso in considerazione nel giugno del 2015 vari disegni di legge, provenienti sia dalla maggioranza che dall'opposizione, coerentemente pensati per gli scopi sopra descritti, secondo quanto riferito dalla stessa relatrice nella sua sintesi generale iniziale. Nessuna migliore opportunità che quella di riprendere e completare il percorso malauguratamente interrotto circa un anno fa.

### **Riferimenti bibliografici**

- [1] Circa il rapporto tra regola ed eccezione dell'affidamento condiviso e monogenitoriale V. A. VECCHI, *Conferma da piazza Cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo l'eccezione*, in *Diritto e Giustizia* online, fasc.0, 2010, 10.
- [2] Basti pensare, ad esempio, a tutte le libertà enumerate nel Titolo I della Parte I della Costituzione che, pur se inviolabili, a determinate condizioni possono essere limitate.
- [3] V. I. LIBERO NOCERA, *L'alta conflittualità dei coniugi non impedisce l'affidamento condiviso*, in *Dir. e giust.*, fasc. 0, 2014, 321. V. anche G. FAVA, *Quando l'affidamento condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà*, in *Giur. merito*, fasc. 12, 2008, 3135, «il criterio a cui, quindi, in concreto ci si deve attenere a seguito della riforma, è quello della rilevanza dei contrasti e della incomunicabilità tra i genitori non di per sé, ma solo se tale situazione, una volta verificato che non sia percorribile la via di una adeguata corresponsabilizzazione dei genitori, ricade effettivamente e significativamente sui rapporti della prole con i genitori, integrando quella condizione di pregiudizio per l'interesse del minore che giustifica la deviazione dalla regola della bigenitorialità».
- [4] V. M. MAGLIETTA, *La filiazione smantella l'affidamento condiviso*, in *Guida dir.*, 20 dicembre 2013, «... evidentemente fuori delega, si archivia sostanzialmente la riforma del 2006, se ne viola il messaggio, si contraddice la ratio dell'intera legge».
- [5] In GU 30 gennaio 1957.
- [6] V. R. RUSSO, *La delega in bianco nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale (AIC)*, gennaio 2015, 15.
- [7] Circa la teoria dell'unicità del procedimento cfr. E. LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Milano 1956 e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 83.
- [8] V. L. FRANCO, *La delegazione legislativa e i tempi dell'ordinamento*, Napoli, 2014, 100.
- [9] Il governo aveva tempo fino al 31 dicembre 2013 ed ha esercitato la stessa sul “filo di lana” e cioè sabato 28 dicembre 2013.
- [10] V. il testo della presentazione della proposta di legge n. 3184 «*Gli effetti del riconoscimento, per quanto attiene all'inserimento del figlio nella famiglia del genitore che lo ha riconosciuto (articolo 24), vanno coordinati con il principio, sancito dalla [legge 8 febbraio 2006, n. 54](#), che indica come prioritaria la soluzione*

dell'affidamento condiviso...».

[11] V. le voci “2) Analisi del quadro normativo nazionale” (contenuta nella “PARTE I – ASPETTI TECNICO-NORMATIVI DI DIRITTO INTERNO” dell’ ANALISI TECNICO-NORMATIVA) e “2) Analisi del quadro normativo vigente” (contenuta nella “SEZIONE 1 – IL CONTESTO E GLI OBIETTIVI” dell’ ANALISI DELL’IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE) del ddl n. 3915.

[12] La legge delega, opportunamente, salva la distinzione delle espressioni “figli nati nel matrimonio” e “figli nati fuori dal matrimonio” quando si tratta di norme riferite direttamente a queste fattispecie in quanto non appare possibile azzerare qualsiasi distinzione tra le due realtà attraverso un atto normativo di rango ordinario, stante la formulazione dell'[art. 30 Cost.](#) che, richiedendo la compatibilità con “*i diritti dei membri della famiglia legittima*”, attesta che una differenza esiste tra esse (richiedere la compatibilità non coincide con il disporre un'assoluta equiparazione).

[13] V ad es. gli [artt. 1898, 1991, 2184 del d.lgs n. 66 del 2010](#), [l'art. 659 del d.lgs n. 297 del 1994](#), [l'art. 1 della legge n. 48 del 1994](#), [legge n. 414 del 1991](#).

[14] V. il primo comma dell'[art. 38 della legge n. 218 del 1995](#) la cui formulazione originaria era “figlio legittimo” ed è stata modificata dal d.lgs. n. 154 in “figlio”.

[15] V. ad es. [art. 36 della legge n. 149 del 2001](#), [art. 7 della legge n. 251 del 1982](#).

[16] La formulazione consente l'uso di «*ogni mezzo idoneo*» mentre l'ultimo comma dell'[art. 30 della Costituzione](#) prevede che la legge detti «*le norme e i limiti per la ricerca della paternità*». La “ricerca della paternità” costituzionalmente prevista, come è noto riguarda i limiti alla possibilità di provare (o di negare) la relazione biologica di paternità. La disposizione costituzionale non prevede che il legislatore “possa” introdurre dei limiti (consentendo quindi che “possa” anche non introdurli), ma prevede che definisca dei limiti. Quindi dei limiti vi devono comunque essere anche perché riconnessi all'esigenza di compatibilità ai “*diritti dei membri della famiglia legittima*” previsti dal terzo comma dell'[art. 30 Cost.](#); sul punto v. le sentenze della [Corte Costituzionale nn. 70 del 1965](#), n. 26 del 1969 e n. 118 del 1974. In questo quadro una disciplina che consentisse l'annullamento di qualsiasi limite difficilmente risulterebbe compatibile con il quadro costituzionale vigente. Una possibile ragionevolezza e conformità potrebbe ricavarsi dal *favor* nei confronti dei figli: possono essere posti dei limiti al genitore che intende provare (o negare) la filiazione ma non al figlio.

[17] V. Sentenza della [Corte Costituzionale n. 158 del 1985](#).

[18] G. PITRUZZELLA, *Corte costituzionale e governo*, in *Foro it.*, 2000, V, 28 ss., «*il tradizionale atteggiamento di prudenza con cui la Corte utilizza il sindacato sul rispetto dell'art. 76 Cost.*».

[19] N. LUPO, *Quali vie di accesso per un (efficace) sindacato sulla costituzionalità delle leggi di delega?*, in *Giur. cost.*, fasc. 4, 2006, 2944; v. anche C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova 2001, 68 e ss.; A. CELOTTO-E. FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano 2002, 697 e ss.

[20] La soppressione delle parole «*anche in caso di separazione personale dei genitori*», la sostituzione di “*di essi*” con “*dei genitori*”, il riferimento ai procedimenti di cui all'art. 337-*bis*.

[21] Pur non costituendo autonomo vizio, si segnala come il legislatore delegato, al fine di effettuare il “trasloco” della disciplina, non si è limitato ad abrogare le disposizioni dall'art. 155-*bis* all'art. 155-*sexies* ma ha modificato il testo dell'art. 155 che diventa «*In caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del titolo IX.*».

Il risultato è il seguente: all'interno del Capo V, che ricordiamo essere rubricato “*Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*” viene inserito il nuovo testo dell'art. 155 che, rivolgendosi alla sola separazione dei coniugi, non contempla la fattispecie dello scioglimento.

Più semplicemente: il testo del nuovo art. 155 (337-*ter*), nell'affermare che la disciplina del Capo II del titolo IX si applica in caso di separazione, afferma anche che detta disciplina NON si applica in caso di scioglimento.

Si viene a determinare un'antinomia con l'art. 337-*bis* in base al quale (attraverso una formula semanticamente discutibile) la disciplina del Capo II del titolo IX si applica anche in caso di scioglimento.

Ha dunque “ragione” l'art. 155 che, riferendosi espressamente alla separazione, esclude dal perimetro di applicabilità la fattispecie dello scioglimento, o ha ragione l'art. 337-*bis* che espressamente la include.

Ovviamente si tratta di un'antinomia apparente, che non richiede neanche l'applicazione dei criteri di risoluzione delle antinomie e che può essere risolta attraverso un'interpretazione sistematica del testo; ciononostante rappresenta prova evidente di un certo tasso di leggerezza nella definizione delle modifiche.

[22] A fini di completezza, più avanti si esaminerà un caso portato all'attenzione della Consulta (sentenza n. 146 del 2015) nel quale si postulava un eccesso di delega, rigettato dalla Corte, relativo alla disciplina di alcuni profili processuali. Le due situazioni sono profondamente diverse.

Nel caso oggetto della sentenza n. 146 del 2015 non vi era alcun eccesso di delega: il legislatore delegante aveva disposto il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti e, coerentemente, il legislatore delegato ha semplicemente sviluppato l'oggetto della delega definendone anche gli aspetti procedurali; con riferimento alle procedure connesse all'affidamento familiare, nella delega non vi è nessun riferimento riconducibile. Il legislatore delegato non ha definito il necessario contorno processuale ma l'ha creato in autonomia.

[23] Si trascuri il fatto che comunque il riferimento all'affidamento familiare appare anche malamente collocato. La possibilità di ricorrervi parte dall'ipotesi che vi sia l'impossibilità di affidare il figlio a uno solo dei due genitori, il che implica che, a maggior ragione, vi sia l'impossibilità di affidare il figlio ad ambedue i genitori. La collocazione più coerente avrebbe dovuto quindi essere l'art. 337-*quater* dove tratta, appunto, dell'affidamento a un solo genitore.

[24] L'assenza del riferimento alla residenza abituale viene citata solo per evidenziare l'incongruenza e la disarmonia dell'intervento e non è certo tesa a lamentare una reale mancanza, nel prosieguo si avrà difatti modo di rappresentare (fermo restando la sua illegittimità formale) la negatività sostanziale del riferimento all'abitazione abituale.

[25] E in effetti, parte della dottrina legge in questi termini il rapporto tra le disposizioni che impongono l'ascolto “senza se e senza ma” e i casi in cui invece si può far eccezione al principio (v. F. DANОВI, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 4, 2014, 1596, «La legge indica rare (e parrebbe tassative) eccezioni. Al principio enunciato nell'art. 315-bis, 3° comma, c.c. e consacrato nell'art. 336-bis c.c. è, invero, possibile derogare laddove l'ascolto risulti “in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo”»). Da rilevare però che detta dottrina non pare interrogarsi circa quale sia (e se vi sia) una *ratio distinguendi* che legittimi la deroga alla luce del principio di uguaglianza ex [art. 3 Cost.](#) V. anche a tal fine P. VIRGADAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 4, 2014, 1656; P. DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam.*, fasc. 1, 2011,

366.

[26] È noto che la nozione “responsabilità genitoriale” usata in ambito europeo descrive un perimetro ben più ampio della nozione di “responsabilità” pura e semplice. Nei contenuti concreti la responsabilità genitoriale costituisce quel complesso dei diritti-doveri che l'ordinamento attribuisce ai genitori sul minore che devono essere esercitati nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, cosa che l'avvicina alla definizione tradizionale di “potestà” (attribuzione di un potere a un soggetto allo scopo di tutelare un interesse altrui).

[27] Per una ricostruzione v. L. AMBROSINI, *Dalla “potestà” alla “responsabilità”: la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, in *Dir. fam. e pers.* (II), fasc. 2, 2015, 687.

[28] Ovviamente non si vuole sostenere che il Parlamento abbia ignorato la questione. Al contrario, a seguito dell'entrata in vigore vi sono state numerose interrogazioni parlamentari (Atto Camera 4-03235, Marroni e Gozi, seduta del 21 gennaio 2014 n. 156; Atto Camera 5-01943, Bonafede, Businarolo, Colletti e Turco, seduta del 22 gennaio 2014). Ma queste interrogazioni sono state successive al decreto legislativo. In sede di definizione della delega il Parlamento non ha mai discusso di questi temi.

[29] Cfr art. 4.2 della [legge n. 54 del 2006](#) «*Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*».

[30] Per mera ipotesi “di scuola”: è solo immaginando che successivamente al rigetto interpretativo altri giudici si determinino a risollevarne l'identica questione che si potrebbe immaginare una sentenza di diverso segno che ben difficilmente potrebbe andare oltre la sentenza interpretativa di accoglimento (la Corte elimina la lettura incostituzionale lasciando in piedi tutte le altre possibili letture).

[31] Si precisa che l'ipotesi descritta deve essere presa per la sua dimensione meramente esplicativa, teorica e di fatto irrealizzabile: un'azione concreta in tal senso verosimilmente determinerebbe la Corte a pronunciarsi relativamente al vizio di delega e a ritenere assorbiti gli altri eventuali elementi.

[32] Non si può in questa sede approfondire ulteriormente le complesse valutazioni di teoria dell'interpretazione che possono risultare eccentriche rispetto all'oggetto di studio, in via approssimativa si può dire che il legislatore delegato abbia effettuato alternativamente o una sorta di interpretazione autentica implicita o sostanziale della legge 54 (con la conclusione che l'abrogazione tacita non vi sarebbe mai stata) ovvero

una creazione normativa a seguito di un intervento normativo nel quale, dichiarando non abrogata una norma abrogata, ne ha utilizzato il contenuto semantico in una sorta di “riciclo” di disposizioni usate.

[33] In questo caso risulterebbe leso sia l'art. 3 primo comma in quanto si discriminerebbe in maniera irragionevole tra due fattispecie che, nei confronti del figlio, l'art. 3 secondo comma in quanto non rimuoverebbero gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo del bambino ma, al contrario, si inseriscono.

[34] Ma tale dimensione prognostica appare “granitica” con qualche eccezione v. il caso descritto da A. DI LALLO, nel suo articolo *La giurisdizione spetta al giudice del luogo di residenza abituale del minore*, in *Dir. e giust.*, fasc. 1, 2014, 16 riferito alla sentenza [n. 11915 del 2014 della Cassazione a sezione unite](#) con la quale si identificava la residenza abituale nel luogo “che aveva avuto” e non quello che aveva («*Troppo breve il lasso di tempo intercorso tra l'arrivo del minore in Italia e la proposizione della domanda del padre, nonché l'età del bambino al momento dell'inizio del giudizio. Circostanze che hanno confermano la residenza abituale a Cuba ed il difetto di giurisdizione del giudice italiano a decidere*»).

[35] V. M. MAGLIETTA, “*Residenza abituale*” *confligge con la bigenitorialità*, in *Guida dir.*, 6 del 1 febbraio 2014, 70.

[36] V. M. MAGLIETTA, *Residenza abituale*, op. cit.

[37] V. Resoconto del 30 ottobre 2013 della Commissione Giustizia, 39 e ss.

[38] V. Resoconto del 30 ottobre 2013 della Commissione Giustizia, 40.

[39] Resoconto del 6 novembre 2013 della Commissione Giustizia, 21 e ss.

[40] V. Legislatura 17<sup>a</sup> - 2<sup>a</sup> Commissione permanente - Resoconto sommario n. 60 del 5 novembre 2013, «*ad una prima lettura di alcune disposizioni dello schema di decreto in titolo non si ravvisa totale corrispondenza con i limiti imposti dai criteri direttivi, dai principi e dall'oggetto determinato dalla legge di delegazione*».

[41] V. Legislatura 17<sup>a</sup> - 2<sup>a</sup> Commissione permanente - Resoconto sommario n. 61 del 06 novembre 2013, «*...Sottolinea quindi che i limiti posti dai principi e dai criteri previsti nell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, le appaiono pienamente rispettati*».

[42] Ibid. «*la trasposizione degli articoli da 155 a 155-sexies in un nuovo Capo II del Titolo IX del primo libro del codice civile, in materia di responsabilità genitoriale, pur se non esplicitamente prevista dalla legge di delegazione, si colloca nella prospettiva di*

*una coerente e sistematica revisione del codice, improntata al rispetto dei principi e dei criteri direttivi per l'esercizio del potere legislativo delegato».*

[43] Ibid. «*che i citati articoli da 155 a 155-sexies, come riformati dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, trovano, nella trasposizione nel nuovo Capo sulla responsabilità genitoriale, una parziale e formale riformulazione dovuta ad integrazioni prevalentemente provenienti dall'articolo 6 della legge n. 898 del 1970 sul divorzio».*

[44] V. lo Schema di decreto legislativo recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, 9.

[45] Ibid. 65, «*La collocazione delle nuove disposizioni rappresenta il maggior tratto di novità di questa parte della riforma; il Governo si è infatti limitato – nel rispetto della delega – a spostare le disposizioni introdotte dalla legge n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso dal Titolo VII, relativo al matrimonio, al Titolo IX».*

[46] Ibid. 66.

[47] Ibid. 62.

[48] V. M. MAGLIETTA, *La filiazione smantella l'affidamento condiviso*, In *Quotidiano del Diritto* del 20 dicembre 2013.

[49] V. R. ROSSI, *Il Pasticciaccio sull'affidamento condiviso* in *Persone e danno* 01 del 2014.

[50] V. M.A. MAZZOLA, *Figli: in vigore il decreto (s)filiazione della paternità*, in *Il Fatto Quotidiano* del 7 febbraio 2014 che senza mezzi termini afferma che «*il decreto filiazione ... è divenuta l'occasione per violare la legge delega, così espugnando il Parlamento della sua precipua funzione legislativa, col modificare in peius la l. n. 54/2006 sull'affidamento condiviso».* V. anche G. VACCARO, «*Filiazione: va “in soffitta” la potestà genitoriale ma è aperta la questione dell'eccesso di delega»* in *Famiglia e Minori, Guida al Diritto* n° 48 30 novembre 2013.

[51] V. M. FARACI, *Affidamento condiviso, pericolosi passi indietro sulla bigenitorialità*, in *Strade* aprile 2014.

[52] V. P. VIRGADAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 4, 2014, 1656, «*L'espressione utilizzata, sicuramente più lata rispetto a quelle rinvenibili nel diritto internazionale e dell'Unione Europea, ha fatto sorgere sospetti, oltre che di violazione di questi ultimi, anche di eccesso di delega, rinvenendosi in seno all'art. 2, comma 1, lett. i della legge n. 219 del 2012 esclusivamente il conferimento del potere al Governo*



*di disciplinare le modalità di esercizio dell'ascolto e non anche di prevedere ipotesi nelle quali di esso potrebbe farsi a meno».*

[53] A. SCOLARO, *La consulenza tecnica nel conflitto genitoriale. L'affidamento dei figli, l'assegnazione della casa familiare e gli oneri di mantenimento*, Torino 2014, 111 «il termine potestà è letteralmente scomparso dalla disciplina della filiazione nonostante la legge n. 219/12 avesse conferito al Governo la delega di delineare la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto della potestà genitoriale, per cui dovrebbe ritenersi sussistere un eccesso di delega».

[54] V. N. CIPRIANI, *Problemi di diritto intertemporale* in AA.VV. *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, 300; L. PEDULLÀ, *I figli tutti uguali: ius superveniens ed effetti successori della parentela naturale*, in rivista AIC 3/2015.

[55] V. sent. n. 53 del 2012 del 24 febbraio 2014 del Tribunale per i Minorenni di Milano.

[56] A mero fine di completezza, si evidenzia come il giudice ritiene mancante il requisito della rilevanza per il semplice fatto che la clausola «*salva diversa disposizione del giudice*» determinerebbe, appunto, l'irrilevanza della questione sulla scorta dell'idea che un'ipotetica declaratoria di incostituzionalità non andrebbe ad aver effetti sul suo decidere. Tale affermazione non pare condivisibile sia per aspetti propri del processo costituzionale, che qui non merita affrontare, sia per l'evidenza dell'equivoco nel quale il Tribunale per i Minorenni di Milano è incorso. Il dubbio di costituzionalità attiene all'eccesso di delega che non può riguardare solo un segmento della frase “aggiunta” dal Governo («*le decisioni di maggior interesse*») ma l'intero periodo aggiuntivo comprensivo del «*salvo non sia diversamente stabilito*». Anche questa parte aggiuntiva (seppur evidentemente “gradita”) non può che essere stata inserita in carenza di delega. La questione pertanto avrebbe dovuto essere dichiarata come rilevante e non manifestamente infondata con quanto ne conseguiva (ordinanza di sospensione e rimessione degli atti alla Corte Costituzionale).

[57] In GU 15 luglio 2015 n. 28.

[58] In GU 30 settembre 2015 n. 39.

[59] V. S. CHIARAVALLOTTI, *Tutti i figli sono uguali davanti alla legge, ovvero la regola dell'affidamento condiviso*, in Giust. civ., fasc.11-12, 2012, 2670 e ss. «la Corte suprema si è espressa in senso favorevole all'affidamento condiviso, nel rispetto della

lettera della legge e nella prospettiva di dare impulso ad un nuovo orientamento che servisse a garantire la bi-genitorialità, concetto chiave della riforma. Le sentenze che si annotano sembrano smentire tale consolidato e largamente approvato indirizzo, per virare verso nuove opzioni interpretative. La lacerazione rispetto a quell'orientamento, in realtà, prende le mosse... [da] ... argomentazioni proprie del periodo ante riforma, e soprattutto legate a un'idea di famiglia statica e lontana dalla realtà».