

## L’AFFIDAMENTO DEI FIGLI NATURALI. Fondamento e criteri di applicazione.

di Carmelo Padalino

SOMMARIO: 1. Presupposto immanente. – 2. Proposte di modifica. – 3. Profili processuali.

**1. Presupposto immanente.** In ipotesi di cessazione del rapporto di convivenza *more uxorio*, per volontà di uno o di entrambi i conviventi, è necessario l’intervento del Giudice minorile per stabilire presso chi deve stare il figlio comune?

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno escluso la necessità di un simile intervento, sul rilievo che: «le disposizioni del giudice, diverse rispetto alla regolamentazione legale (art. 317 *bis* comma secondo) possano essere prese su richiesta di uno dei genitori o di altri parenti o del P.M., e solo quando la situazione appaia essere pregiudizievole all’interesse del figlio minore (in applicazione o diretta od analogica dell’art. 330 e segg. cod. civ.)» (Cassazione, sezioni unite, 20 aprile 1991 n. 4273, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2998).

Ne consegue che, in tema di regolamentazione/modulazione della potestà genitoriale (tra cui va incluso il provvedimento di affidamento dei figli naturali), l’intervento del Tribunale per i minorenni, ai sensi dell’art. 317-*bis* Cc, è sempre subordinato alla sussistenza di un pericolo, anche solo potenziale, di pregiudizio per la prole, che costituisce un *presupposto immanente* a qualunque intervento richiesto al Giudice minorile (cfr., da ultimo, Cassazione 16 ottobre 2008 n. 25290, in *Famiglia e minori*, 2008, 11, 47, con nota di PADALINO).

Tanto è vero ciò che, in una successiva pronuncia, le Sezioni della S.C. hanno affermato che: «nel caso invece di cessazione della convivenza dei genitori naturali (così come nel caso in cui non abbiano mai convissuto) l’art. 317 *bis* pone alcuni criteri attributivi dell’esercizio della potestà e prevede come meramente eventuale e successivo l’intervento del giudice, costruendolo come preordinato a correggere il cattivo funzionamento dei criteri predetti ed eventual-

mente a stabilire regole alternative, secondo un ampio spettro di ipotesi che arriva fino alla possibilità di escludere entrambi i genitori dall'esercizio della potestà» (Cassazione, sezioni unite, 25 maggio 1993 n. 5847, in *Foro it.*, 1994, I, 1525, con nota di CIPRIANI).

Dunque, l'art. 317-*bis* Cc non disciplina un procedimento specularmente corrispondente a quello di affidamento dei figli legittimi previsto, nel giudizio di separazione, dall'art. 155 Cc, ma disciplina un procedimento diretto a sanare situazioni di crisi interessanti il minore, al fine di porre rimedio, attraverso il controllo giudiziario della potestà genitoriale e l'adozione di provvedimenti cautelari e temporanei (volti a disciplinare, in concreto, l'esercizio della potestà), ad una situazione pregiudizievole, anche solo potenzialmente, cui risulta essere esposto il minore.

L'art. 317-*bis* Cc non può considerarsi separatamente dal sistema generale del controllo giudiziario sulla potestà dei genitori, fissato dagli articoli 330 e seguenti Cc, in quanto i relativi provvedimenti si pongono ad un livello intermedio fra quelli di decadenza e quelli di limitazione della potestà genitoriale, essendo improntati alla medesima *ratio* (Cassazione, sezioni unite, 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278).

Secondo i giudici di legittimità: «per i figli naturali il controllo è più penetrante, perché le misure che possono essere adottate, in via preventiva e non soltanto repressiva, possono articolarsi in modo più articolato e graduato rispetto alla decadenza ex art. 330 ed ai provvedimenti “innominati” di cui all'art. 333, fino a giungere – come nel presente caso – all'esclusione dell'esercizio della potestà nei riguardi di entrambi i genitori; misura però che si differenzia dalla decadenza, perché il genitore può conservare i poteri di cui all'ultimo comma, già rammentati. D'altra parte, i provvedimenti ex art. 333 non sempre escludono l'esercizio della potestà, ma possono limitarsi a dare disposizioni puntualmente vincolanti per il suo esercizio» (Cassazione, sezioni unite, n. 6220 del 1986, citata).

Una riprova di tale conclusione è data dal rilievo che un procedimento *de potestate* iniziato, ad esempio, per la dichiarazione di decadenza può portare all'emanazione di un provvedimento meno grave, ai sensi degli articoli 317-*bis* o 333 Cc; viceversa, dalla semplice ri-

chiesta di affidamento del figlio naturale potrebbe giungersi, nell'ambito del medesimo procedimento, alla decadenza di uno dei genitori dalla potestà.

Sotto il profilo processuale, il procedimento di modulazione/regolamentazione della potestà sui figli naturali (impropriamente chiamato di «affidamento» degli stessi), in quanto procedimento volto al controllo della potestà genitoriale, è disciplinato dall'art. 336 Cc, posto che, là dove tale disposizione normativa richiama «*i provvedimenti di cui ai commi precedenti*», deve intendersi riferita – quanto meno in via di interpretazione estensiva – anche al provvedimento reso ai sensi dell'art. 317-*bis* Cc.

Tale conclusione non può ritenersi inficiata dall'entrata in vigore dell'articolo 4, comma 2, della legge n. 54/2006 (che ha esteso ai «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati» le nuove disposizioni, sostanziali e processuali, in tema di affidamento condiviso), tenuto conto che tale disposizione normativa: «ha il significato di estendere – all'evidente fine di assicurare alla filiazione naturale forme di tutela identiche a quelle riconosciute alla filiazione legittima – i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli di genitori non coniugati, senza incidere sui presupposti processuali dei relativi procedimenti, tra i quali la competenza» (Cassazione 3 aprile 2007 n. 8362, in *Famiglia e minori*, 2007, 5, 15, con nota di SPINA).

Pertanto, ancora oggi, uno dei presupposti immanenti a qualunque intervento richiesto al Tribunale per i minorenni (tra cui il provvedimento di «affidamento» dei figli naturali) è costituito dalla sussistenza di un pericolo, anche solo potenziale, di pregiudizio per la prole.

**2. Proposte di modifica.** L'attuale assetto delle competenze in materia di potestà genitoriale, così come risultante a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 54 del 2006 e del fondamentale arresto della Cassazione del 3 aprile 2007, n. 8362, è perfettamente armonico e razionale, tenuto conto, per un verso, che attribuisce al Tribunale per i minorenni tutti i procedimenti volti al controllo della potestà genitoriale e che possono recare pregiudizio alla prole (tra cui il procedimento previsto dall'art. 317-*bis* Cc), e, per altro verso, perché,

ad oggi, «l'ordinamento non disciplina espressamente un procedimento di affidamento dei figli naturali, riconosciuti da entrambi i genitori, nel caso di rottura della convivenza tra questi» (Cassazione n. 5847 del 1993, citata; nello stesso senso, si veda Cassazione n. 8362 del 2007, citata, secondo cui: «il diritto vivente – nell'assenza di una disposizione espressamente rivolta a disciplinare un procedimento di affidamento del figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori, nel caso di rottura della convivenza tra costoro – ha colto nell'art. 317-*bis* cod. civ., concernente l'esercizio della potestà sui figli minori riconosciuti da entrambi i genitori naturali, il referente normativo per giustificare l'intervento, sia pure *eventuale e successivo*, del giudice in materia»).

È significativo, ai fini in esame, che il legislatore, nel disposto dell'art. 4, comma 2, legge n. 54/2006, facendo riferimento ai «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati» (e non già ai procedimenti di «affidamento» dei figli naturali, non essendo previsti in legge), non ha introdotto un nuovo procedimento, ma si è limitato a richiamare procedimenti già esistenti nel nostro ordinamento giuridico, aventi ad oggetto la regolamentazione/modulazione dell'esercizio della potestà parentale sui figli naturali, e, quindi, i procedimenti di cui agli articoli 317-*bis* e 336 Cc, già di competenza del Tribunale per i minorenni (si veda C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, 2006, 261).

Pertanto, l'eventuale abrogazione dell'articolo 317-*bis* Cc, attualmente in discussione al Senato della Repubblica (avente come obiettivo «quello di armonizzare l'ordinamento in materia di potestà genitoriale, attraverso la concentrazione delle competenze giurisdizionali in capo al tribunale ordinario», così Relazione al Disegno di legge n. 1211), non determinerebbe lo spostamento della competenza a decidere sull'affidamento dei figli naturali in favore del Tribunale ordinario, non essendo previsto in legge alcun procedimento relativo ai figli di genitori non coniugati – cui fa riferimento l'art. 4, comma 2, della legge n. 54/2006 – che disciplini, dinanzi al Tribunale ordinario, l'affidamento dei figli naturali, ovvero la regolamentazione/modulazione dell'esercizio della potestà sugli stessi.

Né potrebbe sostenersi l'applicazione alle coppie di fatto, nel cui ambito sia nata prole, delle regole processuali previste dagli articoli 706 e seguenti Cpc (come sembrerebbe desumersi dalla citata relazione al disegno di legge, là dove si afferma che l'impianto normativo processuale operato nei giudizi di separazione e divorzio dalle leggi n. 80 del 2005 e n. 54 del 2006 escluderebbe «ogni intromissione della giurisdizione del tribunale per i minorenni»), tenuto conto che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti» (Corte costituzionale 13 maggio 1998 n. 166, in *Famiglia e diritto*, 1998, 205, con nota di CARBONE).

Ciò anche in considerazione del fatto che «diversi sono i presupposti dell'intervento del giudice in ordine alla emanazione dei provvedimenti riguardo all'affidamento ed al mantenimento dei figli, a seconda che si tratti di crisi dell'unione di fatto e di crisi della famiglia fondata sul matrimonio» (Cassazione n. 8362 del 2007, citata).

Segnatamente, nella separazione personale dei coniugi la *causa petendi* ed il *petitum* sono rispettivamente costituiti, in via principale, dall'esistenza di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza e dalla pronuncia appunto di separazione (che presuppone, necessariamente, la cessazione della convivenza dei coniugi), cosicché le eventuali statuizioni relative ai figli minori, di cui all'articolo 155 Cc, si inseriscono nel quadro di una consequenziale regolamentazione della vita familiare, per cui, da un lato, vengono ad incidere soltanto sulle «modalità di esercizio» della potestà genitoriale e non postulano il pregiudizio o il pericolo di un pregiudizio per la prole medesima; viceversa, il procedimento per la disciplina della potestà genitoriale, di cui all'articolo 317-*bis* Cc, fa riferimento ad una condotta di uno o di entrambi i genitori necessariamente pregiudizievole al figlio (*causa petendi*) ed ha ad oggetto l'emanazione di provvedimenti volti a rimediare a tale situazione (*petitum*).

Quindi, l'unica conseguenza derivante dall'abrogazione dell'art. 317-*bis* Cc sarebbe costituita dall'eliminazione dei criteri che,

in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, disciplinano attualmente, ed in assenza di un intervento del Giudice, l'esercizio della potestà sui figli naturali (con evidente vuoto normativo sul punto) e dalla necessità di individuare, in via interpretativa, lo statuto normativo della potestà genitoriale e dell'affidamento dei figli naturali nella crisi della coppia di fatto nella disposizione normativa di cui all'art. 333 Cc, considerato che occorre ricercare i «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati», cui fa riferimento all'art. 4, comma 2, legge n. 54/2006, tra quelli aventi ad oggetto il controllo dell'esercizio della potestà genitoriale sui figli, e, quindi, tra i procedimenti di competenza del Tribunale per i minorenni.

Se è vero che, con i disegni di legge n. 1211 e 1412, «non si intende affatto esautorare il tribunale per i minorenni, giudice altamente specializzato, ma anzi far sì che restino accorpate nella sua competenza tutte le questioni attinenti le censure alla potestà (articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile)» (così Relazione al Disegno di legge n. 1412), l'obiettivo di abrogare l'articolo 317-*bis* Cc è del tutto incongruo rispetto al fine perseguito, tenuto conto che trattasi di procedimento che rientra, a pieno titolo, nel sistema generale del controllo della potestà genitoriale (non a caso la S.C., nella citata ordinanza n. 8362/2007, ha chiarito che: «l'art. 317-*bis* cod. civ. conferisce al giudice ampi poteri di disciplinare in concreto l'esercizio della potestà nel modo che meglio corrisponde all'interesse del figlio»).

**3. Profili processuali.** La disciplina processuale dei provvedimenti che regolano/disciplinano la potestà genitoriale (articolo 317-*bis* Cc) è identica a quella propria degli altri provvedimenti volti al controllo della potestà genitoriale (ossia, l'articolo 330 Cc, che esclude la potestà, nonché l'articolo 333 stesso codice, che limita la potestà); conseguentemente, il procedimento volto all'emanazione dei suddetti provvedimenti si svolgerà nelle forme processuali di cui all'articolo 336 Cc, che si richiama agli articoli 737 e seguenti Cpc (e, quindi, sui binari di quanto stabilito da tali norme), con applicazione diretta delle «disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio» (articoli 737 – 742-*bis* Cpc), in quanto compatibili, per colmare le lacune normative presenti nell'articolo 336.

Inoltre, si dovranno applicare direttamente, *ex art.* 4, comma 2, legge n. 54/2006, le norme processuali contenute nella citata legge che siano compatibili con la specialità del rito che governa il giudizio in esame.

Ne consegue che, nell'ambito del procedimento *ex* articolo 317-*bis* Cc, è possibile configurare: *a*) l'obbligo di sentire sia il minore che entrambi i genitori (articolo 336, comma 2, Cc); *b*) il potere del genitore interessato di chiedere la revoca di deliberazioni anteriori nei suoi confronti (articolo 336, comma 1); *c*) il potere del giudice minorile di adottare, *ex* articolo 336, comma 3, anche di ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio (anche di natura patrimoniale, là dove, contestualmente all'affidamento, sia richiesto il mantenimento del figlio; *contra*, Tribunale per i minorenni di Bologna 1 ottobre 2008, in [www.questionididirittodifamiglia.it](http://www.questionididirittodifamiglia.it)); *d*) i poteri istruttori del giudice (ivi compreso quello di disporre un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni dei genitori oggetto di contestazione; *e*) i poteri di ascolto del minore; *f*) il potere del giudice del procedimento di adottare i provvedimenti previsti dall'articolo 709-*ter* Cpc; *g*) l'assistenza legale dei genitori e del minore (articolo 336, comma 4); *h*) la legittimazione dei nonni a proporre il ricorso *ex* articolo 317-*bis*, e non solo quello per la limitazione o decadenza della potestà dei genitori, al fine di ottenere una regolamentazione dei loro rapporti con i nipoti; *i*) la legittimazione del Pubblico Ministero a proporre il relativo ricorso nei confronti di entrambi i genitori ovvero di uno solo di essi, tenuto conto che il provvedimento *ex* articolo 317-*bis* Cc viene emanato nell'ambito di un controllo penetrante sulla potestà genitoriale, che potrebbe condurre, in tesi, all'esclusione di entrambi i genitori dall'esercizio della potestà, con nomina di un tutore al figlio minore.