

*Modifica delle condizioni di divorzio e affidamento della prole.
A proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Perugia*

[ALESSANDRO MARCECA^(*)]

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Le argomentazioni della ricorrente a sostegno della propria richiesta. – 3. Competenza territoriale in caso di modifica delle condizioni di divorzio. – 4. L'ordinanza del Tribunale di Perugia n. 8695/2018. – 5. Conclusioni.

1. Tizio e Caia contraevano matrimonio con rito concordatario, optando per il regime patrimoniale di comunione legale dei beni. Dal matrimonio nasceva un figlio. Successivamente, dato che l'unione coniugale si incrinava sempre di più e la convivenza diveniva impossibile da proseguire, i coniugi dapprima presentavano ricorso congiunto per la separazione consensuale (separazione poi omologata dal Tribunale), poi presentavano ricorso congiunto per la cessazione degli effetti civili del matrimonio. In seguito a quest'ultimo ricorso il Tribunale civile di Perugia dichiarava con sentenza la cessazione degli effetti civili del matrimonio disponendo l'affido condiviso del figlio con collocazione prevalente presso l'abitazione della madre, con facoltà per il padre di vederlo e tenerlo con sé, sostanzialmente, quando avesse voluto. In seguito Caia presentava ricorso per la modifica delle condizioni di divorzio chiedendo, in luogo dell'affido condiviso del figlio, quello esclusivo in proprio favore.

2. In seguito alla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'ex marito (e padre del minore) non aveva avuto più alcun tipo di rapporto con il figlio, lo aveva cercato telefonicamente e per pochi minuti solo in un'occasione (mai per il compleanno o per le altre festività), non si

^(*) Avvocato del Foro di Perugia.

era mai informato delle sue condizioni di salute (nemmeno in occasione dei due interventi chirurgici cui veniva sottoposto il figlio), dell'andamento scolastico, della sua crescita rivelandosi, pertanto, un genitore particolarmente assente e del tutto disinteressato e si era, altresì, reso moroso nel versamento del mantenimento e nella contribuzione delle spese straordinarie relative al minore.

Pertanto, nellà realtà, il figlio minore aveva sempre e solo vissuto con la madre (unitamente ai nonni materni), condividendo con la stessa i momenti più significativi della sua vita, da cui, d'altro canto, il padre era sempre stato, sistematicamente e volontariamente, assente.

Tutte queste circostanze inducevano la madre a chiedere, in parziale modifica della sentenza dichiarativa della cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'affidamento esclusivo del minore in capo alla medesima in luogo dell'affido condiviso, andando a ripercorrere il costante filone giurisprudenziale in materia di affidamento esclusivo, che in favore di tale affidamento si è pronunciato, in vario modo, nel tempo⁽¹⁾.

Incidentalmente la madre, dato che il padre si era comunque anche reso moroso rispetto all'obbligo di mantenimento del figlio minore (sia a titolo di mantenimento ordinario che per contribuzione nella misura del 50% delle spese straordinarie via via sostenute dalla madre nell'esclusivo interesse del minore medesimo), richiamava un orientamento giurisprudenziale (trib. Napoli, 30 maggio 2003) secondo il quale «Il Giudice, qualora nel corso di un procedimento (nella specie *ex art. 710 c.p.c.*) acquisisca la prova dell'inadempimento del genitore obbligato a contribuire al mantenimento del figlio minore, pur in mancanza di specifica domanda del

⁽¹⁾ Cfr. Trib. Caltanissetta, 30 dicembre 2015, in *leggiditalia.it*, secondo cui «Il padre che violi l'obbligo di mantenimento e neppure rispetti il regime di visite infrange il primario diritto dei figli minori a mantenere rapporti continuativi con i genitori, e pertanto viene sanzionato con la perdita dell'affidamento condiviso dei figli medesimi»; v. anche Trib. Catania, 30 dicembre 2014, in *ilfamiliarista.it*, secondo cui «Dinanzi alla costante violazione, da parte di un genitore, delle modalità relative all'esercizio del diritto di visita, violando così il primario diritto dei figli minori di mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori, in modo tale da elidere la figura del genitore non collocatario e determinare un grave pregiudizio nello sviluppo psico-fisico del figlio».

genitore beneficiario può disporre d'ufficio, nell'interesse del minore, che l'assegno sia corrisposto direttamente dal terzo datore di lavoro obbligato inadempiente».

Su tali basi, quindi, l'esponente allegava e provava la relativa circostanza dell'inadempimento all'obbligo del mantenimento, esponendo nel contempo di essere a conoscenza che l'ex marito svolgeva un'attività lavorativa (presumibilmente di lavoro subordinato), rimettendosi per il resto ai poteri officiosi del Tribunale, ciò anche alla luce di una pronuncia della Cassazione secondo cui «è stato disposto l'affidamento esclusivo proprio in ragione del comportamento del padre, inadempiente per anni all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore del figlio, e che aveva esercitato in modo discontinuo il diritto di visita»⁽²⁾.

3. L'esponente, inoltre ed incidentalmente, chiariva quale *in subiecta materia* doveva essere la competenza territoriale a decidere.

In via generale, la competenza territoriale è radicata davanti al Tribunale del luogo di residenza del soggetto a favore del quale va eseguita l'obbligazione di mantenimento, oppure del luogo in cui è residente il convenuto o ancora del luogo in cui è sorto il debito di mantenimento. Quest'ultimo si si identifica nel luogo in cui è stata pronunciata la separazione giudiziale o omologata la separazione consensuale o pronunciata la declaratoria di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Qui, tuttavia, la richiesta era solo attinente all'affidamento del figlio minore, chiedendosi l'affido esclusivo in luogo di quello condiviso.

In proposito merita di essere riportata la seguente massima del Tribunale di Pavia, 7 marzo 2016, a mente della quale «Pur mancando nella legge divorzile una disciplina specifica sulla competenza territoriale nei procedimenti di revisione delle condizioni di divorzio che riguardano l'affidamento dei minori, di tali procedimenti deve conoscere il Tribunale del luogo di residenza dei figli, in applicazione analogica di quanto previsto per i procedimenti *ex art.* 710 c.p.c. di modifica delle condizioni di separaz-

⁽²⁾ Cfr. Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Foro it.*, I, c. 428.

ione, secondo il dettato dell'art. 709-ter, 1° comma c.p.c. Le questioni che riguardano la responsabilità genitoriale devono essere decise dal Tribunale più prossimo alla sede degli interessi del minore»⁽³⁾.

Il criterio di residenza del minore diviene, allora, criterio regolatore della competenza in materia di modifica delle condizioni di separazione e divorzio *ex art.* 710 c.p.c. Entro questo ambito giurisdizionale, peraltro, il Tribunale di Milano ha avuto modo di tracciare un ulteriore confine in punto di competenza: secondo l'indirizzo inaugurato con il decreto del 30 gennaio 2013 del Tribunale di Milano, non è rinvenibile alcuna disposizione speciale in materia di giudizi promossi *ex art.* 710 c.p.c. analoga ed assimilabile all'art. 12-*quater* della legge divorzile (sia pure nella sua formulazione di portata limitativa rispetto al duplice riferimento di cui all'art. 20 c.p.c.) e ciò anche evidenziando che il legislatore del 2006 ha ritenuto di intervenire espressamente sul punto della normazione della competenza territoriale con il 1° comma, ult. parte dell'art. 709-ter c.p.c. Pertanto, poiché tutta la normativa – dal 2005 in poi – ha sempre più inteso individuare una disciplina processuale tendenzialmente unitaria per la separazione e per il divorzio ed ha altresì, con plurimi interventi, coniato nuovi criteri di competenza speciale per una materia che non vi è dubbio si distingue da quella elettivamente contrattuale, deve ritenersi la competenza territoriale del Tribunale nel cui circondario ha la residenza il minore nei procedimenti aventi ad oggetto la modifica delle condizioni di separazione e/o divorzio inerenti unicamente l'affidamento dei minori.

Lo stesso decreto testualmente riporta: «Rilevato, dunque, che viene così opportunamente valorizzato il criterio della “prossimità” geografica, quanto a dire quello della competenza del foro che sia più strettamente collegato alle parti al momento dell'instaurazione del giudizio e, ove le stesse abbiano diverse residenze, quello inerente al convenuto per essere quest'ultimo di carattere generale e, dunque, prioritario; rilevato che il medesimo criterio di prossimità ha, del resto, anche ispirato il legislatore del 2006 che, con la novella n. 54 ha stabilito (art. 709-ter c.p.c.) [3] che “per i

⁽³⁾ Cfr. Trib. Pavia, 7 marzo 2016, in *ilcaso.it*.

procedimenti di cui all'art. 710 c.p.c. è competente il Tribunale del luogo di residenza del minore», competenza che deve, del resto, affermarsi anche con riguardo ai giudizi *ex art.* 9 della l. n. 898/1970 e successive modificazioni, dal momento che le disposizioni finali di cui all'art. 4 della l. n. 54 prevedono l'applicabilità della nuova disciplina anche ai giudizi di scioglimento, cessazione degli effetti civili e nullità del matrimonio».

4. Il Tribunale di Perugia, investito della domanda, con propria ordinanza n. 8695/2018 del 17 ottobre 2018 accoglieva la richiesta di affidamento esclusivo del minore. In tema di competenza per territorio, non sollevando alcuna problematica in merito, lo stesso Tribunale evidentemente ritenendosi pienamente competente, dimostrava di condividere le argomentazioni sostenute dalla ricorrente e pertanto come, in caso di richiesta di modifica delle condizioni di divorzio inerenti il solo affidamento del minore, la competenza si radicasse nel Tribunale ove ha la residenza il minore.

Nulla statuiva in merito al profilo incidentale avente ad oggetto la morosità del padre (rimettendo, quindi, la parte interessata ad altre sedi, in social modo la sede esecutiva).

L'accoglimento della domanda di affidamento esclusivo del minore veniva così motivata ed argomentata: «l'affido condiviso ad entrambi i genitori separati è, nelle intenzioni del legislatore, criterio preferenziale da adottare in caso di disgregazione del nucleo familiare: la separazione, il venir meno della convivenza e la lacerazione della famiglia non possono mai comportare il venir meno del rapporto parentale, permanendo inalterato in capo ai minori il diritto a mantenere un rapporto continuato e continuativo con ciascuno dei genitori e con gli ascendenti⁽⁴⁾ e parenti di

⁽⁴⁾ Il 1° comma dell'art. 709-ter c.p.c. si occupa di stabilire il giudice competente e, viene espressamente prevista la competenza del Tribunale in composizione collegiale del luogo di residenza del minore, per i procedimenti che vengono proposti in via autonoma nelle forme del procedimento di modifica dei provvedimenti relativi alla separazione (art. 710 c.p.c.). Più criptica appare la norma, invece, quando si riferisce a procedimenti proposti in via incidentale. In tal caso sarà competente il giudice del procedimento in corso non essendo chiaro, però, se per tale debba intendersi il giudice istruttore o il collegio. La soluzione che appare preferibile è quella di individuare la competenza sempre nel giudice istruttore in

ciascuno. Ciò non di meno il reale contenuto dell'affidamento condiviso si sostanzia nell'esercizio effettivamente congiunto della potestà genitoriale, ossia nella necessità che entrambi i genitori, seppur non più coabitanti e pur nel cessare del rapporto di coppia, continuino a "gestire" congiuntamente il ruolo genitoriale, seguendo la vita dei figli sotto ogni aspetto e concordando un progetto educativo. L'affido esclusivo ad uno solo dei genitori, in deroga al regime ordinario, può essere previsto quando appaia comprovata la incapacità dell'altro genitore di assicurare tutte le responsabilità derivanti dal proprio ruolo, che può anche essere resa manifesta da un conclamato disinteresse nei confronti del minore. Nel caso odierno, è ampiamente emerso in sede di udienza che – sebbene la madre vedrebbe con sincero favore un ipotetico recupero del rapporto padre-figlio – [Tizio] non è in grado di assumere un impegno concreto alla ripresa dei contatti e delle frequentazioni con il figlio. In particolare, il resistente – a ciò sollecitato dal giudice relatore – pur dichiarandosi in astratto disponibile, non ha articolato proposte concrete in ordine al graduale riavvicinamento al figlio ed ha anche riferito di avere una serie di problemi logistici (connessi a ragioni economiche), nel recarsi a Perugia [...] per incontrare il figlio. Né è contestato che egli, da quando è intervenuta la sentenza di divorzio, abbia cercato il figlio una sola volta al telefono e si sia completamente disinteressato della sua vita, delle sue condizioni di salute, dei suoi impegni. Tanto palesa, ad avviso del collegio, una sostanziale incapacità genitoriale di [...] nei confronti del figlio, rendendo conforme all'interesse di quest'ultimo il suo affidamento esclusivo alla madre, che eserciterà in via esclusiva – come di fatto accade da anni – la responsabilità genitoriale per tutte le questioni attinenti il figlio, anche se di maggior rilevanza [...] dispone l'affido esclusivo a [Caia] del figlio minore».

5. Il Tribunale perugino pertanto, dopo aver implicitamente affermato la competenza territoriale del foro di residenza del minore, allorquando

quanto, tale scelta, certamente potrebbe assicurare quantomeno la tempestività della tutela (G. FANELLI, *Brevi note su misure coercitive e art. 709-ter c.p.c.*, in *judicium.it*).

la modifica delle condizioni di divorzio investe unicamente questioni attinenti l'affidamento del medesimo, ha ripercorso brillantemente i tratti distintivi tra l'affido condiviso e l'affido esclusivo⁽⁵⁾ giungendo, nel caso concreto, ad accogliere il ricorso introduttivo, disponendo l'affido esclusivo.

È giunto a tale conclusione avendo come punto di riferimento esclusivamente il preminente interesse del minore che, nella maggior parte dei casi, coincide con l'affido condiviso ma, in certi altri (come quello oggetto del presente contributo), con l'affido esclusivo.

Per tutti gli operatori del settore (e non solo per gli operatori del diritto in senso lato), infatti, la “stella polare” che deve necessariamente guidare ed illuminare il proprio operato è il perseguimento del superiore interesse del minore il quale, già per il solo fatto della crisi familiare (che ha portato

⁽⁵⁾ Su cui ampia dottrina: cfr., *ex multis*, W. GIACARDI, *L'affidamento esclusivo dei minori*, in *altalex.it*; J. BLANDINI, G. BUFFONE, *Modifica delle condizioni di separazione e competenza territoriale: no all'applicazione dell'art. 20 c.p.c.*, in *ilcaso.it*; M.V. BELLO, *Affidamento condiviso e interesse del minore*, 2012, Lateran University Press; G. FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008; C. IRTI, *Affidamento condiviso e casa familiare. Prole e abitazione dopo la disgregazione*, Napoli, 2010; F. BARTOLINI, R. PASTORE, *I nuovi procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso: guida alle procedure dopo le riforme*, Piacenza, 2006; S. PATTI, L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006; L. NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio. Dall'affidamento esclusivo all'affidamento condiviso. Esperienze pregresse e novità legislative*, Torino, 2006; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. dir. it. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, IV, Padova, 1992; A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014; A. CORDIANO, *Danno non patrimoniale per violazione dei doveri genitoriali*, in *Familia*, 2006, p. 592 ss.; S. POLIDORI, *Affidamento dei figli minori in seguito alla crisi, diritto all'ascolto, responsabilità genitoriale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 792; A. ARCERI, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 704 ss.; G. GIACOBBE, *Affidamento condiviso e esclusivo*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, 2^a ed., I, *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Milano, 2011; A. PALAZZO, *La filiazione*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013; L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affido condiviso*, in *Familia*, 2006, p. 655 ss.; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006; N. FAZIO, *L'affido condiviso*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 273 ss.; G. GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in *AA.VV.*, *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2015; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, II, p. 676 ss.; M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Torino, 2008; F. RUSCELLO, *Affidamento “condiviso”, “collocazione abitativa” del figlio e dovere di “cura” dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 147 ss.; G. CASABURI, *Dall'affidamento congiunto all'affidamento condiviso*, in *Foro it.*, 2006, I, 5, c. 1406 ss.

alla disgregazione del nucleo familiare con la separazione dei genitori e/o il divorzio), ha subito un notevole contraccolpo psicologico che si deve cercare, appunto, di ridurre quanto più possibile (con la consapevolezza che l'eliminazione totale non è possibile) con tutti gli strumenti che l'ordinamento offre.