

AFFIDO CONDIVISO

Il ricorso alla formula dell'affido congiunto del minore ad entrambi i genitori in caso di separazione o di divorzio è conforme alle novità normative apportate dalla legge n. 54/2006. In base alla modifica dell'art. 155 c.c., introdotta con la citata legge, viene stabilito che il Giudice scelga in via prioritaria l'affidamento condiviso, pur rimanendo comunque salva, in via residuale, anche la possibilità di concessione di affidamento esclusivo ad uno solo dei due genitori, se ciò si rendesse necessario tenuto conto dell'interesse del minore.

Pertanto viene, comunque, riaffermata la validità del principio, già affermato nella normativa previgente, per cui il criterio di riferimento per la decisione sul tipo di affidamento è quello dell'interesse del minore, interesse sia morale che materiale, come viene specificato. Tuttavia la riforma del 2006 sull'affido condiviso tuttavia non fornisce una disciplina compiuta dell'affidamento esclusivo che prima costituiva la regola. La legge n.54/06, entrata in vigore il 16/03/2006, rinnova completamente l'art. 155 c.c. e introduce gli artt. 155-bis fino al sexies. Oltre che del diritto sostanziale detta legge si occupa anche di alcune norme di diritto processuale, modificando l'art. 708 c.p.c. aggiungendovi un nuovo 4° comma ed introducendo l'art. 709-ter. Alcune questioni relative alla concreta applicazione della legge rimangono ancora aperte ed è lo stesso legislatore che demanda a dottrina e giurisprudenza di individuare una corretta via di interpretazione, lasciando spazio ad un ulteriore futuro rimaneggiamento della materia per apportare gli opportuni correttivi.

Intendo in questo breve articolo soffermarmi soltanto su alcune questioni di diritto sostanziale, lasciando da parte le problematiche sorte a seguito dello scarso coordinamento delle modifiche di diritto processuale con la normativa previgente.

Nell'ambito del diritto sostanziale la regola diventa ora quella dell'affido condiviso, mentre il sistema monogenitoriale di affidamento rimane un'ipotesi residuale, non espressamente

disciplinata, che lascia spazio ad un'applicazione non uniforme, ma affidata alla prassi di ogni singolo Tribunale.

Uno dei problemi aperti riguarda, insieme a quello dell'assegnazione della casa coniugale e a quello sugli assegni al figlio maggiorenne, la questione relativa all' esercizio della potestà genitoriale.

Nell'affido condiviso la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Bisogna precisare che la titolarità della potestà genitoriale in capo al coniuge non affidatario non veniva messa in discussione nemmeno prima della recente riforma; ciò che cambia è che essa ora può essere esercitata anche da entrambi i genitori.

In tema di separazione dei genitori il riformato art.155 c.c. rubricato come prima "Provvedimenti riguardo ai figli", stabilisce che il Giudice determini i "tempi e le modalità della presenza di ciascun genitore" prendendo atto degli accordi, solitamente esposti nel ricorso, già intervenuti tra i genitori, tenendo sempre in primaria considerazione l'interesse dei figli.

È interessante vedere come, in concreto, possa essere realizzato un affido condiviso, poiché una delle maggiori difficoltà della nuova normativa è proprio quella dell'applicazione concreta di quanto astrattamente previsto, come i più scettici non hanno mancato di evidenziare.

La regolamentazione della vita quotidiana dei figli indicata dai coniugi e stabilita dal giudice, pur talora simile al sistema precedente nelle concrete ripartizioni temporali, deve essere ora predisposta nel rispetto del diritto dei figli; diritto, sancito dalla norma oggi in vigore, di mantenere con ciascuno dei genitori un rapporto il più possibile equilibrato e continuativo e di ricevere da entrambi cure, educazione e istruzione. Se nella fattispecie poco cambia nella suddivisione del tempo che i figli dovranno passare con ciascun genitore, si pone tuttavia una maggior attenzione ad una più equa ripartizione temporale, senza sbilanciamenti a favore dell'uno o dell'altro coniuge. La ratio della norma è volta a dare un diverso rilievo al rapporto genitori-figli. La mancanza di convivenza resta in ogni

caso un forte limite al pieno soddisfacimento dell'interesse del minore, il quale sarà comunque costretto a subire un grave disagio, con possibili conseguenze in ordine al suo sviluppo psico-fisico, tanto maggiore quanto minore è l'età del figlio.

Nonostante il necessario scioglimento del rapporto di coppia come coniugi, la normativa attuale evidenzia come ciascun coniuge abbia una responsabilità volta al rispetto della continuità della crescita dei propri figli, ciascuno nel proprio ruolo di genitore, pur vivendo in case separate.

Possibilmente anche le nuove abitazioni dovrebbero essere abbastanza vicine e nello stesso Comune per evitare di sradicare i figli dall'ambiente in cui fino ad allora sono vissuti.

L'art.155 c.c. riformato indica il contenuto della potestà genitoriale, che ora può essere esercitata pienamente da entrambi, essa si sostanzia in:

- 1) decisioni di maggiore interesse per i figli
- 2) decisioni su questioni di ordinaria amministrazione.

Le prime devono essere assunte sempre di comune accordo tra i genitori in base ai parametri fissati dall'art. 147 c.c.: capacità, inclinazioni naturali e aspirazione dei figli. Nell'ipotesi in cui non sia sanabile l'eventuale disaccordo insorto tra i genitori, la questione dovrà essere rimessa al Giudice, che deciderà con un provvedimento espresso.

Anche le decisioni del secondo tipo, di ordinaria amministrazione, di regola andranno assunte da entrambi, in casi eccezionali tuttavia, quando il Giudice lo ritenga opportuno - sempre nel primario interesse dei figli - può stabilire con un provvedimento espresso che esse siano assunte da uno solo dei genitori, disponendo un esercizio separato della potestà limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione.

Il legislatore non specifica esattamente quali siano le decisioni di maggior interesse relative all'istruzione, educazione e salute dei figli. È probabile che si formerà una prassi nonché si dovrà tener conto anche dell'esperienza già maturata. Anche la previgente normativa, infatti, prevedeva che tali decisioni fossero adottate da entrambi i coniugi,

sebbene, di fatto, ciò non sempre si verificava, poiché comunque l'esercizio della potestà veniva affidato in modo esclusivo solo ad uno dei genitori.

Il nuovo art.155 aggiunge, rispetto alla formulazione precedente, che le decisioni di maggior interesse riguardanti il figlio debbano essere prese proprio partendo dalla personalità stessa del minore (capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni). In questo modo viene confermata la centralità del figlio come soggetto del rapporto con i genitori (cfr. punto 8.14 Carta europea dei Diritti del Fanciullo).

Tuttavia persistono alcune ipotesi in cui rimane labile il confine tra ordinaria amministrazione e decisioni di maggior interesse, definizione di per sé ambigua e fonte di incertezze interpretative, rimanendo una formula aperta, che nei singoli casi assumerà un contenuto concreto.

Mentre in base alla previgente disciplina il genitore non affidatario aveva solo un potere di controllo sui figli, ora entrambi i genitori non solo hanno la titolarità, ma anche l'esercizio della potestà che si scinde in due tipi di decisioni.

In tal modo, viene promossa una compartecipazione al processo decisionale che vale anche nel caso di affidamento esclusivo, almeno secondo le prime interpretazioni della legge. La riforma vuole introdurre il principio di bigenitorialità, di conseguenza la partecipazione alle questioni di maggiore importanza deve essere condivisa, indipendentemente dal regime di affidamento, condiviso od esclusivo. Il Giudice avrà poi la possibilità di graduare l'esercizio della potestà.

Rispetto al sistema precedente in cui di fatto il coniuge non affidatario risultava spesso escluso dalle scelte più importanti relative ai figli, l'attuale normativa è chiara nella doverosità del coinvolgimento di entrambi i genitori nelle questioni più importanti riguardanti la vita dei figli.

Bisogna sottolineare come cambi completamente la prospettiva adottata dal legislatore: già con la riforma del Diritto di famiglia del 1975 era stato introdotto il riferimento all'interesse morale e materiale della prole, a prescindere da eventuali attribuzioni di colpa in merito alla separazione, tuttavia dalle parole usate nell'articolo 155 c.c. si deduce che il legislatore continui ad incentrare la titolarità dei diritti sui coniugi.

L'affidamento dei figli veniva visto come una delle modalità della separazione che aveva per soggetti i due coniugi, i quali ad un certo momento avevano deciso di separarsi spartendosi tutto quello che avevano avuto in comune, compresi i figli.

Ora invece la prospettiva è diversa: infatti nell'art. 155 c.c. non si parla più dei coniugi, soggetti della separazione, ma di due genitori, che, fatte le proprie scelte di vita, devono rispettare i diritti dei figli. È il figlio ad avere il diritto ad avere due genitori - il c.d. principio della bigenitorialità – ed è questo principio, che vede come soggetto il figlio, che deve essere rispettato.

A tal fine il legislatore ha ritenuto necessario disciplinare i rapporti che ciascun genitore avrà con i figli in seguito alla separazione, mediante una nuova formulazione dell'art. 155 c.c. Nel momento in cui due persone hanno deciso di separarsi, se, da un lato viene meno il ruolo di coniuge, non può, tuttavia, ammettersi che venga meno anche il proprio ruolo di genitore, sebbene la mancanza di convivenza in comune tra i genitori e il figlio limiti di fatto la possibilità di un corretto esercizio della propria funzione genitoriale.

I figli, dunque, con la recente riforma, vengono finalmente considerati dal legislatore non più "oggetto" bensì "soggetto" di diritti. Nella sua nuova formulazione dell'art.155 costituisce una delle norme di recente introduzione che attuano anche in Italia questa importante evoluzione del pensiero giuridico già in precedenza acquisita dal Diritto internazionale.

Il legislatore italiano ha dimostrato dunque di aver recepito quei principi e quei diritti riconosciuti ai "fanciulli" già sanciti a livello internazionale, dapprima con la "Dichiarazione

dei diritti del fanciullo” (Convenzione di New York del 1989, resa esecutiva in Italia con la legge n. 176/91) e poi a livello europeo, con la “Carta europea dei diritti del fanciullo” del 1992 e successivamente con la “Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei bambini” del 1996. Quest’ultima prevede, fra l’altro, l’audizione del minore nelle controversie che possano in qualche modo riguardarlo (punto 8.14), possibilità ora introdotta nel nostro sistema dal novellato art.155-sexies.

Nella Convenzione di New York si afferma proprio il principio della bigenitorialità, inteso quale diritto del figlio ad un rapporto completo e stabile non con uno, ma con entrambi i genitori, anche nel caso in cui la famiglia attraversi una fase patologica, come è quella della separazione. L’art. 9, al terzo comma afferma, infatti, il diritto del fanciullo “separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all’interesse preminente del fanciullo”.

All’art. 18 della stessa convenzione, inoltre, viene richiamata la comune responsabilità dei genitori in ordine all’educazione e a provvedere entrambi al suo sviluppo.

Anche nella “Carta Europea dei Diritti del fanciullo” al punto 8.13 viene ribadito che, “in caso di separazione di fatto, separazione legale, divorzio dei genitori o nullità del matrimonio, il fanciullo ha il diritto di mantenere contatti diretti e permanenti con i due genitori, i quali hanno gli stessi obblighi”, inoltre, si fa riferimento alla comune responsabilità dei genitori nell’educazione e nella crescita del figlio (punto n.8.11).

Vorrei fare ora una valutazione conclusiva in ordine all’introduzione della normativa dell’affidamento condiviso. Il legislatore, adeguandosi alle istanze europee e uniformandosi ad una ormai affermata codificazione sovranazionale in tema di diritti dei fanciulli, ha introdotto la regola dell’affidamento condiviso, la quale a molti sembra una regola di compromesso, ma dalla difficile applicazione pratica.

Solo col tempo potremo capire se ciò che viene astrattamente previsto possa rispondere o meno alle esigenze, da un lato di maggior coinvolgimento nella vita dei propri figli, rivendicate in precedenza dai genitori non affidatari, ma soprattutto alle esigenze, rivendicate dai figli stessi, di continuare ad avere una famiglia ancora unita, sebbene non più convivente.

A questo proposito è interessante l'affermazione del Tribunale per i minorenni di Milano (sent. del 20/06/2006), secondo il quale non è “di per sé ostativa all'affidamento del figlio ad entrambi i genitori la mancanza di spirito collaborativo e difficoltà di comunicazione tra gli stessi. Non è cioè, la presenza del conflitto in sé che impedisce di adottare la soluzione dell'affidamento condiviso.” A fronte di tale considerazione, in linea con la ratio della norma, ciò che bisognerà valutare sarà se sia “percorribile la via della corresponsabilizzazione dei genitori e dell'assunzione da parte loro, di un compito genitoriale pieno, e quindi condiviso”. Queste considerazioni vanno sempre rapportate alla prospettiva in base alla quale si tiene principalmente conto dell'interesse primario del figlio, interesse che non rimane più, come prima, solo un concetto generico, ma che si concreta, in base al nuovo art. 155 c.c., in un diritto del figlio a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

I genitori, dunque, indipendentemente dai motivi personali di conflitto tra loro, nel proprio rapporto con i figli devono rendersi disponibili a mettere al centro delle loro preoccupazioni l'interesse dei figli e, qualora fosse necessario, dovranno rendersi disponibili anche ad accettare l'intervento di terzi mediatori, come espressamente previsto dalla legge.

Importante è dunque il ruolo dell'avvocato, a cui si rivolgono i coniugi che intendono separarsi. Infatti, egli dovrà aiutarli a capire cosa comporti l'affido condiviso e renderli consapevoli che, in conformità alla nuova disciplina, saranno chiamati ad andare al di là della propria situazione conflittuale, che rende impossibile un'ulteriore convivenza, mantenendo il proprio ruolo genitoriale, che non dovrà venire meno, nonostante il cambiamento intervenuto nei loro rapporti.

È necessario che l'avvocato trasmetta ai coniugi il concetto di bigenitorialità e quello di interesse del minore.

Soprattutto quando i figli sono piccoli, al fine di non comprometterne la preesistente situazione di equilibrio nella crescita fisica e psicologica si dovranno richiamare i genitori all'importanza della loro presenza nel rapporto con i figli, il più possibile su un piano paritario, senza che uno dei due possa risultare sminuito nel proprio ruolo di padre o di madre.

Di certo non basterà questa legge a risolvere tutte le difficoltà della complessa situazione che si viene a creare nelle famiglie in caso di separazione dei coniugi-genitori, né con una legge generale e astratta si riuscirà a regolare al meglio le complicate che possono esserci nei casi particolari e concreti, soprattutto in una materia delicata come questa, che riguarda le persone negli aspetti più intimi ed esistenziali.

Tuttavia avere dato soggettività di diritti ai minori, cambiato angolo visuale e reso preminente l'interesse dei figli sulle esigenze dei coniugi si pongono nella prospettiva di un cambiamento che da normativo si auspica possa tradursi, un po' alla volta, anche sul piano reale, quando lo spirito della norma sarà assimilato dagli operatori del diritto e soprattutto da coloro a cui la nuova disciplina è rivolta: i genitori.

Avv. Giulia Drioli