

Riflessioni ed esperienze¹

Propongo 2 riflessioni e alcune esperienze.

La riflessione da cui inizio e' di teoria generale del diritto perche' corrette impostazioni teoriche sostengono e rafforzano il nostro quotidiano lavoro di "artigiane del diritto".

Inizio quindi con il ricordare che il principio di bigenitorialita' nasce da un'idea di condivisione di responsabilita' genitoriali per madri e padri in una linea comune con i principi di parita' all'interno della coppia del diritto di famiglia post 1975.

Quando fu emanata la riforma ero all'Universita' e fu una conquista del pensiero costituzionale e della cultura e pratica politica delle donne considerare marito e moglie sullo stesso piano, passare dalla " patria potestà" alla " potestà genitoriale".

Una linea di responsabilizzazione dei due genitori che si e' poi tradotta in un'altra serie di provvedimenti normativi, quali i congedi parentali di cui possono fruire padri e madri (confr. L. 53/2000).

La normativa ha quindi un accentuato valore programmatico, promozionale di un'evoluzione della cultura e del costume che consenta una condivisione della cura e dell'educazione dei figli.

Entrambi i genitori hanno diritto anzi il dovere (dovere e diritto ex art. 30 Cost.)

¹ relazione tenuta dall'avv. Maria Pia Lessi. Presidente Osservatorio sul Diritto di Famiglia, Sezione di Livorno, al convegno dal titolo Affidato Condiviso L. 54/2006: riflessioni ed esperienze a cinque anni dall'entrata in vigore. Livorno, 16 giugno 2011.

posizione giuridica soggettiva di vantaggio/svantaggio che si traduce in RESPONSABILITA'(Munus la chiama la Corte d'Appello di Roma nella sentenza del 19.11.2008).

Per questo motivo nelle consensuali che propongo ai clienti, madri o padri che siano, inserisco sempre una clausola ampia di visita e l'**impegno** per il genitore con cui i figli non vivono a prendersene cura nei tempi che andiamo a concordare.

A partire dalla neurolinguistica, oltre che dal dettato normativo, impegno quindi e NON DIRITTI o, peggio che mai, come ancora oggi si legge in alcuni atti "possibilita" o "facoltà" per il genitore non collocatario di "vedere e avere con se' il figlio....."

Nell'esperienza di tutti noi "non c'è limite alla generosità" e se entrambi i genitori lo desiderano c'è tempo e possibilità per essere presenti e partecipi ai momenti che per i figli sono significativi: penso ai colloqui con gli insegnanti, i saggi o gli incontri sportivi, il sostegno scolastico, i compleanni, etc.

Non appare, invece, rispondente, allo spirito della legge chi invece chiede un tempo "paritario" per poi lasciare i figli con i genitori o nuovi soggetti.

Possibilita', che significa che le responsabilita' di cura, educazione sono presenza del genitore collocatario (nella stragrande maggioranza dei casi, la madre) mentre l'altro genitore "puo'" tenerlo (sottointeso se e quando vuole) dopo gli impegni di lavoro, di relazione con le nuove figure affettive etc. etc.

La bigenitorialita' supera invece la scissione tra la responsabilita' del genitore e

del tempo libero.....

Devo dire che la parola “impegno” fa sempre sgranare gli occhi a madri e padri separandi che si rassicurano poi ascoltando il senso della normativa sulla centralita' dell'interesse dei minori.

Questa impostazione e' molto utile per correggere atteggiamenti che spesso scattano nel momento del conflitto coniugale, quando la scissione della coppia genitoriale, con le inevitabili tensioni, rancori e ferite, rischia di ricadere sui figli che vengono contesi come se l'ora in piu' o il pernottamento fosse un indiretto riconoscimento di valore o sanzione.

Essenziale quindi chiarire che il principio di bigenitorialita', peraltro riconosciuto oltre che dalla Costituzione agli artt. 3,2,29 e 30 sul dovere-diritto dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli, in testi normativi sovranazionali, quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 9 III co.) a Carta di Nizza (da art. 24 a art. 84 del Trattato Costituzionale Europeo) e' il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi.

Diritto del minore è stato autorevolmente affermato che si tratta di diritto della personalità ex art. 2 della Costituzione, quindi, a cui corrisponde un dovere del genitore a prestare cura, istruzione ed educazione sia in termini di tempo e dedizione personale che in termini di risorse economiche.

E' interessante per noi operatori ricordare il doppio parametro: tempo e risorse.

Ben si comprende la necessita' di richiamare questa corretta impostazione

dottrinale se si pensa che la bigenitorialità, nell'eccezione più diffusa e mediatica, è invece la spartizione del figlio tra i 2 genitori, con spirito misogino di controllo sul genitore "collocatario", nella stragrande maggioranza dei casi le madri dai cd. padri separati organizzati.

E la cosa più grave è la sponda che a queste istanze viene data dal Parlamento e mi riferisco al recente DL 957, nei cui confronti, consapevolmente l'avvocatura, si sta esprimendo molto criticamente.

AFFIDO CONDIVISO, quindi nell'accezione di "ripartire" tra i genitori la cura e i compiti educativi verso i figli.

Data quest'accezione dottrinale e teorica, passo a illustrare alcune esperienze giurisprudenziali che mi sembrano significative.

1- CRITERI DI APPLICAZIONE: IL PREGIUDIZIO DEL MINORE

Sui criteri di applicazione dell'affido condiviso segnalo invece, tra le altre Cass. 24526/2010 che richiamando le sentenze 16593/2008 e 26587/2009 ha affermato che la regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore, con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore. e ha accordato l'affidamento condiviso a 2 genitori che vivono distanti affermando che la distanza tra i luoghi di residenza

dei genitori può precludere la possibilità di un affidamento condiviso del minore solo quando si traduca in un comportamento, da parte di uno dei genitori, che escluda il genitore medesimo dal pari esercizio della potestà genitoriale, così da rendere non rispondente all'interesse del figlio l'adozione, nel caso concreto, del modello legale prioritario di affidamento.

Già da tempo è stato scisso il legame tra colpa della rottura del matrimonio e affidamento; la responsabilità della separazione non incide: un pessimo coniuge può essere un buon genitore (genitore quasi perfetto dice Bettelheim)

La sentenza appare interessante per l'ottica "finalistica" delle norme: i dati oggettivi di difficoltà di cura e anche l'ostilità della coppia genitoriale rilevano solo se sono tali da ripercuotersi negativamente sui figli e tali da divenire per loro pregiudizievoli, altrimenti prevale il diritto dei minori alla cura di entrambi i genitori, gestita e organizzata attraverso provvedimenti che individuino il mantenimento e la collocazione del minore stesso presso l'abitazione di uno dei due, qualora il giudice del merito ritenga tale collocazione meglio rispondente all'interesse del minore e alla migliore esplicazione delle modalità dell'affidamento condiviso, salvaguardati comunque, attraverso la previsione di adeguate modalità di visita e di incontri periodici, l'esercizio dell'affidamento condiviso anche da parte dell'altro genitore e il legame del minore con tale genitore.

Segnalo peraltro la Cass. 26587/2009 che ha confermato la sentenza 05.03.2008 della Corte d'Appello di Catanzaro in tema di affido esclusivo alla

madre sulla base di elementi altamente sintomatici della inidoneità paterna “ il comportamento del DI, già gravemente inadempiente all’obbligo di mantenimento dei figli, e’ altamente sintomatico della sua inidoneità “.... ad affrontare quelle maggiori responsabilità che un affidamento condiviso comporta anche a carico di quel genitore con il quale il figlio non stia stabilmente.... e determina concretamente una situazione di contrarietà all’interesse del minore ostativa per legge (art. 155 bis c.c. co. 1) ad un provvedimento di affidamento condiviso, “.. Non valendo ad offrire ai figli quell’ambiente familiare stabile e sereno a cui gli stessi hanno pure diritto”

2- MANTENIMENTO INDIRETTO

La Cass. 22502/2010, peraltro riprendendo principi già affermati tra gli altri da Cass. 18187/2006, Cass. 23411/2009 e Cass. 23630/2009, ribadisce il principio in base al quale, anche a seguito dell’introduzione dell’affidamento condiviso, la regola generale di contribuzione al mantenimento dei figli, in ipotesi di loro collocamento prevalente presso uno dei genitori, e’ costituita dalla corresponsione di un assegno periodico da porre a carico del genitore non collocatario (mantenimento indiretto) e afferma che la regola dell’affidamento condiviso ad entrambi i genitori, applicabile in forza del rinvio operato dall’art. 4 della L. 54\2006, implica che il Giudice disponga, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico, che, in caso di collocamento prevalente presso un genitore, va posto a carico del genitore non collocatario, prevedendone l’art. 155 c.c. la determinazione in relazione ai tempi di

permanenza del figlio presso ciascun genitore.

3- DOMICILIO PREVALENTE

Richiamo la Cass. 23411/2009 che ribadisce la distribuzione delle responsabilità genitoriali va individuata nel caso concreto come maggiormente corrispondente al benessere dei figli.

La parità formale dei genitori mortifica le esigenze dei più piccoli.

In questo senso la giurisprudenza continua nel 93% dei casi a individuare il domicilio prevalente (e estendere anche ai figli naturali le tutele di legge (80.000 l'anno, più del doppio di 10 anni fa.....)).

La giurisprudenza è consolidata nell'individuare una "collocazione" prevalente del figlio sia recependo gli accordi dei genitori nelle consensuali o nei divorzi congiunti, sia assumendo decisioni in caso di conflitto.

Mi sembra importante segnalare che l'86,3% delle separazioni e il 77,3% dei divorzi recepisce gli accordi tra i coniugi.

L'autonomia privata, a mio parere nel settore familiare, va rispettata e promossa ancora più che altrove, perché nessuno al mondo può essere più interessato alla crescita dei propri figli dei genitori, per quanto "non perfetti".

Sono i genitori quindi, supportati dai legali, a individuare la collocazione prevalente come strumento di gestione dei figli equilibrata per l'intero sistema-famiglia.

E infatti, appare evidente che il minore, specie in tenera età, abbia necessità di un preciso punto di riferimento logistico come base per la corretta crescita.

La stessa L. 54/2006 fa riferimento all'abitazione prevalente del minore per l'assegnazione della casa familiare.

Peraltro che l'esigenza di individuare il " domicilio" del minore sia comunemente avvertita, si desume anche dall'analisi della normativa che disciplina la materia nei principali paesi dell'Unione Europea.

Nella maggior parte degli stati membri (solo a titolo di esempio si citano Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi, Svezia, Spagna) e' previsto che in caso di separazione o divorzio permanga l'affidamento " congiunto" in capo a entrambi i genitori.

Tuttavia, quanto alla residenza del figlio, in mancanza di accordo dei genitori, decide il Giudice stabilendo, senza modificare l'affidamento condiviso, le modalita' di residenza. La previsione nel provvedimento giudiziale di una residenza prevalente del minore non riduce, quindi non diminuisce, i diritti del genitore " non collocatario".

La riflessione con cui concludo deriva dal confronto con alcuni nostri colleghi che oggi si occupano di diritto di famiglia e che provengono da coppie separate. Testimonianze, quindi, doppiamente qualificate, per l'autenticita' dei vissuti e la consapevolezza dei processi.

In questi casi, prima della normativa del 2006, i genitori consensualmente avevano operato la scelta di condivisione di tempi e risorse nella cura dei figli, anche se l'affido era esclusivo.

Ebbene, le ricostruzioni sono preziose per noi matrimonialiste:

1) dopo l'estate dei 15 anni mi hanno regalato insieme il motorino e a quel punto mi organizzavo autonomamente (a Livorno, città di mare, il rito di iniziazione di passaggio da fanciullezza a adolescenza e' la I estate con il motorino....)

2) non conoscevo gli aspetti economici

3) " ero io al centro della loro vita"

4) " principi piu' importanti per me sono stati l'amore e l'attenzione, qualcuno che ti vuole veramente bene per quello che sei"

Chiudo con un episodio proprio di questi giorni, con 2 figli appena maggiorenni comparsi in Camera di Consiglio con 2 genitori particolarmente conflittuali.

La ragazza testualmente ha risposto al Presidente che le chiedeva il punto di vista su una proposta economica: " ma vi sembra che se questi 2 si parlassero, noi saremmo qui?...."

Ho voluto concludere con questo richiamo alle caratteristiche e valori di Carla Palamidessi, la collega a cui è dedicata questa giornata e cioè la connessione forte con la vita delle persone che a noi si rivolgono come requisito di professionalità e qualità del servizio che siamo chiamate a offrire nei rispettivi ruoli e la capacità di connettere i diversi saperi e ruoli, magistrati, avvocati, psicologi, mediatori, operatori comunque nel settore del sostegno alle nostre famiglie.