

Riflessioni in tema di affidamento condiviso

La riforma del processo di separazione e divorzio, introdotta, dopo un lungo e tormentato iter parlamentare, dalla Legge 8/2/2006 N. 54, si propone tra i suoi obiettivi l'affidamento condiviso dei figli, dando così risalto al principio di responsabilizzazione dei genitori che trova nell'art. 147 c.c. la propria fonte normativa : l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Si osserva tuttavia che la corresponsabilità genitoriale è prima ancora che principio giuridico, norma comportamentale che dovrebbe permeare di sé l'unione matrimoniale dal momento della nascita dei figli e per tutta la loro crescita.

Spesso invece la crisi della coppia trova la propria genesi proprio nell'incapacità dei coniugi di trovare un punto di incontro tra stili di vita completamente diversi per convinzioni personali, educazione, opinioni politiche, religiose, sociali e gestione delle risorse economiche che inevitabilmente si riflettono sulle scelte educative da impartire ai figli, i quali a loro volta, crescendo, possono sviluppare una personalità in contrasto con le aspettative dei genitori ed avere necessità di vedere tutelate le loro inclinazioni ed attitudini.

Ed allora la sfida è proprio questa: trovare nella separazione quel rispetto reciproco, spesso già assente durante il matrimonio, che, solo, può condurre a scelte motivate e condivise riguardanti i figli; peraltro condivisione non significa necessariamente uniformità decisionale dei coniugi posto che ciascuno esprimerà il proprio pensiero, quanto piuttosto capacità di accettare la scelta che ciascun genitore opera e che appare quella più rispondente a tutelare le esigenze del minore.

A tal proposito si ricorda che secondo quanto previsto dall'art. 144 c.c. ciascuno dei coniugi durante il matrimonio e ciascun genitore, nell'ambito della separazione, ha un

potere di attuazione rispetto all'indirizzo concordato della vita familiare che si riflette nell'ambito della gestione quotidiana dei figli.

L'art. 155 c.c., così come novellato, prevede che anche in caso di separazione personale dei genitori i figli minori hanno diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Proprio quest'ultima previsione costituisce un'ulteriore novità, recependo l'orientamento giurisprudenziale formatosi da tempo sul punto, mettendo in risalto il fondamentale diritto del minore a mantenere rapporti significativi con i nonni e con i parenti di ciascun genitore, permettendo loro di svolgere una importante funzione di raccordo, purchè riescano a mantenersi neutri rispetto ai dissidi della separazione, senza fomentare ulteriori risentimenti nei confronti del genitore appartenente al diverso ramo familiare, onde evitare che si creino vere e proprie faide delle quali ancora una volta il minore sarà la vittima.

Trova piena attuazione il principio di bigenitorialità, già contemplato dalla Convenzione di New York del 20/11/1989, ratificata con L. 27/5/1991 N. 176, art. 9 comma III, che consente a ciascun genitore, anche quando la coppia si è disgregata, di continuare a svolgere il proprio compito educativo nei confronti dei figli con maturità e responsabilità.

Tuttavia proprio la quotidiana esperienza che magistrati ed avvocati si trovano ad affrontare nel corso di udienze spesso dai toni accesi e talora con risvolti drammatici, dimostra che spesso questa auspicabile ed idilliaca prospettiva è inesistente, soprattutto nelle prime fasi della separazione, quando le parti non hanno trovato un accordo e non hanno ancora metabolizzato le cause che hanno determinato il fallimento dell'unione : in tali casi vi è altissima conflittualità tra i coniugi, agita da

entrambi o da uno solo di essi, e la contesa avrà come oggetto proprio la gestione dei figli e le rivendicazioni economiche, talora strumentali rispetto alle questioni dell'affidamento.

Opportunamente pertanto il secondo comma dell'art. 155 c.c. prevede che il giudice della separazione adotti i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valuti prioritariamente la possibilità che i minori restino affidati ad entrambi i genitori, ma, ove ciò non sia possibile, stabilisca l'affidamento esclusivo che, pertanto, rimane come regime di affidamento alternativo al primo, ribadito e disciplinato anche nell'ambito dell'art. 155 bis c.c.

Occorre ancora sottolineare che l'affidamento condiviso presuppone comunque la collocazione del minore presso uno dei genitori che sarà, preferibilmente, quello del luogo ove si svolge la vita scolastica e di relazione del figlio o, in caso di bimbi in età prescolare, quello che meglio può soddisfare le loro esigenze.

Pertanto non vi è nessuna ripercussione sul piano economico in quanto il genitore collocatario, ancorché in regime di affidamento condiviso, avrà diritto di ottenere dall'altro il contributo al mantenimento del figlio.

La norma prevede ancora possibilità per il giudice di adottare modalità più flessibili di gestione dei figli, secondo le esigenze che esprimeranno i genitori, con riferimento ai tempi di permanenza presso ciascuno ed al correlativo obbligo di contribuzione.

Malgrado non vi sia più espressa previsione normativa in tal senso, si ritiene comunque che il giudice conservi il potere di affidare i minori a terzi (per esempio i nonni o i Servizi Sociali, con eventuale collocazione presso un genitore) in tutte quelle ipotesi in cui, avuto riguardo al preminente interesse del minore, appaiano inadeguati all'affidamento, anche temporaneamente, entrambi i genitori, soluzione che spesso anziché rivelarsi traumatica, consente di allentare la tensione tra i genitori

ed in particolare di spuntare le armi di quello più accanito e rivendicativo, qualunque sia il contesto sociale di riferimento.

Una recente pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Milano in data 6/10/2006 con esaustiva e del tutto condivisibile motivazione, commentando il nuovo testo dell'art. 155 c.c., ha sottolineato che *la mancanza di spirito collaborativo e la difficoltà di comunicazione tra i genitori non è di per sé ostativa all'affidamento del figlio ad entrambi quando risulti percorribile la via della corresponsabilizzazione dei genitori e l'assunzione da parte loro di un compito genitoriale pieno, e quindi condiviso, nell'interesse dei figli che hanno diritto di mantenere un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi i genitori e che si deve percorrere la strada dell'affidamento condiviso quando i genitori appaiano disponibili a porre davvero al centro delle loro preoccupazioni l'interesse dei propri figli, anche se il percorso possa essere lungo e faticoso ovvero si renda necessario l'intervento di terzi mediatori.*

Il Tribunale peraltro nel caso in esame riteneva non adottabile la modalità di affidamento condiviso rilevando che *i genitori non avevano raggiunto tale consapevolezza e che, pur manifestando un forte legame affettivo nei confronti del figlio non ne riuscivano a rispettare i bisogni e l'individualità, con grave danno psico-evolutivo per lo stesso e che non vi erano neppure i presupposti per avviare un percorso di mediazione familiare, necessitando piuttosto ciascun genitore di un percorso terapeutico individuale di aiuto per il rafforzamento delle rispettive capacità genitoriali.*

La soluzione adottata era quella dell'affidamento del minore all'ente territoriale con prevalente collocazione presso la madre ed atto comunque a garantire un'ampia regolamentazione di rapporti tra il figlio ed il padre, prevedendo altresì l'esercizio disgiunto della potestà da parte dei genitori con riferimento alle decisioni di ordinaria

amministrazione nei periodi di permanenza del figlio presso ciascuno e con l'ulteriore fine di evitare trasferimenti di residenza dei genitori nel successivo triennio.

Ribadisce la pronuncia in esame che l'affidamento del minore al Comune di residenza sia provvedimento che l'Autorità Giudiziaria possa adottare anche in applicazione dell'art. 155 c.c. riformato che prevede che il giudice pronunci i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

La vera novità della Riforma è comunque costituita non tanto dall'affidamento condiviso, che era già contemplato nel sistema previgente, seppure con la diversa espressione di affidamento congiunto, quanto piuttosto dal principio espresso dall'art. 155, III comma c.c. che prevede l'esercizio della potestà genitoriale piena in capo a ciascuno dei coniugi, a differenza di quanto accadeva nel pregresso, ove vigeva il principio opposto dell'esercizio esclusivo della potestà in capo al genitore affidatario. Pertanto anche nel caso di affidamento esclusivo ad uno dei genitori, la potestà continuerà ad essere esercitata da entrambi con particolare riferimento alle scelte di fondo del minore che riguarderanno principalmente l'orientamento scolastico prima e lavorativo poi, la socializzazione, le scelte sociali e religiose, il benessere fisico e psicologico.

Tuttavia ancora una volta l'art. 155, III c., c.c. prevede la possibilità per il giudice di stabilire l'esercizio della potestà genitoriale separatamente, e limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione riguardanti la vita quotidiana, per esempio suddividendo i compiti tra i genitori con riferimento alle attività scolastiche ed a quelle extrascolastiche.

Ci si chiede allora se, in casi di maggiore gravità, il giudice possa affidare ad uno solo dei genitori l'esercizio esclusivo della potestà, pensandosi ad una risposta affermativa

in tutte quelle ipotesi in cui secondo la previsione degli artt. 330 e 333 c.c. il Tribunale per i Minori può pronunciare la decadenza o la limitazione della potestà genitoriale, come per esempio per comportamenti di grave abuso verso il figlio, ipotesi di genitore con sofferenza psichiatrica, tossicodipendente o alcooldipendente, luoghi molto lontani di residenza, assenza di rapporti tra genitore e figlio ,ecc.) .

Mi piace poco e spero che troverà applicazione solo in ipotesi residuali il sistema sanzionatorio introdotto dall'art. 709 ter c.p.c., non potendosi ridurre i conflitti insorti tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento al rango di violazioni di carattere amministrativo, essendovi evidentemente un substrato non solo giuridico, ma anche emotivo del tutto diverso che richiederebbe la necessità di individuare la causa di detti comportamenti ed i mezzi per porvi rimedio.

Mi preoccupa inoltre l'uso distorto che potrebbe farsi di tale disciplina proprio da parte del genitore più "vendicativo" nei confronti dell'altro, soprattutto nei casi di limitazione della potestà e dell'affidamento e l'estrema difficoltà che avrà il giudice nell'individuare detti comportamenti o, nel caso di segnalazione obbiettiva, nel dirimere il conflitto.

Non credo infatti che l'applicazione di una pena pecuniaria potrà ritenersi soddisfacente , né che aiuterà a trovare una soluzione positiva, per cui ancora una volta sarà auspicabile intervenire con l'ausilio di esperti.

E' da ritenersi apprezzabile lo sforzo compiuto dal Legislatore nel cercare di tutelare i diritti di entrambi i genitori, anche sotto la spinta dei Movimenti che nel corso del tempo si sono formati per sostenere i diritti dei genitori non affidatari ed in particolare dei padri, ma ci si chiede come possa il Giudice, soprattutto nell'adottare i provvedimenti provvisori nell'ambito dell'udienza presidenziale, per loro natura particolarmente delicati in quanto disciplineranno nell'immediato l'affidamento dei

figli e le questioni economiche, nei casi di maggiore conflittualità e con poco tempo a disposizione, valutare questioni così complesse ed articolate, secondo il nuovo modello normativo, senza avere alcun altro supporto che le rispettive tesi difensive delle parti, essendo il grande assente del processo di separazione proprio il minore, il quale troverà voce solo in corso di causa e con la mediazione di esperti (psicologi, mediante espletamento di consulenza tecnica, Servizi Sociali, mediatori, questi ultimi scarsamente utilizzati dalle parti).

Sarebbe stato forse opportuno prevedere anche l'obbligo per le parti di allegare non solo la dichiarazione dei redditi, ma anche una relazione dei Servizi Sociali del comune luogo di residenza, atto a delineare le caratteristiche del nucleo familiare in oggetto ed il contesto di relazione in cui si svolge la vita del minore.

Appare perciò di tutta evidenza lo sforzo che debbono compiere quanti operano nel settore della famiglia e quindi Avvocati, Giudici, Esperti e Servizi Pubblici a conseguire la maggiore specializzazione nel settore, essendo chiamati tutti a formare il convincimento che porterà all'adozione di provvedimenti che incideranno profondamente sulla situazione del minore e sull'intero assetto familiare.

Mi piace sottolineare il compito al quale è chiamato lo stesso difensore che, in questo tipo di causa, peculiare per la natura degli interessi che ne sono oggetto, dovrà sforzarsi di assumere quel ruolo di terzietà che gli è imposto anche rispetto alla posizione del suo cliente, secondo l'orientamento espresso dalla stessa Suprema Corte, al fine di dare contributo determinante al raggiungimento di una soluzione soddisfacente con particolare riguardo alla gestione dei figli ed alle correlative statuizioni di carattere economico.

Sarà comunque sempre opportuno, anche nell'ambito della fase presidenziale, procedere all'audizione del minore, con l'ausilio di esperti, o richiedere informazioni ai Servizi Sociali od espletare C.T.U. ogniqualvolta appaia preferibile raccogliere

maggiori dati sul nucleo familiare in esame prima di adottare i provvedimenti riguardanti i figli.

Proprio la consulenza tecnica effettuata con l'ausilio di psicologi e/o psichiatri con esperienza sui minori, quando vi sia la collaborazione delle parti, consente spesso di smorzare i toni del conflitto, di aiutare i coniugi a compiere quel percorso di individuazione e superamento delle cause che hanno determinato la rottura, consentendo di adottare i provvedimenti più idonei nell'interesse dei minori e spesso consentendo di giungere a quel risultato che appariva utopico al momento dell'instaurazione del giudizio, e che è il migliore premio sia per i difensori che per il giudice, della trasformazione del rito in consensuale.

Dott. Daniela Veglia