

OSSERVAZIONI¹ SULLA NUOVA LEGGE

8 febbraio 2006, n. 54

“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso del figli”

a cura di Laura Gaiotti* e Monica Terzago**

La condivisione della genitorialità

L'affidamento condiviso, dopo un lungo iter parlamentare, è diventato legge dello Stato. Si tratta di una legge che focalizza *“il diritto del figlio a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore”*, nonostante l'intervenuta cessazione della vita in comune. Tale affidamento esprime una rinnovata sensibilità nei confronti del ruolo di entrambi i genitori e recepisce l'esigenza (fortemente sentita, soprattutto, ma non solo, da parte dei padri separati) che la normativa si adegui alle trasformazioni sociali in atto: oggi le madri lavorano fuori casa quanto i padri e non è più comune come un tempo l'idea di famiglia in cui i compiti di cura e quelli di sostentamento siano nettamente ripartiti tra i due genitori. Nella famiglia contemporanea, venuto meno un modello di rapporti basato sulla struttura gerarchica delle relazioni familiari, padri e madri sono coinvolti in una impegnativa ridefinizione dei ruoli e delle loro interazioni. All'interno di una divisione del lavoro familiare le attività di cura ed il rapporto con i figli non vengono più percepite come inadatte al ruolo paterno-maschile; la cultura della responsabilità nei confronti dei figli e le pratiche dei servizi, che, ad esempio, auspicano la presenza dei padri fin dalla sala parto, incoraggiano questa trasformazione. La riforma è dunque frutto di questa ricerca di piena condivisione delle responsabilità genitoriali anche dopo la divisione della coppia coniugale. Introduce, infatti, il principio cardine dell'*affidamento ad entrambi i genitori*, a cui fa eco la *potestà esercitata da entrambi i genitori*, in quanto modalità attraverso la quale si potrà attuare tale condivisione. *L'affidamento ad entrambi* ribalta la precedente concezione sull'affidamento dei figli: d'ora in avanti l'affido ad entrambi i genitori diventa la regola e l'affido ad un solo genitore l'eccezione che dovrà essere motivata nel caso in cui l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Il diritto del minore ad entrambi i genitori

La nuova legge modifica l'art. 155 del Codice Civile, riaffermando nel primo comma il principio introdotto nel nostro ordinamento dalla Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei minori (ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176) che prevede il diritto alla bigenitorialità.

Viene ribadito che la procedura della separazione (N.B.: ma vale anche per le coppie di fatto) deve essere orientata nell'esclusivo *“interesse morale e materiale”* della prole, e soprattutto focalizza *“il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore”* rispetto ai compiti di cura e alle funzioni educative, anche dopo la scissione e la separazione della coppia coniugale.

È importante notare che la legge ribadisce il diritto del minore e non i diritti dei genitori; questo comporta che il figlio sia riconosciuto innanzi tutto come destinatario di cura e al centro della responsabile attenzione dei suoi genitori, anziché conteso per affermare uguali diritti.

Problemi aperti dalla norma: Un interrogativo molto delicato riguarda la modalità d'attuazione di un affidamento che sia all'insegna di una condivisione non intesa come spartizione, ovvero come evitare che il giusto principio di un rapporto equilibrato e continuativo con ambedue i genitori, non rischi di tradursi in una sorta di doppio affidamento esclusivo, con ricadute problematiche nei confronti dei figli.

Sussiste, infatti, una rappresentazione comune, molto evidente nelle reazioni di questi giorni, distorta ma reale, secondo la quale al termine *“con-diviso”* viene attribuito il significato di *“sud-diviso”* con la conseguente aspettativa di ripartizione di uguali spazi e tempi di vita con i figli.

¹ Osservazioni che derivano dalla partecipazione alla giornata di studio del 20.03.06 organizzata dall'AIAF (Associazione Italiana Avvocati Familiaristi) sulla riforma dell'affidamento condiviso, nonché dal dibattito in riunione di coordinamento provinciale dei servizi di mediazione familiare il 21.3.06 e dal materiale apparso sul sito www.minoriefamiglia.it.

* Mediatrice familiare, referente del coordinamento dei servizi di mediazione familiare della Provincia di Torino

** Assistente sociale della Provincia di Torino, distaccata presso la VII sez. civile - separazioni e divorzi del Tribunale di Torino

Il diritto del minore alla famiglia d'origine

La riforma, poi, amplia il diritto del minore alla conservazione “*di rapporti significativi anche con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*” ovvero la famiglia di origine sia paterna che materna.

Problemi aperti dalla norma: tale enunciazione di principio, pur condivisibile, rimane però tale in quanto sotto il profilo processuale non viene chiarita, infatti né i nonni né i parenti sono legittimati ad agire direttamente nel processo di separazione, di cui non sono parti in causa.

L'interpretazione attuale è quindi che essi possano essere sentiti in udienza in caso di richiesta delle parti, e sempre su richiesta delle parti in causa (i genitori) il giudice possa emettere provvedimenti che favoriscano i rapporti del minore con i parenti di cui sopra.

L'affidamento ad entrambi i genitori come modalità prioritaria di affidamento dei figli

Il principio cardine della riforma (art. 155 c.c., comma 2) sta nel fatto che il giudice deve valutare in via prioritaria la possibilità per i figli di restare affidati ad entrambi i genitori, senza la necessità di un affidamento esclusivo all'uno o all'altro: ovvero la forma più comune di affidamento sarà ad entrambi i genitori.

Attenzione: la legge non dice che ai genitori vanno garantiti uguali tempi di permanenza con i figli; condivisione non significa applicare l'affidamento alternato, (giorni o settimane alterne presso ciascun genitore) questo non è il significato della modifica legislativa, la quale non parla di “affidamento alternato” (che pure è già previsto nella legislazione ed è uno dei criteri che i genitori possono continuare a prevedere, in particolare laddove sussiste una impostazione di ritmo familiare di questo tipo ad es. genitori che lavorano facendo turni) o di suddivisione dei figli. Nella percezione comune - mediata come sempre dai mezzi di informazione - l'interpretazione appare proprio questa, e gli studi degli avvocati si dicono sommersi da richieste di modifica in questi termini. Giudici e avvocati esperti nella materia, invece, sanno bene che l'eccessivo pendolarismo tra i due genitori costituisce un serio problema per i bambini.

Il giudice quindi potrà “*affidare il figlio ad entrambi i genitori*” stabilendo presso quale dei due manterrà la sua residenza prioritaria e i tempi e le modalità di rapporto con l'altro genitore.

(Per inciso: se in Italia, dove finora si è praticato l'affidamento esclusivo, l'83% dei figli risiede con la madre, in Francia, dove fin dal 1993 l'affidamento congiunto è la modalità standard, l'85% dei figli risiede con la madre).

N.B.: il giudice ha comunque ancora a disposizione l'alternativa dell'affidamento ad un solo genitore.

L'affidamento esclusivo ad uno dei genitori

Il giudice potrà *disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori*, tramite un provvedimento motivato che *l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore* (art. 155 bis).

La legge prevede anche che ciascuno dei genitori possa *in qualsiasi momento* richiedere l'affidamento esclusivo del figlio quando l'affidamento condiviso *sia contrario all'interesse del minore*.

Se il giudice condivide le motivazioni portate con tale domanda può disporre l'affidamento esclusivo del figlio ad un solo genitore, e lo fa con un provvedimento motivato – in sede presidenziale o istruttoria. La causa escludente dall'affidamento non va individuata nella relazione tra i genitori (non è sufficiente la conflittualità della coppia) bensì nel rapporto tra il figlio ed il genitore ritenuto inadatto. Questioni escludenti dall'affidamento potranno essere riconducibili ad es. a problemi personali gravi di disagio psichico, tossicodipendenza, maltrattamento, abbandono...; non di per se stesse ma sempre riferite al singolo caso specifico. Abitare lontano, in un'altra città, non necessariamente sarà fattore escludente. Come sempre il giudice dovrà valutare caso per caso, e diventa sempre più importante che i ricorsi siano molto dettagliati e concreti sulla effettiva organizzazione della vita dei figli.

Se però il giudice riterrà infondata la richiesta di modifica di affido condiviso, ciò potrà produrre conseguenze per il genitore che ha proposto l'istanza, sia nel senso di diversi provvedimenti *nell'interesse dei figli*, sia nella possibilità di applicare l'art. 96 c.p.c. (risarcimento dei danni).

Problemi aperti dalla norma: il prevedibile inasprimento della conflittualità; il genitore “escluso” dall'affidamento viene in qualche modo stigmatizzato socialmente....

La potestà è esercitata da entrambi i genitori

Un altro principio fondamentale riguarda l'esercizio della potestà, che continua ad essere in capo a entrambi i genitori anche dopo la separazione (art. 155, comma 4, prima parte).

In precedenza l'esercizio della potestà era ripartito tra il genitore affidatario (che ne aveva la pienezza) e il genitore non affidatario (che manteneva principalmente poteri di controllo). Ora la legge stabilisce che *le decisioni di maggior interesse per i figli, relative a istruzione, educazione, salute, sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, inclinazione naturale, aspirazioni dei figli.*

Ciascuno dei genitori mantiene quindi il pieno esercizio della potestà e della funzione genitoriale, sia pure condizionato dalla necessaria condivisione educativa: questo però comporta che i genitori siano in grado di assumere nei confronti dei figli posizioni il più possibile convergenti anche dopo la separazione. In caso di disaccordo si ricorre al giudice.

La riforma prevede anche in materia di esercizio della potestà una “valvola di sfogo” alla conflittualità, costituita dalla possibilità per il giudice di prevedere che la potestà relativamente all'ordinaria amministrazione, cioè alla vita quotidiana, sia esercitata separatamente (art. 155, comma 3, seconda parte).

Considerato che le decisioni di maggiore interesse devono essere sempre necessariamente concordate tra i genitori (perché sono connesse alla titolarità della potestà), la riforma prevede che il giudice possa distribuire per compiti differenti o limitare l' esercizio della potestà.

Problemi aperti dalla norma: non è poi così chiaro il confine tra le questioni di “ordinaria” e straordinaria amministrazione nell'esercizio della potestà genitoriale. È facilmente prevedibile l'aumento dei ricorsi al giudice (di cui viene enfatizzata la funzione prescrittiva), anche successivamente alla separazione.

Il mantenimento dei figli

“Ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito” (art. 155 c.c., comma 4), norma che il giudice è chiamato ad attuare dando indicazioni sulla misura e sulle modalità di contribuzione e stabilendo anche, ove necessario, “*un assegno periodico per realizzare il principio di proporzionalità*”.

Dunque al giudice spetterà di “valutare” se l'affidamento ad entrambi i genitori è funzionale, “determinare” il collocamento del minore e poi “fissare” le modalità di contribuzione.

La legge impone di considerare parametri quali: il diritto del figlio di mantenere il precedente tenore di vita, i tempi di permanenza del figlio presso i rispettivi genitori, la “*valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore*”. Il giudice può far accertare dalla polizia tributaria le questioni patrimoniali dove ciò appaia necessario.

Problemi aperti dalla norma: il giudice dovrebbe avere fin dall'inizio un quadro chiarissimo ed attendibile della situazione anche patrimoniale dei coniugi; gli accertamenti tributari che vengono previsti prevedono la possibilità di svolgere indagini anche su beni e redditi intestati a terzi (parenti o eventuali soci in affari, che risultino intestatari fittizi di beni dell'obbligato); terzi che però non essendo parte in causa non verrebbero neppure a saperlo (!): non sembra così praticabile questa previsione della legge. In sostanza, il giudice dovrà stabilire anzitutto la permanenza prevalente del minore, e solo sulla base di questa potrà poi determinare il mantenimento e l'assegno periodico.

Attenzione: riguardo ai figli maggiorenni non ancora indipendenti la legge prevede (art. 155 *quinquies*) che salvo diversa determinazione del giudice il contributo di mantenimento sia loro versato direttamente dal genitore che ne è tenuto.

Problemi aperti dalla norma: è facilmente immaginabile la problematicità di tale situazione, non solo rispetto ai rapporti tra il figlio ed il genitore convivente, ma anche rispetto alle conseguenze legali: sarà infatti il figlio stesso legittimato, in quanto avente diritto, ad intentare eventualmente causa legale contro il genitore inadempiente (mentre finora era il genitore affidatario).

A parere degli esperti, questo è uno dei punti della legge più contestati, che si prevede possa ampliare ulteriormente la conflittualità post-separativa, coinvolgendo anche in prima persona i figli nel conflitto legale.

L'assegnazione della casa

L'art. 155 *quater* non cambia il presupposto dell'assegnazione della casa coniugale, costituito prioritariamente dall'interesse dei figli minori. Poiché tale assegnazione della casa ha un ruolo sempre più primario, viste le attuali difficoltà economiche della maggior parte delle famiglie, vengono introdotti dei correttivi, anche pesanti, alla normativa precedente. Anzitutto viene prescritto – ma era già prassi nel Tribunale di Torino – che il giudice ne tenga conto nella regolazione dei rapporti economici; ma la principale innovazione della legge è di sancire che il diritto al godimento della casa familiare viene meno sia quando l'assegnatario cessi di abitare stabilmente nella casa familiare, sia quando “conviva more uxorio o contragga un altro matrimonio”.

Inoltre, se un genitore si trasferisce lontano, e ciò interferisce con la possibilità di attuare l'affido condiviso, potranno essere richieste modifiche anche sul piano economico.

Problemi aperti dalla norma: qui si evidenziano chiaramente le due anime della legge, quella che vuol garantire i figli e quella volta a proteggere interessi prevalentemente economici dei genitori; non è chiaro cosa accada ai figli ancora minorenni nella cessazione del diritto alla casa del genitore con cui hanno fino allora convissuto. Chiaramente questa è una delle statuizioni maggiormente contestate della nuova legge.

L'ascolto del minore

La Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei minori, ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, prevede all'art.12 che il minore ha diritto di esprimere la sua opinione e di essere ascoltato nelle procedure che lo riguardano.

Già la legge sull'adozione prevede espressamente che nel corso delle procedure di adozione il minore debba essere ascoltato obbligatoriamente dal giudice minorile quando ha superato i 12 anni e possa essere ascoltato anche quando di età inferiore, purché capace di discernimento.

Ora la riforma in materia di affidamento dei figli in sede di separazione e divorzio stabilisce, all'art. 155 *sexies*, che prima dell'emanazione dei provvedimenti -anche presidenziali- *“il giudice dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”*.

Disporre l'audizione del minore non significa che tale ascolto debba essere fatto direttamente dal giudice, potendo farlo effettuare da terzi competenti (gli ausiliari del giudice: servizi sociali, psicologi, CTU). Inoltre per l'alto numero di procedimenti, i giudici del Tribunale di Torino ritengono di applicare questa norma solo nei casi di contrasto tra i genitori nella rappresentazione dell'interesse del minore stesso.

Problemi aperti dalla norma: non sembra assolutamente opportuno far slittare ancora i tempi già lunghi della decisione presidenziale, la prima a stabilire un po' d'ordine nelle separazioni conflittuali; per questo il presidente ritiene di dover comunque emanare al più presto i provvedimenti provvisori, disponendo in essi gli accertamenti che già riterrà utili, la cui valutazione sarà demandata alla successiva fase istruttoria.

L'ascolto del minore codifica in qualche modo l'obbligatorio coinvolgimento del figlio nelle vicende processuali dei genitori; questo non potrà comunque significare che il minore debba o possa scegliere il genitore con cui vivere, in quanto è meglio per lui che non scelga! Gli operatori del diritto non possiedono competenze specifiche sull'ascolto dei minori, né è prevista una formazione in tal senso. È facilmente prevedibile che aumenteranno le richieste ai servizi socio-sanitari territoriali, oltre che le spese per CTU.

Il tema dell'ascolto del minore non potrà, comunque, essere sottovalutato e occorrerà impegnarsi per definire modalità che siano adeguate e rispettose delle esigenze e dei diritti dei minori, anche con maggior raccordo tra operatori psicosociali e del diritto.

La mediazione familiare

La riforma prevede che l'adozione dei provvedimenti da parte del giudice possa essere rinviata qualora le parti *“avvalendosi di esperti tentino una mediazione per raggiungere un accordo”* (art. 155 *sexies*, comma 2). Le formulazioni della nuova legge rendono quanto mai necessaria la ricerca di accordi tra i genitori separandi. È prevedibile che cresca il ricorso alla mediazione familiare.

Problemi aperti dalla norma: la mediazione familiare non è ancora stata codificata nel nostro Paese, i servizi che la praticano sono insufficienti e non sono previste garanzie circa la professionalità richiesta. Inoltre è ormai assodato che tale intervento abbia maggiori probabilità di successo al di fuori dall'ambito giudiziario e quindi andrebbe tentato prima di rivolgersi al giudice.

Il reclamo con ricorso alla Corte di Appello contro i provvedimenti in corso di causa

La riforma contiene all'art.2 bis anche una disposizione destinata a rivoluzionare il processo di separazione: contro l'ordinanza presidenziale *“si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'Appello che si*

pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

Il reclamo introduce un procedimento parallelo davanti alla Corte d'Appello che non comporta la sospensione del processo in primo grado, con la conseguenza che la causa può procedere per la trattazione in istruttoria e contemporaneamente in Corte.

Problemi aperti dalla norma: le Corti d'Appello, già sotto-dimensionate come personale, potrebbero venir intasate da tali reclami; inoltre si nota la mancanza di coordinamento con la L. 80/05, già in vigore, che a sua volta introduceva modifiche nella procedura, quali la possibilità per il giudice istruttore di modificare o revocare in qualsiasi momento i provvedimenti provvisori del presidente.

Sanzioni

Vengono introdotte (art.2 secondo comma) possibilità di sanzionare in qualche modo da parte del giudice civile gravi inadempienze dei genitori o atti che siano di pregiudizio al minore o ancora che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento; tali sanzioni vanno dalla semplice *ammonizione* al *risarcimento dei danni*, sia verso il minore che verso l'altro genitore, fino ad *una sanzione pecuniaria* (da 75 euro a 5000 euro) a favore della Cassa delle ammende.

Disposizioni penali

Al coniuge che si sottrae alla corresponsione del mantenimento si applica invece l'art.12 sexies L. 898/70, che richiama l'art. 570 del codice penale (reclusione fino ad un anno e multa).

L'affidamento dei figli delle coppie non coniugate

La riforma trova applicazione anche nelle procedure di regolamentazione dell'affidamento dei figli di genitori non coniugati (art. 4, comma 2), cioè nei procedimenti previsti nell'art. 317 bis del codice civile.

Problemi aperti dalla norma: la norma mantiene divisa la competenza tra il Tribunale Ordinario (per le coppie sposate) e quello per i Minorenni (per i conviventi con figli); inoltre non definisce chiaramente, ma è interpretabile, se il Tribunale per i Minorenni acquisisca con la riforma anche la competenza ad emettere provvedimenti di natura economica o se questa competenza debba rimanere un'attribuzione dei Tribunali Ordinari; con la conseguenza di riproporre la duplicazione di giudici competenti su uno stesso minore: quello minorile in materia di affidamento e quello ordinario in materia economica.

Disposizioni finali

L'art. 4 primo comma prevede che la presente legge sia sempre applicabile anche per tutte le coppie già separate o divorziate e che intendano chiedere la modifica in questo senso delle loro condizioni di separazione o divorzio (sia consensuale che giudiziale).

Problemi aperti dalla norma: è facile prevedere (anche dalla quantità di richieste che, a detta degli avvocati, sono già pervenute nei loro studi) una grossa crescita delle istanze di modifica delle condizioni sulla base della nuova legge; ricordiamo che le cause di modifica sono collegiali, devono cioè prevedere la presenza di almeno tre giudici nel giudizio, e ciò intaserà ulteriormente i tribunali. Inoltre è prevedibile anche l'aumento delle richieste ai servizi socio-sanitari territoriali, oltre che delle spese per CTU.

Le disposizioni finanziarie

“Dall’attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”.

(!!!!!!)

Attenzione: la presente legge e la legge 80/05 (entrata in vigore per le nuove cause a partire dal 1.3.06) modificano in parte le competenze territoriali dei tribunali: per separazione e divorzio diventa competente il tribunale del luogo di ultima residenza comune della coppia (e solo in mancanza di esso rimane quello del convenuto); per le richieste di modifica delle condizioni di separazione e divorzio diventa invece competente il tribunale del luogo di residenza del minore