

Pompei 18.12.2008

Convegno AMI Sezione di Torre Annunziata.

La tutela dei figli nella separazione.

Relazione: Avv. Maria Ambrosio

Nel porgere i miei saluti a tutti i colleghi e non, presenti quest'oggi e nel ringraziare sentitamente l'AMI e il suo direttivo, nonché l'Ordine di Torre Annunziata, l'Ordine Assistenti Sociali Campania, il Consultorio Diocesano Familiare San Giuseppe Moscati, per avermi onorato della partecipazione, mi permetto di rivolgermi a voi, esponendovi le novità introdotte dalla legge 8 febbraio 2006 n° 54 e le problematiche ad esse connesse.

Quando vi è la rottura della coppia, uno dei principali problemi che sorgono riguarda l'affidamento dei figli minori.

La legge Paniz (legge 08.02.2006 n. 54), in vigore dal 16.03.2006, ha introdotto l'affidamento condiviso, il concetto di bigenitorialità, concetto non estraneo al nostro ordinamento in quanto già inserito dalla legge 74 del 1987 art. 11, che statuiva “ *Ove il Tribunale lo ritenga utile nell'interesse dei minori anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l' affidamento alternato e affidamento congiunto,* (modificando in tal modo l'art. 6 della Legge sul divorzio nella sua versione originaria).

L'affidamento condiviso stabilisce come ipotesi normale e fisiologica, conseguente alla rottura del rapporto di coniugio, l'affidamento del minore ad entrambi i coniugi, riservando l'affidamento esclusivo ad uno solo dei coniugi, qualora il Giudice, valutando le circostanze concrete, lo ritenga maggiormente rispondente agli interessi del minore (il quale se ha compiuto almeno 12 anni, viene ascoltato art. 155 sexies).

Si è, quindi, giunti ad una visione egualitaria della famiglia, che applica il concetto di parità ai ruoli genitoriali, nel momento della separazione e del divorzio, tenendo sempre presente i preminenti interessi del minore.

Mentre con il principio della monogenitorialità si pensava che, preservare la tranquillità del minore, significava affidarlo ad un solo genitore piuttosto che a due genitori in conflitto, l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale ha compreso che, piuttosto che attribuire al minore il compito di rinunciare ad uno dei genitori ed elaborare il lutto, e quindi considerare il minore soggetto passivo di una vicenda che avveniva al di sopra di lui, era opportuno agire sui genitori, facendo loro

comprendere che, a prescindere dalla loro conflittualità, dovevano imparare a gestire unitariamente i figli, anche dopo la separazione e il divorzio.

Orbene, con detta mini riforma del diritto di famiglia, il legislatore ha inteso evidenziare tre aspetti sostanziali della tematica in questione : 1) il diritto del minore; 2) l'assegnazione della casa coniugale 3) la rivalutazione della presenza di entrambi i genitori ed il conseguente conferimento di nuova vitalità alla figura paterna finora relegata ai margini.

In ordine al primo punto risulta evidente che i figli minori e seppur maggiorenni ancora non autonomi, assurgono a parte fondamentale nel dettare le regole della separazione tra coniugi.

Verso costoro il legislatore pone la maggior attenzione, in quanto sia il padre che la madre debbono adoperarsi, affinché il minore non subisca trasformazioni di vita tali che possano ledere la crescita psicofisica.

L'art 155 c.c. prevede che, anche dopo la separazione personale dei genitori, il minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi ed ha diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Il nuovo art. 155 c.c., pertanto, non si limita ad identificare il mantenimento di un rapporto significativo con ciascun genitore, ma lo qualifica come diritto.

Di conseguenza, il principio della bigenitorialità affermato dalla legge fa divenire il figlio soggetto di veri e propri diritti, tra i quali quello di continuare e a vivere nella casa ove è cresciuto ed ove vi era la “ famiglia”, e mantenere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori anche dopo la loro separazione; e con i nonni e gli altri parenti.

Con l'espressione rapporto equilibrato ci si riferisce alla necessità che nessuna delle due figure di riferimento soverchi ed annulli l'altra. Non devono più esistere casi di genitori che si impossessano totalmente dei figli. La parola **continuativa** indica che il rapporto tra genitori e figli **son sia più occasionale**, ma periodico, se non tendenzialmente quotidiano.

Niente più padri che si sentiranno tali soltanto durante la visita settimanale o bisettimanale del minore, ovvero mentre sottoscrivono l'assegno di mantenimento, poiché ciascuno dei genitori può stare con il minore quando meglio

crede, compatibilmente con l'esigenze del minore stesso e con quelle (naturalmente) dell'ex-partner, con cui eventualmente il minore conviva.

La figura del minore, visto come soggetto portatore di diritti, non è stata ad oggi ancora ben recepita e soprattutto, per esperienza di vita di Tribunale, sorge spontanea una domanda : “ chi è tenuto a tutelare i diritti del minore?”..... Chiaramente noi quali operatori di diritto tenuti a redigere atti conformi al dettato normativo, insieme ai Magistrati, primo tra tutti il P.M..

E' costui, infatti, prima ancora del Collegio, che deve prestare la massima attenzione nell'omologare le separazioni consensuali, affinché i diritti del minore siano stati realmente rispettati.

Solo così si potranno evitare azioni di annullamento (ex art. 1427 c.c.) degli accordi sottoscritti, nonché ricorsi in sede di volontaria e modifica delle condizioni stesse di cui alla separazione, in riferimento al mantenimento dei figli minori.

Dal concetto di monogenitorialità si è, indi, passati a quello di bigenitorialità, ma ciò non significa che i figli debbano convivere con entrambi i genitori; il Giudice, valutate la circostanze del caso concreto, individua il genitore Collocatario, avendo il minore diritto alla stabilità abitativa.

In realtà, l'affido condiviso viene spesso confuso con l'**affido alternato** e cioè la possibilità che il minore possa essere affidato “alternativamente” ad uno dei genitori per il periodo previsto dal Giudice. Il coniuge affidatario, pertanto, tiene il bambino per sé presso la propria abitazione ed **in tale periodo è titolare esclusivo del potere decisionale sullo stesso.**

L'affidamento alternato è fallito, perché l'alternanza dell'affidamento ha comportato per i minori cambiamenti spazio - temporali che ne rendevano difficile l'adattamento a diversi ambienti di vita dei genitori, causando grande confusione sul bambino.

L'affidamento condiviso viene anche, troppo spesso, confuso con l'**affidamento congiunto**, che prevedeva alcune necessarie condizioni per la concreta applicazione: età dei figli, che non dovevano essere in tenera età; accordo dei genitori sull'esercizio della potestà; **attenuata conflittualità tra i coniugi e vicinanza delle abitazioni.**

Aspetti irrealizzabili: l'esperienza ha dimostrato che è problematica la totale concordia dei genitori e che l'esercizio congiunto della potestà è difficile, quando il minore convive con l'altro genitore.

Orbene, l'affidamento condiviso comporta la conservazione dell'effettiva responsabilità genitoriale per entrambi, e deve presumersi conforme all'interesse del bambino e, quindi, in linea di principio preferibile, tanto che solo specifici gravi motivi, attinenti - come rilevato - al rapporto intercorrente tra genitore e figlio, potrebbero giustificare un AFFIDO ESCLUSIVO.

CONFLITTUALITÀ TRA I CONIUGI

Come ben sappiamo, non sempre si addivene a redigere atti consensuali ed occorre esaminare i casi, assai frequenti, di conflittualità tra i coniugi, con richiesta di affidamento in via esclusiva.

Spesso non riusciamo a dar corso all'affidamento condiviso, pur essendo pacifico il buon rapporto tra il padre ed il minore, a causa della conflittualità tra i coniugi, tale da arrivare l'uno a screditare la capacità genitoriale dell'altro e viceversa.

Sebbene il concetto di **bigenitorialità** si sia finalmente fatto strada nella società e nella cultura attuale, non possiamo dire che ci sia stata un'evoluzione altrettanto veloce nella capacità dei genitori di **essere genitori insieme**, anche se la coppia coniugale è sciolta.

A volte la coppia porta avanti logore questioni e rinfacci reciproci; altre volte un genitore denigra l'operato dell'altro genitore davanti ai figli. Fare il male dei propri figli per ferire l'ex coniuge è un comportamento di solito inconsapevole, ma i danni per la psiche dei minori sono gravi.

Come ben sappiamo, inoltre, rilevato che la stragrande maggioranza dei rapporti coniugali si conclude proprio per la cd. "incompatibilità di carattere" tra i coniugi, i quali all'indomani del matrimonio si riscoprono con mentalità e visione della vita totalmente diversi, tanto da rendere impossibile la prosecuzione del rapporto di coniugio.

Sovente, indi, ci chiediamo se in presenza di una conflittualità più o meno accesa non possa farsi luogo ad affido condiviso e debba applicarsi l'affido esclusivo.

Invero, se così fosse, l'affidamento condiviso sarebbe verosimilmente un'ipotesi residuale.

Inoltre, come è stato giustamente notato, si deve considerare che nella maggior parte dei casi la conflittualità, soprattutto ove riferita anche all'affidamento, finisce inevitabilmente per sostanziarsi in una (quanto meno affermata) negazione da parte di un coniuge, dell'idoneità genitoriale dell'altro o di una celata maggiore difesa del proprio patrimonio ovvero di una maggiore pretesa economica.

Ritenere che la conflittualità sia ostativa all'affido condiviso è un errore, in quanto si può essere ottimi genitori, prescindendo dal rapporto conflittuale di coppia.

Se la buona riuscita di un affidamento condiviso fosse subordinata alla mancanza di litigiosità, **l'applicazione dell'istituto risulterebbe marginale e rimessa al mero arbitrio delle parti.**

D'altra parte, secondo la stessa giurisprudenza, «diversamente opinando, sarebbe agevole frustrare le finalità della normativa, ad es. creando o alimentando situazioni di conflitto, **laddove l'interesse del minore è nel senso di conservare rapporti significativi con entrambi i genitori anche dopo la separazione».**

Piuttosto, in questa prospettiva l'affidamento condiviso, ponendo auspicabilmente termine alla spirale delle reciproche rivendicazioni ed “imponendo” alle parti il perseguimento degli scopi dell'assetto privilegiato dalla legge, può, contribuire al superamento di quella conflittualità e al recupero di un clima di serenità da cui i figli sono i primi a trarre beneficio.

Detta attività spetta sicuramente primariamente a noi avvocati che trattiamo le condizioni di separazione !

Siamo i primari artefici primi dell'applicazione della legge in materia unitamente ai magistrati, i quali devono valutare la decisione da assumere in ordine all'affidamento del minore, valutando la storia coniugale, la famiglia d'origine e i figli.

Altrettanto pericoloso, però, sarebbe cadere nell'eccesso opposto e considerare semplicisticamente che la conflittualità non rileva ai fini dell'affidamento e concludere con un: “se litigate peggio per voi”.

In realtà la conflittualità tra i coniugi richiede una attenta istruttoria per comprendere se sia unilaterale, cioè provocata da una sola delle parti.

Spesso, per chi subisce la rissosità dell'altro coniuge, non ricevere giustizia è mortificante.

In questo contesto l'affido esclusivo, sempre nell'interesse del minore, potrebbe assumere il giusto significato sanzionatorio a carico del coniuge che non crea le condizioni idonee alla bigenitorialità.

In dette situazioni occorre anche fare un approfondito esame di coscienza professionale, in quanto assai frequente è la nostra “responsabilità” nel raggiungimento del mancato accordo o per eccessiva tutela degli interessi del singolo, che oscura il diritto inviolabile del minore, o per banale superficialità.

L'Avvocato, nella vicenda separativa, assume un ruolo delicato e complesso.

Infatti, nella fase di separazione si diventa tutti più simili, non vi è alcuna differenza tra il comportamento tenuto da una persona colta rispetto ad un soggetto appartenente ad una diversa estrazione sociale e culturale.

Il profondo disagio, espresso nella perdita del quadro di riferimento costituito dalla famiglia, porterà entrambi i coniugi a cercare di garantirsi il massimo delle condizioni economiche questo sia perché animati dal senso di vendetta, sia per la perdita di un'immagine di sé, che porta il coniuge a denigrare l'altro, ergendolo ad unico e esclusivo responsabile della fine del rapporto.

Compito dell'avvocato, dunque, è di attenuare i toni accesi, ridurre la conflittualità, indicando al proprio assistito la strada giusta da percorrere al fine di attuare in concreto il diritto del minore alla bigenitorialità, diritto che per la sua rilevanza costituzionale deve essere effettivo, reale e goduto, e non restare una vuota ed astratta enunciazione di un principio.

Frequente è il caso in cui il cliente taccia l'avvocato di eccessiva indulgenza, poiché, anziché fare le sue ragioni, sembra quasi voler giustificare i comportamenti dell'altro coniuge.

Particolare importanza assume l'approccio con il collega di controparte, con il quale si dovrebbe intraprendere un confronto dialettico, ispirato oltre alla lealtà, alla mitezza di toni, nel comune intento di gestire il conflitto.

Sovente, il collega di controparte assume un atteggiamento tutt'altro che conciliante per mera paggeria nei confronti del proprio cliente, **del quale preferisce assecondare il contegno e fomentare l'animosità.** Dilagano, indi, richieste di assegni di mantenimento sganciati da qualsiasi riferimento alle condizioni economiche e patrimoniali dei coniugi, richieste di affido esclusivo temerarie, richieste avanzate con intento puramente provocatorio e ritorsivo.

Invero, l'art 155 IV co C.C. ha sottratto il ruolo del padre da quello di ufficiale pagatore, stabilendo che l'assegno periodico dovrà essere versato tenendo presente le reali condizioni economiche del coniuge. Il compito dell'avvocato è, quindi, fondamentale dovendo orientare il proprio assistito verso scelte fondate ed adeguatamente ponderate.

P.M.

In casi simili diviene fondamentale la figura del P.M., in quanto il Tribunale può tranquillamente non omologare la separazione consensuale.

Ben sappiamo, infatti, che il Giudice pur limitandosi, nelle ipotesi di separazione consensuale relativa agli aspetti patrimoniali, ad un controllo non penetrante ed integrativo della volontà delle parti, diversamente decide per i patti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli minorenni, atteso il principio dell'applicabilità dei diritti del minore.

E' anche il Giudice che deve prestare attenzione, esercitando il suo potere di negare l'omologazione e riconvocare i genitori.

Proprio per nostra eccessiva difesa degli interessi del singolo cliente, si rischia di redigere atti celanti un vizio del consenso da parte dell'altro soggetto interessato.

Ciò è tanto vero quanto è vero che diviene, dopo l'omologazione della separazione consensuale, ammissibile l'azione di annullamento ex art. 1427 e ss del c.c.

La natura della separazione consensuale omologata è caratterizzata dal ruolo primario della volontà delle parti, dalla loro volontà di definire i vari aspetti della vita coniugale e familiare, anche sotto l'aspetto patrimoniale.

Assai frequenti sono i casi in cui si pattuisca una vendita futura a tre o cinque anni dall'udienza presidenziale, della casa coniugale, in presenza di figli minori non adolescenti, ma addirittura bambini, per i quali il decorso di detto tempo non li porta di certo a raggiungere quella autonomia di vita, che fa venir meno il diritto all'assistenza genitoriale.

In detti casi diviene necessario promuovere azione di nullità dei patti sottoscritti, in quanto sussisterebbe alla base dell'accordo un vizio del consenso in uno dei due coniugi.

Ipotizziamo (più che un'ipotesi è una certezza, visto che sto curando proprio un caso simile), che una moglie con scarsa istruzione (terza media conseguita a stenti), un lavoro precario (collaboratrice domestica), abbia sottoscritto una

separazione consensuale che stabiliva il suo obbligo alla vendita dell'unica casa, per di più in regime di comunione dei beni, all'atto della presentazione del ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Alla moglie, affidataria del minore di anni quattro, sarebbe andato un incasso del solo 50% del valore della vendita! Orbene costei si accorge della "tragedia" solo all'atto della richiesta da parte dell'ex marito di addivenire alla vendita della casa sostenendo che le venne detto che queste erano le regole.....

Volontà chiara della parte o volontà strappata con l'inganno e conseguente vizio della volontà stessa ?

Orbene, in dette ipotesi, oltre che tentare una modifica delle condizioni per richiedere una revisione dell'assegno di mantenimento del minore, occorrerebbe promuovere un giudizio ordinario per richiedere l'annullamento di quei patti che configurano un contratto atipico, attinente a pattuizioni patrimoniali.

Detto contratto atipico è sì sempre valido, salvo che non incida negativamente sui diritti e doveri nascenti dal matrimonio e non lesivo degli interessi del minore.

E' in detti casi che la partecipazione fattiva all'omologazione con un controllo attento e super - partes del PM diviene di fondamentale importanza, al fine di evitare vicende che possano apportare una maggior benessere ad uno solo dei coniugi, ma a una manifesta violazione dell'interesse del minore (cfr Cass. Civ. n°17902/2004; Cass. Civ. n° 24321/2007).

APPLICABILITA' DELLA LEGGE ANCHE AI FIGLI DI GENITORI NON CONIUGATI .

L'altra grande novità della legge risiede nel fatto che anche le coppie conviventi e non sposate possono chiedere l'affido condiviso, cosa che prima era loro negata, essendo in tali casi praticabile la sola via dell'affidamento esclusivo.

Le disposizioni contenute nella legge sull'affidamento condiviso si applicano anche ai «procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati»: così l'art. 4, 2° co., legge 8.2.2006, n. 54.

Il legislatore non ha, però, espressamente affrontato il tema del riparto di competenze tra Tribunale ordinario e Giudice minorile (cfr., ad es., le contrastanti

letture offerte da Trib. Min. Milano, decr. 7.7.2006, pronuncia declinatoria Trib. Milano, 28.6.2006, n. 7711, in Fam. pers. succ., 2006, 842 e 846).

Dall'entrata in vigore della novella è intervenuta la decisione della Suprema Corte (sentenza 03.04.2007) regolatrice dei conflitti. Infatti, secondo la Corte di Cassazione, l'art. 317 bis c.c., innovato nel suo contenuto precettivo dalla l. n. 54/2006, «continua ... a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al Tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c., in parte qua, non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella.

La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e dell'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 ss. c.c., ha, peraltro determinato, una attrazione, in capo allo stesso Giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento dei figli» (così Cass., sez. I, 3.4.2007, n. 8362, in Fam. pers. succ., 2007, 508).

Tutto chiaro; ma i problemi non mancano.

Infatti, per esperienza diretta di legale, in ipotesi di forte conflitto tra i due genitori naturali, i lunghi tempi per l'ottenimento di una decisione, soprattutto se vengono effettuate indagini da parte dei servizi sociali, non aiutano nè a risolvere le controversie, nè tantomeno a tutelare i minori.

Ad esempio, qualora un padre chieda al Tribunale dei Minorenni che vengano stabilite le modalità di visita **alla figlia appena nata**, il Tribunale non può limitarsi a dire che esiste l'affido condiviso, in quanto detta norma è spesso ignorata dalle Autorità di Polizia e diviene assai difficile tutelare detto genitore, soprattutto se la madre non si adopera per facilitare le visite del padre.

Purtroppo è un caso di vita reale!

Infatti, nel mese di dicembre 2008, si è presentata l'istanza d'urgenza innanzi al Tribunale dei Minorenni di Napoli, nell'interesse di un padre residente nel nord Italia, con la bambina di pochi anni trasferitasi con la madre a Napoli.

Questo padre è ancora in attesa di ricevere delle certezze; l'ordinanza ha precisato che l'affido ora è condiviso e che entrambi i genitori esercitano la potestà sulla figlia.

E' giuridicamente corretto, ma purtroppo la madre nega al padre di vedere la figlia e i Carabinieri adducono che in assenza di disposizioni del Tribunale dei minorenni, essi non possono intervenire.

La richiesta di un provvedimento urgente sull'esercizio della potestà sulla minore è stata rigettata " *essendo necessario attendere il risultato delle indagini disposte*. Tra pochi mesi è passato un altro Natale, sono state presentate diverse querele nei confronti della madre, ma il padre non ha più visto la piccola !!!

Queste mie osservazioni stanno a sottolineare l'importanza che nel nostro Paese si torni a fare informazione anche giuridica, che tutti gli attori del settore, dalle forze dell'ordine, a noi avvocati, ai magistrati e non da ultimi agli operatori sociali, comprendano l'importanza e la necessità, non solo di apprendere le novità legislative, ma anche di impegnarsi alla celerità; il legislatore, di contro, ha il dovere di far in modo che detta formazione – informazione si attui, altrimenti le leggi e le riforme rimarranno frasi belle, scritte ma non applicate.

In effetti, quello che non si riesce a comprendere è perché, seguendo la strada dell'affidamento condiviso, che presupporrebbe una parità dei genitori nella gestione e frequentazione con i propri figli, poi, nella pratica, siano penalizzati troppo spesso i padri, i quali si trovano costretti a subire la volontà delle madri, negli incontri con i figli.

E' vero che il Giudice ha la facoltà, disponendo l'affidamento condiviso, di stabilire quale dei due genitori debba essere il cosiddetto "collocatario", ma ciò non significa che tale genitore debba essere individuato necessariamente nella madre, anziché nella figura paterna.

Anche perché, poi, tale affidamento condiviso altro non sarebbe, in questo modo, che il vecchio affidamento esclusivo del figlio alla madre con diritto di visita del padre, camuffato.

E allora, in attesa che la legge sull'affidamento condiviso possa migliorare, ci auguriamo che i vari Giudici possano coraggiosamente andare, quando è giusto,

anche nella direzione dei padri, in misura paritaria con le madri, stabilendo che questi possano essere "collocatari".

In attesa che cambi qualcosa, si abbia il coraggio di chiamare l'affidamento con il nome di affidamento esclusivo con diritto di visita da parte dell'altro coniuge, anziché affidamento condiviso, istituto che **resta vivo solo sulla carta non potendo considerarsi tale nella sua vera accezione.**