

Condizioni ostative all'affidamento condiviso

Autore: Santini Matteo - Martino Maddalena

In: Diritto civile e commerciale

L'affidamento della prole in caso di separazione o divorzio dei coniugi è stato recentemente modificato dalla Legge n. 54 del 2006.

La riforma, così come precisato da autorevole dottrina, ribadisce ed amplia il principio della c.d. bigenitorialità, intesa quale diritto della prole ad avere un rapporto completo e stabile con entrambi i genitori, e ciò anche quando la famiglia attraversa la fase patologica della separazione o del divorzio.

Tale principio è stato introdotto già da tempo nel nostro ordinamento con la l. n. 176/1991 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei minori. Successivamente, la Risoluzione dell'Unione europea per una Carta europea dei diritti del fanciullo (1992), stabiliva che il fanciullo, in caso di separazione o divorzio dei genitori, aveva il "diritto di mantenere contatti diretti e permanenti con i due genitori".

E', quindi, del tutto pacifica la preferenza accordata dal legislatore per l'affidamento condiviso; ciò non toglie, tuttavia, che il legislatore abbia mantenuto l'ipotesi dell'affidamento esclusivo qualora ritenga che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Il giudice, pertanto, deve muovere dall'affido condiviso e, se ritenga di non dover provvedere in tal senso, deve illustrare le motivazioni, nell'interesse del minore, che lo hanno spinto a disattendervi ed optare per l'esclusività dell'affidamento. "Il giudice", infatti, "può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore".

Nel provvedimento n. 16593 del 19 giugno 2008, la Corte di Cassazione ha affermato come l'affidamento "condiviso", consistente nell'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi ed in una condivisione delle decisioni di maggior importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore, si pone non più, come in precedenza, quale evenienza residuale, bensì come regola, rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo, al quale si ricorre solo ove l'affidamento condiviso risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore".

Il legislatore ha ritenuto opportuno che le circostanze ostative all'affidamento condiviso non venissero tipizzate, pertanto, la loro individuazione è rimessa alla libera e discrezionale decisione del giudice nel caso concreto.

Parte della dottrina ritiene che, perché sussista l'interesse del minore all'affido esclusivo non sia sufficiente la incompatibilità tra i genitori, bensì un *quid pluris*: la *voluntas legis* richiederebbe una situazione di fatto che, per la sua oggettiva gravità ed insuperabilità, sconsigli l'affidamento condiviso, ancorché non sia necessario il sussistere delle condizioni per l'adozione di provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c., ossia la decadenza dalla potestà genitoriale e la condotta di un genitore pregiudizievole per i figli.

L'esclusione dall'affidamento condiviso, quindi, può essere disposta esclusivamente per oggettive carenze di un genitore e non per un'esasperata litigiosità fra i genitori.

Recentemente, anche la Corte di Cassazione si è pronunciata in tale senso; secondo i Giudici di Legittimità, infatti, "l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi comunque precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente fra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti una applicazione, evidentemente, solo residuale. Occorre viceversa, perché possa derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso, che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come, nel caso, ad esempio, di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza anche morale ...)".

Nella nuova disciplina così come ridisegnata dalla summenzionata normativa, quindi, l'affidamento "condiviso" non è più, come nel precedente sistema, una mera evenienza residuale, bensì la regola generale rispetto alla quale l'affidamento esclusivo rimane una mera eccezione. Può derogarsi, infatti, alla regola dell'affidamento condiviso solamente ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore".

L'articolo 155 del codice civile, così come novellato, infatti, stabilisce il principio che **anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il 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.**

Tale principio era comunque entrato nel nostro ordinamento in virtù delle numerose pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità intervenute nel tempo, ma il legislatore ha voluto dargli dignità normativa.

Detto principio risolve, inoltre, il contrasto certamente esistente tra le norme di cui agli articoli 147 - doveri verso i figli- e 316 -esercizio della potestà dei genitori-, da una parte, e l'art. 155, nella sua vecchia formulazione, dall'altra.

In base alla novella, pertanto, **la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori e le decisioni di maggiore interesse per la prole debbono essere assunte di comune accordo, tenendo**

conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

Nel caso in cui vi sia disaccordo, la decisione è rimessa al giudice. In tal caso, per risolvere il contrasto tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento, è competente il giudice del procedimento in corso, mentre in caso di richiesta di modifica dei provvedimenti riguardo ai figli è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

Sempre che il giudice abbia disposto in tal senso, la potestà può essere esercitata separatamente sulle questioni di ordinaria amministrazione.

Il legislatore della novella, ha pertanto lasciato al giudicante ampia discrezionalità in modo tale da graduare le proprie pronunce a seconda delle necessità contingenti: i genitori possono essere contitolari dell'affidamento in merito a tutte le questioni attinenti ai figli, oppure uno dei due può essere il titolare esclusivo dell'esercizio della potestà oppure è prevista l'eventualità che l'amministrazione ordinaria sia esercitata separatamente, ma da ciascun genitore, mentre quella straordinaria, ossia per le questioni di carattere straordinario, congiuntamente.

In talune occasioni, tuttavia, l'applicazione dell'affidamento condiviso può considerarsi pregiudizievole per il minore, ma il legislatore della novella ha preferito che le circostanze ostative non venissero tipizzate ed ha lasciato un ampio margine discrezionale al giudice il quale, caso per caso, con "provvedimento motivato" ed in riferimento alla peculiarità della fattispecie concreta, provvede giustificando l'affidamento esclusivo.

Occorre tuttavia evidenziare nuovamente come la semplice conflittualità esistente tra i coniugi non giustifica né può portare ad escludere l'affidamento condiviso.

Secondo quanto stabilito dalla prima sezione civile della Suprema Corte di Cassazione nella recente sentenza 18 giugno 2008, n. 16593, che ha confermato la decisione del giudice di merito, "occorre viceversa, perché possa derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso, che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore. Per cui l'esclusione della modalità dell'affidamento esclusivo dovrà risultare sorretta da una motivazione non più solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potestà genitoriale e sulla non rispondenza, quindi, all'interesse del figlio dell'adozione, nel caso concreto, del modello legale prioritario di affidamento."

L'art. 155 quater del codice civile, infatti, come già evidenziato, consente al giudice di disporre, **con provvedimento debitamente, motivato** l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori, ma solo qualora ritenga che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Ciascuno dei genitori può, comunque ed in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma, e cioè quando vi sia un interesse contrario del minore

all'affidamento condiviso.

Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore; se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'art. 96 c.p.c., per aver agito in malafede, con conseguente possibilità di condanna al risarcimento del danno.

Dalla prassi consolidata, quindi, si sono rapidamente delineati alcuni contenuti del nuovo istituto: motivazione della non applicabilità, con rigorosa disamina dei contesti genitoriali e della relativa comparazione, nel rispetto sempre del diritto del minore a mantenere relazioni significative con entrambi i genitori secondo il principio della bigenitorialità; non indispensabilità dei programmi educativi; impossibilità di eliminare la contribuzione al mantenimento in virtù della consistenza del tempo di permanenza e limitandola quindi alla via diretta e privata; inesistenza di un pregiudizio oggettivo nella lontananza delle residenze dei genitori.

Per il Tribunale di Messina, ad esempio, la lontananza, di per sé, non costituisce un ostacolo alla condivisione delle responsabilità genitoriali. Del medesimo orientamento è il Tribunale di Nicosia il quale, ritiene conforme all'interesse del minore l'affidamento congiunto, premessa la notevole distanza delle residenze, ed accoglie, inoltre, la richiesta del genitore non convivente di visitare i figli anche mediante collegamento in video-ripresa tramite internet al fine di consentire un contatto costante che riduca le mancanze dovute dal cambiamento di residenza dell'altro genitore.

Pertanto, in generale, le condizioni ostative all'affido condiviso, secondo la prassi giurisprudenziale, sono: la condizioni di manifesta carenza o inidoneità educativa di un genitore, la anomala condizione di vita, l'insanabile contrasto con il figlio e l'obiettiva lontananza (non solo materiale).

Un altro punto importante che merita ribadito è il favor legislativo per l'affido condiviso il quale comporta di per sé l'onere di una "comune responsabilizzazione della coppia". In termini pratici, i genitori non devono più essere in alcun modo incoraggiati a scaricare sul giudice l'eventuale responsabilità relativa all'incapacità di trovare soluzioni concordate nell'interesse dei figli: la ratio della legge n. 54 del 2006, ha infatti anche espressamente previsto sanzioni a carico dei genitori che abusino dei ricorsi giudiziari od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento.

L'esperienza ha dimostrato che la possibilità riconosciuta alla madre di ottenere l'affidamento esclusivo dei figli in modo pressoché automatico non abbia fatto altro che favorire una conflittualità che altrimenti avrebbe potuto essere meglio prevenuta. L'affidamento ad un solo genitore, infatti, spesso comportava che, almeno nelle separazioni più conflittuali, l'onere dei contributi fissi per il mantenimento dei figli, nonché il rispetto di orari di visita rigidamente predeterminati, diventasse per il genitore non affidatario un fardello sempre più intollerabile.

La conflittualità coniugale che sotto la vigenza della vecchia normativa era di per sé riconosciuta come

motivo sufficiente per disporre l'affidamento esclusivo dei figli solitamente alla madre, e che pertanto in casi estremi diveniva un improprio strumento giudiziario per ottenere di più dall'altro genitore, dalla novella del 2006 non è più ritenuta rilevante;

anche se difficilmente i nuovi criteri favoriranno il calo dell'eccessiva conflittualità tra i coniugi in crisi, sarà, tuttavia, quantomeno più difficile l'utilizzo distorto in sede processuale, a discapito dell'interesse dei figli minori.

In conclusione, la legge n. 54 del 2006 rappresenta senza dubbio alcuno un cambiamento radicale per ciò che concerne l'affidamento dei figli minori: ora il giudicante ha l'obbligo di pronunciarsi prioritariamente per l'affido congiunto, dovendo, in caso di affidamento esclusivo, giustificarne i motivi.

Avv. Matteo Santini

Avv. Maddalena Martino

<https://www.diritto.it/condizioni-ostative-all-affidamento-condiviso/>