

## Da Catanzaro uno sguardo attento all'autentico affidamento condiviso

Marino Maglietta

Pres. ass. naz. Crescere Insieme

### LA MASSIMA

**Famiglia e minori – Affidamento condiviso dei figli – Interpretazione della legge 54/2006 – Affidamento paritetico – Mantenimento diretto – Interesse del minore - Dottrina e prassi - Convenzioni internazionali – Prospettive di riforma (Cc, art. 337 ter)**

La sistematica previsione di un genitore prevalente, di una frequentazione asimmetrica e del mantenimento mediante assegno, documentate dall'Istat, non corripondono né all'interesse del minore né alle prescrizioni di legge. Lo attestano da un lato indagini scientifiche, dall'altro Convenzioni internazionali e le condanne subite dall'Italia per violazione del diritto dei figli alla bigenitorialità, a favore del quale si pronuncia invece il TO di Catanzaro. Viene rammentato che pure altre sedi (Brindisi, Salerno) sono orientate in questo senso, nel quale si muovono anche iniziative parlamentari.

.....

Giunge dal Tribunale ordinario di Catanzaro, sezione civile, un decreto (28 febbraio 2019) che rappresenta una svolta epocale nell'ambito del diritto di famiglia, della quale il tribunale stesso è ben consapevole. La motivazione, difatti, utilizza nella forma e nella sostanza tutte le modalità tipiche dei contributi in dottrina, dalle note a piè di pagina ai contributi scientifici anche di altro ambito, dalla ricostruzione delle posizioni precedenti ai riferimenti di diritto comparato.

Al centro del provvedimento è l'affidamento di un bimbo di quasi 6 anni di una coppia di fatto. La madre, ricorrente, segue nelle sue richieste la prassi tradizionale: affidamento definito condiviso, ma collocazione materna prevalente, assegnazione a se stessa della casa familiare (interamente del resistente), diritto di visita limitato a due pomeriggi infrasettimanali e w-e alternati *senza pernottamento*, mantenimento mediante assegno di 350,00 € più il 50% delle spese straordinarie. In aggiunta rispetto alla consuetudini giurisprudenziali si chiede che il pernottamento sia escluso anche durante le vacanze estive nonché la limitazione delle visite del minore ai nonni paterni e della possibilità di delegare la custodia del figlio a terze persone. A fronte il padre propone il collocamento alternato e paritario tra lui e la madre del bambino e che *“venisse rigettata la richiesta di assegnazione della casa familiare alla ricorrente per assenza dei presupposti di cui all'art. 337 sexies c.c. (non vivendo il minore nella casa familiare da sette mesi)”*. Sugeriva quindi, per l'abitazione, che i due nuclei madre/figlio e padre/figlio potessero fruire entrambi di decorose soluzioni abitative, mettendo a disposizione la propria casa per una eventuale divisione o dichiarandosi disponibile a sostenere le spese della locazione di altro immobile per la ex compagna. E' da notare che questa proposta corrisponde *ante litteram* nell'insieme al modello previsto dal ddl 768 in discussione al Senato e come quello è ispirato al principio costituzionale di solidarietà. La richiesta di assegnazione al proprietario non appare, viceversa, ben motivata, dimenticando che manca anche il requisito più comunemente utilizzato per scavalcare il diritto di proprietà, ovvero quello dell'interesse del minore alla conservazione dell'habitat, argomento non utilizzabile nella fattispecie visto che i tempi sarebbero stati uguali. Per il mantenimento si limitava a far presente di disporre di soli 480,00 € mensili.

Decide a questo punto il tribunale, concedendo l'affidamento condiviso del figlio, richiesto da entrambi, con esercizio disgiunto della responsabilità genitoriale. Appare subito meritevole di

segnalazione che la ricostruzione che il tribunale effettua delle circostanze che rendono ammissibile – in via residuale – un affidamento esclusivo appare non limpida, passando da pericolose e non fedeli enunciazioni a carico dell’istituto (come “*il giudice deve preferire l'affidamento condiviso, salvo che risulti contrario all'interesse del minore*”; o, ancora più nettamente, per “*non rispondenza dell'affido condiviso all'interesse del minore*”) a considerazioni correttamente a carico del genitore da escludere. In effetti - anche sulla base dei lavori preparatori della legge 54/2006 nella Commissione Giustizia della Camera - il legislatore ha inteso limitare l’applicazione dell’affidamento esclusivo ai casi in cui oggettive carenze di uno dei genitori (che il tribunale poi correttamente rammenta) lo rendano meritevole di essere escluso dall’affidamento, non rimettendo l’opzione a soggettive preferenze per un istituto o un altro. La differenza non è da poco. Basti pensare alla larga parte della magistratura che considera contrario all’interesse del minore un pieno ed equilibrato (ossia paritetico) rapporto del figlio con ciascun genitore ed opta per il “genitore prevalente”, estremamente simile all’affidatario esclusivo. Non a caso questo è diventato uno dei punti dolenti del ddl 735 del 2018, del quale il giudice di prime cure nel seguito ampiamente si occupa.

Il decreto passa poi a trattare i principali aspetti relazionali, come la collocazione e la frequentazione dei genitori. Rammenta la disponibilità della madre a concedere al figlio solo limitati contatti con il padre, negando in ogni momento dell’anno il pernottamento presso di lui. Non viene rammentato che il bambino ha ormai più di 5 anni, ma pare implicito il dissenso rispetto a questo diniego, visto che l’ANM in una indagine statistica del 2009 accertò che 3,5 anni è la soglia alla quale la giurisprudenza pone mediamente il limite al di sopra del quale non si può negare il pernottamento. A questa proposta affianca quella del padre, favorevole ad un modello paritetico, sottolineando di avere disponibilità perfino superiori a quelle materne, visti i suoi impegni lavorativi solo al mattino. Colpisce, naturalmente, l’atteggiamento difensivo e dimesso del padre – per altro perfettamente comprensibile, sulla base di una tuttora prevalente giurisprudenza – che si sente costretto a “giustificare” l’insolita pretesa di assumere responsabilità genitoriali pari a quelle materne, essendo “solo” il padre.

Anche il tribunale, d’altra parte, sempre per la consapevolezza di andare controcorrente, prima di annunciare la propria opzione in favore di una effettiva bigenitorialità – diritto indisponibile dei figli – si sente in dovere di sviluppare un’ampia dissertazione scientifica. Scelta sicuramente saggia e avveduta, assolutamente condivisibile, considerando le antistoriche e illogiche prevalenti tesi favorevoli a provvedimenti squilibrati, che vedano assegnare alle madri il predominante peso dell’allevamento e della cura dei figli.

Il tribunale, dunque, dimostrando estrema sensibilità e attenzione al ribollire nel paese di idee favorevoli a una nuova cultura della distribuzione dei sacrifici nella famiglia separata e non, passa in rassegna sia le testimonianze scientifiche favorevoli – in misura schiacciante – a modelli paritetici, sia il dibattito in corso in Parlamento (Commissione Giustizia del Senato) e di riflesso nel paese.

Anzitutto dimostra di saper compiere una corretta lettura delle norme in vigore “*in merito alla c.d. shared custody (o joint custody) ossia la previsione di una suddivisione paritetica della frequentazione dei genitori separati con i figli minori si tratta di una misura non ancora di larga applicazione nella giurisprudenza italiana, sebbene in linea teorica aderente alla previsione contenuta nel citato art. 337 ter c.c. che non pare riferirsi esclusivamente all'affidamento legale condiviso, ma anche alla custodia fisica condivisa.*” Passaggio fondamentale, con il quale riconosce e afferma che la legge attuale prevede tra i genitori una parità “concreta”, e non solo “virtuale”, di principio, come sostiene gran parte della magistratura. E ciò facendo prende le distanze dalla bizzarra e autolesionistica teoria sostenuta nel ddl 735 che, nella ricerca di una inesistente primogenitura, mette implicitamente dalla parte del torto tutti quei genitori “non collocatari” che protestano da anni per la propria illegittima emarginazione, e accresce gratuitamente le proprie stesse difficoltà politiche nel momento in cui presenta come novità da introdurre ciò che è semplicemente l’applicazione di norme già in vigore. Si legge, infatti, nella presentazione del cosiddetto “affidamento materialmente condiviso” (introduzione al ddl 735): “*in Italia solo nel 2006, dopo un faticoso lavoro durato ben quattro legislature, si è riusciti a far passare come forma privilegiata l'affidamento formalmente (o legalmente) condiviso*”. Così come è generoso il tribunale di Catanzaro nell’accreditare o stesso ddl come proposta “*volta a togliere qualsiasi discrezionalità al giudice nella scelta sull'affidamento dei figli e sul tempo di permanenza presso ciascuno dei genitori*”. Generoso, purtroppo, perché in realtà questi intenti stanno solo nel titolo della

proposta, mentre l'articolato è affollato da una quantità di lacerazioni, consapevoli o meno, aperte verso un immenso allargamento del potere discrezionale stesso, termini metagiuridici rimessi a qualsiasi interpretazione, dalla "equipollenza" dei tempi alla trascuratezza o indisponibilità dei genitori, al danno psicofisico, alla inadeguatezza degli spazi. Per finire con l'ammissione che bastano 12 giorni con un genitore e 18 con l'altro per rispettare la "pariteticità" della frequentazione, ovvero la pari dignità dei genitori... una contraddittoria zeppa che altro non è che la legittimazione del "genitore collocatario", oggi scelta deviata e domani perfettamente ortodossa.

Si tratta, comunque, di sviste che il tribunale di Catanzaro intelligentemente non commette, optando per una frequentazione rigorosamente paritetica e assegnando, di conseguenza la casa familiare al proprietario, consapevole che è privo di senso e solo forte stimolo alla conflittualità privare il proprietario di una abitazione, spesso acquistata con sacrificio dell'intera famiglia di origine e per la quale dovrà continuare a pagare, mutui, tasse e manutenzione straordinarie quando, in regime di affidamento condiviso, la presenza del figlio in quell'ambiente e in un secondo alloggio avrà quantificazioni paragonabili.

Comunque, al di là delle decisioni assunte, pur eccezionali, appare meritevole della massima attenzione il sostegno scientifico dato ad esse, sulla base di una accuratissima documentazione. Senza mai ricorrere a personali e ideologiche convinzioni, altrove finora abbondanti, passaggio per passaggio tutto viene illustrato e motivato su basi oggettive. Viene, quindi, messa a disposizione della giurisprudenza una sorta di piccolo manuale dell'affidamento condiviso, che meriterebbe una lettura e un'analisi integrali, non possibile in questa sede, ove ci si dovrà limitare ai passaggi più significativi. E' anzitutto interessante il rilievo che viene dato alla non disponibilità di dati italiani sugli effetti di un affidamento paritetico, dovuto alla pressoché totale assenza di provvedimenti in questo senso. E ciò a dispetto delle sollecitazioni ricevute (e accettate) in tal senso dalle organizzazioni internazionali: *"Il tema della responsabilità genitoriale paritetica è stato anche oggetto di una Risoluzione del Consiglio d'Europa sottoscritta anche dall'Italia, la nr. 2079 del 2015, dal titolo "Equality and shared parental responsibility: the role of fathers", in cui si auspica l'adozione da parte degli Stati Membri di misure in grado di assicurare una responsabilità genitoriale condivisa ed una parità dei ruoli tra padri e madri anche nei procedimenti di separazione personale, evidenziando la gravità degli effetti derivanti dall'allontanamento di una figura genitoriale. E tra le misure suggerite nella Risoluzione vi è proprio la shared residence, ossia quella forma di affidamento in cui i figli della coppia separata trascorrono tempi più o meno uguali tra il padre e la madre"*. Degna di nota è anche l'estrema attenzione dedicata alle prospettive di novità legislative, che non sono limitate ai disegni di legge, come già visto, ma seguono anche le testimonianze degli esperti auditi, come attesta la garbata sottolineatura del non giustificato radicale voltafaccia del Consiglio Nazionale dell'Ordine degli Psicologi, rispetto a quanto dichiarato in precedente audizione, sintomo certamente di scarsa attendibilità. Del resto la rassegna compiuta entra con manifesta competenza nei dettagli degli studi citati rilevando la sorprendente distanza tra un "interesse del minore" che la scienza ritiene tutelato prioritariamente da una piena e concreta bigenitorialità e che la norma coerentemente privilegia e una prassi che, pur invocandolo di continuo come necessaria stella polare di ogni decisione, operativamente gli attribuisce contenuti soggettivamente ritenuti i più idonei, che sono l'esatto contrario di ciò che la scienza indica, avendo assunto la stabilità logistica (ovvero il "genitore collocatario") come faro guida di ogni decisione. Osservazioni di incoerenza che il decreto accompagna sia con la inequivocabile documentazione che l'Istat fornisce, sia con gli impegni presi a livello internazionale – diligentemente riportati – sia con le condanne subite dall'Italia proprio per averne mancato il rispetto. La triste conclusione è che il sistema legale ha in misura largamente prevalente ignorato la riforma del 2006.

A parte meritano di essere trattati le ulteriori decisioni di natura economica, poiché pur essendo rispettose del principio di equità e osservando nella sostanza le previsioni di legge, avrebbero potuto essere diversamente costruite e motivate, così da essere al tempo stesso più aderenti al senso dell'affidamento condiviso e di più larga applicazione, ossia non vincolate, come qui appaiono, alle peculiarità del caso. Una leggera smagliatura in un provvedimento decisamente ammirevole – per non dire storico - probabilmente dovuta a un effetto di trascinamento da parte della miriade di protocolli introdotti in altri Fori e coronati dalle contraddittorie linee guida del CNF sulle spese straordinarie

(2017), da intendere come “non comprese nell’assegno di mantenimento”. Il che comporta la permanenza di questo, con tutti gli infiniti inconvenienti del mantenimento indiretto, ovvero la necessità di concordare, documentare e procedere a conguagli mensili, ogni volta rischiando la contestazione e la lite. Si poteva, infatti, fare a meno di invocare i redditi e i tempi simili e la particolare vicinanza delle abitazioni per giustificare il mantenimento diretto, circostanze che non richiede ove praticato per capitoli di spesa. Di questi i prevedibili vengono attribuiti immediatamente al 100% all’uno o all’altro genitore con carico totale in proporzione delle rispettive risorse, mentre le spese imprevedibili - e queste sole - vengono divise percentualmente se e quando si presentino. Ovviamente agli oneri più pesanti (come affitto, dentista, motorino ecc.) provvederà il genitore più abbiente. In questo modo non esistono sovrapposizioni, né interferenze, né alibi sulla mancata informazione o accordo, né la stizza per avere perduto il piacere di condividere con i figli momenti di scelta, né il rischio di perdere scontrini e il conseguente rimborso. In sintesi, non esiste il problema di “chi decide e provvede” mentre l’altro paga e basta, che il metodo della generica divisione di ogni spesa al 50% lascia del tutto scoperto; per non dire che lo crea.

Concludendo, azzecatissima la citazione delle **felici eccezioni di Perugia, Brindisi e Salerno. Occorre adesso indubbiamente che anche Catanzaro pervenga alla decisione di formulare e ufficializzare questo suo straordinario e ammirevole orientamento, in modo da allargare il numero delle sedi virtuose e provocare, possibilmente, una sorta di effetto domino**, che permetta di poter fare a meno delle ambigue e contestate formulazioni parlamentari.