

finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa».

La novità della normativa è costituita dall'affidamento condiviso, che pur essendo già presente nell'ordinamento sotto il nome di affidamento congiunto, è ora indicato dalla legge come forma prioritaria di affidamento, in netta contrapposizione con la precedente normativa, che indicava come forma prioritaria l'affidamento esclusivo a un genitore.

L'affidamento congiunto, per la precisione, è stato introdotto con la riforma della legge sul divorzio del 1987 (legge 74), che, modificando l'articolo 6 sui provvedimenti relativi ai figli, ha così disposto: «Ove il tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato». Tale forma di affidamento

Ma nella pratica ci sarà comunque un genitore «principale» come accade ora

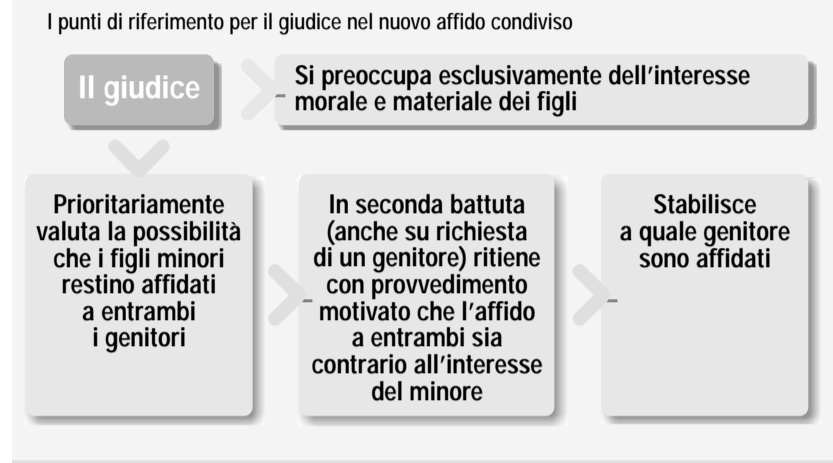
to non è mai stata inserita tra quelle possibili nel vecchio articolo 155 del Codice civile, ma nessuno ha mai posto in dubbio che si potesse applicarla anche alle separazioni. Il problema è che l'affidamento congiunto, quantomeno nella mentalità della giurisprudenza formatasi sino ad ora, necessita per funzionare che i genitori riescano ad andare il più possibile d'accordo, in modo da poter effettivamente gestire insieme, pur da separati, la formazione e l'educazione dei figli. E poiché queste condizioni spesso non ci sono, l'affidamento congiunto ha trovato scarsa applicazione nei tribunali.

Il nuovo articolo 155 introduce l'affidamento condiviso disponendo che il giudice «valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli».

Il giudice — a differenza della originaria formulazione del disegno di legge, che imponeva l'affidamento condiviso senza possibilità di diverse soluzioni — conserva la possibilità di stabilire l'affidamento esclusivo a entrambi i genitori, ma non c'è dubbio che la formulazione della norma citata comporti una rivoluzione copernicana rispetto alla precedente normativa, che vedeva nell'affidamento esclusivo il modello prioritario. La nuova legge richiede infatti un cambio di mentalità, in quanto il giudice è chiamato innanzitutto a valutare se ci sono le condizioni per disporre l'affidamento condiviso e solo se queste mancano sussistono può disporre l'affidamento esclusivo.

Nelle intenzioni del legislatore l'affidamento condiviso andrebbe disposto anche nei casi di aperta conflittualità tra i genitori (nei resoconti dei lavori parlamentari si legge addirittura, nelle

La prima scelta



Le altre valutazioni



in comune di tali decisioni, attinenti al quotidiano, risulta spesso poco pratica, se non impossibile. Bene ha fatto, quindi, il legislatore a riservare al giudice la possibilità di scindere le due amministrazioni, per far sì che i genitori esercitino singolarmente l'ordinaria amministrazione quando i figli sono con loro.

Le regole appena citate sulla potestà valgono sia per l'affidamento condiviso, sia per quello esclusivo, con la conseguenza che il giudice, diversamente dal passato, non ha più la possibilità di attribuire a un solo coniuge l'esercizio della potestà genitoriale.

Pur a fronte di questa impostazione, favorevole all'affidamento congiunto, la legge prevede, all'articolo 155-bis, che il giudice possa «disporre l'affidamento dei figli a uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore». A tale facoltà del giudice

L'autorità giudiziaria può autorizzare scelte separate sulle questioni ordinarie

corrisponde, per i genitori, la possibilità di chiedere l'affidamento esclusivo. Tuttavia, la legge richiede che la domanda sia fondata da reali ragioni e punisce il genitore che pretende l'affidamento per sé senza che ciò sia giustificato dalle circostanze. Dice infatti la norma che «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'articolo 96 del Codice di procedura civile». Questa norma prevede la condanna al risarcimento dei danni per chi agisca in giudizio con malafede o colpa grave (si tratta della cosiddetta "lite temeraria").

Ciò che più rileva, però, è che il giudice può addirittura privare dell'affidamento il genitore che chiede temerariamente l'affidamento esclusivo, per darlo solo all'altro genitore. Non c'è dubbio che si tratta di una previsione grave, ma è altrettanto indubbio che devono essere scoraggiati i tentativi di un genitore di privare immotivatamente l'altro dell'affidamento.

La nuova normativa prevede finalmente il diritto del minore di essere sentito dal giudice. Si tratta di una disposizione che recepisce le indicazioni della convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989. L'articolo 155-sexies prevede che «il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento».

I provvedimenti relativi ai figli sono sempre rivocabili, indipendentemente dal fatto che siano mutate le circostanze. Dispone infatti l'articolo 155-ter: «I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo».

La legge prevede inoltre che i provvedimenti presi in cause già definite possano essere rivisti, nelle forme della modifica delle condizioni, alla luce della nuova normativa sull'affidamento condiviso.

La riforma, infine, prevede la possibilità, per il giudice, di favorire una mediazione tra i genitori volta a risolvere con un accordo tutte le questioni legate alla loro separazione: «Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

A.GRA.

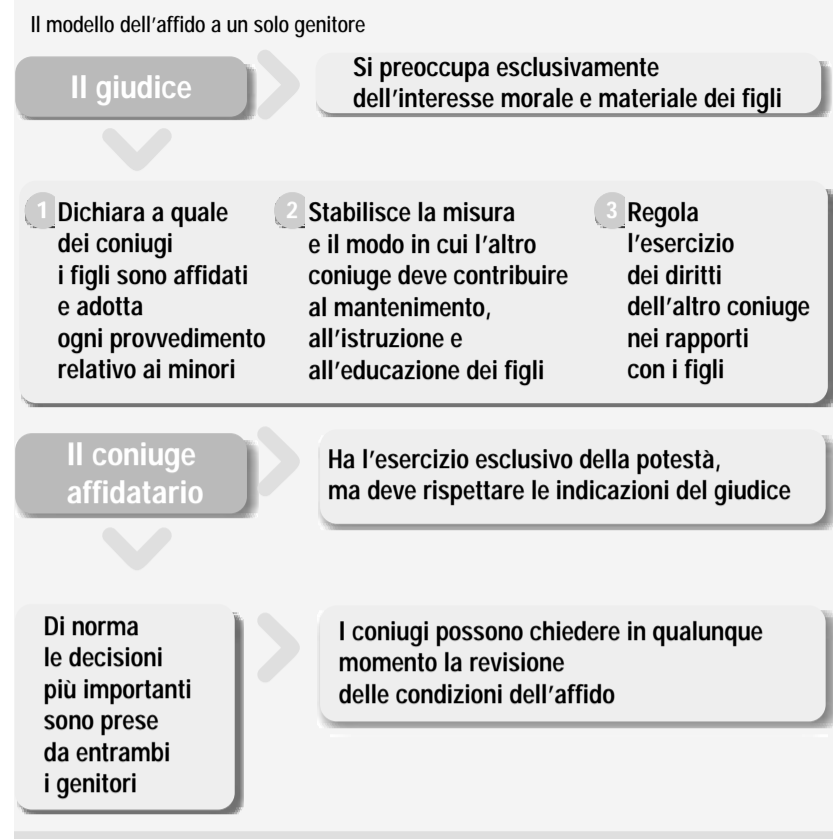
parole di una relatrice, che «il principio di bigenitorialità sarà dunque la prima soluzione da valutare per il giudice, anche in caso di elevata conflittualità tra i coniugi». Tuttavia, sarà l'esperienza pratica a dire se e come gli operatori del diritto saranno in grado di compiere il mutamento di mentalità richiesto dalla legge, anche perché, il provvedimento pone comunque come norma di chiusura la tutela dell'interesse del minore. Si tratta di un principio fondamentale, in quanto il minore ha il diritto di non subire le conseguenze negative di forme di affidamento che potrebbero finire con l'alimentare la conflittualità tra i genitori.

Dal punto di vista pratico, bisognerà valutare come dovrà essere organizzato l'affidamento condiviso, soprattutto sotto il profilo logistico, in quanto ciò non risulta spiegato dalla legge. La logica della normativa precedente era che i figli stessero in prevalenza con un genitore, di solito la madre, con la quale continuavano ad abitare nella casa familiare, e che vedessero l'altro genitore in tempi più ridotti, secondo un regime di visite regolamentato dalle parti o dal giudice.

È difficile pensare che con l'affido condiviso si potrà fare molto diversamente, a meno di non voler ridurre i figli a una schizofrenica vita da pendolari tra le case dei due genitori. Ci sarà pertanto una casa principale e un genitore con cui staranno di più, mentre i rapporti con l'altro, vale a dire la presenza presso di lui, come dice la nuova norma, saranno stabiliti per tempi e per modi dalle parti o dal giudice.

ANDREA GRAGNANI

L'affido esclusivo



Al sicuro il diritto a esercitare la potestà

La vera novità della riforma riguarda l'esercizio della potestà. In sé l'affidamento condiviso ha valore soprattutto simbolico, anche se è sicuramente importante. Ma il fatto di maggior spicco è che da adesso in poi la regola generale è che la potestà genitoriale sia esercitata da entrambi i genitori.

La potestà è il potere di prendere le decisioni per i figli, e quindi per la loro educazione, istruzione e formazione. La vecchia normativa era più ambigua e contraddittoria di quella attuale, in quanto prevedeva che la potestà, salvo diversa disposizione del giudice, spettasse al genitore affidatario, anche se l'altro conservava il potere di partecipare alle decisioni di maggiore interesse per i figli. Tra queste decisioni c'erano sicuramente quelle su istruzione, educazione e salute dei figli. C'era quindi un genitore che prendeva tutte le decisioni di ordinaria amministrazione e un genitore che partecipava alle decisioni di maggiore interesse. Questo, inoltre, aveva «il diritto e il dovere

di vigilare sulla loro istruzione ed educazione» e poteva ricorrere al giudice quando riteneva che fossero state assunte decisioni pregiudizievole al loro interesse.

La nuova normativa pone sullo stesso piano i genitori, in quanto conferisce loro l'esercizio congiunto dell'amministrazione ordinaria e straordinaria. La legge è chiara sul punto nello specificare che «le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice».

Tuttavia, è ancora possibile distinguere tra ordinaria e straordinaria amministrazione, in quanto la norma prevede che «limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente».

La ragione di tale norma è che l'assunzione

Sul patrimonio decisioni concordate

La disciplina dell'affido condiviso incide anche sul profilo dei rapporti patrimoniali tra genitori e figli: l'esercizio della potestà genitoriale sui figli minorenni infatti consiste sia nell'esplicazione di attività che riguardano la sfera personale del figlio (educazione, istruzione, scelte di vita, eccetera) sia di attività che incidono sulla sua sfera patrimoniale (si pensi a un minore che riceve un lascito ereditario, che acquista o vende un immobile o che acquisisce una partecipazione a una società).

La nuova legge sancisce, in parallelo con la nuova regola dell'affido condiviso, che la potestà genitoriale sia esercitata da entrambi i genitori (si veda anche da pagina 5) e che comunque il giudice adotta i provvedimenti relativi ai figli con esclusivo riferimento al loro interesse morale e materiale e fissa la misura e il modo con cui ciascun genitore contribuisce al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Deciso è pertanto il cambio di prospettiva con la precedente normativa, dove si affermava invece che il giudice dichiarava a quale dei coniugi i figli erano affidati (a questo genitore spettava in via esclusiva la potestà sui figli minorenni) e adottava ogni altro provvedimento relativo alla prole, pur sempre con esclusivo riferimento al suo interesse morale e materiale.

Accanto all'attribuzione ad entrambi i genitori della potestà congiunta sui figli, la nuova normativa sancisce comunque che: ■ le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte dai genitori di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli; ■ in caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice;

■ limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

Con le nuove norme sull'affido condiviso, che riconoscono la potestà a entrambi i genitori, l'assetto delle decisioni che i genitori adottano circa la sfera patrimoniale dei figli minorenni non è dunque più condizionato dal fatto che i genitori siano regolarmente coniugati o che vi sia una separazione: anche i genitori separati, così come accade per quelli non separati, ora

esercitano di comune accordo la potestà sui figli sino alla maggiore età o all'emancipazione (solo se c'è un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili). In base alla vecchia disciplina, invece, il coniuge cui venivano affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, aveva l'esercizio esclusivo della potestà, pur restando fermo che le decisioni di maggiore interesse dovevano comunque essere adottate da entrambi i coniugi, salvo diverse disposizioni del giudice.

Nell'amministrare il patrimonio del figlio minore, i genitori (ci sia o meno una situazione di separazione coniugale) trovano peraltro un limite per quanto concerne il compimento di attività di straordinaria amministrazione, in quanto la legge in tal caso prevede un vaglio giurisdizionale: infatti, i genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni del figlio, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione, promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudiziari tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare.

Altresì è disposto che, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza, ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei; in tal caso, il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore di quattordici anni,

suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Tuttavia, se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene più idoneo a curare l'interesse del figlio.

All'esercizio congiunto della potestà consegue infine che ai genitori spetta la rappresentanza congiunta dei figli in qualsiasi tipo di attività giuridica che sia consentito svolgere per mezzo di un rappresentante. Solo per gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, è previsto che possano essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.

ANGELO BUSANI