

La “nuova” famiglia

di Alice Cennamo¹

La disciplina del diritto di famiglia è stata riformata, recentemente, da una serie di leggi contenute nel “decreto sulla competitività”, convertito (dopo essere stato modificato ed ampliato) dalla l. 14/05/2005 n. 80.

Oltre a questa, altre leggi hanno inciso sul nuovo diritto di famiglia: la l. 28/12/2005 n. 263 (recante ulteriori correttivi alle modifiche introdotte dalla l. n. 89, in vigore dal 1° marzo 2006) e le nuove disposizioni riguardanti l'affido condiviso, introdotte dalla l. 8/02/2006 n. 54, in vigore dal 16 marzo 2006.

Tali modifiche, in materia di separazione dei coniugi, hanno riguardato soprattutto il Libro IV, Titolo II, Capo I, artt. 706 e ss. del codice di procedura civile.

Per quanto invece concerne le norme processuali sul divorzio, (previsto dalla l. n. 898/70) la legge 80/2005 ha praticamente introdotto una disciplina equiparabile a quella prevista per la separazione personale: l'obiettivo è ovviamente la coordinazione e l'omogeneità dei due procedimenti fino ad ora separati nettamente.

Dal punto di vista meramente processuale, con le nuove norme entrate in vigore dal 1° marzo 2006 il legislatore ha voluto sottolineare l'importanza della fase introduttiva di entrambi i giudizi, questo al fine

di aumentare le possibilità che i coniugi giungano ad una conciliazione (il tentativo di conciliazione viene obbligatoriamente svolto dal giudice).

Sempre in questa fase, viene messo in luce l'aspetto forse più importante della separazione dei coniugi: la tutela dei figli.

Soprattutto per questi ultimi l'accordo tra i coniugi rimane la prospettiva migliore, per tutelare a fondo e oggi più che nel passato quello che è lo sviluppo psicofisico della prole dal trauma del contenzioso.

Sempre in quest'ottica infatti, l'art. 155 c.c. novellato dalla l. 54/2006, stabilisce che il giudice principalmente valuti la possibilità di prevedere un affidamento condiviso ad entrambi i genitori, preferendo l'ipotesi dell'affidamento esclusivo ad un unico genitore solo se e quando l'affidamento ad entrambi non corrisponda all'interesse del minore.

Ci troviamo così al cospetto di una vera e propria “inversione di rotta” rispetto alla normativa precedente, che prevedeva invece prioritariamente l'affido esclusivo (spesso e volentieri alla madre); questa nuova direttiva pone al centro della riforma il diritto del minore alla bigenitorialità anche nelle ipotesi di separazione e/o divorzio.

Prende forma un diverso contesto, basato sulla consensualità ed incardinato sulla rilevanza dell'accordo delle parti in causa sulle regole di

¹ Avvocato, dottoranda di ricerca in "criminologia", Università di Bologna

gestione della crisi matrimoniale e di tutto quello che ne consegue.

Oggi più che mai, la rottura di un matrimonio non riguarda più e soprattutto i coniugi quanto, in via prioritaria, l'eventuale prole di questi.

Resta invariato il potere istruttorio del giudice che ha quale incarico principe quello di "vegliare" sulle direzioni prese dai coniugi in tutela dei diritti del minore.

Il diritto del minore entra così formalmente nella legge (all'art. 1) divenendo elemento decisivo sul quale ruota l'intera vicenda processuale.

Con questa riforma è radicalmente cambiato il punto di vista dal quale valutare separazione e divorzio, ponendo, così come stabilito dalla Convenzione di New York, al centro della questione i diritti del minore.

Questo "occhio di riguardo" nei confronti dell'infanzia è un grande passo in avanti per un diritto troppo spesso concentrato sulle vicende riguardanti esclusivamente maggiorenni ed è indubbiamente una direzione da seguire per tutelare, o meglio iniziare veramente a farlo, i nostri figli.

Il cammino per giungere sin qui, però, è stato lungo e certo non privo di ostacoli: infatti, nel codice del 1865 non veniva nemmeno menzionato un criterio da seguire per l'affidamento del minore in caso di separazione dei genitori ed il problema era così poco sentito da portare la dottrina ad occuparsene solo sommariamente ed occasionalmente.

Di certo non ci fu un miglioramento con il codice del 1942 dove, semplicemente, all'art. 155 veniva affermato che il tribunale aveva l'obbligo di segnalare quale dei due coniugi avesse la potestà di tenere presso a sé i figli.

La giurisprudenza di allora era solita collegare la questione dell'affidamento dei figli all'attribuzione della colpa della separazione (nel senso che si evitava di lasciare in affidamento i figli al coniuge che avesse provocato la separazione con condotte poco onorevoli), facendo riferimento ai rigidi insegnamenti morali sottostanti l'educazione dei figli.

A tutt'oggi, viceversa, il giudice valuta, per stabilire l'affidamento del minore, non più il comportamento del coniuge nei confronti dell'altro, quanto la sua qualità di "buon genitore", a prescindere dall'aver causato o meno la separazione.

Ecco che, a differenza che nel passato dove solo l'adulterio della moglie poteva causare lo scioglimento del rapporto matrimoniale, con la conseguenza che raramente i figli venivano affidati alla madre (macchiata appunto della "colpa" della separazione), oggi è invece la donna ad avere, nella stragrande maggioranza dei casi, i figli a carico in caso di separazione matrimoniale.

Questo almeno fino alla suddetta riforma dove, finalmente, è stata fatta un'ulteriore, fondamentale valutazione: a prescindere dai rapporti tra i coniugi, la situazione più ottimale per un corretto sviluppo psicofisico dei figli prevede l'affidamento ad entrambi i genitori (essendo questa, in effetti, la soluzione migliore anche per i coniugi i quali si trovano, almeno rispetto ai figli, in una situazione di "parità" che indubbiamente diminuisce le possibilità di attrito tra di essi).

Cosa si intende, esattamente, per "affidamento condiviso"?

Per capirlo, partiamo dal novellato art. 155 c.c., che recita: "*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.

Per realizzare la 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. 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. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole. La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori.(...omissis...).

Nel primo comma di questo articolo, viene espresso il “principio guida” (per alcuni autori, il fatto che il comma inizi con la congiunzione “anche”, nonostante possa essere discutibile stilisticamente, sta a significare una continuazione del rapporto tra genitori e figli, a prescindere dalla “frattura” del rapporto matrimoniale – B. De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, ed. CEDAM 2006).

L'articolo continua affermando in ogni sua parte il diritto del minore alla bigenitorialità ed alle cure da questa derivanti, ponendo come fulcro fondamentale

della vicenda della crisi matrimoniale la prole ed i suoi diritti.

Va ricordato che, nella precedente normativa, l'affidamento congiunto e quello monogenitoriale (ora “esclusivo”) coesistevano, ed anzi era espressa una netta prevalenza verso il secondo, disciplinando in maniera dettagliata nel codice l'affido al genitore unico e prevedendo invece la disciplina riguardante l'affido congiunto unicamente nella legge sul divorzio (applicabile, per analogia, anche alla separazione ma non disciplinato, cioè senza precisarne i contenuti ed il funzionamento esatto).

Con la riforma ci troviamo al cospetto di un vero e proprio ribaltamento della situazione precedente, con la priorità del legislatore di applicare, ove possibile e sempre per una migliore tutela del minore, l'affidamento congiunto.

Tale preferenza è ampiamente desumibile dall'articolo.

Rimangono, comunque, presenti entrambe le possibilità di affidamento, tutte previste dall'art.155 c.c , il che pone qualche problema di coordinazione con la successiva norma ex art. 155-bis, che prevede appunto l'affidamento esclusivo (precedentemente favorito) e che attualmente sembra integrare la normativa di cui all'art. 155.

Mentre prima della riforma l'affidamento esclusivo si disponeva in caso di gravi reati o provvedimenti (quali gli artt. 564 c.p. *incesto*; 569 c.p. *pena accessoria della perdita della potestà genitoriale in caso di delitti contro lo stato di famiglia*; 330 c.c. *decadenza della potestà sui figli per gravi inadempienze o abusi*; 333 c.c. *condotta del genitore pregiudizievole ai figli*), attualmente è

previsto nel caso in cui l'affidamento anche all'altro genitore risulti "contrario all'interesse del minore". Finalmente, insomma, il legislatore prende le parti di quelle che troppe volte sono stati e sono tuttora vittime di rapporti tra adulti: i bambini.

di separazione e divorzio, Maggioli Editore, Rimini, 2006.

- De Filippis B., Casaburi, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2004.

Bibliografia di riferimento:

- De Filippis B., *Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova, 2006.
- De Filippis B., *Affidamento condiviso di figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Padova, 2006.
- Cerrai C., Ciocchetti S., La Vecchia P., Pipponzi I.E., Vargiu E. , *Manuale pratico*