

L'affidamento congiunto: previsione normativa e interpretazioni giurisprudenziali*

di

Annamaria Bernardini de Pace

e

Valeria de Vellis

Avvocati in Milano

*Newsletter AIPG n° 20, anno 2005

La previsione normativa

L'affidamento congiunto è stato previsto dall'art. 11 della legge 6 marzo 1987 n. 74 (che ha modificato l'art. 6 della legge sul divorzio dell'1 dicembre 1970 n. 898). Si tratta quasi di una "norma in bianco", in quanto si limita a disporre che "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".

Manca, quindi, la definizione legislativa dell'affido congiunto. L'unico parametro apertamente suggerito dal legislatore è quello relativo all'età dei minori, che è stato inizialmente interpretato nel senso che l'affido congiunto sia possibile solo con figli adolescenti, che abbiano cioè un'età tale da consentire loro una migliore gestione dei rapporti interpersonali con i genitori e maggiori capacità organizzative. Tuttavia è anche vero che i figli più piccoli hanno altrettanto bisogno della presenza di entrambi i genitori, per avere a disposizione entrambi i modelli adulti sui quali costruire la propria identità personale; e, infatti, oggi la tendenza dei Giudici è quella di ritenere che la tenera età dei figli non sia d'ostacolo alla previsione di tale formula di affido.

La nozione di affidamento congiunto

Quasi tutti gli operatori del diritto e gli psicologi forensi ritengono che con l'affido congiunto i figli debbano conservare la stessa relazione con entrambi i genitori e debbano essere allevati in conformità a un unico progetto educativo. I genitori esercitano congiuntamente la potestà genitoriale, concordando insieme tutte le decisioni della vita dei figli, anche relative alla quotidianità. L'affidamento congiunto si distingue, poi, in affidamento congiunto con residenza privilegiata (cioè con residenza stabile e privilegiata presso il genitore più idoneo) e in affidamento congiunto con residenza alternata (presso entrambi i genitori): il primo viene, per lo più, suggerito per i bambini, il secondo per gli adolescenti, in particolare se figli di persone residenti in luoghi distanti.

Le interpretazioni giurisprudenziali: le pronunce dei primi anni novanta

Nel silenzio della legge, la giurisprudenza, sin dai primi anni novanta, ha individuato comunemente i seguenti presupposti per disporre l'affido congiunto: bassa o nulla conflittualità tra i coniugi-genitori, richiesta concorde avanzata dai genitori, omogeneità di stili di vita, abitazioni non lontane, rispetto degli accordi e idoneità educativa di entrambi. Conseguentemente l'affido congiunto è stato ritenuto inattuabile in concreto in presenza di forte conflittualità tra i genitori e anche quando, pur in assenza di conflittualità, manchi lo spirito collaborativo a fini educativi tra gli ex coniugi: "L'affidamento congiunto dei figli presuppone il massimo spirito collaborativo tra i coniugi e pertanto deve escludersi la sua applicazione quando persistano contrasti tra i medesimi e disporsi l'affidamento esclusivo, tenendo conto del desiderio espresso dal minore" (Trib. Genova, 18.04.91). Nello stesso senso si è espressa la Corte d'Appello di Perugia (in una pronuncia del 18 gennaio 1992): "Poiché l'affidamento congiunto della prole di genitori separati postula l'accordo dei coniugi/genitori, va disposta l'abolizione dell'affidamento congiunto ogni qual volta sopravvenga tra le parti un aperto, grave dissenso contrassegnato da aperta e accesa conflittualità e comportante serio pericolo di non lieve pregiudizio per la prole stessa tanto più, poi, qualora siano insorti fatti che dell'affidamento congiunto ostacolano la pratica attuabilità, quali, ad es. il mutamento della residenza di uno dei genitori o la sua convivenza con persona di sesso diverso". Ancora, con una sentenza dell'8 giugno 1994, il Tribunale di Catania ha escluso l'affido congiunto osservando il totale disaccordo dei coniugi anche in ordine a fatti, quali il taglio dei capelli, che riguardavano il solo aspetto estetico del bambino. La pronuncia più recente in tal senso è della Corte d'Appello di Milano (n. 1270 del 18 maggio 1999), che individua tra i presupposti dell'affido congiunto anche l'esistenza del rapporto di reciproca stima e fiducia tra i genitori: " ... L'affidamento congiunto presuppone non soltanto concreti e consapevoli intenti collaborativi dei genitori, ma anche l'esistenza tra di loro di un rapporto idoneo a realizzare la collaborazione

educativa; presuppone, in sostanza, la persistenza o l'avvenuta ricostruzione tra i genitori di un rapporto di reciproca stima e fiducia. E' contrario all'interesse del minore utilizzare l'affidamento congiunto come strumento catalizzatore delle convergenze tra i genitori separati, nella 'speranza' che la 'neutralità' del provvedimento di affidamento congiunto, ponendo i genitori in una posizione paritetica, non lasci spazi a prevaricazioni ... I provvedimenti relativi all'affidamento della prole non possono essere assunti in funzione della loro idoneità potenziale, essi debbono essere disposti in considerazione delle circostanze esistenti al momento in cui vengono adottati". I Giudici minorili hanno sancito, anche in pronunce recenti, il medesimo principio: " ... appare difficilmente praticabile a breve termine l'auspicata soluzione di affidamento congiunto, che presuppone rapporti amichevoli, improntati al mutuo rispetto e alla collaborazione nel solo e unico interesse del minore, comportando la gestione comune del rapporto educativo, in caso di permanenza del conflitto, un aumento delle ragioni di attrito, con aggravati danni per il figlio" (decreto del Trib. Minorenni Brescia, 14/05/2002).

Nella stessa ottica, molte sentenze hanno affermato l'impraticabilità dell'affido congiunto quando i genitori vivano in luoghi molto distanti: "L'affidamento congiunto di un minore ai genitori separati deve essere sostituito dall'affidamento a uno di essi qualora l'affidamento congiunto si sia rivelato praticamente irrealizzabile per difficoltà logistiche o per la lontananza dei genitori che abitino in città diverse a notevole distanza; in tal caso, infatti, l'esigenza di educazione scolastica del minore e quella di favorirne uno stabile inserimento in un ambiente che egli consideri proprio impongono che lo stesso minore viva stabilmente in una città e non venga in continuazione sballottato da un posto all'altro" (Trib. S. Maria C.V., 14/09/1993; conforme Trib. Minorenni Venezia, 20/12/2004).

L'orientamento giurisprudenziale più recente

A partire dalla fine degli anni '90, si registrano però anche pronunce di segno opposto, che sostengono l'applicabilità dell'affido congiunto persino in presenza di situazioni conflittuali tra i genitori. Una delle prime sentenze in tal senso è del Tribunale di Milano (9 gennaio 1997), che ha disposto l'affido congiunto pur sussistendo 'un'aspra contesa' tra i genitori. Per il giudice " ... l'affidamento congiunto deve essere recepito come provvedimento che imponga ai genitori di aprire quel dialogo e quella collaborazione cui sino a oggi non hanno voluto dare attuazione ... Un eventuale affido esclusivo della figlia a un genitore o all'altro sarebbe infatti erroneamente vissuto da ciascuno in termini di vittoria o sconfitta, con il risultato di ulteriormente rafforzare quei reciproci atteggiamenti di potere e di sfida che tanto hanno nuociuto alla minore". Nello stesso senso si sono espressi molti altri Tribunali, anche minorili: "Anche in ipotesi di famiglia non fondata sul matrimonio è possibile disporre l'affidamento congiunto dei figli minori, nel loro esclusivo interesse morale e materiale, nonostante i genitori vi si oppongano e anche laddove permanga tra di essi una forte conflittualità, al fine di imprimere una svolta in senso cooperativo alla gestione dei rapporti post-crisi" (Trib. Minorenni Perugia, 16/01/1998; conformi: Trib. Brindisi, 11/01/2001; Trib. Lecco, 13/08/2002). In alcuni casi, l'affido congiunto è disposto al fine di responsabilizzare il genitore collocatario del minore (quasi sempre la madre): il Tribunale di Milano (provvedimento del 12/02/03) ha ritenuto opportuno l'affidamento congiunto - pur in presenza di grande conflittualità tra le parti, incapaci di costruttivo dialogo - per "sancire, anche sotto il profilo formale, il ruolo paritetico dei genitori allo scopo di garantire la effettiva condivisione delle decisioni di maggiore importanza inerenti il figlio e di sfuggire ... alle logiche conflittuali che poggiano sulla necessità di dimostrare all'altro la propria superiorità" (la madre, secondo il Tribunale, aveva assunto reiteratamente decisioni unilaterali coinvolgenti il minore, foriere di ulteriore contenzioso). In altri casi, l'affido congiunto è previsto per realizzare, attraverso il "formale riequilibrio dei ruoli", il "recupero della figura paterna" e per contenere la "spinta espulsiva materna": "... la necessità di un affidamento congiunto scaturisce non tanto dall'esigenza che i genitori siano chiamati a collaborare tra di loro (posto che non potranno mai farlo se non riusciranno, prima, ad acquistare una minima fiducia reciproca ed a superare la forte tendenza alla svalutazione dell'altro che ormai da tempo li contraddistingue), quanto piuttosto ad impedire che i minori siano privati della figura paterna, "contenendo" la madre nell'esuberanza delle sue funzioni materne e aiutando il padre a recuperare un rapporto autonomo e autorevole con i suoi figli" (App. Milano, 12/01/01). La giurisprudenza si è, infine, espressa di recente in senso favorevole a tale modalità di affidamento prevedendola spesso anche quando i genitori risiedono in due Stati diversi (così App. Milano, 14/02/1997).

L'affido congiunto non va confuso con l'affido condiviso, oggetto di una proposta di legge e basato su presupposti obiettivi assolutamente differenti.