

EVOLUZIONE DELLE LEGGI SULL’AFFIDAMENTO FIGLI IN DIVERSI PAESI

RICERCA COMPARATA DI WAVE SULLE LEGISLAZIONI EUROPEE SULL’AFFIDAMENTO

L’associazione nazionale “D.I.Re – Donne in Rete contro la violenza” partecipa da ca. 2 anni ad una ricerca/analisi comparata che “Wave – Women against violence Europe” sta effettuando rispetto alle diverse legislazioni vigenti in alcuni dei 47 Paesi membri di Wave sul tema dell’affidamento minori per coglierne evoluzioni, criticità, punti di forza, buone e/o cattive pratiche. La ricerca è molto vasta, considerata la diversità di sistemi e tradizioni giuridiche presenti (p.e. Germania, Austria, Francia, Belgio, Paesi Bassi, Paesi nordici, Irlanda, Portogallo, Italia, Serbia, Romania) e non è ancora terminata. Si può però sin d’ora affermare (come è stato fatto al XIII convegno Wave a Roma in un work-shop su questa ricerca ancora “in progress”) che trattasi di materia giuridica estremamente complessa in quanto verte principalmente sui diritti dei minori, soggetti che in tutti gli ordinamenti analizzati stentano a trovare una loro posizione tutelabile indipendentemente da quella di ciascun genitore. E’ chiaro che la tradizionale impostazione del diritto del minore - tutelato e tutelabile automaticamente attraverso la tutela dei diritti del genitore più presente come figura di riferimento, la madre - in tutti gli ordinamenti “contemporanei” ha conosciuto un’evoluzione nel senso di voler considerare come riferimento per il minore entrambi i genitori, cercando a questo punto di differenziare i tre diversi interessi in gioco.

AFFERMAZIONE DELL’AFFIDAMENTO CONDIVISO

Negli ultimi 10-15 anni molti Paesi hanno, infatti, messo mano alle leggi sull’affidamento figli, lasciando maggiore spazio all’affidamento condiviso (o istituti simili), tentando secondo le proprie tradizioni, culture e principi giuridici di regolamentare ciò che succede quando due genitori non solo non esercitano più assieme (in accordo) la loro potestà perché si separano/divorziano, ma sono anche in conflitto (più o meno grave) sul come “gestirsi il figlio in comune”, ovvero vi è vera e propria violenza domestica.

Un dato osservabile in quasi tutte le realtà esaminate è come questa riforma del diritto sia permeata da considerazioni estranee al diritto e anche a quelle discipline (quali p.e. la psicologia e la pedagogia) che in un’ottica di intervento interdisciplinare dovrebbero poter interloquire nella discussione aperta attorno alla questione dell’interesse/diritto del minore in queste situazioni.

In Italia si può certo affermare che la discussione è fortemente “animata” da “lobby” più diverse, prime fra tutti padri separati, genitori separati, difensori dei minori *tout court*, difensori del diritto alla bigenitorialità etc., tutti molto “coccolati” dai media che a causa di una purtroppo comune interpretazione del proprio lavoro amano soprattutto i contrasti a toni forti piuttosto che civili discussioni informate e approfondite.

DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA’ : modello unico di genitorialità

Anche in altri Paesi le riforme hanno messo in gioco, oltre che le migliori menti tecniche, emozioni più diverse e si sta cercando ovunque di riportare la discussione alla necessaria lucidità e serietà di professionisti giuridici per non rischiare ciò che è evidente in vari Paesi (come in Italia): in nome di un principio fortemente ideologizzato – il diritto alla bigenitorialità – si vuole imporre a tutti i minori- comunque e qualunque situazione essi vivano in concreto - un modello di rapporto con i genitori astrattamente paritario, nella presunzione assoluta che sia l’unico valido e soprattutto quello più a beneficio del minore: convinzione in nessun modo supportata da sufficienti dimostrazioni scientifiche e tantomeno pratiche (si pensi ai tanti figli di famiglie monoparentali, di famiglie patch-work,

di famiglie omosessuali) e ancora meno dall'esperienza reale nei rapporti tra madre e padre che vedono ancora soprattutto le madri presenti accanto ai figli, a scapito di tempi dedicati al proprio sviluppo lavorativo-personale, al contrario invece della grande maggioranza dei padri (basti vedere per tutti l'irrisorio numero di congedi parentali e contratti part-time richiesti dai padri italiani p.e).

PERSISTENZA DI COMPORTAMENTI DANNOSI GRAVI NONOSTANTE LE RIFORME

La ricerca in atto di Wave su una questione è già chiara: in nessun paese l'imposizione di una bigenitorialità in astratto – senza considerare la complessità di ciascuna famiglia – è riuscita a cambiare in meglio la realtà laddove vi fosse un genitore inadeguato; nemmeno rispetto a fenomeni gravi e dannosi ancora molto diffusi tra alcuni padri, quali l'inadempimento degli obblighi di mantenimento per i figli, assenza/disinteresse e il comportamento violento nei confronti della madre e/o dei figli stessi, tutti comportamenti che continuano a persistere inalterati, anzi si sono statisticamente aggravati.

Come era prevedibile una legge che persegua essenzialmente intenti "educativi" in nome di un modello unico, anziché regolamentare una complessa realtà avendo cura di equilibrare tutti i diversi interessi/diritti in gioco, non solo è destinata al fallimento, ma rischia anche di provocare gravi danni alle persone (anche minori) coinvolte. Si pensi solo ai tanti casi ove la violenza in famiglia da parte dell'uomo per i noti motivi (paura, difficoltà della denuncia, etc.) non è giuridicamente constatata: in questi casi una disciplina così uniforme che non permetta spazi di vera "contrattazione" tra i genitori neutralizza un importante strumento che poteva essere utilizzato per proteggere un minore da un genitore violento: ovvero l'affidamento all'altro genitore (più adeguato) e misure di limitazione/controllo nell'esercizio della potestà del padre violento.

ESEMPIO DELL' AUSTRALIA

Il recente sviluppo della legge australiana sull'affidamento figli è per i paesi europei un esempio da seguire con interesse, considerato che dedica da più di 30 anni approfondite ricerche giuridiche e psicologiche alle problematiche familiari, sviluppando efficaci interventi di tutela dei soggetti cd. "deboli" all'interno del rapporto di poteri che può instaurarsi in molte famiglie.

Anche l'Australia ha ceduto nel 2006 alla "seduzione" di una visione di genitori parimenti presenti e responsabili, innegabilmente desiderata da tutta la società: pertanto ha introdotto nelle norme sull'affidamento una forte parità formale di diritti tra genitori, ampliando i diritti dei padri. Fra le altre cose la legge chiedeva la "equal parental responsibility" (pari responsabilità genitoriale) e "equal time" (pari tempi), introduceva la mediazione obbligatoria prima di adire il Tribunale (salvo nei casi di violenza domestica). Inoltre fu introdotta la "friendly parent provision" (regolamentazione a favore del genitore "ben disposto") con cui si privilegiava dare l'affidamento al genitore che dimostrasse più disponibilità verso l'altro, con la conseguenza che spesso le mogli/madri traumatizzate dalla violenza del partner che non trovavano credibilità, venivano dichiarate non "friendly" verso il padre, con conseguente loro limitazione nella regolamentazione dell'affidamento.

A soli sei anni dall'applicazione di detta legge l'Australia ha dovuto fare marcia indietro! **Le conseguenze di questa nuova regolamentazione australiana, infatti, sono state talmente negative, soprattutto per i minori coinvolti, che nel novembre del 2011 la**

legge è stata nuovamente modificata, in quanto varie ricerche scientifiche e studi¹ hanno dimostrato la dannosità ed il pericolo di una siffatta regolamentazione, non solo nei casi di violenza domestica pregressa e/o attuale, ma anche nei casi di alta conflittualità tra i genitori dopo la separazione.

Pertanto la **“Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other Measures Act 2011”**, passata nel novembre 2011 ha portato a significativi emendamenti, come p.e. l’abolizione della “friendly parent provision”, della mediazione obbligatoria, della previsione di una sanzione pecuniaria a carico del genitore che alleggi fatti falsi/dichiarazioni false.

Indagini approfondite sulla capacità genitoriale

In nome del diritto del minore alla propria incolumità/sicurezza psico-fisica da considerare prevalente rispetto al diritto alla bigenitorialità la riforma australiana chiede ai giudici del procedimento relativo all’affidamento maggiore attenzione/indagine in ordine a elementi fondanti di una genitorialità adeguata e dei bisogni del minore quali:

Rispetto ai genitori analisi approfondita su: adempimenti materiali e morali del genitore, considerando in dettaglio l’adempimento dell’obbligo di mantenimento, la reale partecipazione alle decisioni più importanti per il figlio, il tempo realmente trascorso con il figlio, considerando sia l’attualità che il passato; le modalità di comunicazione con lo stesso e con l’altro genitore; la capacità del genitore di sostenere di fronte al figlio altra figura genitoriale; la distanza territoriale tra i due genitori.

Rispetto ai figli analisi approfondita su: desideri/esigenze/bisogni degli stessi rispetto all’affidamento e se il minore esprime forte dissenso/rifiuto considerare ciò in relazione all’età e grado di maturità del minore; considerare se l’equilibrio psico-fisico del minore e i suoi bisogni emotivi sarebbero realmente pregiudicati dalla mancanza o limitazione del rapporto con un genitore; se uno o entrambi i genitori si sono opposti all’affidamento condiviso considerare con attenzione la loro motivazione.

Approfondimento del concetto di violenza e abuso in famiglia

In ogni caso la medesima riforma chiede ai giudici di considerare soprattutto la sicurezza del minore e se vi sia stata anche in passato violenza in famiglia. In tal senso è fondamentale l’introduzione dell’approfondimento e ampliamento del concetto di violenza e abuso in famiglia con inclusione dell’esposizione del minore da parte del genitore violento alla violenza assistita, di ogni comportamento negligente e psicologicamente dannoso per il figlio, del controllo sociale ed economico del partner sull’altro partner e/o figli. Nei casi di violenza portata in giudizio (civile e/o penale) il giudice deve considerare non solo i provvedimenti passati in giudicato, ma anche quelli cautelari, quelli revocati per volontà della parte lesa, quelli molto remoti nel tempo.²

Questa tempestiva e clamorosa “marcia indietro” da parte del legislatore è stata possibile solo grazie ad approfondite ricerche e studi sui casi conseguenti alla novella del 2006, e si

¹ [Evaluation of the 2006 family law reforms](#), Rae Kaspiew, Matthew Gray, Ruth Weston, Lawrie Moloney, Kelly Hand, Lixia Qu and the Family Law Evaluation Team, 2009.

-- Melbourne: Australian Institute of Family Studies

Report; Electronic publication

Record #4804

[Family courts violence review : a report by Professor Richard Chisholm](#), Richard Chisholm, 2009.

-- Canberra: Attorney General's Department

Report; Electronic publication

² http://www.wlsa.org.au/campaigns/put_safety_first_in_family_law/#resources, in particolare articolo:

Guide to the Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other Measures) Act 2011

è imposta alla luce di evidenti situazioni di pericolo e danno per i minori coinvolti in tante situazioni non solo di “conclamata violenza”, ma di persistente alta conflittualità tra genitori e/o grave pregressa violenza in famiglia, oltre che della verifica di maggiori disagi ai minori causati da situazioni incerte, incontrollabili, in balia di genitori che non trovavano più argine in limiti ben definiti e motivati dalle norme sull’affidamento, come riportato da alcune ricerche ³.

IMPARARE DALLE ESPERIENZE DI ALTRI PAESI

Uno dei dati più interessanti dell’esperienza australiana che sta facendo riflettere molti paesi è che l’affidamento condiviso sempre e comunque non solo si è rivelato dannoso e pericoloso per i minori nei casi di violenza in famiglia, ma può avere effetti negativi “destabilizzanti” anche in varie altre situazioni e dovrebbe pertanto essere applicato solo a determinate condizioni.

A considerazioni simili è arrivata, infatti, anche una importante ricerca **che l’università di Oxford** ha concluso nel maggio 2011 (Universita' di Oxford, Department of Social Policy and Intervention), descritta in una sua recente pubblicazione, “Family Policy Briefing 7” del maggio 2011, intitolata **“Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?”** ⁴). Nella sua vasta analisi comparata delle più diverse legislazioni sull’affidamento figli di molti paesi europei ed extra-europei (USA, Canda e Australia prima della riforma del 2011), la ricerca conclude come segue (pagina 13 articolo citato): **“Shared time is workable for some families but risky for others. Any parenting arrangement can be good or bad for children, depending on the circumstances. There is mounting evidence, however, that shared time is more risky for children than other parenting arrangements where there are safety concerns, where there is deeply entrenched inter-parental conflict and/or when children are very young. These circumstances are likely to be evident in cases where legislation needs to be used to make a decision. Ironically, legislation promoting shared time seems likely to be most directly applied in contexts where shared time is least likely to be beneficial for children.”**

(Nella traduzione che segue il “shared time”, letterale “tempi condivisi” è tradotto con “affidamento condiviso con tempi condivisi” (in breve “tempi condivisi”), in quanto di questo si tratta nell’ordinamento inglese, ovvero della previsione legislativa di tempi di permanenza presso ciascun genitore il più paritari possibili.)

Traduzione: “La regolamentazione dell’affidamento condiviso con tempi condivisi” può funzionare con alcune famiglie, con altre è rischiosa. Qualsiasi accordo parentale può essere positivo o negativo per i figli, secondo le circostanze. In ogni caso c’è una crescente dimostrazione/prova che la regola dei “tempi condivisi” è più rischiosa per i figli

³ <http://www.austdvclearinghouse.unsw.edu.au/specialcollectionfamilylaw.htm> sito di The Clearinghouse ,, Women's Safety Agenda through the Office for Women, Department of Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs (FaHCSIA). , School of Social Sciences and International Studies, University of New South Wales.

In particolare: **Record # 5150 'The effect of family violence on post-separation parenting arrangements: the experiences and views of children and adults from families who separated post-1995 and post-2006'** Bagshaw, Dale; Brown, Thea; Wendt, Sarah; Campbell, Alan; McInnes, Elspeth; Tinning, Beth (2011)

⁴ <http://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-mds/haps/projects/MESH/AHRC-Meetings/Meeting2/MavisMaclean.pdf>

rispetto ad altre forme di affidamento quando vi sono motivi di preoccupazione per la sicurezza, quando vi è un conflitto tra i genitori profondamente radicato e/o quando i figli sono molto piccoli. E' più probabile che queste condizioni si evidenzino nei casi dove la legge deve intervenire per imporre una sua decisione. Ironicamente la legislazione che promuove i "tempi condivisi" sembra venire applicata più direttamente proprio in quei contesti ove è probabile che i tempi condivisi siano i meno adeguati per il benessere dei figli."

NON SOSTENIBILITA' SCIENTIFICA DELLA PAS-Parental Alienation Syndrome

Per ultimo la citata ricerca Wave sottolinea una volta per tutte come a livello mondiale oramai sia superfluo dover citare la copiosa letteratura scientifica per svelare l'assoluta non scientificità della c.d. PAS – Parental Alienation Syndrome (Sindrome da Alienazione Parentale) , già dichiarata dall'Associazione nazionale degli psicologi americani come non utilizzabile e definita un'"invenzione" dall' Asociación Española de Neuropsiquiatría , dichiaratasi contraria all'uso della SAP (2010) ⁵ ed è semplicemente imbarazzante vedere in un Parlamento di un Paese civile l'abuso che di tale concetto si fa, non solo citandolo come scientifico, ma motivando con esso significativi interventi legislativi che vogliono incidere sulla vita di tutte le famiglie in Italia.

Luglio 2012 avv. Marcella Pirrone per "D.i.Re - Donne in Rete contro la violenza",
Gruppo Avvocate

⁵ [The evidentiary admissibility of parental alienation syndrome: science, law and policy](#)

Hoult J 2006, 'The evidentiary admissibility of parental alienation syndrome: science, law and policy', *Children's Legal Rights Journal*, vol. 26, no. 1, pp. 1-61. #3593 This article presents the first detailed US analysis of the science, law and policy issues in the evidentiary admissibility of Parental Alienation Syndrome (PAS). It examines precedent-relevant decisions in the US and law review articles on PAS in the past 20 years. It finds that US precedent holds PAS inadmissible and the majority of legal scholarship sees it negatively. It analyses PAS's admissibility under the standards defined by leading US cases with regard to its scientific validity, reliability and finds that PAS remains inadmissible under those standards.

Parental Alienation: A Rational Approach by Joan Meier NY State Office for Prevention of Domestic Violence Newsletter <http://www.stopfamilyviolence.org/info/custody-abuse/parental-alienation/parental-alienation-a-rational-approach>

Crisma M., Romito P. (2007) L'occultamento delle violenze sui minori:
il caso della Sindrome da Alienazione Parentale. *Rivista di Sessuologia*, 31(4):263-270.