

Forum Associazione Donne Giuriste

Documento Forum Associazione Donne Giuriste su proposte di Legge:

Lucidi, C.66 Tarditi, C.453 Cento, C.643 Lucchese, C.1268 Trantino, C. 1558 Vitali e

Marras, testo unificato on. avv. Maurizio Paniz

*** **

Già da qualche anno siamo allertate e preoccupate dalle proposte di legge che vorrebbero obbligatorio l'affidamento congiunto dei figli in caso di separazione o divorzio dei genitori. Dobbiamo convenire che l'aggettivo "congiunto", e ancor di più quello "condiviso", dà serenità e piace: ai cattolici e a chi pensa alla famiglia sempre unita, ai laici perché li rassicura sulle loro capacità genitoriali, ai padri - finalmente riconfermati nel ruolo che rivendicano -, e persino alle madri, quelle che ancora non hanno sperimentato la separazione e che sperano, attraverso una simile forma di affidamento, di poter condividere il peso dell'educazione e della crescita dei figli. Sicuramente non piace alle persone che hanno vissuto situazioni di violenza o separazioni conflittuali, né agli psicologi dell'infanzia che queste situazioni devono curare. Non piace neppure agli operatori di diritto, qualcuno dice per la loro tradizionale incapacità a recepire il nuovo, per l'abitudine ad analizzare le parole, a confrontarle tra loro, con il timore che mal si coordinino con le norme del diritto, per la diffidenza nei confronti delle soluzioni "politiche" ed infine, molto meno nobilmente, perché la lite è per gli avvocati fonte di reddito e l'affidamento congiunto/condiviso, eliminando alla radice la conflittualità tra coniugi in ordine ai figli, riduce la lunghezza delle cause e conseguentemente i proventi degli avvocati. **Non condividiamo queste considerazioni e non crediamo che l'affidamento condiviso stabilito per legge sia la soluzione di alcun problema**, per i seguenti motivi.

D) Non c'è chiarezza sul concetto di affidamento condiviso.

In via preliminare occorre evidenziare come gli odierni proponenti, al di là di altisonanti e fumose petizioni di principio, non hanno affatto definito l'istituto dell'affidamento condiviso.

Fino al 1987 la questione dell'affidamento non si poneva, in quanto - essendo pacifico che, dopo l'interruzione della convivenza, il figlio non può essere contemporaneamente con il padre e con la madre - genitore affidatario diventava colui con il quale di fatto il minore continuava ad abitare; rarissimi erano i casi di affidamento del figlio al padre e la giurisprudenza era chiamata per lo più a risolvere le questioni attinenti alle modalità di frequentazione del genitore non affidatario.

Le cose sono cambiate con la legge n. 74 del 1987, la quale, modificando l'art. 6 della legge sul divorzio, ha previsto 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".

Non vi è alcuna disposizione, né in questa legge né in altre, che estenda la possibilità di affidamento congiunto o alternato alla separazione, e questo non a caso. Il legislatore ha infatti introdotto figure speciali di affidamento soltanto con riferimento al divorzio ritenendo indispensabile, per un buon funzionamento dell'affidamento congiunto, che vi sia assenza di conflitto e presupponendo che, al momento del divorzio, i conflitti siano cessati.

Nella prassi, su accordo dei genitori, l'affidamento congiunto trova applicazione anche nell'ambito della separazione sin dal 1987, e già per questo non si spiega l'esigenza di una nuova legge che lo trasformi da possibile in obbligatorio (o meglio, con ciò si spiega che le finalità perseguite con l'affidamento condiviso obbligatorio sono ben diverse dalla dichiarata volontà di continuare ad essere "padri"!).

L'affidamento congiunto è reclamato a viva voce dalle associazioni dei padri separati, mentre il mondo femminile sottolinea che tuttora è la madre la figura di riferimento quotidiano dei figli e

ritiene che l'affidamento condiviso possa essere disposto nei soli casi in cui entrambi i genitori lo richiedano concordemente e siano già presenti in modo continuativo e parimenti significativo nella vita dei minori.

La nostra esperienza professionale ci ha dimostrato come, in questi anni, si sia spesso verificato che:

- il coniuge separato abbia preteso ed usato l'affidamento congiunto non per far fronte ai suoi doveri genitoriali ma per continuare ad esercitare controlli sulla moglie, con la quale il figlio minore ha l'abitazione preferenziale;

- l'affidamento congiunto abbia fatto riprodurre le stesse relazioni di potere fra uomo e donna, costringendo la madre a continuare a mediare il rapporto tra padre e figli con la medesima intensità che si aveva in costanza di matrimonio, subendo tra l'altro una maggiore penalizzazione sul piano personale ed economico;

- **molti genitori siano convinti che l'affidamento congiunto significhi che ciascuno, senza tener conto dell'altro e tanto meno del figlio, possa decidere in piena autonomia cosa far fare al bambino.** Si arriva così al paradosso che, ad esempio, poiché la mamma ha iscritto il figlio a nuoto, il papà si senta leso nel suo diritto di decidere e, autonomamente, lo iscriva a judo: così il figlio farà un'attività quando è con la mamma e un'altra attività quando è con il papà, indipendentemente da ciò che è utile per lui e dalla stanchezza che può accumulare. Oppure accade che quando è con la madre il bambino segue una dieta macrobiotica e quando va dal papà si rimpinza di hot dog, hamburger, pizza, coca cola e così via.

- alcuni padri poi chiedano l'affidamento congiunto per poter sostenere che, in questo modo, nulla devono dare all'altro per il mantenimento del figlio.

Se per condiviso si intende una forma di affidamento in base alla quale, anche dopo la separazione, i genitori rimangono entrambi responsabili dei figli, e pertanto le decisioni più importanti che riguardano i minori devono essere adottate di comune accordo, allora si deve rilevare che non ce n'è alcun bisogno, in quanto vi è già l'articolo 155 c.c. che lo prevede. Tale norma infatti precisa e prevede che, in caso di affidamento monogenitoriale, "...le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui non sono affidati i figli ha il diritto-dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione."

Se affidamento condiviso significa invece che tutte le decisioni, non solo quelle tradizionalmente ritenute più importanti, come le scelte scolastiche, religiose e mediche, ma proprio tutte, comprese le modalità di vita, l'alimentazione, i viaggi, le compagnie da frequentare, le vacanze, le gite scolastiche, debbano essere prese dai genitori insieme, allora è evidente che per realizzarlo i genitori devono concordare precisi modi e limiti anche della propria vita personale: anzi, le loro abitazioni dovranno essere vicine (come non a caso prevedono le proposte di legge in esame) e la comunicazione tra loro dovrà essere quotidiana e di massimo reciproco rispetto. Ed è allora evidente che tali presupposti sono realizzabili soltanto laddove c'è un **consapevole e libero accordo dei coniugi**: se tali scelte fossero invece imposte, verrebbe svuotato di contenuto il diritto alla separazione personale, da oltre mezzo secolo riconosciuto e garantito dal nostro ordinamento e da oltre venticinque anni concepito come mezzo di gestione autonoma della crisi coniugale attraverso la formula della separazione consensuale.

II) In caso di contrasti tra i genitori l'affidamento congiunto è fonte di problemi e nessun vantaggio porta ai figli.

Spesso la separazione si determina per mancanza di comunicazione tra i coniugi ed a volte forti sono proprio i contrasti in ordine all'educazione dei figli. In questi casi l'affidamento congiunto/condiviso è solo fonte di ulteriori problemi, nessun accordo sarà possibile ed inevitabile sarà il ricorso al giudice per ogni piccola decisione, senza tener conto poi delle ulteriori difficoltà che si pongono per far eseguire i provvedimenti che riguardano i figli affidati ad entrambi i genitori.

La stessa giurisprudenza ha osservato che "l'affidamento congiunto dei figli presuppone il massimo spirito collaborativo dei coniugi e pertanto deve escludersi la sua applicazione

allorquando persistano contrasti tra i medesimi" (*Tribunale di Genova 18.4.1991*¹). L'intesa genitoriale è talmente importante che il venir meno della volontà di uno dei coniugi di continuare nell'affido congiunto è stata ritenuta una circostanza sufficiente a giustificare il mutamento dell'affido da congiunto in esclusivo! (così *Tribunale di Milano*, decr. 14.7.1993 - Pres. Paella - Est. Servetti) E la migliore dottrina ha monoliticamente condiviso ed avallato detto orientamento [si vedano BIANCA, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova 1993, VI, 1, 387 e gli altri autori ivi citati; CARRATO, *Limiti di applicabilità all'affidamento congiunto*, in *Giur. mer.*, 1994, 266 (nota a Tribunale di S. M. Capua Vetere 14.9.93); SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano 1996, 401 ss.; DE FILIPPIS CASABURI, *Separazione e divorzio*, Padova 1999, 218 ss.)².

Di segno contrario la recente pronuncia del *Tribunale Minorenni di Venezia* con una curiosa motivazione, basata sul permanere del conflitto tra coniugi ma, di fatto, attribuisce un affido solo – nominalmente- condiviso prevedendo l'abitazione preferenziale presso la madre e fine settimana dal padre.

Per quella che è la nostra esperienza, ma anche in base ai dati che emergono dalle ricerche, laddove c'è stata nel corso del matrimonio la partecipazione del padre alla cura ed alla educazione dei figli, tale ruolo non viene negato dalle madri, le quali anzi accettano con tranquillità, o esse stesse propongono, un affidamento congiunto ed una condivisione di tempi e responsabilità.

Non si può pensare (e non si possono illudere i cittadini) che sia la legge a trasformare un genitore biologico in un genitore responsabile!

L'affidamento congiunto rimane una scelta da compiere con autonomia ed autodeterminazione in quanto esige grande maturità e capacità dei coniugi di gestire i conflitti. Essendo fondato sulla piena disponibilità dei genitori, deve essere adottato solo su accordo delle parti e non può essere imposto né dal giudice né dalla legge!

Inoltre:

III) L'affidamento condiviso non inciderebbe minimamente né sul numero né sui tempi delle procedure giudiziarie.

Le statistiche dicono che la maggioranza delle separazioni è sin dall'inizio consensuale ed altre lo diventano nel corso del giudizio, così che si chiude consensualmente oltre il 90% delle istanze presentate.

Il restante 10% delle separazioni prosegue giudizialmente perché non si sono risolte le questioni di carattere economico; pochissimi sono i casi di separazione che proseguono giudizialmente per contestazioni sull'affidamento dei figli o sulle modalità di visita. Vedi dati raccolti dal Forum Donne Giuriste e dalla Associazione Nazionale Magistrati.

IV) Infine è mera demagogia ascrivere il disagio giovanile alla separazione dei genitori.

Sempre le statistiche, oltre che le nostre esperienze professionali, dicono che vi sono ragazzi, figli di genitori separati, assolutamente sereni e felici. Anche in questi casi la serenità dei figli si accompagna, come avviene nelle famiglie unite, alla serenità dei genitori, e quando la separazione fa cessare i litigi e le tensioni prima esistenti in famiglia, sono i figli stessi che riconoscono di stare meglio così.

Non è quindi la separazione di per sé, né tanto meno l'affido monogenitoriale, a creare disagi, ad aprire *tout court* la strada alla tossicodipendenza, all'anoressia, alla bulimia, all'alcolismo, al disadattamento sociale, alle stragi del sabato sera, ad episodi come quelli di Verona (Maso) e di Novi Ligure (Erika ed Omar) - nei quali, guarda caso, i genitori non erano affatto separati! -, e ad

¹ Pubblicata in *Giust. Civ.*, 1991, II, 3095.

² Il medesimo principio è stato espresso dalla giurisprudenza di merito e di legittimità: tra le tante v. Cass. Civ. sez. I, 4.11.97 n. 10791, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Corte D'Appello Milano, 9.5.1986, in *Dir. Fam.*, 1986, 1019; Trib. Genova, 18.4.1991, cit.; Trib. Catania 8.6.1994, in *Dir. Fam.*, 1995, 222.

ogni forma di disagio giovanile come, invece, qualche tendenziosa trasmissione televisiva e, ancor peggio, qualche dolosa o capziosa presentazione di progetto di legge (esempio speculare è quella a firma Tarditi) vorrebbe far credere all'opinione pubblica ed ai Colleghi Onorevoli!

Giovanni Bollea, padre della moderna neuropsichiatria infantile, insegna che solitamente le prime avvisaglie di chiari contrasti di coppia iniziano, in forma sensibile, 5/6 anni prima che si arrivi alla decisione di separarsi legalmente, decisione che può anche non arrivare. Anni in cui il dissidio della coppia è spesso accompagnato da litigi dinanzi ai figli, colpevolizzazioni, ricatti, uno stato d'allarme che non fa crescere e non dà sicurezza e che può procurare un elevato danno psicopatologico. (Vol. Le madri non sbagliano mai)

Stando così le cose, l'intervento che si compie al momento della separazione è tardivo. Il problema, ancora una volta, non è legale ma culturale. Non è la separazione di per sé a creare problemi ma l'incapacità di comunicare e di essere genitori. L'intervento quindi deve avvenire prima e tutti dobbiamo operare affinché l'assunzione della responsabilità genitoriale avvenga sin dalla nascita del bambino.

*** **

CRITICA alle PROPOSTE DI LEGGE SULL'AFFIDAMENTO CONDIVISO

a) Già si è scritto come il disagio giovanile sia conseguenza non della separazione dei genitori ma della inadeguata preparazione degli stessi a svolgere il ruolo genitoriale, e ciò indipendentemente dalla patologia del rapporto di coppia.

b) Nella presentazione dei vari progetti di legge si proclama che tutti i paesi ove esistono separazione e divorzio, e in particolare quelli Europei, stanno modificando i propri ordinamenti per introdurre l'affidamento congiunto/condiviso quale soluzione di tutti i problemi, in tal modo adeguandosi alla convenzione di New York del 20.11.89 sui "diritti del fanciullo", resa esecutiva in Italia con la L. n. 176 del 27.5.1991.

L'estensore ignora dunque che a quella di New York è seguita la "Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo" aperta alla firma a Strasburgo il 25.1.1996. Se così non fosse non si spiegherebbe la preterizione!

Ignora altresì che, come è risultato dal convegno "Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa" tenutosi a Bologna il 17-18 aprile 1998, ed organizzato dall'A.I.A.F. in collaborazione con l'Università di Bologna³ [nell'ambito del quale docenti universitari di diritto di famiglia dei vari paesi (Germania, Inghilterra, Spagna, Francia, Danimarca e Olanda) hanno relazionato e messo a confronto le rispettive esperienze], **l'istituto che nelle altre nazioni viene chiamato con locuzioni letteralmente traducibili con "affidamento congiunto" (o "condiviso") [quali *joint custody, garde conjointe*] corrisponde, in realtà, nella maggior parte dei casi, a quello che l'art. 155 c.c. definisce affidamento esclusivo. Trattasi infatti di forme di affidamento che prevedono l'esercizio congiunto della potestà genitoriale limitatamente alle questioni di maggiore interesse per i minori.**

Ignora - o, ancora peggio, tace! - il fatto che l'esperienza dei paesi Europei che hanno tentato di introdurre nella propria normativa familiare la regola dell'affidamento condiviso ha dimostrato come solo un consenso informato e motivato da parte di entrambi i genitori renda gestibile in concreto una simile forma di affido (esemplari, in tal senso, la Francia, il Lussemburgo, l'Austria e la Germania ove vi è addirittura stata **una sentenza della massima Corte Federale - Bundesgerichtshof del 25.9.99 - la quale ha sancito che in caso di disaccordo tra i genitori non possa essere imposto l'affido condiviso.**

Molteplici ricerche di taglio internazionale e comparato (dei paesi suddetti e degli U.S.A.) confermano che, soprattutto con riferimento al precipuo interesse dei minori, l'imposizione *ex lege*

³ Ed i cui atti sono stati pubblicati nel volume edito da Giuffrè nel 2000 (avente lo stesso titolo) Collana del Seminario Giuridico dell'Università di Bo

dell'affido condiviso non ha affatto comportato i risultati perseguiti e, quel che è peggio, ha dato luogo ad un aumento della conflittualità ed alla conseguente moltiplicazione delle cause, nonché all'inevitabile ricaduta sui figli del relativo disagio. Sono così smentite, proprio dalle esperienze dei Paesi che l'hanno già sperimentato, le pretestuose illazioni delle associazioni dei padri separati, secondo cui gli avvocati del diritto di famiglia si oppongono alla istituzione dell'affidamento condiviso per legge perché temono di perdere lavoro. E' vero esattamente il contrario: tale previsione è fonte di ulteriori liti e lavoro proprio per gli avvocati!

c) A differenza di quanto è scritto nella presentazione, l'affidamento congiunto non è affatto stato introdotto nel Nostro Paese con la legge n. 151 del 1975 (la c.d. legge sulla riforma del diritto di famiglia), ma ben 12 anni dopo dalla Legge n. 74 del 6.3.1987 (la nota riforma del divorzio!).

d) I proponenti non chiariscono - nel momento stesso in cui dichiarano invece di farlo - cosa si intenda per "affidamento condiviso" ed in cosa lo stesso si differenzi da quello congiunto; ipotizzano ripartizioni di giorni tra un padre e una madre separati e quindi prevedono che il figlio stia alternativamente con l'uno o con l'altro genitore. Così in realtà esso ricalca, in nulla distinguendosi, l'affidamento alternato, già previsto dal nostro ordinamento (L. n. 74/87) e ben poco praticato per il grave senso di disorientamento e la difficoltà a trovare una propria identità che si creano nel minore.

E la lacuna e la confusione testé denunciate non sono di poco conto visto che, come tutti i proponenti rivendicano "la problematica investe un elevatissimo numero di persone". Ed è allora proprio per questo, rispondiamo noi, che la norma deve, preliminarmente, essere quantomeno chiara e precisa.

e) La legge n. 74/87 prevede espressamente che il giudice, nel disporre l'affidamento congiunto, debba tenere conto dell'età del minore. E' evidente, che per il legislatore della riforma del divorzio, il riferimento all'età sia stato posto come una sorta di *discrimen* per tutelare la prole in tenerissima età, portatrice di bisogni che solo la madre è in grado di soddisfare.

Tanto basta a denunciare l'ipocrisia delle odierne proposte che **vogliono declassare l'età del minore a criterio irrilevante ai fini dell'applicazione o meno dell'affidamento condiviso!**

La cosiddetta "*teoria dell'attaccamento*" sostiene che tra la madre ed il bambino si sviluppi un legame quasi simbiotico addirittura a partire dai primi mesi del concepimento⁴, ed è comunque un dato ormai definitivamente acquisito, da diversi decenni, dalle discipline psicologiche e psichiatriche che nei primissimi anni di vita è indispensabile per il bambino l'assidua presenza materna. Al di là delle ricerche scientifiche, tale dato corrisponde ad una percezione così connaturata ed atavica nel consorzio umano da trovare le sue radici già nel diritto romano - il quale, nonostante il granitico concetto di *patria potestas*, sin dal 294 d.C.⁵ era giunto a statuire che, in caso di *divortium*, il giudice potesse affidare i figli alle madri - e da essere tuttora presente persino nella legislazione dei paesi musulmani dove i figli - in linea di massima - sino all'età di 7 anni (se maschi) - 9 (se femmine) sono affidati per legge alla madre⁶.

Il criterio dell'età porta quindi ad escludere, nel diretto interesse della prole, la percorribilità del sistema dell'affidamento condiviso almeno fino a quando il minore non abbia raggiunto un certo grado di maturità e di autonomia fisica e psicologica⁷.

⁴In tal senso v. CREPET, in *Il minore tra "malacura" e giustizia*, Atti del Convegno organizzato dal Forum - Associazione Donne Giuriste (e tenutosi a Parma il 16-17.6.2000), Parma 2002, 153 s.

⁵ Anno in cui è stata emanata la costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano, costituzione introduttiva di detta norma e riportata in C. 5.24.1. Sull'argomento si veda BONINI, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, in AG, 181 (1971), 33.

⁶ L'ordinamento sciariatico prevede, in caso di divorzio, il diritto-dovere della donna alla custodia dei figli di regola fino al compimento del 7° anno per i maschi e del 9° per le femmine; in molti paesi però gli statuti, nell'interesse dei figli, hanno ritenuto opportuno elevare l'età della custodia alle madri fino a 15 anni. Sull'argomento si veda, più dettagliatamente, PRADER, *Il matrimonio nel mondo*², Padova 1986, 26.

⁷ COSTANZA, *Quale interesse nell'affidamento congiunto della prole?*, in NGCC, 1997, 1, 592.

f) Ingenuo - o ingannevole - è credere - o voler far credere - che un provvedimento giudiziario possa comporre i conflitti dei coniugi-genitori solo perché la decisione che dispone l'affidamento congiunto non "fa vincere nessuno dei due contendenti", in quanto la "neutralità" del provvedimento di affidamento condiviso pone i coniugi in una posizione paritaria, che non dovrebbe lasciare molti spazi a prevaricazioni ed a desideri di rivalsa. Questi risultati sono solo una remota eventualità il cui verificarsi rimane nel mondo delle possibilità.

In realtà è più probabile il pericolo di rinviare *sine die* una situazione di conflittualità, con il rischio costante di una sua nuova esplosione in sede processuale: conflittualità alimentata, e non erosa, dalla necessità di concordare ogni singola attività del bambino, reiterando anche nel periodo successivo alla separazione la stessa situazione critica che ha portato (o che ha contribuito) alla rottura del rapporto di coppia, nell'assurda e reazionaria speranza che l'affidamento condiviso crei "le condizioni ideali perché ogni minimo spiraglio per una riconciliazione possa essere convenientemente sfruttato".

Ne consegue che i provvedimenti relativi all'affidamento della prole non possono essere assunti, *ex abrupto*, in funzione della loro idoneità potenziale, ma debbono essere disposti in considerazione delle circostanze esistenti al momento in cui vengono stabiliti⁸: questo di per sé basta a dimostrare come l'affidamento "condiviso" non possa certamente essere imposto, ma possa soltanto essere scelto (o meglio, effettivamente e non soltanto formalmente, condiviso) concordemente dai genitori!

g) La mancanza di trasparenza e credibilità delle relazioni in esame è insuperabilmente denunciata e provata dal fatto che proprio i loro estensori citano, stravolgendone i contenuti, due sentenze che affermano principi esattamente opposti a quelli da loro rivendicati.

Trattasi: 1) della sentenza del Tribunale di Milano 9.1.1997⁹, ove, nella parte motiva, si legge chiaramente che l'affidamento congiunto della prole presuppone quale "postulato fondamentale" il massimo spirito collaborativo; 2) di quella, già citata, del Tribunale di Genova 18.4.1991¹⁰, la cui massima enuncia chiaramente tale principio e statuisce che deve essere disposto l'affidamento esclusivo quando tra i genitori persistano contrasti.

h) Al contrario di quanto sostenuto da coloro che, capziosamente, vogliono carpire il consenso dei più alimentando false speranze, dottrina e giurisprudenza, oltre che autorevoli voci delle discipline psicologi-

che, hanno inoltre evidenziato che sono proprio la disarmonicità e disomogeneità di abitudini e di mentalità a dare luogo a schizofrenie educative, sfociando in squilibri psichici del minore che verrebbe a trovarsi in una situazione di perenne incertezza.

*** **

VENIAMO ORA AI PUNTI PRINCIPALI DEL TESTO UNIFICATO SULL'AFFIDAMENTO CONDIVISO

1) Sulle modalità di esercizio della potestà genitoriale su questioni di ordinaria amministrazione.

Al Giudice è attribuita la facoltà (attenzione, non il potere, e neppure il dovere, quindi potrebbe anche non farlo lasciando presumibilmente ogni decisione al mediatore familiare!) di stabilire, in caso di disaccordo dei genitori, a quale dei due vada conferito il potere decisionale su quel determinato aspetto della vita quotidiana del minore, "attribuendo a ciascuno sfere di competenza distinte": ad esempio quindi il Giudice potrà (o dovrà?) stabilire quale dei due genitori deciderà se il minore potrà o meno frequentare la palestra o il corso di musica, *etc.*

⁸ COSTANZA, *op. ult. cit.*, 595.

⁹ Pubblicata in *NGCC*, 1997, 1, 586.

¹⁰ V. sopra, pag. 6 e nota 1.

I proponenti lamentano che il Giudice oggi decide l'affidamento alla prima udienza, sulla base di sommarie informazioni: ci chiediamo con quali criteri il giudice sceglierà quale funzione educativa l'uno o l'altro dei genitori potrà espletare meglio e soprattutto quanto tempo gli occorrerà, in termini strettamente processuali e di istruttoria, per prendere una fondata decisione di questa natura.

Oltretutto, ove vi siano tra i coniugi un conflitto più o meno latente ed una assoluta mancanza di dialogo, detta soluzione si trasformerà nell'esercizio di una mera attività aziendale dove i genitori provvederanno meccanicamente ciascuno alla propria funzione, completamente sordi ed indifferenti l'uno ai richiami, ai bisogni ed agli impegni dell'altro, e soprattutto a quelli del figlio, di talché il minore si troverà "condiviso" anche tra due burocrati.

A ciò dovrebbe ipoteticamente rimediare l'invio obbligatorio presso un non meglio identificato centro polifunzionale le cui competenze non sono chiarite ed i cui compiti non sono individuati né, tantomeno, spiegati.

Crediamo che non conosca il dramma della separazione giudiziale chi ritiene di poter risolvere i problemi con l'invio obbligatorio delle parti in un centro dove si suppone, perché il progetto di legge non lo dice, che i genitori debbano spiegare le loro teorie educative che verranno vagliate da operatori, psicologi del centro, giudici, consulenti tecnici, *etc.*, in tempi non individuati, in una fase sicuramente temporanea della vita dei figli, in un momento in cui le parti coinvolte riescono difficilmente a mantenere la lucidità, proprio per la contingenza della crisi matrimoniale. Il disegno perseguito con questa "invenzione giuridica" è evidente : si vuole sottrarre l'educazione dei figli all'autonomia dei genitori per consegnarla all'ingerenza dello Stato, con ciò restaurando la "concezione istituzionale della famiglia ", propria della dottrina fascista, ed eliminando quella "concezione costituzionale" che è stata il frutto di cinquanta anni di conquiste civili e democratiche!¹¹

2) Sulle prescrizioni in tema di residenza

Il testo unificato ha solo apparentemente eliminato la previsione, affetta da palese incostituzionalità, di un obbligo per i genitori a stabilire e mantenere, salvo gravi e comprovati motivi, la propria dimora in abitazioni tra loro facilmente raggiungibili. Tale violazione del diritto di libertà è infatti subdolamente introdotta nel testo unificato, laddove è previsto, con una formula atecnica ed ambigua, che. " il Giudice indichi il luogo o i luoghi di abitazione dei minori affidati, nonché i tempi e le modalità di presenza accanto ad essi di ciascun genitore."

E' infatti palese che, attraverso l'indicazione del luogo o dei luoghi di abitazione dei minori affidati, viene limitata la libertà di circolazione di ciascun genitore. E' inoltre da rilevare che detta disposizione sarebbe causa di aumento del contenzioso processuale in quanto renderebbe necessaria la modifica dei provvedimenti del giudice ogniqualvolta uno o l'altro dei genitori avesse l'esigenza di trasferire la propria residenza. Il tutto, per di più, in un momento in cui il mercato del lavoro prevede una sempre maggiore mobilità.

Non solo, la previsione di una possibile pluralità di luoghi di abitazione dei minori confligge con il preminente interesse degli stessi. Ogni individuo, e a maggior ragione un minore, ha bisogno, per la costruzione della propria identità, di punti saldi e precisi, uno di questi è sicuramente la casa. Tutti gli psicologi concordano nella negatività, per la costruzione del sé, della mancanza di riferimenti certi e continuativi. Il testo unificato legittima, ed addirittura prevede, una ripartizione salomonica del minore senza neppure consentire alla "vera madre" di rinunciare alla divisione del figlio.

3) Mantenimento in forma diretta e per capitoli di spesa

E' evidente che ritroviamo qui una delle reali, ma non dichiarate, rationes che hanno spinto le associazioni dei padri separati a "scendere in campo", ad "entrare in politica" o, quantomeno, ad

¹¹ Su questo argomento si rinvia agli approfonditi studi di OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano 1999, 20 ss.

affidarsi ai partiti ed ai singoli uomini politici da loro stessi appoggiati, per eliminare i due soli istituti che - nel complesso delle norme vigenti in materia di separazione e divorzio - possono davvero garantire il minore ed i suoi diritti a non subire cambiamenti di vita a causa delle vicende separative dei genitori: trattasi dell'assegno di mantenimento per il figlio da versare al genitore affidatario e dell'assegnazione a quest'ultimo della casa coniugale.

Eliminando l'affidamento monogenitoriale si eliminano, automaticamente, entrambi!

Ma andiamo con ordine e partiamo dalla prima questione.

Le proposte in esame prevedono il mantenimento in forma diretta e per capitoli di spesa quale modalità ordinaria di mantenimento dei figli.

Non è scritto chiaramente, e perciò, ai non operatori del diritto di famiglia può anche sfuggire, che ci troviamo di fronte alla silente abolizione dell'assegno mensile di contributo al mantenimento dei figli, unica forma - peraltro perfettibile - che garantisce al genitore affidatario (anche se in "condivisione" con l'altro), o comunque convivente con il figlio, un effettivo concorso alle spese a tal fine necessarie.

Come è possibile che due genitori, che si vedono imposto *ex lege* un affidamento condiviso non scelto e non voluto, e per di più con diverse capacità contributive tra loro, trovino un accordo sul tenore di vita da garantire al minore e sulla ripartizione dei "capitoli di spesa"?!

Ed ancora: nel caso in cui il genitore che, ad esempio, deve provvedere al capitolo di spesa "abbigliamento", a novembre non lo faccia adducendo che per i mesi successivi dovrà invece pagare il proprio dentista, l'altro cosa deve fare?

- mandare in giro il figlio senza cappotto?

- anticipare i soldi? E se non li ha?

- fargli mandare la "lettera dall'avvocato"? E se non basta?

- fargli causa? Ma con quale tipo di procedura?

a) un precetto? Non sappiamo - e le proposte non dicono - se l'accordo o la sentenza di separazione potranno essere considerati, a tale specifico fine, titolo esecutivo!

b) un decreto ingiuntivo? Il genitore gestito potrà sempre fare opposizione eccependo di non avere autorizzato né la gestione dell'acquisto di un cappotto né tantomeno l'acquisto di quel cappotto! E ci vorranno anni, soldi, ed avvocati per arrivare alla sentenza sul cappotto!

c) una causa civile ordinaria? Ci vorranno ancora più anni e più soldi - il numero degli avvocati potrà anche non cambiare - per la definizione del giudizio!

Quanto sopra basta a dimostrare come il mantenimento in forma diretta e per capitoli di spesa non solo non risolve i problemi, ed aumenta anzi il numero delle controversie, ma non tutela affatto il diritto del minore a mantenere lo stesso tenore di vita goduto in costanza del matrimonio dei suoi genitori.

E non si replichi che i proponenti sono stati così saggi e lungimiranti da prevedere che, in caso di violazione degli obblighi di mantenimento diretto, il Tribunale dispone, a carico del genitore inadempiente, il passaggio al mantenimento indiretto.

Intanto gli aspiranti legislatori si sono dimenticati di precisare come e quando il genitore può essere considerato inadempiente. E' sufficiente il mero inadempimento come in materia di locazioni? Ci vuole una costituzione in mora? E' sufficiente quest'ultima o è necessaria una pronuncia del giudice? Passata in giudicato? L'inadempimento deve raggiungere un certo ammontare? Se sì, quale? Se no, lasciamo al giudice la discrezionalità di valutare se l'inadempimento è abbastanza grave da giustificare il passaggio da una forma all'altra di mantenimento?

Chiunque intuisce che, in tale evenienza, ci sarà bisogno di una ennesima causa in Tribunale (con quale rito? Quello camerale? Le proposte di legge si dimenticano però di dirlo!) per disporre sia l'assegno sia la sua entità! Insomma, ci risiamo: altri anni, altri soldi, altri avvocati, con buona pace dei redditi di questi ultimi!

Ma non basta. La proposta non dice neppure se per il caso di inadempimento (al mantenimento diretto o indiretto) siano ancora da ritenersi applicabili le garanzie di cui all'art. 156 c.c. (garanzie

reali o personali imposte dal giudice della separazione, iscrivibilità dell'ipoteca giudiziale, sequestro dei beni in caso di inadempimento del genitore obbligato).
E noi sappiamo bene che per colmare una lacuna aperta dalla "distrazione" del legislatore occorreranno dieci anni per avere una pronuncia della Corte di Cassazione, e quindi centinaia di retrostanti cause di merito, nonché un mare di soldi mal spesi per pagare i soliti avvocati anziché per far fronte alle esigenze dei figli!

4) Sulla assegnazione della casa familiare

Nel testo unificato permane, malcelata, **la seconda vera ratio dell'affidamento condiviso imposto per legge: vale a dire la abolizione dell'assegnazione della casa coniugale al genitore affidatario.** Cancellato il secondo, come già scritto, si cancella *ipso iure* anche la prima!

La norma è fumosa e farraginosa; non dice a quale dei genitori spetti la casa familiare e riduce quest'ultima a mero strumento al servizio di entrambi i genitori per le visite ai figli; ma in tal modo il rischio è che per separarsi ci vogliano ben tre case, una per ciascun genitore e la terza per i figli (come dire...d'ora in poi si potranno separare soltanto i ricchi!).

Il diritto deve però anche essere certo e, ancor più in anni di crisi economica come questi, il legislatore non può permettersi di lasciare nel dubbio, su una questione vitale quale quella della casa, sia la coppia che intende separarsi sia il giudice che, in caso di mancato accordo, dovrà assumere la salomonica decisione senza più avere il parametro chiaro ed equo dell'affidamento.

Da anni i "padri separati" rumoreggiavano e protestavano per la assegnazione della casa coniugale alle madri affidatarie. Ora hanno individuato la chiave tecnica per annullare "signorilmente" questo rischio economico: l'eliminazione dell'affidamento monogenitoriale dei figli alle madri (che ovviamente, anche senza titolo, saranno quelle che continueranno a provvedere alla cura e custodia quotidiane dei minori)!

5) Sulla estensione alle unioni di fatto

E' davvero singolare che le proposte di legge in esame abbiano espressamente previsto l'estensione di queste nuove norme anche alle famiglie di fatto.

Il legislatore, che sino ad ora si è rifiutato di dare riconoscimento normativo alle unioni *more uxorio*, fosse anche solo per le disposizioni di sostegno economico (la recente e discussa legge della regione Lazio è emblematica in proposito!) oggi, viceversa, si ricorda ed anzi si preoccupa di vincolarla, in nome dell'interesse dei minori, agli stessi limiti, obblighi, controlli esterni, mediazioni, *etc.* imposti a quella fondata sul matrimonio.

Insomma, il denunciato tentativo di restaurazione della concezione "istituzionale" della famiglia è così totalitario da voler assorbire anche quella di fatto, soltanto però per vincolarla, non certo per estenderle le primarie tutele (quali i diritti successori e le agevolazioni fiscali) previste per quella "legale"!

Ed anche per questa ennesima aberrazione di politica legislativa le cinque proposte di legge sono a nostro avviso da rigettare.

6) Sugli strumenti extragiudiziari proposti per la soluzione dei conflitti: la mediazione familiare

Da anni le donne chiedono la partecipazione di mariti e compagni alla gestione della casa ed alla cura dei figli. Le ricerche fatte hanno evidenziato come il costume e le consuetudini sociali si modifichino sì, ma molto lentamente, ed hanno evidenziato anche come il numero di mariti e padri **-assenti-** sia inversamente proporzionale al livello di istruzione: più basso il livello di istruzione più alta la percentuale di disinteresse.

Neppure gli interventi legislativi, che da anni si susseguono per consentire concretamente alle madri di essere sostituite e/o affiancate dai padri nella gestione dei figli (astensione facoltativa, permessi, congedi parentali), hanno modificato la situazione tant'è che la percentuale dei padri che ricorrono a questi istituti rimane una delle più basse d'Europa.

E' quindi quasi ovvia la conseguenza che nella stragrande maggioranza dei casi i figli siano affidati alla madre.

Questo dato corrisponde in parte alla richiesta delle donne, ma è anche un dato che ratifica l'esistente, una realtà in cui sono ancora le donne, anche se lavorano fuori casa, ad organizzare la vita domestica (una recente indagine ISTAT documenta che le donne lavorano in media 15 ore al giorno, 6 ore in più del marito) e ad occuparsi dei figli. Interessante sul punto è la recente indagine (Eppa- European Psychoanalytic and Psychodinam Association- notizia riportata dai media, tra i tanti v. il quotidiano La Repubblica del 16 febbraio 2002) secondo cui i padri italiani dedicano ai propri figli una media di 15 minuti al giorno, solitamente trascorsi a guardare insieme la televisione.

In questi ultimi anni la scelta dell'affido dei figli alle madri, anche se rispecchia la realtà di un frequente disinteresse paterno, è contestata in quanto, si dice, è ingiustamente generalizzata e penalizza quella percentuale, ancora modesta ma certamente non per questo *da ignorare*, di padri che, al contrario, vogliono occuparsi compiutamente dei loro figli.

E' stato poi posto l'accento sull'importanza che assume nella vita dei bambini la presenza di entrambi i genitori, la necessità di dare voce ai minori, e di trovare strumenti alternativi alla soluzione giudiziaria.

Si è così pensato alla mediazione familiare, cioè ad una specifica modalità di intervento nel conflitto coniugale consistente nell'attivazione, da parte di un esperto in relazioni familiari, del massimo di risorse collaborative tra i due *partners*, in modo che sia loro possibile giungere ad una soluzione del conflitto soddisfacente per tutti i componenti la famiglia.

Sul punto occorrono alcune considerazioni:

-la mediazione è una funzione nuova non assimilabile né alla terapia familiare né alla consulenza tecnica, né tantomeno alla consulenza legale;

-la mediazione è nata e si è diffusa in America, dove non esiste la separazione consensuale e dove il costo degli avvocati è proibitivo;

-esistono molti tipi di mediazione familiare: mediazione parziale, mediazione sistemica, mediazione globale (in quest'ultima vengono definiti tutti gli aspetti, anche economici, della separazione).

In quanto operatori del diritto rileviamo che:

-non sono chiari i profili professionali e deontologici della figura del mediatore;

-non ci sono garanzie di neutralità del mediatore nel processo separativo;

- c'è il pericolo che il mediatore introduca una *deregulation* del diritto familiare, abbandonando gli schemi e i principi della piena tutela giurisdizionale dei singoli, introducendo una funzione alternativa e sostitutiva della separazione legale.

Occorre fare chiarezza su questo nuovo istituto perché nulla può ragionevolmente sostituirsi al sistema legale, ed esso non può pertanto porsi né contro né in alternativa all'ordinamento.

La mediazione può solo aggiungersi e non sostituirsi alle altre figure professionali, e con esse coordinarsi.

Per poter essere produttiva deve essere una possibilità cui le parti possano accedere solo spontaneamente o su invito degli avvocati e non a seguito di invio coattivo da parte del giudice e tantomeno disposta obbligatoriamente per legge, come ipotizzato nelle proposte all'esame del Comitato.

Il mediatore deve rimanere terzo rispetto al conflitto, mentre gli avvocati ed i giudici restano gli unici referenti per tutte le questioni attinenti ai diritti soggettivi delle parti.

Sul punto si sono da sempre espresse le associazioni dei mediatori familiari, ed in particolare il GEA di Milano, la massima associazione italiana di mediatori familiari, che in un recente convegno tenutosi a Milano, confrontandosi con la proposta Tarditi, ha ribadito la propria contrarietà all'affido condiviso per legge e alla mediazione imposta.

7) Sul regolamento dei conflitti

In un ordinamento già ipertrofico, che prevede ben 78 diverse competenze per questioni attinenti al minore, in ordine all'esercizio della genitorialità, è paradossale che se ne voglia aggiungere un'altra ancora e, per di più, foriera di illegittima disparità di trattamento in fattispecie uguali. Non si capisce perché il primo comma dell'art.709 ter c.p.c. debba prevedere diverse competenze per la soluzione dei conflitti insorti tra i genitori a seconda che vi sia un procedimento di separazione o divorzio in corso (tribunale ordinario) procedimenti ex art. 710 cpc (tribunale in camera di consiglio) o meno (giudice tutelare). Che dire poi della mancata individuazione del Giudice competente nel caso di procedimento ex art. 4.9 legge n.898/1970.

8) Le sanzioni

Il secondo comma dell'articolo in esame tradisce ancora una volta come la ratio delle proposte modifiche sull'affidamento condiviso sia quella di penalizzare e gravemente sanzionare la madre che, al di là dell'affidamento condiviso, rimane e rimarrà pur sempre il genitore che si renderà maggiormente responsabile della custodia, della cura, dell'educazione e della crescita dei figli. Infatti tutto il complesso sistema di sanzioni ivi previsto scatta esclusivamente per le ipotesi di inadempienza attinenti al pieno svolgimento dell'affido condiviso mentre restano del tutto impunte le violazioni agli obblighi di cura e mantenimento.

*** **

Rimangono i problemi non risolti:

A) Innanzitutto le carenze legislative: il nostro diritto di famiglia è pieno di dichiarazioni di principio (e non è il caso di aggiungerne altre), mentre mancano norme chiare e di immediato effetto pratico. Non vi sono infatti criteri precisi per determinare l'assegno di mantenimento, mancano del tutto parametri fissi, esistenti invece in altri ordinamenti europei. Il Governo italiano non si fa carico delle inadempienze, come avviene in altri paesi, dove l'assegno viene anticipato dallo Stato con recupero nei confronti dell'obbligato mediante iscrizione dell'importo nel ruolo esattoriale.

B) Sono necessarie modifiche al regime patrimoniale della famiglia.

Solo il pieno ed effettivo riconoscimento del lavoro casalingo e di cura svolto all'interno della famiglia, che può aversi soltanto attribuendo, a ciascun coniuge, al momento della separazione, l'esatta metà di quanto realizzato e/o maturato da entrambi nel corso del matrimonio [come avviene negli altri paesi europei (Germania, Inghilterra, Spagna)] può portare alla soluzione dei conflitti. L'attuale disciplina prevede inoltre che vi sia scioglimento della comunione dei beni, e possibilità di procedere alla divisione dei beni comuni, solamente quando la separazione personale dei coniugi sia definita con sentenza passata in giudicato; ciò comporta che negli anni necessari affinché una separazione giudiziale si concluda con sentenza definitiva, i beni possono anche sparire e al momento, finalmente giunto, della divisione non vi sia più nulla da dividere.

C) La necessità di una giustizia che funzioni e di personale che la faccia funzionare.

D) Chiediamo sia riconosciuta la *specializzazione in diritto di famiglia* degli avvocati che effettivamente seguono tale branca del diritto affinché le persone possano, scegliendo in appositi albi, rivolgersi a professionisti competenti.

E) Chiediamo che sia istituita presso ogni Tribunale ordinario una sezione di giudici effettivamente specializzati in diritto di famiglia a cui siano affidate tutte le competenze in materia, con l'applicazione di un rito speciale celere, che tuteli comunque i diritti dei singoli.

F) Chiediamo sia dato riconoscimento formale alla maternità prevedendo che al figlio sia attribuito anche il cognome materno.

16 settembre 2003

Associazione Forum Donne Giuriste

per informazioni: Avv.Giovanna Fava tel 0522 541500 fax 0522 541203
giovannafava@libero.it

