

Il nodo dell'affido condiviso
nei percorsi di separazione
ad alta conflittualità.

Aspetti problematici
e possibili interventi
correttivi



**Memoria di approfondimento
dell'Osservatorio Nazionale sulla Violenza Domestica**

2 Il nodo dell'affido condiviso
nei percorsi di separazione
ad alta conflittualità.

Aspetti problematici
e possibili interventi
correttivi

Marina Bacciconi¹, Pierpaolo Martucci², Sonia Bertolaso¹,
Alba Bianchi³, Italia Fortunati⁴, Camilla Gattiboni⁵

© Copyright 2010 ONVD

È vietata la riproduzione, anche parziale, dei testi
senza l'autorizzazione scritta dell'ONVD

1. La conflittualità violenta nei percorsi di separazione. Alle origini della legge 8 febbraio 2006, n.54

I dati emersi nelle indagini condotte dall'ONVD nelle province di Verona e di Trieste confermano la rilevanza del tema: a Verona i motivi scatenanti degli atti di violenza domestica sono collegati alla separazione (12%) o alla fase iniziale di essa (6%), complessivamente in quasi un quinto dei casi (18%); a Trieste si sono riscontrate percentuali molto simili, rispettivamente il 15,8 ed il 3,8%, per un totale del 19,6% dei casi (Bacciconi et al., 2005).

Per quanto riguarda la provincia di Verona, è notevole la percentuale (20%) di minori che divengono vittime di violenza in quanto sono direttamente coinvolti nelle vicende di separazione dei genitori (Bacciconi et al., 2008).

La separazione dei genitori è di per sé un evento traumatico per il bambino – e forse ancora di più per l'adolescente – ma assume connotazioni estremamente diversificate in relazione alle situazioni ambientali e soggettive nelle quali matura la fine della convivenza.

La conflittualità che precede – e di frequente segue – una volontà di separazione, talvolta nemmeno condivisa circa i termini della stessa (giudiziale ovvero consensuale), si traduce in forme di violenza fisica e/o psicologica verso un componente della coppia (i dati statistici vogliono che la percentuale maggiore veda quale soggetto passivo la donna), alle quali il figlio spesso assiste subendone gravi contaminazioni sullo sviluppo della personalità.

E ciò senza considerare che, di frequente, è egli stesso oggetto e “strumento” di reciproche ritorsioni, mirate a indirizzare il suo affetto verso uno solo dei genitori ed escludere l'altro, vuoi attraverso accuse di maltrattamenti, promiscuità, incuria e persino abusi sessuali ai danni del minore, vuoi inducendo un rifiuto esplicito e reiterato del minore ad incontrare il padre e la sua totale adesione alla condotta della madre, fenomeno quantitativamente superiore a quello inverso¹ o viceversa.

1. In letteratura si descrive una sindrome denominata Pas (*Parental Alienation Syndrome*), la quale si manifesta spesso proprio nei contesti di separazione conflitt-

Non solo d'abitudine non viene chiesto preventivamente il sostegno di servizi o comunque di terzi, ma l'intervento viene vissuto con diffidenza. Ne consegue che il livello di scontro permane elevato anche se si ottengono le condizioni di affido richieste (Pieragostini, Mostardi, 2006, 52).

In questa realtà si innesta *la legge 54/2006* che indubbiamente afferma, attraverso l'introduzione della modifica dell'articolo 155 codice civile, l'esigenza di un rapporto equilibrato fra i genitori, fra genitori e figlio, fra questi e gli ascendenti paterni e materni.

L'esigenza di proteggere l'interesse dei minori coinvolti loro malgrado nelle separazioni dei genitori è stata evidenziata come il principale motivo che ha condotto all'introduzione della legge citata il cui nuovo testo esordisce con una affermazione

"Art. 155 c.c., I comma – (*Provvedimenti riguardo ai figli*). 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".

Essa trova, inoltre, rispondenza a livello internazionale nel panorama comunitario in materia di "responsabilità genitoriale" (Regolamento CEE n.2201/03 in vigore dal 1 marzo 2005) e nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con la legge 176/1991.

tuale e consiste nel rifiuto più o meno totale di vedere un genitore da parte del figlio minore, come risposta ad un più o meno consapevole processo di collusione fra quest'ultimo e l'altro genitore affidatario. Il rifiuto può divenire un odio ossessivo con vissuti persecutori e di rabbia, con la totale adesione al punto di vista manifestato dal genitore affidatario nei confronti dell'altro. Le conseguenze della sindrome nel minore sono pesanti: si possono manifestare disturbi dell'identità e della sfera sessuale, vulnerabilità alle perdite e ai cambiamenti, grave inibizione emotiva e cognitiva e difficoltà scolastiche, aggressività auto ed eterodiretta, depressione, scarsa autostima, regressioni, somatizzazioni, disturbi alimentari, comportamento antisociale (cfr. Villa 2006, 45) La sindrome ha trovato riconoscimento anche nella giurisprudenza (Trib. Alessandria, sent. n.318 del 26.4.1999, confermata da Corte App. Torino)

Si parla, dunque, di **affidamento condiviso** – ben diverso da quello congiunto – come forma prioritaria con condivisione delle responsabilità e dell'esercizio della "potestà", prevedendo come fatto eccezionale quello esclusivo ad uno dei genitori e solo quando l'affidamento condiviso si riveli pregiudizievole per il minore, giustificando tale pronuncia "con provvedimento motivato"².

Si è trattato dell'esito formale di un lungo percorso verso l'affermazione del *principio della bigenitorialità*, riflesso in primo luogo di una profonda trasformazione culturale e di orientamenti normativi già affermatasi con evidenza a livello internazionale.

Il *passaggio fondamentale* – dal punto di vista giuridico – può essere individuato nella *riforma del diritto di famiglia del 1975* (in particolare con il novellato art. 147 c.c.), che sostituendo la potestà genitoriale alla patria potestà, ha avviato formalmente la transizione della famiglia da struttura gerarchicamente subordinata all'autorità del *pater familias* a "società di eguali".

Emancipazione della donna, declino del modello di convivenza allargato in favore di quello nucleare, introduzione del divorzio sono solo alcuni degli elementi che sono intervenuti in questo processo.

Così, di fronte al tradizionale *favor* giurisprudenziale per l'affidamento dei figli alla madre nei casi di interruzione del rapporto matrimoniale, si è rivendicata – secondo una prospettiva di asessuata parità formale – l'eguale competenza ad occuparsi della prole, anche nel nome del diritto dei figli a mantenere un rapporto reale ed equilibrato con entrambi i genitori.

Il legislatore ha ritenuto di poter attuare nel concreto tali diritti anche attraverso la previsione del rinvio nell'emissione dei provvedimenti

2. Tale formula rappresenta un tentativo di conciliare le opposte vedute politiche di chi voleva che l'affidamento fosse sempre condiviso (come nella prima versione della proposta di legge) e di chi non voleva modifiche alla disciplina in vigore, facendo presente che non era regolato il solo affidamento esclusivo, dato che già esisteva nel nostro ordinamento la possibilità dell'affidamento congiunto e alternato. Peraltro l'affidamento esclusivo può essere disposto dal giudice anche su richiesta di ciascuno dei genitori, proponibile in qualsiasi momento.

da parte del Giudice, laddove sia possibile ai genitori pervenire ad un accordo, con l'ausilio di esperti, privilegiando, con ogni evidenza l'aspetto conciliativo.

Ma ciò *senza disciplinare espressamente gli aspetti pratici*, per i quali il legislatore non ha inteso precisare alcun principio, salvo prevedere espressamente – quando i minori hanno un'età tale da poter trascorrere periodi di tempo con l'uno o l'altro dei genitori – che siano stabiliti i tempi e le modalità “della loro presenza presso ciascun genitore”, anche ai fini della quantificazione dell'eventuale assegno periodico. I genitori sono inoltre idealmente posti sullo stesso piano di *condizione delle responsabilità* e per di più il legislatore non utilizza il termine “coniuge” in quanto non si intende distinguere fra famiglia di fatto e famiglia di diritto.

Perciò la nuova norma conferisce ad entrambi i genitori l'esercizio congiunto della potestà e dell'amministrazione, inclusa quella sugli aspetti patrimoniali, con il contenuto previsto dalla disciplina sulla materia (art. 320 c.c.).

Il giudice può stabilire che sia esercitata separatamente in parallelo con i tempi che il minore trascorre presso uno o l'altro dei genitori “l'ordinaria amministrazione”, cioè la sfera di decisioni riguardanti la quotidianità.

Si tratta di principi basati su una cultura della genitorialità tale da consentire il superamento delle conflittualità per una obiettiva valutazione delle necessità del figlio di poter continuare ad avere come punto di riferimento entrambi i genitori, sia pure in una diversa situazione ambientale e affettiva, che rende ancora più essenziale che il minore abbia delle certezze che attenuino gli inevitabili riflessi psicologici connessi ad un mutamento del nucleo familiare.

Il lungo e tormentato *iter di approvazione della legge* in qualche modo rende conto – almeno in parte – di taluni suoi aspetti lacunosi e contraddittori e ragione delle controversie su alcuni punti della normativa.

Del resto l'applicazione ad oggi del citato art.155 non sembra abbia nella sostanza portato all'avvio del perseguimento degli obiettivi prefissati dal legislatore.

2. Fra astrazioni e realtà.

La nuova legge al vaglio delle critiche

Le modifiche introdotte nel codice civile nel 2006 hanno suscitato sin dagli inizi reazioni nettamente contrastanti, una polarizzazione che testimonia le forti valenze emotive di cui risuona la delicata questione del destino dei figli dopo la rottura della coppia genitoriale.

Da una parte si sono manifestate grandi aspettative, dall'altra critiche e riserve anche radicali, soprattutto nella dottrina e in una parte degli operatori dell'area socio – assistenziale e giudiziaria.

I fautori della legge n.54/2006 la presentano come l'esito avanzato ("Esemplare ... e da valutarsi con favore"³) di un complesso confronto durato più di un decennio sui temi del diritto alla bigenitorialità a favore di bambini e adolescenti e di tutela dei diritti di entrambi i genitori ad esercitare pienamente la propria funzione, anche dopo la separazione, da applicare in tutte le vicende di crisi della coppia, ivi compresi i procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Gli *aspetti positivi della legge*, quali

- a. l'enunciazione del diritto dei minori alla **bigenitorialità**, che si traduce nel principio cardine della riforma, ossia la valutazione *prioritaria* da parte del giudice dell'affido condiviso
- b. l'enunciazione del diritto dei minori alla **biparentalità**, che stabilisce un principio molto innovativo, sancendo il diritto del minore a veder preservati in ogni caso i suoi rapporti non solo con il padre e la madre, ma anche con il sistema allargato di riferimento: "... gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale" (art. 155, I comma, c.c.), diritto affermato anche nella Convenzione dei diritti del fanciullo, ONU 1989.
- c. l'affermazione della pari dignità dei genitori, nella **condivisione delle responsabilità** per l'esercizio congiunto della potestà e dell'amministrazione
- d. la richiesta a padri e madri di superare la conflittualità, pervenen-

3. Amoroso 2006, 62.

do ad una **genitorialità cooperativa e consensuale**, disposta a ridurre le problematiche dei figli (già lacerati dai conflitti tra i genitori).

vengono sottolineati come una conquista che potrà influenzare le future generazioni di genitori.

Se queste sono le intenzioni dichiarate, ci si può chiedere se si tratti effettivamente di una costruzione normativa in grado di confermare e promuovere una sorta di modello ideale in cui gli ex partner si dovrebbero impegnare nella "gestione cooperativa" del loro conflitto, nella ridefinizione del loro rapporto, nella collaborazione per garantire – ciascuno all'altro – l'esercizio della funzione genitoriale e consentire, di conseguenza, l'accesso dei propri figli ad entrambe le realtà parentali di origine (cfr. Scabini 1995).

In realtà, per molti critici *la 54/2006 costituirebbe un tipico esempio di quelle fughe in avanti* (peraltro non rare nel costume politico italiano) in cui l'astrazione dei principi si è mantenuta ben lontana dai più sgradevoli ma concreti aspetti di realtà.

Tuttavia non va dimenticato che il carattere innovativo di queste norme interagisce sul complesso degli altri fattori culturali e della struttura sociale stessa, provocando dinamicità.

A prescindere dalle censure più strettamente tecniche di chi – in un testo frettolosamente varato nelle ultime battute di una legislatura – ha visto "una legge incoerente, poco meditata e peggio rifinita" (Lenti 2006, 246), forti sono state le perplessità e le obiezioni manifestate da più parti sul piano dei contenuti (cfr. Amoroso 2006, 62).

Ritorniamo ai due punti maggiormente qualificanti della 54/2006.

- a. Per quanto riguarda la **bigenitorialità**, enunciata nel primo comma del novellato art.155 c.c., viene sottolineato che la sua novità si riduce essenzialmente nell'enunciazione formale di un principio (certo con un valore persuasivo e argomentativo maggiore rispetto al passato), senza che sia stato predisposto un apparato tecnico *ad hoc* per la sua applicazione, ad esempio indicando gli strumenti giuridici in grado di permettere la realizzazione dei rapporti fra il minore ed il ramo parentale del genitore con il quale non convive (si presentano, perciò, tratti tipici della legge – manifesto).

b. Per quanto concerne l'**affidamento condiviso** fra i due genitori, il secondo comma dell'art.155 c.c. è costruito in modo tale da presentarlo come il *mezzo* per conservare la bigenitorialità e soddisfare l'interesse dei minori, mentre l'affidamento esclusivo è giustificato solo se l'altro è "contrario all'interesse del minore". Dunque l'affidamento a entrambi da eccezione diviene regola e regola diviene conseguentemente l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori, con una normazione "alquanto oscura e confusa" (Lenti, 252).

Questa scelta sembra porsi in accordo con quanti sostenevano che l'affidamento congiunto costituirebbe un rimedio efficace alla deresponsabilizzazione dei padri non affidatari, per il suo valore di richiamo etico: a questi ultimi, affinché non si disinteressino dei figli, alle madri affidatarie affinché non escludano gli ex compagni dalla vita dei figli.

Non è possibile, tuttavia, non tenere nella debita considerazione il fatto che le situazioni di grande litigiosità pregresse alla rottura di un legame rendono, nella maggior parte dei casi, estremamente difficile l'apertura "naturale" di un dialogo proficuo e sereno.

A monte di una civile separazione vi dovrebbe essere, in realtà, una maturità genitoriale che, purtroppo, è spesso carente o totalmente assente e comunque minata da sentimenti di affermazione della propria forza attraverso il "possesso" del figlio.

Non ultimo, infine, il trascinarsi di preesistenze culturali certo superate dalle trasformazioni della società, ma non del tutto eliminate. Una evoluzione – seppure consistente e attiva – di per sé non cancella ogni permanenza e arretratezza culturale.

Sembra "che il nuovo istituto, certamente innovativo e positivo sotto il profilo tecnico, non tenga conto a sufficienza delle esigenze dei minori e forse neppure della difficile realtà in cui sovente si trovano gli ex coniugi. I primi potrebbero riceverne addirittura un danno..." (Baudo 2008).

Una interpretazione letterale dell'art.155 c.c., comma 3 indurrebbe a ritenere che il legislatore abbia introdotto un *regime unico di potestà comune a entrambi i genitori, anche in caso di affidamento esclusivo*

vo, regime che si presterebbe a innumerevoli strumentalizzazioni per perpetrare “dispetti” e ostruzionismi reciproci.

Tuttavia, secondo l'art. 155 c.c., comma 3, ultima parte, il giudice può stabilire che i genitori divisi esercitino la potestà separatamente per le decisioni di “ordinaria amministrazione”.

Autorevoli interpreti ritengono che tale possibilità andrebbe di norma utilizzata dal giudice, per evitare che l'esercizio della potestà genitoriale diventi (per il genitore non convivente con la prole) un troppo facile strumento per esercitare indebite ingerenze nella vita privata dell'altro adulto, attraverso la legittima pretesa di cogestire gli spazi quotidiani della crescita dei figli e utilizzando il figlio minorenni come “cavallo di Troia”, rischio sicuramente implicito nella attuale regolamentazione se assunta *sic et simpliciter* come paradigma (Ruo 2006, 28)⁴.

Ancora, secondo alcuni, meglio sarebbe stato per il legislatore definire l'affidamento condiviso come “*affido diviso*”, in quanto l'idea che nella prima fase di una separazione ad elevata conflittualità i coniugi sarebbero in grado di mantenere aperto un sereno canale di comunicazione relativamente ai figli, costituirebbe una “mera utopia” (Ruvolo 2006, 35).

In altri termini, la legge del 2006 avrebbe operato una improvvida negazione e semplificazione della grande complessità delle situazioni di rottura del nucleo familiare, presupponendo che, nel precedente regime di convivenza, le responsabilità siano sempre state condivise e ripartite nella coppia, quando spesso è stata proprio la mancanza di equilibrio e di condivisione fra i coniugi uno dei principali fattori di crisi.

In questo senso – si sostiene – appariva più ragionevole e lungimirante la legge del 1987 che introduceva in sede di divorzio la scelta fra affidamento congiunto o alternativo: il passaggio di un lasso di tempo considerevole (anni), costituiva un elemento di risoluzione o perlomeno di attenuazione delle dinamiche conflittuali più aspre.

A questo riguardo bisogna però ricordare che una corrente di pen-

4. Questo orientamento pare essere stato saggiamente recepito dalla giurisprudenza: così, fra gli altri, Trib. Min. Bologna, decr. 26 aprile 2006, in www.minoriefamiglia.it; Trib. Min. Catania, ord. 24 aprile 2006, inedita.

siero, minoritaria ma in decisa crescita, ha sostenuto che proprio in presenza di forti tensioni è l'affidamento esclusivo quello che non dovrebbe essere disposto, poiché le profonde discriminazioni che introduce tra i genitori non potrebbero fare altro che accentuarne i rancori.

Ne è derivata una serie di sentenze che appunto sulla base dell'elevata conflittualità hanno stabilito l'affidamento congiunto (c.d. "*affidamento congiunto terapeutico*").

3. I primi anni di applicazione dell'affido condiviso.

Gli orientamenti della giurisprudenza.

Le proposte di modifica della normativa ed il potenziamento della mediazione familiare

Rispetto a tante polemiche e contrasti è legittimo chiedersi *quale sia nella realtà italiana lo stato dei percorsi attuativi dell'affido condiviso.*

Allo scadere del secondo anniversario della legge 2006 n. 54, il Centro per la Riforma del Diritto di Famiglia ha realizzato per il Corriere della Sera un sondaggio (pubblicato il 12 marzo 2008 nelle pagine del quotidiano) relativo all'applicazione della menzionata normativa, interpellando alcuni tra i principali Tribunali italiani.

A seguito di questa indagine, sono emersi vari punti di interesse che sembra opportuno mettere in luce, al fine di meglio comprendere la concreta applicazione di una normativa che non è stata esente da critiche sin dalla sua approvazione e che anche oggi fa molto discutere.

In prima battuta, dobbiamo segnalare che dalla analisi, focalizzata in particolare su sette Tribunali civili italiani (quelli di Milano, Bologna, Trento, Roma, Napoli, Reggio Calabria, Palermo), emerge chiaramente che *la legge viene estesamente applicata dai giudici, ma non in tutti i suoi strumenti.*

Nell'anno 2006, a fronte di 63.912 minori coinvolti nelle separazioni dei genitori e di 21.966 coinvolti nei divorzi dei genitori, **i giudici si sono espressi nel senso di applicare la legge sull'affidamento condiviso per oltre il 90% dei casi esaminati.**

Nella quasi totalità si è riscontrato che i figli vengono ancora prevalentemente collocati presso la madre, in modo inversamente proporzionale all'età del minore.

A livello più generale, i dati forniti dall'Istat segnalano che se nel 2005 l'affido condiviso/congiunto costituiva solo il 15% sul totale delle separazioni, nei primi nove mesi dall'entrata in vigore della 56/06 è balzato al 47%, per salire ancora ad oltre il 71% dei casi nel 2007.

Circa il primo dato, il **principio dell'affidamento condiviso** sembra non venire seriamente ostacolato dalla conflittualità tra i genitori.

In tal senso una pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Roma ha precisato come "la conflittualità tra le parti non costituisce in sé motivo idoneo a derogare al principio introdotto dal legislatore in via preferenziale con la nuova disciplina espressa dalla legge 8 febbraio 2006 n. 54; la forma condivisa dell'affidamento infatti risponde in primo luogo all'interesse della minore a coltivare relazioni egualmente intense e costanti con entrambi i genitori"; e se una delle parti insiste per la forma di affidamento esclusivo, "dovrà fornire prova nella prosecuzione del giudizio, con specifica allegazione dei fatti, dei motivi su cui questa richiesta si fonda" (Trib. Roma, decreto 12-17 luglio 2007) con la conseguenza di vedersi addebitate le spese in caso di rigetto della sua istanza.

Così il Tribunale di Ascoli Piceno (ord. 16.3.2006): "nonostante l'elevatissima conflittualità, ritiene il Collegio che la migliore soluzione sia affidare il bambino ad entrambi i genitori, perché il distacco dalla figura materna potrebbe essere di grave pregiudizio al minore, nella ipotesi in cui, al venir meno della convivenza non si accompagni una diversa forma di presenza della madre nella vita del bambino".

E, infine, anche la Corte di Cassazione ha ribadito che "l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi comunque precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente fra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti una applicazione, evidentemente, solo residuale finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto" (Cass. civ., sez. I, 29.4.2008, est. Morelli).

Va peraltro ricordato come, pur in una posizione minoritaria, vi sono sentenze come quella della Corte d'Appello di Bologna che aveva rigettato l'istanza di affidamento condiviso della figlia di 4 anni avan-

zato dal padre, sul rilievo della "esasperata conflittualità" tra i coniugi che non consentiva "un favorevole giudizio prognostico circa la concreta gestibilità dell'invocato affidamento condiviso" (Corte App. Bologna, sent. 8.01.2007).

Analogamente la Corte d'Appello di Bari rilevando che "l'affidamento condiviso, pur in astratto possibile, per essere concretizzato, richiede da parte dei genitori una convergenza d'intenti ed una consapevole adesione ad un programma educativo comune difficilmente realizzabile tra chi ha scelto consapevolmente di por termine al consorzio familiare con temi d'acceso conflitto" (App. Bari, sent. 19.01.2007). Nel caso specifico, i magistrati di Bari avevano anche sollecitato il ricorso alla mediazione familiare, su impulso del giudice istruttore.

E ancora, il Tribunale di Catania ha rinvenuto ragioni "obiettivamente ostative" all'affidamento condiviso nello stato di detenzione del padre "per essere stato arrestato in flagranza del reato di tentato omicidio della moglie" e nelle sue gravi patologie psichiche.⁵

A proposito dei **rimedi contro il cattivo comportamento dei genitori affidatari**, appare significativa la recente tendenza ad applicare il nuovo art. 709 *ter* c.p.c., titolato "*Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*", con cui si è attribuito al Giudice potere sanzionatorio nei casi di controversie circa le modalità di affidamento dei figli.

Infatti, il Giudice competente ha la possibilità di azionare i seguenti rimedi sanzionatori

- 1) ammonire il genitore inadempiente;
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;
- 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende".

5. Trib. Catania, ord. 18.5.2006, in www.minoriefamiglia.it.

Per quanto riguarda il collocamento dei minori (in prevalenza presso la madre – soprattutto se piccoli – così come avveniva con la precedente normativa), i giudici oggi parlano proprio di “prevalente collocamento” poiché i termini temporali di frequentazione, in mancanza di accordo tra le parti, possono essere i più diversi, in dipendenza dell’età del minore e delle abitudini di vita preesistenti al giudizio. Di fatto, il minore deve avere una residenza, che nel concreto d’abitudine coincide con il collocamento prevalente e si tende a privilegiare – con l’assegnazione della casa coniugale al coniuge convivente con i figli – una continuità di abitudini di vita per evitare troppi cambiamenti. Tant’è che l’articolo 155 *quater* c.c. recita “Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell’interesse dei figli ...”

All’esito dell’applicazione della legge in questi primi anni, il *concetto di “stabilità”* e di conservazione dell’habitat del minore pare aver assunto rilevanza quasi equivalente al *concetto di “bigenitorialità”*, privilegiato dal legislatore quale elemento fondante dell’interesse figlio, in un’ottica di particolare riguardo all’attuazione ed alla tutela dei diritti dei minori.

Due recenti disegni di legge si propongono di apportare **ulteriori modifiche** ai novellati articoli del codice civile **sull’affido condiviso**, con la finalità di correggere quelle lacune e ambiguità che avrebbero determinato sinora una attuazione processuale incompleta e disomogenea del nuovo istituto, che entrambe le proposte intendono rafforzare.

1. Proposta di legge (di iniziativa dei deputati Brugger, Zeller, Nicco) “*Nuove disposizioni in materia di affidamento condiviso dei figli*”, **presentata il 29 aprile 2008**.

Essa si fonda prevalentemente su uno studio dell’associazione nazionale «Crescere Insieme», che ha monitorato le disfunzioni applicative evidenziate dopo l’entrata in vigore della citata legge n. 54 del 2006.

Secondo i proponenti la sua concreta applicazione continua a incontrare sensibili ostacoli, non a causa di una cattiva risposta dell’utenza (ad esempio di un dilagare della conflittualità che, si sosteneva,

avrebbe dovuto paralizzare i tribunali), bensì a motivo di resistenze culturali degli “operatori”, peraltro favorite in alcuni casi da oggettive difficoltà di lettura del testo, mancando in alcuni fondamentali passaggi la inequivoca prescrittività delle norme.

In linea generale il progetto di legge *mira non solo a rendere del tutto impossibile una interpretazione riduttiva della normativa e la sua sostanziale disapplicazione, ma anche a completare la riforma, introducendo diverse novità (assolute o relative) fra le quali la riproposizione della mediazione familiare come strumento di supporto alla ex coppia.*

In alcuni passaggi significativi il d.d.l.

- rende più evidenti e inderogabili i limitati ambiti di applicazione dell'affidamento esclusivo e introduce la doppia domiciliazione del minore nell'affidamento condiviso
- precisa che nei casi di affidamento esclusivo la potestà sarà esercitata solo dal genitore affidatario, sciogliendo un punto già fonte di molte controversie
- afferma in termini prescrittivi che solo ove si verifichino determinate condizioni, l'onere della cui prova spetta all'accusa, si può escludere un genitore dall'affidamento. Pertanto resta fuori discussione che al giudice non è data facoltà di scegliere a sua discrezione tra due istituti, ma solo la possibilità di proteggere il minore da uno dei genitori, qualora l'essere a lui affidato possa arrecargli pregiudizio
- rafforza la posizione del figlio minore, valorizzando il peso delle sue opinioni ogni qual volta ne sia disposto l'ascolto, stabilendone anche le modalità consigliabili
- sposta la collocazione delle norme sulla mediazione dal codice civile a quello di procedura civile
- restituisce alla mediazione familiare il riconoscimento pieno
- interviene in tutte quelle situazioni in cui un genitore compie unilateralmente atti che richiedono l'accordo con l'altro, azzerando tali iniziative, ovvero nell'eventualità in cui abbia costruito ad arte situazioni ostative al contatto del figlio con l'altro genitore.

2. Anche il **disegno di legge del 29 luglio 2008** (di iniziativa dei se-

natori Valentino, Ciarrapico, Cossiga e altri) *"Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso"* si propone di rafforzare il principio della bigenitorialità e dell'affido condiviso essenzialmente attraverso due strumenti

- la *doppia domiciliazione* che dovrebbe impedire o quantomeno scoraggiare quelle modalità ostruzionistiche e dilatorie che spesso vengono poste in essere dal genitore domiciliatario del/la figlio/a per ridurre o addirittura azzerare la presenza dell'altro genitore affidatario nella vita del minore e che sovente innescano escalation violente⁶.
- il potenziamento della mediazione familiare resa obbligatoria, nel percorso dell'affido condiviso, quale passaggio preliminare informativo dei genitori presso un centro di *mediazione familiare*. La mediazione, dunque, viene presentata come uno strumento di intervento per arrivare a un affido realmente condiviso.

In termini generali, la *mediazione* "è un processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente ad un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto. La mediazione mira a ristabilire il dialogo tra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti" (Castelli, 1996, 5; Martucci 2005, 1).

Nello specifico la mediazione familiare deve intendersi come "un percorso per la riorganizzazione delle relazione familiare in vista o in seguito alla separazione o al divorzio. In un contesto strutturato il mediatore, come terzo neutrale e con una formazione specifica, sollecitato dalle parti, nella garanzia del segreto professionale e in autonomia dall'ambito giudiziario, si adopera affinché i genitori elaborino in prima persona un programma di separazione soddisfacente per sé

6. I proponenti si richiamano all'esperienza europea, dove ad es. in Francia (con legge n.305 del 4.3.2002) è stato già da anni affermato il principio della "residenza alternata" (*résidence partagée*), mentre in Belgio l'affidamento paritetico (legge 18.7.2006) è basato sulla doppia residenza, con tempi di permanenza con i genitori tendenzialmente uguali.

e per i figli, in cui possono esercitare la comune responsabilità genitoriale” (Società italiana di mediazione familiare. Documento fondativo, 1995 in www.sinef.net)⁷.

La mediazione non è obbligatoria, nel senso che la stessa non può essere individuata come procedura risolutiva del conflitto, ma solo come un intervento precedente al processo di separazione, i cui esiti non trovano formalizzazione dinnanzi al giudice, ma dovrebbero essere solo preparatori alla più giusta soluzione giuridica del rapporto in relazione ai figli.

Una **fase procedurale**, dunque, **obbligatoria** da attuarsi attraverso servizi istituzionali (assistenti sociali) o di volontariato legalmente riconosciuti ovvero da un terzo indicato dalle parti e validato dal giudice.

Nel commento del Segretario della consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell’Uomo (avv. De Stefano) alla parte della direttiva 2008/52/CE relativa alla mediazione familiare si configura detto mediatore come una sorta di CTU che, senza intaccare il principio della riservatezza dei colloqui avuti con le parti in causa, riferisce al Magistrato solo in sintesi del proprio operato.

La assoluta delicatezza della fattispecie e la esigenza prioritaria di favorire una cultura della mediazione in un campo nel quale la interposizione di un terzo viene facilmente vista come una ingerenza impropria, indurrebbe a formulare una previsione normativa che rendesse obbligatoria la fase della mediazione, con l’assegnazione da parte del Giudice di un tempo entro cui esaurirsi e la individuazione – di intesa con le parti ovvero di Ufficio – del mediatore, richiedendo, ai fini della prosecuzione del procedimento, un attestato di ottemperanza da

7. Nella pratica la mediazione familiare si sviluppa come un procedimento strutturato e ben definito: in genere, dieci sedute di 1 ora e mezza/2 ore, distribuite in un arco di 6-12 mesi. Le nuove prospettive di ricerca e di intervento mirano ad intercettare i punti di forza, le capacità e le risorse che ogni tipo di famiglia riesce ad attivare per fronteggiare gli eventi critici nel ciclo di vita, mettendo in campo le competenze di *problem solving* o, per dirlo in altri termini, di resilienza. Il concetto di *resilience* concerne un aspetto costitutivo degli individui, potenzialmente presente in tutto l’arco della vita: “la capacità umana di affrontare le avversità e superarle, fronteggiando gli effetti delle esperienze negative per uscirne rafforzati” (Allegrì 2006, 201).

parte di quest'ultimo, con riserva e previo assenso delle parti stesse di acquisire agli atti l'esito della mediazione che dovrà, comunque, essere oggetto di valutazione e formale omologazione.

Si aprirebbe così un varco di possibile dialogo fra i genitori nell'ottica prioritaria della tutela dell'interesse morale e materiale del minore.

4. Considerazioni conclusive

In definitiva riteniamo che da quanto sinora esposto si possano ricavare **due ordini di considerazioni**, in rapporto alla questione dell'affidamento condiviso nel suo interagire con le dinamiche violente fra ex coniugi:

La condivisibile affermazione del giusto principio della piena corresponsabilità genitoriale e del diritto del minore alla bigenitorialità (anche e soprattutto dopo la fine della convivenza) è stata introdotta con un meccanismo che, soprattutto nelle fasi iniziali, rischia di esasperare i conflitti già presenti, come una sorta di catena invisibile che lega ineluttabilmente i duellanti e li spinge a scontrarsi ripetutamente.

Si ha l'impressione che

- il legislatore – spinto dal proposito di formalizzare solennemente un principio – lo abbia imposto in termini troppo categorici, seppur derogabili
- che la disciplina dell'affidamento, connessa confusamente con quella della potestà genitoriale, sia stata male articolata
- che non siano state predisposte le condizioni di praticabilità di questa potestà⁸ e sia stata omessa **una qualificazione del ruolo**

8. "Ma proprio qui è uno dei pasticci della riforma: che differenza "è, infatti, tra il coniuge non affidatario ma esercitante la potestà ed il coniuge affidatario ma non coabitante? Il legislatore è restato assai vago sul punto, preferendo immaginare che tutta la realtà dei separati con i figli si adegua, almeno inizialmente, ai suoi auspici di collaborazione e che i problemi possano sorgere solo in un momento successivo ed essere risolti con i provvedimenti di cui al nuovo art.709 ter c.p.p." (Morozzo della Rocca P., Alcune osservazioni critiche riguardo alla legge sull'affidamento condiviso, in MinG, 2006, 3, 17-18).

lo del mediatore familiare, che in taluni casi potrebbe rappresentare una risorsa per la soluzione del conflitto e la miglior gestione del ruolo genitoriale.

L'insieme di questi difetti e lacune non contribuisce a prevenire e stemperare le occasioni di violenza materiale e soprattutto psicologica, a tutto scapito, in ultima analisi, proprio del minore.

L'affidamento condiviso, quindi, deve essere il *risultato di un percorso, l'obiettivo da raggiungere, lo scopo delle determinazioni* che via via vengono assunte, al fine di tutelare l'interesse del minore ad avere due figure paritarie di riferimento.

Ciò premesso, non appare proponibile un ritorno alla situazione preesistente alla 56/2006, né vi sono proposte in tal senso da parte delle forze politiche, a prescindere dagli schieramenti di partito.

I principi della bigenitorialità e dell'affidamento congiunto sono ormai assolutamente prevalenti nelle legislazioni dei Paesi europei e non, e nelle affermazioni delle istituzioni sovranazionali, riflesso di una evoluzione socio – culturale che sta portando “dalla famiglia alle famiglie: diverse per composizione, per genere, per appartenenza etnica”.

Non si può dunque pensare ad un azzeramento della legge né ad una negazione *sic et simpliciter* dell'affido condiviso per il solo fatto della presenza di cattivi rapporti fra gli ex coniugi, poiché ciò logicamente porterebbe ad una sostanziale disapplicazione della norma.

Come ribadito dalla giurisprudenza prevalente, **i motivi dell'affido esclusivo a un solo genitore** debbono basarsi su gravi e dimostrate carenze che risultino di pregiudizio al figlio: stati di alcolismo, tossicodipendenza, disturbi mentali, responsabilità accertate per abusi e violenza ai danni del/i figlio/i⁹.

9. Il Tribunale di Catania – con una sua ordinanza – è giunto ad elencare in via esemplificativa le ipotesi generali e astratte nelle quali è possibile prevedere l'affidamento esclusivo: l'obiettivo lontananza del genitore, il suo stato di salute psichica, l'insanabile contrasto con i figli, la sua anomala condotta di vita e il suo disinteresse, oltre che gli accordi raggiunti in tal senso dalle parti, concludendo che l'affidamento esclusivo non può che essere adottato in via di eccezione. (Trib. Catania, ord. 1 giugno 2006, in www.minoriefamiglia.it).

La strada obbligata pare dunque essere quella degli **interventi correttivi**, per migliorare nei limiti del possibile la disciplina dell'affido, nella consapevolezza che si tratta di una materia in cui non esistono soluzioni "a costo zero", ma piuttosto uno dei classici campi di *tragic choices*.

- a. Il percorso più proficuo pare essere quello della **mediazione familiare**, che andrebbe inserito dal legislatore non come mera possibilità suggerita, ma come passaggio sempre obbligatorio, almeno inizialmente, salva poi la costruzione di un iter adattato – per durata e modalità – alle caratteristiche dei singoli casi. Infatti "i nuovi strumenti sono l'incontro con ciascuno dei genitori singolarmente, per entrare nel vivo delle tensioni, rabbie, aggressività, disvalori verso l'altro, in direzione dell'attenuazione dei rimpianti aggressivi. Questo impegno, che si realizza con la mediazione, è il vero Capo Horn da superare; e, per questo, è da accordare al mediatore un lasso di tempo, che serve non per stendere elaborati ma per presentare ciascun coniuge all'incontro decisivo" (Cividali 2006, 196).
- b. Parimenti, andrebbero indicate con maggior puntualità le **motivazioni dell'affido esclusivo**, per favorire un orientamento giurisprudenziale il più uniforme possibile.
- c. Occorrerebbe dare più concretezza, tempestività e incisività alle sanzioni per comportamenti ostruzionistici e distruttivi posti in essere dai separandi, privilegiando, ove possibile, forme di riparazione e ripristino e prospettando anche la revoca dell'affidamento condiviso con l'esclusione del genitore resosi reiteratamente colpevole di condotte incompatibili con l'istituto e pregiudizievoli per i figli.

Ma oltre a ciò, a nostro parere, sembra **necessario riflettere sulla valenza da attribuire in questo ambito anche ad abusi e violenza ai danni del partner** (spesso affidatario "condiviso" del minore). Essi non di rado sono alla base del lungo, difficile e tormentato percorso che ha portato alla separazione (formalizzata o meno) e/o alla denuncia – querela di abusi e violenze.

Pare del tutto legittimo interrogarsi circa l'opportunità di considera-

re la *violenza domestica* uno di quei motivi eccezionali per ricorrere all'affidamento esclusivo, magari non automaticamente ma attraverso una verifica da affidare ad un soggetto "terzo" con funzioni istruttorie, come ad esempio il mediatore familiare.

Infatti è necessario ricordare, tra l'altro, che assistere a violenze su uno dei genitori ad opera dell'altro (c.d. "violenza assistita") altera, in maniera di certo non inferiore alla violenza direttamente subita, la possibilità di crescita del minore armonica e rispettosa dei diritti altrui.

Al fine di tutelare il partner maltrattato e in egual misura il minore coinvolto, l'applicare la disciplina dell'affido condiviso in questi casi può generare danno ai soggetti "deboli", quelli che dovrebbero essere meglio tutelati.


Questa considerazione ci porta inevitabilmente alla necessità di giungere a correlare e coordinare la norma e la sua applicazione sia in ambito civile che penale.

In altri termini

- l'affido condiviso va applicato anche quando vi sia una querela o una denuncia di violenza inoltrata da un genitore nei confronti dell'altro e siano in corso le indagini del P.M oppure tale decisione va sospesa sino alla eventuale richiesta di rinvio a giudizio o di archiviazione?
- l'affido condiviso va applicato solo fino a sentenza emessa in 1° grado oppure quando essa divenga definitiva e poi revocato nel caso di riconoscimento di colpevolezza?

La disciplina offre un correttivo residuale là dove delega al singolo. Appare evidente che rilevante importanza in tal senso hanno i "tempi del giudizio" e contestualmente la possibilità che il minore divenga oggetto di ricatti, ritorsioni, un'arma da utilizzare ai propri fini, vanificando quel "esclusivo interesse del minore" alla base di tante norme e determinazioni.

Da ultimo, va osservato che il fenomeno della patologia dei matrimoni misti (cittadini e stranieri) o dei matrimoni tra stranieri è in costante esponenziale crescita, parallelamente al fenomeno dell'immigrazione dalle aree extraeuropee e alla maggior facilità di circolazione e di stanziamento degli stranieri.



Ne deriva che la regola cardine dell'affidamento condiviso appare di difficile applicazione là dove, oltre alle difficoltà connesse alla conflittualità "fisiologica" dei fallimenti coniugali, si sovrappongono altri limiti e divieti che derivano dai condizionamenti sociali e religiosi, presenti soprattutto in aree di cultura non occidentale, nelle quali la posizione dei coniugi e il loro ruolo genitoriale (durante e dopo la cessazione della convivenza) non è ancora ispirato al principio della parità e pari dignità.

Occorrerebbe pertanto ripensare il modello della regolamentazione del rapporto genitoriale – che scaturisce con connotati di assoluta specificità dopo la conclusione del rapporto coniugale – valorizzando e, comunque, tenendo conto del dato culturale e dell'esigenza di mediazione, al fine di realizzare un affidamento che ponga le basi per una crescita serena anche dei minori stranieri.

Riferimenti bibliografici

- Allegrì A. (2006), *La mediazione familiare tra origini e prospettive di sviluppo*, in *MinoriGiustizia*, 3, 201.
- Amoroso G. (2006), *Sul diritto di visita degli ascendenti*, in *MinoriGiustizia*, 3, 62.
- Bacciconi M. et al. (2005), *Violenza domestica: un ossimoro da svelare e comprendere*, ISPESL, Roma.
- Bacciconi M. et al. (2008), *Violenza domestica: riflessioni, riferimenti e dati. Istruzioni per l'uso*, ISPESL; Roma.
- Castelli S. (1996), *La Mediazione.. Teorie e tecniche*, Milano.
- Cividali I. (2006), *Brevi considerazioni a proposito dell'affidamento condiviso*, in *MinoriGiustizia*, 4, 195.
- Lenti L. (2006), *La legge sull'affidamento condiviso: nell'interesse dei figli o dei padri separati?*, in *MinoriGiustizia*, 3, 246.
- Martucci P. (2005), *Mediazione penale*, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Aggiornamento, vol. XIV, Roma, 1-8.
- Morozzo della Rocca P. (2006), *Alcune osservazioni critiche riguardo alla legge sull'affidamento condiviso*, in *MinoriGiustizia*, 3, 17.
- Pieragostini G., Mostardi G. (2006), *L'ombra del padre nelle separazioni giudiziarie: minori e conflittualità patologica*, in *MinoriGiustizia*, 3, 52.
- Ruo M. G. (2006), *Riflessioni di un avvocato sulla prima giurisprudenza*, in *MinoriGiustizia*, 3, 21.
- Scabini E. (1995), *Psicologia sociale della famiglia*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Villa F. (2006), *La sindrome di alienazione genitoriale: cerniera tra legami incestuali e rapporti incestuosi*, in *MinoriGiustizia*, 2, 45.

Finito di stampare
nel mese di gennaio 2010
da Cierre Grafica
Caselle di Sommacampagna (Verona)
www.cierrenet.it



Osservatorio Nazionale Violenza Domestica
Dipartimento di Medicina e Sanità Pubblica -
Medicina legale e Medicina del Lavoro - Università di Verona
Policlinico "G.B. Rossi" - 37134 Verona
tel. 045 8124940/8124938 - fax 045 8027479
marina.bacciconi@univr.it - marina.bacciconi@onvd.org
www.onvd.org