

**I CONGRESSO NAZIONALE A.N.F.I.**  
**Associazione Nazionale Familiaristi Italiani**

Campidoglio – Sala della Promototeca

**“Giustizia Familiare”**

Roma, 5 e 6 maggio 2011

Conflitto coniugale e affidamento condiviso  
tra gestione giudiziaria e mediazione familiare

Rel.: dott. Luciano Guaglione

Cons. Corte di Appello Bari

**SOMMARIO:** 1. Crisi della giustizia e litigiosità familiare - 2. La gestione del conflitto coniugale nella realtà giudiziaria - 3. L'attività di mediazione impropria svolta dagli operatori del processo - 4. Rapporti tra giurisdizione, mezzi di composizione amichevole e mediazione familiare - 5. Lo stato della legislazione (in particolare la l. 8 febbraio 2006, n. 54). 6. Le applicazioni giurisprudenziali e il d.d.l. 957 (recante Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso): a) La collocazione preferenziale del minore ed il doppio domicilio; b) Il mantenimento diretto; c) La reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore; d) Il passaggio obbligatorio informativo presso un centro di mediazione -7. Conclusioni.

### **1.Crisi della giustizia e litigiosità familiare.**

La gestione del menage familiare e la tutela del benessere e della serenità dei figli, soprattutto minori, è questione particolarmente delicata e complessa già in fase fisiologica, cioè quando la famiglia apparentemente funziona, tenuto conto che quello di genitore è forse il mestiere più antico e difficile del mondo e spesso nell'interpretare questo ruolo ogni genitore scopre quotidianamente le proprie inadeguatezze nel rapporto con i figli all'interno di una famiglia unita; è intuibile allora **quale possa essere lo spessore del problema di fronte ad una fase di disgregazione familiare**, ad un evento separativo o divorzile, in presenza del quale occorre moltiplicare gli sforzi e le energie per non essere inadeguati a fronte delle esigenze psicofisiche dei figli, soprattutto minori.

**Il fenomeno c.d. di disgregazione della famiglia moderna o post-moderna è sotto gli occhi di tutti**, frutto forse anche di un modello di famiglia nucleare che ha perso certe dimensioni ed anche gli ammortizzatori familiari di un tempo, rappresentati da alcune figure significative all'interno della famiglia allargata, come i nonni, i parenti stretti, che facevano anche da filtro al litigio.

Oggi nella famiglia nucleare il litigio, spesso latente, esplose a volte con caratteristiche di grande virulenza e mina facilmente la stabilità ed il futuro della stessa famiglia. Le **statistiche** ci dimostrano impietosamente come diminuiscono i matrimoni e crescono in misura esponenziale le separazioni e i divorzi: il dato statistico del periodo '95-2008 individua un aumento delle separazioni nell'ordine del 101 % e dei divorzi nell'ordine del 61 %. La durata media del matrimonio, al momento della separazione, è di 15 anni mentre per i divorzi di 18 anni.

Non abbiamo il tempo di analizzare in questa sede le innumerevoli cause che portano alla fase patologica e quindi all'emersione di un conflitto dallo stato latente e virtuale a quello attuale e reale, ma è certo che un effetto del conflitto coniugale è sempre presente e

consiste in una sorta di **corto circuito nella comunicazione tra i configgenti**. Infatti, quali che siano le cause di una separazione e poi di un divorzio, sta di fatto che c'è un dato costante che si riassume nell'interruzione di qualunque forma di dialogo tra i coniugi.

Questo corto circuito nella comunicazione provoca degli **effetti devastanti soprattutto nel rapporto con i figli minori**, favorendo a volte strane alleanze degli stessi con uno dei genitori fino con il rischio di alimentare alcune sindromi, come quella di alienazione parentale (c.d. S.A.P.), che comporta effetti perversi nei confronti del genitore alienato, che, pur innocente, viene ingiustamente denigrato agli occhi della prole.

Questi sono guasti notevoli per le peculiarità che caratterizzano la realtà familiare, dove **le decisioni non incidono solo sul patrimonio dei soggetti, ma anche sulle relazioni affettive**, sui sentimenti, su una sfera intima assai delicata, che pone quindi un interrogativo all'interprete, all'operatore, allo studioso: qual è l'approccio ideale per la soluzione di un conflitto coniugale, di una lite di famiglia, che è specialissima per il tipo di interessi coinvolti, per il fatto che in essa concorrono dunque **componenti emotive** (rabbia, frustrazione, rancori, colpe, rivalse) e **componenti giuridiche** (rapporti tra coniugi, tra genitori e figli, aspetti economici e patrimoniali), che vanno trattati in un contesto unico e pluridisciplinare allo stesso tempo?

La risposta forse più naturale ed istintiva, data la dimensione privatistica del fenomeno, potrebbe essere quella di voler incentivare – nell'ottica dell'affare privato delle parti - **l'autoregolamentazione dei soggetti responsabili**, tanto più che si tratta di incidere su un terreno che fino a ieri è stato regolamentato dalle decisioni della coppia, quindi all'interno del circuito endogeno.

Sicuramente questo obiettivo va incoraggiato e favorito nell'auspicio di una composizione amichevole della lite, ma non bisogna neanche dimenticare - di qui la delicatezza dell'equilibrio nella ricerca delle soluzioni – che, per un verso, la famiglia costituisce la prima cellula in cui si sviluppa la personalità degli individui e, per un altro verso, che sono in gioco, a livello familiare, fisiologico o patologico, anche **interessi e diritti indisponibili**, soprattutto dei minori, rispetto ai quali una qualsiasi regolamentazione pattizia non può rinunciare alla garanzia del controllo dello Stato, attraverso i suoi organi giurisdizionali, circa la congruenza e meritevolezza delle soluzioni concordate dagli stessi coniugi.

Di qui l'**esigenza di individuare strumenti giuridici adeguati alla composizione del conflitto** nella realtà particolarissima delle relazioni familiari, dove le decisioni incidono nella qualità più intima delle relazioni affettive tra le persone: deve trattarsi di strumenti **ri-**

**spettosi dell'autonomia della famiglia**, che può essere solo lambita dal diritto, ma non avulsa dal controllo statale (attraverso la giurisdizione).

## **2. La gestione del conflitto coniugale nella realtà giudiziaria.**

Posta questa premessa di carattere metodologico andiamo a verificare qual è l'approccio culturale tradizionale, direi squisitamente occidentale, alla lite di famiglia: è quello di **affidare alla sponda giudiziaria, e cioè al diritto ed al giudice, il compito di approntare il rimedio.**

In fondo, come sapientemente evidenziato da un autorevole sociologo, Eligio Resta, “quella occidentale è sempre stata la cultura del giudizio, non quella della mediazione. Nella società italiana si costruiscono sempre nuove figure di giudici, cui poi imputiamo tutte le colpe per non aver risolto il conflitto: al giudice chiediamo tutto, anche la felicità e poi ce la prendiamo con lui perché non ce la può dare o non ce l'ha data”.

Ecco, l'approccio tradizione è quello di portare il conflitto davanti al giudice, come se la lite familiare fosse paragonabile a un qualsiasi altro tipo di contenzioso.

Ma l'esperienza dimostra che varcare la soglia del tribunale esaspera gli animi, non elimina la conflittualità, anzi la accentua ed alla fine, nonostante il desiderio quasi bellicoso di un coniuge di vendicarsi nei confronti dell'altro, ritenuto responsabile della crisi, si esce tutti sconfitti, con notevolissimi costi psicologici ed economici. Questo perché il modello giudiziario è caratterizzato dal fatto di **delegare ad un terzo, istituzionalmente a ciò deputato, e cioè al giudice, la soluzione eteronoma del conflitto**: il giudice sta lì per decidere e deve comunque farlo, sussistano o non sussistano soluzioni condivise tra le parti.

La realtà dei nostri uffici giudiziari è compatibile con una sana e corretta gestione giudiziaria della lite di famiglia? La risposta non può che essere negativa, alla luce di una constatazione che è sotto gli occhi di tutti: **esiste un'inadeguatezza di fondo della maggior parte delle strutture giudiziarie ad offrire una risposta adeguata alla domanda di giustizia sulle liti familiari.**

Quello giudiziario è un ambiente in cui **il tecnicismo soffoca il sentimento dei confliggenti**, che portano tutta la loro carica emotiva quando arrivano davanti al Presidente e vorrebbero esplodere la loro rabbia, elaborare quello che hanno dentro, senza tuttavia trovare spazio adeguato. Questo perché al giudice (prima il Presidente del Tribunale, poi il giudice istruttore) interessano solo gli aspetti tecnico-giuridici, non i sentimenti dei coniugi

**sicché, alla fine, l'ambiente giudiziario rinfocola la conflittualità, la rabbia, l'exasperazione e diventa il terreno naturale di scontro ancor più radicale**, per cui un coniuge è deciso a sostenere qualsiasi costo pur di sconfiggere l'avversario e di conseguire il risultato prefisso (l'addebito della separazione all'altro coniuge, l'assegnazione della casa, l'affidamento della prole, un assegno più alto, ecc.).

La situazione è aggravata dalla **mancaza di un giudice specializzato** per cui, fatta eccezione per qualche tribunale (come quelli di Milano o di Roma), che dispone di sezioni alle quali tabellarmente è devoluto in via esclusiva il contenzioso familiare, per il resto le cause di famiglia sono trattate promiscuamente insieme alle altre, nel mare *magnum* dei ruoli dei giudici istruttori che, com'è noto, non hanno spazi dedicati, sia sotto il profilo cronologico che sotto il profilo della riservatezza, da riservare a tale contenzioso: questo è il **contesto "da mercato" nel quale vengono trattate anche le liti di famiglia**.

La situazione è resa ancor più complicata in relazione alla specializzazione individuale attesa la necessità per il giudice, che abbia maturato la necessaria esperienza in un settore di contenzioso particolarmente delicato quale quello familiare, di dover essere destinato alla trattazione di altro contenzioso dopo dieci anni di lavoro in una sezione per il noto divieto di permanenza ultradecennale nella stessa sezione.

Riepilogando, in sintesi: **il conflitto giudiziario è la soluzione che il sistema offre ai conflitti coniugali**. E' fin troppo scontato affermare che le coppie che entrano in tribunale con un altissimo livello di conflittualità ne escono con un livello ancora più alto. Il conflitto giudiziario infatti è basato sulla logica del vincitore e del vinto, e da esso si esce vincitore o sconfitto, salvo poi scoprire con amarezza che la battaglia ha lasciato solo ed esclusivamente vittime.

### **3. L'attività di mediazione impropria svolta dagli operatori del processo.**

In tale contesto, che tipo di soluzione o, quanto meno, di prospettiva si può immaginare per una migliore gestione della lite di famiglia? Anzitutto quella di **cercare delle soluzioni concordate**, fare in modo che la decisione, più che essere imposta totalmente dall'esterno, sia in qualche modo frutto di una programmazione: un primo contributo in tale direzione può derivare dall'**attività di mediazione impropria degli operatori del processo**, che non ha nulla a che vedere con il pianeta della mediazione familiare, ma è un contributo spontaneo che gli operatori più sensibili, giudici ed avvocati, possono offrire ai coniugi in conflitto.

Invero l'esperienza mediativa può iniziare a realizzarsi fuori dalla stanza di mediazione, attraverso una sorta di accompagnamento delle persone (e non delle parti), da parte degli **operatori del processo più sensibili, verso la scelta di un percorso di condivisione e di progettualità comune**, e ciò nel rispetto delle rispettive professionalità e ruoli (giudice, avvocato) ben distinti da quello del mediatore familiare. Non è un mistero che giudici ed avvocati lavorano meglio con interlocutori ragionevoli ed aperti al dialogo.

Il **giudice** – che pure è chiamato a giudicare, e cioè a decidere secondo regole di diritto - nella sua posizione di terzietà ed equidistanza dalle parti, valorizzando il dialogo diretto con le stesse, può sollecitarle a cercare soluzioni condivise da porre a base dei suoi provvedimenti. Il che può avvenire sia all'udienza presidenziale che in seguito innanzi al giudice istruttore.

L'**avvocato** non è mediatore, perché coinvolto nella difesa di una parte (non è terzo equidistante). Senonché, al contrario di quanto talora si è indotti a ritenere, egli non esercita il suo mandato per fomentare le liti, bensì per prevenirle ed arginare la deflagrazione giudiziaria, come dimostra il gran numero di ricorsi per separazione consensuale e per divorzio congiunto, in crescente aumento.

Egli può, dunque, assistere la parte nella ricerca di soluzioni condivise, ma sempre nel suo interesse.

Ove dotato di specifica formazione e preparazione professionale, l'avvocato può essere anche mediatore familiare, ma con una riserva. **Al mediatore si richiede anche riservatezza e confidenzialità nel rapporto con entrambi i coniugi**, sicché l'avvocato che scelga di fare il mediatore di una coppia non può successivamente assumere la difesa tecnica di uno dei due coniugi, conoscendo i segreti dell'altro, scattando una inevitabile incompatibilità di ruoli.

Conclusione: l'attività di mediazione impropria svolta dagli operatori del processo conduce sovente a risultati non paragonabili a quelli della mediazione vera e propria, perché favorisce accordi non sempre convinti e duraturi.

Le **statistiche** dimostrano un crescente ricorso al rito consensuale nelle separazioni (l'86,3% nel 2008) ed al rito congiunto nei divorzi (il 77,3% nel 2008). Tuttavia il dato, pur ottimistico, non è risolutivo del **problema di fondo, che non è quello di conseguire un accordo purchessia, ma un consenso autenticamente guadagnato ed un margine di intesa reale e fondata tra le parti**, che garantisca l'effettiva esecuzione e la sostenibilità nel tempo delle misure prese o prescritte.

Ed infatti le statistiche dimostrano parallelamente un largo impiego dei procedimenti (*ex* artt. 710 c.p.c. e 9 l. 898/70) di **revoca e modifica** delle statuizioni contenute nei provvedimenti di separazione e nelle sentenze di divorzio, ancorchè su base concordata.

Per conseguire l'obiettivo stabilità della regolamentazione della lite familiare è necessario indagare un altro pianeta, ancora sconosciuto anche a gran parte degli operatori giudiziari, quello della mediazione familiare.

#### **4. Rapporti tra giurisdizione, mezzi di composizione amichevole e mediazione familiare.**

La crisi della giustizia civile, che pare irreversibile, ha posto da tempo l'esigenza di individuare tecniche di composizione delle controversie alternative alla giurisdizione: le tecniche di **A.D.R.** - Alternative Dispute Resolution (risoluzione alternativa delle controversie), di origine anglosassone, si sono sviluppate proprio per la necessità di contenere i tempi, i costi, il formalismo e la rigidità del giudizio ordinario.

Anche la mediazione familiare si colloca nel sempre più ampio panorama degli interventi volti ad un **decentramento del conflitto rispetto alla sede propriamente giurisdizionale** e rappresenta, ancorché con caratteristiche proprie, una modalità alternativa al percorso giudiziario o, per essere più precisi, una **modalità alternativa di approccio alla vicenda giudiziaria**.

Senonché essa si distingue sotto vari profili dagli altri mezzi di composizione amichevole (transazione, conciliazione, arbitrato, mediazione a fini di conciliazione su diritti disponibili di cui al d.lgs. 28/2010), soprattutto perché **non mira alla soluzione di conflitti, e tantomeno ad una conciliazione, ma tende** a ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto, ovvero **a favorire una tregua tra i coniugi, una ripresa del dialogo tra loro**: le parti in lite devono poter passare dalla condizione di **soggetto agitato** dalle proprie reazioni emotive all'interno delle dinamiche del conflitto a quella di **soggetto agente**, elaborando esse stesse - con l'aiuto non vincolante del mediatore - un progetto di regolamentazione concordata del conflitto.

L'elemento qualificante di ogni tipo di mediazione è proprio lo **specifico ruolo attribuito alle emozioni**, al conseguimento della pacificazione per effetto dello scoccare di una scintilla empatica che avvicina i contendenti. Al rigore metodologico deve sapersi coniugare l'arte del "sentire".

Durante il percorso di mediazione **un terzo (o più spesso una coppia di mediatori)** aiuta i coniugi, su loro sollecitazione, a superare la conflittualità, elaborando l'evento traumatico separazione e/o divorzio. Una volta riappropriatasi della capacità di dialogo, **la coppia può impegnarsi nella elaborazione in prima persona degli accordi** che meglio rispondano ai bisogni di tutti i membri della famiglia, con particolare riguardo agli interessi dei figli.

Rispetto al percorso giudiziario **qui non si realizza un processo di delega, ma un processo di responsabilizzazione**, perché lo scopo non è quello di ottenere la soluzione eteronoma del conflitto bensì quello di restituire alla coppia in crisi la capacità di dialogare, di continuare ad essere genitori insieme - nonostante l'evento separativo - per la gestione soprattutto del futuro dei propri figli.

Questo significa affrontare un percorso nel quale si riacquista la capacità di **riconoscere la dignità del proprio interlocutore**, cioè del coniuge che sta di fronte, lo si recupera come immagine significativa ed educativa per i propri figli e si ritrova la capacità di sedersi con lui a tavolino per **elaborare in prima persona lo statuto della famiglia**, riorganizzando la propria vita familiare e ritrovando eventualmente anche la possibilità di non separarsi più oppure almeno il dialogo e la capacità di programmare le tavole di separazione insieme.

Il mediatore è un **professionista** formato presso centri o scuole accreditati dal Forum Europeo di Formazione e Ricerca sulla Mediazione Familiare. E' tenuto ad osservare **tre principi fondamentali**, sanciti dal Codice Deontologico Europeo dei Mediatori: a) imparzialità, neutralità e confidenzialità. Dall'osservanza dei tre principi sopra menzionati discende che il mediatore, in caso di invio giudiziario, non può essere considerato un ausiliario del giudice in senso tecnico, non partecipa all'attività giudiziaria e non presta giuramento.

L'obiettivo del mediatore familiare è proprio quello di fare in modo che i genitori si riappropriino della capacità di decidere in prima persona quello che fino a ieri decidevano, il che significa valorizzare una dimensione nuova, una **nuova modalità di approccio della lite familiare, che però dovrà essere sempre sottoposta al vaglio della giurisdizione** attraverso gli aspetti tecnici curati dagli avvocati.

Appare ancor più chiaro in tal modo che la mediazione familiare si presenta come **strumento non alternativo, ma integrativo e complementare alla giurisdizione** (con funzione strumentale e non sostitutiva): il mediatore, collocato al di fuori del processo, dà il suo contributo, insieme a quello di altre professionalità (avvocato e giudice) al fine di



raggiungere un'obiettivo comune, che è quello di consentire una soluzione pacifica e condivisa della lite familiare.

## **5. Lo stato della legislazione (in particolare la l. 8 febbraio 2006, n. 54).**

L'atteggiamento della legislazione italiana di fronte alla mediazione familiare è stato finora assai timido, anche perché non dimentichiamo che **l'istituto nel nostro Paese si è affacciato solo verso la fine degli anni '80**: questo spiega il **silenzio del codice del '42** per un ausilio di questo tipo e perché i giudici abbiano fatto ricorso ad altri strumenti, quali prevalentemente le consulente psicologiche, le inchieste sociali, eccetera.

Ci sono stati degli accenni normativi settoriali alla mediazione familiare (si pensi, per esempio, alla disciplina delle misure contro la violenza nelle relazioni familiari), ma sicuramente **il terreno più propizio nel quale la mediazione familiare dovrebbe trovare spazio è quello della legge sull'affidamento condiviso**, perché la mediazione si sviluppa in un contesto storico-sociale nel quale è proprio la cogenitorialità che rappresenta la mèta ideale da raggiungere e quindi dovrebbe andare di pari passo con lo sviluppo di un modello di affidamento alternativo a quello classico tradizionale, che è monogenitoriale.

Esaminando l'iter che ha condotto all'attuale legge sull'affido condiviso in Italia è evidente come inizialmente le prospettive erano di buon auspicio: invero, sia il progetto Tarditi, presentato il 30 maggio 2001, che le proposte di legge Paniz 1 e 2 (presentate nel 2003) valorizzavano il ricorso alla mediazione familiare, quale strumento idoneo messo a disposizione dei genitori per ritrovare una capacità comunicativa sufficiente e necessaria al mantenimento della co-genitorialità; si differenziavano tra loro per il fatto di prevedere un tentativo "facoltativo" ovvero "obbligatorio" di mediazione. Quest'ultima previsione suscitò notevoli discussioni in dottrina e nelle stesse associazioni di mediatori familiari, sull'assunto che la spontaneità dell'adesione dei genitori al percorso mediativo costituisca presupposto indefettibile per la buona riuscita della mediazione stessa.

Il testo licenziato dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati dell'8 febbraio 2005, intitolato "Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli", eliminò l'art. 709 *bis* c.p.c. sulla mediazione familiare obbligatoria (previsto dal testo Paniz), limitandosi a stabilire nell'art. 155 c.c. che i coniugi debbano concordare le modalità dell'affidamento condiviso in un "progetto di affidamento condiviso", obbligatoriamente allegato alla domanda di separazione, del quale il giudice debba prendere atto, decidendo solo in caso di disaccordo.

**L'ultimo testo del d.d.l. n. 3537, definitivamente approvato il 24 gennaio 2006, non contiene più alcun riferimento esplicito né al progetto di affidamento condiviso né alla mediazione familiare; dell'impianto originario si sono persi i pezzi strada facendo. Un cenno alla mediazione è contenuto solamente nella parte finale del testo legislativo (art. 155 *sexies* c.c.), quale percorso eventuale nell'ambito di una lite già iniziata.**

L'opzione legislativa è stata quindi quella di inserire il percorso di mediazione familiare all'interno del procedimento di separazione o divorzio solo previo consenso delle parti, qualora il giudice ne ravvisi l'opportunità.

Tale grave omissione rischia in concreto di **accrescere le difficoltà applicative del nuovo modulo di affido condiviso**, posto che viene a mancare l'occasione di indirizzare le parti in conflitto verso un processo di mediazione che, con il necessario supporto di un professionista, aumenti significativamente le **possibilità di raggiungere un accordo** e, soprattutto, le possibilità che tale accordo venga rispettato e mantenuto nel tempo, e ciò malgrado la nuova realtà normativa (di cui alla legge 8 febbraio 2006 n. 54) collochi al centro della disciplina (art. 1, norma di carattere precettivo e non meramente programmatico) il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori ed a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Va, peraltro, sottolineato che **la nuova disciplina, nel suo insieme, rimane alquanto vaga** sotto vari profili: a) la figura del mediatore non viene identificata, poiché si parla genericamente di "esperti"; b) quanto alla scelta dell'esperto, sembra eccessiva la libertà lasciata alle parti, le quali, in una fase particolarmente delicata della loro vita, dovrebbero essere indirizzate se non dal giudice quanto meno dagli avvocati; c) non viene indicato il momento più opportuno per tentare la mediazione (anteriore oppure in qualunque fase del processo; d) non viene disciplinata in alcun modo l'efficacia (in termini di vincolatività o meno) dell'accordo raggiunto al termine del percorso di mediazione.

Tale vaghezza costituisce in qualche modo il riflesso del **clima di sfiducia** o, quanto meno, di diffidenza serbato dagli operatori giuridici e, più in generale, dall'opinione pubblica nei confronti della figura del mediatore familiare, per molti aspetti ancora inesplorata; il che ripropone il problema dei **requisiti di accesso** alla categoria del mediatore familiare, alla sua specifica professionalità ed ai suoi rapporti con l'avvocatura (soprattutto per evitare qualsivoglia conflitto di interesse).

Per rafforzare l'ostilità alla mediazione sono stati cercati anche **argomenti di natura economica**. Si è affermato, cioè che "I giudizi di separazione e di divorzio sono esenti da

oneri economici processuali. Non appare pertanto accettabile che il costo della mediazione venga a gravare sulla coppia” (Comm. Affari Sociali, 9 novembre 2004).

Altri hanno rimarcato “l’assoluta **insufficienza dei centri pubblici di mediazione, che sono gratuiti**. Tutto ciò significherà un incremento della domanda di centri di mediazione privati, con inevitabile effetto di aumentare ulteriormente gli oneri del processo a danno delle parti” (Comm. Giustizia, 21 luglio 2004).

In realtà tali obiezioni sono agevolmente confutabili. Intanto di centri pubblici, con personale retribuito, se ne contano già adesso circa 250, in continuo aumento, a fronte di 165 tribunali. D’altra parte, se la coppia preferisce un centro privato (ce ne sono già un migliaio, sparsi ovunque) è logico che se lo paghi; e, comunque, le consulenze tecniche d’ufficio sono imposte e risultano generalmente onerose, ma nessuno se ne lamenta.

Infine, anche optando per un centro privato, la parcella del mediatore (nella fascia di 50,00/100,0 euro a seduta) non può essere paragonata con quella dell’avvocato.

Le svolte considerazioni evidenziano la necessità che il legislatore si faccia carico di queste problematiche attraverso una **chiara definizione della figura del mediatore familiare e del suo inquadramento professionale<sup>1</sup>, ovvero attraverso l’indicazione di un percorso alternativo<sup>2</sup>** capace di offrire alla coppia un valido ausilio per recuperare quel dialogo costruttivo, presupposto indispensabile per il buon funzionamento del modello di affidamento condiviso.

---

<sup>1</sup> E’ necessario prestare una particolare attenzione alla formazione ed all’accesso alla professione dei mediatori familiari, in quanto chiamati ad operare in un contesto difficile e delicato quale quello della crisi familiare, sicchè non è pensabile che gli stessi possano arrecare - ai soggetti in essa coinvolti - ulteriori traumi e pregiudizi a causa di una preparazione inadeguata o ap-prossimativa.

<sup>2</sup> Il disegno di legge n. 66 sull’affidamento condiviso (che si basava essenzialmente su uno studio condotto dall’associazione Crescere insieme: v. M. Maglietta, *Il figlio diviso*, in *Testimonianze*, anno XLI (398), p. 111-125, 1998) si preoccupava - attraverso l’art. 155 *ter* c.c. - di fornire ai genitori, ove necessario, un supporto (centro familiare polifunzionale) per impostare correttamente un nuovo tipo di vita, accettando i necessari sacrifici non tanto per venire incontro ai desideri dell’altro, quanto per rispettare le esigenze del bambino. Il centro era stato pensato come unità in grado di offrire ogni genere di aiuto di cui la coppia possa necessitare: non solo mediazione, ma anche consulenza e terapia familiare. Centri di questo genere - o studi professionali con l’una o l’altra delle qualifiche - sono già attivi in Italia, per cui non esiste un concreto problema di disponibilità di competenze. Appare, tuttavia, necessaria una legge istitutiva che ne disciplini caratteristiche e funzionamento e per essa si è preferito rimandare ad un apposito provvedimento.

## **6. Le applicazioni giurisprudenziali e il d.d.l. 957 (recante Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso).**

A livello giurisprudenziale la legge sull'affido condiviso, per un arco temporale di almeno un anno e mezzo dal suo varo nel 2006, ha conosciuto applicazioni assai distanti dalla sua autentica *ratio*.

Forse anche per una naturale ritrosia culturale di parte della magistratura ad accettare un ribaltamento nella scala di priorità giudiziaria della separazione, si è assistito inizialmente al proliferare di sentenze che **in cui l'affidamento condiviso è stato negato per motivi non direttamente attribuibili al soggetto da escludere, ma esterni**, come la reciproca conflittualità o l'età dei figli o la distanza tra le abitazioni. Emblematico in tal senso quanto sostenuto in una sentenza del **tribunale di Napoli (28 giugno 2006)**, che ha ritenuto di dover valorizzare in senso ostativo tutta una serie di requisiti valutati in sede di affidamento congiunto.

Di fondamentale importanza, nell'interpretare l'autentica *ratio* del nuovo modulo, è stato l'arresto segnato da **Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593**, che ha posto due principi:

*-«L'affidamento condiviso dei figli, che si pone come regola generale, non può ritenersi precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, essendo necessario che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o di inidoneità educativa, o, comunque, tale da rendere quell'affidamento, in concreto, pregiudizievole per il minore (come nel caso, ad es., di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con i figli o di obiettiva lontananza)».*

*-Ed ancora: «In tema di affidamento dei figli, l'esclusione della modalità dell'affidamento condiviso dovrà risultare sorretta da una **motivazione**, non più solo "in positivo" sulla idoneità del genitore affidatario, ma **anche "in negativo"** sulla inidoneità educativa del genitore che, in tal modo, venga escluso dal pari esercizio della potestà genitoriale».*

Alla luce della chiara posizione assunta dal Supremo Collegio la giurisprudenza di merito successiva ha maturato una tendenza favorevole all'applicazione del modello di affidamento condiviso più coerente con la *ratio* dell'istituto (nel 2008 la percentuale degli affidamenti condivisi è salita all'83,3%).

---

**Il disegno di legge n. 957 del 2009, attualmente in discussione al Senato** (virtualmente sostituito dal ddl 2454 del 16.11.2010), **razionalizza in termini normativi questa posizione**, precisando (art. 1, co. 2) l'irrelevanza di circostanze estranee alle caratteristiche dei genitori singolarmente considerati ed eliminando la possibilità di negare ai figli la

tutela di uno dei genitori quale coaffidatario, utilizzando circostanze che non possono porsi a suo carico (l'età dei figli, la distanza tra le abitazioni dei genitori ed il tenore dei loro rapporti).

Nel contempo l'art. 2, sia nel titolo che nel 1° co. novellato dell'art. 155 bis, afferma in modo prescrittivo che il giudice può motivatamente escludere un genitore dall'affidamento solo qualora sia provato che costui possa arrecare **pregiudizio** al minore (in ottica quindi protettiva).

---

Essere consapevoli che si può e si deve disporre l'affidamento condiviso anche in presenza di elevata conflittualità non significa aver risolto tutti i problemi, perché per poter dare un senso concreto e reale a quel modello di affido, ormai prescritto non più nel 15-20% dei casi, ma nel 70-80-90% dei casi, è necessario che vi sia un'**autentica condivisione** di fondo, una reale progettualità comune, altrimenti si corre il rischio che, in mancanza di accordo dei coniugi, decida sempre il giudice sui contenuti dell'affidamento.

Allora noi avremo una **formula vuota, come una scatola cinese, perché al nomen (affidamento condiviso) non corrisponderà il contenuto**, tutt'altro che frutto di condivisione in carenza di accordo, ma risultato di decisioni eteronome del giudice, come avviene in presenza del modello monogenitoriale.

Non convince l'affermazione dell'A.I.A.F. (critica sotto vari profili nei confronti del d.d.l. 957) secondo cui *“E' palese che il rilevante aumento dell'affidamento condiviso dei figli nelle separazioni e nei divorzi non corrisponde solo ad un dato numerico, ma evidenzia un **cambiamento culturale** nel modo in cui si percepisce e si svolge la funzione genitoriale”*.

A me pare che il *trend* in aumento sia frutto di una presa di coscienza – soprattutto da parte della giurisprudenza – della necessità di applicare il regime dell'affido condiviso in modo coerente con la sua *ratio* di modello (derogabile solo in via eccezionale).

Ma la distanza tra il dato statistico ed il supposto *cambiamento di clima culturale* mi pare ancora notevole, come dimostra peraltro la frequente litigiosità permanente pur in presenza di affido condiviso.

Ben vengano allora **progetti di legge**, come taluni già presentati in Parlamento (d.d.l. 957, 2209, 2503, 2203), finalizzati a dare all'istituto della mediazione uno spazio più ampio e più significativo all'interno della legge sull'affidamento condiviso e a definire in dettaglio la figura professionale del mediatore familiare.

E tuttavia sarebbe riduttivo attribuire gli insuccessi registrati sul fronte delle applicazioni della legge sull'affidamento condiviso solo all'insufficiente spazio riservato fino ad oggi alla mediazione familiare; occorre invece realisticamente denunciare anche **l'atteggiamento complessivo della giurisprudenza, che ha introdotto una serie di correttivi alla legge 54/2006** forzando il dato interpretativo e riportando la normativa nell'alveo dell'affidamento esclusivo. Tale atteggiamento sembra espressivo di un sentimento diffuso di diffidenza nei confronti del principio della bigenitorialità.

**a) La collocazione preferenziale del minore ed il doppio domicilio.**

La forma più evidente di mancata applicazione della legge n. 54 del 2006 s'intravede con chiarezza in quei provvedimenti in cui l'affidamento condiviso viene nominalmente concesso, salvo stabilire l'elezione di un genitore «domiciliatario prevalente» o «collocatario» (**prassi di esclusiva origine giurisprudenziale**) che, di fatto, svuota la nuova normativa di ogni effetto, ristabilendo, da un'altra direzione, lo strumento dell'affidamento esclusivo anche là dove non sussistono motivi di pregiudizio per il minore.

---

Es. **Ord. Presidente Trib. Trani**, 20 luglio 201

- Dispone che i due figli minori Davide Crispino (n. il 12.6.1997) e Simone Saverio (n. il 12.7.2001) siano affidati in modo condiviso ad entrambi i genitori;

-A titolo di regolamentazione del diritto di frequentazione da parte del genitore non collocatario della prole, stabilisce che Baldassarre Giuseppe **incontri i due figli minori** e si intrattenga con loro il lunedì, mercoledì e venerdì di ogni settimana, dalle 16.30 alle ore 20.00 e, a settimane alterne, anche la domenica dalle ore 9,30 alle 20,00; i figli potranno stare con il padre dal 23 al 30 dicembre o dal 31 dicembre al 6 gennaio di ogni anno, con alternanza annuale di questi periodi; in occasione delle vacanze pasquali, dal giovedì al sabato oppure dalla domenica al martedì successivo, nonché per i primi quindici giorni consecutivi del mese di luglio o agosto di ciascun anno, con alternanza annuale dei mesi di luglio e agosto;

---

In siffatti provvedimenti **il modello dell'affidamento esclusivo è riprodotto nei fatti**, come nella quantificazione dei tempi di «visita» o nella « **facoltà** », anziché nell'**obbligo** dei contatti tra il padre e i figli. Tutto ciò è l'esatto contrario di quanto il legislatore si è proposto nel 2006, e cioè la sostituzione del modello monogenitoriale con quello bigenitoriale.

Eppure la normativa non recita affatto: «stabilisce presso quale dei genitori i figli vivranno», da ciò derivando l'assoluta arbitrarietà con cui gli operatori della giustizia si sono affrettati a coniare il neologismo « **domiciliazione prevalente** », che introduce una misura creata *ex novo*, non ricompresa nel dettato della normativa vigente.

Il ricorso a tale prassi, inoltre, ha come conseguenza quella di favorire una cultura giudiziaria della separazione che preferisce la **stabilità del domicilio del minore** alla sua **stabilità affettiva**.

Notevole è il **contenzioso** indotto dalla disciplina della c.d. residenza privilegiata e delle modalità di incontro con l'altro genitore, fonte di reclami *ex art. 708 c.p.c.* alla Corte d'Appello avverso provvedimenti presidenziali e di istanze di modifica al giudice istruttore.

Sovente il ricorrente (sovente il padre) lamenta che il provvedimento presidenziale è in aperto contrasto con la l. 54/06 e con l'interesse dei minori coinvolti nella vicenda, tenuto conto che – nel disciplinare il c.d. diritto di visita, in relazione alla collocazione preferenziale della prole presso la casa coniugale assegnata all'altro coniuge – detta modalità e tempi che di fatto comportano l'esclusione dalla vita dei minori della fondamentale figura paterna, con ciò comprimendo il suo diritto alla bigenitorialità.

Va dunque valutata attentamente e senza preconcetti la proposta di adeguare il nostro paese all'orientamento sperimentato positivamente nell'Unione europea (in merito alla residenza alternata), introducendo (art. 1, co. 3, ddl. 957) anche in Italia un principio di **doppia residenza o domicilio**, salvo diversi accordi tra le parti (principio fortemente criticato dall'AIMMF, dall'AIAF e dall'Unione Nazionale Camere Minorili).

#### ***b) Il mantenimento diretto.***

Se fino al 2006 era scontato che al genitore affidatario (solitamente la madre) spettasse un assegno di mantenimento per la cura dei figli con lei conviventi, dopo e secondo tale novella l'assegno non ha più ragione di essere: **entrambi i genitori possono e devono provvedervi direttamente e personalmente.**

La scelta della legge n. 54/06 è senza dubbio rivoluzionaria in un Paese dove ancora la figura femminile è quella di riferimento nella crescita dei figli, nonché il genitore su cui alla fine ricade l'onere e l'onore del rapporto genitoriale. Ed è innegabile che, in un quadro sociale e culturale simile, l'assegno di mantenimento ha assolto la meritevole funzione di tutela della madre e dei figli nei confronti dell'eventuale disinteresse o comunque della minor auto-responsabilizzazione del padre nei confronti della prole.

**Per molti padri l'assegno ha costituito un alibi per abdicare al proprio ruolo di protagonista nel rapporto con i figli**, una liquidazione in denaro del tempo, delle attenzioni e della cura materiale derivanti dall'essere genitore.

Per molti altri, ed e' questo il motore che ha favorito se non determinato la novella legislativa, invece, cio' ha costituito indirettamente una **ingiusta privazione di un proprio ruolo, del quale, loro malgrado, sono stati esautorati.**

La scelta del mantenimento diretto a carico di entrambi i genitori non ha invero ragioni solo contabili, ossia tradurre in termini monetari la tendenziale uguaglianza di tempi e costi relativi alla frequentazione dei figli per ciascuno dei due, ma **trova la sua ragione primaria** nello stabilire le **modalita' dell'adempimento dell'obbligo diretto di cura e assistenza morale materiale, educazione, istruzione**, gia' previsti dal codice civile.

In altre parole, fra *comprare personalmente* un libro, un vestito, pagare una gita scolastica o una visita medica, e *rimborsare* l'altro genitore a fine o a inizio mese, si e' deciso (salve deroghe) che l'obbligo genitoriale si compia adeguatamente nel primo modo, e solo in via residuale ed eccezionale nel secondo.

**Cio' che e' stato cosi' stabilito in via legislativa, tuttavia, e' pressoché costantemente disatteso nelle aule di tribunale.** Ad oggi sono rare le pronunce che osservano il precetto normativo assegnando a ciascun genitore il ruolo primario di protagonista nel rapporto con i figli, senza delegare all'altro in cambio di assegno di mantenimento.

Cio' puo' esser il sintomo di una societa' che ancora **tarda a riconoscere l'uguaglianza** dell'uomo e della donna in relazione alla crescita dei figli, e che ancora mostra diffidenza verso una certa categoria di padri che fino a ieri era ben lieta di delegare alla madre la cura diretta dei propri figli.

Potrebbe tuttavia anche essere il sintomo di un qualcosa di piu', ossia di un **tarlo intrinseco alla legge n. 54.**

La bigenitorialita' attiva, come pensata e disposta dal legislatore, impone una **pari suddivisione del tempo di frequentazione dei singoli genitori con i figli, e non solo. Presuppone due nuclei attorno ai quali si svolga la vita del minore**, due luoghi ove si realizza la sua personalita', in termini di istruzione, di socializzazione, di svolgimento di attivita' ludiche o sportive, ecc... insomma due "*case*", parimenti "*casa*". Cio' non solo e' raramente possibile da un punto di vista pratico, ma rischia, se non gestito ad arte, di costituire per il minore stesso un handicap, un limite nella crescita, per lo sballottamento al quale e' cosi' sottoposto.

Forse anche questo spinge i giudici investiti delle decisioni in materia di affidamento condiviso ad optare per un regime di "affidamento ad entrambi i genitori" con domiciliazione presso l'uno col diritto-dovere di visita per l'altro, **con a carico l'assegno di mantenimento per quest'ultimo.**



Il che, si capisce, rende la legge n. 54 lettera morta.

Emblematica di tale atteggiamento giurisprudenziale è una recente **sentenza della Corte di Cassazione (sez. I, 4 novembre 2010, n. 22502)**, che di fatto sembra ignorare la portata innovativa della L.54/2006 riproponendo le modalità tipiche dell'affidamento esclusivo dietro la maschera dei nuovi concetti di "assegno perequativo", "collocazione prevalente presso un genitore", "tempi di permanenza presso l'altro genitore", che celano in realtà i vecchi concetti rispettivamente di assegno di mantenimento, affidamento esclusivo ad un genitore e diritto di visita riconosciuto all'altro.

La Suprema Corte nella citata sentenza ignora la regola del mantenimento diretto dei figli (di cui al 4° co. dell'art.155 c.c.) e si concentra sull'eccezione, affermando che "*È da ritenere peraltro che la corresponsione di assegno si riveli quanto meno opportuna, se non necessaria, quando, come nella specie, l'affidamento condiviso preveda un collocamento prevalente presso uno dei genitori*".

---

Coerentemente con l'intento di valorizzare la bigenitorialità attiva, il ddl 957 non solo opta per il principio della **doppia residenza o domicilio**, ma (art. 1, co. 7) ribadisce fortemente la **priorità del mantenimento diretto dei figli**, ove richiesto anche da un solo genitore.

Inoltre, mette ordine nell'elenco dei **parametri** di cui il giudice deve tenere conto per fissare un eventuale assegno.

La norma attuale, infatti, mescola ciò che serve a stabilire il costo totale del figlio con quanto serve a scalare dall'assegno perequativo, se stabilito, forme dirette di contribuzione (come il lavoro di cura). Viene anche eliminato il parametro relativo al **tenore di vita** antecedente la separazione poiché tale evento ha, ovviamente, sconvolto il sistema economico familiare. Stabilisce, infine, che in caso di trascuratezza da parte di uno dei genitori questi perda la possibilità del mantenimento diretto e sia obbligato a versare un assegno all'altro.

### ***c) La reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore.***

L'articolo 7 del ddl. 957 rende possibile reclamare i provvedimenti del giudice istruttore, che a volte creano situazioni invivibili, per modificare le quali occorre attendere la sentenza, anche per anni.

Si ovvia in tal modo ad una lacuna normativa, tenuto conto che **l'art. 708, co. 4°, c.p.c. rende attualmente possibile solo il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali provvisori ed urgenti.**

L'orientamento giurisprudenziale sul punto è variegato (e ciò non favorisce la certezza del diritto), essendosi formati **tre indirizzi** in merito alla reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore:

- 1) **inammissibilità secca del reclamo avverso le misure del g.i.** (in base al presupposto della sola reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, giusta quanto previsto dall'art. 708, 4° comma, c.p.c., applicabile, *ex art. 4 l. 54/2006*, anche nei processi di divorzio)<sup>3</sup>;
- 2) **reclamabilità dei provvedimenti del g.i. davanti al tribunale in composizione collegiale**, di cui non può far parte il giudice che li ha emessi, **giusta quanto statuito dall'art. 669 terdecies c.p.c.**<sup>4</sup>;
- 3) **reclamabilità dei provvedimenti del g.i. davanti alla corte d'appello, ai sensi dell'art. 708, 4° comma, c.p.c.** (ritenuto, in via di interpretazione estensiva, applicabile anche nel caso di misure del g.i.)<sup>5</sup>.

Il ddl 957 ammette senz'altro l'impugnazione delle ordinanze del g.i. "*in materia di separazione e affidamento dei figli*": nella relazione si legge che "La scelta del reclamo al collegio è dovuta al desiderio di tenere conto delle difficoltà logistiche che si potrebbero incontrare in talune zone optando per il reclamo in corte d'appello".

Sotto il profilo della disciplina suscita **perplexità la scelta di un percorso diverso (art. 178 c.p.c.)** da quello che naturalmente potrebbe seguirsi una volta affermata la natura cautelare dei provvedimenti *de quibus* (art. 669 terdecies c.p.c.).

Registro con soddisfazione l'accoglimento di una mia proposta nel d.d.l. S. 245 (nuova versione del d.d.l. 957), che - valorizzando la natura cautelare dei provvedimenti *de quibus* - ne auspica la reclamabilità *ex art. 669 terdecies c.p.c.* Ecco il testo proposto:

#### **Art. 9.**

1. Il quarto comma dell'articolo 708 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

**«Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, nel termine e nelle forme di cui all'articolo 669 terdecies del codice di procedura civile».**

---

<sup>3</sup> V. App. Cagliari 18 luglio 2006, App. Milano 6 luglio 2006, App. Bari 16 giugno 2006, *Foro it.*, 2006, I, 3244 con nota di CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*, nonché Trib. Foggia 2 maggio 2006, *ibid.*, 2213, con nota di CEA, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore.*

<sup>4</sup> v. App. Genova 20 ottobre 2006, in *Foro it.*, nonché Trib. Trani 28 aprile 2006, *id.*, 2006, I, 2213; App. Napoli, sez. I, 5 marzo 2007.

<sup>5</sup> v. Trib. Genova, 2 maggio 2006, *Foro it.*, 2006, I, 2213.

## **Art. 10.**

1. All'articolo 709 del codice di procedura civile, dopo il quarto comma è aggiunto, in fine, il seguente:

**«Avverso i provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi emessi dal giudice istruttore è ammissibile il reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, ai sensi dell'articolo 669-terdecies del codice di procedura civile».**

### ***d) Il passaggio obbligatorio informativo presso un centro di mediazione.***

L'articolo 8 del ddl 957 restituisce alla mediazione familiare un ruolo di primario rilievo al fine di favorire una nuova cultura di gestione del conflitto familiare.

Prevede un **passaggio obbligatorio presso un centro di mediazione** a fini di informazione sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione prima di qualsiasi contatto con la via giudiziale.

Non comprendo la critica rivolta dall'AIAF e dall'AIMMF, secondo cui *“è evidente il tentativo di rendere obbligatorio l'intero percorso della mediazione familiare, nonostante sia ben noto che tutti i mediatori italiani, nonché gli psicologi, siano assolutamente contrari alla sua imposizione obbligatoria”*.

A me pare chiara, invece, che **l'obbligatorietà è limitata al c.d. passaggio informativo, che lascia impregiudicata la successiva scelta, libera e consapevole, delle parti di sottoporsi alla mediazione vera e propria.**

In caso di mancato accordo, per adire il Tribunale è necessario presentare la **certificazione** del passaggio presso il centro o **concorde dichiarazione** circa l'avvenuto passaggio.

### **Perplessità:**

- a) non si parla chiaramente di condizione di procedibilità della domanda (v. ddl 2209), ma tanto pare desumersi implicitamente;
- b) la concorde dichiarazione può nascondere un passaggio meramente simulato presso il centro di mediazione (nel ddl 2209 e nel ddl 2503 si richiede solo il verbale di mancato accordo o l'attestazione del centro);
- c) il successo della mediazione familiare dipende anche dalla rapida definizione, a livello normativo, della figura del mediatore professionale (v. ddl 2503 e ddl 2203).

## **7. Conclusioni.**

E' da apprezzare lo sforzo legislativo di introdurre alcune modifiche all'impianto della legge n. 54 del 2006, che, per un verso, servano da stimolo alla giurisprudenza verso un'applicazione del modello di affidamento condiviso più coerente con la *ratio* dell'istituto e, per altro verso, emancipando la mediazione familiare dagli angusti ambiti nei quali l'istituto è stato confinato dalla legge n. 54 del 2006, contribuiscano all'affermarsi di un nuovo modello di giustizia compositiva delle liti familiari.

L'auspicio è che si possa realizzare, nel più breve tempo possibile, una **nuova cultura di gestione del conflitto familiare** attraverso un percorso nel quale tutte le professionalità, con umiltà e spirito di servizio, siano sinergicamente orientate al raggiungimento del medesimo obiettivo, quello di offrire una soluzione pacifica alla lite familiare che, attraverso il diretto coinvolgimento dei protagonisti, restituisca ai confliggenti dignità e responsabilità ed ai minori un significativo livello di serenità e di benessere psicofisico.

LUCIANO GUAGLIONE