

Associazione Nazionale “Crescere Insieme”

Sede legale – Corso dei Tintori 3 – 50122 Firenze

Mail marino.maglietta@gmail.com; cell 338 4572167

Audizione dell’ass. naz. Crescere Insieme presso la Commissione Giustizia del Senato sui ddl 957 e 2454

Le contestazioni ai ddl 957 e 2454 mosse in tempi recenti (fino all’audizione in Senato del 26 luglio 2011 compresa) da OUA, Aiaf, UNCM, Aimmf e AMI (alle quali si possono aggiungere quelle dell’Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia, non ancora audito, che le ha già pubblicate sulla propria rivista, Avvocati di Famiglia n.2 p.2), pressoché identiche - che salvano solo aspetti non determinanti della grande svolta istituzionale del 2006 alla quale si intende dare oggi piena attuazione - hanno la sola valenza di una dichiarazione di voto: siamo contrari al modello bigenitoriale di affidamento e favorevoli a quello esclusivo. Le motivazioni accampate, difatti, non trovano alcun riscontro nella realtà dei fatti. Non esiste alcuna difficoltà a dimostrare che nessuno degli argomenti di diritto sostanziale addotti contro i disegni di legge 957 e 2454 ha il benché minimo fondamento. Tuttavia, prima di passare ad esaminarli uno per uno (v. sotto), non si può fare a meno di osservare che proprio la loro inconsistenza - che giunge a volte perfino alla citazione infedele delle proposte - dimostra che non esiste alcuna intenzione costruttiva nelle critiche mosse, ma solo la volontà di bloccare un provvedimento che darebbe attuazione al modello equilibrato di affidamento proprio per ostilità al modello stesso. Difatti, **se invocano con grande enfasi “Non cambiate quella legge!” gli stessi gruppi che a suo tempo hanno fatto di tutto per non farla approvare, è solo perché nell’applicazione nulla è mutato e la scelta del legislatore del 2006 è stata disinvoltamente ignorata dalla maggior parte degli operatori del diritto di famiglia, e in particolare dalla giurisprudenza, trasformando in vittoria a tavolino la sconfitta sul campo.**

Pertanto, le modifiche alla legge 54 (per le cui motivazioni si rimanda integralmente alla relazione introduttiva) non rappresentano in realtà un problema tecnico, ma un problema politico. Lo si è visto chiaramente anche nelle prime sessioni di audizioni. Da una parte varie organizzazioni di operatori del diritto di famiglia (rammentiamo: **per nulla esaustive della categoria, che ospita anche gruppi e voci di ben diverso orientamento**), coalizzate a favore del modello esclusivo, con secondarie differenze tra loro; dall’altra la società civile, stanca di illegittimi aggiramenti, concordemente a favore del pieno impegno per i figli di entrambi i genitori, smentendo

implicitamente certe rappresentazioni di comodo (“una riforma voluta dai padri contro le madri”) e soprattutto **con il decisivo supporto dei figli di genitori separati che hanno finalmente potuto chiarire senza equivoci cosa vogliono e cosa meglio risponde allo strumentalizzatissimo “interesse del minore”**. E il muro di divisione tra le due posizioni non ha riguardato dettagli tecnici, ma l’impianto stesso della riforma del 2006, a suo tempo tenacemente avversata dagli stessi soggetti. **E’ il modello monogenitoriale che piace a buona parte dell’avvocatura e alla magistratura minorile; è la doppia responsabilità genitoriale che viene invocata dalla famiglia separata.**

Passeremo pazientemente in rassegna una per una tutte le contestazioni di natura sostanziale mosse ai progetti di modifica, ma in realtà non ve ne sarebbe affatto bisogno, perché il problema è di estrema semplicità. Tutti gli operatori del diritto di famiglia sanno perfettamente – e di regola ammettono – che nell’attuale applicazione della legge 54/2006 sono rimaste inalterate le sostanziali differenze di ruolo e di poteri per i due genitori proprie dell’affidamento esclusivo; e sanno altrettanto bene che queste differenze accendono il contenzioso come prima le differenze tra l’affidatario e il non affidatario. Dunque per abbatterlo è indispensabile realizzare autentiche pari opportunità, spazzando via a monte l’oggetto del contendere. Si replica: ma questo è un approccio adultocentrico “ significa leggere la bigenitorialità nel quadro dei principi di uguaglianza e di parità tra coniugi, ampiamente superata dal principio che è l’interesse del minore, e non la parità tra i genitori, che impone la condivisione delle responsabilità” (Osservatorio Naz. sul Dir. Fam., in “Avvocati di Famiglia”, n.2 2011, p. 2). Tutta teoria, tutto fumo. A prescindere dalle innumerevoli positive ricadute, assolutamente apprezzabili, della uguaglianza tra i genitori, come può un figlio star bene se i suoi genitori si fanno la guerra? Tutto ciò che serve a ridurre, o a contenere, la loro litigiosità contribuisce, prioritariamente e imprescindibilmente, all’interesse del minore. I diversi approcci sono solo un esercizio di retorica forense, che alla famiglia separata non interessano, meno che mai ai figli.

Il problema, dunque, per il Parlamento non è di individuare le formulazioni più idonee per raggiungere scopi comuni, ma di **scegliere senza esitazioni e compromessi, tra il bi- e il monogenitoriale, il modello che si ritiene più idoneo per i figli; rimanendo la via della “mediazione politica” ovviamente preclusa, essendo improponibili e impraticabili soluzioni intermedie fra impostazioni antitetiche. O meglio, si chiede solo di confermare la scelta già fatta.**

Rammentiamo, infatti, che i principali contenuti dei ddl in esame appartengono già alla normativa in vigore ed è molto grave essere costretti a riproporli. Confidiamo, quindi, che il Parlamento saprà ben difendere le sue prerogative dall'assalto di chi intende imporre la propria ideologia e la propria convenienza, sostituendosi alla volontà popolare espressa attraverso i propri rappresentanti.

Le contestazioni ai ddl e le relative repliche

Premessa – Le posizioni delle varie associazioni di avvocati che si sono fin qui espresse, con comunicati ufficiali e/o in audizione, risultano virtualmente identiche. Alcuni gruppi hanno mostrato maggiore attenzione nel considerare che non ha senso riferirsi al ddl 957 anche per aspetti che la sua versione aggiornata (ddl 2454) ha già modificato, ovvero nel non ripetere alcune delle critiche più manifestamente infondate, come quella di confondere il domicilio con la residenza o di avere *soppresso* l'obbligo di indagare sulle dichiarazioni dei redditi e i trasferimenti di immobili oggetto di contestazioni: una soppressione mai avvenuta, bastava contare bene i capoversi. Altri non se ne sono ancora resi conto. Leggermente diverso il discorso che può farsi per l'Aimmf, che pur essendo allineata con i suddetti gruppi nella complessiva ostilità al progetto (probabilmente più che altro per la previsione di inviare le coppie non coniugate a sezioni specializzate del tribunale ordinario, un aspetto non qualificante) ha mostrato alcune aperture e apprezzamenti per singole parti dei ddl (il rapporto tra nonni e nipoti, l'ascolto del minore, perfino il mantenimento diretto). Purtroppo anche per la magistratura minorile è il modello principale di riferimento che sostanzialmente continua ad essere l'affidamento esclusivo. E per questo non c'è bisogno di audizioni: basta scorrere la giurisprudenza.

Non verranno fatte, pertanto, distinzioni particolari nell'analizzare le critiche (che saranno la somma di tutte quelle mosse), limitandoci a nominare la fonte quando si tratterà di citazioni integrali.

Di esse una parte importante dimostra che il testo in esame non è stato compreso. Sono quindi critiche che sarebbero fondate se il messaggio del legislatore fosse davvero quello che gli si attribuisce, ma così non è (punti 3, 6, 7 e 14). Per cui la loro valenza è nulla. Un secondo gruppo –

come già accennato - dimostra la mancanza di una adeguata documentazione, ovvero fa riferimento al ddl 957 anche per aspetti che sono già stati modificati nel ddl 2454. Si tratta essenzialmente dei punti 12, 15 e 17. Per il resto si tratta semplicemente di osservazioni e lagnanze a nostro parere prive di fondamento logico e quindi non condivisibili, oppure apodittiche previsioni di sciagure - ovvero rifiuti: no perché no -, senza alcun ragionamento e alcun riscontro: pure opinioni personali o dichiarazioni di voto.

1.La lettura delle cifre dell'affidamento condiviso e le conclusioni che se ne possono trarre –

“Negli ultimi anni l'affidamento condiviso dei figli, introdotto con la legge 54/2006, e' stato ampiamente applicato. Lo dimostrano i dati dell'Istat e del ministero della Giustizia secondo cui, nel 2008, l'affidamento condiviso e' stato applicato nell'83% delle separazioni consensuali e nel 52,1% di quelle giudiziali.” (Doc. OUA)

“ ... poiché non sembrano esservi i segnali di quell'inquietante disapplicazione dei principi dell'affidamento condiviso che i proponenti del disegno di legge paventano, non vi è nemmeno la necessità di un intervento del legislatore” (Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia, in *“Avvocati di Famiglia”*, n.2 2011, p. 2).

Basta rammentare l'art. 155 bis che al comma 1 richiede il sussistere di serie carenze in uno dei genitori per poter procedere ad un affidamento esclusivo all'altro per comprendere come queste cifre, lungi dall'essere confortanti, dimostrano un'applicazione solo parziale dell'affidamento condiviso, sia pure limitandosi al nome. Particolarmente preoccupante è la differenza tra separazioni consensuali e giudiziali, che dimostra che l'arbitrario pregiudizio sulla impossibilità di stabilire un affidamento condiviso in presenza di accesa conflittualità è tutt'altro che estinto, come del resto è confermato in sede di legittimità dalla recentissima Cass. 11062 del 19 maggio 2011, che conferma un affidamento esclusivo deciso dai tribunali di merito appunto su tale base.

Ma più grave ancora è il tradimento della legge nella sua realizzazione concreta. Nessuno dei pilastri fondamentali della riforma, difatti, ha trovato applicazione. I tempi della frequentazione non sono di regola neppure vagamente equilibrati; al genitore non collocatario mai si assegnano compiti di cura; il mantenimento non è mai diretto, ma si fa dare del denaro al “genitore collocatario” perché provveda a tutte le necessità dei figli, come se fosse una prezzolata baby-sitter. E' chiaro, dunque, che il sistema legale rifiuta il messaggio della legge 54/2006, la sua *ratio*. Ciò mentre la società civile si muove costantemente in avanti, come si vede, ad es., dai dati sui congedi parentali.

Dal 2009 al 2010, infatti, i congedi chiesti dai padri sono cresciuti di ben 3 punti percentuali rispetto alle madri, raggiungendo la ragguardevole cifra complessiva di 27.000 nel solo settore

privato; e ciò a dispetto del costante calo delle nascite, diminuite di 12.000 unità nel medesimo periodo (Fonte: Il Sole-24 Ore del 27.6.20119).

Tuttavia, il ragionamento dell'Osservatorio riveste aspetti di sicuro interesse, se sviluppato fino in fondo. Non c'è bisogno di interventi legislativi perché “non pare” che ci sia disapplicazione. Dunque una volta dimostrato che l'applicazione è largamente carente l'Osservatorio concorderebbe con la necessità di una revisione. Giusto?

2. Le separazioni consensuali mostrano la larga preferenza delle coppie per il modello monogenitoriale

E' questo un argomento ricorrente e sfruttatissimo, ma così privo di valenza da non meritare che poche parole. Anzitutto occorre tener conto della “pressione”, psicologica e non solo, che il sistema legale esercita su chi si separa, spesso influenzandone, *rectius* determinandone, le scelte, con la sua fortissima vocazione monogenitoriale. Basta leggere le istruzioni per l'uso distribuite in molti tribunali, che guidano l'utenza direttamente verso la collocazione privilegiata, il diritto di visita a w-e alternati e l'assegno. E come se non bastasse un modello simile è proposto perfino dal Ministero della Giustizia. Uguale messaggio è trasmesso dall'avvocatura, e naturalmente i clienti si fidano e si adeguano. In aggiunta può dirsi che a chi vorrebbe qualcosa di diverso e simile a un affidamento condiviso vero regolarmente si risponde “inutile chiederlo, tanto non ce lo danno”.

Ciò premesso e a prescindere da ciò, resta il fatto che è ben noto che i cattivi genitori (i padri tendenzialmente assenti e le madri tendenzialmente accaparratrici) sono numericamente prevalenti e che incontrandosi possono facilmente accordarsi per un sistema che li premi entrambi. Ma questo è l'interesse degli adulti. Il sistema legale dovrebbe favorire i buoni genitori e i loro virtuosi propositi e non castigarli in nome dei comportamenti viziosi (e oltre tutto illegittimi) della maggioranza. E' un argomento grottesco.

3. La cancellazione dell'interesse del minore - *“l'eliminazione del riferimento all'interesse morale e materiale dei figli minori; non si può non rilevare che tale eliminazione contrasta con i principi di tutela del minore posti alla base delle convenzioni internazionali, della legislazione europea e del nostro diritto interno”* (Doc. Aiaf).

Qualcuno, non l'Aiaf, almeno si è accorto che nel comma 2 il riferimento all'interesse del minore non è stato cancellato, ma ha solo cambiato posizione. Purtroppo non ha resistito alla tentazione di concludere che “posporlo vuol dire diminuire la sua importanza”. Nulla di tutto ciò. L'interesse del

minore è e resta fondamentale. Deve però, vale nel diritto come per qualsiasi criterio generale, guidare il giudice quando è chiamato ad assumere decisioni in materia non codificata specificamente. Se c'è una prescrizione diretta è quella a prevalere. D'altra parte, l'osservatore attento non può non accorgersi che la posizione proposta è la stessa, assolutamente logica e corretta, che occupava prima della novella del 2006, senza che nessuno invocasse la violazione di trattati e convenzioni internazionali: ovvero riguardava le decisioni "altre" rispetto alle basi e ai principi fondamentali dell'affidamento. La posizione attuale è responsabile di quella parte della giurisprudenza che sulla base di una valutazione soggettiva dell'interesse del minore si è sentita, a torto, autorizzata a privarlo di un suo indisponibile diritto. Questo punto è strettamente collegato al seguente.

4. La rigidità delle norme e i pregi del potere discrezionale del giudice – *“l’approvazione di norme rigide e sanzionatorie che non tengano conto dell’interesse dei minori e non lascino spazio alla valutazione discrezionale del giudice in relazione al singolo caso, possono solo causare un aumento della conflittualità tra i genitori e del contenzioso civile”* (Doc. Aiaf).

Ci pare, continuando, evidente che **il concetto di diritto è più forte e assorbente rispetto a quello di interesse**, il primo dei quali nella fattispecie si sostanzia nel “mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi [genitori]” e “ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi”. Questa è la bigenitorialità, che rappresenta anche **l’interesse primario e intoccabile del minore**, che evidentemente non può essere scavalcata dal potere discrezionale del giudice, che tuttavia non scompare, ma potrà estrinsecarsi nei giusti ambiti, quelli delle modalità di attuazione: chi accompagna il bambino a scuola, in quali giorni si pranza dal padre, chi provvede all’abbigliamento ecc.

Resta il fatto che fa abbastanza sorridere questa difesa appassionata del potere discrezionale del giudice come toccasana per gli scompensi delle separazioni, quando l’esperienza mostra il ripetersi costante e acritico di innumerevoli sentenze-fotocopia. In pratica, il giudice di regola rinuncia al potere discrezionale – laddove davvero servirebbe – per riprodurre il vecchio modello del genitore collocatario che provvede a tutto utilizzando l’assegno che l’altro gli passa; e l’altro che esercita, se vuole e quando vuole, il logoro “diritto di visita” nei w-e alternati.

E fa abbastanza sorridere anche vedere degli avvocati che manifestano “preoccupazione” per l’aumento della conflittualità e del contenzioso. Ne parleremo nelle conclusioni.

5. La mutua conflittualità – così come l'età dei figli e la distanza materiale - può inibire l'affidamento condiviso? –

E' un punto di estrema importanza, che può suggerire strategie per giungere sistematicamente all'affidamento esclusivo. Se, infatti, il disaccordo delle parti e la loro litigiosità è sufficiente per far virare la decisione in tale verso basterà alzare i toni della polemica per ottenere il tradizionale affidamento esclusivo, come fece giustamente notare Cass. 16593/2008: “... *l'affidamento condiviso ... non può ritenersi precluso dalla mera conflittualità tra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti una applicazione solo residuale.*”. Una pronuncia sicuramente corretta, visto che riprendeva puntualmente dai lavori preparatori quanto affermato dal relatore: “*Riteniamo infatti che l'esclusione dall'affidamento condiviso possa avvenire solo per carenze di un genitore e non per i suoi rapporti con l'altro, dato che altrimenti sarebbe fin troppo facile pervenire all'affidamento monogenitoriale.*”. Dunque una limpida e coerente interpretazione, che tuttavia la giurisprudenza ha reiteratamente ignorato, con frequenti ventate restaurative, a partire dalla iniziale tesi che condiviso uguale congiunto, quindi gli stessi motivi per negare il congiunto sono da estendere al condiviso. E recentissimamente le ambiguità di una pronuncia della Suprema Corte, che ha sì confermato la decisione della CA Brescia secondo la quale l'affidamento condiviso "oltre a un accordo sugli obiettivi educativi, richiede una buona alleanza genitoriale e un profondo rispetto dei rispettivi ruoli" (Corte di Cassazione, I Civ., sentenza n. 17191/2011), ma articolando un ragionamento sostanzialmente diverso, ha dato luogo a un immediato riaccendersi di entusiasmi da parte dei fautori del modello monogenitoriale, ovvero di gran parte dell'avvocatura. Questa, omettendo di considerare il quadro complessivo di quella decisione - che invece richiama esplicitamente la 16593/2008, fa leva sulla inidoneità di uno dei genitori, distinguendo nel conflitto l'agredito dall'aggressore, e riporta il criterio selettivo dalle qualità generali dell'istituto a quelle specifiche della persona - ha immediatamente gridato al ripristino dei vecchi sistemi. Come esempio tra i tanti, l'Associazione Matrimonialisti Italiani ha subito dichiarato che “Finalmente la Suprema Corte di Cassazione sancisce il principio secondo cui due genitori in aspro conflitto tra loro non siano degni di esercitare congiuntamente il proprio ruolo genitoriale.” Affermazione gravissima, che intaccherebbe il principio costituzionale della separazione dei poteri. In questo modo la scelta del legislatore, ovvero del Parlamento, a favore dell'affidamento a entrambi i genitori verrebbe facilmente aggirata dal potere giudiziario, ripristinando l'antica preferenza per l'opzione monogenitoriale. Che problema c'è, infatti, a sottolineare il disaccordo dei separandi? Ma è a questo che si vuole arrivare.

Questo è il motivo che ha reso necessario riaffermare che “*L'età dei figli, la distanza tra le abitazioni dei genitori e il tenore dei loro rapporti non rilevano ai fini del rispetto del diritto dei minori all'affidamento condiviso, ma solo sulle relative modalità di attuazione.*” (ddl 957 e 2454 Art. 1 c). Questo è il motivo, infine, per cui non si può condividere la tesi dell'AIAF che in sede di

audizione, con scoperta manipolazione del testo dei ddl, attribuisce ad essi l'intenzione di giungere a una "divisione del tempo dei figli in misura eguale presso ogni genitore, senza che assumano rilevanza la distanza tra le abitazioni dei genitori e l'età del figlio." Dove è evidente il travisamento: la non rilevanza di quei parametri ai fini della scelta dell'istituto viene gabbellata per non rilevanza ai fini delle sue modalità di applicazione.

6. La pariteticità, ovvero "il 50% dei tempi di contatto" - *"divisione del tempo dei figli in misura eguale presso ogni genitore, senza che assumano rilevanza la distanza tra le abitazioni dei genitori e l'età del figlio; di fatto con tale proposta si persegue l'obiettivo di dividere a metà il tempo e la vita di un figlio, che deve rapportarsi separatamente alla realtà di ciascun genitore, avendo doppi riferimenti"* (Doc. Aiaf)

La critica non è coerente con il testo che commenta. Si guardi con attenzione la posizione dell'avverbio "pariteticamente". I ddl *non* prevedono obbligatoriamente tempi uguali, ma l'assunzione paritetica di responsabilità e doveri di cura, il che può tradursi caso per caso in tempi simili, del tutto uguali o anche abbastanza diversi, proprio, ad esempio, in funzione dell'età o della distanza.

La parte del comma che fa riferimento ai tempi (diritto del minore a un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori) è restata invariata. Se poi, come riteniamo, è proprio il concetto di equilibrio nei rapporti con i genitori che si vuole respingere, in nome di un prioritario interesse del minore alla stabilità logistica, si rimanda a quanto riportato di seguito, nella replica al punto 7.

7. La "doppia residenza", ovvero il doppio riferimento abitativo – *"L'attribuzione di una doppia residenza al minore, poi avrebbe conseguenze pratiche incalcolabili (come determinare l'Azienda Usl o il tribunale di competenza? L'assegnazione del medico di famiglia, la scuola?), ricadute sull'anagrafe e sulla normativa generale in materia di residenza, finendo per arrecare un grave pregiudizio al principio di certezza del diritto"*.(OUA, 30 giugno 2011).

Questo è un equivoco nel quale gli avversari del condiviso – attuale e bis – continuano pertinacemente a cadere. I ddl prevedono il doppio domicilio e non la doppia residenza, che è tutt'altra cosa (art. 43 c.c.). Perciò la caterva di disastri preventivati è del tutto fuori luogo, così come le dotte dissertazioni sulla *résidence partagée* francese. Potrebbe bastare questa banale precisazione. Ben sapendo, tuttavia, che ciò che si cerca di contrastare è, molto più in generale,

l'equilibrio nelle relazioni del figlio con i due genitori, sembra opportuno dare anche una risposta *ad sensum*. Il doppio domicilio è semplicemente una sottolineatura che il legislatore ha inteso apporre nel momento in cui si è reso conto dello stravolgimento, *rectius* del capovolgimento, che la legge in vigore sta subendo in fase di applicazione. Se il figlio è, come adesso, affidato a due genitori che non vivono insieme, ma sui quali incombe lo stesso obbligo di educare il figlio e prendersene cura, è ovvio che questi non può avere che due "case", due domicili, nel senso che il luogo dei suoi interessi, affari e affetti non può che essere duplice. Automaticamente. Ma visto che i tribunali di merito ignorano sistematicamente questo limpido messaggio, introducendo fittizi "genitori prevalenti" e "dimore privilegiate", è diventato necessario esplicitare il concetto e farne oggetto di prescrizione.

Qualcuno, però, ancor più generalizzando e richiamandosi al punto precedente (il "paritetico") potrebbe lasciarsi convincere da immaginarie teorie sul danno da frequentazioni equilibrate. Ad es., un commentatore ha fatto notare con preoccupazione che "un bambino non può avere due camere, due scrivanie su cui fare i compiti, due armadi", scoprendo gli insospettabili vantaggi di frequentare una sola casa, ma ignorando i concetti di "male minore" e "stato di necessità". L'alternativa nel nostro caso è perdere un genitore. E qualcun altro sviluppa la tesi che affidamento condiviso vuol dire porre il figlio in una posizione stabile, in un unico suo mondo nel quale entrano i due genitori, e non costringerlo a passare, spostandosi, dal mondo dell'uno a quello dell'altro. Ma non spiega come quel bambino, che sta sempre (in ipotesi) dalla madre, possa portare il padre "nel suo mondo" senza introdurlo nella casa della ex. Così come è grottesca la tesi del "pacco postale". Tipicamente su due settimane si attribuiscono al "non collocatario" fine settimana alternati dal sabato alla domenica sera e un giorno infrasettimanale; ma non si considera che se il fine settimana fosse lungo, dal venerdì pomeriggio al lunedì mattina e i giorni infrasettimanali fossero due, consecutivi, il numero di spostamenti sarebbe identico (3), ma il bambino avrebbe il tempo di mantenere il dialogo con entrambi i genitori, anziché doversi ogni volta riambientare, e poi andare via appena acclimatato. Insomma, si sentirebbe a casa sua in entrambe le abitazioni, anziché a disagio in una delle due, come un ospite temporaneo.

Se poi queste riflessioni ispirate al più elementare buonsenso non fossero risultate convincenti non resta che ricorrere alla lettura dello studio di Robert Bauserman, condotto per il Dipartimento della Salute degli USA (*R.Bauserman "Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody", Journal of Family Psychology, Vol 16 March 2002*) in cui si prendono in considerazione 33 studi condotti su 1846 bambini a residenza con un solo genitore e 814 bambini cresciuti con residenza alternata. Le conclusioni sono che i bambini in residenza alternata hanno un rendimento scolastico migliore, un superiore livello di autostima e un senso di maggiore soddisfazione rispetto alle loro

relazioni familiari. Accanto può porsi la fondamentale rassegna di Anna Sarkadi, Robert Kristiansson, Frank Oberklaid, Sven Bremberg (Anna Sarkadi et al., *“Fathers' involvement and children's developmental outcomes: a systematic review of longitudinal studies”*, *Acta Pædiatrica* 2008, 97/2) che mette in evidenza le positive influenze sullo sviluppo dei figli del coinvolgimento paterno, parametrizzato come tempo di coabitazione, impegno e responsabilità. Si osservi come tale studio raccolga e analizzi le osservazioni di ben 24 studi longitudinali, svolti in 4 continenti diversi. Ancora si conclude che il coinvolgimento paterno migliora lo sviluppo cognitivo, riduce i problemi “psicologici” delle giovani donne e abbassa il tasso di delinquenza giovanile e la frequenza di comportamenti devianti.

8. Assegnazione e revoca della casa familiare – *“... la caducazione automatica dell'assegnazione della casa familiare, nell'ipotesi di convivenza more uxorio del genitore che la abiti con il minore”* (Doc. Aiaf). *“Nel conflitto tra diritti patrimoniali (tra cui primariamente si pone il diritto di proprietà) e diritti del minore si vorrebbe preferire i primi, sempre in via di automatismo senza consentire la dovuta applicazione dell'interesse del minore.”* (UNCM)

Rispondiamo riportando brani di un articolo dell'avv. Mariachiara Gentile, in corso di stampa, per sua cortese concessione, con il quale concordiamo integralmente. Non potremmo esprimerci in modo più compiuto.

“Con la novella del 2006 il legislatore ha inteso modificare profondamente i criteri che regolavano l'assegnazione e il godimento della casa familiare. Prima, infatti, l'art. 155 c.c. recitava al 4° comma: *“l'abitazione familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli”*; e analogamente l'art. 6, 6° comma, della legge 1.12.1970 n. 898, affermava che *“l'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età”*. Enunciati che stabiliscono un legame necessario e ineludibile tra assegnazione della casa e prevalente convivenza con i figli, sulla base del rigido assunto che restare nella casa familiare sia di sicuro vantaggio per i figli, che inevitabilmente coincida con il loro interesse. Ne dà conferma una giurisprudenza costante; basti citare, *ex multis*, Cass. 12309/2004, dove si sostiene che l'assegnazione deve rispondere al fine di evitare ai figli *“l'ulteriore trauma di un allontanamento dal luogo ove si svolgeva la loro esistenza e di assicurare una certezza ed una prospettiva di stabilità in un momento di precario equilibrio familiare”*. Ciò vuol dire che il diritto di proprietà viene scavalcato in nome del superiore interesse del minore. Una scelta comprensibile, ma che si porta dietro una quantità di inconvenienti, fonti di ulteriore conflittualità. Si pensi, infatti, che ben di rado il coniuge proprietario ha proceduto all'acquisto del bene con le sue personali risorse, ma che ne è entrato in possesso o perché fa parte del patrimonio di

famiglia o grazie a sostanziali e decisivi contributi della famiglia di origine: la liquidazione del padre, la pensione della nonna e simili. Per cui l'estraniamento a vantaggio dell'abborrito coniuge separato crea resistenze psicologiche e rancori più pesanti dello stesso svantaggio economico. Più gravi ancora sono i risentimenti quando l'assegnatario vorrebbe introdurre il nuovo partner. Senza contare il fatto che spesso l'abitazione è gravata da un mutuo, che resta a carico del proprietario, benché non vi abiti, così come le imposte. Questi sono i motivi per cui il legislatore del 2006, mostrando maggiore sensibilità alla complessità dei vissuti familiari e personali, ha inteso prendere in considerazione una varietà di ipotesi, considerando solo eventuale il vantaggio di restare nella casa familiare.

Si parta dal caso, che è o dovrebbe essere prevalente, in cui viene rispettato il diritto del figlio a un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, diritto più importante, secondo il legislatore, del vivere sempre nella stessa casa. Ciò significa che trascorrerà tempi paragonabili presso entrambi, magari con periodi di prevalenza presso l'uno e poi presso l'altro, flessibilmente a seconda delle sue esigenze, che mediamente si compensano. Il che lo manterrà fatalmente in un alloggio diverso dalla casa familiare per un considerevole tempo. In questo caso, pur conservando la residenza anagrafica nella casa familiare, di fatto passerà circa metà tempo anche altrove, per cui sotto il profilo dell'interesse del figlio a conservare l'habitat non c'è differenza tra assegnare la casa all'uno o all'altro genitore, ovvero non c'è motivo di togliere la casa al proprietario, prevenendo sia i rammentati motivi di risentimento che il problema delle convivenze more uxorio. Ovvero, l'assegnazione della casa seguirà i criteri ordinari e verrà presa in considerazione solo nei rapporti economici tra coniugi. Ma può verificarsi il caso in cui per motivi occasionali il figlio abbia necessariamente una frequentazione asimmetrica dei due genitori. Qui si aprono due sottocasi, potendo verificarsi che il figlio sia positivamente legato al luogo domestico, oppure che questo sia per lui inadatto (sede di tristi memorie, disagiata per le attività scolastiche o sportive, fonte di allergie, ecc.). La legge prevede che per l'assegnazione predomini il criterio del vantaggio per il figlio, quindi la casa familiare dovrebbe essere assegnata al genitore con cui passa più tempo, anche se non è il proprietario, *solo* nella prima ipotesi, altrimenti è interesse del figlio starne il più possibile lontano. Consideriamo adesso la prima ipotesi, ma ammettiamo che successivamente l'assegnatario voglia introdurre una nuova persona. Secondo la Corte Costituzionale (sentenza 308/2008) non vi può essere revoca automatica dell'assegnazione della casa, poiché in tal modo si avrebbe automaticamente una sottrazione della casa al minore (visto il legame indissolubile con il genitore collocatario) nonché una lesione del suo interesse, che sarebbe obbligatoriamente quello di rimanervi. Il ragionamento della Consulta è indubbiamente viziato, proprio perché, senza distinguere le varie situazioni, considera, *contra legem*, solo un modello monogenitoriale. Giova

allora rammentare il convincente approccio della Suprema Corte ((26574/2007), autorevolmente supportato in dottrina (ad es., Giuseppe Spadaro e Sonia Chiaravalloti, “La mediazione familiare nell’interesse del minore “, Milano, Giuffrè, in corso di stampa), la quale afferma che: ” ... *con il venir meno della stabile abitazione della casa, ovvero con il formarsi di un nuovo nucleo familiare (di fatto o in conseguenza di un nuovo matrimonio), la previsione legislativa della revoca dell’assegnazione è mera conseguenza dell’aver l’abitazione perduto, nel primo caso, oggettivamente, la sua funzione, e, negli altri due casi, per essere venuto meno, secondo la valutazione del legislatore, in conseguenza della formazione di un nuovo nucleo familiare da parte del coniuge assegnatario, quell’habitat che si intendeva conservare, finché possibile, ai figli.*”.

Pertanto, l’estinzione del diritto al godimento della casa familiare segue il venir meno dell’interesse dei figli a continuarci a viverci, non esistendo più il motivo che ne aveva determinato l’assegnazione. In altre parole, il figlio può mantenere altrove un rapporto prevalente con il genitore già assegnatario, visto che la casa familiare perde totalmente e definitivamente le caratteristiche di habitat con l’ingresso di un nuovo soggetto. Può, anzi, agevolmente sostenersi che proprio assegnando la casa al genitore che non ha un nuovo partner si mantiene intatto il nido ai figli, anche se vi abiteranno per un tempo minore. Correttamente, dunque, i ddl in discussione al Senato hanno puntualizzato e reso possibili gli originari intenti del legislatore.”.

9. Il mantenimento diretto – “... *l’introduzione di un criterio più rigido cui il giudice deve attenersi nell’imposizione del mantenimento diretto e per capitoli di spesa, da parte di ogni genitore a favore dei figli; tale forma di mantenimento viene prevista anche in caso di affidamento esclusivo, al 4° comma dell’art. 155 bis c.c., e cioè in quei gravi casi di condotta pregiudizievole del genitore ove non sia possibile applicare l’affidamento condiviso*” (Doc. Aiaf)

Stranamente il modo in cui è formulata questa critica sembra contenere una importante e imprevedibile ammissione: se il giudice d’ora in avanti dovrà attenersi a un criterio più rigido nello stabilire il mantenimento diretto, vuol dire che la legge oggi già lo prevede. E’ quanto da sempre sostenuto da Crescere Insieme, ma che non viene mai applicato nei tribunali. Comunque, si tratta di questione già ampiamente dibattuta, con la dottrina che conferma il mantenimento diretto come forma privilegiata dal legislatore, salvo diversi accordi, e la giurisprudenza, anche di legittimità, che si arrampica sugli specchi per negarlo, fino alla “bizzarra” tesi di Cass. 22502/2010, secondo la quale se il giudice ha indicato un collocatario (ovvero sempre, anche se illegittimamente) deve per forza esserci un assegno di mantenimento. La ragione consisterebbe nel fatto che tra i parametri di cui il giudice tiene conto nel fissare l’entità di un eventuale assegno perequativo figura il tempo. Ma, dimentica la Cassazione, all’assegno si ricorre se e solo se la cosa si rende necessaria per

rendere l'onere di ciascun genitore proporzionale alle sue risorse. In altre parole, i parametri, tra cui il tempo, che il legislatore elenca per quantificare l'entità dell'assegno entrano in gioco soltanto *dopo* che se ne è verificata la necessità. Non è la differenza dei tempi della frequentazione a determinare la necessità di un assegno, ma di essa si tiene conto nel caso in cui per altri motivi l'assegno si sia reso necessario. La ragione è evidente: anzitutto il genitore maggiormente presente può essere anche il più facoltoso, e in misura più che compensativa; inoltre, ove così non sia, il genitore che passa meno tempo con il figlio può benissimo compensare le minori spese legate alla convivenza con la maggiore pesantezza di quelle esterne (affitto, abbigliamento, istruzione, mensa, salute, svaghi, sport, mezzi di trasporto, ecc.; non è un problema).

Ma ciò che più spiace è che siano stati completamente ignorati i pregi relazionali del mantenimento diretto, che gratifica il figlio e ne rinsalda il rapporto con entrambi i genitori, spezza la distinzione tra genitore ludico e del quotidiano a tutto vantaggio di una fisiologica relazione, aumenta la propensione a spendere del genitore obbligato e perfino ottimizza le risorse della famiglia separata, permettendo a ciascuno di utilizzare al meglio la propri rete parentale e amicale. E' per questa somma di motivi che il legislatore, pur non facendone una *condicio sine qua non*, ha preferito mantenere la preferenza per la forma diretta anche in caso di affidamento esclusivo, vedendovi una potenziale occasione di riscatto e di recupero del genitore escluso. Tanto più che, se non funzionasse, la legge già prevede il passaggio all'assegno. I critici vorrebbero invece partire a priori e sempre con la condanna e la punizione, quando magari i motivi dell'esclusione dall'affidamento nulla hanno a che vedere con la forma diretta del mantenimento: si pensi a un soggetto alcolista o narcolettico.

Infine, prima di chiudere l'argomento, due parole sul sistema oggi preferito nei tribunali e scambiato per "mantenimento diretto": la macchinosa e farraginoso divisione al 50% di alcune importanti voci. Questa non solo non rispetta il principio della proporzionalità degli oneri, ma introduce una fonte inesauribile di contenzioso sulle scelte fatte da ciascuno (e non concordate), nonché un elevato rischio di perdita della documentazione e quindi della possibilità di recupero. E' davvero incomprensibile il motivo di questo elevatissimo *favor*, ove davvero si cerchi di contenere la litigiosità.

10. L'esecuzione degli "obblighi di fare" in caso di inadempienza – “ la mancanza della determinazione di un importo da versarsi periodicamente inibisce la possibilità di avvalersi dello strumento dell'atto di precetto” (Doc Aiaf)

A completamento del punto precedente occorre spazzare via una molto antica e radicata - ma non per questo meno infondata - obiezione. Il ragionamento, infatti, è viziato da un essenziale difetto:

l'obbligo è comunque, intrinsecamente, di fare, per cui la possibilità di avere in mano un atto di precetto viene meno quale che sia il meccanismo adottato, compreso l'assegno al coniuge. Nel momento in cui la somma dovuta entra nel conto corrente del genitore "collocatario", si è solamente raggiunta la condizione di partenza dell'altra modalità. Seguendo l'esempio della completa relazione Aiaf, - il genitore obbligato a provvedere all'abbigliamento che non compra le scarpe - dopo che il denaro per le scarpe è stato trasferito, le scarpe al figlio (il titolare sostanziale del credito) ancora non sono arrivate. Perché gli arrivino occorre che il genitore che ha incassato il denaro provveda all'acquisto: ma **questo è un obbligo di fare**. Punto e a capo. Il meccanismo dell'assegno non fa che aggiungere una fase in più, trasformando un processo a un solo stadio (uno dei genitori è incaricato di provvedere direttamente a comprare le scarpe) in uno a due stadi, ciascuno con la sua probabilità di fallimento. Ed è ben noto che in questo modo la probabilità che l'evento si realizzi diminuisce. Il contrario esatto della tesi Aiaf.

11. La quantificazione del costo dei figli - " l'eliminazione del parametro relativo al tenore di vita della famiglia, antecedente la separazione, ai fini della determinazione di quanto occorra ai figli per far fronte alle loro esigenze di vita" (Doc. Aiaf)

Anzitutto si rammenti che sul punto il testo oggi in vigore risulta dalla impropria giustapposizione di parti di due proposte distinte, dalla filosofia e dalle finalità del tutto diverse e non coerenti (Tarditi e Mantini). Una operazione di "mediazione politica" che era meglio evitare e che ha dato pessimi frutti. Il riferimento al tenore di vita precedente, che si vorrebbe mantenere, è stato mutuato con tutta evidenza dagli obblighi tra coniugi, dove però ha senso, dovendosi disciplinare le risorse future di soggetti che non vivranno più insieme, e trattandosi oltre tutto di necessità ormai stabilizzate. Un caso ben diverso da quello dei figli, soggetti in età evolutiva e quindi dai bisogni permanentemente variabili, nonché conviventi con i genitori, e quindi logicamente chiamati ad adeguarsi ai mutamenti familiari, sia in meglio che in peggio. Senza contare che i critici si guardano bene dall'indicare "come" si dovrebbe tenere conto di questo parametro. Ammettiamo che al momento della separazione il figlio abbia 10 anni. Quale suo precedente costo dovrà essere considerato, di quando aveva 1 anno, 4 o 8? O si dovrà fare l'integrale dei costi sull'arco di 10 anni e dividere per 10? E se tra i 6 e gli 8 anni ha studiato pianoforte e poi ha voluto smettere, quell'attività, e il relativo onere, andrà considerata o no? Demagogia, solo demagogia.

Il legislatore ha inteso evitare illogici e ingestibili riferimenti a ciò che si era stati prima: la separazione cambia il contesto economico, e oltre tutto può anche coincidere con svolte positive. Si pensi al comune caso di una moglie casalinga che, per affrontare la nuova situazione, inizi a lavorare, più che superando in tal modo l'impoverimento sempre legato alla separazione in se

stessa. Il riferimento al passato in una situazione del genere risulterebbe riduttivo, a tutto danno dei figli.

12. L'intervento dei nonni – *“prevedere una legittimazione attiva di tali soggetti nell'ambito del procedimento di separazione o divorzio, che comporterebbe un allargamento del conflitto e un processo “familiare allargato”*” (Doc. Aiaf)

Fatto correttamente riferimento alla versione aggiornata del progetto (ddl 2454), si legge: che ai parenti: “... , è data facoltà di chiedere al giudice di disciplinare il *diritto dei minori* al rapporto con essi”. E' intuibile che non si tratta di allargare le parti del processo di separazione, ma di consentire che essi possano attivare un procedimento a sé stante per rendere effettivo un diritto che stando in capo a un soggetto che non ha la capacità di agire resterebbe lettera morta. Esattamente come deve muoversi un figlio già maggiorenne, ma non indipendente economicamente al momento della separazione dei suoi genitori, che non sia soddisfatto della sorte a lui destinata da essi, senza per questo diventare “parte” nella separazione (v. oltre). Qualcuno aggiunge che il problema sarebbe ugualmente ben risolvibile utilizzando l'art. 336 c.c., secondo il quale in caso di maltrattamenti o ancor più gravi circostanze possano attivarsi anche i parenti. A parte il fatto che se quella via fosse davvero semplice e idonea non si comprende come mai sulla questione sia dovuta intervenire la Corte di Cassazione (22081/2009), è abbastanza chiaro quanto sia preferibile anticipare i problemi disciplinando anche situazioni di opportunità, senza giungere alla necessità di interventi sanzionatori.

Ma vogliamo aggiungere quanto appena approvato dalla Camera (AC 2519)? All'art. 2 (*Delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*), al punto q) si prevede la: *“legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori”*. Vogliamo fare marcia indietro?

13. Il mantenimento del figlio maggiorenne – *“ l'introduzione del criterio del versamento dell'eventuale assegno perequativo stabilito per il mantenimento del figlio, direttamente a questi quando divenga maggiorenne, anche se continua a convivere con un genitore”* (Doc. Aiaf)

In precedenza l'Aiaf aveva sostenuto *“vi può essere un rilevante divario tra la maturità psichica e la capacità di autonomia che si può avere a 18 anni e quella che si può raggiungere a 24 o 25 anni. Non si può imporre una regola rigida, ma è necessario che il giudice valuti il caso specifico”* (Valutazione del ddl pubblicata sul sito Aiaf). E altri, ancor più maldisposti, osservano che la nuova

norma “propone ... che al compimento del diciottesimo anno di età il figlio diventi automaticamente titolare del credito di mantenimento e precisa (con tinte ideologiche) che egli sia tenuto a contribuire alle spese familiari finché convivente. Egli ... dovrebbe essere, altresì, legittimato ad agire, in caso di inerzia dei genitori allorché l’obbligato si dovesse rendere inadempiente. La norma così modificata legittimerebbe quindi il figlio maggiorenne – in concorso con i genitori – ad agire nella causa di separazione. Il figlio maggiorenne, perciò, diventerebbe di fatto parte del procedimento di separazione, potendo perfino, quindi, essere legittimato ad azionare un procedimento di modifica delle condizioni di separazione. Una situazione paradossale e inaccettabile che tra l’altro non considera che un ragazzo di 18 anni è, sì, maggiorenne, ma ancora adolescente, con tutto ciò che consegue rispetto alle dinamiche familiari che questa norma, già nel testo attuale, può essere in grado di scatenare. Proprio sulla base di queste considerazioni i giudici nel loro complesso non sono stati propensi, in questi primi cinque anni di applicazione dell’affidamento condiviso, ad attribuire ai figli maggiorenni la titolarità diretta del diritto al mantenimento” (Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia, in “Avvocati di Famiglia”, n.2 2011, p. 3).

Replicando, il primo punto (la contribuzione alle spese domestiche) ha così poco di strano che il già citato Atto Camera 2519, di recente approvazione, all’art. 315 bis recita: “Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.” Il figlio in genere, non dalla maggiore età in su. In secondo luogo è noto che già adesso il figlio maggiorenne può attivarsi con procedimento a parte rispetto alla separazione, sia nei confronti di un genitore per esigere un mantenimento non corrisposto, sia perché non soddisfatto degli accordi tra i genitori. Terzo punto: l’età del figlio. La tesi sostenuta diversifica cittadini che secondo la Costituzione e la legge dovrebbero avere piena e uguale capacità di agire, distinguendoli in soggetti “più capaci o meno capaci” di altri, in funzione del tempo trascorso dal raggiungimento della maggiore età, su valutazione rimessa alla discrezionalità di un funzionario dello stato. Nessun commento.

C’è però un aspetto sul quale non possiamo non concordare: si ammette finalmente, almeno in questo caso, che alcune leggi dello stato dopo essere state approvate sono sottoposte alla supervisione di quella parte della magistratura che si ritiene legittimata ad accettarne o rifiutarne l’applicazione a seconda della propria ideologia e del proprio personale giudizio. Lo sapevamo già – è questa situazione che ha reso necessari i ddl in esame – ma fa piacere che lo riconoscano anche altri.

14. La mediazione familiare “obbligatoria” – *“Suscita poi perplessità l’imposizione obbligatoria della mediazione familiare in tale materia (con la conseguente penalizzazione del genitore che sarà ritenuto colpevole di averne provocato l’insuccesso)”* (Comunicato stampa Aimmf).

I ddl, in realtà, prevedono solo l’obbligo di informarsi sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione, restando liberi di non effettuarlo. Inutile dire che di quanto venga detto in esso, o nell’incontro informativo, nulla giunge al giudice (v. punto seguente), al quale le parti si limiteranno a presentare la certificazione dell’avvenuto passaggio. Qualcuno ha affermato che anche quest’obbligo è eccessivo perché impedirebbe un libero accesso dei cittadini alla giustizia. Può replicarsi, tuttavia, che qualsiasi tipo di richiesta rivolta alle istituzioni richiede dei preadempimenti: per separarsi, ad es., occorre procurarsi il certificato di residenza e di matrimonio ed esibire le dichiarazioni dei redditi. Dunque, nulla più di un consenso (o dissenso) informato prima del più banale intervento chirurgico. Salta agli occhi, tuttavia, come nessuno rammenti che le possibilità di successo siano tanto più marcate quanto più l’intervento è precoce (v. oltre). Evidentemente è più un difetto che un pregio.

15. La sanzione a carico di chi facesse fallire la mediazione – *“la previsione che in caso di insuccesso le parti possono rivolgersi al giudice ai sensi dell’articolo 709 ter. al fine di richiedere una sanzione a carico del genitore che ha causato l’insuccesso della mediazione familiare”* (doc. Aiaf)

Senza spendere troppe parole, il testo aggiornato (ddl 2454) elimina ogni possibilità di equivoco, poiché recita: *“in caso di insuccesso le parti possono rivolgersi al giudice, ai sensi dell’articolo 706”*. Ossia intraprendere il normale percorso di separazione. Dunque nessun dubbio che non esista penalizzazione per alcuno.

16. La mediazione familiare come passaggio preliminare informativo e quindi come condizione di procedibilità –

Alcuni hanno trovato da ridire anche sulla collocazione anticipata dell’eventuale percorso di mediazione, sostenendo che avrebbe limitato il diritto del cittadino ad accedere senza intralci alla giustizia. Ma il cittadino non ha mai un accesso “diretto”, ossia senza preadempimenti, alla giustizia. Deve, come minimo, andare in cancelleria, procurarsi e depositare documenti, farsi fissare l’udienza e via dicendo.

Ma perché, dunque, tanto ostracismo al passaggio preliminare per informarsi sulla mediazione? Forse perché è il sistema migliore per la sua riuscita? Difatti, una indagine dell'Istituto di Psicologia Clinica dell'Università Cattolica di Milano, condotto a livello nazionale, presentato nel novembre del 2009, ha attribuito il primo posto per efficacia ai percorsi effettuati prima dell'inizio del giudizio, addirittura prima di recarsi dall'avvocato. Interessante è la l'interpretazione che ne dà Gloria Servetti, presidente della Sezione Famiglia (la IX) del Tribunale di Milano (da *Avvocati di Famiglia*, n.1 2011, p. 6): “credo che il tutto possa spiegarsi con la tempistica dell'intervento, così che quando questo è molto precoce viene ad agire su un terreno ancora vergine, dove le contrapposizioni non sono radicate, ... Quando invece si arriva davanti al giudice le posizioni sono senza dubbio più radicalizzate, c'è stato il passaggio dall'avvocato, c'è stata la spiegazione di quello che si può ottenere in sede giudiziale e di quello che, invece, non sarà conseguibile per ragioni di diritto e di merito, con la conseguenza che ciascuno dei due coniugi ha già un quadro di aspettative e di pretese; questo evidentemente blocca l'intima disponibilità alla ripresa di un colloquio, anche in una sede tecnica specialistica”. Totalmente d'accordo. Ma allora, **operativamente, cosa si deve fare? Dipende dagli scopi. Chi si preoccupa davvero dell'interesse del minore opterà per un passaggio anticipato. E viceversa: chi, per suoi motivi, trae vantaggio dal conflitto, lo avverserà.**

Questo punto è un'ideale cartina di tornasole per le tesi pro e contro il condiviso bis.

17. La PAS e la punizione del genitore alienante – “ *l'introduzione nell'art. 709 ter cpc della c.d. “sindrome di alienazione genitoriale”, e la conseguente esclusione dall'affidamento del genitore “colpevole”* “ (Doc. Aiaf)

Come per altri punti, l'Aiaf non si è accorta che il testo del ddl 2454 non nomina la PAS, ma prevede che sia sanzionata qualsiasi tipo di manipolazione dei figli. Difficile non essere d'accordo: dovrebbe essere tollerate? Quanto, poi, all'interrogativo strumentale e retorico “chi valuterà, e come, se c'è stata manipolazione?”, la critica potrebbe valere per una quantità di aspetti di

tantissime leggi. Per restare alla 54/2006, come si valuta il grado di discernimento del minore, o il grado di pericolosità del genitore da escludere? La legge, comprensibilmente, non lo spiega. E si potrebbe continuare *ad libitum*. Il fatto è che di queste virtuali limitazioni ci si accorge solo quando lo scopo è polemizzare a tutti i costi.

18. L'attribuzione dell'esercizio della potestà a entrambi i genitori non coniugati, anche se non conviventi – *“Non essendo necessario per i genitori non coniugati ricorrere al giudice per interrompere la convivenza, non si vede per quale motivo la disciplina della normativa in materia di affidamento condiviso debba essere applicata automaticamente e senza il ricorso del genitore che desidera una regolamentazione”* (Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia, in *“Avvocati di Famiglia”*, n.2 2011, p. 3).

La replica è quanto mai semplice. Perché se non si interviene, al cessare della convivenza e in attesa della pronuncia del Tribunale per i minorenni – ovvero per parecchi mesi – la frequentazione del figlio da parte del genitore non convivente è rimessa alle scelte – anche le più arroganti – del genitore convivente, il quale ha in esclusiva l'esercizio della potestà e può anche essersene andato via portando con sé il figlio con decisione del tutto unilaterale e quindi senza alcuna propensione a mettersi d'accordo.

D'altra parte è questa materia sulla quale sono intervenuti recentissimamente sia la Suprema Corte che la Camera (unificando completamente la filiazione naturale e quella legittima), esattamente nel senso indicato dai ddl.

La sentenza 10265/2011 (I sez civ., est. Campanile), infatti, è esemplare nel ristabilire i veri contenuti della legge 54 sul punto dell'esercizio della potestà e dell'effettiva bigenitorialità. Partendo dalla disposizione del comma 3 dell'art. 155 (*“la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”*) se ne sottolinea la novità che, *“oltre ad evidenziare l'esigenza della condivisione del ruolo educativo anche nella crisi, in conformità a quanto stabilito dall'art. 18 della Convenzione di New York, consente di considerare l'istituto della potestà genitoriale non più come esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole.”* E, rammentato l'art. 4 della legge 54/2006, ne conclude: *“Non è chi non veda come a questa sostanziale equiparazione debba corrispondere un modello unitario di genitorialità.”* Ovvero, dai pari diritti tra figli naturali e legittimi segue la parità dei diritti-doveri tra i genitori. E' una conclusione fondamentale, che smentisce la concezione adultocentrica della necessità di un genitore unico di riferimento, il collocatario, intorno al quale far ruotare la famiglia separata. Conclude quindi a favore della

abrogazione implicita delle disposizioni contenute nell'art. 317 bis, comma 2, c.c., per ciò che attiene all'esercizio della potestà genitoriale, richiamandosi alla precedente pronuncia n. 8362 del 2007.

19. Per partecipare all'affidamento condiviso occorre meritarselo. Occorre essere stati anche prima genitori presenti.

Nella medesima sentenza sopracitata la Suprema Corte respinge anche la tesi che si ha diritto a svolgere alla pari il ruolo genitoriale dopo la separazione solo se si era genitore presente anche prima. Difatti, nel caso in cui i due genitori non abbiano mai convissuto, la Corte ricorda che comunque il figlio ha diritto a un rapporto equilibrato con entrambi i genitori e alle cure di entrambi, in nulla rilevando le vicende della coppia, e fa notare la contraddittorietà della tesi che attribuisce valore determinante a una precedente convivenza, poiché *"proprio quell'affermazione della sopravvivenza della potestà genitoriale alla crisi della coppia, e quindi alla cessazione della convivenza, dimostra che quest'ultima non costituisce il dato fondante della figura in esame."* ... *"I cardini del nuovo assetto normativo vanno individuati nella maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia. Di regola la necessità per i figli di mantenere un rapporto costante ed assiduo con ciascuno dei genitori – gravida di risvolti affettivi, educativi, psicologici, materiali e morali – si riflette nell'istituto dell'affidamento condiviso e, quindi, in una più intensa e comune attribuzione di responsabilità agli stessi nell'educazione della prole che prescinde ... dalla crisi coniugale."* Poco c'è da aggiungere a queste corrette considerazioni della Suprema Corte, se non che, comunque, il contesto della famiglia separata è differente da quello della medesima famiglia quando era unita, venendo a mancare quel ruolo di mutua rappresentanza che i coniugi si scambiavano anche svolgendo ruoli diversi in momenti diversi della giornata. In altre parole, come nessuno dubita che una madre saprà cavarsela perfettamente nell'amministrare il patrimonio, riparare i piccoli guasti e compilare la dichiarazione dei redditi – anche quando non lo ha mai fatto prima – non si comprende perché dubitare che anche un padre possa svolgere mansioni in precedenza rimesse alla madre.

20. I provvedimenti di ripristino, restituzione o compensazione. *"In caso di inadempienze, si impone al Giudice di emettere prioritariamente dei provvedimenti di ripristino, restituzione o compensazione che non sono individuati e risultano eccessivamente generici. Si ricordino, peraltro, le difficoltà procedurali che si incontrano per l'applicazione e corretta esecuzione (coattiva) degli*

obblighi imposti dai provvedimenti in materia. In tal senso, si fatica a dare corpo ai concetti di ripristino, restituzione o compensazione che paiono essere propri della disciplina cosiddetta “commerciale”. Come si potrebbe ripristinare (ci si riferisce allo status quo?) la mancata permanenza presso un genitore?” (UNCM)

La critica, a prescindere dalla sua marginalità, non appare accettabile. Il pensiero del legislatore è che ci potrebbe essere un genitore molto facoltoso al quale non interessa pagare multe pur di fare a modo suo, ad esempio (quello dell'UNCM) impedendo all'altro genitore di trascorrere un ponte festivo con il figlio, che pure da calendario gli sarebbe spettato, ripetendo simili comportamenti ad libitum. La norma, quindi, ha la funzione di un deterrente: quel genitore non guadagnerebbe nulla, perché dovrebbe automaticamente rinunciare al ponte successivo.

21. La reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore - *“L’inserimento della possibilità di impugnazione dell’ordinanza del giudice istruttore ad opera delle parti a mezzo di reclamo al Collegio ripropone problematiche processuali non eliminate ed aumenta la conflittualità delle parti, anziché la collaborazione e l’avvicinamento delle stesse. In questo senso, la previsione si pone in contrasto con la successiva ipotesi di “mediazione obbligatoria”. (UNCM)*

Rammentato che non c'è alcuna previsione di mediazione obbligatoria, quel passaggio preliminare cui si allude appartiene ovviamente a una fase del tutto diversa, che precede quella contenziosa e tenta di evitarla. Solo ove la mediazione non sia stata effettuata, o comunque sia fallita, si entra nella fase successiva, con i provvedimenti dell'udienza presidenziale e l'inizio dell'istruttoria. Ove l'UNCM rammenti, a puro titolo di uno dei tanti possibili esempi, quanto spesso il giudice facente funzione di presidente nomina giudice istruttore se stesso, ove questi siano inidonei sul piano del merito non riesce utile reclamarli in Corte d'Appello perché per consolidata giurisprudenza questa li modifica (quando li modifica, ovvero rarissimamente) solo se contengono elementi di illegittimità; il giudice istruttore non avrà, presumibilmente molta propensione a correggere se stesso, per cui, se quei provvedimenti non sono reclamabili immediatamente al collegio la famiglia separata dovrà portarseli dietro fino a sentenza. Questa è la *ratio* della norma.

Conclusioni

Il Senato con le audizioni ha inteso documentarsi sui pareri, le posizioni e le richieste di varie categorie e acquisire dei suggerimenti concreti sulla stesura del nuovo testo di legge. La posizione di Crescere Insieme è chiarissima e netta: **l'articolato del disegno di legge nella versione aggiornata (ddl 2454) è da accogliere integralmente.**

Abbiamo appreso, invece, che numerose organizzazioni di avvocati di famiglia preferiscono che non si tocchi la stesura attuale della normativa – quanto meno negli aspetti qualificanti. Ovvero che nulla cambi, che si mantenga l'attuale prassi applicativa della legge 54, che in qualche modo ha permesso, anche se a prezzo di evidenti forzature, di continuare con il vecchio sistema. Ma, nell'interesse di chi si sono espresse? Un minimo di realismo e di buonsenso induce a ritenere che ciascuno parli sempre prioritariamente nel proprio interesse. Questa volta, invece, la parte contestatrice ha evitato di chiarire quale fosse il proprio interesse, preferendo attribuire la propria posizione alla tutela dell'interesse di soggetti deboli: le madri, i bambini. Un atteggiamento che può essere capito, trattandosi di avvocati. L'abitudine di sostenere tesi altrui induce evidentemente la tendenza a parlare per gli altri sempre e comunque. Ma in questo contesto è inconcepibile. Si lasci che siano le donne separate, che sono state convocate, a spiegare quale è il loro interesse, la loro volontà. E ce lo hanno detto, infatti, in totale disaccordo con gli operatori del diritto. E, soprattutto, **si lasci dire ai figli che hanno vissuto la separazione quali regole desiderano.** Ed essi pure lo hanno detto.

Gli avvocati fin qui ascoltati (fortunatamente non esaustivi della categoria), dunque, avrebbero dovuto dirci le ragioni del loro no, evitando di invocare la tutela di altri soggetti. Il buonismo di facciata non convince. **Quando qualsiasi categoria, dai produttori di latte agli impiegati di banca, entra in agitazione dichiara apertamente di difendere i propri interessi.** Non si è mai visto nulla di diverso. Lo facciano anche quei gruppi: magari non saremo d'accordo ugualmente, ma almeno ci capiremo meglio. Fino a quando gli operatori del conflitto continueranno a lamentarsi della prospettiva di un *“aumento della conflittualità tra i genitori e del contenzioso civile”*, osteggiando contemporaneamente la mediazione familiare, la loro credibilità resterà nulla, nella convinzione che si voglia **difendere un sistema sbilanciato e discriminatorio perché si sa benissimo che è il migliore per far litigare le persone.**

Marino Maglietta
(pres. ass. naz. Crescere Insieme)

