

Una breve analisi di alcune problematiche inerenti alla legislazione sull'affido condiviso

Autore: Gualandi Andrea

In: Diritto civile e commerciale

Una breve analisi di alcune problematiche inerenti alla legislazione sull'affido condiviso

Il nuovo provvedimento legislativo già proposto in commissione giustizia del senato nell'aprile del 2010 riguardante modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso, mira, nelle parole stesse del relatore, al "superamento di un consolidato paradigma socio-culturale che rende faticosa l'applicazione in Italia dell'affidamento condiviso."

Trattasi di ciò che la precedente legge sull'affidamento condiviso ha tentato di rimuovere, e cioè il fatto che "si era abituati a considerare l'affidamento a un solo genitore come la forma da privilegiare, perchè più adatta a limitare i danni che i figli subiscono dalla separazione dei genitori: adatta, in particolare, a contenere la conflittualità."

Nei fatti da quando è in vigore la legge del 2006, l'affidamento congiunto, è stato adottato solo in un numero assai ridotto di casi, ossia quando la conflittualità medesima era bassa. Un nuovo provvedimento legislativo ora tenta di correggere ciò che non ha funzionato in questi anni. Citando la premessa del provvedimento in esame si aggiunge che: "nel biennio di vita della nuova normativa [ora gli anni di vita sono quattro] si è assistito al proliferare di sentenze in cui l'affidamento condiviso veniva illegittimamente negato per motivi non direttamente attribuibili al soggetto da escludere, ma esterni, come **la reciproca conflittualità**, l'età dei figli o la distanza tra le abitazioni."

Il concetto di "reciproca conflittualità", considerato come fattore esterno, tende ad escludere

l'imputabilità di una o dell'altra parte e proprio qui si nasconde parte dell'impianto teorico ispiratore della legge che, come più avanti sarà approfondito, affida la risoluzione dei conflitti anche ad un mediatore esterno al processo giudiziario che, in alcuni casi, è in coppia con l'avvocato di parte.

Uno dei principali ispiratori del citato provvedimento di legge, che però non è ancora passato all'esame delle camere, è anche l'ispiratore della legge sull'affido condiviso licenziata nel 2006, si tratta di Marino Maglietta presidente dell'associazione Crescere Insieme, un'ente che si occupa principalmente di mediazione familiare.

La ratio del provvedimento è quella di fare in modo che i giudici non abbiano scappatoie nell'applicare il principio della bi-genitorialità, dice Maglietta:

“..... è indispensabile che il parlamento rimetta mano alla questione per “blindare” l'effettiva applicazione dell'affido condiviso da parte dei Tribunali.”

La nuova formulazione renderà inequivoci ed ineludibili i concetti di doppio riferimento abitativo e di mantenimento diretto ed in ogni caso chiarificherà come la scelta tra affidamento condiviso ed affidamento esclusivo non è a discrezione del giudice, ma che l'esclusione di un genitore dall'affidamento è possibile solo in presenza di una sua dimostrata pericolosità nei confronti dei figli.

E' conseguente che con un'applicazione rigida di questo principio ci sono due alternative: o i genitori si mettono a trattare (ecco la mediazione) su come dividersi tempo e compiti nella cura dei figli, oppure uno accuserà l'altro cercando di dimostrarne la pericolosità nei confronti dei figli.

Una definizione tra le tante di mediazione in ambito familiare:

La mediazione non ha lo scopo di riconciliare, né solo la funzione di facilitare la negoziazione, ma si adopera proprio alla realizzazione del paradosso: dividersi coniugandosi, separarsi per continuare a condurre insieme la funzione parentale. (ricordiamo che una delle primissime associazioni in italia che hanno cominciato ad occuparsi di questi argomenti si chiamava: Genitori Ancora)

Altra definizione sintetica:

La mediazione familiare è un processo attraverso il quale i partecipanti, con l'aiuto di una terza persona neutrale, isolano in maniera sistematica le questioni su cui sono in lite, al fine di sviluppare opzioni, di valutare le alternative e di giungere ad un'intesa mutuamente accettabile che risponda ai loro bisogni

Pur con tutta la buona volontà di uscire da un linguaggio da sindacati e con tutto il rispetto per essi, non penso che ci si possa distaccare, come metodo, da quello che si chiama "tavolo delle trattative". E in questo caso la trattativa verterà su come dividersi "civilmente" le sostanze e i beni che prima erano condivisi, e su come spartirsi il tempo e mansioni da svolgere rispetto ad eventuali figli.

La cultura italiana sotto questo aspetto ha da sempre considerato la madre come la più idonea a crescere i figli mentre il padre, nelle separazioni, espletava le sue responsabilità con gli assegni di mantenimento. Da una ventina di anni a questa parte hanno cominciato a prendere corpo associazioni che rivendicavano i diritti di molti padri separati che si trovavano estromessi dal rapporto con i figli nei processi di separazione e che denunciavano anche grosse difficoltà economiche intervenute dopo le separazioni stesse.

Ciò a cui hanno messo mano alcuni legislatori è il tentativo di modificare, attraverso la legge, alcuni comportamenti specifici di una cultura che in italia è generalmente mammo-centrica, e cioè tende a considerare la madre come indispensabile alla crescita dei figli, i padri non sarebbero così indispensabili come le madri.

Questi presupposti hanno creato nel tempo una certa concezione del diritto di famiglia.

È pressochè noto ai più che il ricorso al tribunale per le controversie e le liti in ambito di diritto civile (quindi anche i divorzi non consensuali) sono in forte aumento in Italia, non basta spiegare questo fenomeno con le lungaggini e la burocrazia del sistema giudiziario, occorre aggiungere ragioni che attengono al modo in cui viene inteso e usato il diritto e la legge.

Il ricorso al diritto dello stato e dei tribunali per risolvere le controversie è certamente in aumento, adire azioni legali per avere giustizia nelle rivendicazioni individuali o di gruppo, almeno in Italia, è, da una parte, una pratica sempre più ambita, ma dall'altra molti si fanno scoraggiare dai tempi biblici e la schiacciante burocrazia. Ecco perché anche i legislatori italiani hanno pensato di scaricare i pesi dei tribunali e nello stesso tempo soddisfare le domande di giustizia attraverso pratiche di mediazione tra le parti che si svolgano fuori dai tribunali con criteri non giuridici (è di quest'anno in corso l'approvazione della legge sulla conciliazione e mediazione che alcuni sostengono andrà a incidere anche sulle controversie in ambito familiare)

Anche negli Stati Uniti d'America, già molto tempo prima che in Italia, si era percorsa la strada dell'informalismo giuridico (le vie di mediazione tra le parti fuori dai tribunali); ma agli entusiasmi iniziali dei primi anni settanta è succeduto un periodo di forte critica e disillusione; il professor Giuseppe Cossì (ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Siena - Facoltà di Giurisprudenza) lo fa osservare nel seguente brano estrapolato da un recente articolo:

Le grandi promesse dell'informalismo sono state però mantenute soltanto in parte. Già sul finire degli anni '70 comincia infatti a montare rapidamente un'ondata di pessimismo e di crescente disillusione che coinvolge a tutti i livelli le istituzioni delle soft justices: i giudizi intorno all'operato dei Neighborhood Justice Centers in America, dei Juvenile Panels in Scozia, delle Family Courts in Inghilterra, divengono sempre più duri e critici. Si fa soprattutto notare quanto grande sia la differenza tra le ambiziose intenzioni iniziali e i risultati effettivamente conseguiti. Come spesso accade, all'eccesso di entusiasmo e di ottimismo si sostituiscono il dubbio e lo scetticismo radicali. [.....] intorno all'informalismo, dopo i

primi anni di entusiasmo, si erano andate effettivamente accumulando una serie di anomalie e contraddizioni, di cui, a torto o a ragione, esso veniva ritenuto in qualche misura responsabile. Ad esempio, a smentita della tesi che la giustizia informale avrebbe contribuito a ridimensionare drasticamente la complessità e l'estensione dell'apparato legale-ufficiale, proprio negli anni della sua massima espansione il numero degli avvocati americani è più che raddoppiato: così vi erano non solo molti più professionisti, ma anche una nuova crescente schiera di para-professionisti; al formalismo rimasto intatto, si affiancava una complessa rete di regolazioni para-legali che complicava ulteriormente, anziché semplificare, il sistema esistente. C'era poca chiarezza su quale fosse il modo più opportuno di organizzare le strutture di decisione informale; su quali tipi di provvedimenti queste potessero adottare e su quali casi potessero intervenire; su quale fosse il tipo di preparazione richiesta per farne parte e, in generale, sulle procedure da utilizzare e sulla legittimità rispetto all'ordinamento delle decisioni adottate.”

La pratica della mediazione familiare quindi ha preso piede agli inizi degli anni '70 negli Stati Uniti ed in Canada, poi, nonostante le critiche e le disillusioni americane della fine degli anni 70, si è trasferito poi in Europa negli anni 80, dove sia Gran Bretagna e Francia sono molto attive; nel nostro Paese sarà necessario attendere ancora qualche anno rispetto alle altre nazioni europee, infatti il primo servizio pubblico di mediazione familiare è stato istituito nel comune di Milano nel 1989.

Nonostante molte dichiarazioni per cui la mediazione non è un tipo di psicoterapia, oppure può esserlo ma solo secondariamente; i fondamenti della pratica di mediazione svolta in Italia li troveremo nelle teorie sistemiche e relazionali, teorie che stanno alla base di indirizzi e pratiche psicoterapeutiche.

Secondo la teoria sistemica le relazioni e ciò che succede in esse, cioè gli atti, non avrebbero, in ultima analisi possibilità di essere imputati ai singoli, agli individui, ma a un complesso intricato di azioni e reazioni in cui al principio non c'è qualcuno che inizia; e anche se ci fosse, è praticamente impossibile individuarlo. Non dissimile come impianto teorico è la cosiddetta psicoterapia relazionale e non è infrequente sentire parlare di terapia sistemico-relazionale.

La teoria che viene propagandata per preferire la mediazione in un linguaggio economico è la seguente: si

tratta di un percorso di negoziazione che ha il fine di trasformare un processo conflittuale in un processo di tipo win-win (che in inglese significa: vince-vince). In un'ottica conflittuale si persegue la vittoria grazie alla sconfitta del contendente. In un'ottica win-win si persegue il massimo vantaggio per tutti: ognuna delle parti risulta vincente.

Tolta di mezzo l'imputabilità, il sistema win-win usato per uscire da una guerra tra coniugi è così sintetizzabile << devo convincermi a non interessarmi di come sono arrivato qui, chiudo occhi ed orecchie se voglio sapere di quali atti sono veramente imputabile in questa "guerra" e come mai li ho commessi, non mi incolpo e non incolpo l'altro, mi dico che nessuno ha sbagliato più dell'altro per cui meglio dividerci il tutto da "buoni fratelli"; delle ragioni e dei torti non voglio interessarmi e vado sul "concreto" >> come se le ragioni e i torti e la verità degli atti non fossero una cosa più che concreta.

Una lettera estratta da un sito internet ci può dare uno spunto per analizzare questo risultato (win-win). Un padre scrive ad una psicologa parlando del rapporto con il figlio, la prima frase è già molto significativa, la ex-moglie viene chiamata "la mamma":

Il rapporto con **la mamma** è buono e si discute pochissimo, **in maniera civile**.

Da poco sia io che lei abbiamo trovato un nuovo compagno/a ed entrambi conviviamo. Mio figlio sembra accettare di buon grado sia la mia convivente che il convivente della madre, che lui chiama zio.

Ieri sera mio figlio mi ha chiesto come mai ho cambiato casa, io preso dal panico non ho saputo rispondergli, ho farfugliato qualcosa parlando di lavoro per prendere tempo e poter riflettere ed informarmi su cosa sia meglio dire e come dirlo.

La prego di aiutarmi in questo, come affrontare domande del tipo: come mai hai cambiato casa, come mai

tu e la mamma non vivete più insieme, vuoi bene alla mamma? ecc ecc

Come è bene spiegare quello che è accaduto e accade ad un bambino di 5-6 anni?

la ringrazio anticipatamente e le auguro un Felice Anno 2009.

Il problema di questo padre pare essere quello di come e cosa rispondere al bambino perché lui (il figlio) possa capire in modo adeguato, ma non è difficile osservare che si tratta solo di una maschera, il suo vero problema è che nemmeno lui ha risolto questa vicenda; è facile pensare che al tavolo delle trattative i due coniugi abbiano “civilmente” risolto le questioni inerenti alle suddivisioni di beni e dei tempi e modi del rapporto con il figlio ma, essendo che le ragioni di fondo del fallimento di un rapporto non sono state ne chiarite ne gli atti adeguatamente passati in giudicato, questo padre, davanti a certe domande, non può che farsi prendere dal panico e farfugliare.

Che poi sia meglio per il figlio assistere ad un conflitto denti stretti e occultato tra le maglie della “buona e civile” separazione piuttosto che ad uno scontro aperto e senza infingimenti credo che sia difficile da dimostrare. Di più io penso che proprio il non mascherare il non verniciare il conflitto con lo smalto della “buona educazione” dia la possibilità ai figli di giudicare la situazione con più cognizione di causa ed eventualmente farsene una ragione.

"Le tigri dell'ira sono più sagge

dei cavalli dell'educazione".

William Blake

Tesi scandalosa in questo esergo, in tempi di moralismi incipienti, ma mi va di farla mia, proprio in tutta la sua irruenza e apparente scorrettezza politica.

Le conclusioni

1.

Dal punto di vista dell'economia generale, in ordine alla macchina della giustizia, delle procedure e dei percorsi nei conflitti familiari, come dimostra l'esperienza negli Stati Uniti, non pare molto conveniente derogare troppo dalle procedure giudiziali istituite, per percorrere vie extra-giuridiche, che rischiano di provocare l'instaurarsi di una complessa rete di regolazioni para-legali che complica ulteriormente, anziché semplificare, il sistema esistente.

1.

E' possibile vivere realmente pacificati una separazione con relativa suddivisione di beni e di figli? La mia esperienza dice che è una condizione alquanto improbabile. Anche i mediatori famigliari lo sanno e si puntano a risolvere "educatamente e civilmente" le situazioni in modo "pragmatico". Ma tutti sanno che sono soluzioni "di facciata", gli esiti delle mediazioni, il più delle volte, lasciano dei non-detti dei non-capiti dei non- giudicati che minacciano la salute psichica dei figli, in quanto rendono difficile se non impossibile farsi una ragione chiara della situazione che stanno vivendo. In poche parole rischiano di confondere il giudizio. Perciò dal punto di vista dei vantaggi soggettivi e reali, cioè duraturi, non pare che la soluzione della mediazione sia veramente in grado di risolvere, quanto piuttosto di rimandare, o soffocare il problema che prima o poi riemerge, prendendo la

forma di ritorno del rimosso.

Gualandi Andrea

Psicoanalista

Avvocato della salute

<https://www.diritto.it/una-breve-analisi-di-alcune-problematiche-inerenti-alla-legislazione-sull-affido-condiviso/>