

AIAF

RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

2010/3

GENITORIALITÀ,
RESPONSABILITÀ GENITORIALE
E AFFIDAMENTO CONDIVISO

www.aiaf-avvocati.it

Anno XV n° 3, settembre-dicembre 2010

Quadrimestrale - reg. Tribunale Roma n. 496 del 9.10.1995

Editoriale

- 2 Genitorialità, responsabilità genitoriale e affidamento condiviso
Milena Pini

Focus

- 8 L'importanza dell'esercizio di una genitorialità condivisa
Alessandra Carbognin
- 18 I vincoli tra genitori e figli: lo sviluppo della personalità della prole nella relazione cooperativa e responsabile del "nucleo familiare". La questione del limite al diritto dei figli alla bigenitorialità
Vilma Cerniglia
- 25 Affidato condiviso e consulenza tecnica
Floriana Loggia
- 30 Significati e linee evolutive della "genitorialità sociale"
Antonio La Spina
- 35 Affidamento dei figli e scelte omosessuali del genitore
Antonina Scolaro
- 41 L'affidamento dei minori ai Servizi sociali: attuazione del provvedimento e interesse del minore. Ambiti applicativi e criticità
Marta Barresi, Monica Manzone
- 44 Affidamento ai Servizi sociali: significato, risorsa, criticità. Responsabilità dei Servizi e dei genitori nelle scelte decisionali per i minori
Daniela Turci
- 53 Affidamento del minore: famiglia affidataria e legami
Lucrezia Mollica
- 59 L'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità
Alberto Figone
- 63 Dichiarazione (o riconoscimento) di paternità e obbligo di mantenimento dei figli naturali: contributo periodico e rimborso in favore del genitore adempiente
Carla Loda

Contributi e approfondimenti

- 73 Il principio di bigenitorialità tra attuazione dei principi costituzionali e difficoltà all'attuazione degli stessi. Il vissuto familiare come caso emblematico della questione morale
Rosario La Barbera
- 82 Una sfida etica: il ruolo dell'avvocato nella valorizzazione della bigenitorialità (o della "santità" genitoriale)
Alessandro Sartori

AIAF

RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

Anno XV n° 3, settembre-dicembre 2010 - nuova serie quadrimestrale

Direttore responsabile Milena Pini

Comitato di redazione Manuela Cecchi, Gabriella de Strobel, Luisella Fanni (coordinatrice *Quaderni*),
Alberto Figone, Giulia Sarnari, Antonina Scolaro

Redazione Galleria Buenos Aires 1, 20124 Milano - tel. e fax 02 29535945
rivista@aiaf-avvocati.it www.aiaf-avvocati.it

Stampa O.GRA.RO. srl - vicolo dei Tabacchi 1, 00153 Roma

GENITORIALITÀ, RESPONSABILITÀ GENITORIALE E AFFIDAMENTO CONDIVISO

Milena Pini

Avvocato del Foro di Milano

Cosa significa oggi fare una scelta di genitorialità? In quale contesto familiare si colloca questa scelta, nella società attuale? Quale responsabilità consegue all'essere genitori?

I modelli di famiglia sono da tempo cambiati, nonostante l'art. 29 della Costituzione e i suoi sostenitori oltranzisti che rifiutano di aprire gli occhi sulla realtà. Si è andati ben oltre la dicotomia tra famiglia legittima e famiglia di fatto, come poteva essere intesa anni fa dopo la riforma del diritto di famiglia e l'introduzione del divorzio. Le famiglie omosessuali sono una realtà in continua crescita, così come sono cresciute le famiglie, legittime o di fatto, costituite tra persone di diversa nazionalità, di diversa cultura e di diversa religione. Crescono le convivenze, etero e omosessuali, e diminuiscono i matrimoni; cresce il numero dei figli "naturali" e diminuisce il numero dei figli "legittimi".

Da avvocati che trattano la materia del diritto di famiglia siamo da tempo testimoni di queste modifiche sociali e familiari; vediamo gli aspetti critici della realtà familiare, le difficoltà della vita quotidiana in cui sono immerse le persone, le difficoltà delle relazioni di coppia che spesso si acquiscono con la nascita di figli, la complessità dei problemi che spesso impediscono di assumere in modo consapevole la responsabilità di essere genitori. Come Associazione da tempo chiediamo, dunque, una riforma del diritto di famiglia, che recepisca l'esigenza di riconoscere pienamente i diritti civili delle persone e dare regolamentazione giuridica a queste nuove realtà.

Ciò nonostante, la seconda Conferenza nazionale della famiglia, che si è appena conclusa a Milano, ha ribadito che per il Governo esiste so-

lo la famiglia fondata sul matrimonio e che il sostegno e i contributi devono essere finalizzati solo a rafforzare questo modello familiare. Nonostante la campagna mediatica del Governo che ha preceduto la Conferenza, dove si è confusamente cercato di accreditare il varo di un provvedimento legislativo che afferma lo status unico di figlio con l'eliminazione di ogni differenza tra figli legittimi e figli naturali (in realtà solo un abbozzato disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri che prevede la delega al Governo per la revisione della normativa in materia di filiazione, che va ad aggiungersi alle numerose proposte di legge nella stessa materia presentate in Parlamento negli ultimi anni e che non hanno mai visto la luce), negli interventi dei rappresentanti del Governo alla Conferenza sono emerse parole di condanna contro le famiglie di fatto e la crescita numerica dei figli naturali, e persino verso la scelta di procreazione con biotecnologie.

Meglio allora ricordare le parole del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in occasione dell'apertura, nel maggio 2007, della prima Conferenza nazionale della famiglia, promossa dall'allora ministro Rosy Bindi: "... oggi occorre guardare alla famiglia reale, quale si è venuta configurando negli ultimi tempi in Italia [...], perché è già in piena evidenza la portata di certi dati e di certe tendenze. Si è dinanzi a forme familiari nuove mai tanto presenti nel nostro paese: coppie non unite in matrimonio, coppie senza figli, madri e padri single, coppie anziane; fenomeni che, tutti, riflettono non solo cambiamenti nel costume ma mutazioni profonde nella struttura demografica e tensioni molteplici nella società. Pesano le difficoltà che le donne incontrano nel combinare lavoro e

cura della famiglia, pesano le condizioni economiche delle famiglie più povere o meno abbienti. C'è da adottare un insieme di politiche per incentivare la formazione della famiglia, [...] per sostenere il desiderio di paternità e di maternità, per elevare il tasso di occupazione femminile e rendere possibile la combinazione tra vita lavorativa e vita familiare in una parità ed eguaglianza di doveri e di impegni tra i coniugi; c'è da sostenere i genitori nella crescita, nella cura e nell'educazione dei figli, c'è da assistere in special modo le famiglie che vivono conflitti e gravi disagi”.

In queste parole ritroviamo la realtà che affolla le aule dei Tribunali ordinari e per i Minorenni: procedimenti per la dichiarazione giudiziale di paternità, o per il riconoscimento di paternità conseguenti al veto opposto dalla madre, che per prima ha riconosciuto il figlio; procedimenti per il disconoscimento della paternità legittima; procedimenti di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, ma anche procedimenti per il riconoscimento del diritto alla frequentazione del figlio della compagna o del compagno a seguito della crisi della coppia omosessuale. Vi è poi il sempre più ampio numero di procedimenti di separazione e divorzio, che testimoniano la fragilità del rapporto di coppia nella società attuale, e la mancanza, spesso, di un consapevole progetto di vita che tenga nel tempo, che peraltro, quando c'è, può anche fallire per innumerevoli fattori esterni alla coppia.

Si è fragili anche come genitori, soprattutto se il rapporto di coppia entra in crisi. Spesso la conflittualità prende il sopravvento e gli adulti dimenticano le responsabilità che hanno verso i figli, soprattutto se minori. Il sostegno alla genitorialità, di cui si sente l'esigenza anche per le coppie non in crisi, in questi casi deve avere l'obiettivo di responsabilizzare i genitori, di aiutarli a riconoscere e valorizzare le loro risorse, e a collaborare nello svolgimento della loro funzione genitoriale.

Anche nei casi più critici l'intervento dei Servizi sociali non deve, fin quando possibile, essere finalizzato a deresponsabilizzare i genitori e a delegare ad altri la loro funzione. Peraltro, quando viene disposto dai giudici l'affidamento dei minori al Comune, e quindi ai Servizi, non si riesce neppure a ben comprendere quali

siano i compiti e le responsabilità connesse alle scelte di educazione, istruzione e salute dei figli, che spettano ai genitori o ai Servizi.

La separazione dei genitori non deve far venire meno la loro collaborazione nell'interesse dei figli, che devono continuare a mantenere con entrambi i genitori un rapporto affettivo e concreto di frequentazione.

Questo principio, contenuto nella legge 54/2006, è stato ampiamente applicato in questi anni.

Risulta infatti dai dati raccolti dall'Istat e dal Ministero della Giustizia che l'affidamento condiviso dei figli nell'anno 2007 è stato concordato tra i genitori, o disposto dai tribunali, nel 72,1% dei procedimenti di separazione consensuale e giudiziale con figli, e nel 49,9% dei divorzi congiunti e giudiziali con figli.

Nel 2008, la percentuale è salita rispettivamente al 78,8% nelle separazioni e al 62,1% nei divorzi.

Esaminando il numero degli affidamenti condivisi, che nell'anno 2008 sono stati concordati nei procedimenti di separazione consensuale e disposti dai tribunali nelle separazioni contenziose, si rileva che nelle separazioni consensuali la percentuale di affidamenti condivisi è stata dell'83,3% (essendo del 52,1% nei procedimenti contenziosi, connotati spesso da gravi problematiche di un coniuge).

Questi dati evidenziano come l'affidamento condiviso sia innanzitutto una scelta condivisa dai coniugi al momento della separazione, in ciò sostenuti in primis dagli avvocati che li assistono.

Dal nostro osservatorio sull'andamento delle separazioni e divorzi a livello nazionale, fondato sul monitoraggio delle prassi giudiziarie dei tribunali italiani da parte degli avvocati associati all'AIAF, che ha sezioni in tutte le Regioni e presso quasi tutte le sedi dei Tribunali distrettuali, non giungono segnali che possano far ritenere che nel 2009 e nel 2010 vi sia stata un'inversione di tendenza rispetto a questo trend positivo. Anzi, si rileva un continuo aumento.

È palese che il rilevante aumento dell'affidamento condiviso dei figli nelle separazioni e nei divorzi non corrisponde solo a un dato numerico, ma evidenzia un cambiamento culturale nel modo in cui si percepisce e si svolge la funzione genitoriale.

Che si tratti di una questione culturale e legata alla struttura socio-familiare, oltre che economica, è provato dai dati dell'affidamento condiviso rilevati nel 2008 per Regione: Piemonte 86,4%, Valle d'Aosta 85,0%, Lombardia 83,3%, Trentino-Alto Adige 89,4%, Trento 92%, Bolzano 86,8%, Veneto 86,6%, Friuli-Venezia Giulia 84,9%, Liguria 87,9%, Emilia-Romagna 86,3%, Toscana 86,1%, Umbria 85,4%, Marche 86,5%, Lazio 77,8%, Abruzzo 72,8%, Molise 62,2%, Campania 64,7%, Puglia 67,8%, Basilicata 70,0%, Calabria 72,4%, Sicilia 65,0%, Sardegna 77,1%.

Si tenga anche conto che nel 2007 le separazioni, aperte e definite con rito consensuale, nelle regioni del Nord Italia sono state pari all'89,4% del totale, mentre al Sud la percentuale è stata del 79,2 %. In Sardegna, Sicilia, Calabria, Basilicata, Puglia e Abruzzo le separazioni aperte come consensuali variano da una percentuale del 57% (Sardegna) a un massimo del 69% dei procedimenti di separazione, dati che evidenziano non solo la conflittualità tra i coniugi su molteplici questioni, ma soprattutto le maggiori problematiche sociali ed economiche proprie di quei territori, che si riversano all'interno della famiglia.

Nel 2008 si sono chiuse consensualmente, come media nazionale, l'86,3% delle separazioni e il 77,3% dei divorzi. La percentuale di separazioni e divorzi contenziosi continua a rimanere più elevata nel Sud e nelle Isole (21,5% dei casi nelle separazioni e 20,9% nei divorzi).

Questi dati devono essere attentamente valutati, per il loro significato e per quanto richiedono in termini di interventi sul piano sociale ed economico, nonché legislativo; valutazione sulla quale deve essere fondata anche la lettura degli elementi che connotano la struttura familiare e le relazioni affettive ed economiche tra i suoi componenti.

Non hanno dunque alcun senso le continue passerelle mediatiche di personaggi che insistono sull'esigenza di modificare la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso dei figli a seguito della separazione dei genitori, sostenendo che la legge non viene applicata e che le madri italiane, sostenute dai giudici, si oppongono nei fatti all'affidamento condiviso, con il chiaro scopo di lucrare ai danni dei padri mediante l'assegnazione a vita della casa familiare e la

richiesta di ingenti assegni per i figli, che utilizzano per mantenere loro stesse il pregresso tenore di vita.

Anche in riferimento a tali questioni i dati statistici attestano una ben diversa situazione.

Secondo i dati dell'Istat e del Ministero della Giustizia, nel 2007 l'importo medio, a livello nazionale, dell'assegno di mantenimento per un figlio è stato pari a 300,00 euro, importo che aumenta a 500,00 euro per due figli e a 600,00 euro per 3 figli e oltre. Solo nel 17,1% del totale dei procedimenti di separazione consensuale e giudiziale si è registrato il versamento di un importo superiore a 500,00 euro e fino a 800,00 euro, e solo nel 6,1% dei casi l'importo è stato superiore a 1.000,00 euro.

Quanto all'assegno di mantenimento a favore di un coniuge, gli stessi dati statistici rilevano che nel 2007 le separazioni con tali provvedimenti economici sono state, rispetto al numero totale, solo il 22% nelle regioni del Nord Italia, il 30,7% nelle regioni del Centro Italia, e il 33,5% nel Sud Italia e Isole, con una media nazionale del solo 27,1%.

Nel 98% dei casi l'assegno è stato corrisposto dal marito. Ne consegue che nel 2007 solo nel 26,5% del totale delle separazioni (consensuali e giudiziali chiuse nel 2007, pari ad un totale di 81.359) è stato riconosciuto alla moglie un assegno di mantenimento. Secondo gli stessi dati statistici, l'importo medio di questo assegno è stato, nel 2007, di 551,37 euro.

Tenuto conto che ancora nel 2009 si è rilevato che solo il 46,4% delle donne, nella fascia di età tra i 15 e i 64 anni, ha una occupazione, risulta evidente una tendenza delle donne a un progetto di vita autonomo dall'ex coniuge, anche sotto il profilo economico, dopo la separazione.

Lo stesso dicasi per l'assegnazione della casa. Nel 2007, la casa familiare risulta essere stata assegnata, secondo i dati dell'Istat e del Ministero della Giustizia, sul totale dei procedimenti di separazione, consensuali e giudiziali:

- **al Nord** al marito per il 25,3% e alla moglie nel 55% dei casi;
- **al Centro** al marito per il 20,6% e alla moglie per il 58,9%;
- **al Sud e Isole** al marito per il 13,7% e alla moglie per il 65,2%.

E dunque, secondo la media nazionale, è stata

fatta una assegnazione della casa familiare alla moglie nel 58,6% del totale dei procedimenti di separazione consensuali e giudiziali.

Tuttavia solo nel 69,1% dei procedimenti, su questo indice di 58,6%, si era in presenza anche dell'affidamento dei figli (poiché negli altri casi si trattava di assegnazione della casa alla moglie senza affidamento di figli e in forza di accordi intervenuti tra gli stessi coniugi).

Ne consegue che nel 2007 è stata assegnata la casa familiare a un genitore, quale conseguenza del collocamento dei figli presso di sé, solo nel 40,49% del totale dei procedimenti di separazione consensuale e giudiziale.

Nel divorzio la media nazionale di assegnazione della casa familiare alle donne si abbassa e nel 2007 è stata del 37,6%, ma solo nel 50,9% dei casi vi era l'affidamento dei figli. Ne consegue che nel 2007 è stata assegnata la casa familiare a un genitore, quale conseguenza dell'affidamento dei figli, solo nel 19,13% del totale dei procedimenti di divorzio.

Questi dati dovrebbero far riflettere anche coloro che sono responsabili dell'informazione verso i cittadini, perché contrastano palesemente con l'interpretazione allarmistica e drammati-

ca che anche recentemente alcuni personaggi e alcune associazioni che rappresentano solo le situazioni personali dei loro aderenti hanno cercato di accreditare, facendo insensate pressioni sul Governo e il Parlamento per la modifica della legge 54/2006.

Vero è che una migliore applicazione del principio di bigenitorialità, così come un'effettiva equa ripartizione tra la coppia dei compiti domestici e di cura dei figli, è un obiettivo che può e deve essere raggiunto con un più efficace intervento culturale sulle responsabilità familiari e genitoriali.

Di fatto, anche a causa della crisi economica, continuano a mancare interventi legislativi e sostegni economici che potrebbero aiutare a contenere le situazioni di disagio delle persone e delle famiglie, e il conseguente nascere di conflitti nei rapporti di coppia e familiari.

L'esigenza di conciliare ed equilibrare i tempi familiari e i tempi di lavoro, da considerare come diritto-dovere di donne e uomini, continua a rimanere un'aspettativa – soprattutto delle donne – che nel nostro Paese non riesce a trovare soluzioni concrete.

SEPARAZIONI E DIVORZI PER TIPO DI AFFIDAMENTO DEI MINORI						
ANNO 2008 (valori percentuali)*						
	Separazioni			Divorzi		
	al padre	alla madre	congiunto/condiviso	al padre	alla madre	congiunto/condiviso
2000	4,6	86,7	8,0	6,6	86,0	6,8
2001	4,5	85,6	9,4	6,4	82,7	10,2
2002	4,1	84,9	10,5	6,5	84,0	8,8
2003	3,8	83,9	11,9	5,7	83,8	9,8
2004	3,6	83,2	12,7	5,0	84,4	10,0
2005	3,4	80,7	15,4	5,1	82,7	11,6
2006	2,4	58,3	38,8	4,2	67,1	28,0
2007	1,6	25,6	72,1	3,3	46,1	49,9
2008	1,5	19,1	78,8	2,6	34,7	62,1

**FIGLI MINORI AFFIDATI IN SEPARAZIONI E DIVORZI PER TIPO DI AFFIDAMENTO, RIPARTIZIONE GEOGRAFICA,
RITO DI CHIUSURA DEL PROCEDIMENTO E CLASSE DI ETÀ DEL MINORE AFFIDATO**

ANNO 2008 (valori assoluti e percentuali)*

	Tipo di affidamento nelle separazioni					Tipo di affidamento nei divorzi				
	totale minori affidati	esclusivo al padre	esclusivo alla madre	condiviso	a terzi	totale minori affidati	esclusivo al padre	esclusivo alla madre	condiviso	a terzi
RIPARTIZIONI GEOGRAFICHE										
Nord	30.361	1,1	12,8	85,5	0,7	14.672	2,5	29,3	67,5	0,7
Centro	14.405	1	17	81,6	0,4	5.092	1,6	37,9	59,8	0,8
Mezzogiorno	20.961	2,4	29,7	67,3	0,5	6.828	3,5	43,9	52,3	0,3
RITO DI CHIUSURA										
Consensuale	56.388	1,2	15,3	83,3	0,3	19.824	2,1	32,1	65,4	0,4
Giudiziale	9.339	3,4	42,1	52,1	2,4	6.768	3,9	42,3	52,5	1,4
CLASSI DI ETÀ DEL MINORE IN AFFIDAMENTO										
0-5 anni	15.157	0,9	19,5	79,1	0,5	849	1,6	37,1	60,8	0,5
6-10 anni	21.808	1,2	18,3	79,9	0,6	8.576	1,7	34,2	63,7	0,4
11-14 anni	16.974	1,7	19,4	78,3	0,6	9.801	2,6	33,8	62,9	0,7
15-17 anni	11.788	2,4	19,8	77,2	0,6	7.366	3,7	36,1	59,4	0,8
Totale (media)	65.727	1,5	19,1	78,8	0,5	26.592	2,6	34,7	62,1	0,6

FIGLI AFFIDATI IN SEPARAZIONI PERSONALI PER TIPO DI AFFIDAMENTO E REGIONE ANNO 2008 (valori percentuali)*					
REGIONI	Tipo di affidamento				
	esclusivo al padre	esclusivo alla madre	condiviso	a terzi	Totale
Piemonte	1,2	12,0	86,4	0,3	100,0
Valle d'Aosta	0,5	14,0	85,0	0,5	100,0
Lombardia	1,2	14,7	83,3	0,9	100,0
Trentino - Alto Adige	1,5	8,6	89,4	0,5	100,0
Bolzano - Bozen	1,6	11,1	86,8	0,4	100,0
Trento	1,2	6,1	92,0	0,6	100,0
Veneto	1,1	11,8	86,6	0,4	100,0
Friuli - Venezia Giulia	0,7	14,2	84,9	0,3	100,0
Liguria	0,6	10,8	87,9	0,7	100,0
Emilia - Romagna	0,9	11,8	86,3	1,0	100,0
Toscana	0,9	12,6	86,1	0,4	100,0
Umbria	0,9	13,7	85,4	—	100,0
Marche	1,2	11,7	86,5	0,6	100,0
Lazio	1,0	20,9	77,8	0,3	100,0
Abruzzo	1,6	25,5	72,8	0,1	100,0
Molise	1,8	36,0	62,2	—	100,0
Campania	2,2	32,8	64,7	0,3	100,0
Puglia	2,7	29,1	67,8	0,4	100,0
Basilicata	1,5	28,3	70,0	0,2	100,0
Calabria	2,0	25,1	72,4	0,5	100,0
Sicilia	3,0	31,0	65,0	0,9	100,0
Sardegna	1,6	20,6	77,1	0,7	100,0
ITALIA	1,5	19,1	78,8	0,5	100,0

* I dati riportati sono tratti dal sito Istat, *Demografia in cifre. La rilevazione sulle separazioni e sui divorzi-Anno 2008*, <http://demo.istat.it/altridati/separazionidivorzi/index.html>

Le rilevazioni sulle separazioni e sui divorzi vengono condotte presso le cancellerie dei 165 Tribunali civili, raccogliendo i dati relativi ad ogni singolo procedimento concluso dal punto di vista giudiziario nell'anno di riferimento.

L'IMPORTANZA DELL'ESERCIZIO DI UNA GENITORIALITÀ CONDIVISA

Alessandra Carbognin

Pedagogista e mediatrice familiare, Verona



*Le gioie dei genitori sono segrete,
e così i loro dispiaceri e timori;
le prime non le sanno e i secondi non li vogliono esprimere.*

Francesco Bacone, da *Saggi*

Il significato di "genitorialità"

La genitorialità assume oggi tanto più valore quanto più ne acquista in consapevolezza. Nelle situazioni difficili, come per esempio i processi di separazione, talvolta questo equilibrio viene meno. Questa difficoltà genitoriale è inserita sempre più spesso nel ciclo di vita degli individui come un *gap*, che deve però assumere solo un aspetto di transitorietà.

Ma com'è possibile ripristinare l'elemento fondamentale della genitorialità ed esprimerlo come valore per il bene dei figli? Questo oggi è l'impegno di molti studiosi e operatori nel campo del sociale, in ambito politico e giuridico.

Il tema della tutela della genitorialità è stato recentemente sviluppato in diversi contesti, per esempio nell'ambito lavorativo, nel quale la genitorialità è posta in relazione alle varie professioni, o nel mondo giuridico, nella gestione dei conflitti delle separazioni tra coniugi. Questi, come altri, sono campi di osservazione indispensabili per approfondire il tema della genitorialità, delle sue dinamiche e problematiche concrete, e della tutela che ad essa è riservata¹.

Ogni ambito di vita crea una comunità che offre risorse umane, da un lato, e problematiche di gestione familiare dall'altro, tanto più in situazioni di conflitto o di mancata tutela delle diverse categorie di individui che vivono l'evento *genitorialità* non senza difficoltà.

Per queste ragioni tale riflessione è non solo doverosa ma anche necessaria, e deve essere condotta ponendo al centro tutte le spigolature che coinvolgono i vari ambiti, da quelli normativi a quelli etici, da quelli concettuali e teorici a quelli strettamente pragmatici.

A tale analisi vanno poi applicate diverse strategie per far fronte a necessità, bisogni ed esigenze proprie della genitorialità; per tendere, nei singoli casi, a una pacifica vita familiare; per preservare un corretto equilibrio dei ruoli genitoriali e, infine, per una sana crescita filiale, che rimane sempre il suo fondamento.

Ma in una cultura come la nostra, dove si fatica a parlare di responsabilità, a tutti i livelli, "*dove la fatica psichica che richiede il far fronte alle responsabilità di esistere sembra aumentare giorno per giorno, dove il benessere coesiste con l'angoscia, dove per le tante occupazioni si finisce col vivere con l'anima disoccupata, [...] mentre con indifferenza si passa accanto a forme di vero dolore, si tende*

¹ Cfr. anche Saraceno, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Bologna, 1998.

*sempre più a fare affidamento su una intelligenza efficientista, alla quale si chiede di controllare ogni angolo dell'esperienza*². Anche l'esperienza genitoriale corre il rischio di essere congelata dentro un controllo efficientista che nulla ha a che vedere con lo sviluppo delle sue potenzialità generative.

Il rischio di sostituzione di responsabilità o di deresponsabilizzazione della figura genitoriale nell'epoca postmoderna

Nella "società del rischio", in cui la difficoltà è riconducibile a un processo di "individualizzazione", ossia a quel processo che ha messo gli individui al di fuori degli sfondi sociali entro i quali un tempo si configuravano le scelte di vita di ognuno, questo rischio è legato proprio alla responsabilità, che diventa deresponsabilizzazione delle stesse entità deputate al suo monitoraggio e, eventualmente, al suo potenziamento.

Il pericolo è che oggi questa intelligenza efficientista razionalizzi la genitorialità in comparti da demandare ai vari servizi offerti o imposti alle coppie genitoriali, incasellando le attività genitoriali, mischiando attività cognitive, attività emotive, memorie esperienziali di gioia con memorie esperienziali di estrema sofferenza. Questo processo, così impostato, rischia di sterilizzare una genitorialità anziché di aiutare a renderla feconda.

Infatti, come sostiene Luigina Mortari, *"se da tempo si sa che il sentire è ciò che ci tiene aperti al reale, a dominare è la tendenza a separare l'attività cognitiva dalla vita emotiva, nell'illusione che la prima guadagnerebbe in efficacia se fosse svincolata dalla seconda. Siamo vittime di una concezione intellettualistica, devitalizzata dell'educazione, che riduce tutto a strategie che pretendono di razionalizzare il processo di formazione. Si dimentica il ruolo decisivo che il sentire ricopre nella vita umana. Invece la funzione di chi ha acquistato un qualche seme di sapere della vita è quella di allenare il giovane a "sostenersi" con il cuore, da solo con il suo cuore [...], davanti alle situazioni enigmatiche che la vita gli presenterà"*³.

Da un punto di vista pedagogico si può intendere la genitorialità come quel cammino in perenne divenire attraverso il quale si impara a essere genitori. Diventare genitori significa essere in grado di dedicarsi ai propri figli, di intercettare le loro necessità e di prendersene cura.

Per dare senso alla genitorialità occorre vivificarla in una direzione attiva, più consapevole e gioiosa. Il termine "generatività" esprime meglio il significato di unione e di impegno proveniente dal "generare figli" e dal curarli nella piena responsabilità. La fecondità dell'amore coniugale, infatti, non si riduce alla sola procreazione ma deve estendersi all'educazione e alla formazione sociale dei figli.

Dalla genitorialità alla generatività: una trasformazione di senso

La generatività, dunque, è l'aspetto evolutivo della genitorialità, quello fondamentale, ontologico ed esistenziale oltre che biologico, perché ne dà il senso lungo il cammino della sua evoluzione. L'evoluzione della genitorialità nella funzione educativa non è solo necessaria, ma rimane inalienabile e non può facilmente essere demandata.

Questo può essere messo a frutto all'interno di un ambiente idoneo. Laddove il luogo familiare sia venuto meno, occorre ripristinarlo, non più all'interno di un focolare ma nelle stesse figure genitoriali in una trasformazione di senso.

Tale passaggio cruciale rappresenta un momento di crescita innanzitutto per i genitori stessi. Imparare ad essere dei buoni genitori testimonia il senso di una generatività emotiva e affettiva, responsabile e di massima cura.

² Mortari, *Un metodo a-metodico. La pratica della ricerca in Maria Zambrano*, Napoli, 2006, 142.

³ Ivi, 143.

Per cogliere “*i processi di crescita di una persona all'interno dei suoi contesti relazionali, in quanto capace di ricercare in essi e di mettere in risalto i pattern di collegamento più significativi tra l'individuo ed il suo mondo familiare e sociale*”⁴, è necessario un sostegno che provenga da una fonte di fiducia (sociale, relazionale o professionale, ambientale eccetera), in grado di oggettivare le problematiche e di ridurre gli aspetti di conflittualità e di sofferenza.

Questi processi avvengono naturalmente anche dentro le dinamiche di coppia, ma generalmente, grazie alle risorse disponibili, vengono risolti.

Ripristinare un equilibrio perduto per salvaguardare il futuro di un figlio è responsabilità primaria che un genitore deve comprendere. Un padre o una madre, se non è in grado di procedere da solo, va aiutato e sostenuto nel processo di rielaborazione della frattura relazionale ed emotiva. Una corretta rielaborazione avviene anche attraverso la ricostruzione di tutti gli elementi dell'esperienza familiare: spazi esperienziali vissuti insieme, progettati e quindi condivisi.

Anche un progetto non portato a termine può trasformarsi in un progetto diverso.

La capacità di vedere oltre il passato consente di rivalutare il presente e rinnovare il futuro sia dei genitori che dei figli⁵. La paternità e la maternità sono sorgenti di rispetto e di nutrimento che devono essere mantenute anche dopo un evento separativo.

La genitorialità, per darsi senso, deve a volte essere aiutata e difesa con appropriate misure sociali. Laddove le coppie genitoriali non sono in grado di adempiere alle loro funzioni (di cura, affetto, sostegno eccetera), altre figure hanno il dovere di aiutarle a sostenere “l'istituto genitoriale” e promuoverlo in “istituto generativo”. È, al contempo, una responsabilità congiunta di impegno e consolidamento sociale. Gli stessi figli chiedono certezze e rassicurazioni di riconoscimento e di appartenenza, com'è giusto che sia.

Da questo processo psichico ed emotivo prende forza la responsabilità, che dovrebbe essere meglio caratterizzata come un'etica di *sperimentarsi padre*, di *essere madre* e di *viversi figlio*, in un circolo virtuoso che mette in gioco i tre legami fondamentali della persona: della figliolanza, della nuzialità e della genitorialità.

Nella separazione vi sono molte sofferenze e un acuto senso di ingiustizia, sia del figlio verso il genitore sia del coniuge verso l'altro coniuge e, considerato che separazioni e divorzi sono da anni in aumento, sussiste concretamente il rischio di pensare gli strappi emotivi e i traumi come *normalità*.

Pensare i fatti di dolore come una normalità socialmente presente, senza individuare una soluzione che possa porvi fine, sarebbe una sconfitta che non giova alla loro risoluzione.

Normalizzare i cambiamenti che il dolore provoca non vuol dire normalizzare i conflitti. Farli evolvere verso atteggiamenti di diverso significato, rispetto e cura, invece sì. Le azioni positive possono essere molte, soprattutto in capo alla genitorialità: facilitare il “movimento” dei sentimenti da “luoghi” di dolore a “luoghi” di ricostruzione e riflettere sui significati dei patti di lealtà, di fiducia e di giustizia. Ripercorrere i progetti della precedente relazione, inoltre, è utile per ripartire dalla stasi creata dalla rottura, ma soprattutto per recuperare quel senso di generatività che rimane l'elemento fondamentale per il figlio⁶.

Non è sufficiente essere genitori (biologici o adottivi) ma occorre anche *viversi* genitori in una quotidianità non certo semplice. Ripercorrere, per esempio, il proprio cammino di figlio, rielaborando le difficoltà incontrate nella propria crescita, è una strategia utile per rendersi genitori consapevoli. Individuare lacerazioni e strappi generazionali, per troppo tempo dimenticati, è indispensabile per evitare danni che una genitorialità poco consapevole può riproporre.

La complessità e la dinamicità del costruito di *genitorialità* sono rese evidenti da un insieme di funzioni esercitate dai genitori e tese a proteggere e accudire il figlio, a offrirgli un quadro normativo di riferimento in cui agire e crescere, e, soprattutto, a garantirgli l'apporto affettivo necessario per

⁴ Andolfi, *Manuale di psicologia relazionale*, Roma, 2003, 101.

⁵ Per aspetti più propriamente psicologici dei legami cfr. Scabini, Iafrate, *Psicologia dei legami familiari*, Bologna, 2003.

⁶ Rispetto a proposte progettuali genitoriali cfr. Erikson, *Infanzia e società*, Roma, 1966.

un sano sviluppo della sua personalità, diritto inalienabile per un figlio e necessario per farlo sentire accolto.

Per un bambino non sono necessari gesti affettivi eclatanti perché percepisca il calore di essere amato e per sentirsi accettato, o affinché l'esistenza abbia un senso per lui e valga la pena investire energie sul piano affettivo e relazionale. Ciò che è importante è che nella propria simbologia esperienziale dell'infanzia vi sia e rimanga il ricordo di un episodio rassicurante e comunicativo. Questo perché l'intelligenza affettiva di ognuno è costituita da un'ampia rete di messaggi, di ricordi, di informazioni che la formano e la rafforzano, dandole il giusto spessore per potersi rapportare all'intelligenza dell'altro. Alla ragione dei grandi, pertanto, è affidato il compito importantissimo di proteggere l'amore, di alimentarlo continuamente, e senza fretta, nel cuore dei bambini. I sentimenti hanno bisogno di tempo, di rinforzi continui. Ognuno nel rispetto dei ritmi dell'altro⁷.

Problematiche genitoriali nell'evento separativo

La questione delle regole assume grande importanza, sia in campo educativo che sociologico, e in questa sede preme sottolineare quali possono essere i rischi e gli effetti di un'educazione strumentalizzante, da parte dei genitori separati, nell'*iter* processuale altamente conflittuale.

I disastri della pedagogia permissiva e irrazionale del genitore, che agisce sulla soddisfazione del figlio per ottenere "effetti" legati ai procedimenti processuali della separazione, segnano un grave solco nella personalità di un bambino o di un adolescente. Un bambino abituato alle regole è normalmente un individuo maggiormente capace di far fronte alle difficoltà della vita, anche all'interno di una sana relazione genitoriale e coniugale. Tali funzioni, dinamiche e relazionali, rappresentano gli aspetti evolutivi del percorso di maturazione della persona.

Ricordiamo che, dal punto di vista sociologico, la genitorialità si afferma con la nascita della famiglia borghese, solida e sicura, nella quale l'amore alla base del matrimonio e il miglioramento delle condizioni di vita pongono il figlio al centro dell'esperienza familiare⁸.

Oggi la genitorialità sembra invece caratterizzata da una crescente sensazione di insicurezza e di incertezza: spesso i padri e le madri si sentono inadeguati al proprio ruolo, hanno paura di sbagliare e si sentono disorientati. Non si ritrovano nel modello educativo proposto dai loro genitori e, al tempo stesso, fanno fatica a trovarne uno proprio da proporre ai figli.

All'insicurezza si accompagna poi un certo isolamento della famiglia, caratterizzata da una scarsa rete sociale di appoggio all'interno della quale potersi confrontare e poter instaurare legami di solidarietà⁹.

Nella nostra società l'esperienza del diventare genitore è un "*processo dall'inizio incerto*"¹⁰. La nascita del figlio determina una ridefinizione dei rapporti di coppia e parentali, che genera quel processo per il quale i genitori "fanno posto" a colui che sta per arrivare. Le molteplici trasformazioni che hanno investito e investono la società e la famiglia stessa hanno contribuito al ripensamento di tale ruolo, caratterizzato quindi "*dalla consapevolezza della delicatezza del ruolo genitoriale con conseguenti sentimenti di inadeguatezza, amplificati spesso dalla percezione dell'isolamento in cui, in ogni caso, questa esperienza viene vissuta, [...] ciascuno impara con i propri figli ad essere genitore e questa focalizzazione ha indebolito ulteriormente l'adesione a ruoli sociali convenzionali e ha contribuito ad aumentare la privatizzazione della genitorialità, poiché la crescita dei bambini diventa un'impresa congiunta fra genitori e figli, nello stesso tempo si è rafforzata come fatto privato all'interno della famiglia*"¹¹.

⁷ Cfr. Bernardi, Tromellini, *La tenerezza e la paura. Ascoltare i sentimenti dei bambini*, Milano, 1996, 29-37.

⁸ Cfr. Melchiorre (a cura di), *Maschio e femmina: nuovi padri e nuove madri*, Cinisello Balsamo, 1992.

⁹ Di Nicola, *Famiglia e famiglie*, in *Atti del convegno "Separazioni difficili. Professionalità a confronto nel lavoro con genitori e figli"*, Verona 5-6 novembre 2004, Verona, 2004, 5-10.

¹⁰ Musi, *Concepire la nascita. L'esperienza generativa in prospettiva pedagogica*, Milano, 2007, 146.

¹¹ Catarsi, *Pedagogia della famiglia*, Roma, 2008, 11-12.

Oggi *“la relazione genitoriale rappresenta il centro e il fulcro dell'esperienza privata, uno dei luoghi primari del riconoscimento e della costruzione di sé, e la generatività viene vissuta come una scelta in cui sbagliare non è permesso”*¹².

Vediamo in realtà che sbagliare, così come litigare, possono essere eventi rivalutabili in un cammino genitoriale, sempre difficile e mai precostituito.

Riconoscere uno sbaglio è utile al confronto; un patto ricostituito dopo un litigio ne sancisce l'importanza. Non ci sono vincitori né vinti. In una società in cui *“i sentimenti e i legami assumono la funzione di compensazione”*¹³, anche la complessità relazionale aumenta, evidenziando i suoi effetti, poiché *“le contraddizioni si accumulano sempre e comunque”*¹⁴, perché, in fondo, tra l'io (donna e madre) e l'io (uomo e padre) si aprono due mondi dietro i quali c'è il tutto.

Nell'attuale contesto sociale, invece, separazione e divorzio sono ormai da considerarsi come *“fase storica”*, tipica della famiglia attuale e del contesto socio-culturale nel quale viviamo¹⁵.

L'individuo nella cultura occidentale costruisce e rinnova quotidianamente il proprio progetto di vita e *“l'etica della scelta portata ai limiti estremi significa che anche nel matrimonio, così come in ogni altro aspetto della vita (lavoro, amicizie, partito politico, religione) nessuna scelta è irrevocabile”*¹⁶.

È quindi il singolo che si muove, si organizza e riorganizza avendo come obiettivo costante la propria autorealizzazione e pertanto *“in questo modo di fare famiglia è il singolo ad apparire come unico attore in scena”*¹⁷.

La salvaguardia della genitorialità nelle conflittualità processuali

Per analizzare la famiglia in quanto realtà dinamica si fa spesso riferimento al concetto di *“ciclo di vita”*¹⁸. Il concetto intercetta gli eventi critici all'interno del percorso di vita del sistema famiglia, le sue fasi e le transizioni che il nucleo familiare è chiamato ad affrontare¹⁹. È quindi necessario interrogarsi anche sulla natura dell'evento critico costituito dalla separazione²⁰.

Va tenuto presente, infatti, che la legittimazione sociale della separazione, sancita anche a livello legislativo, come emergerà chiaramente in seguito, non elimina le caratteristiche di questo passaggio come evento critico, che risulta talvolta traumatico. *“Banalizzare la separazione come fase normale del ciclo di vita rischia di far perdere di vista sia il dolore e la perdita, sia il lavoro di elaborazione e ridefinizione di sé e della propria vita che, come tutte le crisi importanti, esso comporta per chi la subisce ma anche per chi la decide”*²¹.

Alla rappresentazione statistica e sociologica della famiglia che si compone, si scompone, si ricompone con elementi nuovi e diversi (i nuovi partner, i figli delle nuove unioni), va affiancata la rappresentazione del mondo emotivo che viene toccato e sollecitato durante la separazione, prima e dopo l'evento.

Separazione e divorzio non sono infatti eventi relativi alla sola famiglia, ma coinvolgono la rete di parentela e la rete amicale, in un processo di riorganizzazione delle relazioni non solo a livello co-

¹² Sità, *Il sostegno alla genitorialità*, Brescia, 2005, 16.

¹³ Beck, Beck-Gernsheim, *Il normale caos dell'amore*, Milano, 1996, 73.

¹⁴ Ivi, 38.

¹⁵ Togliatti, Lavadera, *Dinamiche relazionali e ciclo di vita della famiglia*, Bologna, 2002, 146.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Landuzzi, *Sociologia della mediazione familiare*, Verona, 2005, 19.

¹⁸ Tale concetto è ampiamente elaborato all'interno dell'approccio dello sviluppo, per il quale si veda, per esempio, Donati, Di Nicola, *Lineamenti di sociologia della famiglia*, Roma, 2002.

¹⁹ Ivi.

²⁰ Cfr. Togliatti, Lavadera, *Dinamiche relazionali* cit., 29.

²¹ Barbagli, Saraceno (a cura di), *Lo stato delle famiglie in Italia*, Bologna, 1998, 261.

niugale e genitoriale, ma anche in relazione alle famiglie d'origine e a tutto il contesto sociale di riferimento.

Il cosiddetto capitale sociale va ridefinito, tenendo conto che il *network relazionale* va mutando il suo aspetto²². Dal punto di vista statistico, la rete relazionale di fiducia e di aiuto presenta un andamento che tende a diminuire subito dopo la separazione. In genere tale flessione si equivale per entrambi i coniugi, per poi riprendersi in seguito. Tale ampliamento successivo di capitale sociale può addirittura superare il livello di network relazionale presente prima della separazione, ovvero durante il periodo matrimoniale. Ciò si verifica nel caso del coniuge in grado di attivare maggiori risorse relazionali.

I coniugi esprimono una genitorialità di fatto, successiva al “patto coniugale”. Diventando genitori danno quindi origine al “patto genitoriale”, che è ad esso collegato ma che da esso si distingue.

La nascita di un figlio, da un lato, è frutto della relazione della coppia e ne sancisce l'unità, dall'altro “*la eccede in modo irriducibile*”²³. Infatti, “*i legami tradizionali sono stati ulteriormente macinati. E l'amore fra uomo e donna è parimenti diventato gracile, minacciato più che mai dal fallimento. Ciò che rimane è il figlio. Egli promette un legame che è tanto elementare, tanto totalizzante, tanto indissolubile quanto nessun altro in questa società*”²⁴.

Il patto di filiazione, “*diversamente dalla relazione di coppia, è una relazione non negoziabile e irreversibile; se il legame di coppia si de-istituzionalizza, il legame genitore-figlio diventa la nuova istituzione sociale*”²⁵.

Se dunque di fronte alla rottura del sottosistema coniugale permane il sottosistema genitoriale, si può affermare che la distinzione fra questi due ruoli costituisce il principale compito evolutivo che la famiglia separata dovrà affrontare²⁶. Questo elemento strutturale può esprimere una risorsa possibile, che però non può essere imposta dall'esterno, nemmeno a livello processuale, finché non viene percepita come necessaria dagli stessi genitori (o da almeno un genitore). Sussiste infatti il grave rischio di un impoverimento della rispettiva fiducia, che verrebbe sostituita solo dalla conflittualità, la quale imporrebbe le sue regole, distruggendo i rapporti e lacerandoli.

Spezzare il vincolo tra dipendenza ed esclusione e fermare le continue descrizioni negative dei genitori è la sfida che rimane sempre valida.

Il riconoscimento della continuità del legame familiare è quindi dato dalla conferma del ruolo e dei compiti genitoriali, seppur ridefiniti e riorganizzati secondo nuove regole e nuovi contesti. In tali situazioni sono preferibili l'immissione di poche e chiare regole. Il monitoraggio della loro applicazione è inoltre fondamentale per riequilibrare le responsabilità genitoriali.

La ridefinizione della relazione come genitori, la capacità di continuare ad adempiere ai compiti educativi e alle comuni responsabilità genitoriali sono strettamente legati alla natura del legame fra genitori e figli, nonché alle competenze genitoriali costruite precedentemente alla separazione.

Tale considerazione va puntualizzata per permettere di concretizzare e declinare nella quotidianità di ogni famiglia quel “*mantenimento del ruolo genitoriale*” che rischia altrimenti di apparire come un'esortazione priva di contenuti.

È fondamentale responsabilizzare la genitorialità, aiutando padri e madri a valorizzarla nella quotidianità. C'è infatti il rischio di offrire troppi servizi a sostegno della genitorialità e per la coppia di genitori in crisi, soprattutto nella realtà delle separazioni difficili. Questo rischio è l'allontanamento stesso del genitore dal suo difficile ruolo educativo.

Anziché promuovere e incoraggiare le potenzialità oggettive presenti nelle figure genitoriali, già testimoni dell'esperienza genitoriale con la nascita di un figlio, si rischia di azzerare anche quello che

²² Relativamente al concetto di capitale sociale si veda Donati, Colozzi, *Capitale sociale delle famiglie e processi di socializzazione. Un confronto fra scuole statali e di privato sociale*, Milano, 2006.

²³ Scabini, Iafrate, *Psicologia dei legami familiari* cit., 121.

²⁴ Beck, Beck-Gernsheim, *Il normale caos dell'amore* cit., 100.

²⁵ Landuzzi, *Sociologia della mediazione familiare* cit., 28.

²⁶ Cfr. Togliatti, Lavadera, *Dinamiche relazionali* cit., 146.

di buono e positivo è stato prodotto nella relazione figlio-genitore e nella condivisione genitoriale tra coniugi o ex coniugi. Viene in un certo qual senso “anestetizzato” tutto ciò che prima ruotava attorno ai ruoli familiari, dietro una sorta di deresponsabilizzazione autorizzata.

Variabili fondamentali per il buon mantenimento della funzione genitoriale appaiono essere, quindi, la qualità e la natura della relazione fra i genitori e i figli, la suddivisione dei ruoli che la coppia genitoriale si era data prima della separazione, oltre che, naturalmente, la qualità e la quantità dei bisogni espressi dai figli anche in relazione all'età.

Un'ulteriore variabile fondamentale è costituita dalla capacità dei coniugi di superare il conflitto. Si può partire dal presupposto che il conflitto sia inevitabile nella fase di rottura del legame coniugale e risponda al bisogno di incanalare rabbia, delusione e sensi di colpa (costituendosi pertanto come un potente meccanismo psicologico di natura difensiva). In quest'ottica, l'incapacità di superare tale fase attraverso la rielaborazione dei cambiamenti, sia psico-affettivi che concreti, conseguenti alla separazione, porta alla cronicizzazione del conflitto stesso.

*“Non c'è giustizia in materia di amore”*²⁷. Tuttavia è proprio a questo punto che le regole, a livello processuale, vanno messe in atto, perché è dimostrato che il conflitto va a costituire una modalità di mantenimento del *“legame disperante”*²⁸ causato dal mancato raggiungimento del *“divorzio psichico”*²⁹. Occorre che le figure legislative sappiano bloccare il conflitto, di una o di entrambe le parti, imponendo decisioni sulla base di evidenti realtà, ponendo chiari punti educativi e di funzioni genitoriali; pochi e chiari punti da cui la genitorialità possa partire, da cui la nuova generatività possa iniziare a lavorare, per sé e per i figli.

È l'elaborazione del divorzio psichico che permette di gestire il conflitto in maniera cooperativa e che consente agli ex coniugi di svolgere i ruoli di padre e madre, riconoscendosi come tali nel rispetto reciproco³⁰. E la parte legislativa deve sopperire all'incapacità di elaborazione di un genitore e utilizzare le risorse elaborative, culturali, intellettive ed etiche della parte genitoriale che ne dispone.

È *“l'intelligenza legislativa”* che diventa necessaria per evitare *“la gestione della separazione [che] attualmente, porta ad atti che si svolgono con una massiccia presenza di terzi, in cui si può insinuare, in modo cattivo rispetto alle prospettive di mantenimento di convivenze necessarie e positive, un modello di decisioni imposte”*³¹, che non vanno in direzione della generatività.

Come scriveva il magistrato Francesco Sartorio ne *Il ruolo del Giudice nelle cause di separazione e divorzio ad alta conflittualità*: *“queste cause servono a regolare i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli quando il matrimonio si rompe. La risposta è certamente corretta dal punto di vista formale, ma non esaustiva, in quanto non affronta una questione decisiva: se il processo si debba limitare a regolare i rapporti familiari tenendo conto delle situazioni così come si presentano, ovvero debba favorire l'evolversi delle situazioni in modo da porre una regolamentazione dei rapporti tendenzialmente stabile e soddisfacente. [...]”*

Il processo ha un effetto deflagratorio.

È la stessa dinamica del processo a produrre questo risultato perché prevede la contrapposizione di un attore e di un convenuto. [...]”

Deve anzitutto provocare un'inversione di tendenza: se la tendenza naturale della causa è verso l'aumento della conflittualità, il giudice deve usare tutta la sua autorevolezza e tutti gli strumenti a sua disposizione per favorire l'attenuazione della conflittualità. [...]”

²⁷ Beck, Beck-Gernsheim, *Il normale caos dell'amore* cit., 27.

²⁸ Cigoli, Galimberti, Mombelli, *Il legame disperante. Il divorzio come dramma di genitori e figli*, Milano, 2000.

²⁹ Bohannon, *Divorce and after*, New York, 1970. Bohannon ha proposto un modello per la descrizione delle fasi del processo di separazione e divorzio che individua nel “divorzio psichico” la fase del processo costituita dalla conquista da parte dei coniugi della propria progettualità individuale e della propria identità.

³⁰ Cigoli, *Psicologia della separazione e del divorzio*, Bologna, 1998, 23.

³¹ Giommi (a cura di), *Il trauma delle separazioni difficili. Come salvaguardare il progetto di vita e le relazioni tra genitori e figli*, Firenze, 2003, 14.

L'interrogatorio libero ha anche la funzione di consentire al giudice di acquisire direttamente dalle parti informazioni sulla situazione con cui ha a che fare.

[...] sulle cause più evidenti di questa conflittualità, sugli spazi di collaborazione che ancora esistono tra i coniugi, sul rapporto che ciascuno ha con i figli, sul modo in cui ciascuno vede l'altro come genitore, sull'eventuale influenza della famiglia d'origine, sull'influenza dei problemi economici o relativi alla casa.

La varietà delle situazioni è tale che il giudice ha bisogno di capire quali siano i problemi fondamentali per scegliere.

[...] c'è infine la stanchezza di tenere in piedi la causa. [...] ci vuole attenzione, capacità di ascolto, comprensione della complessità delle situazioni, flessibilità, pazienza; questi sono gli strumenti di cui il giudice deve attrezzarsi³².

È questa la sfida della nuova responsabilità legislativa, una sfida pragmatica ed etica.

Oltre allo svolgimento del ruolo genitoriale, ciascun genitore è chiamato anche a favorire l'accesso del figlio non solo all'altro genitore, ma anche alla famiglia d'origine di quest'ultimo. Ciò è necessario per consentire al figlio l'accesso completo alle proprie origini, elemento costitutivo fondamentale della realizzazione dell'identità. È dimostrato che la figura dei nonni, oltre a dare una continuità e un significato generazionale, esprime quella mediazione affettiva tra l'amore e il conflitto in grado di lenire le ferite e salvaguardare la cura per il figlio.

Quando in un contesto di separazione tra genitori ci si può accorgere che l'essere madre, l'essere padre, l'essere figlio rappresenta ancora un'entità in grado di stare assieme, si è raggiunto un risultato importante, capace di guarire le ferite dei cuori.

I legami relazionali come valori

Negli affetti, nelle modalità relazionali dei soggetti familiari e nei racconti generazionali che nonni, genitori e figli vivono e trasmettono, vi è un mondo fatto di parole, gesti, cure e attenzioni, che esprimono il significato stesso di famiglia.

Le ferite relazionali sono strettamente legate alla cura. Essa può essere riferita a sé, a un'altra persona, o a una cosa. La cura di un figlio, o la cura del luogo abitato da un figlio, è segno di amore e dello stile di vita dei suoi componenti.

Oggi, purtroppo, difficilmente si condividono questo atteggiamento e questa cura con gli altri: la famiglia è sempre più isolata a causa del ritmo di vita e della settorializzazione esterna dei luoghi di vita. Dalla grande corte condivisa e frequentata si è passati al piccolo cortile, alla casa, per finire all'appartamento, dove i momenti di scambio si sono ridotti ai minimi termini.

Le risorse vanno ricercate nella concretezza dei valori presenti: il valore dei luoghi di condivisione, il valore della casa come luogo domestico, il valore di padre, il valore di madre, il valore di figlio, il valore di nonno, il valore della comunità di appartenenza.

La casa stessa, per esempio, è sinonimo della vita quotidiana condivisa; è dunque nei piccoli gesti quotidiani, ormai quasi dimenticati, che va cominciato di nuovo il lavoro di consapevolezza genitoriale. Chi di noi non ha un ricordo d'infanzia di affetto materno o paterno vissuto nel proprio luogo d'origine? Anche un solo modello positivo, una volta destrutturato e consapevolizzato, si fa esempio di imitazione costruttiva da trasmettere alle generazioni.

Il valore della condivisione delle parti è una necessità irrinunciabile. Il valore della genitorialità va ricercato e ritrovato in controtendenza al fenomeno dell'individualismo, che mira ad esaltare la libertà come individualità, emarginando la libertà come risorsa relazionale. Perciò si sta assistendo a un crescente disagio che, nello stesso tempo, genitori e figli provano nei confronti dei legami che creano vincoli, impegno costante, responsabilità, fatica e doveri reciproci.

³² Sartorio, *Il ruolo del Giudice nelle cause di separazione e divorzio ad alta conflittualità*, in Giommi (a cura di), *Il trauma delle separazioni difficili* cit., 105-121.

Eppure il legame familiare e sociale ha una grande capacità terapeutica in grado di sopperire a carenze relazionali, di lenire drammi affettivi, ripristinando quella fiducia in grado di produrre maggiore sicurezza, speranza, apertura e capace di guarire anche le paure di abbandono che accompagnano indistintamente genitori e figli.

Quali gesti di apertura o di chiusura i genitori hanno saputo, per esempio, trasmettere ai propri figli? Quali testimonianze di volontà dialogica hanno voluto dimostrare? Quali progetti, piccoli o grandi, hanno dichiarato di voler attuare per mettere in gioco le forze di tutti? Occorre riconoscere uno spazio per comunicare, ma *in primis* serve la volontà di lavorare a un progetto comune.

Non c'è una stanza precisa deputata alla comunicazione dove ciascuna coppia di genitori, tra loro, o con i figli, metta in atto tutto questo, ma è del tutto naturale che un luogo più di un altro sappia far scorrere meglio il dialogo.

Un ulteriore ostacolo è il tempo, poiché in una società come la nostra, per l'appunto avida di tempo, impedisce la possibilità di trovare occasioni di condivisione e dialogo. Creare lo spazio, il tempo, l'occasione e la libertà intima tra genitori e figli, è dunque la sfida culturale e sociale più difficile per iniziare o continuare a valorizzare la genitorialità.

Ma *“tutti i valori – come ha osservato Georg Simmel – sono ‘preziosi’ nella misura in cui vengono scelti ‘rinunciando ad altri valori’”*³³. Perciò anche il valore della comunicazione genitoriale, se prima era inesistente o inefficace, deve passare attraverso la revisione delle regole stesse della comunicazione per poter ripartire: come ascoltare, come dirsi tutto senza ferire, come interiorizzare le motivazioni dell'altro, come saper scandire il dialogo, come giungere a decisioni di coppia genitoriale. Tale approccio può sembrare improntato su riflessioni di carattere psicologico. In realtà si fa leva sia sulle capacità della psiche, sia sulla gestione dei sentimenti (attraverso le categorie di base: rabbia, paura, tristezza, gioia), sia sull'emozionalità, mettendo in campo anche la memoria esperienziale genitoriale.

La genitorialità non è già data, ma si crea e ricrea strada facendo. La genitorialità non è un concetto che va soltanto pensato, ma va anche messo in atto; essa va costruita, conservata, e sempre più spesso riparata e ravvivata.

La genitorialità non va sostituita dal servizio sociale, dalla mediazione familiare o dalla terapia individuale o di coppia, ma va valorizzata.

Il suo divenire, se non è già presente nel genitore attento ed educatore, è generatività che sarà così percepita già nell'acquisizione di fiducia dei genitori e dei figli.

Il messaggio che passa attraverso la generatività è *“costruzione”*, non *“demolizione”*; è inizio, non fine; è fortificazione, non indebolimento; è maturazione, non regressione, per tutti i soggetti partecipanti. Questo perché anche la genitorialità ha uno *stile pubblico* e uno *stile privato*, domestico. I servizi offerti al sostegno genitoriale lavorano dichiaratamente sullo stile pubblico del genitore, ma ciò che avviene nello stile domestico-privato del genitore è una consapevolezza che deve maturare nella persona stessa quando individua il corretto ruolo genitoriale.

Il valore della genitorialità unisce i due stili, e quando è presente la coscienza genitoriale che valorizza la figura genitoriale, allora, e solo allora, anche il servizio esterno offerto alla famiglia diviene efficace.

Come la farina e l'acqua, mescolate assieme, danno il pane, così anche la coppia di genitori che dichiarano il proprio impegno di responsabilità congiunto fa della genitorialità un *pensato* e un *agito*. Questo agito (ovvero l'insieme delle azioni finalizzate alla sana e corretta crescita del figlio) diverrà capitale sociale circolante di cui potranno usufruire direttamente i loro figli, assieme all'ambiente sociale di cui fanno parte.

Ciò sarà ancor più necessario nelle situazioni di monogenitorialità, poiché proprio questa generatività di sostegno e responsabilità saprà valorizzare l'*assenza* dell'altro coniuge come *presenza positiva*, sebbene questo processo debba avvenire attraverso un lungo percorso di interiorizzazione dell'*altro-assente* come figura positiva.

³³ Simmel, cit. in Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 132. Vedi anche Simmel, *Il conflitto della cultura moderna e altri saggi*, Roma, 1976.

La genitorialità come *stare dentro* oltre che come *essere* genitore è una prova di fatica ed errori, di riso e di pianto, di forza e di abbandono, dove la parola da non perdere mai di vista è la fiducia e dove gli aiuti esterni offerti al sostegno alla genitorialità non devono risultare né troppo forti né assorbenti. Questo per poter favorire una crescita continua in divenire, per realizzare nelle varie stagioni della vita un sempre nuovo progetto.

In genere si considera la famiglia il luogo eletto della genitorialità. Nel caso delle famiglie separate, occorre risignificare i due concetti e, in assenza di tale ordine, ripensare la genitorialità stessa come il luogo della famiglia. Ogni genitore è il luogo eletto della famiglia, è egli stesso casa, dove non vi deve essere spazio né per l'orgoglio, né per il ricatto e neppure per il dubbio.

La scommessa della genitorialità dell'uno deve essere la scommessa dell'altro, per il bene maggiore che è sempre il figlio. Questo lavoro non risulta immediato, tanto più nelle separazioni difficili, nei legami disperanti, nell'abbandono delle responsabilità genitoriali, o in presenza di lotte giudiziarie tra ex coniugi o ex conviventi che fanno perdere di vista ogni equilibrio di tipo genitoriale. La presenza di una sofferenza, o di una cicatrice troppo forte per affrontare questo lavoro, è il prezzo da pagare nell'immediato. Ma, nel tempo, deve essere affrontato.

È necessario che tale processo avvenga con il coraggio di gettare lo sguardo "oltre": oltre le offese, oltre le ingiustizie, oltre le apparenze, oltre il buio nel quale la vita familiare, di madri, padri e figli, è sempre più immersa.

Anche perché *"la famiglia è soltanto il luogo e non la causa dei conflitti"*³⁴ e pertanto, una volta riequilibrato il luogo del conflitto (la casa, la coabitazione eccetera), occorre gestire il conflitto e salvaguardare la genitorialità indirizzandola nella forma di senso della generatività.

Per custodire le nuove generazioni dei figli di oggi, occorre mettere da parte indifferenza, ipocrisia e stanchezza. Talvolta sono proprio gli *"agenti esterni"* che interferiscono nelle decisioni o nelle difficili dinamiche genitoriali che portano a tali condizioni. La responsabilità richiesta ai genitori va richiesta anche alle istituzioni.

Va proposto un cammino di formazione educante anche agli operatori di tutta la piramide processuale, in virtù della coerenza della giusta linea di condotta. La corresponsabilità va richiesta a tutti i soggetti coinvolti: dai genitori ai figli, dagli avvocati ai giudici, fino agli operatori dei servizi pubblici e privati.

Questo per un bene maggiore, per far sì che ai figli, ai quali oggi cerchiamo di non far mancare qualcosa, domani non manchi invece qualcuno.

*Quando i genitori fanno troppo per i loro figli,
i figli non faranno abbastanza per se stessi.*

Elbert Hubbard, da *The Notebook*

³⁴ Beck, Beck-Gernsheim, *Il normale caos dell'amore* cit., 42.

I VINCOLI TRA GENITORI E FIGLI: LO SVILUPPO DELLA PERSONALITÀ DELLA PROLE NELLA RELAZIONE COOPERATIVA E RESPONSABILE DEL “NUCLEO FAMILIARE”. LA QUESTIONE DEL LIMITE AL DIRITTO DEI FIGLI ALLA BIGENITORIALITÀ



Vilma Cerniglia

Avvocato del Foro di Palermo

La disciplina sostanziale e processuale della l. 54/2006 si applica a tutti i rapporti tra genitori e figli dopo la disgregazione del matrimonio e dopo la fine della convivenza di fatto, essendo l'essenza della disciplina costituita dalla rilevanza giuridica delle relazioni tra genitori e figli.

La legge sull'affido condiviso non solo esprime il diritto fondamentale dei figli alla bigenitorialità, ma afferma contestualmente il principio che la coppia genitoriale, in quanto tale, non può separarsi. Due sono i principi affermati dalla legge: il primo, il diritto inviolabile del minore a ricevere l'educazione da parte di entrambi i genitori; il secondo, quello di non sopprimere il diritto-dovere (*munus*) di entrambi i genitori di educare i figli e di consentire, a entrambi, di svolgere responsabilmente la propria funzione genitoriale.

Detti principi (alla bigenitorialità riconosciuta ai figli e alla corresponsabilità educativa dei genitori verso i figli) trovano un fondamento costituzionale negli articoli 2, 3 e 30 Cost., in quanto sono orientati al pieno sviluppo della personalità dei figli attraverso l'educazione e la cura degli stessi. Di conseguenza, il legislatore non soltanto ha riconosciuto ai figli il diritto assoluto e inviolabile alla cura e all'educazione da parte di entrambi i genitori, ma altresì che questi ultimi hanno non solo il dovere irrinunciabile all'educazione dei propri figli, ma anche il diritto a non essere privati della propria funzione educativa senza gravi e giustificati motivi, anche dopo la separazione coniugale. Si può dunque affermare che l'affido esclusivo a uno solo dei genitori, dopo la separazione, appare in contrasto con i principi citati.

Pertanto, sembra evidente che la questione relativa alla bigenitorialità si estende oltre l'ambito privatistico in quanto, costitutivamente, implica beni, valori e diritti di carattere pubblicistico, garantiti e tutelati dalla Costituzione: innanzi tutto il diritto del minore all'educazione e, di conseguenza, la stessa portata del processo di elaborazione del progetto educativo. Questo, infatti, è ordinato a sviluppare le qualità necessarie all'esercizio dei propri diritti e all'adempimento dei propri doveri che definiscono lo *status*, nella sua organicità complessiva, di cittadino che vive integrato, con gli altri consociati, nel territorio della Repubblica.

Gli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione fanno riferimento a un progetto educativo che si realizza attraverso un complesso e delicato percorso per acquisire le capacità adeguate al legittimo esercizio dei diritti fondamentali e all'adempimento dei doveri inderogabili sanciti nella Costituzione stessa. In altri termini, il progetto educativo implica un processo di formazione di una personalità capace di vivere l'integrazione nella dinamica sociale: di tale progetto sono responsabili entrambi i genitori, anche nelle ipotesi di separazione e divorzio degli stessi.

Dall'analisi del dato normativo emerge che la legge n. 54 ha riconosciuto il principio della bigenitorialità sotto un duplice profilo:

- 1) quello del diritto dei figli di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, al fine di ricevere *cura, educazione e istruzione* (art. 155, 1° co.);
- 2) quello della qualificazione giuridica della potestà genitoriale come potestà inerente a diritti in-

disponibili dei figli¹, che il legislatore imputa ad ambedue i genitori e che, concretamente, deve essere responsabilmente esercitata sia dall'uno, sia dall'altro (art. 155, 3° co.).

Si tratta di un riconoscimento che discende tanto dai principi fondamentali della Costituzione, quanto dalle norme specifiche relative alla famiglia previste dalla stessa.

La rilevanza del riconoscimento operato dal legislatore ordinario riguarda il mantenimento e l'applicabilità di tale principio anche nelle ipotesi di separazione e divorzio². Sicché, per comprendere la problematica connessa all'applicazione di tale principio nel diritto vivente, occorre rintracciare le connessioni esistenti tra differenti procedimenti che lo includono al loro interno. Ciò in quanto, in mancanza di accordi tra genitori, è il giudice il soggetto pubblico che deve porre in essere non soltanto provvedimenti puntuali che consentano l'esercizio della potestà genitoriale bilaterale, ma altresì un piano complesso³ finalizzato al perseguimento degli interessi morali e materiali della prole comune (art. 155, 2° co.). Pertanto, la legge affida al giudice una potestà, sostitutiva di quella spettante ai genitori, che deve esplicarsi per la realizzazione della cura e dell'educazione dei figli al fine di garantire e tutelare l'interesse morale e materiale degli stessi, per il pieno sviluppo della loro personalità (art. 3, Cost.) e nel pieno rispetto delle inclinazioni e delle capacità di ciascuno, in aderenza al principio fondamentale riconosciuto e garantito dalla Costituzione relativo alla dignità di ciascun uomo (art. 2, Cost.)⁴.

Com'è evidente, si tratta di un compito sostitutivo di una potestà che nasce e si sviluppa all'interno di ogni nucleo familiare, articolato e fondato sulla partecipazione e cooperazione di differenti soggetti che ruotano intorno alla nuova famiglia (ascendenti di entrambi i genitori, familiari colla-

¹ In assenza di situazioni di pregiudizio del minore o di altre circostanze ostative all'applicazione dell'affido condiviso, vertendosi in materia di diritti indisponibili del minore, deve essere disatteso l'accordo con cui i genitori abbiano stabilito l'affidamento della prole a uno solo di essi. In tal senso, Tribunale di Bologna, 22 maggio 2006, n. 1210.

² In tema di affidamento condiviso, la legge di riforma ha inteso prevedere come regola generale e prioritaria il diritto dei figli alla bigenitorialità, prescindendo dai conflitti accertati giudizialmente intercorrenti tra i coniugi. Sicché la mera conflittualità coniugale non è di per sé ostativa all'affidamento condiviso, poiché l'interesse del minore è nel senso di conservare rapporti significativi con entrambi i genitori anche dopo la separazione degli stessi. Anzi, la stessa manifesta esistenza di una conflittualità tra i genitori, pur impedendo il mantenimento della convivenza, tuttavia non elimina la responsabilità degli stessi alla riorganizzazione dei rapporti tra i singoli genitori e i figli nell'esclusivo e primario interesse degli stessi. Infatti, la finalità dell'affidamento condiviso è di ridurre la conflittualità interna alla coppia, attraverso l'eliminazione delle rivendicazioni sui figli, strumentali ad acuire la conflittualità coniugale, imponendo alle parti la ricerca del perseguimento dell'interesse della prole e una responsabilizzazione della coppia stessa volta a ricercare un nuovo assetto di riorganizzazione delle relazioni genitori-figli, superando la conflittualità coniugale nell'interesse materiale e morale dei figli stessi. Tale scopo del principio della bigenitorialità può contribuire al superamento della conflittualità e al recupero di un clima di armonia di cui i figli sono i primi beneficiari. In altri termini, l'elaborazione giurisprudenziale, sulla base dell'esperienza formatasi con la precedente disciplina normativa, ha riconosciuto che le controversie relative all'affidamento monogenitoriale acuiscono la conflittualità della coppia utilizzando, strumentalmente, l'inidoneità dell'altro genitore all'affidamento esclusivo. In tal senso la giurisprudenza è costante. In particolare si vedano: Cass. n. 1659/2008; Tribunale di Bologna, sent. 24 novembre 2006, n. 2683 (estensore Costanzo); Tribunale di Messina, ord. 13 dicembre 2006 (estensore Lombardo); Tribunale di Potenza, 7 aprile 2008, in *www.affidocondiviso.it*

³ L'affidamento condiviso presuppone la ripartizione di compiti e responsabilità nella gestione del figlio tale da realizzare un bilanciamento delle sfere di competenza di ciascun genitore. Ne discende, quindi, la necessità che ciascun genitore operi direttamente per la cura del figlio e coordini con l'altro le varie fasi del progetto educativo, esplicitando le mansioni che ognuno è disposto a svolgere d'intesa con l'altro e i compiti specifici in una condizione tendenzialmente paritaria. La Corte d'Appello di Bologna ha disposto l'affidamento esclusivo delle figlie alla madre per la totale mancanza di elaborazione di un progetto educativo da parte del genitore non convivente con le figlie, che indicasse, anche a grandi linee, le modalità attraverso le quali egli avrebbe inteso concretizzare la divisione dei compiti, i tempi e le modalità di permanenza delle bambine presso di sé nonché il modo in cui avesse ritenuto di dover dedicare alle figlie cura, educazione, istruzione, in base ai propri impegni lavorativi, alla situazione abitativa, alle necessità personali. Così, App. Bologna, sent. 8 gennaio 2007, n. 36.

⁴ I provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento (cura ed educazione) possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo ed emessi anche d'ufficio, dopo l'assunzione di mezzi di prova disposti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice (Cass. n. 17043/2007). Un tale potere del giudice si pone in deroga alle regole generali sull'onere della prova, poiché attribuisce al giudice poteri istruttori che non sono rivolti alla tutela degli interessi delle parti del processo (i genitori), ma nell'esclusivo interesse morale e materiale dei figli, che è l'oggetto sostanziale del giudizio. Si tratta, pertanto, dell'attribuzione al giudice di una particolare funzione pubblicistica (Cass. civ., sez. I, 28 agosto 2006, n. 18627), fondata sull'attribuzione di penetranti poteri conoscitivi della realtà fattuale, che determina la conseguenza che il giudice fonda i suoi poteri decisionali ancorandoli a un'adeguata verifica delle condizioni patrimoniali dei genitori e delle esigenze di vita dei figli. Conoscenza che è accertabile altresì, per esempio, con il potere di ascoltare direttamente i figli, anche senza la presenza dei genitori, ove ciò risulti adeguatamente motivato. Principio consolidato: si veda Cass. n. 15065/2000; Cass. n. 27391/1995.

terali dei due rami del nucleo familiare, affini legati da vincoli significativi nei confronti della nuova coppia e dei figli).

Questa complessa potestà genitoriale è, nella realtà, il frutto del contributo partecipativo di una molteplicità di soggetti che cooperano alla cura e all'educazione dei figli, il cui orientamento è imputabile ai genitori, ma che si arricchisce del contributo di tanti altri soggetti legati da vincoli di familiarità.

Di conseguenza, nelle ipotesi di conflittualità inerenti la cura e l'educazione dei figli, tale compito viene affidato dalla legge a un unico soggetto: il giudice. Questi deve provvedere all'elaborazione di tanti piani educativi, differenziati e personalizzati, quanti sono i figli delle coppie in conflitto che decidono di interrompere il legame coniugale e che, a causa della conflittualità coniugale, non riescono a raggiungere degli accordi per un progetto educativo condiviso.

È di tutta evidenza la difficoltà intrinseca all'esercizio di una tale funzione.

Pertanto, sembra significativo sottolineare quali sono i vincoli cui è sottoposto il giudice al fine di evitare l'arbitrio dello stesso in un delicatissimo tema che si interseca intimamente con i diritti fondamentali dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si estrinseca la sua personalità (art. 2 e 30 Cost.).

I vincoli emergono in modo particolarmente incisivo, sia dalle disposizioni della legge ordinaria, sia dalle disposizioni costituzionali (tutela dei diritti fondamentali e giusto processo).

Il giudice, in primo luogo, prima di provvedere in mancanza di accordi tra i genitori, deve conoscere, prendere in considerazione e valutare i seguenti indicatori o criteri di massima previsti dalla legge:

- 1) le attuali esigenze dei figli;
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

Dall'analisi di tali vincoli legislativi specifici per l'esercizio della funzione decisionale del giudice si deduce che questi non ha il potere pubblicistico di emanare singoli provvedimenti puntuali di carattere statico e definitivo, ma gli è attribuita una funzione, in un certo senso, pianificatoria inerente alla cura e all'educazione dei figli.

Ora, è proprio degli atti di durata, con carattere intrinsecamente relazionale tra persone, beni e interessi, l'inclusione negli stessi di un elemento insopprimibile di trasformazione continua⁵. Carattere, questo, di chiara evidenza quando si pensi alla cura e all'educazione del neonato-bambino⁶.

⁵ Sotto tale profilo appare di particolare significato l'interpretazione ambivalente della giurisprudenza del giudice di legittimità in ordine al ricorso per Cassazione *ex art.* 111 Cost. Secondo un primo orientamento, è inammissibile il ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., trattandosi di provvedimenti che sono privi del carattere della decisorietà e della definitività, in quanto modificabili in ogni momento, e, pertanto, sono insuscettibili di passare in giudicato. Un diverso orientamento della Cassazione sostiene, viceversa, la ricorribilità ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso il decreto pronunciato dalla Corte d'Appello in sede di reclamo contro il provvedimento del Tribunale in materia di modifica delle condizioni di separazione dei coniugi concernenti il mantenimento dei figli, l'affidamento e i rapporti con il genitore non affidatario, in quanto la decisione sulla domanda con le forme del procedimento camerale fa escludere l'ammissibilità del ricorso ordinario (art. 360 c.p.c.), ma non incide sulla natura contenziosa del procedimento, che ha ad oggetto diritti soggettivi ed è definito con un decreto che, nonostante sia modificabile in ogni tempo, ha natura sostanziale di sentenza e carattere decisorio e definitivo, dato che la definitività va riferita alla situazione esistente alla data della decisione (Cass. n. 25619/2007 e n. 18627/2006). Occorre rilevare che le due diverse interpretazioni hanno un comune elemento significativo al fine di comprendere la funzione del giudice nei procedimenti connessi con la questione dell'affidamento condiviso: i provvedimenti del giudice hanno la caratteristica di essere continuamente modificabili in relazione all'interesse dei figli. Pertanto, tutti gli strumenti giuridici (anche di natura processuale come il ricorso per Cassazione) sono ordinati alla tutela di tale superiore interesse rispetto alle pretese vantate dai genitori in conflitto.

⁶ Sono particolarmente significative tutte quelle sentenze che, applicando il primo criterio individuato dall'art. 155, 4° co., punto 1, del c.c., relativo alle *"attuali esigenze dei figli"*, fanno riferimento alla funzione che svolge l'assegnazione della casa familiare, il godimento della quale *"è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli"* (art. 155 *quater*). *"L'assegnazione della casa familiare"* svolge la funzione essenziale di assicurare ai figli minori e al genitore prevalentemente convivente *"la continuità integrale con l'ambiente domestico"*, nel quale si sono instaurate quelle relazioni affettive indispensabili alla crescita ar-

adolescente-giovane-uomo (non ancora autosufficiente e convivente con un genitore)⁷.

Di conseguenza, il piano educativo, che il legislatore impone al giudice di porre in essere, contiene al suo interno un processo di adeguamento continuo ai bisogni reali che emergono nello sviluppo della vita sia dei figli, sia dei genitori stessi. Non si tratta di porre in essere provvedimenti definitivi e statici, in quanto ciò contrasta non solo col dettato normativo, ma soprattutto con l'intrinseca dinamicità storica della stessa vita familiare.

Posto che tali osservazioni sembra non possano essere revocate in dubbio, rimane la questione giuridica prima prospettata: quali sono gli strumenti giuridici previsti dal legislatore affinché il giudice possa, nel sostituirsi ai genitori, svolgere la funzione di soggetto che pone in essere un progetto di riorganizzazione delle relazioni genitori-figli, in costanza di separazione o divorzio?

Un percorso praticabile sembra essere quello di considerare i profondi nessi integrativi tra i diversi procedimenti che hanno come oggetto la cura e l'educazione dei figli. Ciò in quanto, da tale integrazione, emergono i vincoli giuridici per l'esercizio della funzione del giudice in ordine ai caratteri della funzione conoscitiva. Questa è sottoposta ai vincoli derivanti dai principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità connessi alla complessità della funzione educativa, che il legislatore attribuisce al giudice in funzione sostitutiva dei genitori che, a causa della conflittualità coniugale, non riescono a raggiungere accordi adeguati all'attuazione del principio della bigenitorialità.

Gli elementi fin qui descritti consentono di enucleare tre caratteri generali delle decisioni del giudice relativi alla regolamentazione dell'affidamento dei figli ai genitori ovvero a un singolo genitore.

In primo luogo, la rilevanza giuridica della dimensione fattuale. In secondo luogo, la rilevanza giuridica della dimensione temporale. In terzo luogo, la rilevanza giuridica della dimensione istituzionale connessa alla tutela degli interessi specifici, materiali e morali, nella cura e nell'educazione dei figli.

Sottolineare il criterio integrativo tra tali caratteri consente di cogliere con maggiore evidenza la funzione del giudice nello svolgimento della sua funzione globalmente considerata, quando si tratti di assumere decisioni di durata nei confronti dei figli di genitori in corso di separazione o divorzio.

I provvedimenti del giudice sono considerati dalla legge n. 54/2006 come decisioni temporanee, in quanto occorre fare riferimento a un'analisi globale che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, manifestantesi nel farsi concreto delle relazioni genitori-figli, per un armonico sviluppo della personalità della prole, attraverso la cooperazione di ciascun genitore.

Ciò significa che l'assetto degli interessi, regolamentato da ogni provvedimento giudiziale, è ritenuto alterabile dalle concretizzazioni parziali, succedutesi nel tempo, e dalle differenti realizzazio-

monica dei figli. Tale linea interpretativa è ulteriormente avvalorata dalla sentenza n. 308/2008 della Corte Costituzionale, nella quale i giudici hanno dichiarato incostituzionale l'art. 155 *quater* c.c. nella parte in cui la norma prevede "automaticamente" il venir meno dell'assegnazione nelle ipotesi di convivenza o nuovo matrimonio del coniuge assegnatario. I giudici della Consulta esplicitano che la funzione della casa coniugale consiste nell'attitudine della stessa al mantenimento da parte dei figli di un legame con le cose, evocativo di legami significativi per la crescita degli stessi. Sicché, occorre dimostrare, caso per caso, se la nuova convivenza altera concretamente tali relazioni affettive dei figli con l'ambiente interno alla casa familiare dove sono cresciuti. Soltanto nelle ipotesi in cui tale alterazione dell'*habitat* originario si realizza, a causa della nuova convivenza del genitore cui è stata assegnata la casa familiare, il giudice deve disporre la revoca della stessa. Anche in questo caso il ragionamento della Corte è fondato sulla preminenza dell'accertamento di fatti concreti manifestativi di interessi connessi con la tutela dei beni giuridicamente rilevanti dei figli, sulla valutazione di tali interessi e sulla conseguente scelta adeguatamente motivata.

⁷ Anche la giurisprudenza nei confronti dei figli maggiorenni conviventi, e incolpevolmente non autosufficienti economicamente, chiarisce il significato della funzione della casa familiare. Questa è affidata al singolo coniuge se la convivenza tra questi e il figlio maggiorenne è reale. Viceversa viene revocata se il figlio utilizza la casa soltanto saltuariamente, non stabilmente, come ad esempio, rientrando nella casa familiare soltanto nei fine settimana e occasionalmente. In tali ipotesi, la giurisprudenza esclude il concetto di convivenza e utilizza quello di ospitalità. Cfr. Cass. n. 5857/2007. Sembra opportuno sottolineare che, anche in tali ipotesi, il provvedimento di revoca deve trovare il suo fondamento legittimante in indagini conoscitive dei fatti di realtà, da ponderare ragionevolmente ai fini dell'emanazione del provvedimento di revoca, che deve essere motivato in ordine al venir meno dell'interesse sostanziale del figlio alla casa familiare.

ni, in quanto ogni realizzazione concreta ha l'attitudine a manifestare nuovi e ulteriori bisogni reali dei figli.

Infatti, la concreta attuazione di ogni decisione del giudice comporta un'alterazione non prevedibile in astratto dalle reali interazioni tra i vari interessi e, in specie, di quelli emergenti dalle relazioni familiari.

Sicché, le decisioni del giudice non possono avere altro valore giuridico che quello di regole di base, ordinate alla manifestazione di sempre nuovi interessi concreti connessi con il bene della vita costituzionalmente garantito in tutte le sue declinazioni costituzionali.

Detto in altri termini, l'emersione degli interessi presenti nelle relazioni familiari, caratterizzate da conflittualità, impone al giudice di riconoscere un carattere fondamentale della dinamica della funzione conoscitiva: l'integrazione delle coordinate spazio-temporali.

Infatti, l'emersione degli interessi nello spazio non è statica: nel momento in cui si attualizzano in realtà concrete esprimono nuove e differenti interazioni con altri interessi. Sicché, i medesimi interessi nel momento in cui vengono tradotti in realtà fattuali concretamente presenti nello spazio, diventano il punto di partenza per nuove aggregazioni di interessi in ordine ai beni della vita dei figli, i quali acquistano rilevanza giuridica in momenti temporalmente differenziati.

Ne consegue che il giudice ha il dovere di conoscere e valutare non soltanto l'originario assetto di interessi che ha definito con il primo provvedimento di regolamentazione relativo all'affidamento dei figli, ma anche i nuovi interessi che emergono in seguito all'attuazione dei provvedimenti giudiziali, nel momento in cui si giuridicizzano in nuove domande che contengano nuove ipotesi di regolamentazione delle relazioni genitori-figli. Di conseguenza, il giudice, nello svolgimento della relativa funzione, è vincolato all'intrinseca dinamicità della funzione conoscitiva connessa alla manifestazione di nuovi o ulteriori fatti significativi relativi ai bisogni di cura e di educazione dei figli: fatti che emergono nel vissuto della relazione genitori-figli e che richiedono un continuo adattamento delle regole educative e di cura alla realtà emergente dai fatti concreti giuridicamente rilevanti.

Dall'analisi della normativa e della giurisprudenza emerge con evidenza che i soggetti che hanno la potestà di disciplinare in modo ragionevole, adeguato e proporzionato i bisogni di crescita dei figli in un determinato ambiente e in un determinato spazio sono i genitori che hanno il dovere di svolgere tale funzione in forma partecipativa e cooperativa. Tuttavia, nell'ipotesi in cui le forme della partecipazione e cooperazione risultino alterate dai conflitti interni alla coppia, il fine della condivisione educativa nei confronti dei figli permane: la questione si sposta sui soggetti cui l'ordinamento attribuisce la responsabilità di svolgere tale funzione.

Un carattere sembra accertato: nello svolgimento della sua funzione il giudice si sostituisce ai genitori che non riescono a trovare dei criteri comuni sulla base di un fondamentale principio della funzione genitoriale assegnata al magistrato. Ogni decisione deve essere la conseguenza motivata di una conoscenza dei fatti di realtà che manifestano i bisogni reali ai beni della vita nel pieno rispetto della persona umana che, anche (e soprattutto) per il giudice, rappresenta un vincolo giuridico di rango costituzionale.

Tale vincolo, per il giudice, assume la sua più chiara espressione nell'art. 111 Cost., nel quale il principio della motivazione è ancorato tanto al principio del contraddittorio, quanto al principio della ragionevole durata del processo.

Ciò significa, nell'ambito della questione in esame, che la motivazione del giudice non può limitarsi al mero rispetto delle logiche formali del diritto, ma, includendola, deve superarla attraverso l'uso degli strumenti giuridici che consentono al giudice stesso l'applicazione di una logica ragionevole, che, facendo leva sulla forma, tuteli e garantisca le posizioni giuridiche sostanziali.

Pertanto, l'argomentazione utilizzata nella motivazione deve sempre essere fondata non solo sulla conoscenza dei fatti rappresentati dalle parti in ordine a tutti gli interessi coinvolti nella questione delle relazioni con i figli, ma altresì sulla conoscenza dei fatti di realtà che il giudice può accertare attraverso i più intensi poteri istruttori che la legge n. 54/2006 gli attribuisce (consulenze tecniche, accertamenti della polizia tributaria in ordine alla reale consistenza del patrimonio, prove te-

stimoniali, rinvio a strumenti diversi da quello processuale, con il consenso delle parti, per trovare punti di intesa condivisi)⁸.

La rilevanza giuridica attribuita dalla legge ai poteri istruttori per lo svolgimento di una più adeguata funzione conoscitiva trova il suo fondamento nella necessità del giudice di conoscere i caratteri intrinseci dell'assetto familiare e i caratteri intrinseci dell'ipotesi progettuale sulla quale deve decidere, che determinerà l'effetto giuridico di trasformare l'originario assetto delle relazioni familiari.

Pertanto, dai cenni cui si è fatto riferimento, sembra potersi affermare che l'affidamento condiviso determina non provvedimenti definitivi del giudice, ma provvedimenti strutturalmente aperti a continui adattamenti. Si può dunque sostenere che si tratta di un processo in costante trasformazione per la riorganizzazione di assetti relazionali tra genitori e figli in continuo divenire.

La difficoltà a formulare forme ragionevoli di riorganizzazione di tali relazioni è manifesta tanto nella disciplina legislativa, quanto nell'elaborazione giurisprudenziale.

Un elemento sembra condiviso: la ricerca di moduli convenzionali per raggiungere tale complessa finalità. Il legislatore ne privilegia alcuni: il tentativo obbligatorio di conciliazione nei procedimenti di separazione; la rilevanza attribuita in tutte le norme agli accordi tra i genitori per attuare il principio della bigenitorialità; il rilievo attribuito a formule di mediazione, con la presenza di esperti, quando vi sia il consenso di ambedue i genitori.

Da quanto detto sembra emergere una costante: la necessità di una competenza culturale di tutti i soggetti che si trovano ad affrontare professionalmente le delicate questioni dei conflitti familiari. Le soluzioni esclusivamente giuridiche non sono sufficienti, occorre integrare la stretta competenza tecnico-formale con una competenza culturale capace di dialogare con altre discipline e altre professioni.

L'esperienza professionale, in ordine al tema in questione, dimostra ampiamente quanto, nei conflitti familiari connessi all'affidamento dei figli, i genitori desiderino intensamente la vita affettiva nei confronti dei figli, ma non in quanto manifestazione capace di determinare legami e responsabilità reali, bensì come espressione spontaneistica di un io emotivistico.

Dell'affetto si percepisce l'aspetto attivo ed espressivo, del legame si percepisce l'aspetto vincolante costrittivo: la conseguenza è l'incapacità di gestire una conflittualità tra genitori che diventa distruttiva per i figli.

Si osserva una sofferenza diffusa e un'incapacità progettuale ordinata alla crescita dei figli. Infatti, l'exasperazione di un individualismo autoreferenziale, in deciso contrasto con l'integrazione sociale, ha relegato gli affetti nella sfera dell'episodico e del giuridicamente irrilevante. Ma è di tutta evidenza che, se anche gli affetti nei confronti dei figli non sono concepiti e strutturati entro il legame come suo aspetto significativo, i genitori perdono ogni orientamento realistico e diventano incapaci di esprimere qualsiasi forma di responsabilità, ordinata al bene materiale e morale dei figli stessi.

Una problematica che avvolge questioni di tale delicatezza antropologica giuridica ed esistenziale può trovare negli strumenti giuridici solo una forma di sintesi sussidiaria, ma certamente lo strumento giuridico non è da solo adeguato a risolvere le questioni sottese all'affermazione del principio della bigenitorialità.

Il legislatore, come già ricordato, privilegia tutte quelle formule convenzionali che sono le più praticabili per affrontare in modo significativo la questione della corresponsabilità educativa (o bigenitorialità). E, da quanto accennato in queste brevi note, sembra opportuno ricordare che la funzione del giudice è affiancata strutturalmente a quella degli avvocati familiaristi.

⁸ In tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti *"pregiudizievole per l'interesse del minore"*, con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo in positivo sull'idoneità nei confronti del genitore affidatario, ma altresì in negativo sull'inidoneità educativa ovvero su carenze accertate e dimostrate dell'altro genitore. Tale vincolo particolarmente penetrante dell'obbligo di motivazione esplicita la centralità del processo conoscitivo del giudice nello svolgimento della sua funzione in tema di affido condiviso e l'ancoraggio ai fatti reali delle relazioni genitori figli. In questo senso, Cass. n. 16593/2008.

Pertanto, l'aver esplicitato l'evidenza di un processo sempre aperto al riconoscimento della rilevanza giuridica di tutte quelle formule di riorganizzazione delle relazioni genitori-figli dimostra l'impraticabilità delle categorie giuridiche proprie del processo e la necessità, per l'avvocato familiarista, dell'assunzione della relativa responsabilità professionale secondo la natura e le caratteristiche dell'attività esercitata (art. 1176, 2° co., c.c.).

In questo senso la funzione dell'avvocato familiarista si trova di fronte a una sfida da affrontare abbattendo steccati e formule riduttive, che non possono che acuire ulteriormente la conflittualità. Viceversa, la netta affermazione legislativa del "*diritto dei figli alla bigenitorialità*" implica una sfida di carattere culturale che necessariamente attraversa la responsabilità professionale di ogni avvocato, che affronta questioni connesse ai conflitti familiari, riconoscendo che le questioni patrimoniali sono a volte, o spesso, la maschera subdola di conflitti di ben altra profondità.

Il riconoscimento della necessità di un'apertura ad altre discipline e ad altre professioni, capace di comprendere la complessità contemporanea, individua nell'avvocato familiarista un interlocutore in grado di porsi come punto di riferimento per molti disagi delle relazioni familiari, attraverso un superamento della concezione secondo la quale la sola competenza tecnico-giuridica è adeguata a risolvere la questione affidata alle sue cure.

È necessario che l'avvocato familiarista coltivi sempre più in profondità l'attitudine a cogliere il giuridico dal reale e a giuridicizzare il reale, attraverso un continuo lavoro di integrazione tra interno ed esterno, apparenza e realtà, detto e non detto, per orientare i propri clienti a uscire dal labirinto caotico della loro conflittualità distruttiva, che si riversa inevitabilmente sul pieno sviluppo della personalità dei figli.

AFFIDO CONDIVISO E CONSULENZA TECNICA

Floriana Loggia

Psicologa, psicoterapeuta, specialista in psicologia clinica e terapia familiare, mediatrice familiare, esperta in psicodiagnostica e consulente del Tribunale ordinario di Roma



La riforma introdotta dalla legge 54/2006 in materia di affidamento dei minori ha comportato notevolissime implicazioni non solo teoriche ma, soprattutto, sotto il profilo della sua pratica applicazione. La norma, infatti, nel disporre l'affido condiviso dei figli minori a entrambi i genitori – e non più in via esclusiva a uno solo, come in precedenza – per “*mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi*”, non si è dimostrata risolutiva rispetto al raggiungimento dello scopo ambizioso.

Rilevanti appaiono le difficoltà interpretative, in particolar modo laddove ci si imbatte in situazioni di elevata conflittualità che sono poi proprio quelle che necessitano dell'intervento valutativo dei Consulenti tecnici d'ufficio. Questi ultimi, peraltro, unitamente a tutti gli altri operatori che intervengono sulle famiglie problematiche, hanno dimostrato notevoli resistenze rispetto al repentino cambiamento della consolidata impostazione concettuale, impreparati e sprovvisti ancora degli strumenti necessari per accompagnare le famiglie negli auspicati percorsi della “guarigione” dal conflitto.

Il cambiamento della legge, come detto, ha comportato nel concreto lo stabilire che l'affidamento congiunto, da eccezione, è divenuto repentinamente la regola, mentre eccezione è ora l'affidamento esclusivo. Si rammenta che la vecchia normativa ben prevedeva l'affidamento congiunto (equiparabile all'attuale condiviso), ma la sua applicazione non era mai di fatto contemplata perché ritenuta anche dagli stessi giudici una “utopia”.

L'elevata conflittualità genitoriale, ritenuta un tempo assolutamente ostativa rispetto all'applicazione dell'affidamento congiunto, ora, invece, è da considerarsi una condizione quasi naturale nel percorso per addivenire all'affidamento condiviso.

Si è ribaltato, quindi, l'orientamento teorico sottostante e condizionante la decisione sull'affidamento dei minori, con non poche difficoltà inerenti la piena applicazione della riforma. In effetti, come detto, si riscontrano tutt'ora resistenze mentali da parte degli stessi operatori del settore.

Ovviamente, nulla osta all'applicazione dell'istituto dell'affidamento condiviso quando i genitori si separano consensualmente con la volontà di condividere una genitorialità responsabile, ma ciò sarebbe stato possibile anche prima, stante la previsione della legge. Le difficoltà si riscontrano invece in tutte quelle situazioni in cui i genitori non riescono ad assicurare un regime sostanziale fatto di accordi, in assenza di litigi che coinvolgano i minori. In queste situazioni, infatti, prescindendo dal dettato della norma, era e resta difficilissimo indicare quali debbano essere le modalità di scelta del genitore collocatario o quali debbano essere i tempi di permanenza del figlio con l'uno o l'altro genitore. Questi sono aspetti che sottendono, quasi sempre, interessi economici (assegnazione della casa coniugale e dovere di contribuire al mantenimento) e che vengono implicitamente demandati ai genitori che dovrebbero accordarsi ma che di fatto, di fronte all'impossibilità di un dialogo e al fallimento della storia familiare, entrano in una spirale di maggiore conflittualità.

Così l'organo giudicante, al quale la legge rimanda la decisione in modo quasi totalmente discrezionale, si avvale dei consulenti che, loro malgrado, non possono valutare e giudicare con serenità. Si assumono, infatti, le responsabilità del futuro di una famiglia in un momento così altamente

patologico con la cosapevolezza, da un lato, dell'ingresso di una normativa che suggerisce l'affido condiviso in via primaria; dall'altro, del fatto che la scelta del genitore collocatario debba ricadere in via preferenziale sempre sulla madre a causa di un retaggio culturale ancora non superato.

La norma esalta la *"bigenitorialità"*, la *"biparentalità"* e la *"paritaria dignità genitoriale"*, principi questi che rappresentano più l'esigenza di un cambiamento intellettuale e di un adeguamento agli orientamenti normativi a livello europeo e internazionale, che la raffigurazione di una reale e profonda trasformazione culturale dalla quale siamo ancora purtroppo lontani. Si tratta, infatti, di principi basati su una "cultura" della genitorialità distante dalla nostra realtà sociale, tale da consentire il superamento della conflittualità a favore di una genitorialità condivisa.

Tutto ciò fa di questa legge una riforma quasi "manifesto" apprezzabile nella sua astratta teoria, ma difficilmente applicabile appieno anche a causa delle inadeguatezze e carenze sia dell'amministrazione della Giustizia sia delle strutture sociosanitarie che dovrebbero sostenere le famiglie e i genitori verso la piena realizzazione dell'affidamento condiviso, quali: i Servizi sociali, i Centri per la famiglia, i Centri di mediazione pubblici, con operatori nel numero sufficiente e realmente formati nelle specifiche discipline per potere intervenire nel modo più corretto, tempestivo e preventivo.

È esperienza comune ormai, a distanza di quattro anni dalla riforma, che il solo fatto di stabilire nelle cause giudiziarie l'affidamento condiviso non migliora automaticamente le situazioni di eccessiva conflittualità fra i genitori, ma anzi le peggiora se la famiglia non è adeguatamente sostenuta e non ha già effettuato un percorso di mediazione.

Le situazioni più complesse, nelle quali i coniugi si contendono l'affidamento o il collocamento dei minori – che come noto sottende anche l'assegnazione della casa coniugale –, vengono per lo più sottoposte alla valutazione del consulente tecnico, con la speranza, da parte del giudice, che questi abbia gli strumenti idonei ad assumere le migliori decisioni.

Diversamente, i limiti del lavoro del consulente tecnico d'ufficio sono talora insuperabili. Tra questi ci si è già espressi rispetto alla riserva sul legame a un "modus operandi" che ha caratterizzato il loro lavoro per tanti anni.

Infatti, se da un lato in questo primo periodo d'applicazione della norma c'è stata una grande adesione dei tecnici alla volontà di realizzazione la finlità normativa, concludendo gli stessi le proprie consulenze peritali con un consueto suggerimento dell'affido condiviso (anche in casi piuttosto discutibili), dall'altro, il criterio di scelta del genitore collocatario (con tutte le conseguenze che tale decisione comporta) pare non avere subito nessun tipo di cambiamento, restando insensibile alla introdotta riforma e a tutte le indicazioni in essa contenute. È innegabile, infatti, che la "madre" resti in ogni caso e comunque la "scelta obbligata" come genitore convivente.

I consulenti, nel tentativo di non uscire dall'ambito della legge e, soprattutto, non riuscendo a conciliare il vecchio con il nuovo, talora conoscendo anche le tendenze dei giudici che gli conferiscono l'incarico, possono pervenire ad esiti che rappresentano un cambiamento solo di facciata: sostituendo l'affidamento esclusivo con il collocamento prevalente e disciplinando la frequentazione tra il minore e il genitore non collocatario (generalmente il padre) in modo del tutto analogo a quello adottato in caso di affidamento esclusivo.

Ancora oggi, la concezione socioculturale dei professionisti del settore, a parere di chi scrive, rimane ancorata all'idea per cui un minore debba stare principalmente con la madre o, comunque, che sia necessario limitare la frequentazione dell'altro genitore.

Ciò ha portato i tecnici a uniformare situazioni molto diverse tra loro, operando una sconsiderata negazione e semplificazione della grande complessità sottostante le rotture familiari, "forzando" talora le parti a trovare un accordo senza considerare che è stata proprio la mancanza di condivisione fra i coniugi il principale fattore di crisi matrimoniale.

Volendo poi trattare, senza presunzione di esaustività, solo alcuni dei temi più pratici e specifici del consulente, può farsi riferimento, in primo luogo, al problema dell'adeguatezza della formulazione del quesito del giudice.

Il quesito, come noto, è vincolante per il consulente e come tale deve essere proposto a seguito di un'approfondita conoscenza delle dinamiche e delle storie familiari. Esso invece si riduce, per lo più, a un ciclostile standardizzato, e talora irrispettoso, della complessità di alcune situazioni che,

solo successivamente, il consulente può accertare. Il giudice generalmente richiede al proprio perito di *“indicare, tenendo conto del principio della bigenitorialità, che può essere derogata solo in caso di effettivo pregiudizio, le migliori condizioni di affidamento e frequentazione con il genitore non convivente, tenuto conto delle richieste delle parti a riguardo”*.

Fermo restando l'affidamento condiviso, quindi, l'esperto deve esprimersi sul collocamento e la frequentazione del minore con il genitore non convivente, decisioni queste, come ribadito, che sottendono questioni economiche legate all'assegnazione della casa e al dovere di contribuire al mantenimento.

Ebbene, nella prassi, esiste una grande incoerenza rispetto ai criteri utilizzati dai tecnici nel decidere quale debba essere il genitore collocatario. Di fatto, volendo assecondare *funditus* lo scopo della norma, a parità di condizioni di capacità genitoriali e garanzie per il minore, il collocamento di quest'ultimo dovrebbe essere garantito presso il genitore che maggiormente agevola la frequentazione e la continuità del rapporto con l'altro, senza tener conto se questi sia il padre o la madre. Altra incoerenza si palesa nel voler garantire a tutti i costi la cornice dell'affidamento condiviso, anche in quei casi di inidoneità di uno dei genitori. Non è raro, infatti, trovarsi di fronte a tecnici, pur di provata esperienza che, in maniera più o meno elegante, provano a districarsi tra le evidenti risultanze dalle valutazioni psicodiagnostiche che negherebbero la possibilità dell'affido condiviso, e la determinata volontà di applicarlo. Se a questo si aggiunge la tendenza a non voler deludere le malcelate aspettative dei giudici e l'attitudine di sollevarsi dalle responsabilità che una presa di posizione forte o controcorrente potrebbe causare, ci si rende conto in che sorta di incastro è costretto a muoversi il consulente nel valutare situazioni che meriterebbero, al contrario, un'analisi del reale interesse del minore serena e scevra da qualsiasi condizionamento.

Ed ecco che nell'attuale situazione non è infrequente leggere elaborati peritali con indicazioni estremamente contraddittorie e impraticabili, come ad esempio nel caso di padri che, pur non potendo frequentare liberamente i figli per ritenuta inidoneità – e dunque obbligati a incontrarli una volta alla settimana sotto la sorveglianza dei servizi sociali –, mantengono comunque il “titolo” di genitore coaffidatario e hanno quindi il diritto di “decidere” sulle questioni più importanti relative alla crescita dei figli stessi, con tutte le conseguenze conflittuali che ciò può comportare. Di contro è possibile riscontrare situazioni in cui le madri – pur valutate con disagi psicologici, e con difficoltà a rapportarsi in modo “sano” con i figli e incapaci di preservare la figura dell'altro genitore –, rimangono comunque collocatarie e incidono, di fatto, sul rapporto tra padri e figli.

Per evitare tali situazioni dannose, coloro che vengono chiamati di fronte al giudice per giurare e assumere un incarico di tale responsabilità dovrebbero espletare il proprio mandato in modo scientificamente coerente, cioè sulla scorta della propria osservazione clinica, e scevro da ogni sorta di condizionamento.

Il professionista non può, inoltre, perdere di vista la natura e l'obiettivo del proprio lavoro, principalmente di osservazione e valutazione, senza pretendere di risolvere effettivamente in prima persona i problemi: pur dovendo suggerire le diverse modalità e tecniche risolutive, l'esperto deve preoccuparsi di valutare il sistema familiare solo per sostenere il giudice nelle sue decisioni finali che sono legate anche alla fattibilità delle stesse (monitoraggio dei Servizi, mediazione familiare eccetera).

Diversamente, capita di assistere allo stravolgimento della vera attività del consulente d'ufficio, il quale, non potendo uscire dall'“incastro” nel quale si viene a trovare, finisce talvolta per modificare, anche suo malgrado, il proprio mandato, tralasciando sempre più l'osservazione clinica, la valutazione della qualità dei rapporti, i reali criteri per valutare “oggettivamente” chi sia il miglior genitore collocatario o il genitore che non ha idoneità all'affidamento.

La diagnosi certa è divenuta ormai una rarità mentre sempre più, come accennato, si vedono consulenti impegnati a far trovare un accordo ai genitori, nella speranza di conciliare tutti gli “interessi” in gioco, compresi quelli relativi al proprio ruolo.

Tale tendenza, che in talune situazioni potrebbe aiutare la famiglia, superata la fase critica, a trovare un equilibrio rispetto agli accordi sottoscritti, è, di contro, particolarmente rischiosa per tutte quelle situazioni nelle quali la rottura del legame ha slatentizzato sindromi psicopatologiche in quei

soggetti, ritenuti in precedenza normali, che erano tenuti in fase di compenso dal rapporto di coppia. Il discorso si complica nel caso in cui a disturbi preesistenti, sia che fossero stati diagnosticati o meno, si va a sommare l'effetto "dissestante" della separazione. In tutti questi casi, definibili "disturbi di adattamento" all'evento separativo, possono subentrare "forme maligne" di separazione, nelle quali i figli sono strumentalizzati e inseriti appieno nel conflitto coniugale, con gravissimi danni.

Infatti, il rafforzamento operato dalla riforma rispetto alla posizione dei figli minori, riconoscendo il peso delle loro opinioni ogni qual volta ne sia disposto l'ascolto – che ora è previsto al compimento di dodici anni e "*anche di età inferiore ove capace di discernimento*" –, ha determinato un tentativo costante da parte dei genitori di condizionare i figli minori nell'*iter* giudiziario al fine di ottenere egoisticamente un esito favorevole.

Al riguardo, si pensi all'aumento della Sindrome di Alienazione Genitoriale (PAS), così definita dallo psicologo forense Richard Gardner)¹ per descrivere il comportamento di un figlio che, nel contesto della separazione genitoriale, diventa ipercritico e denigratore nei confronti di uno dei genitori per l'influenza dell'altro che lo ha indottrinato in questo senso. Questi bambini, definiti "programmati"², finiscono per dare un contributo attivo, mostrando astio e disprezzo ingiustificato e continuo verso il genitore alienato; astio e disprezzo originati da un'alleanza con il genitore alienante.

Riguardo l'espletamento delle consulenze, anche di fronte alla trattazione di questo delicatissimo tema, spesso i tecnici affrontano l'argomento in modo completamente difforme, non attribuendo alla PAS la sua reale portata di patologia o non riconoscendola affatto, o confondendo comportamenti che, al contrario, potrebbero rientrare in una situazione di "normalità". In entrambi i casi rischiano di non suggerire al giudice le informazioni adeguate per prendere decisioni a tutela dei minori coinvolti.

Tra i fattori che possono ostacolare il tecnico nella formulazione della diagnosi di PAS ritroviamo, ancora, purtroppo, una misconoscenza totale o parziale del fenomeno.

Questa sindrome, invece, deve avere una rilevanza particolare e non più trascurabile soprattutto in riferimento al nuovo quadro normativo che, come detto, prevede l'audizione del minore in merito al genitore con il quale lo stesso vuole vivere. Tale innovazione, infatti, può ancor più fuorviare il tecnico a compiere una corretta analisi di questa sindrome, in quanto il genitore che non è stato scelto dal minore potrebbe strumentalmente attribuire la preferenza del figlio al "condizionamento" dell'altro genitore piuttosto che alla sua reale volontà.

Chi ha il compito, quindi, di investigare casi in cui viene segnalata una situazione di rifiuto verso un genitore, si trova di fronte all'impegno arduo di distinguere preliminarmente se la preferenza di quel bambino per quel genitore sia, per così dire, "genuina" o "indotta", e ciò è possibile solo attraverso un'approfondita analisi sul reale comportamento del minore e sulla conoscenza approfondita delle dinamiche familiari tali da poter effettuare una diagnosi differenziale.

Appare fondamentale quindi che il tecnico effettui un'attenta analisi e descrizione dei comportamenti osservati, rilevandone gli elementi patologici associati o, al contrario, ricollocandoli all'interno di condotte "normali". Non bisogna correre il rischio, infatti, di etichettare atteggiamenti che possono rientrare nella sfera della normalità, come ad esempio una "naturale" preferenza per affinità di un figlio rispetto a un genitore, o una particolare vicinanza – temporanea – tra un figlio che si allea con il genitore che sente più simile a sé ovvero con quello che pensa essere vittima della separazione.

Una precisa diagnosi offre la possibilità ai giudici di applicare un controllo attraverso dei provvedimenti "forti" nei confronti del genitore che esercita l'alienazione dell'altro genitore.

¹ Gardner, *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation*, in *Academy Forum. The American Academy of Psychoanalysis*, 29, 1985, 3-7; Id., *Child Custody*, in *Handbook of Child Psychiatry*, 5, 1987, 637-646; Id., *Family Evaluation in Child Custody Mediation, Arbitration and Litigation*, Cresskill, N.J., 1989; Id., *The Parental Alienation Syndrome: a Guide for Mental Health and Legal Professionals*, Cresskill, N.J., 1992.

² Clawar, Rivlin, *Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children*, Chicago, 1991.

Così com'è stato dimostrato da Gardner e forse com'è ormai esperienza di tutti coloro che si sono trovati di fronte a questa realtà, in presenza di una PAS le “mezze misure” o i “provvedimenti blandi” non servono a risolvere il problema, ma anzi aumentano l'agonia di quei genitori che aspettano con speranza di riabbracciare i loro figli e negano a questi ultimi il diritto costituzionale alla bi-genitorialità.

Purtroppo il quadro attuale vede figli alienati collocati ancora presso il genitore alienante, mentre quello escluso, pur avendo l'affidamento condiviso, continua a non incontrare i propri figli.

Nelle situazioni così gravi i periti, per uscire dal proprio incastro valutativo, demandano, sempre più spesso, a soggetti terzi il monitoraggio delle proprie conclusioni che loro stessi non credono attuabili. Si dà il caso che i soggetti terzi, quali Servizi sociali e Ausl con le quali è difficile anche solo prendere un appuntamento per l'enorme mole di lavoro, sono spesso meno qualificate del consulente e, altrettanto spesso, lasciano il genitore più idoneo in balia di una valutazione e di un monitoraggio che non avverrà mai e quello meno idoneo senza possibilità di migliorare. E tutto ciò a scapito dei minori che, ancora per una volta, avranno perso l'occasione di vedere risanate, almeno in parte, le problematiche della propria famiglia.



SIGNIFICATI E LINEE EVOLUTIVE DELLA “GENITORIALITÀ SOCIALE”

Antonio La Spina

Professore ordinario di Sociologia, Università degli Studi di Palermo



Premessa

La locuzione “genitore sociale” si trova usata con riferimento a fenomeni molto variegati. Se ne parla, ad esempio, pensando a esperienze in cui chi è genitore mette a disposizione di una comunità il proprio tempo, la propria esperienza, la propria disponibilità. Genitori del genere possono, ad esempio, svolgere un servizio di accoglienza e vigilanza nelle scuole frequentate dai propri figli, a favore dei figli altrui, combattendo così la dispersione scolastica.

Più in generale, essi si prendono cura di minori o giovani, coadiuvando, su base volontaria, i servizi presenti sul territorio, ovvero rendendosi protagonisti di forme di erogazione dei servizi spontanee, informali, dal basso, quali ad esempio iniziative di auto-aiuto nei rapporti di vicinato e di quartiere. In casi del genere, quindi, un genitore si orienta, rispetto alla propria famiglia, all'esterno.

Il tema della genitorialità sociale emerge, poi, avendo specifico riguardo alle dinamiche intra-familiari. Se ne parla a proposito della famiglie “ricostituite”, vale a dire di quelle che derivano dalla scissione di uno o più nuclei familiari preesistenti. Ma se ne parla anche a proposito dell'adozione. Ovvero avendo in mente il caso della coppia eterosessuale in cui il marito (o comunque il partner uomo) è sterile, sicché si fa ricorso a una fecondazione eterologa.

Qual è il punto in comune tra situazioni così eterogenee? Il fatto che, in tutti questi casi, vi è qualcuno che svolge una funzione “genitoriale” verso soggetti di cui *non è genitore biologico*.

Il genitore sociale “comunitario” del primo tipo (spesso si tratta di mamme) assume tale funzione verso figli di altre madri e padri. Il genitore adottivo, oppure il solo padre nel caso della fecondazione eterologa, sarebbe genitore “sociale” perché la assume verso soggetti che tratterà come figli propri, senza averli procreati. Il nuovo partner (spesso si tratta del padre, ma non è detto che debba essere sempre così) nella famiglia ricostituita, invece, potrebbe (dovrebbe?) assumersela verso i figli derivanti dalla precedente unione dell'altro partner.

Chi parla di “genitore sociale” potrebbe voler sottolineare che vi sono tante possibilità di vivere la genitorialità. Quella biologica, in fondo, è soltanto una tra esse. Il che può anche preludere alla piena legittimazione di “famiglie” quali quelle in cui “genitori” omosessuali adottano figli, ovvero, nel caso in cui l'omosessualità sia femminile, una delle partner divenga madre biologica, sicché “genitore sociale” (seconda madre?) diverrebbe l'altra partner.

Tutte quelle appena citate sono realtà in rapida e tumultuosa trasformazione, in cui le considerazioni “scientifiche”, oggettive (dello psicologo, dell'antropologo, del giurista, ovvero del sociologo, qual è chi scrive), si intrecciano non sempre trasparentemente con certe preferenze, certe visioni del mondo, per loro natura soggettive. Esistono già Paesi in cui non solo le unioni omosessuali sono consentite, ma lo è anche la possibilità che queste accolgano figli adottivi. Ma ve ne sono molti altri in cui essa è vietata. Peraltro, un'eventualità del genere è vista come “innaturale” da larghissime fasce della popolazione (in nome di una certa concezione della famiglia).

Si potrebbe immediatamente osservare che, in un regime liberaldemocratico, gli adulti capaci di in-

tendere e di volere dovrebbero essere lasciati appunto liberi di gestire il loro privato come meglio ritengono. L'Inghilterra vittoriana puniva l'omosessualità come reato. I tempi sono cambiati. Sempre in chiave liberaldemocratica, poi, la sfera familiare dovrebbe patire il meno possibile l'intrusione della regolamentazione statale.

Ma quando si parla di adozioni, o di ruoli genitoriali, entrano in gioco i diritti dei minori, cioè di persone la cui soggettività non è ancora formata, rispetto alle quali si pone, indiscutibilmente, un problema di tutela pubblica.

Ordinamenti diversi (o anche il medesimo ordinamento in momenti differenti) affrontano tali questioni in modi diversi. Certe soluzioni possono dimostrarsi avventate poco tempo dopo, o esser rapidamente superate dall'incalzare del mutamento sociale.

Si potrebbe anche notare che nel caso della coppia omosessuale femminile non si può impedire (sempre che, lo ripeto, ci si trovi in un ordinamento liberaldemocratico, giacché in altri regimi, anche contemporanei, libertà del genere sono inconcepibili) a una delle partner (o a entrambe) di restare incinta. Sicché il minore crescerà, poi, in un contesto relazionale peculiare, con una genitrice "biologica" e l'altra "sociale" (presumibilmente con una serie di ripercussioni – forse negative, forse positive, certamente da considerare – sul suo sviluppo emotivo, sulla sua identità, sul suo vissuto relazionale e così via). È possibile, è auspicabile intervenire restrittivamente, o viceversa promozionalmente, in ambiti del genere? La risposta è molto difficile da dare. Certamente non è scontata.

Più in generale, un conto è dire, più o meno tra le righe, che tutto sommato la sempre maggiore importanza della genitorialità "sociale", nelle sue diversissime versioni, è la tendenza che sta emergendo nella società post-moderna, quindi una tendenza cui i *policy makers* dovrebbero adeguarsi. Un altro conto è ammettere che in un campo del genere le politiche pubbliche di società complesse e liberali si imbattono in "scelte tragiche" (e vi è scelta anche quando ci si astiene dall'intervenire), cioè in questioni tali che in qualunque modo si decida si farà torto a qualcuno dei valori in campo.

Sulla base della letteratura antropologica si può rilevare che in molte società la parentela non coincide con la nostra nozione di consanguineità. Ruoli (o meglio "pezzi" di ruoli) genitoriali in molte società sono stati svolti da soggetti diversi dai genitori biologici, neppure legati da vincoli di sangue. Ciò avveniva e avviene in molte società tribali, ovvero, nell'età antica, a Sparta (che non so se oggi potrebbe essere presa come un modello di attenzione per le esigenze di un equilibrato sviluppo psicologico dei minori). Non è rinvenibile, pertanto, un tipo di famiglia *naturale*. Ciascuna società si è data un certo modello di famiglia e di relazioni parafamiliari. Tali modelli sono prodotti culturali *artificiali*.

Detto questo, va però anche ricordato che nelle società diverse da quella in cui è prevalsa la famiglia nucleare basata sull'amore romantico (cioè la società occidentale del XIX secolo), il modello di famiglia di volta in volta vigente si è consolidato attraverso secoli ed è stato quindi applicato in modo omogeneo e tassativo, sicché qualunque forma differente di famiglia e di genitorialità è stata ritenuta intollerabilmente deviante.

Nelle società liberaldemocratiche contemporanee, invece, vi sono radicali novità, sotto almeno due aspetti: per un verso, sono *compresenti* forme diverse di famiglia e genitorialità; per altro verso, si ritiene che debba essere il diritto positivo, e non già la tradizione (a sua volta magari fondata sulla "natura delle cose"), a regolare la materia nel modo migliore (vale a dire salvaguardando al meglio le varie posizioni soggettive coinvolte).

L'assetto di certi rapporti familiari e genitoriali dipende spesso assai più da contingenti politiche regolative (quindi da come decide il legislatore, oppure il giudice) che da una "natura delle cose" che in realtà non è ben definita. Infatti, non solo tale "natura" si trasforma in continuazione, ma ciò avviene in larga misura proprio in conseguenza degli assetti regolativi prescelti.

In linea teorica sarebbe anche bene che i saperi "tecnici" (tra cui quello psicologico, sociologico, financo economico, oltre a quello giuridico) descrivessero le realtà oggetto di intervento, spiegassero e anticipassero le tendenze in atto, valutassero *ex ante* l'impatto delle varie opzioni regolative. Il che rinvia a un massiccio lavoro di analisi empirica e comparativa. Ma non sempre gli esper-

ti sono d'accordo tra loro. E non sempre gli esperti sono del tutto disinteressati, giacché possono essere mossi, ad esempio, da interessi materiali, schieramenti politici, ideologie professionali. Il che non significa che il loro parere non sia importante, ma occorre saperlo chiedere, saperlo dare e saperlo valutare.

Delimitare l'oggetto

Ad avviso di chi scrive, occorrerebbe evitare di parlare in modo generico di "genitorialità sociale". Piuttosto, è bene distinguere attentamente e tenere ben separate le varie accezioni.

In primo luogo, mi pare opportuno denominare in modo diverso la genitorialità "sociale" sopra indicata come "comunitaria". Infatti, per un verso, molti genitori, anche se fossero disponibili a tali attività comunitarie, ne sono di fatto esclusi per ragioni di lavoro, o di altri impegni irrinunciabili, magari a servizio della propria famiglia. Per altro verso, certi servizi alla comunità possono essere prestati da chi magari è stato genitore, ma non è più in servizio permanente ed effettivo (come un pensionato); ovvero da parte di chi non lo è stato mai. Un *single*, che ne avesse tempo e voglia, potrebbe ben occuparsi di accoglienza di ragazzi a rischio di dispersione scolastica. Sicché mi sembra più appropriato parlare di attività di animazione sociale comunitarie da parte di volontari, i quali possono anche – ma non necessariamente devono – essere genitori.

Quanto alla fecondazione eterologa in una coppia eterosessuale, nell'ipotesi in cui questa venga consentita, si avrà sì un padre genitore non biologico, ma il donatore o padre biologico potrebbe (e secondo qualcuno dovrebbe) restare assolutamente all'oscuro dell'avvenuta nascita. Di più, il figlio potrebbe (e secondo qualcuno dovrebbe) restare all'oscuro della circostanza di essere nato a seguito di fecondazione eterologa. Il vissuto del padre, così come quello del figlio, sarebbe così del tutto simile a quello di famiglie formate soltanto da genitori e figli "biologici". Sicché anche con riferimento a casi del genere, la locuzione "genitore sociale" mi sembra sia da evitare.

Altrettanto dicasi per l'adozione, a meno che questa non avvenga quando l'età dell'adottato è già avanzata, sicché i legami con la famiglia d'origine restano significativi, o perché la frequentazione dei genitori biologici si protrae, o perché comunque l'esperienza precedente resta viva nella memoria dell'adottato. Se invece l'adozione avviene nei primi mesi o anni di vita, e le funzioni genitoriali verso l'adottato sono svolte esclusivamente dai genitori adottivi, il vissuto è quello di un rapporto filiale esclusivo dalla parte del minore, e pienamente genitoriale dall'altra, sicché anche adesso eviterei di parlare di "genitori sociali". I genitori adottivi, piuttosto, cercheranno di sentire e di agire come genitori biologici, o, più semplicemente, come genitori.

Beninteso, ciascuna delle proposte che avanzo (tutte intese a *non* usare quel certo aggettivo) è squisitamente soggettiva. Non pretendo di imporle a nessuno. Il criterio che mi ispira, come ho detto, è quello di evitare la confusione. Si tratta di situazioni molto diverse tra loro, che a mio sommo avviso meritano di esser chiamate in modo differente.

Resta il caso della famiglie ricostituite. In effetti, è lì che la differenza tra genitori "biologici" e figure "subentrate" (in base a relazioni "sociali") può dar luogo a nodi problematici e criticità, di cui dirò qualcosa al paragrafo successivo. Si potrebbe quindi circoscrivere l'ambito semantico della locuzione "genitore sociale" a questo solo caso. Ma neanche questa soluzione è entusiasmante, almeno in lingua italiana.

La parola "genitore", infatti, già nel suo etimo contiene il riferimento all'atto generativo. In francese si può dire sia *géniteur* sia *parent*. In inglese il fenomeno che si ha nelle famiglie ricostituite si definisce *step parenthood*. L'italiano ha, in effetti, "patrigno", "matrigna", "fratellastri" e così via. Tutti termini legati a famiglie ricostituite dopo vedovanze (sicché uno dei genitori biologici potrà sì essere presente psicologicamente, ma non è più in vita), e connotati in senso peggiorativo, diciamo alla "fratelli Grimm". Tra l'altro, per assonanza, la *stepfamily* in Italia viene talvolta giornalisticamente chiamata con l'orribile neologismo "famigliastra".

Fermo restando che "famiglia ricostituita" suona meglio, si potrebbe fare espressa menzione del problema centrale di queste famiglie: la persistente esistenza in vita dei genitori biologici; il possi-

bile conflitto con il partner (o i partner) del genitore (o dei genitori) biologico; la possibile (ma non sempre necessaria) funzione quasi-genitoriale che il partner potrebbe sentirsi chiamato a svolgere, se e solo se ciò venisse richiesto e/o accettato dai figli non suoi, vicariando il genitore biologico “assente”. Se non suonasse troppo colloquiale, si potrebbe parlare, a certe condizioni (come si vedrà tra poco, alquanto restrittive), di un “vice-genitore a richiesta”.

In loco parentis?

Quello delle famiglie ricostituite è un fenomeno recente. In Francia il divorzio è stato introdotto ai tempi della rivoluzione (e rende quindi le sue serie storiche tra le più interessanti). In tanti altri Paesi molto dopo. La diffusione di massa delle famiglie ricostituite, comunque, è di qualche decennio fa.

Le prime “ondate” di famiglie ricostituite (scaglionate in decenni diversi a seconda dei Paesi) vedevano il più delle volte madri separate cui venivano affidati i figli (con l’acquiescenza degli ex mariti, ovvero nonostante la loro opposizione). Spesso il padre che decideva di andarsene metteva in conto di perdere il rapporto con i propri figli. Sicché egli si creava rapidamente una nuova famiglia, talora con una donna più giovane e “competitiva” della prima moglie. Veniva anche ampiamente tollerato che la madre abbandonata avviasse rappresaglie contro l’ex marito, tra l’altro attraverso la manipolazione dei figli minori. Nel vissuto dei minori si produceva un vuoto con riguardo alla figura paterna, sia quando i padri separati venivano tagliati fuori dalla vita dei propri figli, sia quando essi se ne autoescludevano deliberatamente.

Le cose non cambiavano di molto quando era piuttosto la moglie a decidere di abbandonare il marito, giacché la prima il più delle volte otteneva comunque di diventare genitore affidatario. Vi erano infine rarissimi casi in cui dopo una separazione la prole andava a vivere con il padre, anziché con la madre.

Quando il genitore con cui vivevano i figli avuti prima della separazione intraprendeva un rapporto di coppia, ecco che il nuovo partner (che a propria volta poteva essere separato e avere figli propri) si trovava spesso di fronte al vuoto di cui dicevo.

Vi sono molti casi in cui lo *stepfather* si è fatto pienamente carico del ruolo genitoriale, e ciò non solo verso i figli eventualmente nati dalla nuova unione, ma anche verso i precedenti figli della compagna: seguendone lo sviluppo, affezionandosi a essi, costituendo per loro un punto di riferimento. In questa prospettiva poteva sembrare auspicabile che, non appena il genitore affidatario si fosse “rifatto una vita” con un nuovo partner, questo dovesse essere immesso il prima possibile a colmare la lacuna rappresentata, nella vita dei minori, dall’assenza (voluta o subita) del genitore non affidatario. Laddove la famiglia ricostituita fosse venuta meno, però, il patrimonio di relazione creatosi grazie al senso di responsabilità del genitore vicario andava a disperdersi con essa, danneggiando ulteriormente i figli che avevano subito la prima separazione e si erano legati al “genitore vicario”. Si poneva quindi, secondo alcuni, il problema di stabilizzare e garantire, con appositi interventi normativi, i rapporti tra *stepparents* e *stepchildren*.

Non sempre, ovviamente, le cose vanno nel modo sereno ed edificante di cui si è appena detto. Può infatti avvenire che il nuovo arrivato chieda al partner una dedizione esclusiva, si ponga in modo distaccato rispetto ai figli della precedente unione, rifiuti di farsene carico. Ovvero commetta errori tali da impedire un rapporto costruttivo con loro.

La diffidenza reciproca, la conflittualità, l’ostilità tra figli preesistenti e nuovo partner possono essere la norma in alcune *stepfamilies*. La funzione di genitore vicario può essere deliberatamente elusa, ovvero gestita nel modo sbagliato. Lì dove le cose andassero così, stabilizzarla e garantirla non sarebbe una buona idea.

Tutto ciò, comunque, si configura al massimo grado nella “prima generazione” di famiglie ricostituite.

Se però dalla “normalità” (di diritto o di fatto) del monopolio materno (o comunque del genitore affidatario) si passa alla bigenitorialità, il quadro muta radicalmente. Non vi sarà più, infatti, un ge-

nitore azzerato e un altro genitore *dominus* della vita dei figli del primo matrimonio, che sia o no coadiuvato dal nuovo partner. Vi saranno, invece, i due genitori “biologici” che, seppure separati, avranno *entrambi* un ruolo essenziale e insostituibile nella vita dei loro figli, anche attraverso tempi di permanenza presso ciascuno tendenzialmente paritari. Non viene più tollerato un “buco” nella vita di relazione dei minori (che oltre a riguardare i rapporti con il genitore non affidatario si estendeva anche a quelli con la di lui famiglia).

Se così è, diviene meno necessario e urgente che un nuovo partner operi da vicario. E diviene anche non necessario, né tantomeno urgente, che questi si insedi nella vita quotidiana degli *stepchildren*. Anzi, proprio per rispetto verso di loro e verso il rapporto che essi devono mantenere con l'altro genitore biologico, un genitore che avviasse una nuova unione potrebbe anche ritenere opportuno tenere per un congruo lasso di tempo il nuovo partner fuori dalla vita dei figli avuti dall'unione precedente, il che viene peraltro favorito dai tempi di permanenza paritari.

Infatti, il nuovo partner potrà essere elettivamente frequentato nei giorni in cui i figli preesistenti sono con l'ex coniuge. La necessità di una marcata “genitorialità vicaria” si circoscriverebbe quindi a situazioni residuali e marginali di affidamento esclusivo e/o di effettiva latitanza dell'altro genitore biologico, da regolare caso per caso, riconoscendo le situazioni di fatto venutesi e creare e tutelando in esse gli interessi del minore ad avere, se del caso, rapporti significativi con il genitore vicario.

Al di fuori di tali ipotesi eccezionali, se la famiglia ricostituita durasse nel tempo, il nuovo partner dovrebbe saper manifestare in modo discreto e graduale la propria esistenza ai preesistenti figli non suoi. Dovrebbe anche saper costruire un rapporto con l'altro loro genitore biologico, la cui centralità nella vita dei minori non dovrebbe mai essere messa in discussione.

In conclusione, nelle famiglie ricostituite di prima generazione poteva forse auspicarsi che lo *step-parent* andasse *di norma* a vicariare il genitore biologico assente.

Se invece la norma diventa la bigenitorialità, tale esigenza viene corrispondentemente molto attenuata, nonché circoscritta a casi residuali.

Anche per questa ragione, la bigenitorialità non deve essere soltanto un principio declamato nella *law in the books* (come avviene spesso, nel nostro Paese, a seguito di una prassi che di fatto ancora la disconosce), ma deve piuttosto diventare ordinariamente *law in action*.

AFFIDAMENTO DEI FIGLI E OMOSESSUALITÀ DEL GENITORE

Antonina Scolaro

Avvocato del Foro di Torino



“La mera ammissione da parte di un coniuge delle proprie tendenze omosessuali non può superare, da sola, il favor legislativo nei confronti dell'affidamento condiviso, così come non può giustificare la limitazione dei rapporti del genitore omofilo con la prole”¹. Con queste parole il Tribunale di Bologna ha disposto l'affidamento condiviso di una bambina a entrambi i genitori, uno dei quali, il padre, dopo anni di matrimonio aveva compreso e coraggiosamente affrontato la propria reale identità sessuale.

Le valutazioni che il giudice è chiamato a compiere per eventualmente derogare alla regola generale dell'affidamento a entrambi i genitori, sancita dall'art. 155 c.c., riguardano situazioni eccezionali e postulano un giudizio non solo di valore del genitore che viene individuato come affidatario, ma soprattutto di disvalore nei confronti del non affidatario.

Quali sono e come devono essere individuate in concreto le ragioni di contrarietà alla tutela del “migliore interesse del minore” quando le “qualità” negative dell'altro genitore riguardano un modello culturale, uno stile di vita valutato con forti connotazioni etico-moralistiche in quanto legato alla scelta omosessuale e quindi configgente con un modello tradizionale?

La contrarietà all'interesse del minore non può certo ritenersi insita nell'identità omosessuale del genitore, così come non può esserlo nelle “*opzioni politiche, culturali, religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento*” poiché “*l'omosessualità... è una condizione personale e non certo una patologia*”².

Nonostante la Corte di Strasburgo si sia rifiutata di estendere i principi relativi alla legislazione matrimoniale alle coppie omosessuali, ha però preso una netta e precisa posizione nell'affermare che nei confronti dei genitori omosessuali non possono essere applicati principi di sfavore e quindi discriminatori. In buona sostanza la Corte di Strasburgo, pur senza affrontare direttamente la problematica delle unioni omosessuali, utilizza i principi contenuti nell'art. 21 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per affermare che le tendenze sessuali dei genitori non possono costituire pregiudizio e che, pertanto, le competenze genitoriali dovranno essere valutate in concreto.

In linea con le pronunce del Tribunale di Napoli e di Bologna è la pronuncia della Corte d'Appello di Brescia 5 giugno 2007³ che nega che il tradimento omosessuale del coniuge sia dotato di una lesività e offensività intrinseca tale da giustificare di per sé, oltre all'addebito della separazione, an-

¹ Tribunale di Bologna, 15 luglio 2008, in *Dir. famiglia*, 2009/2, 689.

² Tribunale di Napoli, 28 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007/1, 138.

³ *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, 2073.

che il risarcimento del danno alla moglie tradita (riformando quanto disposto in primo grado dal Tribunale di Brescia, in data 14 ottobre 2006).

La Corte d'Appello di Brescia ha stabilito che l'accertamento dell'esistenza di una relazione extraconiugale da parte di uno dei due coniugi, consente tranquillamente di poter addivenire ad una pronuncia di addebito a suo carico, trattandosi di palese violazione degli obblighi matrimoniali, ma non altrettanto consente di fare in ordine alla richiesta di risarcimento del danno esistenziale.

E se è pur vero, in linea di principio, che è risarcibile anche il danno esistenziale derivante alla persona a causa della lesione del diritto inviolabile e costituzionalmente garantito della dignità e della personalità, correlato all'assunto in base al quale la disciplina generale, che tutela il danno aquiliano, trova generale applicazione anche qualora la lesione non patrimoniale del diritto derivi dalla violazione degli obblighi nascenti dal matrimonio, tuttavia la Corte ha ritenuto che la loro applicazione non possa essere aprioristica e non possa, quindi, prescindere dalla dimostrazione effettiva dell'esistenza del danno e della sua entità.

Nel caso preso in esame, la particolarità dell'infedeltà, concretatasi in una relazione di tipo omosessuale, non può essere considerata intrinsecamente grave e tale da far ritenere presunta la lesione del diritto all'integrità personale dell'altro coniuge: non esistono infatti criteri oggettivi di riferimento in base ai quali si possa ritenere che l'infedeltà sia più grave se si concretizza in una relazione omosessuale piuttosto che eterosessuale. Al riguardo, la Corte d'Appello di Brescia ha negato che la particolare infedeltà possa essere considerata così grave da far presumere la lesione di diritti fondamentali dell'altro coniuge, in quanto non esistono *“criteri oggettivi di riferimento in base ai quali si possa ritenere che l'infedeltà sia più grave se si concretizza in una relazione omosessuale piuttosto che eterosessuale”*.

Il giudice di primo grado, che aveva riconosciuto anche *“il diritto al risarcimento del danno esistenziale da essa subito”*⁴ ha evidentemente espresso un giudizio negativo sulla condotta dell'uomo, non tanto per aver violato il dovere di fedeltà, ma per aver posto in essere una relazione omosessuale. È indubbio che sia stata effettuata un'ingiustificata discriminazione, come tale inaccettabile, tenuto anche conto del divieto contenuto nel già citato art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sulle tendenze sessuali. Il percorso giurisprudenziale dell'illecito aquiliano endofamiliare che ha portato alla pronuncia in primo grado del Tribunale di Brescia origina da una sentenza della Corte di Cassazione del 2005: *“Il rispetto della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente del nucleo della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare”*⁵.

Nonostante ciò, alla luce della più recente giurisprudenza, deve essere sottolineato che la relazione extraconiugale non è, di per sé, fonte di responsabilità extracontrattuale nei confronti del coniuge tradito, ma è necessario a tal fine che la condotta del coniuge, particolarmente grave e in aperta violazione di uno o più doveri coniugali, abbia determinato la lesione di interessi dell'altro meritevoli di tutela, come la salute fisica e psichica, l'integrità morale, la dignità, l'onore, la reputazione; solo in questo caso, il giudizio di bilanciamento tra gli interessi contrapposti vedrebbe prevalere il diritto del coniuge al risarcimento del danno cagionato dalla condotta riprovevole dell'altro.

Indicativa in questo senso è una pronuncia del Tribunale di Venezia, che ha affermato la responsabilità extracontrattuale di un marito il quale, “scoperto” dalla moglie in atteggiamenti particolarmente confidenziali con un'altra donna, reagiva violentemente procurando alla consorte lesioni fisiche. In questo caso si è voluto sanzionare non la violazione del dovere di fedeltà da parte del marito, bensì la condotta particolarmente grave posta in essere da quest'ultimo, la quale ha determinato la lesione di diritti fondamentali in capo alla moglie. Nella fattispecie, l'ingiustizia del dan-

⁴ Tribunale di Brescia, 14 ottobre 2006, in *Dir. famiglia*, 2007/2, 778.

⁵ Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, in *Il civilista*, 2009/6, 13.

no deve essere ravvisata nell'offesa alla dignità del coniuge e non invece nell'inosservanza del dovere di fedeltà oppure nella rottura del vincolo coniugale.

Una recentissima sentenza della Corte di Cassazione ribadisce che la relazione omosessuale di un coniuge costituisce violazione dell'obbligo di fedeltà e motivo di addebito a carico del coniuge che vi è incorso. Anche in questo caso l'infedeltà omosessuale viene in considerazione esclusivamente come causa di addebito della separazione e non anche come fonte di responsabilità extracontrattuale⁶.

È evidente, da questa breve analisi sul rilievo dell'omosessualità nella domanda di addebito della separazione, quanto sia reale il pregiudizio valutativo e la forte connotazione moralistica che caratterizza la valutazione dell'orientamento sessuale nella coppia marito-moglie e poi nella triade padre-figlio-madre.

Si tratta di sentenze con pochi precedenti in Italia, ma che sono in linea con lo spirito delle leggi attuali che mirano a eliminare ogni discriminazione di sorta nel rapporto tra genitori e figli.

Tale strada sembrava già aperta dall'esperienza statunitense, la quale, già nel 1989, con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta poi anche dall'Italia, prevede l'affidamento condiviso in caso di divorzio, a meno che ci sia pericolo *“di violenza, di oltraggio, di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamento o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale”*.

Ad oggi, perciò, in linea con l'art. 3 della Costituzione che protegge l'individuo da qualunque discriminazione, l'omosessualità di uno dei genitori non comporta di per sé il rischio di perdere l'affidamento del proprio figlio, a meno che non sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrato sviluppo del minore. Il genitore omosessuale, salvo non si dimostri persona per altre ragioni inadeguata – non diversamente da un eterosessuale – è non solo genitore meritevole di ottenere l'affidamento condiviso del proprio figlio, ma è perfettamente in grado di assumere pienamente la responsabilità genitoriale.

Emblematica in tal senso è una pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Catanzaro, che, con sentenza 27 maggio 2008⁷ ha negato a un padre l'affido condiviso del figlio, in quanto, oltre a essere pregiudicato ed etilista, è stato ritenuto immaturo e pervaso da sentimenti discriminatori e di forte pregiudizio nei confronti delle persone omosessuali.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, con una pronuncia del 22 gennaio 2008, si è espressa in tal senso, affermando che *“non osta all'adozione l'omosessualità del soggetto che aspira ad adottare, non potendo l'omosessuale, in quanto tale, essere discriminato per le sue inclinazioni omofile”*⁸. E ancora, il Tribunale per i Minorenni di Milano ha riconosciuto che l'omosessualità non è causa di disagio per i figli voluti da una coppia di lesbiche che, prima della separazione, li ha cresciuti secondo *“uno schema tipicamente familiare”*. È questo il senso di un provvedimento firmato dal giudice Emanuela Aliverti. Tale vicenda ha al centro la separazione di una coppia di donne che hanno convissuto per nove anni e insieme hanno deciso, tramite l'inseminazione artificiale, di avere due figli, dati alla luce, entrambi, da una delle due. All'esito dell'istruttoria, il Tribunale ha archiviato il caso avendo verificato l'adeguatezza della madre biologica a svolgere il proprio ruolo di genitore a prescindere dalla sua omosessualità, e l'assenza di pregiudizio per i due bimbi per l'interruzione dei rapporti con l'ex compagna della mamma. È emerso dalle perizie che i bambini non hanno sofferto disagio per il contesto di vita in cui hanno vissuto e vivono: una madre che prima aveva una compagna e ora ne ha un'altra e un padre biologico che conoscono e che vive con un uomo.

La Cassazione è intervenuta sul tema con la sentenza 25 luglio 2007 n. 16417, definendo l'omosessualità come *“condizione dell'uomo degna di tutela in conformità ai precetti costituzionali”*. La Suprema Corte, con la sentenza del 19 giugno 2008 n. 16593, ha avallato quanto già la giurisprudenza di merito aveva ritenuto, ovvero che l'omosessualità di un genitore non sia elemento ostativo al

⁶ Cass. civ., sez. I, 25 marzo 2009, n. 7207, in *Famiglia e diritto*, 2009/6, 563.

⁷ Tribunale per i Minorenni di Catanzaro, sent. 27 maggio 2008 in *Famiglia e diritto*, 2008.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2008, in *Famiglia e diritto*, 2008/3, 221, nota di Falletti.

raggiungimento degli obbiettivi della legge del 2006, ribadendo che per escludere l'affidamento condiviso dei figli occorre che *“risulti nei confronti di uno dei genitori una sua condizione di carenza o inidoneità educativa o comunque tale da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore”*. Si può affermare, pertanto, che l'omosessualità del genitore non è di per sé equivalente a carenza o inidoneità educativa.

In conclusione, ogni vicenda familiare ha caratteristiche proprie e non è possibile osservare tali vicissitudini ricorrendo a una riduttiva generalizzazione: ogni contesto familiare-relazione andrà osservato e valutato in concreto, senza il pregiudizio dell'esclusione della funzione genitoriale nei confronti di quel genitore che abbia dichiarato la propria omosessualità, ma ponendo sempre il figlio al centro dell'osservazione così da potere dare risposte concrete ai suoi bisogni.

Al giudice competerà una rigorosa applicazione della neutralità del proprio ruolo in funzione dell'unico criterio che deve orientare la sua valutazione che è, appunto, la tutela del migliore interesse del figlio.

* * *

A corroborare quanto sopra e ad allargare lo scenario della complessità del tema, ho rivolto alcune domande al dott. **Giuseppe Barile** (psicologo e psicoterapeuta sistemico familiare) che riporto qui di seguito.

Spesso la scelta dell'affidatario risente delle qualità morali dei genitori. Ritiene che tutto ciò che estesamente viene definito come “immoralità” e più specificatamente in caso di tendenze sessuali particolari o di omosessualità, incidano su un sano e proficuo rapporto di filiazione e di affidamento?

È indispensabile premettere come gli specialisti del mondo psichico abbiano, nel 1973, recepito, attraverso l'espunzione dal DSM III (Manuale Statistico Diagnostico), della patologia omosessuale una radicale mutazione clinico-sociale, riconfermata nel 1987 e in seguito nel 1993 esclusa dall'Organizzazione Mondiale della Sanità dal novero delle malattie mentali, e definitivamente ricondotta nell'alveo delle varianti non patologiche dell'orientamento sessuale.

Non è riconosciuto dunque alcun particolare disvalore, nulla di anomalo e di socialmente pericoloso nell'omosessualità, anche se a mio avviso rimane un termine vago e riduttivo. Personalmente apporterei una variazione al termine, eliminando la desinenza **sessuale** e sostituendola con la seguente nuova parola: **omolegame**. Infatti, dietro la summenzionata desinenza si celano pregiudizi, tabù e scorrettezze ermeneutiche, in quanto si riuniscono identità sfaccettate e complesse (per evitare un genocidio intellettuale, e una strage di innocenti, converrebbe definitivamente archiviare il termine omosessualità e adottare il termine di *omolegame homotrophico*).

Questa diversa denominazione non potrebbe correre il rischio di apparire come una semplice clausola di stile?

Tale variazione terminologica non è puramente formale ed è insita in un radicale e ben diverso ragionamento. Non si deve osservare la sessualità, bensì la qualità del legame affettivo che intercorre fra le persone. Tale vertice di pensiero pare fornire uno sguardo non solo più onesto e sincero, ma anche più utile e funzionale all'osservazione dei ripetuti cambiamenti culturali, sociali e intrafamiliari. Quotidianamente il principio di realtà ci impedisce di distogliere lo sguardo dai, purtroppo tanti, danni delle famiglie eterosessuali. Ciò che gli specialisti della mente sano è che tale raffinata struttura si è evolutivamente edificata all'interno di relazioni interpersonali accudenti e proficue; dunque, nel nostro operare, dobbiamo volgere tutta l'attenzione in via prioritaria a tali legami. Pertanto non pare improprio definire omolegame quelle relazioni interpersonali affettive e sessuali intrattenute con persone del medesimo sesso e quindi non connotate negativamente.

Ritiene che i cambiamenti sociali e il rinnovato clima culturale abbiano condotto a una maggior accettazione dell'omosessualità, o inversamente il maggior peso dell'attivismo e l'ampiezza della visibilità omosessuale abbiano orientato la società civile al riconoscimento di una condizione minoritaria e alla riduzione dello stigma morale?

Come per altri fenomeni, ritengo che si tratti di un circolo virtuoso che si autoalimenta, divenendo l'orientamento sessuale, di volta in volta, prodotto e causa di un più vasto fenomeno sociale. Una persona costruisce la propria identità personale e sociale attraverso l'esperienza di relazione e, a partire dalle difficoltà relazionali, giunge ai problemi psichici e alla sofferenza causata dal disagio antievolutivo. Non è dunque la sessualità da stigmatizzare, ma devono essere osservate le difficoltà relazionali, abbandonando una "arrugginita" posizione osservativa a orientamento per accedere a un cambio paradigmatico interattivo.

Quali sono le interazioni che occorre osservare?

La delineazione degli elementi fondamentali impone di osservare le relazioni che intercorrono sul registro coniugale (fra marito e moglie), le interazioni sul registro co-genitoriale (tra genitori in relazione al figlio) e ogni specifica relazione dell'asse genitoriale (fra il singolo genitore e il minore). Non pare utile tessere le linee del dibattito sotto il profilo morale dell'affidamento, quanto uno scrutinio complessivo della coloritura qualitativa dell'organigramma relazionale di genitori-figli. Diffondere un giudizio negativo dalla moralità di un genitore alle sue risorse e competenze relazionali, contagiando le attitudini all'affidamento, non pare giustificato e sostenuto neanche dalle ricerche empiriche. È utile che la contrapposizione fra moralità e immoralità esca di scena, a protezione di una pluralità di "moralì". Tale pensiero orma quello di Fritz Morgenthaler il quale commenta *"di fatto non esistono né l'etero- né l'omo-, né la bisessualità, ma solo la sessualità, che attraverso le più varie linee di sviluppo trova, per ciascun individuo, la sua specifica forma di espressione"*⁹.

Nell'evenienza che un bambino improvvisamente venga a conoscenza dell'omosessualità di un genitore/genitrice, o in seguito alla ricostruzione di una nuova famiglia del genitore con un'altra persona del medesimo sesso, quali fattori di rischio intravede?

L'economia degli spazi impone la sintesi, benché alcune ricerche, seppur limitate, concludano: **a)** l'omosessualità dei genitori non influisce significativamente sul futuro comportamento sessuale del figlio, infatti non sussiste una sensibile differenza di incidenza tra figli di omosessuali e figli di eterosessuali; **b)** il comportamento sessuale del padre, sia esso omosessuale o meno, non influenza la relazione padre-figlio¹⁰; **c)** il bambino risente particolarmente dell'ostracismo e della stigmatizzazione sociale, che in lui determina disagio, vergogna, senso di colpa, derisione e discriminazione¹¹. Indubabilmente le funzioni materna e paterna differiscono e non sono perfettamente commutabili l'una nell'altra, dunque il figlio deve avere un papà e una mamma che lo aiutino a definire attraverso il processo di identificazione con il genitore del proprio sesso e con la relativa imitazione, l'identità di genere e il comportamento sessuale. Ma non bisogna confondere la disfunzionalità ambientale familiare con l'orientamento sessuale, con il rischio di slittare nell'equivoco di un ragionamento di tipo pseudoconvergente (chiamando nello stesso modo due realtà differenti) e nell'erroneo conseguente intervento. Coerentemente con quanto finora esposto, si tratta di adottare un ragionamento di tipo controintuitivo per realizzare che non vi sono aprioristici criteri che consentano di escludere coloro che intrattengono omolegami dall'esercizio della funzione genitoriale. Tuttavia è possibile che, talvolta, si renda necessario un

⁹ Morgenthaler, *L'omosessualità*, in *Psicoterapia in scienze umane*, 1, trad. it. 1982, 3-37.

¹⁰ Bigner, Jacobsen, *Adult Responses to Child Behaviour and Attitudes towards Fathering: Gay and Non-Gay Fathers*, in *Journal of Homosexuality*, 23, 1992.

¹¹ Richardson, Bozetti, cit. in Bonaccorso, *Mamme e papà omosessuali*, Roma, 1994.

supporto clinico utile a contrastare i disturbi ingenerati nel bambino dalla conoscenza dell'omosessualità del genitore. Tale evenienza deve tener conto che la condizione di genitore, ancorché essere di solo ordine biologico, richiede essenzialmente una reale disponibilità, affettuosità, empatia e accoglienza verso i bisogni del bambino, specie quelli di natura psicologica, e intelligenza. Ritengo dunque che i summenzionati disturbi siano causati non prioritariamente dalla scoperta del bambino del reale orientamento sessuale genitoriale, bensì nell'assenza di coordinazione triadica delle dinamiche relazionali familiari. In tal caso l'omosessualità genitoriale pare divenire solamente il capro espiatorio di una pregressa relazione coniugale insoddisfacente, o di consolidate interazioni genitore-figlio disfunzionali.

Quali sono dunque gli elementi da osservare e tutelare di una famiglia, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei coniugi?

Non vi è alcuna controversia nell'affermare che è sito nelle vicissitudini relazionali familiari e nello svolgimento delle funzioni genitoriali, mai assolutamente garantite dal dato anagrafico, il difficile è prezioso gioco delle identificazioni/disidentificazioni. Osserverei: 1) come i contraenti di una relazione, sia etero che homotrophica, hanno edificato l'identità personale; 2) come sono approdati all'intreccio di coppia; 3) se vi sia un autentico desiderio del figlio o se il prodotto del concepimento sia il frutto di condotte non contrattate e sfuggite alla consapevolezza genitoriale. Si tratta di individuare rischi-risorse di questa specifica famiglia per progettare un successivo percorso; deve essere fatto un lavoro di "cucitura su misura", di *tailoring*. L'osservazione a orientamento triadico deve valutare la funzionalità e la coordinazione triadica del processo familiare e il raggiungimento di obiettivi evolutivi.

Cosa si intende per coordinazione triadica familiare?

La natura dei processi familiari viene illuminata dall'osservazione degli incroci tra coinvolgimento di un genitore e reazione dell'altro a ciascun tipo di coinvolgimento nella transizione alla genitorialità. Divenire genitori, infatti, rappresenta un evento critico che radicalmente cambia la relazione di coppia, con una reciproca influenza tra la qualità del rapporto coniugale e quella del rapporto genitoriale, la quale potrebbe non essere così lineare. Una relazione familiare equilibrata è una relazione a tre soggetti (padre-madre-figlio). Bisogna attentamente discernere fra sofferenza, fattori di rischio e danno. Pacificamente l'asportazione della copertura che aveva determinato il "segreto" potrà produrre nel minore sofferenza, realizzando un potenziale fattore di rischio; ma la traduzione nel di lui danno, con difficoltà comportamentali o un maggior benessere e un buon grado di adattamento, sono funzione delle competenze di *parenting*. La flessibilità dei genitori e la loro capacità di fornire risposte non coercitive, rappresentano variabili importanti in grado di moderare l'impatto degli eventi critici sul figlio.

Ipotizziamo che la donna e madre scopra di essere stata tradita dal proprio marito. Come inquadra tale evenienza?

È importante che la madre o il padre non escluda il partner dalla relazione con il figlio, o che non reami un suo eccesso di responsabilizzazione, a proprio scopo ansiolitico, ma altresì è importante che il padre non si defili dal suo ruolo genitoriale.

In estrema e finale sintesi i due partner, devono continuare ad alternarsi conferendosi spazio nel definire la relazione con il figlio, foraggiando il suo spazio simbolico nel rispetto delle loro differenze di ruolo, e non solamente di orientamento sessuale. Le malattie della psiche attecchiscono sul terreno della perdita, caratterizzate dalla rappresentazione, il cui esito è la progressiva contrazione e il logorio della struttura psichica in evoluzione che è vulnerabile alla mancanza di dialogo. Ciò causa la vulnerabilità a lacune psichiche e, nel caso si sostanzi tale evenienza, appare utile un orientamento clinico a supplenza dialogica.

L'AFFIDAMENTO DEI MINORI AI SERVIZI SOCIALI: ATTUAZIONE DEL PROVVEDIMENTO E INTERESSE DEL MINORE. AMBITI APPLICATIVI E CRITICITÀ

Marta Barresi, Monica Manzone

Avvocati del Foro di Palermo



La legge 54/06, nel riconoscere centralità all'istituto dell'affidamento condiviso, ha tralasciato, nella nuova formulazione dell'art 155 c.c., il riferimento al collocamento del minore presso terzi, così come previsto nel testo ante riforma, ove la predetta eventualità era giustificata laddove si fossero presentati "gravi motivi".

Pur nel silenzio del codice, non può comunque escludersi che, in caso di inidoneità di entrambi i genitori, si possa disporre il collocamento del minore presso terzi, salvaguardando il preminente e prioritario interesse dello stesso a uno sviluppo armonico ed equilibrato della sua personalità, così come sancito dalla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo e ben recepito dal codice civile.

D'altronde anche l'art. 333 c.c. stabilisce che *"Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330 c.c. ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento dalla di lui residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa"* facendo salvo *"l'esclusivo interesse morale e materiale"* della prole, tanto caro al nostro ordinamento giuridico.

Detto interesse dovrà essere attentamente valutato dal giudice, il quale sarà chiamato a trovare la soluzione maggiormente conforme al caso sottoposto al suo esame, utilizzando tutti i rilievi e gli accertamenti provenienti dagli operatori coinvolti.

L'art. 333 c.c. fa riferimento a quella particolare circostanza per cui il minore si trova in uno stato di forte disagio causato, ad esempio, dalla conflittualità tra genitori e/o generazionale che induce gli adulti coinvolti a porre in essere dei comportamenti ostruzionistici che risultano lesivi del benessere del minore, per cui appare prematura la decadenza della potestà genitoriale ma si ritiene, invece, indispensabile disporre l'affidamento del minore a un "terzo".

Il "terzo" cui fa riferimento la norma potrà essere individuato tanto all'interno dell'originario contesto familiare (intendendo in tal caso i più stretti congiunti), quanto al di fuori.

La competenza a decidere circa l'opportunità di applicare l'allontanamento del minore dalla residenza familiare è esclusivamente demandata al Tribunale per i Minorenni (questi è chiamato *"a decidere su domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari temporanei idonei ad ovviare a situazioni pregiudizievoli per il minore"*)¹ che emetterà un provvedimento subordinato al preventivo parere del pubblico ministero.

Nel caso in cui l'affidamento del minore ai suoi genitori appaia in contrasto al perseguimento di una sana e serena crescita dello stesso, l'Autorità giudiziaria potrà, quindi, disporre l'affidamento presso terzi. È bene chiarire che l'affidamento *"presso terzi"* non comporta necessariamente un allontanamento del minore dai genitori naturali, potendo il minore essere affidato al Servizio sociale territorialmente competente. In questi casi il giudice ritiene che non esiste un pregiudizio tale da giustificare un provvedimento avente come oggetto un diverso collocamento del minore rispetto alla propria abitazione, ma ritiene indispensabile emettere un decreto di affidamento dello stesso al Servizio sociale che serva da monito per i genitori. La famiglia rimane sotto costante vigilanza del Servizio, che avrà

¹ Cass., sez. I, 10 ottobre 2008, n. 24907.

come principale compito l'eliminazione del pregiudizio che ha condotto il Tribunale per i Minorenni a emettere il decreto di affidamento. I genitori, pur mantenendo la potestà genitoriale, saranno accostati dal Servizio sociale che coadiuverà la famiglia in tutte quelle questioni riguardanti il progetto educativo della prole, sostenendoli in ogni importante scelta riguardante la pianificazione in oggetto.

Con tale strumento l'Autorità giudiziaria ritiene di dover mettere "sotto esame" l'intero nucleo familiare facendo maturare, nei soggetti coinvolti, sia la consapevolezza del problema, sia la ricerca di un piano di crescita e formazione che dovrà essere scadenziato dagli "obiettivi" da raggiungere. L'affidamento ai Servizi sociali dovrà essere eseguito con modalità coerenti rispetto al fine ultimo da raggiungere: ristabilire l'equilibrio provvisoriamente perduto.

Risulta residuale ed eccezionale l'ipotesi di collocamento del minore in un istituto di educazione, che verrà privilegiato dal Tribunale per i Minorenni solo in presenza di situazioni complesse in cui i genitori sono considerati non idonei, e quindi non tutelanti dell'interesse del minore, e i familiari a lui più vicini, quali ad esempio zii e nonni, non sono in grado di svolgere alcun tipo di funzione educativa o per ragioni oggettive o perché gli stessi rifiutano di occuparsi del minore.

Il collocamento del minore in una struttura sorvegliata dall'occhio vigile del Servizio sociale nasce dall'esigenza di attuare un'*estrema tutela* per il benessere del minore, al fine di eliminare quella che è, per lui, una situazione di forte disagio. In quest'ottica, l'allontanamento del minore dal nucleo familiare di origine appare come l'unica soluzione possibile per tutelare il superiore interesse del minore e consentirne una serena crescita psico-fisica.

Facendo un passo indietro rispetto ai diversi ambiti applicativi dell'art. 333 c.c., occorre soffermarsi per un attimo sull'*iter* processuale che, dall'emanazione del decreto di allontanamento al monitoraggio e sostegno, è caratterizzato da un preponderante e costante intervento del Servizio sociale del Comune territorialmente competente. Questo, considerato nella sua accezione più ampia (assistenti sociali, psicologi, responsabili delle comunità eccetera), è in grado di fornire al Tribunale per i Minorenni, attraverso le relazioni inviate con scadenza periodica, gli strumenti necessari per porre in essere dei provvedimenti puntuali in favore della tutela dell'interesse del minore.

Quando l'Autorità giudiziaria deve emettere un provvedimento di natura civile riguardante un minore, si avvale, nella fase istruttoria, dell'apporto dei Servizi sociali, i quali, attraverso gli strumenti professionali in loro possesso, devono svolgere un'indagine contenente tutti gli elementi utili a far sì che detta Autorità possa emettere le proprie determinazioni.

Il Tribunale per i Minorenni dovrà, dunque, basare il proprio convincimento sugli accertamenti effettuati dai Servizi sociali, che in modo puntuale e, solo a seguito di un attento monitoraggio, dovranno relazionare il Tribunale e cioè rendendolo edotto sulle risultanze ottenute grazie all'apporto sinergico di tutti gli operatori sociali coinvolti.

L'indagine (socio-ambientale, familiare e psicologica) è finalizzata alla conoscenza dell'ambiente familiare, relazionale e sociale del minore necessaria ad allertare eventuali situazioni di pregiudizio, a sollecitare un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e a proporre e attivare progetti di sostegno.

L'Autorità giudiziaria, dopo avere raccolto tutti gli elementi utili, emetterà il provvedimento ritenuto necessario al caso concreto lasciando, poi, ai Servizi sociali il compito di attuare e/o di vigilare sulla sua attuazione.

Il Servizio sociale si pone, quindi, come uno degli interlocutori principali dell'Autorità giudiziaria dovendo svolgere, peraltro, il difficile compito di fotografare la situazione di rischio, monitorarla e individuare le soluzioni migliori per porre il minore in uno stato di protezione.

Tutto ciò richiede un intervento collaborativo dei Servizi che si accosti, senza sostituirsi, alla famiglia di origine, ipotizzando, nel corso del monitoraggio, interventi di sostegno e percorsi di recupero, quali, ad esempio, la prescrizione di un regime di psicoterapia, di un percorso di mediazione familiare, di cura dei legami o un percorso volto a educare la madre o il padre alla genitorialità, evitando in tal modo provvedimenti drastici e definitivi nei confronti del minore.

Il collocamento di un minore al di fuori della famiglia di origine in senso lato, ad esempio presso una comunità di accoglienza, non deve essere considerato un punto di arrivo ma, al contrario, un punto di partenza.

La concreta tutela del superiore interesse di un minore a "rischio giuridico", così come segnalato dai

Servizi e cristallizzato in seno a un provvedimento dell'Autorità giudiziaria, potrà condurre o al graduale rientro del minore presso la propria famiglia, o all'affidamento a quel genitore risultato idoneo all'esercizio della potestà genitoriale. Di contro, il definitivo allontanamento del minore dal proprio contesto familiare, con eventuale dichiarazione dello stato di adottabilità dello stesso, deve considerarsi ipotesi eccezionale e residuale da valutarsi caso per caso.

Avendo riguardo al caso in cui il Tribunale per i Minorenni sia indirizzato a decidere per l'allontanamento del minore dal nucleo familiare, occorre rammentare che è il Servizio sociale, nella persona dell'assistente sociale incaricato del caso, a individuare la struttura più idonea ad accoglierlo, accertandosi preventivamente della disponibilità di questa a ospitarlo.

Tornando, quindi, all'emanazione del provvedimento di allontanamento del minore dall'abitazione familiare occorre precisare che il Tribunale per i Minorenni emette un decreto in cui dispone l'allontanamento e il collocamento nella struttura individuata dall'assistente sociale, lasciando però che l'esecuzione dello stesso sia attuata dal Servizio sociale senza dettare regole precise, almeno nella maggior parte dei casi, circa il prelevamento del minore e il susseguente accompagnamento dello stesso in casa famiglia. L'intervento concreto è dunque lasciato alla competenza, alla professionalità e alla sensibilità dell'assistente sociale incaricato del caso.

Se detto operatore ha approfondito la conoscenza con la famiglia, entrando in empatia con il minore, avrà gli strumenti necessari per procedere a un adeguato intervento finalizzato a traumatizzarlo il meno possibile, visto che il minore non comprenderà il motivo dell'allontanamento.

Si è già detto che il provvedimento che dispone l'affidamento al terzo deve essere considerato quale punto di partenza per poter concretizzare, di concerto con la famiglia, un ampio progetto educativo e di crescita del minore che porti alla definizione del procedimento in oggetto attraverso la risoluzione o meno di quelle problematiche che hanno compromesso l'interesse del minore.

La cessazione dell'affidamento al Servizio può quindi avvenire tanto per il superamento della situazione di difficoltà da parte della famiglia, quanto per il permanere del pregiudizio che ne ha causato l'allontanamento del minore.

Ruolo fondamentale assume quindi il Servizio sociale nel coadiuvare, o, meglio ancora, nel collaborare con la famiglia del minore nell'attivazione di un percorso di aiuto e sostegno, tenuto conto che la predetta assistenza sarà ancor più necessaria nella fase cruciale dell'eventuale rientro del minore in seno alla famiglia di origine.

Per attivare tale percorso è, però, richiesto un lavoro di équipe tra l'assistente sociale, il consultorio familiare, lo psicologo incaricato di assistere il minore. È chiaramente imprescindibile il coinvolgimento della famiglia.

Ma chi deve coinvolgere la famiglia ad attivare il percorso di sostegno?

Se, infatti, i genitori non sono edotti su ciò che devono necessariamente fare in prima persona, il procedimento subirà inevitabilmente una fase di stallo. Successivamente, rilevato l'incolpevole "disinteresse" della famiglia, all'Autorità giudiziaria non resterà altro da fare che emettere un provvedimento di conferma di allontanamento, con conseguenze sempre più gravi e di difficile soluzione.

Nella mancanza di regole comuni ai Servizi sociali che, avendo una competenza territoriale, dipendono inevitabilmente dall'efficienza del Comune di riferimento, non va quindi tralasciato il ruolo dell'avvocato specializzato che, nei casi in cui si evidenzia una maggiore carenza dei Servizi sociali, avrà il compito di indirizzare la famiglia, di spronare gli uffici competenti ad attivare il percorso di recupero. Non mancherà di far presente, in sede processuale, le carenze del Servizio, tenuto conto che non basta allertare il pregiudizio e consigliare l'allontanamento, ma che è necessario porsi come garante a fianco della famiglia "inserendosi" nel rapporto tra il minore e i genitori.

Per poter richiedere alla famiglia un atteggiamento collaborativo sarà necessario che il Servizio sociale si ponga come suo alleato, mostrando disponibilità e fornendo gli strumenti necessari per il ripristino e il benessere psico-fisico del minore.

Lavorare sulla famiglia, quindi, non basta. Occorre che il Servizio lavori nella condivisione degli obiettivi, individuando le risorse più adeguate per la realizzazione dell'interesse del minore. Il Tribunale per i Minorenni, dal canto suo, ha il dovere di vigilare in maniera costante sull'operato dei Servizi.

AFFIDAMENTO AI SERVIZI SOCIALI: SIGNIFICATO, RISORSA, CRITICITÀ. RESPONSABILITÀ DEI SERVIZI E DEI GENITORI NELLE SCELTE DECISIONALI PER I MINORI¹



Daniela Turci

Avvocato del Foro di Verona

La normativa in materia di affidamento dei minori ai Servizi sociali è sicuramente lacunosa; sussistono serie difficoltà nell'individuare i limiti dei poteri attribuibili ai Servizi affidatari e distinguere il confine delle responsabilità loro attribuite da quelle che rimangono in capo ai genitori.

Per quel che riguarda il Tribunale per i Minorenni, il potere di disporre l'affidamento ai Servizi sociali rientra nelle sue competenze amministrative e civili: amministrative, perché la previsione è contenuta nell'art. 25 del regio decreto legislativo n. 1404 del 1934, istitutivo del Tribunale per i Minorenni, parte III, intitolato per l'appunto "Competenza amministrativa, misure applicabili ai minori irregolari per condotta o carattere"; civili perché con legge successiva (888/1956) la previsione è stata estesa alle ipotesi di cui all'art. 333 c.c.

L'art. 25 così recita: *"quando un minore di anni 18 dà manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, il Procuratore della Repubblica, l'ufficio del servizio sociale minorile, i genitori, il tutore, gli organismi di educazione, di protezione, di assistenza dell'infanzia e dell'adolescenza, possono riferire i fatti al Tribunale per i Minorenni, il quale, a mezzo di uno dei suoi componenti all'uopo designato dal presidente, esplica approfondite indagini sulla personalità del minore e dispone con decreto motivato una delle seguenti misure:*

- 1) *affidamento del minore al servizio sociale minorile;*
- 2) *collocamento in una casa di rieducazione o in un istituto medico-psichico-pedagogico".*

Quindi, l'affidamento al Servizio sociale è stato originariamente previsto con la finalità del recupero del minore. Il "Servizio sociale minorile" ai sensi dell'art. 1 costituiva, insieme ad altri istituti e Servizi il "Centro di rieducazione per i minorenni", destinato alla rieducazione dei minori irregolari per condotta e carattere e alla prevenzione della delinquenza minorile. Tutta la normativa – artt. 27, 28 e 29 – prevede disposizioni che si riferiscono non a un minore da tutelare, ma a un minore da rieducare.

Tale previsione è stata poi ampliata ed estesa anche ai minori in situazione di pregiudizio con la legge 888 del 1956, il cui art. 26, intitolato "Misure applicabili ai minori sottoposti a procedimento penale e ai minori il cui genitore serba una condotta pregiudizievole", prevede che *"la misura di cui all'art. 25 n. 1 (affidamento al servizio sociale) può altresì essere disposta quando il minore si trovi nella condizione prevista dall'art. 333 del codice civile"*. Sappiamo che l'art. 333 c.c. recita che *"quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il Giudice secondo le circostanze può adottare provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore"*. Quindi, in base all'art. 333 c.c. il Tribunale per i Minorenni, tra i provvedimenti convenienti, può decidere di affidare il minore al Servizio sociale, perché ciò gli è consentito dallo speci-

¹ Relazione tenuta all'incontro di studio "Affidamento dei minori ai servizi sociali. Significato, risorse e criticità", organizzato dall'AIAF Veneto, Verona, 5 febbraio 2010.

fico richiamo dell'art. 26 della legge 888/1956 all'art. 333 c.c. e, in base alle competenze cosiddette civili che riguardano la protezione della persona del minore nelle situazioni di pregiudizio, il Tribunale può decretare limitazioni all'esercizio della potestà nella misura che ritiene, appunto, conveniente.

Il Tribunale per i Minorenni può:

- affidare il minore al Servizio sociale perché svolga una funzione di sostegno e di controllo della situazione evolutiva e dia indicazioni comportamentali ai genitori;
- affidare il minore al Servizio, attribuendogli il compito di controllare l'attuazione delle prescrizioni date ai genitori per una psicoterapia, una mediazione familiare, un sostegno alla genitorialità, oppure attribuire ai Servizi anche il compito di stabilire essi stessi le modalità di visita dei genitori ai figli;
- disporre limitazioni più o meno ampie della potestà e inibire determinati comportamenti e anche attribuire al Servizio l'esercizio di funzioni genitoriali;
- affidare al Servizio e disporre l'allontanamento del minore dalla famiglia e il suo collocamento presso una persona o una casa famiglia dando al Servizio il compito di reperire il luogo adeguato. Ciò sia ai sensi dell'art. 333, che parla genericamente di allontanamento, ma anche ai sensi dell'art. 27 del r.d.l. 1404/34, che prevede che il Tribunale quando dispone l'affidamento ai sensi dell'art. 25 n. 1, può disporre l'allontanamento del minore dalla casa paterna e, in tal caso, deve essere indicato il luogo in cui il minore deve vivere e la persona o l'ente che si prende cura del suo mantenimento e della sua educazione (art. 27, comma 2, r.d.l. 1404/34: *“nel verbale può essere disposto l'allontanamento del minore dalla casa paterna, in tal caso deve essere indicato il luogo in cui il minore deve vivere, la persona o l'ente che si prende cura del suo mantenimento e della sua educazione”*). In tali casi non sono previsti termini di durata dell'allontanamento.

Il Tribunale per i Minorenni può anche disporre l'affidamento familiare ai sensi della legge 184/1983 relativa all'adozione, modificata dalla legge n. 149/2001, che prevede per un minore, temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo e in previsione di un futuro rientro nella famiglia di origine, la possibilità dell'affidamento e la collocazione presso una famiglia affidataria o una persona singola, o una comunità di tipo familiare, per un periodo massimo di 24 mesi, salvo proroga. Nell'ipotesi di affidamento familiare la norma prevede all'art. 5 in maniera esplicita che l'affidamento comporti l'attribuzione all'affidatario della potestà genitoriale. Dice, infatti, l'art. 5: *“l'affidatario deve accogliere presso di sé il minore, provvedere al mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli artt. 330 e 333”*, e ancora *“in ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con le istituzioni scolastiche e con le autorità sanitarie”*. Qui è chiaramente precisato che l'affidatario esercita i poteri parentali. Per quel che riguarda, invece, l'affidamento al Servizio sociale, i poteri che il Tribunale può attribuire sono diversificati. È importante perciò chiarire che l'affidamento al Servizio sociale, in quanto tale, ai sensi degli artt. 25 e 26 del r.d.l. 1404/34, non è sinonimo di attribuzione al Servizio dell'esercizio della potestà genitoriale, ma il Tribunale quando decide specificamente di intervenire sulla potestà lo fa ai sensi dell'art. 333 c.c. e quindi può affidare il minore al Servizio e attribuire o meno al Servizio affidatario anche l'esercizio di funzioni genitoriali. In tal caso, quando attribuisce responsabilità genitoriali, sarebbe necessario che fossero specificati i poteri del Servizio e quelli residuati ai genitori.

Sappiamo che l'aspetto più significativo della responsabilità genitoriale, anche secondo la previsione della novella 54/2006 consiste nelle scelte che è prescritto debbano essere fatte dai genitori in modo condiviso in tema di educazione, istruzione e salute, tenendo conto (il che è molto importante) della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. Le decisioni più significative sono quelle relative alla scelta dell'indirizzo scolastico, alla frequentazione o meno dell'ora di religione, alla frequentazione o meno del catechismo, alla frequentazione o meno di un percorso di psicoterapia, all'utilizzo di medicine alternative, all'effettuazione di vaccinazioni, alla sottoposizione del minore a interventi medici eccetera.

Quali sono, dunque, i poteri decisionali dei Servizi e quelli dei genitori in merito a queste scelte?

Non è sempre facile stabilirne i confini. Risulta a tale proposito interessante esaminare alcuni provvedimenti.

Il **Tribunale per i Minorenni di Venezia**, con decreto del **2 ottobre 2009** reso in via provvisoria, affida ai sensi dell'art. 333 c.c. in via temporanea e urgente, la minore al Servizio sociale del Comune di Verona. Si legge nel decreto: *“ritenuto opportuno affidare, in via temporanea, in attesa di informazioni aggiornate, la minore al servizio sociale di Verona, mantenendo il collocamento presso la nonna paterna, a fronte della situazione di disagio che essa risulta vivere per i contrasti che ciascun genitore ha con la propria madre e per la valutazione del consultorio familiare,*

PQM visto l'art. 333 c.c. affida, in via temporanea, la minore al servizio sociale del Comune di Verona per il controllo e il sostegno della sua situazione evolutiva e per il suo mantenimento presso la nonna paterna. Incarica il servizio sociale affidatario di disciplinare i rapporti tra la minore e i genitori e di fornire a questo Tribunale informazioni aggiornate, nonché al servizio di neuropsichiatria infantile dell'ULS 20 di fornire informazioni in suo possesso sulle condizioni della minore e su come vive la relazione con ciascuno dei due genitori”.

Il compito specificamente attribuito al Servizio è, quindi, quello del sostegno e controllo della situazione evolutiva e del collocamento presso la nonna, nonché il compito di disciplinare i rapporti tra la bambina e i genitori. Siamo in presenza di una contrazione della potestà genitoriale, per il fatto che i genitori sono esclusi dalla convivenza con la figlia, che è collocata presso la nonna e per il fatto che essi non la possono vedere liberamente. Non c'è, però, una specifica attribuzione di responsabilità genitoriale al Servizio e, poiché il semplice affidamento al Servizio non comporta in quanto tale l'attribuzione della potestà, né è dichiarato un affievolimento o una contrazione specifica della potestà. Questa, a mio avviso, dovrebbe essere rimasta ai genitori per quel che riguarda le scelte fondamentali, mentre per l'ordinaria amministrazione nel quotidiano, questa dovrebbe essere della nonna convivente. La nonna è solo collocataria e non affidataria, quindi non ha l'esercizio della potestà. Se però ci si richiamasse all'art. 5 della legge 184/1983 che regola l'affidamento familiare sopra citato che detta alcune regole più precise, sorgerebbero dei dubbi, perché l'affidatario, che è anche colui che vive con il minore, deve tener conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi dell'art. 333 c.c.

In questo caso la pronuncia, che però è provvisoria, è data proprio ai sensi dell'art. 333 c.c., perciò si potrebbe anche pensare che non si debba tener conto delle indicazioni dei genitori e che tutte le decisioni le debba assumere la nonna, mentre al Servizio sembrano attribuiti altri poteri, che non riguardano l'esercizio della potestà. Il Tribunale avrebbe dovuto precisare meglio l'ambito delle rispettive attribuzioni.

Interessante è un altro decreto del **Tribunale per i Minorenni di Venezia (4 luglio 2008)** che interviene specificamente a limitare la potestà dei genitori.

Il Tribunale, in presenza di una sindrome di alienazione genitoriale così provvede: *“visto l'art. 333 c.c. dispone in via temporanea e a limitazione della potestà di entrambi i genitori, che il minore fermo l'affidamento al servizio sociale territorialmente competente per il controllo e il sostegno della sua situazione evolutiva, sia sottoposto a psicoterapia e inserito in contesti socializzanti ed educativi, individuati dal servizio sociale affidatario; dispone, in via temporanea, che il minore stia con la madre due cene alla settimana e i venerdì o le domeniche pomeriggio e incarica il servizio sociale di attuare un sostegno psicopedagogico ai genitori; incarica il servizio sociale di inviare informazioni aggiornate entro la fine del mese di ottobre 2008. Si comunichi ai genitori, al PM, al GT, ai servizi sociali dell'ULS 22”*.

Si tratta di un procedimento iniziato ai sensi dell'art. 317 bis. Successivamente il Tribunale si pronuncia ai sensi dell'art. 333 c.c., avendo ravvisato un comportamento pregiudizievole, conferma il collocamento presso il padre, l'affidamento già disposto ai Servizi per il sostegno e il controllo e dispone specificamente una limitazione della potestà con riferimento alla decisione, sottratta ai genitori, di far effettuare al minore la psico-terapia e di inserirlo durante il giorno fuori dalla casa paterna, in un ambiente socializzante. A chi è attribuita in questo caso la responsabilità genitoriale, chi effettua le scelte relative a istruzione, educazione e salute? Non i Servizi, perché non è loro attribuito specificamente tale potere. Secondo me, il padre, in quanto collocatario, svolge inevitabilmente

il ruolo principale nell'educazione mentre le scelte generali dovrebbero spettare a entrambi i genitori, perché la limitazione della potestà non riguarda questo aspetto della responsabilità genitoriale, ma solo il collocamento diurno del minore in ambiente diversificato dalla casa paterna e la scelta, che viene imposta, di fargli effettuare la psicoterapia. Anche in questo caso non sono chiari i limiti della responsabilità genitoriale attribuita ai genitori e ai Servizi.

Altro provvedimento interessante è quello emesso dal **Tribunale per i Minorenni di Milano (2 dicembre 2008)** che, ai sensi dell'art. 317 bis c.c., ha decretato il collocamento del minore presso il padre, ha disciplinato analiticamente i rapporti con la madre e ha affidato il figlio al Comune di Milano, demandandogli le decisioni relative all'istruzione, educazione e salute del minore stesso.

In motivazione si legge: *“conformemente alla richiesta del PM a giudizio del collegio la soluzione maggiormente idonea ad offrire garanzie di tutela per il minore non può allo stato che essere quella di affidarlo all'ente territoriale, in quanto entrambi i genitori non sono da soli in grado di gestire il loro rapporto da separati, e di assumere decisioni nell'esclusivo interesse del figlio, così da tenerlo al riparo dai loro personali conflitti.*

A giudizio del collegio peraltro va precisato alle parti che tale provvedimento assume il carattere di ultima ratio il cui fallimento non può che condurre a provvedimenti maggiormente incisivi a limitazione della potestà genitoriale anche con riferimento al collocamento del minore

PQM visto l'art. 317 bis affida il minore, residente con il padre, al comune di Milano a cui demanda le decisioni relative all'istruzione, all'educazione e salute del bambino, nonché il monitoraggio del rispetto dei tempi di incontro con la madre, secondo le indicazioni del Tribunale, un'attenta attività di vigilanza sullo sviluppo del minore, prestando i necessari interventi di supporto ove necessari e un supporto alla genitorialità. Manda al servizio sociale del comune di Milano di prendere immediatamente in carico la situazione, riferendo a questo Tribunale inderogabilmente entro e non oltre 15 giorni dal ricevimento del presente provvedimento in merito all'avvenuta individuazione dell'operatore referente del caso. Manda al servizio sociale di riferire in caso di mancata adesione dei genitori agli interventi proposti e di violazione delle prescrizioni impartite e di segnalare immediatamente al Procuratore della Repubblica presso questo Tribunale per i Minorenni per le sue iniziative nel caso si evidenziassero le condizioni per la riapertura del procedimento e la modifica del provvedimento attualmente in vigore”.

Questo provvedimento è stato assunto nell'ambito dell'art. 317 bis c.c. e non si richiama all'art. 333 c.c., che giustificerebbe l'affidamento al Servizio sociale, come invece il provvedimento esaminato in precedenza, tuttavia l'art. 317 bis c.c. contempla la possibilità per il giudice anche di escludere dalla potestà entrambi i genitori e nominare un tutore. Pertanto poiché questo provvedimento è meno grave si potrebbe ritenere che possa essere disposto anche ai sensi dell'art. 317 bis c.c., senza il richiamo all'art. 333 c.c.

In questo caso il Tribunale ha stabilito una forte compressione della potestà e una specifica attribuzione di poteri al Servizio, poteri che rappresentano la responsabilità che i genitori non sono in grado di assumere, perché – così si legge – *“non sono in grado di prendere decisioni”*.

Il potere decisionale è dunque attribuito al Servizio, e proprio in quanto così ampiamente demandato al Servizio, il Tribunale chiede anche l'individuazione dell'operatore referente del caso, il quale dovrebbe prendere le decisioni in luogo dei genitori, tenendo conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni del minore.

Viene anche precisato dal Tribunale che questo affidamento al Servizio sociale rappresenta l'ultima risorsa prima di intervenire con l'allontanamento del minore. I poteri che restano ai genitori sembrano pressoché inesistenti, posto che tutte le decisioni sono conferite al Servizio, non essendo i genitori in grado di assumerle a causa della loro conflittualità.

Tuttavia si deve rilevare che se ci fosse stato un affidamento familiare ai sensi della legge 184/1983 l'affidatario avrebbe avuto il compito di provvedere all'educazione, istruzione e mantenimento del minore tenendo conto delle indicazioni dei genitori, per i quali non vi fosse stata una pronuncia ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c.; in questo caso, quindi, posto che non c'è una tale pronuncia, i genitori dovrebbero comunque poter dare le loro indicazioni ai Servizi sulle scelte da assumere per i minori, di cui i Servizi dovrebbero tenere conto in quanto affidatari. Gli ampi poteri conferiti al Servi-

zio, non escludono un residuo, seppure minimo, potere di controllo e di indicazioni da parte dei genitori.

In simili casi risulta comunque evidente l'esigenza di delineare con chiarezza quali poteri-compiti rimangano ai genitori e quali debbano essere assunti dai Servizi.

Più complessa è l'individuazione dei limiti dei poteri attribuiti al Servizio sociale dal Tribunale ordinario in sede di separazione e divorzio.

Non vi è infatti una norma che specificamente attribuisca questa facoltà al giudice ordinario, come invece dispone l'art. 25 in relazione all'art. 333 c.c. per quanto attiene alla competenza del Tribunale per i Minorenni. Si ritiene che tale facoltà sia rinvenibile nella previsione dell'art. 155 c.c., laddove al 2° comma è previsto che il giudice che pronuncia la separazione adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, oppure dell'art. 6 della legge sul divorzio che prevede la possibilità di applicare l'affido familiare previsto dall'art. 2 della legge 184/1983, nei casi di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei due genitori: *“il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'art. 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, che sia in grado di assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno”*. L'affidamento ai Servizi da parte del giudice della separazione o del divorzio viene motivato in base alla considerazione che se l'art. 155, 6° comma, c.c. prevede la possibilità di collocamento presso una terza persona, tale collocamento può essere inteso come sinonimo di “affidamento” e quindi equivalente ad “affidamento ad una terza persona” e quindi “a terzi”, e terzi possono essere anche i Servizi, perciò “affidamento ai Servizi”.

Con la novella 54/2006, il 6° comma è stato eliminato. Una parte della dottrina ritiene tuttavia che si tratti di una dimenticanza e che la previsione sia ancora applicabile, mentre secondo altro orientamento si ritiene che non sia applicabile alla separazione neppure l'affidamento familiare previsto dall'art. 6 legge del divorzio.

Nella prassi giudiziaria, essendo comunque rimasta la previsione del comma 2, dell'art. 155 c.c., laddove è stabilito che il giudice *“adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole”*, si continua a disporre l'affidamento ai Servizi sociali.

L'ampiezza del potere discrezionale conferito da questa norma al giudice ordinario, consente a questi di attribuire a sua volta al Servizio un potere indeterminato e ampio, che spazia dal sostegno ai genitori e controllo della situazione familiare, al compito di far rispettare le indicazioni stabilite dal Tribunale per lo svolgimento di una mediazione o di una psicoterapia, all'attuazione delle modalità di visita stabilite dal Tribunale, o persino da stabilire da parte dello stesso Servizio, fino ad arrivare all'attribuzione vera e propria dell'esercizio della potestà genitoriale, relativamente alle scelte sull'educazione, istruzione e la salute.

Nella lacunosità e indeterminatezza della norma, nel suo silenzio relativamente all'affido ai Servizi non viene dunque esplicitato quali siano i poteri che possano essere attribuiti al Servizio e talvolta non viene neppure indicata dall'organo giudicante quale sia la norma che giustifica l'affidamento ai Servizi.

Ne è esempio la sentenza della Corte d'Appello di Catania del 29 maggio 1984², una delle prime sentenze che prevede l'affidamento dei minori ai Servizi sociali in sede di separazione. La Corte d'Appello, a modifica della sentenza del Tribunale che, nel pronunciare la separazione fra i coniugi addebitandola alla moglie, aveva affidato a lei il figlio con facoltà per il padre di tenerlo per determinati periodi, ha deciso l'affidamento del minore al Servizio sociale, collocandolo presso la madre. Vediamo la massima: *“In base all'interpretazione estensiva del combinato disposto degli art. 333 c.c. e 25 e 26 della legge 27.05.1956 n. 835, qualora alla prole risulti pregiudizievole l'affidamento ad uno dei genitori ma non già la convivenza con lo stesso, della quale peraltro risultino provati ampiamente i vantaggi, i figli minori di figli separati possono essere affidati al servizio sociale ed allocati, al tempo stesso, invece che in un istituto psico-pedagogico, nella casa del genitore in favore del quale l'affidamento era stato originariamente disposto”*.

² Corte d'Appello di Catania, sent. del 29 maggio 1984, in *Famiglia e diritto*, 1984, 969.

Questa sentenza si richiama erroneamente alle norme sopra citate, che si riferiscono specificamente alle competenze del Tribunale per i Minorenni. La Corte sembra peraltro attribuire al Servizio solo poteri di sostegno e controllo e non l'esercizio della potestà, perché nella motivazione si legge che *“oltre a svolgere le normali indagini sulla personalità del minore e a provvedere alla puntuale esecuzione dei provvedimenti riguardanti i rapporti tra il figlio e il padre, l'ufficio dovrà svolgere ampie e approfondite indagini per raccogliere il massimo numero di elementi di giudizio che possano essere utilizzati in un eventuale futuro procedimento di revisione dei provvedimenti dati, nell'interesse del ragazzo, dalle sentenze emesse nel presente processo”*. Un provvedimento, quindi, poco esplicito nei limiti dei poteri attribuiti al Servizio, perché non è chiaro al giudicante la norma che giustifica l'affidamento.

Esaminiamo un'altra sentenza: **Tribunale di Genova, 29 settembre 1987**³, dove si afferma che *“ove la madre affidataria abbia sistematicamente impedito ogni contatto del minore con il padre e conseguentemente quest'ultimo non abbia potuto sviluppare con lui un rapporto adeguato, è ammissibile l'affidamento del minore stesso al servizio sociale del Comune, che potrà così dissuadere la madre dal comportamento finora adottato”*. In motivazione c'è il richiamo all'art. 155 c.c. e il collocamento viene inteso come “affidamento” a terzi: *“L'art. 155 c.c. al 6° comma precisa che il Giudice può in ogni caso per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità, in un istituto di educazione ... alla luce di quanto osservato nell'esclusivo interesse del minore, appare legittimo il suo affidamento al Comune: ciò non vuol dire necessariamente un allontanamento dalla madre, ma l'attribuzione di un maggior potere e una maggiore responsabilità all'ente locale, che avrà pertanto i mezzi da un lato per dissuadere la madre da un comportamento di rifiuto e di ostilità finora costantemente adottato, dall'altro per aiutare lo sviluppo di un accettabile rapporto, finora inesistente con il padre”*.

Il Comune, e quindi il Servizio, sembrerebbe vedersi attribuito l'incarico di mediare una situazione di grave conflittualità, per assicurare, nell'interesse del minore, la relazione dello stesso con il genitore nei cui confronti l'altro genitore effettuava ostruzionismo. L'azione richiesta al Servizio sociale, quindi, sembrerebbe un intervento di mediazione a fianco della famiglia con l'attribuzione di poteri indefiniti, lasciati integralmente alla valutazione del Servizio, ma con l'esercizio della potestà che sembrerebbe lasciato ai genitori. Bisogna anche sottolineare che il Tribunale chiude il processo, ma lascia aperta una situazione in cui attribuisce al Servizio il compito di risolvere un grave conflitto genitoriale, senza che sia previsto il controllo giudiziario, che invece davanti al Tribunale per i Minorenni è sempre attuato perché il processo è di volontaria giurisdizione adatto all'evolversi della situazione e il provvedimento può sempre essere modificato.

Secondo altra sentenza, emessa dal **Tribunale di Bologna**⁴ – confermata in appello, che attribuisce ai Servizi sociali tutti i poteri, anche quelli relativi alla potestà e giustifica l'affidamento richiamandosi all'art. 155, secondo comma, c.c. laddove è previsto che il Giudice *“adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole”* – *“nel caso di inadeguatezza educativa di entrambi i genitori, in base all'art. 155 secondo comma c.c., il Giudice della separazione può, da un lato, disporre l'affidamento dei minori al servizio sociale che assumerà, sentiti i genitori, le più importanti decisioni nell'interesse dei figli (in particolare quelle relative alla salute, all'istruzione e all'educazione) e, se necessario, impartirà ai genitori adeguate prescrizioni di natura alimentare e pedagogica e dall'altro attribuire al genitore convivente l'esercizio della potestà sulle sole questioni di ordinaria amministrazione”*.

Il concetto di affidamento viene qui inteso come attribuzione della potestà genitoriale. Il Tribunale prevede anche la graduazione della potestà, lasciando al genitore convivente quella ordinaria, e ai Servizi le scelte fondamentali. A differenza del Tribunale per i Minorenni di Milano, sopra citato, non si preoccupa di chiedere al Servizio l'individuazione dell'operatore che si occuperà del caso.

In altra sentenza della **Corte d'Appello di Milano**⁵ si afferma: *“in presenza di intensi conflitti tra ge-*

³ Tribunale di Genova, 29 settembre 1987, estensore Dogliotti, massimata in *Foro Italiano*, 1988, parte 1°, sez. 2°, 92.

⁴ Tribunale di Bologna, sent. n. 2378 del 1° ottobre 2007, in *Famiglia, persone e successioni*, ott. 2008, 849.

⁵ Corte d'Appello di Milano, sent. 30 marzo 2001, in *Famiglia e diritto*, 2002/2, 177.

nitore separati e al fine di garantire una sana ed equilibrata crescita al figlio minore, nonché la riduzione al minimo del danno sempre insito nella disgregazione familiare, in mancanza di parenti e altre persone disponibili ed idonee, la soluzione più opportuna può essere ravvisata nell'affidamento del minore stesso al Comune di residenza”.

Qui vi è un richiamo implicito all'art. 155, 6° comma c.c., laddove prevedeva, nel testo previgente, che per gravi motivi il Giudice potesse ordinare che la prole fosse collocata presso una terza persona, che normalmente la giurisprudenza individuava nei parenti. Nel caso in esame la Corte rileva che non essendoci parenti l'affidamento a terzi poteva essere dato che ai Servizi, intendendo il collocamento come sinonimo di affidamento. In motivazione si legge *“l'affidamento esclusivo della minore ad uno dei genitori non è allo stato proficuo per la sua serena evoluzione, in quanto essa resterebbe esposta alle ripercussioni di conflitti non risolti, che entrambi i genitori mostrano di non avere ancora elaborato e superato. La Corte reputa che la soluzione più consona sia l'affidamento al Comune, che pone i genitori in una posizione paritetica di riflessione e di auto critica”*. Ancora una volta non è chiaro quali sono i poteri attribuiti al Servizio. L'affidatario in questo caso sembra essere inteso come titolare della responsabilità genitoriale, anche perché i genitori sembrerebbero esserne espropriati (*“l'affidamento esclusivo ad uno dei genitori non è allo stato proficuo”*) e *“posti in una posizione paritetica”* come dice, quindi non affidamento né all'uno né all'altro, ma affidamento a terzi, cioè al Servizio, quindi il Servizio titolare della potestà. Ancora una volta, la decisione è generica nel definire i limiti dei rispettivi poteri.

La Corte di Cassazione pronunciandosi sull'affidamento dei minori al Servizio sociale, e ritenendo il provvedimento estensibile anche al giudice ordinario, ha affermato che *“in sede di separazione dei coniugi, il Tribunale ordinario, qualora sia accertata l'inidoneità di entrambi i genitori, può affidare i figli minori, nell'interesse degli stessi, ai servizi sociali, territorialmente competenti (nella specie, i minori sono stati collocati presso l'abitazione coniugale assegnata alla moglie)”*⁶.

Anche in questo caso il problema era quello della conflittualità genitoriale. La Corte d'Appello, all'esito della relazione peritale disposta, aveva affidato le minori al Servizio sociale del Comune, collocandole presso la madre e prescrivendo che i genitori e le minori si sottoponessero a un programma di recupero secondo le indicazioni del Ctu, e aveva affidato al Servizio sociale il compito di attivarsi per l'attuazione dell'intero programma indicato dalla consulente mediante la scelta di:

- idoneo centro di mediazione familiare;
- strutture disponibili a curare gli incontri tra il padre e le minori, previa preparazione psicologica delle stesse, con obbligo di riferire ogni quattro mesi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni.

La madre è ricorsa in Cassazione contestando la violazione degli artt. 155 e 333 c.c. e adducendo che solo il Tribunale per i Minorenni ha il potere di affidare a terzi – ai sensi dell'art. 333 c.c. nell'ambito dei provvedimenti cautelari idonei a ovviare a situazioni pregiudizievoli per i minori –, mentre la decisione sull'affidamento rientra nella competenza del Tribunale ordinario quando non vi siano situazioni pregiudizievoli e, in tal caso, i provvedimenti dovrebbero solo mirare a individuare il genitore più idoneo all'affidamento.

La Corte di Cassazione, disattendendo il ricorso, ha affermato la facoltà del giudice ordinario di adottare la misura dell'affidamento del minore al Servizio sociale sostenendo che *“un tale limite non esiste, né è dato rinvenirlo in nessuna disposizione codicistica in tema di separazione, né nella legislazione in tema di divorzio, né, tanto meno, in una ricostruzione sistematica del complesso di disposizioni normative che disciplinano l'affido dei minori in sede di pronuncia di separazione dei coniugi o di divorzio”*. Non ha richiamato, tuttavia, le norme che riteneva applicabili e non ha neppure effettuato una ricostruzione sistematica, che sarebbe stata invece assai utile data la poca chiarezza della normativa. Per quel che riguarda i poteri dei Servizi affidatari è significativo che nel giustificare la possibilità dell'affidamento al Servizio, la Corte usi queste parole nella motivazione: *“non si può non percepire come la Corte territoriale nella specie, non abbia fatto altro che disegna-*

⁶ Corte Cass. n. 24907/2008, in *Foro it.*, 2009, 836.

re un ruolo del tutto contingente ai servizi sociali del Comune chiamati all'affido in un contesto di precise prescrizioni e di oneri aventi di mira l'esclusivo interesse delle minori, che lasciano del tutto impregiudicata la collocazione logistica delle minori stesse presso l'abitazione coniugale assegnata alla moglie".

Sembra, quindi, che il potere del Servizio affidatario debba essere "contingente", cioè relativo all'attuazione dell'intero programma indicato dalla Ctu, come aveva indicato la Corte d'Appello, quindi diretto alla scelta del centro di mediazione, alla scelta della struttura per l'incontro del padre con la figlia e alla scelta della psicologa per le minori nonché al sostegno e al controllo della fase evolutiva. Nient'altro era attribuito come compito al Servizio e sembra che la Cassazione giustifichi la scelta proprio per il ruolo limitato e contingente nell'ambito delle precise prescrizioni date.

Da ultimo esaminiamo un provvedimento del **Tribunale di Verona (19 dicembre 2008)**, dato in sede di modifica delle condizioni della separazione, quindi nell'ambito di un procedimento camerale, in una situazione in cui il padre contestava l'atteggiamento della moglie, che secondo lui condizionava il figlio che non voleva pernottare con lui. Dopo due anni e mezzo di causa e vari provvedimenti e modifiche degli stessi, il Tribunale ha confermato il collocamento del figlio presso la madre e disposto l'affidamento al Servizio sociale con il compito di:

- *"monitorare le condizioni del minore, il suo sviluppo psico-fisico, le sue condizioni sanitarie, riferendo al Giudice tutelare competente;*
- *individuare, anche di concerto con gli operatori che svolgono il percorso di sostegno alla genitorialità e l'intervento terapeutico sul minore, le modalità di visita e di frequentazione, anche con pernottamenti, se positivamente motivati, del minore con il padre, più consoni all'esigenza di garantire un'adeguata relazione di entrambi i genitori;*
- *verificare la prosecuzione del percorso di sostegno alla genitorialità intrapreso dalle parti e la prosecuzione del percorso terapeutico del minore, con possibilità di conferire l'incarico al servizio pubblico di neuro psichiatria infantile in caso di difficoltà;*
- *intervenire in ausilio ai genitori nell'adozione delle decisioni più rilevanti riguardanti il minore, ad esempio la scelta della scuola, delle attività extra scolastiche o sportive".*

Osserviamo dunque:

- 1) il Tribunale ha dato un ampio spazio al Servizio con compiti di sostegno e di controllo e un potere decisionale a fianco a quello dei genitori sulle scelte rientranti nella potestà genitoriale. Quali sono i contenuti di questo potere? Si tratta di un potere di mediazione per cui i Servizi non devono decidere ma devono aiutare i genitori a decidere? E chi decide se i genitori non sono in grado di farlo? Decidono i Servizi? E se decidono i Servizi ma i genitori non sono d'accordo, che poteri ha il giudice tutelare al quale il procedimento è rimesso? Non dovrebbe avere alcun potere, perché se si applica l'art. 155 c.c. che prevede la possibilità di rivolgersi al giudice in caso di disaccordo, dovrebbe essere competente il giudice ordinario, oppure ai sensi dell'art. 316 c.c. richiamato dall'art. 5 l. 184/1983, il Tribunale per i Minorenni.
- 2) Il Tribunale ha attribuito ai Servizi anche un potere decisionale in merito alle modalità di visita che, a differenza del provvedimento del Tribunale per i Minorenni di Milano, sopra citato, che prevedeva una particolareggiata definizione delle modalità, qui è lasciato integralmente al Servizio; il Tribunale chiude il procedimento senza decidere sul tema più importante e scottante che è quello delle visite, perché considera la situazione ancora fluida e quindi le modalità non ancora determinabili.

Ma cosa succede se i genitori non sono d'accordo sulle scelte del Servizio o se non le rispettano, che poteri ha il giudice tutelare? Sappiamo che non ha un potere decisionale, ma ai sensi dell'art. 337 c.c., ha solo un potere di vigilanza sull'osservanza delle condizioni stabilite dal Tribunale per l'esercizio della potestà; in questo caso, quindi sembra essere rischioso chiudere il processo senza assumere quelle decisioni, perché appunto c'è il rischio che i provvedimenti dei Servizi non vengano rispettati oppure potrebbe anche succedere che i Servizi non provvedano o ritardino in modo inadeguato nel provvedere.

Quindi è bene, a nostro avviso, non lasciare i procedimenti aperti ma chiuderli effettivamente con

le indicazioni di modalità definite e con l'incarico, quindi, al Servizio di svolgere la sua funzione di controllo e al giudice tutelare di far rispettare quanto stabilito dal Tribunale.

Al riguardo va segnalata una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato l'Italia perché il Tribunale per i Minorenni non aveva svolto un'attenta sorveglianza sul lavoro dei Servizi sociali: *“un'interruzione prolungata dei contatti tra genitori e figli o incontri troppo distanti nel tempo possono compromettere ogni seria possibilità di aiutare gli interessati a superare le difficoltà emerse nella vita familiare e di riunirli... Di conseguenza, il Tribunale per i Minorenni ha un dovere di vigilanza costante sui servizi sociali affinché il loro lavoro non annulli la portata delle sue decisioni”*⁷.

In conclusione:

- non c'è una norma che preveda specificamente la possibilità per il Tribunale ordinario in sede di separazione e divorzio di affidare il minore al Servizio sociale;
- dall'inizio degli anni Ottanta la giurisprudenza di merito ha preso ad applicare tale modalità e la Corte di Cassazione ne ha confermato la legittimità;
- non c'è chiarezza, perché la giurisprudenza non è esplicita, su quali siano in tale caso i poteri del Servizio affidatario, se cioè al Servizio possa anche essere conferito l'esercizio della potestà genitoriale e quindi il potere di effettuare le scelte per il minore su educazione, salute, istruzione, come è pacifico quando a disporre l'affidamento è il Tribunale per i Minorenni, ai sensi degli artt. 25 r.d.l. 1404/34 e 333 c.c.;
- a mio avviso, al Servizio dovrebbe essere attribuito un ruolo “contingente”, come afferma la Cassazione, che nell'interesse del minore svolga una funzione di sostegno e controllo e curi l'attuazione dei provvedimenti che il Tribunale stabilisce, relativi al sostegno alla genitorialità, alla psicoterapia, alla mediazione familiare, al controllo dei tempi di visita eccetera;
- qualora il Tribunale, sia ordinario che per i Minorenni, intenda conferire ai Servizi anche l'esercizio della potestà, e quindi il compito di effettuare le scelte su educazione, salute e istruzione, dovrebbe esplicitarlo;
- in tal caso, occorrerebbe individuare anche quale sia il responsabile del Servizio che se ne occupa, come abbiamo visto essere stato stabilito dal Tribunale per i Minorenni di Milano con la sentenza sopra indicata, per l'assunzione della relativa responsabilità;
- in tal caso, dovrebbe essere anche chiarito, come stabilito dall'art. 5 l. 184/1983 sull'affido familiare, che devono essere rispettate le indicazioni generali date dai genitori;
- i provvedimenti relativi alla regolamentazione dei rapporti genitori-figli dovrebbero essere stabiliti con provvedimento del Tribunale, seppure in osservanza dei suggerimenti dei Servizi, ma non lasciati in modo imprecisato alla decisione dei Servizi stessi, per far sì che il provvedimento mantenga la sua forza cogente.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 luglio 2000, in *Famiglia*, 2001, 1, 5.

AFFIDAMENTO DEL MINORE: FAMIGLIA AFFIDATARIA E LEGAMI

Lucrezia Mollica

Avvocato del Foro di Milano



È cosa buona fermarsi a riflettere sull'istituto dell'affidamento eterofamiliare del minore: sul motivo per cui era stato pensato, sulle sue potenzialità, sull'applicazione che ne è stata fatta, sulle luci e sulle ombre.

Va riconosciuto come la normativa di riferimento non sia in realtà così carente, fatta salva una modifica di fondamentale rilevanza per l'interesse del minore che andrebbe aggiunta in calce all'art. 4, 5° comma, legge n. 184/1983 e di cui si parlerà più avanti; molto difficoltosa si rivela, di contro, la concreta applicazione della disciplina in esame.

Come osservazione di carattere generale e preliminare va ricordato che questo istituto è stato profondamente riformato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 che ha novellato la legge 4 maggio 1983, n. 184 intitolata "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori". L'espresso richiamo al "Diritto del minore ad una famiglia", così come emerge con chiarezza già dal titolo della legge 149/01, ha modificato il cuore e la filosofia stessa della legge, indicando in modo ineludibile come priorità assoluta il recupero della relazione familiare.

Il rispetto di tale principio fondante non va trascurato soprattutto nell'applicazione delle procedure di affido, pensate proprio quale strumento di aiuto ai nuclei familiari in difficoltà attraverso il sostegno di una famiglia-altra d'appoggio e al fine di favorire il rientro del minore nell'ambito della "sua" famiglia. La realtà concreta dell'affido è tuttavia meno semplice e trasparente: un percorso a ostacoli dove i diversi protagonisti si trovano a vivere ruoli non sempre chiari e definiti e dove, troppo spesso, si recita a soggetto.

Si invitano tutti coloro che abitualmente usano tali articoli di legge come strumento quotidiano del proprio lavoro a rileggere con attenzione il dettato legislativo e a verificarne poi l'applicazione pratica. Afferma Maria Deidda, sociologa, già responsabile del Servizio affido familiare del Comune di Genova: *"Già l'affido in sé si presenta come strumento a suo modo originale e specifico, strumento apparentemente semplice, immediato, spontaneo, quasi naturale; in realtà è uno dei più complessi e sofisticati strumenti che ci si trovi a maneggiare nell'ambito degli interventi di tutela e protezione del minore. E proprio in questa complessità si esprime e si rende indispensabile la complementarietà, l'obbligo della complementarietà, che non tollera frammentazioni, divisioni, separatezze, pena il fallimento dell'affido, innanzi tutto nel rapporto tra tutti gli attori del sistema coinvolti nel processo: i singoli operatori, i servizi sociali e sanitari, l'autorità giudiziaria, le altre Istituzioni, la società civile, l'unica depositaria della risorsa potenziale costituita dalle famiglie, senza la cui disponibilità personale e gratuita non si potrebbe nemmeno parlare di affido"*¹.

¹ Cfr. Deidda, *Affidamento Familiare tra specificità e complementarietà: il ruolo dei Servizi*, in Atti del seminario "Servizi, affidi e autorità giudiziaria", Genova 29-30 ottobre 2009, in www.minori.it

Per rimanere nella metafora teatrale, che può bene rendere l'idea di come si snodano le storie di affido, si pensi a una rappresentazione con i seguenti personaggi:

1. **la famiglia d'origine:** negativa, talvolta violenta, più o meno sensibile ai richiami degli esperti;
2. **il minore:** triste, asociale, in difficoltà;
3. **Servizi sociali:** rapidi ed efficaci;
4. **giudice tutelare o Tribunale per i Minorenni:** efficienti e tempestivi;
5. **la famiglia affidataria:** buona, rispettosa, disponibile all'ascolto.

In questa ricostruzione la famiglia naturale rappresenta il lato oscuro, il personaggio negativo, che tuttavia nel corso della commedia si trasforma, grazie agli aiuti predisposti e ricevuti, e si tramuta da orco in fata, pronta a riaccogliere tra le proprie braccia sanate il suo bambino nell'immane fine. La famiglia affidataria dovrebbe rimanere come punto di riferimento amico, cui appoggiarsi quando necessario.

Non sempre purtroppo il copione sopra riportato viene rispettato. Talvolta la commedia si trasforma in tragedia e i protagonisti si perdono definitivamente.

Va detto che se emotivamente i protagonisti principali paiono essere il minore e le due famiglie, in realtà i fili sono condotti dagli altri due attori: i servizi e l'Autorità giudiziaria.

Luigi Fadiga, intervenendo a Genova nel seminario sopra citato, ha correttamente messo a fuoco l'equivoco di fondo, il vizio d'origine che spesso rende confuso l'iter dell'affidamento familiare: *“La legge 149/01 ha attribuito al giudice tutelare la competenza a rendere esecutivo il provvedimento di affidamento familiare disposto dai servizi locali nell'ambito delle loro competenze istituzionali di tutela del minore, prevedendo l'intervento del tribunale per minorenni solo in caso di mancato assenso dei genitori”*².

Già da prima però l'Autorità giudiziaria minorile aveva un proprio autonomo ruolo in questo campo in forza degli artt. 330, 333 e 336 del codice civile e dell'art. 38. Queste norme, disciplinando gli interventi in materia di potestà dei genitori, davano, e ancora oggi danno, al Tribunale per i Minorenni, su ricorso del pubblico ministero minorile ma non dei servizi, la possibilità di disporre il collocamento eterofamiliare del minore. Esse infatti attribuiscono al Tribunale per i Minorenni – nei casi di abusi o negligenze da parte dei genitori con pregiudizio del figlio – la competenza a pronunciare la decadenza o la limitazione della potestà stessa, e di disporre in pari tempo *“secondo le circostanze... i provvedimenti convenienti... ed anche... l'allontanamento del figlio dalla casa familiare”*.

*“Tra i ‘provvedimenti convenienti’ si è sempre ritenuto che vi fosse il collocamento presso idoneo nucleo familiare, non necessariamente individuato nella cerchia parentale. Il sistema in vigore delinea quindi l'affidamento familiare come un intervento socio-assistenziale di competenza dei servizi locali, che lo effettuano nell'ambito delle funzioni istituzionali loro attribuite, senza tuttavia alcun coordinamento con l'intervento dell'autorità giudiziaria”*³. Se dunque il cosiddetto affido consensuale, basato sul consenso della famiglia e gestito da servizi e giudice tutelare, pur presentando alcune anomalie (sopra tutte la durata dell'affido stesso) appare essere comunque più aderente alla ragion d'essere dell'istituto stesso, l'affido giudiziale, gestito dal Tribunale per i Minorenni e non solo privo del consenso della famiglia d'origine ma anzi da quest'ultima assai spesso e pesantemente ostacolato, appare un istituto bisognoso di un attento ripensamento, o meglio di una più accurata definizione normativa.

Il vizio d'origine è insito proprio nella gestione dell'affido giudiziale e nel rapporto tra le varie agenzie interessate e consiste nell'assenza di un sistema organico di protezione dei diritti del minore, *“comprensivo della protezione socio-assistenziale e di quella giudiziaria opportunamente raccordate tra loro”*⁴.

Il sistema amministrativo e il sistema giudiziario sommano e intrecciano le proprie diverse compe-

² Fadiga, *Affidamento Familiare tra specificità e complementarietà: il ruolo dell'Autorità Giudiziaria*, in *Atti del seminario cit.*

³ Ivi.

⁴ Ivi.

tenze con risultati troppo spesso configgenti. Nella pratica delle vicende trattate la confusione che troppo spesso si genera tra affido ai Servizi per opportuno collocamento a seguito di provvedimento *ex art.* 330 c.c. e collocamento in famiglia per un affidamento giudiziale porta a creare confini non chiari tra istituti concepiti su presupposti differenti.

In questo quadro una delle difficoltà maggiori appare essere quella della definizione del ruolo della famiglia affidataria e del suo rapporto con la famiglia d'origine.

L'art. 5 della legge 183/1984 disciplina i compiti dell'affidatario, richiamando l'art. 316 c.c., "Esercizio della potestà dei genitori", e in ogni caso investendo gli affidatari dell'esercizio dei poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con le istituzioni scolastiche e con le autorità sanitarie. Anche questa norma, peraltro, contiene un preciso richiamo agli artt. 330 e 333 c.c. e dunque subordina l'intervento e il ruolo della famiglia affidataria alle eventuali pronunce e prescrizioni limitanti la potestà genitoriale.

Tali prescrizioni e limitazioni, benché talvolta assolutamente necessarie per la tutela del minore, snaturano il ruolo dell'affidatario, che si ritrova a essere impossibilitato a intrattenere alcun tipo di rapporto con la famiglia d'origine, rendendo così più precario il proprio ruolo di sostegno nell'ottica del rientro in famiglia.

Se infatti l'affido consensuale – prevedendo proprio all'art. 5 della legge n. 183/1984 che l'affidatario debba accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento, istruzione ed educazione tenendo conto delle indicazioni dei genitori – presuppone necessariamente una comunicazione tra le due famiglie e chiede all'affidatario di gestire tale comunicazione proprio nell'ottica del reinserimento del minore nel suo nucleo familiare, esattamente l'opposto si verifica qualora vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile.

Negli affidi giudiziali, infatti, la famiglia affidataria, lungi dall'essere vissuta dalla famiglia d'origine come risorsa d'aiuto, viene recepita come la responsabile, o meglio la complice, dell'allontanamento del proprio figlio.

Si inserisce a questo punto una necessaria riflessione in merito al rapporto tra il tempo e il mantenimento dei legami d'affetto.

Se è chiaro infatti che un affido consensuale – anche lungo, ma fondato su un rapporto di collaborazione tra tutti i protagonisti e su un progetto trasparente e condiviso – può sopportare il peso di una lunga durata, non altrettanto si può affermare in merito a quegli affidi giudiziali dove tra le due famiglie non solo non esiste collaborazione, ma nemmeno comunicazione, dove al minore è vietato ogni contatto con il suo passato, se non in contesto protetto, e dove, soprattutto, non esiste alcuna previsione di tempi.

Rispetto dei legami e buon uso del tempo sono due variabili dipendenti, dalla cui correlazione può dipendere il buon esito di un caso.

Sinteticamente si può affermare che laddove i tempi si dilatano, i legami non possano essere interrotti, perché dopo un lungo periodo di allontanamento diventa difficile, se non impossibile ricucire un tessuto lacerato.

Emerge dalle riflessioni fin qui presentate la necessità ineludibile di una pianificazione chiara, capace di individuare il prima possibile un indirizzo corretto per una storia che vede protagonisti un minore e la sua famiglia in difficoltà.

Inevitabilmente queste vicende possono risultare spesso di lunga e difficile soluzione, ma proprio per questo motivo l'attenzione alla relazione *tempo-cura dei legami* deve essere altissima e competente e proprio per questo è di fondamentale importanza la definizione di un progetto chiaro.

Laddove si ravveda una situazione familiare ad alto rischio andrà valutata più adeguatamente la scelta di una adozione a rischio giuridico, piuttosto che quella di un affidamento eterofamiliare giudiziale, con l'incognita che questo si trasformi nella lunga permanenza del minore in una famiglia senza alcuna garanzia di tutela giuridica dei legami.

Questo tema era già stato affrontato nell'ormai lontano gennaio 2003 nel convegno "Il diritto del minore ad una famiglia", organizzato a Milano dall'AIAF. Qualche passo avanti da allora è stato fatto, ma la strada che porta al riconoscimento di un diritto del minore (ma anche degli adulti coinvolti) alla continuità degli affetti è ancora lunga.

La giurisprudenza di merito comincia a riconoscere l'importanza per il benessere del minore di tale principio⁵ e ancor più rilevante è una recente sentenza della Corte europea per i Diritti dell'Uomo di Strasburgo che punisce l'Italia per non aver protetto il minore allontanandolo dal luogo degli affetti e stabilendo di conseguenza il risarcimento a favore della coppia di affidatari per aver subito un'ingerenza nella vita familiare in violazione dell'art 8 della Convenzione⁶.

Proprio in tale ambito appare ormai non più rinviabile una modifica della legge da apportare all'art. 4, 5° comma, in tema di cessazione dell'affido, cui più sopra si è fatto cenno. Si avverte oggi l'esigenza profonda di una previsione legislativa che disciplini il diritto al mantenimento dei legami d'affetto, quando l'affido finisce, laddove il silenzio della legge sul post-affido ha consegnato alla piena discrezionalità degli operatori la regolamentazione di questa delicatissima fase della vita di un minore.

Esistono in Parlamento diverse proposte di legge, tanto di maggioranza quanto di opposizione, volte a impedire che si verifichino ancora vicende assolutamente incredibili. La speranza è che si traducano al più presto in un preciso dettato normativo.

Se scopo dell'affido è il recupero della famiglia d'origine, alla quale va dato tutto il sostegno e l'aiuto possibile, occorre stabilire che, qualora tale recupero non si raggiunga, vadano comunque tutelati i legami di fatto intervenuti tra gli affidatari e il minore. E ancor meglio, vada prevista la possibilità che il minore rimanga nella famiglia che lo ha accolto, con una più chiara e tutelante cornice giuridica. Purtroppo ancora oggi alcuni Tribunali ritengono sia rispettoso della legge interrompere definitivamente il rapporto tra il minore e coloro che, magari per anni, lo hanno cresciuto all'interno di una famiglia.

Va detto che anche quando l'affido si conclude con il rientro nella famiglia naturale, soprattutto se la durata dell'affido stesso sia stata rilevante, va curato e disciplinato il mantenimento di tali legami nel rispetto dei sentimenti e dei legami nel tempo creatisi tra minore e famiglia affidataria. E tutto ciò anche per tutelare una risorsa preziosa e delicata come quella della famiglie affidatarie.

⁵ Si veda il provvedimento del Tribunale per i Minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta in data 19-20 agosto 2009, in *Minori e Giustizia*, 2009/3, 446 e 447.

⁶ Causa Moretti e Benedetti c. Italia - sezione seconda - sentenza 27 aprile 2010, oggi in attesa di decisione su eventuale rinvio alla Grande Chambre.

AFFIDAMENTO DEL MINORE

Art. 2.

1. All'articolo 2 della legge n. 184 sono premesse le seguenti parole: «Titolo I-bis. Dell'affidamento del minore».

2. L'articolo 2 della legge n. 184 è sostituito dal seguente:

«Art. 2. – 1. Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno.

Ove non sia possibile l'affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare.

3. In caso di necessità e urgenza l'affidamento può essere disposto anche senza porre in essere gli interventi di cui all'articolo 1, commi 2 e 3.

4. Il ricovero in istituto deve essere superato entro il 31 dicembre 2006 mediante affidamento ad una famiglia e, ove ciò non sia possibile, mediante inserimento in comunità di tipo familiare caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia.

5. Le regioni, nell'ambito delle proprie competenze e sulla base di criteri stabiliti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definiscono gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza che devono essere forniti dalle comunità di tipo familiare e dagli istituti e verificano periodicamente il rispetto dei medesimi».

Art. 3.

1. L'articolo 3 della legge n. 184 è sostituito dal seguente:

«Art. 3. – 1. I legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato, secondo le norme del capo I del titolo X del libro primo del codice civile, fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore in tutti i casi nei quali l'esercizio della potestà dei genitori o della tutela sia impedito.

2. Nei casi previsti dal comma 1, entro trenta giorni dall'accoglienza del minore, i legali rappresentanti devono proporre istanza per la nomina del tutore. Gli stessi e coloro che prestano anche gratuitamente la propria attività a favore delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati non possono essere chiamati a tale incarico.

3. Nel caso in cui i genitori riprendano l'esercizio della potestà, le comunità di tipo familiare e gli istituti di assistenza pubblici o privati chiedono al giudice tutelare di fissare eventuali limiti o condizioni a tale esercizio».

Art. 4.

1. L'articolo 4 della legge n. 184 è sostituito dal seguente:

«Art. 4. – 1. L'affidamento familiare è disposto dal servizio sociale locale, previo consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento. Il giudice tutelare del luogo ove si trova il minore rende esecutivo il provvedimento con decreto.

2. Ove manchi l'assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore, provvede il Tribunale per i Minorenni. Si applicano gli articoli 330 e seguenti del codice civile.

3. Nel provvedimento di affidamento familiare devono essere indicate specificatamente le motivazioni di esso, nonché i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, e le mo-

dalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti il nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il minore. Deve altresì essere indicato il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento con l'obbligo di tenere costantemente informati il giudice tutelare o il Tribunale per i Minorenni, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2. Il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento, deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al Tribunale per i Minorenni del luogo in cui il minore si trova, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2, ogni evento di particolare rilevanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza.

4. Nel provvedimento di cui al comma 3, deve inoltre essere indicato il periodo di presumibile durata dell'affidamento che deve essere rapportabile al complesso di interventi volti al recupero della famiglia d'origine. Tale periodo non può superare la durata di ventiquattro mesi ed è prorogabile, dal Tribunale per i Minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore.

5. L'affidamento familiare cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutato l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia d'origine che lo ha determinato, ovvero nel caso in cui la prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore.

6. Il giudice tutelare, trascorso il periodo di durata previsto, ovvero intervenute le circostanze di cui al comma 5, sentiti il servizio sociale locale interessato ed il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento, richiede, se necessario, al competente Tribunale per i Minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso di minori inseriti presso una comunità di tipo familiare o un istituto di assistenza pubblico o privato».

Art. 5.

1. L'articolo 5 della legge n. 184 è sostituito dal seguente:

«Art. 5. – 1. L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 316 del codice civile. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. L'affidatario deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato.

2. Il servizio sociale, nell'ambito delle proprie competenze, su disposizione del giudice ovvero secondo le necessità del caso, svolge opera di sostegno educativo e psicologico, agevola i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa del minore secondo le modalità più idonee, avvalendosi anche delle competenze professionali delle altre strutture del territorio e dell'opera delle associazioni familiari eventualmente indicate dagli affidatari.

3. Le norme di cui ai commi 1 e 2 si applicano, in quanto compatibili, nel caso di minori ospitati presso una comunità di tipo familiare o che si trovino presso un istituto di assistenza pubblico o privato».

4. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, intervengono con misure di sostegno e di aiuto economico in favore della famiglia affidataria».

* * *

L'IMPUGNAZIONE DEL RICONOSCIMENTO DI FIGLIO NATURALE PER DIFETTO DI VERIDICITÀ

Alberto Figone

Avvocato del Foro di Genova, docente di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Scienze della Formazione, Università degli Studi di Genova



Com'è noto, in base all'art. 263 c.c. l'atto di riconoscimento di figlio naturale può essere impugnato dall'autore del riconoscimento, da chi è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse. L'azione è imprescrittibile¹ e può essere esercitata pure dopo la legittimazione; essa si fonda sulla natura accertativa dell'atto di riconoscimento e mira a rimuovere lo *status* costituito in contrasto con la realtà della procreazione.

Ciò spiega perché detta azione, in linea generale, sia ammessa in ogni caso, a prescindere da eventuali stati soggettivi di buona o mala fede² in capo a chi fece il riconoscimento, e quindi anche nel caso in cui lo stesso fosse stato effettuato con la consapevolezza dell'altrui paternità.

Nella filiazione legittima, invece, l'acquisizione dello *status* prescinde da una dichiarazione del genitore ed è automatica, trovando applicazione le presunzioni di paternità e di concepimento durante il matrimonio di cui agli artt. 231 e 232 c.c.; anche in questo caso peraltro l'ordinamento ha interesse a che vi sia corrispondenza tra la situazione giuridica e il rapporto di paternità (o maternità) biologica.

Sussiste peraltro una considerevole differenza quanto alle azioni "demolitrici" dello *status filiationis*, con una netta preferenza in favore della filiazione legittima, o meglio al mantenimento dello *status legitimitatis* (retaggio ancora questo di una mentalità antecedente la riforma del 1975).

L'azione di disconoscimento della paternità, di cui agli artt. 244 ss. c.c. è infatti assoggetta a un termine decadenziale (sei mesi ovvero un anno) ed è esperibile solo dai soggetti direttamente coinvolti (la madre, il presunto padre ovvero il figlio, che, se minorenne potrà essere rappresentato da un curatore speciale); è quindi esclusa la legittimazione di terzi, pure se direttamente interessati a un accertamento effettivo dello *status* (*in primis*, chi si assuma padre biologico).

Rileva inoltre in questo caso l'atteggiamento psicologico del soggetto istante, ove l'azione sia proposta dal presunto padre o dal figlio, posto che il termine decadenziale di un anno prende a decorrere da quando sia stata acquisita la conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento (e, quindi, l'adulterio della, rispettivamente, moglie o madre).

Tornando all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nella pratica l'azione viene sovente esperita da chi si è dichiarato padre quando il riconoscimento è stato effettuato per compiacenza, ossia nella consapevolezza che il figlio è frutto di una precedente relazione della donna con cui si convive o che si intende sposare (e in questo caso il figlio sarà poi legittimato per susseguente matrimonio).

¹ Cfr. Corte Cost., 18 aprile 1991, n. 158, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2550, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. che, invece, come già anticipato, prevede che l'azione per l'impugnazione del riconoscimento sia imprescrittibile. Si è poi precisato che l'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento del figlio legittimato ha la propria giustificazione in relazione alla peculiare natura delle azioni di stato, le quali incidono in una materia dominata da interessi pubblici e, quindi, sottratta alla disponibilità dei privati: Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2005, n. 7924, in *Guida al dir.*, 2005, 23, 52.

² Cfr. in termini Cass. civ., sez. I, 24 maggio 1991, n. 5886, in *Foro it.*, 1992, I, 138.

Si è già visto essere in linea generale irrilevante, ai fini dell'azione, l'atteggiamento psicologico dell'autore del riconoscimento, essendo prevalente, nell'intenzione del legislatore, la tutela della verità biologica su quella dichiarata. Un'eventuale condotta dolosa del "finto" genitore potrà assumere rilevanza penale, configurandosi gli estremi del reato di cui all'art. 483 c.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico)³, ovvero della più grave fattispecie *ex art.* 567 c.p. (alterazione di stato)⁴; ciò determinerà la conseguente rimessione degli atti alla Procura della Repubblica da parte del giudice investito della domanda di impugnazione del riconoscimento, da parte di chi riconosca il falso, senza peraltro incidere in alcun modo sulla sua ammissibilità, né sul merito della medesima.

Com'è intuitivo i riconoscimenti per compiacenza vengono per lo più impugnati da chi li fece, nel momento in cui subentra la crisi coniugale o familiare (e ciò soprattutto per andare esenti dal contributo al mantenimento di un figlio, che in realtà non è proprio). Non è dubbio che in questi casi il soggetto maggiormente danneggiato sia il figlio, specie se minore, il quale subisce un pregiudizio all'identità personale, prima ancora che di contenuto economico. È rimasto purtroppo isolato un indirizzo giurisprudenziale, emerso alcuni anni or sono, che aveva negato la legittimazione all'azione *ex art.* 263 c.c. in capo al genitore che avesse riconosciuto un figlio, nella piena consapevolezza di non esserne il padre, in conseguenza dei principi di autoresponsabilità e della tutela della buona fede⁵. La stessa Corte Costituzionale, del resto, aveva dichiarato infondata la questione di costituzionalità della norma in questione nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento possa essere accolta solo quando corrispondente all'interesse del minore⁶; il *favor veritatis* e il principio dell'indisponibilità dello *status* sono stati così ritenuti prevalenti sulla protezione del minore.

La rigidità di un'applicazione dell'art. 263 c.c., che faccia riferimento al solo dato obiettivo della mancanza di un vincolo di filiazione biologica tra il padre che agisce in giudizio e il figlio convenuto, pare oggi peraltro messa in forte discussione dalla disciplina normativa sopravvenuta. Ci si riferisce in particolare alla tanto criticata e discussa l. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, da parte di coppie unite in matrimonio, ovvero di fatto. Com'è noto tale legge, all'art. 4, 3° comma, vieta espressamente il ricorso a queste tecniche di procreazione, se di tipo eterologo, consentendo solo la fecondazione omologa (previsione rigorosa al di là di ogni ragionevole limite, che rende la disciplina italiana anomala rispetto a quella di quasi tutti i Paesi dell'Unione europea e di numerosi altri del mondo). L'art. 9 prevede peraltro che, qualora la coppia ricorra alla fecondazione di tipo eterologo, "*il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti conclusivi*" non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità, ovvero l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.

Il legislatore, dunque, proprio in funzione dei principi di autoresponsabilità e di buona fede, ha ritenuto giustamente di sacrificare il dogma del *favor veritatis*. Il consenso del coniuge o del partner all'inseminazione artificiale della moglie (o compagna) con seme diverso dal proprio (avvenga l'intervento in Italia, in violazione dei principi della l. 40/2004 e, quindi, con conseguenze anche penali per il medico che ebbe ad eseguirlo, ovvero all'estero, dove le condotta è lecita) esclude la proponibilità di un'azione di *status* nei confronti del nato, destinata inevitabilmente all'accoglimento, ove si avesse riguardo all'aspetto meramente biologico. Lo *status* dunque ben può essere sacrificato quando, a monte, vi sia un impegno ad avere un figlio, che si sa non essere proprio dal punto di vista genetico, ma nei cui confronti si intendono assumere le responsabilità e gli obblighi connessi alla posizione di genitore.

Pare dunque oggi doveroso fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 263 c.c., che rispetti il disposto degli artt. 2, 3 e 30 Cost. e che conduca a ritenere inammissibile l'impugna-

³ Cass. pen., 24 ottobre 1994, n. 149.

⁴ Cass. pen., 12 febbraio 2003, n. 17627.

⁵ Cfr. Tribunale di Napoli, 28 aprile 2000, in *Giur. nap.*, 2000, 277.

⁶ Cfr. Corte Cost., 22 aprile 1997, in *Giur. cost.*, 1997, I, 1077.

zione per difetto di veridicità del riconoscimento proveniente da colui che si risolse a effettuarlo nella consapevolezza che il figlio era stato generato da altri; il profilo volitivo sotteso al riconoscimento, con assunzione di tutti i diritti e i doveri relativi, dovrebbe superare l'aspetto biologico della filiazione. In difetto, sarebbe da sollevare questione di legittimità costituzionale della norma, considerato anche che l'indisponibilità dello *status* non tollera che lo stesso sia costituito e poi disfatto a piacimento.

Nel caso in cui si dovesse ancora ritenere la legittimazione all'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale da parte di chi vi provvede solo per compiacenza, pare allora doversi apprestare una tutela risarcitoria per il figlio, a fronte dei danni patiti e patienti (di carattere personale, ovvero patrimoniale). La giurisprudenza (perlomeno quella edita) solo in rarissime occasioni ha affrontato la questione. Pare qui utile ricordare una risalente decisione di merito che ebbe a ritenere ammissibile, prima ancora che fondata, una domanda di tal genere avanzata dal curatore speciale del minore convenuto in giudizio, *sub specie* di danno psicofisico anche sociale, di carattere sociale⁷. Si tratta di un danno che incide su valori di rango costituzionale, quale quello all'identità personale e alla libera esplicazione della personalità individuale, riconducibili all'art. 2 Cost.; tale pregiudizio, pur privo di contenuto patrimoniale, potrà essere risarcito sulla scorta della più recente interpretazione giurisprudenziale che ha superato i limiti angusti di un'interpretazione dell'art. 2059 c.c. che subordinava la risarcibilità di tale tipo di danno all'esistenza di un reato. E ciò a prescindere dal fatto che, nel caso di specie, come si è visto in precedenza, la condotta dell'autore del riconoscimento inveritiero integra gli estremi di un illecito penale, che il giudice civile potrà accertare anche solo *incidenter tantum*.

Dunque, colui che scientemente riconosce un figlio come proprio, pur sapendo che tale non è, potrà essere condannato al risarcimento del danno non patrimoniale (per il pregiudizio alla persona) e a quello morale (inteso come *pretium doloris*), ma anche patrimoniale (a fronte di un peggioramento *in peius* del tenore di vita).

Altra questione riguarda il cognome del figlio, che la giurisprudenza ha prevalentemente affrontato in relazione alla posizione del figlio maggiorenne, esprimendo principi che peraltro possono essere estesi anche al minore. Com'è noto, il nome (inteso anche come cognome) rientra tra i diritti della personalità, riconosciuti e garantiti dall'art. 7 c.c., ma ancor prima tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.

Deve allora affermarsi che quando il cognome sia divenuto componente essenziale dell'identità di un soggetto, questi abbia titolo per mantenerlo, anche se venga meno il rapporto di filiazione paterna, che legittimava l'attribuzione del cognome medesimo⁸. È di tutta evidenza che detto "consolidamento" matura con il tempo, ma anche un minore, specie se non più in tenerissima età, già si identifica con un cognome, con il quale è conosciuto nell'ambito scolastico e relazionale in cui opera, e la cui trasformazione sarebbe pregiudizievole.

Va comunque evidenziato che il mutamento di cognome non è automatico, presupponendo necessariamente una domanda dell'attore, il quale, chieda al Tribunale non solo l'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento, ma pure l'ordine all'ufficiale dello stato civile di provvedere di conseguenza, con attribuzione al figlio del solo cognome materno. Il curatore speciale del figlio minore, nei cui confronti dovesse essere instaurata l'azione *ex art.* 263 c.c., ben potrà opporsi a un'eventuale richiesta di mutamento di cognome, oltre a proporre domanda riconvenzionale subordinata di danni, per il caso di accoglimento della domanda dell'attore.

Fuori dei casi di impugnazioni del riconoscimento da parte di colui che vi provvede per compiacenza, assai contenute nella pratica sono le azioni radicate da altri soggetti (*in primis* il figlio, eventualmente rappresentato da un curatore speciale⁹, se minorenne, che viene nominato dal Tribunale su istanza dello stesso, ove abbia raggiunto i sedici anni, o del p.m.). Va comunque evidenzia-

⁷ Cfr. Tribunale di Torino, 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 193.

⁸ Cfr. in termini Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, 1668.

⁹ Cfr. in termini Cass., 17 febbraio 2006, n. 3536, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 557.

to che si esclude la legittimazione in capo al p.m.¹⁰, stante la natura privatistica degli interessi coinvolti (circostanza questa che potrebbe confermare le conclusioni cui si è da ultimo pervenuti in ordine all'impugnazione del riconoscimento fatto per compiacenza). Già si è visto che, in nome di un penetrante controllo sull'acquisizione dello *status* di figlio naturale rispetto a quanto accade per la filiazione legittima, l'art. 263 legittima qualsiasi soggetto interessato ad agire¹¹ con l'azione di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento medesimo.

Più volte si è precisato che l'interesse in questione può essere di carattere patrimoniale (si fa ovvio riferimento ai parenti cui sarebbe pervenuta un'eredità in mancanza del figlio naturale del *de cuius* o che avrebbero beneficiato di una quota maggiore), ma anche personale (basti pensare al vero padre biologico, ovvero ai parenti che intendano escludere dall'ambito familiare colui che ritengono non aver titolo per parteciparvi *iure sanguinis*); il mero interesse pubblico all'accertamento dello *status* invece non è ritenuto meritevole di tutela.

¹⁰ Nelle controversie in tema di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale (e di contestazione della legittimità), trova applicazione, in mancanza di una deroga esplicita, la regola generale prevista dall'art. 70, n. 3 c.p.c., secondo la quale nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone il p.m. deve (soltanto) intervenire sotto pena di nullità e non può, quindi, (anche) esercitare l'azione e proporre impugnazione. Cass., 18 ottobre 1989, n. 4201, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 382; Cass., 16 marzo 1994, n. 2515, in *Mass. Giur. it.*, 1994.

¹¹ Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2005, n. 7924.



DICHIARAZIONE (O RICONOSCIMENTO) DI PATERNITÀ E OBBLIGO DI MANTENIMENTO DEI FIGLI NATURALI: CONTRIBUTO PERIODICO E RIMBORSO IN FAVORE DEL GENITORE ADEMPIENTE



Carla Loda

Avvocato del Foro di Brescia

Nel nostro ordinamento, come noto, i *figli* naturali possono essere riconosciuti dai genitori sia attraverso un atto di accertamento privato (alla nascita o successivamente) sia per mezzo di un procedimento giudiziale¹. L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità (o di maternità) è lo strumento giuridico attraverso cui il soggetto nato fuori dal matrimonio può conseguire lo *status* di figlio naturale indipendentemente da un atto di volontà del padre o della madre. Ciò che differenzia appunto il riconoscimento effettuato *ex art.* 250 c.c. dalla dichiarazione giudiziale è l'elemento della volontarietà.

La dichiarazione giudiziale di cui all'art. 269 c.c. è considerata fattispecie integrativa della filiazione essendo necessaria per darle certezza giuridica *erga omnes* e per consentirle di produrre tutti i suoi effetti. Trattandosi di accertare solo una condizione preesistente, costituita dall'evento procreativo, la relativa sentenza ha natura dichiarativa e gli effetti della stessa operano *ex tunc*.

È espressamente previsto nel nostro codice civile che la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produca i medesimi effetti del riconoscimento e che il riconoscimento del figlio naturale comporti l'applicazione di tutte le norme concernenti i diritti/doveri propri della filiazione legittima. Secondo il combinato disposto degli artt. 261 e 277 c.c., l'assunzione dello *status* genitoriale è appunto il momento di decorrenza degli oneri previsti negli artt. 147 e 148 c.c., nonché all'art. 30, comma 1, Cost.².

Tra i principali obblighi che gravano sul genitore vi è quello del mantenimento, che sorge automaticamente per il solo fatto della filiazione, indipendentemente dai rapporti personali fra i genitori, e prescinde dallo stato di bisogno del minore.

La giurisprudenza³ è unanime nel ritenere che l'obbligo al mantenimento decorre dalla nascita del figlio e non dall'atto di riconoscimento o dalla domanda giudiziale. In tali casi, è stato precisato, pur sorgendo il diritto del minore al mantenimento dal momento della nascita (e quindi il diritto al rimborso dalla data di effettuazione delle anticipazioni), lo stesso può trovare soddisfazione esclusivamente dopo il pregiudiziale definitivo accertamento dello *status* di figlio naturale⁴. Infatti, se è vero che l'obbligo di mantenimento ha fonte legale e sorge automaticamente, nondimeno è altrettanto vero che lo stesso diviene coercibile solo a seguito della sentenza che abbia accertato

¹ La disciplina degli effetti del riconoscimento dei figli naturali si evince dal combinato disposto degli articoli 250, 258 e 261 del codice civile, mentre l'azione per la dichiarazione giudiziale di filiazione è disciplinata dall'art. 269 c.c.

² L'art. 30 della Costituzione, con una disposizione di immediato valore precettivo, stabilisce il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio.

³ Cfr. Cass. n. 8042 del 14 agosto 1998; Cass. n. 6217 del 28 giugno 1994; Cass. n. 2065 del 2 marzo 1994; Cass. n. 2907 del 24 marzo 1994; Cass. n. 791 del 23 gennaio 1993; Cass. n. 5619 del 26 giugno 1987.

⁴ Conseguentemente, se il predetto diritto può essere fatto utilmente valere solo con la pronuncia giudiziale, sarà a partire da tale data che inizierà a decorrere l'ordinaria prescrizione decennale del diritto al rimborso *pro quota* delle spese sostenute per il mantenimento del figlio minore (il momento del passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della filiazione naturale individua il *dies a quo* ai fini della decorrenza della prescrizione).

la paternità (o la maternità) naturale: è la definitività della sentenza di accertamento che costituisce presupposto dell'esecuzione del titolo.

Il genitore che per primo ha riconosciuto il figlio e che ha provveduto al suo mantenimento in via esclusiva, successivamente all'atto di riconoscimento da parte dell'altro genitore (o alla sentenza di accertamento giudiziale di paternità), avrà il diritto di ripetere nei confronti di quest'ultimo, se inadempiente, una quota delle spese sostenute. Ciò per applicazione analogica dell'art. 1299 c.c. (regresso tra condebitori solidali in caso di adempimento dell'obbligazione da uno solo di essi), alla stregua del principio che si trae dall'art. 148 (richiamato dall'art. 261 per la filiazione naturale) che prevede l'azione giudiziaria contro il genitore inadempiente, senza pertanto che sia configurabile un caso di gestione di affari altrui (cfr., per tutte, la sentenza n. 15063/2000 della Corte di Cassazione⁵ e, per la giurisprudenza di merito, la sentenza 7 gennaio 2009 n. 51 della Corte d'Appello di Roma⁶).

Sono assai frequenti nella prassi giudiziaria i contenziosi instaurati dal genitore che per primo ha provveduto al riconoscimento del figlio (e sul quale è gravato il mantenimento dello stesso) finalizzati a ottenere dall'altro genitore naturale la corresponsione di una somma periodica a titolo di mantenimento del figlio ovvero la condanna a rimborsare *pro quota* le spese sopportate per il predetto mantenimento fino alla pronuncia giudiziale.

Diversa da quella ora esaminata è la questione relativa all'individuazione della data di proponibilità della domanda di rimborso delle somme anticipate per il mantenimento del minore.

La domanda di rimborso delle spese sostenute per il mantenimento del figlio può essere promossa (dal genitore, *iure proprio*) avanti al Tribunale per i Minorenni unitamente alla domanda di accertamento della filiazione naturale, formulata nella qualità di genitore esercente la potestà sul minore⁷.

È risalente e consolidato l'orientamento giurisprudenziale⁸ che ha rilevato come il giudice minorile adito per il riconoscimento di paternità di un minore deve ritenersi competente a conoscere ogni domanda consequenziale di natura economica, fra le quali, quindi, anche quella concernente il rimborso delle spese già sostenute per il mantenimento del minore.

La competenza del Tribunale per i Minorenni è radicata in ragione del fatto oggettivo della presenza in giudizio di un minore e in tale prospettiva non si ravvisano le condizioni per operare distinzioni fra il periodo antecedente alla sentenza e quello successivo ovvero per operare preclusioni all'esercizio di un'azione di regresso tra condebitori solidali (*ex art. 1299 c.c.*) quale risulta essere quella in oggetto. Tale conclusione, oltre ad essere in sintonia con la giurisprudenza della Suprema Corte, risulta anche in linea con il principio di economicità e con quello del giusto processo che ne impongono, fra l'altro, una ragionevole durata.

Ai fini della determinazione del *quantum* dell'assegno di mantenimento si deve tenere conto dei redditi del genitore obbligato: per "*la determinazione dell'assegno di mantenimento a favore del fi-*

⁵ Cass. n. 15063/2000: "Il riconoscimento del figlio naturale comporta, tra l'altro, a carico di entrambi i genitori, l'obbligo di mantenimento senza che rilevi la circostanza che gli stessi siano o meno conviventi. Pertanto, ove uno dei genitori abbia provveduto integralmente al detto mantenimento (o oltre la misura delle proprie sostanze) lo stesso ha diritto di agire in regresso per il recupero della quota del genitore inadempiente, secondo le regole generali dei rapporti tra condebitori solidali, senza che sia configurabile un caso di gestione di affari altrui e a prescindere, altresì, dall'epoca in cui il rapporto di filiazione, nei confronti dell'inadempiente, sia stato accertato o riconosciuto".

⁶ App. Roma n. 51/2009: "A norma dell'art. 261 c.c. il genitore che ha riconosciuto il figlio assume tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ex art. 147 e 148 c.c., collegandosi la relativa obbligazione allo 'status' genitoriale e assumendo di conseguenza decorrenza dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore che abbia successivamente riconosciuto il figlio (secondo i criteri di ripartizione di cui al citato art. 148 c.c.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali".

⁷ Cass. n. 3635/1989: "L'art. 38 disp. att. c.c., il quale attribuisce al Tribunale per i Minorenni la cognizione dell'azione per la dichiarazione di paternità o maternità naturale nel caso di minori, comporta che, in detto caso, il medesimo tribunale è competente pure per i provvedimenti in materia di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio, ancorché di contenuto patrimoniale e riguardanti il tempo anteriore alla sentenza".

⁸ Cfr. Cass. n. 8362/2007, Cass. n. 14029/2005, Cass. n. 7629/1994, Cass. n. 7304/1994.

*glio minore, le buone risorse economiche dell'obligato hanno rilievo non soltanto nel rapporto proporzionale con il contributo dovuto dall'altro genitore, ma anche in funzione diretta di un più ampio soddisfacimento delle esigenze del figlio, posto che i bisogni, le abitudini, le legittime aspirazioni di questo e in genere le sue prospettive di vita, non potranno non risentire del livello economico-sociale in cui si colloca la figura del genitore"*⁹.

La ricostruzione analitica degli esborsi unilateralmente sostenuti a beneficio della prole è spesso difficile, ragion per cui la relativa liquidazione potrà avvenire in via equitativa in forza di parametri prefissati, quali la soddisfazione delle esigenze alimentari, abitative e scolastiche, il tutto sulla base di un rapporto di solidarietà fra condebitori e su specifica domanda di parte (poiché tale pronuncia attiene alla definizione di rapporti pregressi, non incidenti sull'interesse superiore del minore)¹⁰. Diversamente la condanna del genitore naturale al mero pagamento del contributo periodico non presupporrà alcuna richiesta, trattandosi di potere che può essere assunto dal giudice *ex officio*.

Ampia è la giurisprudenza di merito e di legittimità sull'art. 261 c.c., ma di particolare rilevanza appare la sentenza della Suprema Corte n. 4588 del 25 febbraio 2009 che afferma: *"posto che il genitore, una volta accertata la filiazione naturale ovvero riconosciuto il figlio naturale, deve contribuire al mantenimento dalla nascita, nonché, dalla stessa data, deve rimborsare pro quota – secondo il regime delle obbligazioni solidali – l'altro genitore che abbia integralmente provveduto al mantenimento del figlio medesimo, tale rimborso va quantificato tenendo conto di quanto l'obligato avrebbe dovuto corrispondere qualora il riconoscimento avesse avuto luogo fin dalla nascita del figlio, fermo che egli non può essere tenuto a contribuire anche a spese irragionevoli, operando pur sempre il principio secondo cui i genitori devono adempiere l'obbligo di mantenimento verso i figli in proporzione delle loro sostanze, secondo le loro capacità di lavoro professionale o casalingo, sicché deve escludersi che il genitore in parola abbia tacitamente accettato le spese sostenute dall'altro, conferendogli una sorta di delega in bianco che gli impedirebbe poi di contestarne le pretese"*.

Le prassi

I Tribunali per i Minorenni sono in generale orientati a riconoscere il diritto, per colui che agisce ai sensi dell'art. 269 c.c., di chiedere, unitamente all'accertamento della paternità, anche la condanna al pagamento del contributo per il mantenimento (futuro) del minore; ciò sulla base del principio di cui al 2° comma dell'art. 277: il Tribunale per i Minorenni, competente a dichiarare giudizialmente la paternità in caso di minori (ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c.), è altresì competente a emettere i provvedimenti opportuni per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei minori stessi e per la tutela dei loro interessi patrimoniali quali misure consequenziali della sentenza dichiarativa del rapporto di filiazione. Per quanto attiene il periodo intercorrente fra la nascita del minore e la proposizione della domanda, i giudici minorili rilevano che il genitore che ha provveduto da solo e *in toto* al mantenimento del figlio ha diritto di ripetere in regresso la quota delle relative spese nei confronti dell'altro genitore¹¹; tale diritto spetta al genitore *iure proprio*¹².

⁹ Cass. n. 7644, 13 luglio 1995.

¹⁰ Contra Cass. n. 3635/1989.

¹¹ Cfr. Tribunale per i Minorenni di Milano n. 104/2010; Tribunale per i Minorenni di Catania n. 02/2005; Tribunale per i Minorenni di Catania, 12 ottobre 2007; Tribunale per i Minorenni di Brescia, 20 luglio 2010; Tribunale per i Minorenni di Brescia, 12 ottobre 2010.

¹² Cass. n. 15100, 16 luglio 2005: *"pur se la sentenza di accertamento della filiazione naturale pone a carico del genitore anche l'obbligazione di mantenimento, decorrente dalla nascita del figlio, con conseguente obbligo di rimborsare pro quota l'altro genitore che abbia provveduto integralmente al mantenimento del figlio medesimo, la condanna al rimborso di detta quota presuppone la domanda di parte, attenendo alla definizione di rapporti pregressi tra debitori solidali (la Suprema Corte ha ritenuto immune da vizi logici e giuridici, confermandola, la decisione del giudice di appello che aveva escluso la determinazione d'ufficio, a carico dei convenuti, eredi del padre defunto, del pagamento di una somma una tantum, quale contributo alle spese per il mantenimento del figlio sostenute dalla madre anteriormente all'accertamento giudiziale, in mancanza di domanda della parte, neanche proponibile perché la madre aveva agito non in proprio, ma solo in nome e per conto del figlio minorenni)"*.

Laddove, invece, la domanda di natura economica sia promossa avanti il Tribunale ordinario con atto di citazione (perché il riconoscimento è avvenuto ai sensi dell'art. 250, perché il figlio è divenuto maggiorenne o per altre ragioni) i Tribunali non adottano soluzioni univoche: in alcuni casi il giudice decide in funzione di giudice unico¹³, in altri giudica in composizione collegiale¹⁴.

La maggioranza dei presidenti di Tribunale, inoltre, si ritiene competente *ex art.* 148, 2° comma c.c.¹⁵. Come noto l'art. 148 del codice civile è una norma composita, la quale contiene disposizioni di natura sostanziale e al tempo stesso di carattere processuale, tutte finalizzate all'attuazione dei principi enunciati dall'art. 30 della Costituzione. Le statuizioni contenute nel predetto articolo apprestano un efficace rimedio all'ipotesi di inadempimento, consentendo che, attraverso l'agile strumento del decreto, adottato dopo l'audizione dell'inadempiente e sulla base di informazioni¹⁶, si ottenga il risultato del versamento diretto di una quota dei redditi dell'obbligato all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole. La competenza a provvedere ai sensi del 2° comma dell'art. 148 sussiste però solo allorché il genitore convenuto non avanzi domande in punto di affidamento e/o modalità di frequentazione dei minori; in tali casi, infatti, il presidente non può che dichiararsi incompetente e rinviare le parti al Tribunale per i Minorenni, competente ai sensi della l. n. 54/2006 a decidere sia in merito all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio sia delle misure economiche inerenti il loro mantenimento¹⁷.

Da ultimo si segnala che la Suprema Corte ha statuito che *“le azioni di cui agli artt. 148 e 261 c.c., relative al contributo per il mantenimento del figlio, al quale è tenuto il genitore naturale, non rientrano tra quelle nelle quali il P.M. deve intervenire a pena di nullità”*¹⁸.

¹³ Cfr. Tribunale di Monza, 19 febbraio 2010; Tribunale di Catania, 8 aprile 2009.

¹⁴ Cfr. Tribunale di Torino, 31 marzo 2008.

¹⁵ *“In caso di inadempimento il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole”*.

¹⁶ Nel procedimento previsto dall'art. 148 c.c. è sufficiente la mera verifica dell'inadempimento del genitore obbligato, non richiedendosi prove dell'esistenza del credito, che deriva dal rapporto di filiazione; onde la necessità, a differenza di ciò che avviene nel procedimento monitorio, dell'audizione dell'inadempiente.

¹⁷ Cfr. Cass. ordinanza n. 8362/07, 22 marzo 2007: *“La legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 bis c.c., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38, primo comma, delle disposizioni di attuazione del codice civile, in parte qua non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e segg. c.c., ha peraltro determinato – in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo – una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio”*.

¹⁸ Cass. n. 8382, 20 giugno 2000.

GIURISPRUDENZA

DICHIARAZIONE GIUDIZIALE DI FILIAZIONE ED EFFETTI DELLA SENTENZA

Cass. civ., 11 luglio 2006, n. 15756

L'obbligazione di mantenimento si collega allo *status* genitoriale e assume di conseguenza pari decorrenza, dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato (secondo i criteri di ripartizione di cui all'art. 148 c.c.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali. Tuttavia, in considerazione dello stato di incertezza che precede la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, il diritto al rimborso *pro quota* delle spese sostenute dalla nascita del figlio, spettante al genitore che lo ha allevato, non è utilmente esercitabile se non dal momento della sentenza di accertamento della filiazione naturale, con la conseguenza che detto momento segna altresì il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso.

Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2000, n. 5586

La sentenza di accertamento della filiazione naturale pone a carico del genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima compreso quello del mantenimento; tale obbligazione decorre dalla data della nascita e la stessa decorrenza ha l'obbligo di rimborsare *pro quota* l'altro genitore che abbia provveduto integralmente al mantenimento del figlio; mentre la condanna al rimborso di detta quota presuppone la domanda di parte, attenendo alla definizione di rapporti pregressi tra debitori solidali, la necessità della domanda non ricorre in ordine ai provvedimenti da adottare per il periodo successivo alla proposizione dell'azione avendo il giudice il potere di adottare d'ufficio i provvedimenti opportuni per il mantenimento del minore. (In applicazione di tali principi la S.C. ha cassato la decisione di merito che, in assenza di domanda dell'altro genitore, aveva fissato la decorrenza dell'assegno di mantenimento dalla data della sentenza di primo grado e, decidendo nel merito, ha dichiarato l'obbligo di corrispondere il mantenimento dalla data del ricorso introduttivo del giudizio).

Cass. civ., sez. I, 24 marzo 1994, n. 2907

La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento (art. 277 c.c.), e, quindi, a norma dell'art. 261 c.c., implica tutti i doveri propri della procreazione legittima, compreso quello del mantenimento, *ex art.* 148 c.c., con la stessa decorrenza dell'assunzione dello *status* genitoriale, cioè a partire dalla nascita del figlio; ne consegue che, ove a detto mantenimento abbia integralmente provveduto l'altro genitore, come si verifica anche quando questi abbia svolto attività lavorativa per riceverne quale corrispettivo "in natura" l'ospitalità e l'assistenza del figlio, si deve riconoscere a tale genitore adempiente il diritto di agire.

Cass. civ., sez. I, 26 giugno 1987, n. 5619

La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce, ai sensi dell'art. 278 c.c., gli stessi effetti del riconoscimento, per cui pone a carico del genitore, fin dalla nascita del figlio, tutti i doveri inerenti al rapporto di filiazione legittima (art. 261 c.c.), compresi quelli di mantenimento, educazione e istruzione; pertanto, il genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio ha diritto di ripetere la quota delle relative spese nei confronti del soggetto del quale è stata accertata la paternità o la maternità naturale, in applicazione analogica dell'art. 1299 c.c., che prevede il regresso tra

condebitori solidali quando l'obbligazione sia stata adempiuta da uno solo di essi, alla stregua del principio che si trae dall'art. 148 (richiamato dall'art. 261 c.c. per la filiazione naturale) che, prevedendo l'azione giudiziaria contro il genitore inadempiente, postula il diritto di quello adempiente di agire in regresso nei confronti dell'altro.

Cass. civ., sez. I, 26 settembre 1987, n. 7285

L'obbligo del genitore naturale di concorrere nel mantenimento del figlio insorge con la nascita di questi, ancorché la procreazione naturale sia stata successivamente accertata con sentenza (avente natura dichiarativa), e, pertanto, dalla stessa data decorre il connesso obbligo di rimborsare "pro quota" l'altro genitore, il quale abbia per intero subito il carico del mantenimento fino a detta pronuncia. Peraltro, il diritto a tale rimborso è disponibile, e, quindi, non può essere riconosciuto con una decorrenza anteriore rispetto a quella fatta valere dal suo titolare.

RICONOSCIMENTO DI FIGLIO NATURALE E MANTENIMENTO

Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2004, n. 10124

In tema di riconoscimento di figlio naturale, il diritto al rimborso delle spese sostenute, spettante al genitore che ha allevato il figlio nei confronti del genitore che procede al riconoscimento, non è utilmente esercitabile se non dal giorno del riconoscimento stesso (soltanto il riconoscimento comportando, *ex art.* 261 c.c., gli effetti tipici connessi dalla legge allo *status* giuridico di figlio naturale), con la conseguenza che detto giorno segna altresì il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso.

Corte d'Appello di Roma, 7 gennaio 2009, n. 51

A norma dell'articolo 261 del c.c. il genitore che ha riconosciuto il figlio assume tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento *ex* articoli 147 e 148 del c.c., collegandosi la relativa obbligazione allo *status* genitoriale e assumendo di conseguenza decorrenza dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore che abbia successivamente riconosciuto il figlio (secondo i criteri di ripartizione di cui al citato articolo 148 del c.c.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'articolo 1299 del c.c. nei rapporti fra condebitori solidali.

Tribunale di Trieste, decreto 21 marzo 2005

Lo speciale procedimento *ex art.* 148 c.c. si applica anche se riguardante i figli naturali riconosciuti. Il procedimento sommario per la tutela del diritto al mantenimento della prole è esperibile anche con riferimento a somme da corrispondersi direttamente a cura dell'obbligato principale. Il rimedio di cui all'art. 148 c.c. può essere legittimamente esperito anche laddove si lamenti la mera insufficienza delle somme corrisposte, non postulando la disposizione normativa come necessario l'inadempimento integrale.

DICHIARAZIONE GIUDIZIALE DI FILIAZIONE E MANTENIMENTO

Cass. civ., 23 luglio 1994, n. 6868

Nel giudizio promosso per la dichiarazione della paternità naturale, pur se la richiesta di condanna del convenuto alla corresponsione di un assegno di mantenimento non può essere formulata per la prima volta nel corso del procedimento di primo grado, in difetto di accettazione del contraddittorio, in quanto integra una domanda nuova, tuttavia resta fermo il potere del giudice adito, in applicazione dell'art. 277 secondo comma c.c., di prendere di ufficio i provvedimenti che stimi opportuni per il mantenimento del figlio naturale.

Cass. civ., sez. I, 1° ottobre 1999, n. 10861

In materia di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale, il rimborso delle spese spettanti al genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio fin dalla nascita, ancorché trovi titolo nell'obbligazione legale di mantenimento imputabile anche all'altro genitore, ha natura in senso lato indennitaria, essendo diretta a indennizzare il genitore, che ha riconosciuto il figlio, a causa degli esborsi sostenuti da solo per il mantenimento della prole; poiché è principio generale (desumibile da varie norme, quali ad esempio gli artt. 379, comma 2, 2054, 2047 c.c.) che l'equità costituisca criterio di valutazione del pregiudizio non solo in ipotesi di responsabilità extracontrattuale ma anche quando la legge si riferisca in genere a indennizzi o indennità, il giudice di merito può utilizzare il criterio equitativo per determinare le somme dovute a titolo di rimborso.

Corte d'Appello di Milano, 5 febbraio 2002

Il genitore naturale ha l'obbligo di provvedere in proporzione alle proprie sostanze al mantenimento del figlio sin dalla nascita di quest'ultimo ancorché il rapporto di filiazione sia stato successivamente accertato con sentenza.

DICHIARAZIONE GIUDIZIALE O RICONOSCIMENTO DI PATERNITÀ E RIMBORSI

Cass. civ., 30 giugno 2005, n. 14029

Il Tribunale per i Minorenni, adito per il riconoscimento della paternità naturale di un minore, è competente anche a conoscere di ogni domanda consequenziale di natura economica, tra cui, oltre quella avente ad oggetto il rimborso delle spese di mantenimento già sostenute dall'altro genitore per il minore, anche quella avente ad oggetto la corresponsione del periodico mantenimento in favore dello stesso, per il periodo dalla nascita alla decisione, e per l'ulteriore periodo dalla decisione fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica.

Cass. civ., 8 agosto 1989, n. 3635

Al genitore naturale, che abbia per intero provveduto al mantenimento del figlio, spetta, *iure proprio*, il diritto di conseguire, con la sentenza che accerti la procreazione naturale dell'altro genitore, il rimborso "pro quota" di dette spese, a partire dalla data della nascita, segnando questa l'insorgenza dell'obbligo di entrambi di concorrere in quel mantenimento.

L'art. 38 disp. att. c.c., il quale attribuisce al Tribunale per i Minorenni la cognizione dell'azione per la dichiarazione di paternità o maternità naturale, nel caso di minori, comporta che, in detto caso, il medesimo tribunale è competente pure per i provvedimenti in materia di mantenimento, istru-

zione ed educazione del figlio, ancorché di contenuto patrimoniale e riguardanti il tempo anteriore alla sentenza (come in ipotesi di rimborso “pro quota” delle spese di mantenimento in favore del genitore che le abbia sostenute per intero), in considerazione del carattere strettamente consequenziale di tali provvedimenti rispetto alla pronuncia dichiarativa del rapporto di filiazione.

Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1994, n. 2065

La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce, ai sensi dell'art. 278 c.c., gli stessi effetti del riconoscimento, per cui pone a carico del genitore, fin dalla nascita del figlio, tutti i doveri inerenti al rapporto di filiazione legittima (art. 261 c.c.), compresi quelli di mantenimento, educazione e istruzione. Ne consegue che l'altro genitore, che abbia subito per intero il carico del mantenimento, ha il diritto di ottenere il rimborso “pro quota” di dette spese anche per il periodo anteriore alla proposizione dell'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale con riguardo alla decorrenza fatta valere con la domanda.

Cass. civ., sez. I, 14 agosto 1998, n. 8042

La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli stessi effetti del riconoscimento e implica pertanto tutti i doveri propri della procreazione legittima, compreso quello di mantenimento; tale obbligo di mantenimento, non avendo natura alimentare, è a carico del genitore a seguito della dichiarazione giudiziale di paternità naturale a decorrere dalla nascita del figlio e non dal giorno della domanda giudiziale, con la conseguenza che dalla stessa data decorre anche l'obbligo di rimborsare *pro quota* l'altro genitore che abbia integralmente provveduto al mantenimento del figlio fino alla pronuncia del giudice.

Cass. civ., sez. I, 20 aprile 1991, n. 4273

Entrambi i genitori sono coobbligati solidali nei confronti del figlio naturale per tutto quanto gli è dovuto per il suo mantenimento: pertanto il genitore convivente con il figlio naturale, cui ha prestato l'intero mantenimento, ha diritto di regresso nei confronti dell'altro genitore; il genitore che agisce in giudizio contro l'altro genitore per ottenere il mantenimento per il figlio naturale agisce in nome e nell'interesse proprio.

Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2328

L'obbligo dei genitori di mantenere i figli (artt. 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda, sicché nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale a essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori. Conseguentemente, il genitore naturale, dichiarato tale con provvedimento del giudice, non può sottrarsi alla sua obbligazione nei confronti del figlio per la quota posta a suo carico, ma è tenuto a provvedere sin dal momento della nascita, attesa la natura dichiarativa della pronuncia che accerta la filiazione naturale. Il diritto al rimborso *pro quota* delle spese sostenute dalla nascita del figlio, spettante al genitore che lo ha allevato, non è tuttavia utilmente esercitabile se non dal momento della sentenza di accertamento della filiazione naturale, con la conseguenza che detto momento segna altresì il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso.

Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5719

Il genitore che adempie per l'intero all'obbligo di mantenimento della prole, cui dovrebbero assol-

vere entrambi i genitori, può richiedere all'altro genitore la sua parte *jure proprio*, nella misura stabilita convenzionalmente o in mancanza dal giudice. Il genitore che adempie per l'intero può richiedere anche il contributo per il futuro, fino a quando il figlio non sia in grado di mantenersi da solo.

Cass. civ., sez. I, 22 novembre 2000, n. 15063

Il riconoscimento del figlio naturale comporta l'assunzione di tutti i diritti e doveri propri della procreazione legittima, ivi compreso l'obbligo di mantenimento, che, per il suo carattere essenzialmente patrimoniale, esula dallo stretto contenuto della potestà genitoriale, e in relazione al quale, pertanto, non rileva, come, invece, avviene con riguardo a quest'ultima, a norma dell'art. 317 *bis* c.c., la circostanza che i genitori siano o no conviventi, incombando detto obbligo su entrambi, in quanto nascente dal fatto stesso della procreazione. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui al mantenimento abbia provveduto, integralmente o comunque al di là delle proprie sostanze, uno soltanto dei genitori, a lui spetta il diritto di agire in regresso, per il recupero della quota del genitore inadempiente, secondo le regole generali del rapporto tra condebitori solidali, come si desume, in particolare, dall'art. 148 c.c., richiamato dall'art. 261 c.c., che prevede l'azione giudiziaria contro il genitore inadempiente, e senza, pertanto, che sia configurabile un caso di gestione di affari altrui. L'obbligo in esame, non avendo natura alimentare, e decorrendo dalla nascita, dalla stessa data deve essere rimborsato *pro quota*.

Cass. civ., sez. I, 28 giugno 1994, n. 6217

L'obbligo dei genitori di mantenere i figli (artt. 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale. Pertanto, una volta intervenuta siffatta pronuncia, egli deve corrispondere al genitore che ha riconosciuto il figlio, in proprio, le somme versate che questi ha anticipato per far fronte, da solo, al mantenimento, mentre, per il periodo successivo, è tenuto a provvedere al mantenimento del figlio minore versando all'altro genitore, quale esercente la potestà, l'assegno mensile posto a suo carico.

Tribunale di Cagliari, 13 marzo 1997

Nell'ipotesi in cui entrambi i genitori abbiano riconosciuto il figlio, l'obbligo legale di mantenimento è a carico di tutti e due in proporzione delle rispettive sostanze e capacità di lavoro e di guadagno. E poiché l'obbligo di mantenimento grava su entrambi, deve ritenersi che il genitore che adempia a tale obbligo anche per la quota incidente sull'altro genitore ponga in essere una gestione d'affari produttiva degli effetti di cui all'art. 2031 c.c. e sia pertanto legittimato ad agire per ottenere il rimborso di tale quota per tutto il periodo decorrente dalla nascita del figlio e non dalla data della domanda.

Tribunale di Lodi, 23 giugno 2008, n. 426

La sentenza di accertamento della filiazione naturale ha natura meramente dichiarativa, in quanto il diritto del figlio naturale a essere mantenuto, istruito ed educato da entrambi i genitori sussiste sin dal momento della nascita, con la conseguenza che il genitore, il quale abbia provveduto, medio tempore, al mantenimento del figlio, anche per la parte di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato ha il diritto al rimborso pro quota delle spese sostenute, azionabile solo dal momento del passaggio in giudicato della pronuncia di accertamento.

Tribunale di Torino, sez. VIII, 31 marzo 2008, n. 2774

Per il combinato disposto degli artt. 261, 147 e 148 c.c., sui genitori naturali grava l'obbligazione di adempiere al mantenimento dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la capacità di lavoro professionale e casalingo. Ne consegue che il genitore che abbia adempiuto all'obbligo di mantenimento dei figli anche per la quota incidente sull'altro genitore è legittimato ad agire contro quest'ultimo per conseguire il rimborso della quota per tutto il periodo decorrente dalla nascita del figlio – e non soltanto per il periodo successivo alla domanda, come previsto dall'art. 445 c.c. per la diversa ipotesi dell'obbligo alimentare – in applicazione analogica dell'art. 1299 c.c., che prevede il regresso tra i condebitori solidali quando l'obbligazione sia stata adempiuta da uno solo di essi.





IL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ TRA ATTUAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E DIFFICOLTÀ ALL'ATTUAZIONE DEGLI STESSI. IL VISSUTO FAMILIARE COME CASO EMBLEMATICO DELLA QUESTIONE MORALE

Rosario La Barbera

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze politiche, Università degli Studi di Palermo

Principi costituzionali e profili di antropologia giuridica

L'affermazione legislativa del principio della "bigenitorialità" e l'osservazione della difficoltà alla sua attuazione nel diritto vivente impongono uno studio della famiglia costituzionalmente orientato.

La famiglia, nella Costituzione, assume il significato di studio della vita dei singoli individui che compongono il nucleo familiare e del nucleo stesso, nella sua concretezza, complessità e nei suoi fattori sintetizzanti. Pertanto, occorre analizzare le sintesi che si realizzano nella famiglia e, soprattutto, gli specifici fattori di tali sintesi, nella specifica concretezza e nella dialettica del processo umano che si realizza nella vita familiare.

L'analisi così orientata consente di indagare nell'intimo delle questioni reali interne al vissuto familiare e consente di comprendere le dinamiche proprie della stessa nella loro interezza e complessità, manifestando ad un tempo la concretezza della vita familiare e il suo intimo processo.

In effetti, dall'analisi dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, emerge con evidenza come la struttura dell'organismo familiare supponga un fattore primordiale che consente alla famiglia di essere tale. Infatti, la famiglia, con le sue caratteristiche originali e differenziate e con il suo intimo e costante processo di trasformazione, è manifestazione di una realtà interna alla famiglia stessa che non può essere imputata ad altri se non agli individui che la compongono. La cultura giuridica contemporanea ha riconosciuto unanimemente che la famiglia non è un mero meccanismo associativo, né un mero organismo biopsichico: essa include in sé stessa un principio fondativo (volontà, forza, intelligenza, pensiero, sentimenti, emozioni, comportamenti) che da sé stessa attua e realizza nelle varie forme della vita umana.

Le questioni inerenti alla famiglia sono talmente complesse e intime che ogni impostazione culturale, scientifica e professionale che volesse attribuire alla famiglia un'entità o un valore a sé stante non può che cadere nell'astrazione e produrre conseguenze distruttive della famiglia stessa. Ciò in quanto, inevitabilmente, deducono, o dalla realtà biopsichica degli individui o da quella storico-culturale, l'esistenza di un principio fondativo extra-individuale o super-individuale, di carattere strutturalmente monistico.

La Costituzione, viceversa, propone un percorso di comprensione diverso: il fondamento delle relazioni familiari non può che ricercarsi all'interno dell'individuo umano considerato nella sua concretezza storica; nella sua complessità di differenti elementi che possono sussistere solo in quanto integrati tra loro; nella sua originaria irrisolvibilità in nessun altro individuo, gruppo, collettività (si pensi al tragico errore greco che attribuiva all'individuo tutte le sue più alte virtù solo all'interno della *polis*; al di fuori della stessa era soltanto "cosa", schiavo).

La famiglia, come formazione sociale, non è un'entità o un organismo esterno o superiore all'individuo, e, viceversa, l'individuo non è una realtà esterna o superiore alla famiglia: l'uomo, nell'ordinamento costituzionale italiano, è insieme individuale e sociale.

Traspare una caratteristica che, nel tempo, tutte le discipline umanistiche hanno riconosciuto una-

nimemente: l'uomo è talmente individuale che non può identificarsi con altra vita che la sua; ma, allo stesso tempo, è così strutturalmente sociale che non potrebbe sviluppare qualsiasi facoltà, né la stessa pienezza della sua vita al di fuori delle forme sociali.

In altri termini, nell'assetto costituzionale, il principio relazionale e associativo è riconosciuto come un principio presente all'interno di ogni individuo ed è, contemporaneamente, integrativo della sua realtà individuale. Infatti, l'individualità presa in sé stessa, separata e opposta alle formazioni sociali, è un'astrazione logica che non consente di ricercare gli elementi costitutivi e caratterizzanti l'uomo, individuo personale. Per l'identica ragione, le formazioni sociali considerate in sé stesse, separate e opposte all'individualità, sono una costruzione prodotta da una mera logica astratta.

L'articolata costruzione costituzionale riconosce le formazioni sociali come risultanti dell'intima relazionalità dell'individuo umano. Infatti, ciò che costituisce la stessa ragione d'essere delle diverse formazioni sociali è potenzialmente tutta inclusa in ogni singolo individuo. Sicché, se la stessa ragione d'essere delle diverse forme sociali viene riconosciuta nel singolo individuo, è dalla partecipazione e cooperazione dei singoli che può aversi una formazione sociale in atto giuridicamente rilevante.

Ne deriva una drammatica conseguenza: **se l'uomo perde o rifiuta la capacità partecipativa e cooperativa nell'ambito delle formazioni sociali, perde le sue energie, qualità, caratteri, propri della sua natura intrinsecamente relazionale: perde la capacità di vivere in relazione con sé stesso, con gli altri, con la realtà. Perdita nel senso di riduzione, talmente profonda da incidere sulla stessa possibilità di manifestarsi in pienezza.**

Ora è proprio alla luce di tale intrinseca struttura relazionale dell'uomo che si radica il principio della bigenitorialità. Questo è costituito strutturalmente da uno scarto temporale irriducibile, quello che si dà necessariamente tra genitori e figli e che determina l'appartenenza a mondi generazionali diversi. È proprio attraverso questo scarto generazionale che la genitorialità introduce nella costituzione dell'io personale la consapevolezza che la relazionalità intersoggettiva trova le sue radici in un'asimmetria fondamentale. È proprio in forza di tale asimmetria che nella genitorialità-filialità si radica l'archetipo del principio di responsabilità. La radice di questa responsabilità sta nella compartecipazione al destino dell'altro uomo, strutturato secondo l'ordine delle generazioni. Sembra di potere affermare che l'archetipo di ogni responsabilità è quella dell'uomo per l'uomo: responsabilità non disponibile, perché promana dalla fondamentale non autarchia dell'uomo stesso.

Una tale asimmetria è paradigmatica nelle relazioni genitoriali che sono ispirate a due codici essenziali: quello paterno e quello materno. Nella struttura della familiarità tali codici sono talmente intrecciati che il processo integrativo ed equilibrativo è strutturalmente permanente. Sicché, quando l'uno entra in crisi, entra in crisi anche l'altro. Di conseguenza, è soltanto dal riconoscimento della crisi del proprio codice genitoriale nella sua integrazione con l'altro che si può sperare di lavorare responsabilmente sulla possibilità di riorganizzare le relazioni genitori figli anche in un clima di conflittualità coniugale in atto.

La Costituzione attribuisce alla famiglia, come formazione sociale, una giuridicità costitutiva che parte dal riconoscimento della pari dignità dei diversi soggetti che la costituiscono. L'affermazione del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si esplica la sua personalità, implica il riconoscimento che il fondamento antropologico e giuridico della relazionalità umana è interno all'individuo considerato nella sua concretezza, nella sua complessità, nel suo essere soggetto e oggetto di continua trasformazione.

Tali principi costituzionali hanno una ricaduta significativa in ordine all'interpretazione e all'attuazione della legge sull'affido condiviso. Infatti, l'essenza della disciplina è costituita dalla rilevanza giuridica delle relazioni tra genitori e figli.

La rilevanza giuridica di tali relazioni implica il riconoscimento della responsabilità dei genitori di elaborare, anche se permane la conflittualità coniugale, un progetto educativo ordinato alla formazione di una personalità capace di vivere l'integrazione nella dinamica sociale. Ciò in quanto la ragione d'essere della famiglia è già tutta potenzialmente inclusa in ogni singolo individuo. Sicché

le relazioni familiari sono la risultante dell'individuo stesso e nel progetto educativo ogni azione concretamente attuata è il risultato di differenti soggetti che agiscono e reagiscono fra loro attraverso la partecipazione e la cooperazione. Di conseguenza, l'attuazione concreta del vissuto familiare non differisce, nella sua essenza, da quella dell'individuo stesso, in quanto ogni azione individuale contiene in sé stessa una relazione interindividuale.

Osservazione, questa, che deve applicarsi sia a ciascun figlio, sia a ciascun genitore. Si pensi, ad esempio, a ogni forma comunicativa all'interno delle relazioni familiari: ciascuna modalità comunicativa contiene un pensiero e questo (prima che sia manifestato con qualsiasi atto comunicativo), pur essendo espressione di pura individualità, ha carattere relazionale. Pertanto, non può esserci alcuna forma comunicativa e quindi nessuna realtà relazionale senza pensiero. Le relazioni familiari includono costitutivamente il pensiero comunicato e attuato: ecco perché il progetto educativo è, a un tempo, un insieme di previsioni e di esperienze già attuate, che implicano un continuo processo di rielaborazione in rapporto alle realtà fattuali che emergono nel farsi della storia di tutti i componenti del nucleo familiare.

Questa osservazione è particolarmente significativa nell'analisi dell'affidamento condiviso, fondato sul diritto fondamentale dei figli alla corresponsabilità educativa di entrambi i genitori, in quanto mette in chiara evidenza che non può esistere alcuna azione dei genitori, che, pur essendo originariamente individuale, non abbia una valenza (antropologica e giuridica) inerente alle relazioni familiari: nessuna azione può entrare in essere senza che la stessa abbia significative ricadute educative nei confronti dei figli.

Da quanto detto consegue che i fini familiari, così come i fini di qualsiasi altra formazione sociale, non sono esterni all'individuo, ma sono costitutivi della stessa natura individuale, che manifesta il proprio profilo finalistico come esigenza e tendenza essenziale al processo di pieno sviluppo della personalità umana (artt. 2, 3 e 30 Cost.).

Progetto educativo, processo conoscitivo del giudice e affidamento condiviso

Quanto sin qui sinteticamente affermato trova pieno riscontro nella giurisprudenza formatasi sul tema del progetto educativo, cui sono obbligati entrambi i genitori nell'interesse prevalente della prole, nei procedimenti di separazione e divorzio, per individuare alcuni vincoli legislativi cui è sottoposto il giudice nell'esercizio della sua funzione conoscitiva.

Per comprendere l'itinerario interpretativo di tale giurisprudenza, il punto di avvio è rappresentato dall'analisi dei vincoli legislativi in ordine alla necessità per il giudice di avere una conoscenza storica della vicenda reale oggetto del giudizio: una conoscenza, in altri termini, capace di cogliere la realtà nella sua dinamicità e nella sua integralità.

Questo primo punto fondamentale, operato dal processo interpretativo della giurisprudenza, è rilevato con estrema chiarezza da quelle decisioni che hanno esplicitato il vincolo legislativo della sottoposizione del giudice al potere-dovere dello stesso di impostare l'esercizio della relativa funzione in ordine al superiore interesse dello Stato alla tutela e cura dei minori.

Il punto di partenza ha lontane origini storiche: si tratta del riconoscimento giuridico della separazione coniugale, intesa come *trasformazione delle relazioni familiari*, che assume una rilevanza nell'ambito del diritto civile. Il riconoscimento della rilevanza giuridica della separazione di fatto nasce come antecedente logico e storico utile per la comprensione della vicenda familiare di cui il giudice è investito per la tutela dei figli nati da coniugi in corso di separazione o separati. Ciò in quanto detta tutela della prole è considerata dal legislatore come interesse primario e prevalente da garantire rispetto agli interessi giuridicamente rilevanti in ordine ai rapporti tra coniugi.

Nell'interpretazione della giurisprudenza, la comprensione della vicenda familiare nel suo sviluppo storico (prescindendo dalle singole e note differenze del dato positivo susseguitesi nel tempo) ha un elemento costante: la conoscenza storica della situazione reale. Ciò significa, nella sua essenza giuridica, conoscere la vicenda e nel dinamismo delle azioni dei suoi attori e nell'integralità dei suoi oggetti, quali beni, interessi, valori, proposte, presenti nelle relazioni familiari, al fine

di tutelare l'interesse dei figli, per non ridurre eccessivamente l'armonia necessaria al pieno sviluppo della persona umana, inteso come diritto fondamentale e inviolabile dalla Costituzione repubblicana. Sicché la conoscenza storica è orientata al superamento di visioni settoriali e parcellizzate e al raggiungimento di una comprensione che si impegni a cogliere l'inevitabile integrazione tra fatti, interessi, beni e persone nella loro globalità concretamente conoscibile. Infatti, è soltanto da tale conoscenza dell'oggetto reale nella sua poliedrica sfaccettatura che può elaborarsi, da parte del giudice, una decisione ragionevolmente motivata per la cura dell'interesse concreto della prole.

Questo concetto è emerso costantemente nella giurisprudenza che si è occupata del diritto di famiglia. In essa è stato chiarito che il giudice incorre in un vizio della funzione se prende in considerazione una singola proposta fattuale di riorganizzazione dei legami tra il singolo genitore e i singoli figli e la considera solo in astratto con riguardo esclusivamente alla fattispecie normativa come mero dato formale da attuare, **prescindendo da tutte le azioni e gli accadimenti reali che sono intervenuti nel concreto nucleo familiare oggetto del giudizio.**

Infatti, dalla motivazione emerge con evidenza se vi è stata una conoscenza parziale e frammentata del giudice in ordine alla questione familiare e, di conseguenza, se parziale è stata la conoscenza rispetto a tutti quei fatti che doverosamente il giudice doveva conoscere. Di conseguenza, carente e insufficiente sarà la motivazione e illogica e irragionevole la tutela apportata all'interesse superiore dei figli coinvolti nella riorganizzazione delle relazioni familiari disposta dal giudice. Andando più a monte, la questione sembra possa così essere prospettata: il giudice (secondo la costante interpretazione giurisprudenziale) deve effettuare (in contraddittorio tra le parti) una valutazione di compatibilità tra più ipotesi di riorganizzazione delle relazioni genitori-figli e le caratteristiche reali del nucleo familiare.

Di conseguenza, deve conoscere:

- a) tutti quegli accadimenti e quelle azioni che hanno contribuito a determinare quelle concrete e specifiche caratteristiche del nucleo familiare, nonché quelle azioni e quegli accadimenti che hanno contribuito a costruire la fisionomia e le caratteristiche di ogni singolo componente in ordine al nucleo stesso. Se il giudice, fornito *ad hoc* di più penetranti poteri di indagine, non svolge un processo conoscitivo adeguato e proporzionato alla dimensione della dinamica degli accadimenti familiari, nella dimensione storica delle trasformazioni delle relazioni familiari, non ha della stessa una conoscenza reale, la quale può emergere soltanto dalla conoscenza di tutti quei fatti accaduti che hanno mantenuto o intaccato i vincoli giuridicamente rilevanti delle relazioni concrete di tutti i componenti della famiglia. L'individuazione della mancanza di una tale conoscenza rende viziato il giudizio di congruità (effettuato dal giudice) tra la proposta di riorganizzazione del nucleo familiare e le caratteristiche concrete della famiglia in questione;
- b) le caratteristiche specifiche delle differenti proposte di riorganizzazione familiare.

Impostata così la questione, consegue che il giudice, per motivare nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, specifici in ordine alla natura della questione della tutela dei beni del minore, deve nella motivazione manifestare di avere svolto un duplice processo conoscitivo:

- 1) nei confronti delle caratteristiche specifiche delle proposte presentate dai rispettivi coniugi;
- 2) nei confronti delle caratteristiche dei singoli componenti del nucleo familiari e del tipo di relazioni intercorrenti tra gli stessi, che il giudice ha il dovere di accertare e valutare prima di provvedere.

Questo concetto è stato ampiamente e costantemente specificato dalla giurisprudenza, precisando che se il giudice prendesse in considerazione un singolo progetto di riorganizzazione delle relazioni genitori-figli, sottoposto al vincolo normativo del superiore e prevalente interesse dei minori, e lo considerasse astrattamente, prescindendo cioè da tutte le altre azioni concrete che sono state realizzate nell'interesse e per l'educazione dei figli, incorrerebbe in un vizio della funzione conoscitiva, in quanto dimostrerebbe che della vicenda reale ha avuto solo una visione parziale. Di

conseguenza, il giudizio di congruità tra il progetto educativo e le caratteristiche reali delle relazioni genitori-figli verrebbe alterato da un vizio iniziale della conoscenza, in quanto i caratteri dell'assetto familiare non sarebbero stati conosciuti nella loro dimensione storica e, dunque, nella loro concretezza reale, che emerge da una considerazione globale di tutti gli interventi educativi e di cura nei confronti dei figli, già realizzati nel tentativo di dare vita a una riorganizzazione delle relazioni genitori-figli. Infatti, gli interventi giuridicamente rilevanti nell'interesse dei figli, già realizzati e ritenuti congrui con il vincolo della tutela degli interessi della prole, determinano una modificazione dei caratteri del bene della bigenitorialità sottoposto a vincolo legislativo.

Il concetto è esplicitato con chiarezza da tutta quella giurisprudenza che nelle sue argomentazioni ha specificato che il giudice deve dare contezza di aver conosciuto il contesto complessivo delle relazioni familiari all'interno delle quali si manifesta il bene concreto della tutela dei figli.

Questa interpretazione giurisprudenziale si esplicita con evidenza in tutti quei passaggi argomentativi nei quali i giudici sottopongono ad analisi il rapporto tra l'imposizione del vincolo legislativo della bigenitorialità e i progetti educativi di gestione nei quali si concretizza il vincolo stesso, con riferimento a compiti e responsabilità specifiche.

Il ragionamento fin qui esplicitato giunge al riconoscimento di una conseguenza inevitabile: nei provvedimenti con i quali il giudice provvede alla gestione del vincolo della bigenitorialità, la giurisprudenza ha evidenziato il succedersi di differenti momenti intellettivi che il giudice deve seguire, e che occorre distinguere, per pervenire alla formulazione di un provvedimento congruo, ragionevole e compatibile con la tutela del bene della vita dei figli, costituito dalla corresponsabilità educativa dei genitori nei loro confronti.

I provvedimenti del giudice emanati nell'interesse morale e materiale della prole sono condizionati o determinati da un giudizio di compatibilità tra l'attività di trasformazione ipotizzata nel progetto educativo genitori-figli e il rispetto delle caratteristiche intrinseche specifiche alla conflittualità concreta di quel nucleo familiare oggetto della questione giuridica.

La giurisprudenza ha esplicitato alcuni parametri costanti che il giudice deve seguire prima di elaborare i relativi provvedimenti nei confronti dei contenuti e delle modalità da porre in essere per attuare il progetto educativo fondato sulla bigenitorialità.

Sembra che almeno tre parametri appaiano costanti: in primo luogo, la coerenza e l'adequatezza dell'*iter* logico seguito nel processo conoscitivo; in secondo luogo, la coerenza e l'adequatezza delle determinazioni assunte rispetto agli accertamenti effettuati; in terzo luogo, la coerenza e l'adequatezza delle determinazioni assunte rispetto ad altri elementi implicati in concreto nella valutazione della molteplicità degli interessi presenti nella vicenda familiare reale caratterizzata da conflitti coniugali che si proiettano, inevitabilmente, nella ricerca di nuove formule organizzative delle relazioni genitori-figli.

I tre elementi indicati richiedono alcune evidenti esplicitazioni.

La giurisprudenza fa riferimento all'*iter* logico seguito per pervenire all'emanazione di provvedimenti motivati, che manifestino la ragionevolezza e la proporzionalità della valutazione di congruità rispetto al progetto educativo di riorganizzazione delle relazioni genitoriali. Ma detta coerenza non è soltanto quella interna al ragionamento logico giuridico svolto dal giudice nella formulazione del provvedimento relativo. La giurisprudenza intende riferirsi alla coerenza tenuta dal giudice in un momento antecedente alla scelta contenuta nel provvedimento: coerente deve essere tutto l'*iter* logico che precede la valutazione della molteplicità degli interessi presenti nella concreta vicenda della vita oggetto di tutela giuridica a difesa del diritto fondamentale e indisponibile della bigenitorialità. In altri termini, coerente, ragionevole e proporzionato deve essere tutto il processo conoscitivo antecedente alla valutazione degli interessi della prole e alla conseguente scelta.

Ora, ciò che sembra opportuno mettere in rilievo ai fini di una comprensione di queste brevi note è la seguente considerazione: l'analisi della giurisprudenza sull'affidamento condiviso manifesta, all'interno del processo conoscitivo che deve seguire il giudice, due caratteri essenziali. Il primo riguarda le **caratteristiche intrinseche delle relazioni conflittuali** all'interno del concreto nucleo familiare, che con il progetto di riorganizzazione delle relazioni genitoriali s'intende trasformare; il

secondo riguarda la **previsione degli effetti o conseguenze** che prevedibilmente si realizzeranno dall'attuazione del nuovo progetto educativo nel rapporto genitori-figli.

Ora, sembra che si possa pervenire all'emanazione di provvedimenti congrui e compatibili rispetto alla tutela effettiva del diritto fondamentale alla bigenitorialità soltanto dall'esame della coerenza del processo conoscitivo rivolto all'analisi di ciascuno e di ambedue tali profili. Il giudice, quando, esplicitamente o, più frequentemente, implicitamente, fa riferimento al principio di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità – che deve manifestarsi nella motivazione – in ordine alla congruità delle determinazioni assunte rispetto agli accertamenti effettuati (anche d'ufficio), ritiene di dovere estendere l'esercizio della sua funzione a tutto il processo decisionale, valutativo e conoscitivo.

Ciò impone un chiarimento determinante in ordine al concetto giuridico di accertamenti effettuati. Gli accertamenti effettuati riguardano certamente la conoscenza della rilevanza dello stato di conflittualità interno alla famiglia, al fine di potere tutelare il bene della vita oggetto di tutela giuridica, cioè il diritto alla bigenitorialità dei figli. Ma tali accertamenti, per poter condurre alla formulazione di una coerente valutazione di compatibilità, devono riguardare anche la conoscenza adeguata dei contenuti specifici del progetto educativo nel senso che, al fine di poter effettuare una coerente valutazione di compatibilità con il bene tutelato dal vincolo della bigenitorialità, deve essere effettuata una valutazione prognostica degli effetti che dalla realizzazione delle previsioni progettate si realizzeranno nella riorganizzazione delle relazioni genitori-figli.

Il giudizio di congruità viene, infatti, formulato dal giudice avendo riguardo a due oggetti di conoscenza:

- 1) da una parte, alle caratteristiche dell'assetto delle relazioni familiari;
- 2) dall'altra, alle caratteristiche del progetto educativo (fondato sulla corresponsabilità di ambedue i genitori) che è ordinato alla produzione di determinati effetti, per consentire il mantenimento dei legami genitoriali anche dopo l'interruzione dei vincoli coniugali. Ora, è proprio la conoscenza della prevedibilità di tali effetti (cioè delle conseguenze dovute all'attuazione del progetto educativo) che può consentire al giudice di effettuare una valutazione di compatibilità in relazione alle caratteristiche di quel determinato assetto familiare.

In altri termini, il giudice, al fine di svolgere un coerente e adeguato processo conoscitivo per pervenire alla valutazione di compatibilità tra progetto educativo e caratteristiche delle relazioni familiari, deve estendere detto processo conoscitivo alla previsione delle conseguenze che ragionevolmente sono prevedibili. Ciò significa distinguere, all'interno del processo conoscitivo, l'accertamento dei fatti di realtà relativi alla situazione familiare dal momento della previsione degli effetti sulla realtà da trasformare per mezzo del progetto educativo fondato sulla bigenitorialità. Ciò in quanto il momento della previsione degli effetti costituisce il parametro fondamentale per sindacare la coerenza, l'adeguatezza e la proporzionalità dei provvedimenti del giudice che con tali determinazioni intende trasformare l'assetto delle relazioni familiari sottoposte al suo giudizio.

In definitiva, con tali osservazioni tratte dall'analisi della giurisprudenza, si intendono sottolineare i vincoli particolarmente penetranti cui è soggetto il giudice nello svolgimento del suo processo conoscitivo e, in particolare, il vincolo della previsione degli effetti come vincolo strutturante e fondante lo stesso processo conoscitivo che consente al giudice un proporzionato orientamento nella ponderazione della molteplicità degli interessi coinvolti nelle questioni dell'affido condiviso, al fine di emanare i conseguenti provvedimenti.

Di conseguenza, il progetto educativo ha una significativa rilevanza giuridica all'interno del processo conoscitivo del giudice, per la funzione che esso esercita di previsione concreta di effetti materiali e giuridici sulla realtà oggetto di trasformazione.

Ed è proprio tale carattere (di previsione delle conseguenze sulla realtà familiare conosciuta) che attribuisce al progetto educativo una specifica rilevanza giuridica, in quanto è proprio tale carattere che consente al giudice di effettuare una valutazione di congruità e compatibilità ragionevole, adeguata e proporzionale all'interesse e al bene della vita rappresentato dal diritto alla bigenitorialità.

La formulazione del giudizio di compatibilità del progetto educativo personalizzato implica, infat-

ti, che il processo conoscitivo si svolga tenendo conto della struttura relazionale di cui esso è composto: da una parte la conoscenza della realtà concretamente esistente, dall'altra la conoscenza concreta del sistema progettuale che tale realtà intende trasformare. Conoscenza del sistema che ha il suo momento qualificante nella funzione previsionale (proprio del processo intellettuale ordinato all'azione) delle conseguenze sulla realtà esistente, che con l'attuazione del progetto si determineranno sulla realtà del sistema relazionale genitori-figli.

Briciole di riflessione sulle discipline psicologiche in ordine alla natura dei conflitti familiari

Per comprendere la questione sottostante al diritto alla bigenitorialità, come principio giuridico, sembra possa essere significativo considerare, con la dovuta attenzione, quei contributi delle discipline psicologiche che si sono occupate della conflittualità familiare andando alla radice del conflitto emergente.

È vero che ogni contributo ha una sua valenza costruttiva, ma sembra opportuno sondare la questione ricercando una radice di natura culturale che abbia l'attitudine a fungere da orientamento sicuro per l'applicazione delle diverse metodiche finalizzate alla soluzione dei conflitti. Questo approccio non può mancare al giurista che, dovendo applicare e interpretare il sistema normativo, deve, al tempo stesso, comprendere la complessità di senso del dato di realtà, da interpretare alla stregua delle norme e principi vigenti. Realtà conflittuale che oggi ha assunto una tale estensione che non può essere trascurata da chi si occupa di diritto pubblico, per le intense implicanze sia sul piano sociale, sia sul piano politico-istituzionale e giuridico.

Il taglio può prestare non solo legittime perplessità, ma, altresì, critiche di metodo. Non intendo sottrarmi né alle une, né alle altre. Tento tuttavia di arginarle, per quanto possibile, rilevando che la complessità del dato fattuale con il quale devono integrarsi norme, principi e prassi giurisdizionale è di tale complessità emozionale che, quantomeno, un tentativo di riflessione minima sulle acquisizioni della più accreditata psicologia possa essere conducente.

Sembra un dato di comune evidenza l'osservazione secondo la quale la conflittualità familiare abbia una connotazione di vita ordinaria, normale, quotidiana. Viceversa, chi ne ha esperienza diretta o indiretta, in specie se di ordine professionale, riconosce, nel conflitto familiare, un tratto di profonda violenza.

La riflessione sulle psicopatologie da conflitti familiari concordano nell'individuazione del nucleo problematico nella caratterizzazione del conflitto familiare come violenza nella vita ordinaria. In altri termini, la sempre maggiore difficoltà a risolvere i conflitti familiari sembra imputabile a una più o meno larvata forma di violenza che fonda il conflitto stesso.

Il giurista, che intenda apportare un briciolo di riflessione alla comprensione del sistema ordinamentale dei conflitti familiari, così come il giurista *avvocato*, che intenda operare con responsabilità professionale, ha la necessità di accostarsi ai risultati delle discipline psicologiche che si sono occupate del tema, per comprendere quali sono le radici psichiche della questione. Altrimenti non si rischia soltanto di procedere per astrazioni, ma, più radicalmente, di arrecare danni irreparabili alle persone e, di conseguenza, alla società. Non si intende con tale affermazione attribuire alcuna primazia alla psicologia rispetto ad altre discipline umanistiche, tutte rilevanti ai fini della questione in esame (antropologia, sociologia, filosofia del diritto e altre). Si intende soltanto sottolineare che l'assetto dei conflitti familiari è intricato di questioni emotive, sentimentali, ancestrali, le cui connessioni sfuggono a più lineari categorizzazioni razionali entro le quali potersi orientare. Si tratta di un'incessante ricerca di senso, i cui risultati acquisiti sono sempre orme dalle quali partire per ricercare altri orizzonti di senso senza mai ritenere chiusa la ricerca. In effetti, lo stesso può dirsi per ogni ricerca scientifica. Ma in questo ambito vi è una zona che confina col mistero dell'essere umano, pertanto la provvisorietà è tanto più da esplicitare quanto si è più prossimi alla delicatezza del tema trattato.

Molti pensatori contemporanei ritengono che le difficoltà esistenziali che stiamo attraversando possano essere osservate con un atteggiamento di maggiore speranza guardando ai classici con spiri-

to critico. Pertanto, un punto di partenza orientativo potrebbe essere la rilettura, critica, della tragedia di Sofocle, che ha penetrato, da par suo, l'essenza tragica della questione.

La prevalente dottrina psicanalitica che si è occupata del tema ha messo in evidenza la limitatezza dell'interpretazione freudiana della tragedia sofoclea, sicché sembra significativo ritornare alla essenzialità del testo greco.

Al momento del concepimento di Edipo, il re Laio e la regina Giocasta andarono a Delfi a consultare l'oracolo di Apollo per ricevere dei consigli per il loro avvenire. Si legge in greco, letteralmente: *“Uccidere, lui, i genitori, questo era il vaticinio”*. Secondo la regola grammaticale che regge la proposizione, il soggetto e il complemento oggetto diretto possono essere letti anche all'inverso, secondo quella che è definita una costruzione all'infinito. Sicché la proposizione può assumere il duplice significato: *“Ogni figlio dovrà uccidere i suoi genitori”* ovvero *“I genitori dovranno uccidere il loro figlio”*. Il termine uccidere è stato interpretato dalla riflessione psicoanalitica nel senso di *“prendere il posto di”*.

Sembra proprio questa la più profonda difficoltà nell'affrontare i conflitti familiari, perché **una tale radicalità del conflitto, frequentemente, non solo è del tutto inconscia ai soggetti in conflitto, ma – e ciò è ancora più pericoloso – non viene riconosciuta neppure dai soggetti che professionalmente assumono il compito di prendersi cura delle relazioni familiari in conflitto.**

Infatti, ciò che viene registrato è il sintomo di maggiore intensità relazionale: la violenza.

Ma la violenza è soltanto la **difesa più appariscente del sottostante conflitto di ben altra profondità: il desiderio di “prendere il posto di”**.

Ora, la complessità a riconoscere il conflitto radicale è ulteriormente aggravato dalla dinamica di tale desiderio inconsapevole; esso è presente in ciascuno degli attori del dramma della conflittualità familiare: del genitore padre nei confronti della madre e, viceversa, della madre nei confronti del padre; del padre nei confronti del figlio e/o della figlia (con differenze emozionali di intensità enormemente problematiche); del figlio e/o della figlia nei confronti del padre; della madre nei confronti del figlio e/o della figlia; del figlio e/o figlia nei confronti della madre; del figlio e/o della figlia nei confronti del fratello e/o della sorella e viceversa.

La violenza difensiva nei confronti dell'inconfessabile desiderio dei parenti di ciascun ramo del nucleo familiare esaspera la complessità familiare a tal punto che si registra frequentemente la più grave delle conseguenze che si possano innescare nei conflitti familiari: rispondere alla violenza, ritenuta inaccettabile e insopportabile, con una violenza ancora maggiore legittimata dalle forme legalistiche delle strutture processuali.

Ne consegue che l'autorità per il bene dei figli viene soppiantata da un autoritarismo che il cattivo uso degli strumenti giuridici rende esasperato e disperante: la violenza si riproduce all'esterno dell'ambito familiare e si moltiplica a dismisura nel vissuto sociale con un'intensità distruttiva che è sotto gli occhi di tutti.

Queste osservazioni rinviano a un'adeguata riflessione sulla responsabilità professionale sia del giudice, sia dell'avvocato familiarista, fondata su quel principio generale dell'ordinamento così linearmemente esplicitato dall'art. 1176, 2° co., c.c.: *“Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*. Ma la questione necessita di articolati approfondimenti.

Adesso, dopo aver tentato di segnare delle orme per un confronto costruttivo, è intensa l'esigenza di individuare ulteriori tracce di riflessione che possano avere una ricaduta nella comunicazione transdisciplinare.

Infatti, da quanto detto sin dalle prime battute di queste note sulla questione della bigenitorialità si sono presi in esame alcuni profili: il rilievo dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione; la centralità del processo conoscitivo; la rilevanza della previsione degli effetti per valutare la decisione più adeguata in ordine alle azioni educative da intraprendere; la responsabilità dei genitori nei confronti dei figli nel progettare e attuare un percorso educativo condiviso.

Si tratta di elementi che emergono da un profondo travaglio della dottrina e della giurisprudenza, eppure non manifestano altro se non la loro più profonda evidenza giuridica, antropologica ed esistenziale. Sembra evidente, pertanto, che, se tali questioni seguono percorsi estremamente con-

torti per esplicitare questioni fondanti e strutturalmente semplici, è ben comprensibile che le relazioni sociali caratterizzate da maggiore complessità oggettiva si aggroviglino intorno a una autoreferenzialità distruttiva incapace di aprirsi all'autenticità del reale.

Di conseguenza, l'acquisizione di consapevolezza di una tale complessità manifesta con evidenza che, se le relazioni fondanti la società familiare sono divenute sempre più inestricabili e ciò che è estremamente semplice, come l'essere genitori, è diventato estremamente complesso, è ipotizzabile sostenere che la conflittualità nelle relazioni familiari è un caso emblematico della questione morale nelle nostre istituzioni.





UNA SFIDA ETICA: IL RUOLO DELL'AVVOCATO NELLA VALORIZZAZIONE DELLA BIGENITORIALITÀ (O DELLA "SANTITÀ" GENITORIALE)

Alessandro Sartori

Avvocato del Foro di Verona

La "sfida etica" di un corretto approccio deontologico al contenzioso familiare ha suggerito il contenuto di uno dei più preziosi *Quaderni* pubblicati dall'AIAF¹, che ogni iscritto dovrebbe tenere "sotto mano" per la ricchezza e profondità dei contributi che lo compongono.

Il prof. avv. Paolo Moro nella sua riflessione sull'etica e il metodo dell'avvocato², esordisce chiarendo che l'*"etica è una metodologia dell'esperienza professionale"* e afferma che *"l'etica professionale dell'avvocato si realizza attraverso un atteggiamento dinamico di critica, di dialogo, di giustificazione e di mediazione nei rapporti con il cliente, con l'avversario, con il collega e con il giudice"*.

Attraverso tale "mediazione dialogica" l'avvocato realizzerà la *"fedeltà al proprio assistito e all'ordinamento giuridico (principio della doppia fedeltà)"*, adempiendo così il *"dovere di lealtà"*.

Sempre secondo il prof. Moro il *"fine dell'attività professionale dell'avvocato... è la tutela della libertà propria e del proprio assistito"* e, per realizzare tale fine, l'avvocato, da autentico *"vir bonus dicendi peritus"*, si deve opporre all'assetto tecnicistico della professione forense non limitandosi *"ad essere interprete formalista delle norme di legge oppure dei precedenti giurisprudenziali deducendo da questi gli unici criteri"* a sostegno della "libertà" del proprio assistito.

Questo impegno dinamico di "mediazione dialogica" e di "tutela della libertà" del proprio assistito è stato ben espresso da Milena Pini nel suo scritto *Cultura della mediazione e gestione del conflitto familiare da parte dell'avvocato*³, in cui, dopo aver ricordato il ruolo fondamentale dell'avvocato per una positiva (o fallimentare) gestione del conflitto, mette in giusto risalto l'importanza di una *"negoziiazione finalizzata ad un accordo di separazione consensuale"* che, però, *"può essere rispettato dalle parti e durare nel tempo solo se corrisponde alle esigenze future delle parti e non tanto alle esigenze dettate dal loro passato"*, chiarendo che *"il conflitto si risolve positivamente, con soluzioni che durano nel tempo, solo se quelle soluzioni sono vissute non come vittorie, ma sono state accettate da ciascuna parte come consapevole mediazione rispetto alle posizioni e alle aspettative dell'altro"* come un nuovo progetto di vita.

Compito, dunque, di avvocati saggi e specializzati, che si impegnino a favorire nei loro assistiti un processo di liberazione dai condizionamenti del passato e li aiuti ad elaborare un nuovo progetto di vita, è certo anche quello di condurli a comprendere e vivere l'esercizio congiunto, con modalità condivise, della genitorialità, introdotto come regola dalla l. 54/06, che impone al legale di farsi carico dell'esigenza di favorire la cultura della bigenitorialità.

Leggendo per una ricerca i *"Doveri dell'uomo"* del laicissimo Mazzini mi ha colpito il passo in cui si afferma: *"Per diventar liberi, bisogna far un altare del proprio cuore, imparare la dignità dell'essere umano, sentire l'importanza e la santità della vita..."*⁴.

¹ *Quaderno AIAF*, 2009/1,

² Moro, *L'etica e il metodo dell'avvocato*, ivi, 31-35.

³ Pini, *Cultura della mediazione e gestione del conflitto familiare da parte dell'avvocato*, ivi, 93-98.

⁴ Mazzini, *Doveri dell'uomo*, Roma, 2005, ed. or. 1860.

Ho pensato, allora, di farmi intrigare nell'unire la "santità" all'impegno genitoriale e sono andato a cercarne il più corretto e stringato significato sul dizionario trovando *"alto significato etico attribuito ... ad un comportamento"*, come pure, trovando all'aggettivo "santo" *"degno di ammirazione, lodevole in quanto ispirato dalla volontà di recare beneficio a qualcuno con una condotta improntata a criteri di equità e opportunità"*.

La santità, quindi, si coniuga con l'"etica", che sempre il dizionario definisce *"dottrina del fine cui tende il comportamento e dei mezzi atti a raggiungere tale fine"*; l'aggettivo "etico", invece, qualifica *"ciò che ha intenti morali, educativi, formativi"*.

Troppe volte, purtroppo, ci imbattiamo in casi che dovrebbero indurre le figure professionali che ne vengono investite dell'impegno di valorizzare la cultura della **"santità" genitoriale**, ovvero di una **"genitorialità santa"**, laddove il sostantivo (santità) e l'aggettivo (santa) nulla hanno a che vedere, naturalmente, con un'accezione ecclesiale, bensì laica e civile.

Tali casi vengono trattati da professionisti che prediligono, invece, la "cultura del passato".

Il professionista al quale si rivolge una persona (con figli) in crisi coniugale e familiare dovrebbe, quindi, farsi carico di favorirne l'approccio a una "santità" genitoriale che faccia privilegiare condotte ispirate dalla volontà di "recare beneficio" ai figli, tenendo nel giusto valore la figura dell'altro genitore.

Se uno dei due genitori perde il senso etico del suo ruolo, trascura cioè un doveroso **"intento morale, educativo e formativo"**, allora infliggerà ai suoi figli l'ansia e l'insicurezza di non poter contare sulla "coppia genitoriale" inducendoli a elaborare forme di autodifesa sempre più ingravescenti e insostenibili. Al riguardo la prof.ssa Tonia Cancrini, nel corso di formazione interdisciplinare dell'AIAF tenutosi a Verona nel 2008, descriveva tre forme di autodifesa:

- a) **anestesizzazione del dolore**, che è la forma più blanda e più diffusa di autodifesa che lascia meno segni, allorquando i figli, avvertendo l'emozione del dolore, cercano di aggirarla, distraendosi con varie attività (giocare con la playstation o il gameboy, facendo i capricci, riprendendo la diuresi notturna e, insomma, cercando di attirare l'attenzione dell'uno o dell'altro genitore con atteggiamenti talvolta più forzati del normale);
- b) **soffocamento del dolore** allorquando i figli non essendo soccorsi per il deficiente impegno genitoriale, sono costretti, senza però esserne strutturati, a confrontarsi con il dolore e l'insicurezza della mancanza della coppia genitoriale e manifestano, quindi, disturbi, stato di stress, apatie e molti altri sintomi di un malessere che necessitano di terapie da affidare a neuropsichiatri infantili e/o psicologi dell'età evolutiva;
- c) **analfabetizzazione del dolore** (che è la forma più grave e irreparabile) allorquando i figli, stanchi di doversi confrontare con un dolore che non scema e che, tra l'altro, è sempre più aggravato dai comportamenti irresponsabili dei genitori, erigono una barriera impenetrabile alle emozioni e al dolore e possono diventare anche autistici, oppure, in età più adolescenziale, rifugiarsi in forme di evasione e di neutralizzazione del dolore come la droga e altro.

Ecco, allora, lo straordinario compito che incombe su figure professionali come l'avvocato e/o il terapeuta, o, meglio, su entrambi, laddove sappiano (come dovrebbero) interagire: avvicinare la parte a un'equa e opportuna valorizzazione della figura di entrambi i genitori, inducendo a riflettere sulla necessità di "recare beneficio" ai figli.

Come recita, però, un proverbio toscano *"La santità sta nelle mani [cioè: nei fatti, ndr], non nelle parole"*.

Come tradurre, dunque, "nelle mani" il compito sopra descritto "nelle parole"?

Una prima concreta risposta per l'avvocato si trova nelle "Norme di comportamento" che l'AIAF Veneto ha sottoscritto in calce al "Protocollo d'Intesa" del novembre 2004, già riportato in questa rivista nel 2005.

Quando tali "Norme" prevedono che il legale si *"faccia carico di fare emergere in via prioritaria le esigenze della prole, nel tentativo di salvaguardare entrambe le figure genitoriali, stimolando nei genitori la consapevolezza che, malgrado i loro dissensi, non cesseranno di essere tali e come tali dovranno continuare a comportarsi nell'esercizio dei loro diritti-doveri al fine di una corretta va-*

lutazione delle esigenze morali e patrimoniali correlate al rapporto con i figli", descrivono puntualmente l'impegno per l'avvocato di aiutare i genitori a praticare nei fatti la "santità genitoriale".

Un impegno da attuare, come recita ancora il "Protocollo", facendosi *"comunque carico di avvalersi di una competenza interdisciplinare servendosi, d'accordo con l'altra parte, di consulenti pubblici e/o privati per una migliore identificazione degli interessi delle parti e della prole, evitando di ricorrere unilateralmente a consulenze o perizie di parte"*.

Ma anche attenendosi a tali "norme di comportamento", bisogna scendere ancor più "nelle mani", nei fatti. Come?

Nel tempo un gruppo di studio, costituito a Verona con avvocati, magistrati e terapeuti, ha potuto verificare che la parte in crisi familiare e di rapporti genitoriali necessita:

- **di un inquadramento più o meno teorico** che la faccia convinta dell'opportunità di abbandonare il conflitto;
- **di qualche regola pratica** che l'aiuti a realizzare tale convinzione, apprezzandone i riscontri concreti sotto il profilo della serenità e della riduzione delle tensioni.

Sul primo punto si possono adottare varie argomentazioni per "agganciare" la parte a riflessioni più miti e conciliative.

È stato notato che, dopo aver ovviamente consentito alla parte di "sfogare" il suo vissuto, la stessa ha frequentemente aderito a opportune stimolazioni conciliative, facendola, ad esempio, riflettere sull'utilità di praticare non tanto l'astio, bensì i cosiddetti "buoni sentimenti della vita" come la generosità e il suo speculare, la riconoscenza, la tolleranza, il perdono e, infine, quella che appare essere la "madre di tutti i sentimenti", la bontà.

È diffusa l'opinione che a essere buoni si fa una figura da "c...", ma, in verità, praticare la bontà richiede attributi assai sviluppati, grandi spalle e una forza che affascina.

"Siate buoni ed umani, perché la bontà incatena i cuori" scriveva Vincenzo Monti.

La parte che chiede assistenza e aiuto può essere attratta da un così diverso approccio ai rapporti interpersonali e, soprattutto, familiari e spinta verso la consapevolezza dell'inutilità di tenere in vita il pesante fardello di una litigiosità senza fine.

Può essere affascinata nello scoprire "l'altra faccia della luna" dei rapporti umani e, quindi, agevolmente indotta a disarmare.

Gli avvocati attenti ad attrarre i propri assistiti in questo affascinante percorso hanno certo notato che queste persone, colpite dalla delusione (*rectius*: dal trauma) della disgregazione familiare, hanno avviato un rapporto di coppia (e, talvolta, un matrimonio) e procreato figli senza un'adeguata consapevolezza della responsabilità che assumevano.

La verità è che la stragrande maggioranza si accoppia, convive, si sposa e ha figli "navigando a vista", senza domandarsi o chiarire o, meglio, "studiare" cosa significhi, appunto, essere coppia, essere genitori.

Credono di amarsi e desiderano fare come agli altri: metter su famiglia, avere figli. Ma non indagano (e, quindi, non conoscono) i tanti aspetti di una scelta così decisiva.

Allora ecco che il legale, al quale si rivolgono quando sopravviene la crisi, può (dovrebbe) cercare di *"far emergere in via prioritaria le esigenze della prole"* e impegnarsi a far apprezzare alla parte assistita quanto previsto dalle "Norme di comportamento" citate, a meno che non interpreti il suo ruolo con il mero (e banale) tecnicismo giuridico, ricordato dal prof. Moro citato in esordio.

In concreto, il legale dovrebbe far comprendere alla parte che il suo vissuto è dovuto anche al fatto che ha trascorso la vita di coppia e la sua genitorialità senza confrontarsi e dialogare; e quindi che è necessario comunicare con il partner le proprie idee, le proprie emozioni, i propri sentimenti, i propri valori ed elaborare assieme progetti di vita.

In ogni facoltà universitaria umanistica ci sono docenti di vita di coppia e di genitorialità, che, da anni, indagano questi temi, e i correlati rapporti umani, e scrivono testi che riflettono i loro seri studi. Ecco l'opportunità di mettere a disposizione della parte in crisi uno o due libri di cui il legale si potrà dotare per far fargliene dono e dare alla parte assistita, quindi, la possibilità di scoprire che sul vissuto che l'attraversa altri hanno riflettuto e scritto.

È spesso una rivelazione che aiuta a meditare (come mai prima) e ad avvertire che vi è tutto un

mondo di umane relazioni su cui la parte non si è mai soffermata e che la induce a mettersi (o rimettersi) in gioco per ri-identificare anche il proprio interesse e, soprattutto, quello dei figli, talvolta, fino a quel momento, strumentalizzati.

Il gruppo di lavoro sopra citato ha individuato, per le riflessioni sulla coppia, i testi: *Lezioni d'amore* di Francesco Alberoni (che ha il pregio di essere redatto in brevi domande e risposte che stimolano la riflessione) e *Attaccamento e amore* di Grazia Attili (che per la sua brevità viene accettato agevolmente); sui ruoli genitoriali, i testi: *Gli imperfetti genitori*, per chi ha figli infanti e *Adolescenza* per chi ha figli ultradodicesenni entrambi scritti da Marcello Bernardi.

Naturalmente si potranno “visitare” luoghi o siti ove reperire molti altri titoli e autori.

Questa stimolazione (che appare ben accetta) conduce poi più facilmente a indirizzare la parte (e le parti) verso consulenti che completino la presa di coscienza di una vita ben diversa da condurre sia in vista dell'eventuale instaurarsi di altre relazioni di coppia, sia per vivere una genitorialità più adeguata alle esigenze dei figli.

Quanto a consigli e pratiche più concrete, tra le tante che si possono suggerire, il gruppo di studio ha individuato due comportamenti che, se costantemente tenuti, consentono una seria comunicazione tra i genitori e, soprattutto, trasmettono ai figli la certezza che i genitori stessi mantengono un buon rapporto (da “coppia genitoriale”) in merito ai loro bisogni, ricavando una sensazione di sicurezza che li aiuta a metabolizzare con sufficiente serenità la separazione dei genitori stessi. La **prima condotta**, che ha dato ottimi frutti, è di darsi un appuntamento telefonico tutte le sere allorché uno dei due genitori cena con i figli; appuntamento che viene onorato dal genitore che non ha con sé i figli, che chiama l'altro genitore proprio mentre è in loro compagnia e consiste in uno scambio di comunicazioni in merito alla banalità del quotidiano dei figli stessi.

I figli avvertono che i genitori si parlano con cordialità e rispetto, ma soprattutto con costanza, e toccano “con mano” che i loro genitori si scambiano continue e costanti informazioni su di loro. In tal modo acquisiscono la certezza che i genitori stessi condividono la genitorialità, sono una **coppia genitoriale**; non devono, quindi, ricorrere a quelle forme di autodifesa evidenziate dalla prof.ssa Cancrini sopra citata.

La **seconda condotta** è che ogni genitore, allorché si trovi in compagnia dei figli e riceva dagli stessi una qualche richiesta significativa (l'acquisto di un giocattolo, la partecipazione a qualche gita eccetera), abbia la costanza di rispondere che deve sentire la mamma o il papà e si attivi immediatamente per chiamare l'altro genitore sul cellulare per avere un parere in merito alla richiesta e, laddove non lo reperisse sul cellulare, finga di parlargli e di ricevere un sì o un no alla richiesta, avendo poi l'avvertenza di darne comunicazione per non creare sorprese.

Queste due condotte consentono, anzitutto, ai due genitori di tenersi **allenati a parlarsi tutte le sere delle esigenze dei loro figli** e di quella che è stata sopra definita la “banalità del loro quotidiano”, talché i genitori stessi si abitueranno a un costante confronto e scambio di informazioni che eviterà ogni malinteso od ogni comunicazione via sms o via mail o per interposta persona (quando, addirittura, come avviene frequentemente, attraverso i figli) e li farà sentire molto più sereni e positivi nell'affrontare tutte le problematiche della prole.

La seconda come la prima condotta, in ogni caso confermerà nei figli la costanza dell'impegno dei loro genitori a essere una vera e propria “coppia genitoriale”, che non tradirà le loro aspettative e che sarà sempre presente monoliticamente, appunto assieme, alle loro esigenze.

In questo modo, anche le coppie più disastrose, anche quelle con maggiori problemi relazionali, potranno riuscire (e l'esperienza insegna che vi riescono) a superare le loro astiosità, le loro acrimonie, le piccole o le grandi rivendicazioni reciproche, perché di fronte all'interesse superiore di garantire ai figli una costanza di atteggiamenti genitoriali (e il conseguente beneficio che ai figli ne deriva come sicurezza) riusciranno certamente ad accantonare tutte le loro più o meno rilevanti *revanches* per dedicarsi in modo sempre più convinto e attivo a far crescere i loro figli in una maniera sana e serena.

Se l'avvocato e/o il terapeuta saranno riusciti ad aiutare le parti a risolvere (o ad avviare a soluzione) le due “necessità” sopra individuate, avranno certo contribuito a evitare alla prole il disagio di un inutile conflitto tra i loro tra i loro genitori. Laddove il conflitto sia già stato avviato e acuito an-

che per un insipiente approccio professionale, ecco che vi è l'occasione per impegnarsi maggiormente a farlo sedimentare e a farlo cessare un po' alla volta.

Si deve, però, aver fiducia, anzitutto, nella propria capacità di guidare la parte senza asservirsi alla sua visceralità e aver fiducia, altresì, nella capacità dei nostri assistiti di cambiare, di emergere da un vissuto che li ha portati ad allontanarsi dalla **benevolenza**.

Bisogna credere nel bene e nella possibilità, a nessuno negata, di emanciparsi dai propri limiti e di riavviare un percorso virtuoso verso un'autentica e stimolante rivisitazione di una genitorialità da condividere sul serio e non "sulla carta". Bisogna credere nell'importante (e strategico) ruolo che ci è riservato di soccorrere genitori che si sono lasciati avvitare nella sfiducia e nella malevolenza reciproca.

*"Guarda dentro di Te. Ivi è la fonte del bene,
la quale non sarà esausta mai,
solo che Tu ci vada scavando di continuo".*

Marco Aurelio, da *I Ricordi*

Aiutiamo, quindi, chi crede in noi in questa opera di scavo e studio, così da favorire non solo la loro genitoriale "santità", ma un po' anche la nostra.

AIAF - Organi statutari

Presidente: Milena Pini

Vicepresidente: Luisella Fanni

Giunta Esecutiva: Milena Pini (Presidente), Luisella Fanni (Vicepresidente), Marina Marino (AIAF Lazio), Daniela Abram (AIAF Emilia Romagna), Manuela Cecchi (AIAF Toscana), Remigia D’Agata (AIAF Sicilia), Gabriella de Strobel (AIAF Veneto), Liana Maggiano (AIAF Liguria), Antonina Scolaro (AIAF Piemonte)

Direttore Scuola di Alta Formazione dell’AIAF: Marina Marino

Comitato Direttivo Nazionale

Abruzzo

Maria Carla Serafini (presidente)
Federica Di Benedetto

Calabria

Stefania Mendicino (presidente)

Campania

Rosanna Dama (presidente)
Erminia Del Cogliano

Emilia Romagna

Ada Valeria Fabj (presidente)
Daniela Abram, Lorenza Bond, Isabella Trebbi
Giordani

Friuli Venezia Giulia

Maria Antonia Pili (presidente)
Graziella Cantiello

Lazio

Marina Marino (presidente)
Nicoletta Morandi, Costanza Pomarici, Giulia Sarnari

Liguria

Liana Maggiano (presidente)
Ilaria Felicetti, Alberto Figone

Lombardia

Franca Alessio (presidente)
Maurizio Bandera, Marisa Bedotti, Marina Bogni,
Cinzia Calabrese, Cinzia Colombo, Giuseppina
Debiasi, Antonella De Peri, Cesare Fiore, Stefania
Lingua, Carla Loda, Francesca Mazzoleni, Gerardo
Milani, Laura Pietrasanta, Milena Pini, Nicoletta
Stefania Pisano, Mirella Quattrone, Antonella Ratti

Marche

Anna Pelamatti Cagnoni (presidente)
Marina Guzzini

Piemonte

Antonina Scolaro (presidente)
Maria Cristina Bruno Voena, Cristina Giovando,
Maria Cristina Ottavis, Marina Torresini

Puglia

Ada Marseglia (presidente)

Sardegna

Luisella Fanni (presidente)
Vittorio Campus, Anna Marinucci, Francesco Pisano

Sicilia

Remigia D’Agata (presidente)
Cinzia Fresina, Antonio Leonardi, Caterina Mirto

Toscana

Manuela Cecchi (presidente)
Sandra Albertini, Gigliola Montano, Bruna Repetto,
Sandra Tagliasacchi, Valeria Vezzosi

Umbria

Anna Maria Pacciarini (presidente)
Stefania Cherubini, Maria Rita Tiburzi

Veneto

Alessandro Sartori (presidente)
Roberta Bettiolo, Gaudenzia Brunello, Paola Cacco,
Giuliana Castelletti, Francesca Collet, Lorenza
Cracco, Guido Dalla Palma, Gabriella de Strobel,
Caterina Evangelisti Franzaroli, Anna Kusstascher,
Rita Mondolo, Giovanna Olivieri, Umberto Roma,
Anna Sartor, Giulia Schiaffino, Lara Sereno,
Damiana Stocco, Assunta Todini, Daniela Turci

