

# I soggetti dell'affido condiviso e la conflittualità di coppia tra diritto e psiche: rilievi esperienziali

Formazione decentrata C.S.M.

Salerno 22.11.2011



Avv. Laura Landi

*Io divento uomo nella misura in cui aiuto l'altro a farsi più uomo*

*(Sabino Palumbieri)*

---

1. LA SEPARAZIONE: PROCESSO PSICHICO – 1.1. Spazio di attenzione per i figli – 1.2. Elaborazioni dei figli – 1.3. Sostegno alle famiglie nel processo di separazione - 2. I SOGGETTI DELLA SEPARAZIONE E L'ULTRA-GENITORIALITÀ - 2.1. Il figlio: da oggetto di diritti a soggetto di diritti – 2.2. Diritti del figlio: diritto a diventare adulto e diritto all'amore – 2.3. Alfabeto dell'affidamento - 2.4. Genitorialità, famiglia ed interesse del minore nella separazione dei genitori - 3. LA CONFLITTUALITÀ DI COPPIA 3.1. Conseguenze sui figli - 4. STRUMENTI DEGLI OPERATORI GIURIDICI - 4.1. Ascolto del minore - 4.2. Poteri officiosi del giudice - 4.3. Ordinanza non dettagliata della "frequenziazione affettiva" - 4.4. Consulenza Tecnica d'Ufficio - 4.5. Equa ripartizione delle incombenze genitoriali - 4.6. Applicazione del 709 ter cpc – possibilità di "sanzione sospesa" - 4.7. Applicazione del 709 ter cpc e "provvedimenti correttivi" – 4.8. Le "coercitorie" ai sensi dell'art. 614 cpc – 4.9. Affidamento esclusivo – 4.10. Affidamento ai Servizi Sociali – 4.11 Affidamento ex art. 2 L. 184/83 – 4.12. Declaratoria di decadenza di potestà - 5 CONCLUSIONI

*In copertina un quadro di **Franz Borghese** illustra la conflittualità di coppia*

## 1. LA SEPARAZIONE: PROCESSO PSICHICO

La separazione tra i coniugi (o anche tra conviventi) trova la sua genesi in alcune cause che si possono esemplificare per macrocategorie: a) Debolezza dell'impegno reciproco (difficoltà a condividere e sostenere gli oneri della vita coniugale), che solitamente matura subito dopo il matrimonio o la nascita del figlio; b) Evento critico, Malattia, Relazione extraconiugale, Interferenza della/e famiglia/e d'origine; c) Esaurimento del compito (conseguenza sono le separazioni convintamente consensuali e/o le separazioni dopo alcuni anni); d) Circuito della delusione: meccanismo messo in moto da una falsa rappresentazione dell'altro attraverso meccanismi proiettivi di bisogni ed aspettative (Illusione = Crisi = Delusione)<sup>1</sup>.

Nel tempo il processo separativo attraversa varie fasi che caratterizzano i comportamenti delle parti: 1) Delusione; 2) Insoddisfazione; 3) Distacco; 4) Separazione; 5) Lutto; 6) Seconda adolescenza; 7) Confronto con la realtà.

L'origine del processo separativo è nella **DELUSIONE**: quando uno dei soggetti della coppia, o entrambi, maturano la consapevolezza che vi è discordanza tra le aspettative riposte nel matrimonio (o convivenza) e la realtà matrimoniale (o di convivenza). La cognizione dello stato di fatto comporta inevitabile **INSODDISFAZIONE** (che vede la sintomatologia nella depressione e disistima di sé) ed immediatamente dopo **DISTACCO**. Cessa l'investimento emotivo nella vita coniugale e la quotidianità diventa come *un film senza colonna sonora*. È il momento in cui si dice che “non c'è più nulla” e si passa alla **SEPARAZIONE** fisica e legale. In questo stadio, rivolgersi all'avvocato arreca un apparente sollievo: si è consapevoli di essere padroni delle proprie scelte ed aver avviato un cambiamento, anche l'autostima cresce. Dopo la decisione, però, subentra la fase del **LUTTO** in cui, anche a causa della modificazione delle frequentazioni parentali e sociali, si avverte il senso di smarrimento e rimpianto. Dopo il “lutto” - nella prevedibile evoluzione del processo separativo - giunge la **SECONDA ADOLESCENZA** periodo caratterizzato da cambiamenti, vitalità, riaffermazione di stili giovanili, leggerezza. Dopo questo momento di frenesia man mano si giunge al **CONFRONTO CON LA REALTÀ** che consiste in un nuovo equilibrio sociale, oltre che con se stesso e con figli.<sup>2</sup>

Tra le teorie del processo di separazione meritevoli di attenzioni, quella dell'antropologo americano Paul James Bohannon<sup>3</sup> secondo cui chi si separa **deve** attraversare **sei stadi** (parla di separazione emotiva, legale, economica, genitoriale, dalla comunità e psichica) ed il mancato superamento di una di queste fasi non consente di giungere all'ultima: la separazione psichica. Ciò

<sup>1</sup> M. Malagoli Togliatti G. Montinari *Famiglie divise* Franco Angeli 2002

<sup>2</sup> M. Malagoli Togliatti *Corso di Psicologia della Famiglia* materiale didattico del Master “Diritto minorile” a.a. 2009-2010 Università Sapienza in Roma

<sup>3</sup> P. Bohannon *The six station of divorce, in Lasswell, Love, marriage and family: a developmental approach*, 1973 Illinois.

determina squilibri psicologici che possono tradursi in una cronicizzazione del conflitto legale che talvolta è solo una forma perversa di conservazione del rapporto nel tempo.

Più semplicemente, invece, la Kaslow<sup>4</sup> sintetizza in tre passaggi l'evoluzione della separazione: fase dell'alienazione (momento della decisione); fase conflittuale (quella processuale); fase riequilibratrice. Questo percorso, per la maggior parte delle persone si compie in **circa due anni**.

Secondo Kressel<sup>5</sup> non è da escludere la comparsa di un grado di conflittualità dopo la formalizzazione legale della separazione pur in una situazione di precedente accordo apparente. Infatti, la consolidata accettazione dell'incomunicabilità impedisce la progressiva elaborazione dei problemi della coppia e la sua mancanza determina una pericolosa crepa nel rapporto che esplose prima o poi.

### 1.1. Spazio di attenzione per i figli

A prescindere da quante siano le fasi evolutive del processo di trasformazione della famiglia i cui genitori si separino, è bene chiedersi che spazio di attenzione hanno i figli.

Esperti<sup>6</sup> hanno constatato che “quando la famiglia è in un momento di crisi per le tensioni nel rapporto di coppia tra genitori, il posto del figlio viene ulteriormente condizionato. In questo caso infatti le dinamiche tra i genitori tendono a rimanere sempre in primo piano e gli interessi del bambino rimangono sfocati, in secondo piano”. In merito si richiama, ad avvalorare questo assunto, una ricerca di Zussman,<sup>7</sup> sull'attenzione che i genitori rivolgono ai figli in una situazione di reciproca competizione, evidenziando che il comportamento rispetto ai figli ne risulta alterato: con la **diminuzione di comportamenti positivi** (come interazione, disponibilità ed appoggio) verso i bambini più grandi e la **comparsa di comportamenti negativi** (interferenza nei loro procedimenti mentali, critiche e punizioni) nei confronti dei più piccoli.

### 1.2. Elaborazioni dei figli

Ai figli poco importa se la madre non è una buona moglie o se il padre non è un buon marito, a loro importa solo che siano buoni genitori e che entrambi facciano parte della loro vita [v. figura 0]<sup>8</sup>.



<sup>4</sup> P. Gambini, *Psicologia della famiglia. La prospettiva sistemico-relazionale*, FrancoAngeli, 2011, p. 235 2 ss.

<sup>5</sup> A. Dell'Antonio *Il bambino conteso il disagio infantile nelle conflittualità dei genitori separati* Giuffrè 1993, 4.

<sup>6</sup> A. Dell'Antonio *op cit.*, 51. K. Kressel *A typology of divorcing couple: ...* in Fam. Proc. 1980, 19, 101-106.

<sup>7</sup> J.U. Zussman *Situational Determinants of Parental Behavior: Effects of Competing Cognitive Activity in Child Development*, 51; 792-800 (anche <http://www.jstor.org/pss/1129466>)

<sup>8</sup> Concetto ben illustrato con la figura di Grazia Nidasio tratta dal libro “I difetti dei grandi” di Janna Carioli p. 13 Mondadori.

Per questo la separazione, nella letteratura psicologica è qualificata come evento critico significativo e responsabile di possibili cambiamenti a livello di identità personale e delle relazioni affettive dei membri del sistema familiare separato, Sono stati riscontrati effetti psicologici, sui componenti della cellula disgregata, dovuti alla necessità di “elaborare il lutto della perdita del nucleo unito e dallo sforzo della costruzione di una nuova progettualità per il futuro”. Può incidere “nel bene e nel male” sul carattere, sulla personalità, sulla costituzione dei valori fondamentali che regoleranno ed accompagneranno l’esistenza.

Formalmente potrebbe apparire che la separazione coincida col momento legale, ma sebbene questo sia il momento *più vistoso*, il processo mentale è molto più lungo e complesso e gli esiti talvolta sono disfunzionali. In alcuni casi, infatti, permane una “cronica o subcronica patologia relazionale dei coniugi caratterizzata dalla permanenza di un’elevata conflittualità che può compromettere il benessere e quindi lo sviluppo psicofisico del minore coinvolto”

La separazione, dunque, comporta un elevato costo psicologico, per i genitori e soprattutto per i minori quando diventano parte integrante del conflitto subendo le interferenze dannose di un lungo contenzioso giudiziario. Ma questo si approfondirà innanzi.<sup>9</sup>

Si può agevolmente affermare - secondo gli studi di Wallerstein e Kelly - che l’età del minore coinvolto ed il **sostegno** dell’adulto incidono moltissimo sull’elaborazione dell’evento ed il superamento traumatico<sup>10</sup>.

**Le reazioni dei figli** alla separazione dei genitori si possono individuare e raggruppare per fasce d’età:

1 - 3 anni (FASE PRE-EDIPICA):	regressione; tristezza; bulimia; bisogno di contatto fisico con adulti
3 - 6 anni (FASE EDIPICA):	aggressività; scarsa autostima; depressione; senso di colpa; immagine di sé negativa
7 - 8 anni (PRIMA LATENZA)	intensa tristezza e dolore; insicurezza; conflitti di lealtà; fobie; carenza di difese appropriate all’età
9 - 10 anni (SECONDA LATENZA):	collera verso i genitori; problemi somatici; problemi scolastici; problemi di identità
ETÀ ADOLESCENZIALE:	accelerata e precoce indipendenza; deidealizzazione delle figure genitoriali; comportamenti antisociali; fughe da casa

<sup>9</sup> V. cap. 3.1.

<sup>10</sup> È importante tuttavia sottolineare come la sofferenza infantile possa regredire e acquisire una valenza in tal senso meramente reattiva ad una situazione di stress (lo stress della separazione) se il bambino viene sostenuto e supportato adeguatamente dagli adulti di riferimento e soprattutto se il conflitto coniugale viene gestito in modo costruttivo **M. Malagoli Togliatti**, cit p. 42 e s.s. come pure i brani citati tra virgolette

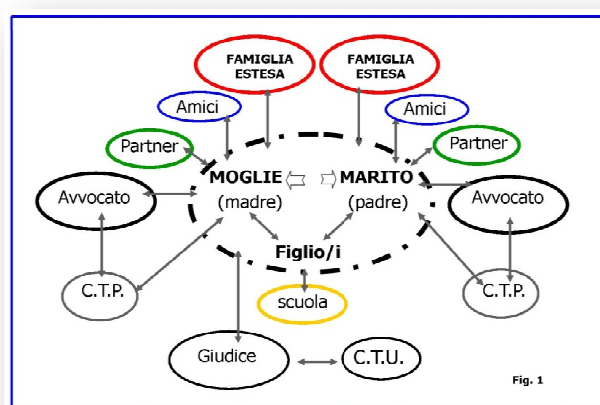
Come innanzi evidenziato, nel percorso di reattività all'evento intervengono fattori correttivi migliorativi o peggiorativi. Vi sono dunque elementi aggravanti dell'evento ed elementi attenuanti che si possono racchiudere in una tabella esemplificativa.

<u>Fattori di stress:</u> (come aggravanti dell'evento)	<u>Fattori protettivi</u> (come attenuanti dell'evento):
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conflittualità elevata tra i genitori</li> <li>• Denigrazione di un genitore</li> <li>• Triangolazione</li> <li>• Genitore disturbato</li> <li>• Cattiva relazione con il genitore convivente<sup>11</sup></li> <li>• Diminuzione delle risorse economiche</li> <li>• Scarso sostegno da parte della rete amicale</li> <li>• Continui spostamenti dovuti ad alternanze residenziali</li> <li>• Mancanza di riferimento abitativo stabile</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Buone relazioni di attaccamento ad almeno un genitore, anche se l'altro è assente</li> <li>• Buoni rapporti con il genitore affidatario</li> <li>• Buoni rapporti con il genitore non affidatario</li> <li>• Genitore non disturbato</li> <li>• Presenza di un altro adulto significativo (nonni, nuovo partner)</li> <li>• Buone relazioni con i fratelli</li> <li>• Buone relazioni amicali</li> <li>• Tipo di famiglia costruita dopo la separazione</li> <li>• Buona autostima</li> <li>• Buone capacità intellettive</li> </ul>

### 1.3. Sostegno alle famiglie nel processo di separazione

La famiglia che si separa spesso costituisce un evento che determina effetti “a cerchi concentrici”, come la pietra nello stagno, coinvolgendo altre relazioni parentali e sociali che solitamente prendono parte alla vicenda, sostenendo, schierandosi e fomentando la lite [v. figura 1].

La vicenda può assumere, così, elevati livelli di complessità.



<sup>11</sup> Meglio che dire *collocatario*, termine davvero svalutante per la persona del figlio.

Tutti questi contesti attivati, in assoluta buona fede, sono convinti di *sostenere* i propri cari ma così facendo innescano un meccanismo perverso di conflittualità senza fornire alcuna risorsa utile al nucleo familiare nella sua interezza. Ruolo determinante è anche esercitato dagli avvocati(A)

(A) **Dato esperienziale** L'AVVOCATO SOLITAMENTE È IL PRIMO SOGGETTO A CUI LE PARTI SI RIVOLGONO E PERTANTO HA UN MARCATO COMPITO SOCIALE ED ETICO NEL GESTIRE QUESTE SITUAZIONI. LA SPECIALIZZAZIONE DELLE PROFESSIONALITÀ FORENSI RISULTA IN QUESTO RAMO DEL DIRITTO, PIÙ DI OGNI ALTRO, QUANTO MAI URGENTE PER ASSICURARE UNA NECESSARIA COMPETENZA MULTIDISCIPLINARE.

che non sempre sono scevri dalla tipica formazione contenziosa. A questo proposito le associazioni forensi specialistiche hanno sentito l'esigenza di apportare specifiche modifiche al codice di deontologia forense<sup>12</sup> che tengano conto della particolarità della materia trattata.

Concludendo, ogni scelta o attività che possa essere utile a stemperare gli animi va percorsa o tentata. Utili, in tali circostanze, sono adeguati **interventi di sostegno** attraverso:

- 1) la Mediazione familiare;
- 2) la Consulenza psicologica;
- 3) la Psicoterapia.

**Gli interventi di sostegno devono mirare a:**

- a) Tutelare il figlio;
- b) Condividere responsabilità e impegno genitoriale;
- c) Rielaborare l'evento;
- d) Ripristinare progettualità individuali

e **si collocano in più ampi interventi di valutazione e controllo sociale**, che a loro volta hanno come obiettivi:

- ) Contenere gli agiti distruttivi;
- ) Proteggere i rapporti del figlio con entrambi i genitori;
- ) Aprire spazi di dialogo;
- ) Valutare i rischi e le risorse;
- ) Controllare il rapporto attraverso strumenti come le consulenze tecniche e spazi neutri di incontro

<sup>12</sup> L'Unione Nazionale delle Camere (Congresso di Gallipoli 28 giugno 2009) minorili fa formulato una proposta di modifica al codice deontologico forense, condivisa ed integrata da **Remo Danovi** (in La previdenza Forense 2009, 215-220). Tra le indicazioni: *L'avvocato deve ricercare sempre soluzioni il più possibile condivise; In particolare, l'avvocato di famiglia e del minore realizza la propria formazione permanente anche attraverso l'approfondimento delle discipline specialistiche in campo socio-psicopedagogico L'avvocato delle parti adulte in materia di famiglia o minorile deve: 1) astenersi da rapporti con le persone minori di età coinvolte nel procedimento; 2) informare il proprio assistito dei rischi ai quali è esposto il minore se coinvolto nelle dinamiche conflittuali processuali ed extraprocessuali; 3) astenersi dal mostrare al minore atti e documenti processuali ed extraprocessuali relativi alle questioni di cui al procedimento; 4) invitare espressamente il proprio cliente a conformare il proprio comportamento a quando sopra.*

## 2. I SOGGETTI DELLA SEPARAZIONE E L'ULTRA-GENITORIALITÀ

La separazione personale dei coniugi si concretizza in un percorso procedurale e sostanziale disciplinato dagli artt. 706 e ss. c.p.c. e 150 e ss. c.c.. La lettera della norma è chiara: parte del giudizio sono solo i coniugi<sup>13</sup>. Se da un punto di vista strettamente formale i figli non sono parti processuali, da un punto di vista pratico (attraverso la tutela dell'interesse del minore)<sup>14</sup> orientano e condizionano l'evoluzione del procedimento come anche il decreto di omologazione dell'accordo consensuale.

È "l'interesse del minore"<sup>15</sup>, che anima la procedura della separazione dei coniugi e fa della L. 54/06 una sorta di *Statuto del minore nella crisi familiare*. Il punto fondamentale intorno al quale ruota tutto l'assetto della legge è la bi-genitorialità come interesse preminente del minore. Forse più correttamente si sarebbe dovuto dire *ultra-genitorialità* intendendo in tal modo **un legame che c'era prima** della fine del rapporto coniugale e deve necessariamente andare oltre tale stessa fine.

### 2.1. Il figlio: da oggetto di diritti a soggetto di diritti

Si può affermare senza esitazione che la posizione del minore nella costellazione giuridica è quella di soggetto di diritti<sup>16</sup>. Il percorso storico<sup>17</sup> è stato lungo e sofferto e ha avuto la sua consacrazione nella

<sup>13</sup> Sebbene immediatamente dopo l'entrata in vigore della L. 54/06, giurisprudenza di merito aveva tentato di dare un'interpretazione ampia della norma legittimando l'intervento adesivo dei nonni (**Trib. Firenze 12.04.2006**) il giudice di legittimità (Cass. Civ. sez. I, **16.10.2009 n. 22081**) ha ribadito che il minore non è parte del giudizio di separazione e pertanto non ricorrono le condizioni per un intervento *ad adiuvandum* per i nonni. Già **Cass. civ. I, 17.1.96 n. 364**: "Nel giudizio di separazione, che ha ad oggetto l'accertamento della sussistenza dei presupposti dell'autorizzazione a cessare la convivenza coniugale e la determinazione degli effetti che da tale cessazione derivano nei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e con i figli, la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi e non può essere riconosciuta ai parenti di questi, neppure al limitato fine di meglio tutelare gli interessi dei figli minori; ai parenti, infatti, la legge espressamente riconosce soltanto la legittimazione a sollecitare, in diversa sede, il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà dei genitori (art. 336 c.c.) al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi dei minori."

<sup>14</sup> Per una elencazione delle ipotesi in cui l'interesse del minore è utilizzato come parametro decisionale del giudice si veda innanzi nota 75

<sup>15</sup> **Corte Cost.14.7.1986 n. 185** (Dir. famiglia 1986, 883): la Corte interrogata sulla costituzionalità della L. 898/70 nella parte in cui non prevede la nomina di un curatore speciale del minore in ordine alla pronuncia sull'affidamento ed altri provvedimenti che lo riguardano, ha modo di ribadire: I giudizi in questione, infatti, non attengono nè si riflettono sullo "status" dei figli, ed inoltre, essendo preordinati a scegliere la soluzione migliore per gli interessi del minore, gli interessi di quest'ultimo non rimangono senza tutela, ma sono garantiti da una serie non indifferente di misure.

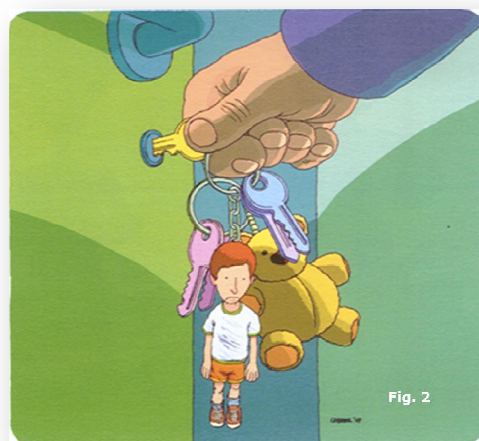
<sup>16</sup> Il dato legislativo emerge dalle L. n. 176/91, L. n. 77/03; L. 149/01. In giurisprudenza l'assunto è ben evidente in **Cass. Civ., sez. I, 26.03.2010 n. 7282**. Oltre alle statuizioni giurisprudenziali si veda: A. **Dell'Antonio** *Genitori e capacità genitoriale alle soglie del 2000* Ed SEAM 1999, 7 – Ivi, si evidenzia come nel corso del secolo scorso si è passati dal concetto di famiglia come "istituzione domestica che garantisce la salvaguardia e la trasmissione di valori sociali ed etici ad una famiglia prevalentemente intesa come "luogo degli affetti" in cui prevale la ricerca di soddisfazione dei bisogni di supporto e di solidarietà reciproca dei suoi componenti, in un ottica di valorizzazione paritaria dei singoli come persone. In quest'ottica viene attribuito anche al bambino un maggior spazio psicologico che in passato: egli non è solo oggetto di cure materiali e di "protezione" ma è soggetto, persona, con un'individualità specifica e quindi anche con esigenze ed attitudini personali che devono essere recepite ed assecondate con diritti all'identità ed all'espressione delle proprie opinioni che gli vengono riconosciuti nelle Convenzioni Internazionali ..."

<sup>17</sup> *L'auctoritas del pater familias* del diritto romano - ove il padre aveva potere di vita e di morte sul figlio, come sullo schiavo - la ritroviamo, sia pure in forma mitigata dal periodo storico, nel potere del padre di ottenere dal Presidente del Tribunale l'internamento del figlio in una casa di correzione (art. 222 del codice del 1865). Col codice del 1942 si giunge alla patria potestà volta ad uniformare il minore ad un modello esterno più che a perseguire le sue inclinazioni ed il libero esplicarsi della sua



Convenzione sui diritti dei fanciulli e degli adolescenti del 1989. Purtroppo l'atteggiamento dell'adulto non muta come la realtà giuridica (cui basta la "semplice" pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) e le espressioni verbali dal sapore adulto-centrico spesso tradiscono convinzioni radicate nel proprio corredo educativo e purtroppo, più diffusamente, nella coscienza sociale (*"ho il diritto di vedere mio figlio", "sono la mamma/papà e fa quello che dico io"* ecc.) [v. figura 2]<sup>18</sup>.

Talvolta anche nelle statuizioni dell'autorità giudiziaria si coglie la valutazione del minore come oggetto di diritti più che come soggetto. Si pensi a tutta la disputa **sull'ascolto del minore**<sup>19</sup> ove non mancano asserzioni sul *trauma* che subirebbe il minore (ultradodicesime) a recarsi innanzi al Giudice. Senza renderci conto ci contraddiciamo parlando dei "giovani d'oggi" come generazione più intellettualmente e indipendente di quella dei "tempi nostri" e poi affermando con determinazione che possa essere un trauma per un dodicesime esprimersi in merito a situazioni che cambiano il corso della propria esistenza. Il vero trauma non è nel fine ma nel mezzo: è negli studi di avvocati che – invece di ammonire i genitori e diffidarli dal *giudizializzare* il figli – "ascoltano" ed orientano il minore; o nelle aule dei tribunali ove giudici con poca dimestichezza chiedono *"con chi vuoi stare: con mamma o con papà?"* o approfittano dell'ascolto del figlio quindicesime per chiedere *"mamma lavora a nero?"*.



personalità [E. Bassoli *La potestà dei genitori nei comportamenti eccedenti Analisi giurisprudenziale degli illeciti civili e penali* Halley Editrice, 2007]. A dare l'idea di come si articolavano i diritti del minore in questo contesto storico è interessante far riferimento ai metodi educativi dell'epoca, punizioni corporali e/o umilianti e degradanti della persona erano avvertite oltre che lecite, indicate. La carta Costituzionale ha avviato una evoluzione accelerata dei diritti del minore che sono confluiti nella più ampia riforma del diritto di famiglia del 1975 che, tra gli altri, ha modificato l'art 147 c.c. introducendo affianco all'obbligo di mantenere, educare ed istruire *"tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli"*. Da questo punto in poi - anche grazie all'apporto delle scienze dell'infanzia ed alla psicologia dell'età evolutiva [R. Rizzo *Tutelare l'infanzia per un approccio didattico-educativo* Manni Editori 2004, 12] - il concetto di potestà si veste di nuova sostanza e con esso la concezione dell'infanzia e del rapporto con l'adulto in un meccanismo non più impositivo ma di sollecitazione di competenze sociali e cognitive verso le quali il bambino è predisposto [P. Di Blasio *Psicologia del bambino maltrattato* Il Mulino 2000, 50-52], in quest'ottica *"l'interesse del minore"*, non può prescindere dai suoi diritti come soggetto persona.

<sup>18</sup> L'immagine è di Gabriel Pagonis, tratta dalla pubblicazione *"Abolire le punizioni corporali nei confronti dei bambini"* (dalla collana *"Costruire l'Europa con e per i bambini"*) Council of Europe, July 2008, Pag. 43.

<sup>19</sup> Diritto consacrato dall'art. 12 **Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza** (sottoscritta a New York il 20.11.89 e ratificata in Italia dalla L. 176/91); art. 3 e art. 6 **Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei bambini** (sottoscritta a Strasburgo il 25.1.1996 ratificata in Italia con L. 77/03); Art 21 Reg. CE n. 2201/03 (Bruxelles II bis). **Cass. civ. sez. un. 21.10.2009 n. 22238** (in *Dir. Famiglia* 2010,4,1565): *"Costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, censurato in questa sede, nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione"*

Altro ruolo delicato, per la sua centralità, è quello dello psicologo - incaricato talvolta dell'indagine, in sostituzione dell'ascolto del minore - che contribuirà in maniera decisiva al convincimento del giudice.<sup>20</sup>

L'applicazione dell'istituto che prevede l'ascolto del minore, come innanzi rappresentato, è un punto evidente di *inciampo* nella traduzione in atti e fatti del concetto di "minore: soggetto di diritti", ma ve ne sono altri nascosti e pertanto più subdoli, a cui è facile non fare caso.

In merito si consideri il **rapporto di frequentazione** (meglio che dire "diritto di visita"<sup>21</sup>) col genitore non convivente. Nella quasi totalità dei casi è il genitore non convivente che ha l'onere di recarsi presso l'altro genitore a prendere<sup>22</sup> il figlio. Eppure, a ben vedere, se la cura del rapporto affettivo con i genitori è soprattutto nell'interesse del minore<sup>23</sup> (come andare in palestra, a danza, al catechismo, ecc.), il genitore convivente potrebbe/dovrebbe anche accompagnare il figlio all'incontro con l'altro genitore, occupandosi quest'ultimo di riaccompagnare il figlio a casa.

La giurisprudenza di merito<sup>24</sup> insegna che i casi di aspra conflittualità - ove il figlio, soggiacendo ad un *complesso di lealtà* nei confronti del genitore convivente rifiuta di incontrare l'altro genitore - sono stati risolti **ordinando**

**al genitore convivente di accompagnare il bambino presso l'altro genitore.** In merito si attiva

(B) **Dato esperienziale** DI REGOLA, NELLE SEPARAZIONI GIUDIZIALI (ED IN PARTICOLARE NEI CASI IN CUI IL FIGLIO RIFIUTA DI ANDARE DALL'ALTRO GENITORE) L'ORDINE AL GENITORE CONVIVENTE DI ACCOMPAGNARE IL FIGLIO PRESSO L'ALTRO PUÒ RISOLVERE NELLA MAGGIOR PARTE DEI CASI, OGNI PROBLEMA

<sup>20</sup> G. Galuppi *La conflittualità nelle separazioni ed il danno psichico che ne consegue su genitori e figli*, Dir. Fam, 2011, 01, 329. L'autore affronta il problema dell'effetto dell'estromissione di un genitore dalla vita affettiva del minore aggiungendo che "Tutto può essere complicato dalle lungaggini giudiziarie e da errori di valutazione del magistrato, non di rado favoriti dall'intervento di tecnici, assistenti sociali e psicologi, appartenenti ai Servizi territoriali od anche CTU, che non riescono a cogliere l'effettiva realtà della situazione interpersonale sulla quale sono chiamati a fornirgli informazioni affidabili. Da ciò possono derivare decisioni sui termini dell'affidamento, che, lungi dall'attenuarla, contribuiscono a trascinare ed aggravare la conflittualità dei genitori."

<sup>21</sup> Diritto di visita appare una locuzione che contiene in sé una contraddizione in termini. Infatti il sostantivo "visita" presuppone quello di facoltà, da un lato e concessione dall'altro e non certo "diritto" per il visitante; inoltre la "visita" è un concetto che presuppone un rapporto distaccato.

<sup>22</sup> Sebbene il verbo pare avere una connotazione oggettivizzante, è lessicalmente rispettoso visto che si usa anche tra adulti dire "ti vengo a prendere" o "vienimi a prendere" (peggio sarebbe "prelevare").

<sup>23</sup> Rispetto ad un padre che dichiara di non aver interesse a vedere le figlie: "... **ritenuto che va comunque previsto e disciplinato un diritto di visita delle figlie minori in favore del padre, anche se quest'ultimo ha dichiarato che per il momento preferisce non vedere le figlie; atteso che l'art. 147 c.c. prevede che i genitori hanno l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, per cui quello che tradizionalmente viene definito come diritto di visita del minore da parte del genitore non affidatario costituisce, in realtà, una posizione soggettiva complessa, comprensiva non solo di facoltà del genitore non affidatario, ma anche di veri e propri obblighi di tale genitore nei confronti dei figli minorenni; considerato, in particolare, che l'art. 155 c.c., quale risultante a seguito della entrata in vigore della legge n. 54 del 2006, prevede al primo comma che "Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale", e prevede, nella prima parte del secondo comma, che "Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa"; rilevato che l'interesse della prole nel caso in esame è senz'altro quello di mantenere un rapporto con entrambe le figure genitoriali, non risultando agli atti circostanze che sconsiglino i rapporti fra le figlie e il padre; atteso che risulta opportuno prevedere che il padre veda le figlie secondo i tempi e le modalità, ritenuti congrui, specificati in dispositivo; rilevato, in particolare, che risulta opportuno che il padre veda le figlie in presenza della madre o di persona da questa indicata, alla luce delle complessive dichiarazioni rese dai coniugi" (Trib. SA 19 febbraio 2009, Ord.za Pres. f.f. V. Colucci)**

<sup>24</sup> Trib. Salerno 8 febbraio 2010 ord.za G.I. V. Colucci (in Rivista Avvocati di Famiglia 2010, 3, 38).

un **meccanismo di fiducia** da parte del bambino, che è portato ad accettare benevolmente ciò che propone il genitore presso cui vive e al tempo stesso è uno **sgravio di responsabilità per il bambino** (cui si risparmia la sensazione di tradire)(B).

## 2.2. Diritti del figlio: diritto a diventare adulto e diritto all'amore

<<Ogni soggetto ha una vasta gamma di diritti e doveri, ma **“il” diritto** per eccellenza dell'uomo è quello **alla vita**, in senso ampio, e **nello specifico**, ad **essere messo in condizione di affrontare la vita, dunque a “diventare adulto”** (*rectius*: dotato del bagaglio emotivo e culturale necessario ad una serena autonomia decisionale) con il sostegno e la guida, in via preferenziale, dei genitori, in via successiva, di altre figure, familiari e non. Questo compito è il nucleo dell'istituto della “potestà genitoriale”, ove parte della dottrina - ponendo attenzione alla sfera interna<sup>25</sup>, di esercizio di potestà - ne ha dato una definizione felice facendo coincidere la potestà con **“quell'insieme di poteri-doveri finalizzati alla crescita spirituale e fisica del figlio, da esercitarsi nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni”**<sup>26</sup>.

In quest'ottica, il minore ha “il” diritto di godere della potestà genitoriale: il diritto di essere “cresciuto”, specularmente al dovere del genitore di “crescerlo”. Nella dinamicità dei rapporti familiari

tutto ciò si sostanzia di regola in una “relazione a tre” [v. figura 3] di scambio di doveri e diritti, dove da una parte vi è il bambino/ragazzo come titolare di diritti e doveri verso i genitori e dall'altro vi sono i genitori come contitolari<sup>27</sup> di poteri/doveri e di diritti - nella misura in cui questi ultimi sono strumentali ai doveri stessi - che si coniugano in una serie di responsabilità della e alla crescita e maturazione del minore>><sup>28</sup>.



**Fig. 3**  
Rapporti giuridici genitori-figli-genitori

<sup>25</sup> In contrapposizione, o meglio a completamento della sfera interna, vi è la sfera esterna della potestà, la quale consiste nella rappresentanza del minore nelle relazioni col mondo esterno (V. A. C. Pelosi *La Patria potestà* Milano, 1965, 85 con ampio richiamo in S. Veronesi *L'intervento del giudice nell'esercizio della potestà dei genitori*, Milano 2008, 4.) contra T. Montechiari *La potestà dei genitori* Milano 2006, 30.

<sup>26</sup> M. Sesta *La potestà dei genitori* in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, III Torino 1999

<sup>27</sup> Si evidenzia che nell'ordinario svolgimento della quotidianità familiare le opinioni diverse dei genitori trovano necessariamente all'interno della famiglia unitarietà di determinazione, "...stante che il ricorso al giudice, ai sensi dell'art. 316 c.c. è ammesso solo per le questioni di particolare importanza e ciò vale a responsabilizzarli." Cfr.: N. Fazio *L'affido condiviso*, Giust. civ. 2006, 6, 273

<sup>28</sup> L. Landi *Affidamento condiviso dalla parte del minore* cap. VIII, p 287 ss. in *Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio* vol 6 della Biblioteca di diritto di famiglia, collana diretta da B. De Filippis - Cedam 2009.

L'art. 147 c.c. elenca tra i doveri dei genitori: mantenere, istruire ed educare la prole.

Un altro verbo andrebbe aggiunto, anzi anteposto, a quelli che descrivono tutti gli altri doveri: amare. Amore, dunque, come esigenza affettiva di crescita<sup>29</sup>. Ma, se pure menti illuminate<sup>30</sup> ne siano convinte, i più censurano la proposta con un laconico “a nessuno si può imporre di amare qualcuno”. Questo assunto è certamente fondato nei casi in cui la relazione, l'amore, si voglia *imporre* tra estranei, o anche tra parenti. Ad avviso di chi scrive, discorso completamente diverso è quando un essere umano è responsabile del concepimento di un altro<sup>31</sup>.

Certamente gli specifici doveri, elencati all'art. 30 Cost., di mantenere, educare ed istruire non possono essere letti in una chiave pubblicistica - o solo pubblicistica - che sarebbe attualmente assolutamente anacronistica, pur non perdendo una concreta funzione sociale. Piuttosto il compito dell'educare (di cui all'art. 3 Cost. o all'art. 147 c.c.), è attribuito ai genitori (o altri in via successiva), in virtù di una potestà genitoriale ormai lontana dal concetto di patria potestà pre-Costituzionale.

“Educare” è aver cura di qualcuno, forte è il nesso di causalità tra l'educazione e l'amore. A questo proposito l'evoluzione del concetto dell'attività educativa genitoriale si coglie anche nella giurisprudenza di merito che in alcuni casi arriva a riconoscere un risarcimento del danno in caso di mancato apporto educativo.<sup>32</sup> Chiarificatrice la sentenza del tribunale di Milano (16.12.09 La Monica) ove emerge una lettura del compito educativo più volto alla realizzazione della personalità che meramente nozionistico: *“l'educazione non solo come indicazione di regole, conoscenze, modelli di comportamento, ma anche come più ampio compito destinato a consentire la crescita dei figli, a*

<sup>29</sup> È da bambini che si impara cos'è l'amore. Che in casa ci sia un'atmosfera felice o un clima di tensione, che la famiglia sia funzionale o disfunzionale, è da lì che ci vengono le prime lezioni d'amore. Non ricordo di aver mai provato il desiderio di chiedere ai miei genitori una definizione dell'amore. Per la mia mente di bambina amore era il benessere che si prova quando in famiglia ti facevano capire che eri importante e tu trattavi gli altri come persone che contavano. L'amore coincideva sempre e solo con il benessere. **Bell hooks Tutto sull'amore** Feltrinelli 2000, p 30,

<sup>30</sup> Un tentativo di colmare la lacuna si rinviene nella XV<sup>a</sup> legislatura, ove il Governo Prodi istituì una commissione di riforma del diritto di famiglia, con particolare riguardo alla filiazione, presieduta dal da **Cesare Massimo Bianca**. Questa Commissione concluse il compito con un progetto approvato dal Consiglio dei Ministri. Benché le vicissitudini politiche impedirono che tale lavoro giungesse alla sua formalizzazione la Commissione fu riconosciuta e nuovamente costituita e presieduta dal prof. Bianca con le medesime finalità. Il suo Presidente ha rivendicato con forza la modifica dell'art. 147 c.c. con l'introduzione del “dovere” di amare la prole.

<sup>31</sup> **M.R. Parsi e M.B. Toro Onora il figli e la figlia**, I Garanti- Salani Editore, 2006, p. 7 e ss. Qui si evidenzia, nel decalogo “Radici e ali”: “la radice della vita è l'amore. Per onorare i figli, sarà fondamentale far germogliare questa consapevolezza: la maternità e la paternità non sono soltanto eventi biologici, ma un'esperienza dell'anima e un'importante possibilità di amore, di crescita e di generosità. Madre e padre sono, infatti, persone che si prendono cura della crescita di un bambino e lo amano, lo rispettano, lo tutelano, sono per lui un punto di riferimento affettivo, una guida amorosa, trovano le giuste alleanze e si preparano con la dovuta competenza ad assolvere a questo compito che è insieme un compito d'amore e di formazione.”.

<sup>32</sup> **Trib. Min. L'Aquila 8 luglio 2005 (Dir. Fam., 2006, 1, 191)** “ritenuto che il **diritto di ogni minore a crescere in seno alla propria famiglia e ad essere "educato" da entrambi i genitori in modo conveniente sono due diritti assoluti, incompressibili e distinti ma fra loro intimamente collegati, e ritenuto altresì che la nozione di "educazione" non può essere restrittivamente intesa come mero ammaestramento, dovendo essere identificata nella più ampia accezione di attività, di intenti e di condizioni che favoriscano il pieno sviluppo della personalità del minore, vale a dire di una personalità matura ed integrata nella società, il genitore che ometta deliberatamente di costituire per il figlio un modello parentale valido e fecondo sul piano "educativo", deve risarcire ogni danno così arrecato anche quando il comportamento omissivo, costituente, peraltro, reato, non sia stato ritualmente accertato e sanzionato in sede penale”**

*favorire la migliore realizzazione della loro personalità – l’etimo latino di educare è ex-ducere – nel contesto relazionale sociale”.*

Mantenimento, educazione, istruzione – compiti già annoverati nel codice Napoleonico – mirano alla realizzazione della persona (“tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli” modifica introdotta nell’art. 147 c.c. dalla riforma del diritto di famiglia del 1975). Il principio della dignità sociale, tra i diritti inviolabili, presuppone anche il diritto alla salute. Rispetto al minore questo diritto alla salute si esplica meglio nell’art. 3 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* (L. 176/91) come diritto al **benessere**<sup>33</sup>. Di qui è facile intendere che la salute si coniuga nell’integrità fisica e psichica, mentre il benessere è qualcosa che presuppone la salute ma va oltre completandosi in uno “stato dell’anima” (rectius: *emotivo*) soddisfatto dalla serenità e dall’amore (essere oggetto di cura e attenzioni specifiche per qualcuno).

La prima, e la più importante, scelta che non è concessa all’uomo è la sua nascita. Questa viene decisa da coloro che compiono l’atto del concepimento e proprio perché al terzo (nascituro) non è dato esprimere né volontà, né parere in merito, coloro che danno la vita assumono la responsabilità della salute e del benessere del concepito. In questi termini, il dovere<sup>34</sup> del mantenere, istruire ed educare deve necessariamente essere letto nell’ottica dell’adoperarsi per il bene del figlio, dunque “volere il suo bene”, cioè “amarlo”<sup>35</sup>, e metterlo in condizione di amare.

Inoltre il precetto dell’amore verso i figli come “dovere” emerge ancora dalla lettura attenta dell’art. 147 c.c. ove si tracciano binari inderogabili dell’educazione e dell’istruzione dei figli, non secondo il desiderio e la volontà incondizionata dei genitori bensì *tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*<sup>36</sup>.

Dunque l’obbligo di avere cura dei figli indicato agli artt. 147 e 148 c.c. completato dai precetti del diritto alla salute ed al benessere, non può che disegnarsi e completarsi come un “dovere di amare”.

È auspicabile infine che tale dovere di amare possa ben presto essere inserito tra i “doveri” menzionati all’art. 147 c.c., attesa la **funzione promozionale della legge**, che, avendo una rilevante incidenza culturale sul tessuto sociale, favorirebbe l’affermazione **dell’affettività come componente essenziale dell’essere umano**.

<sup>33</sup> “Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere”.

<sup>34</sup> Non è marginale nella complessiva lettura dei doveri e delle responsabilità genitoriale verso la persona a cui hanno dato la vita, è l’aspetto penale sancito all’art. 570 c.p. per la violazione degli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori. In merito si veda F.F. **Cenderelli** *La violazione degli obblighi di assistenza familiare* Cedam, 2007, 104.

<sup>35</sup> Si rinviene la capacità di amare come peculiarità necessaria del genitore anche nella giurisprudenza. La Cassazione chiamata a giudicare in una fattispecie di adottabilità, tra le caratteristiche del genitore richiede che *“il genitore sia realmente idoneo ad assumere e conservare piena consapevolezza dei propri compiti e delle proprie responsabilità e ad offrire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo e aiuto psicologico indispensabili per un’equilibrata e sana crescita psico-fisica”*. Cass. Sez. I, 12 aprile 2006 n. 8527 (Rv. 588171) - Presidente: Luccioli MG. Estensore: Panzani L.

<sup>36</sup> **L. Bregante** *Doveri e diritti dei genitori*, Cedam, Verona 2004, 164.

Gli scettici ed i detrattori fanno leva sul fatto che non possa seguire una esecuzione coatta alla mancata attuazione del dovere d'amore. In merito dobbiamo ricordare che neanche la violazione dell'obbligo di educare comporta una esecuzione in forma specifica eppure è statuito. Altro discorso sono le responsabilità civili per i genitori connesse alla *Culpa in educando*<sup>37</sup>. La violazione del dovere di educare, come, potrebbe essere, del dovere di amare, assumerà forme specifiche che permetterà di inquadrare nelle diverse fattispecie a cui la legge ricollega le "reazioni" dell'ordinamento.

Secondo questi passaggi logici di diritto si può giungere a sostenere il dovere di amare per i genitori e lo speculare diritto dei figli ad essere amati<sup>38</sup>.

### 2.3. Alfabeto dell'affidamento

**A** come *Alternato*; **C** come *Congiunto*<sup>39</sup> e *Condiviso* (art. 155 c.c.); **E** come *Esclusivo* (art. 155 bis c.c.);

**F** come *Familiare*; **S** come *ai Servizi Sociali*.

Quante denominazioni che caratterizzano le modalità del "prendersi cura" di un bambino.

Non si può parlare di affidamento senza coinvolgere l'istituto della potestà (o, più correttamente, della responsabilità genitoriale<sup>40</sup>) e la valutazione del rapporto genitori-figli. Utilizzando questi parametri potremmo giungere a differenziare l'affidamento in *patologico* e *fisiologico* a seconda che vi sia, rispettivamente, minore o maggiore integrazione e partecipazione nella vita del figlio [v. figura 4]<sup>41</sup>.

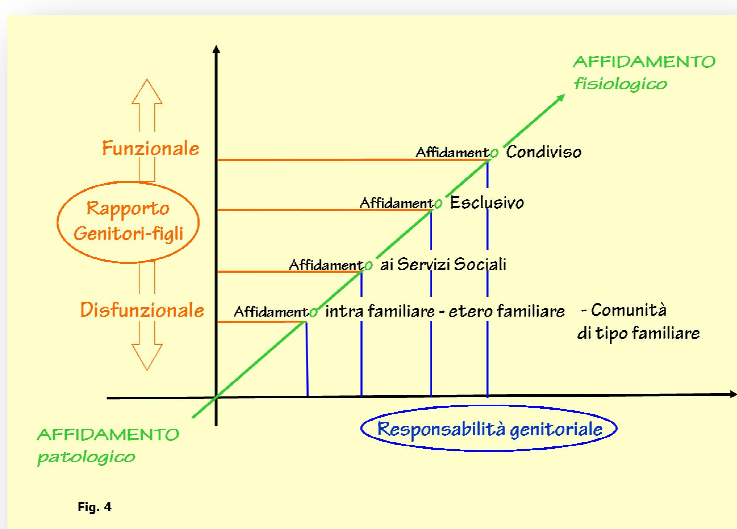


Fig. 4

<sup>37</sup> A. Anceschi *Rapporti tra genitori e figli* Giuffrè Milano, 2007, 141

<sup>38</sup> A ben vedere nel nostro corredo storico è ben radicato il dovere di amare i genitori più che quello di amare i figli. A partire dai "dieci comandamenti" che trovano tra le statuizioni "Onora il padre e la madre". Eppure vi sono genitori che non possono/devono essere amati solo per il fatto di essere genitori (sull'argomento: A. Miller *La rivolta del Corpo. I danni di un'educazione violenta*. Cortina Editore, 2005).

<sup>39</sup> art. 6 L. 1.12.1970 n.898 mod. dall'a L. n.74 del 1987 prevede l'affidamento "congiunto o alternato"

<sup>40</sup> REGOLAMENTO (CE) n. 2201/2003 DEL CONSIGLIO del 27 novembre 2003 (Bruxelles bis)

<sup>41</sup> Grafico realizzato dall'autrice in occasione di questo elaborato.

Si pensi: 1) **all'affidamento ad una famiglia**<sup>42</sup>: il minore neanche vive nel nucleo familiare; 2) **all'affidamento ai Servizi Sociali**<sup>43</sup>(che la giurisprudenza ha completamente “sovvertito” nelle funzioni, trasformandolo, da istituto di tutela *dai* minori, ad istituto di tutela *dei* minori)<sup>44</sup>: il minore generalmente convive con un genitore, ma questi non esercita alcune delle funzioni relative all'esercizio della potestà, che all'uopo vengono attribuite ai Servizi Sociali; 3) **all'affidamento esclusivo**: il minore convive col genitore che esercita in via esclusiva la potestà<sup>45</sup>; 4) **all'affidamento condiviso**: entrambi i genitori si prendono cura del figlio pur avendo quest'ultimo residenza presso uno dei genitori<sup>46</sup>.

Si passa dunque, da casi ai limiti della decadenza a quelli relativi alla separazione/divorzio. L'evento di separazione comporta un momento di ristrutturazione delle abitudini del nucleo e dunque la decisione sul futuro del figlio. Con la L. 74/87<sup>47</sup> di modifica alla L. 898/70 furono introdotte le figure di affidamento congiunto ed alternato che, solo marginalmente, hanno attraversato il panorama giuridico. Tra equivoci e buona volontà, la giurisprudenza, soprattutto di merito, ha cercato di dare all'affidamento alternato ed all'affidamento congiunto la forma ed il contenuto che il legislatore, forse volutamente, non aveva inteso disciplinare. **L'affidamento congiunto** nella prassi e su indicazione della dottrina<sup>48</sup>, richiedeva, tra i suoi presupposti, la mancanza di conflittualità<sup>49</sup> e per lo più doveva

<sup>42</sup> art. 2 L. 184/83 per *Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo*.

<sup>43</sup> Regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404: Art. 25 - Misure applicabili ai minori irregolari per condotta o per carattere. Quando un minore degli anni 18 dà manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, il procuratore della Repubblica, l'ufficio di servizio sociale minorile, i genitori, il tutore, gli organismi di educazione, di protezione e 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 od in un istituto medico-psico-pedagogico.

Il provvedimento è deliberato in Camera di consiglio con l'intervento del minore, dell'esercente la patria potestà o la tutela, sentito il pubblico ministero. Nel procedimento è consentita l'assistenza del difensore. Le spese di affidamento o di ricovero, da anticiparsi dall'Erario, sono a carico dei genitori. In mancanza dei genitori sono tenuti a rimborsare tali rette gli esercenti la tutela, quando il patrimonio del minore lo consente

<sup>44</sup> Ampiamente in nota 110

<sup>45</sup> Interessante il caso a cospetto del **Tribunale di Modena** (sez.II, **17 settembre 2008**) in cui il GI con ordinanza propende per un mutamento del regime di affidamento da condiviso in esclusivo a causa del divario educativo e di abitudini dei due genitori: **“rischio evolutivo di questo scollamento estremo tra ciò che si fa con la mamma e ciò che si fa col papà”**. Escludendo i casi di affidamento esclusivo per indomabile conflittualità, di regola sono motivi di affidamento esclusivo: violenza e abusi (**Trib. Pisa 14 febbraio 2007** in Dir. Fam. Pers. 2007, I, 1719 ss); detenzione **Trib. Pisa 9 maggio 2007**); tossicodipendenza/alcolismo (**Trib. Firenze 25 ottobre 2006**); violazione del dovere di mantenimento (**Trib. Catania, decr. 14 gennaio 2007**; **Trib. Pisa 9 maggio 2007**); rifiuto libero e cosciente del minore ad incontrare l'altro genitore (**Trib. Firenze 21 dicembre 2006, da Trib. Firenze 22 aprile 2006**; **App. Napoli, sez. min., decr., 22 marzo 2006**) Cfr. **C. Grassi Potestà genitoriale e affidamento della prole** in Giust. Civ. 2008, 10, 455.

<sup>46</sup> Il disegno di legge n. 957/08 di modifica della L. 54/06 che prevede “il domicilio presso entrambi” i genitori.

<sup>47</sup> art. 11 della L. 6 marzo 1987 n. 74 modificativa dell'art. 6 della Legge sul divorzio nella sua versione originaria

<sup>48</sup> "In genere l'affidamento congiunto o alternato dovrà essere richiesto da entrambi i genitori, e sarà comunque indispensabile che vi sia bassa o nulla conflittualità tra di essi, stili omogenei di vita, abitazioni non lontane o comunque nella medesima città, rispetto degli accordi, ed infine - ovviamente - un'idoneità educativa di entrambi". Cfr.: M. DOGLIOTTI *Separazione e divorzio* Torino, 1995, 215.

<sup>49</sup> V.: **Trib. Napoli 18 settembre 2003** in *Giur. Napoletana* 2004, 63; **Appello Milano 14 febbraio 1997** in *Fam e Dir.* 1997, 444 nota Morello; **Appello Perugia 18 gennaio 1992** in *Dir. Famiglia* 1994, I, 148; **Appello Milano 9 maggio 1986**, 1019.



essere richiesto espressamente dalle parti (forse, proprio a riprova dell'assenza di conflitto). Non mancano però orientamenti contrari, che trovano fondamento proprio dell'applicazione del principio dell'interesse del minore, prevalente rispetto all'autonomia delle parti<sup>50</sup>.

Per **affidamento "alternato"**<sup>51</sup> (unanimemente stigmatizzato)<sup>52</sup>, nella pratica, si intende alternanza di residenzialità e relativo esercizio di potestà, dunque una mera ripartizione temporale di responsabilità, e non per sfere - come si auspica nella L. 54<sup>53</sup> - con tutti i danni che praticamente ne possono derivare<sup>54</sup>.

Attualmente, poiché l'esercizio della potestà compete ad entrambi i genitori, l'alternanza inciderebbe solo sulla sistemazione residenziale, (salvo diverse disposizioni del giudice), e quindi, avrebbe soltanto effetti negativi per il minore<sup>55</sup>. Purtroppo i diritti di quest'ultimo – nel procedimento di separazione/divorzio – sono veicolati dagli adulti e costoro troppo spesso rivendicano per il figlio solo ciò che coincide con i propri interessi. Fortunatamente la giurisprudenza è uniforme nell'escludere l'applicabilità dell'affidamento alternato<sup>56</sup>. Va detto che il minore oltre ad avere diritto alla stabilità affettiva (*rectius*: bigenitorialità) ha pari **diritto alla stabilità abitativa**. Il secondo diritto deve essere tutelato come il primo.

<sup>50</sup> **Trib. Brindisi 11 gennaio 2001** in Giur merito 2001, 327. Qui il giudice all'istanza di reciproco affidamento esclusivo si decide per l'affidamento congiunto (ad entrambi) proprio in applicazione dell'interesse del minore. Identico indirizzo si trova in **Trib. Varese, 31 maggio 2005** in Dir e Giust., 2005, 29 ove dopo l'affidamento all'ente per l'elevata conflittualità il giudice passa all'affidamento congiunto in un quadro di recupero della rispettiva responsabilità genitoriale. Anche nella sent. **Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 2006 n. 1202** si conferma il principio per cui "disporre l'affidamento congiunto (o alternato), anziché quello esclusivo, è questione rimessa alla valutazione discrezionale del giudice di merito il quale deve avere come riferimento l'interesse del minore". Interessante ordinanza Trib. Salerno 23 febbraio 2009, cit.

<sup>51</sup> La struttura dell'affidamento alternato appare già molto prima del 1987 con il termine di "affidamento frazionato" Cfr.: **Trib. Napoli, 29 marzo 1979** in Dir. e giur. 1979, 323 ove si dice che contrariamente all'accordo intercorso tra le parti l'affidamento frazionato dei figli deve essere evitato perché nuoce all'armonico sviluppo della prole.

<sup>52</sup> "Il cambiamento periodico della collocazione dei minori e della gestione del quotidiano provocherebbe nei minori la perdita di punti di riferimento stabili e uno sdoppiamento che li obbligherebbe, di volta in volta, ad adattarsi a situazioni molto diverse ..."

**Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2007 n. 21099.**

<sup>53</sup> "... non può ritenersi che l'esercizio separato della potestà possa avvenire, non per sfere, ma per tempi, vale a dire che il giudice possa attribuire ad ogni genitore la potestà, non in ordine ad una materia di contrasto (attività scolastica, sportiva, ecc.) ma per il tempo che il figlio trascorre con lui. questa interpretazione trasformerebbe l'affido condiviso in affidamento alternato, stravolgendone completamente la funzione". Cfr. B DE FILIPPIS *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Padova 2007, 290.

<sup>54</sup> Per semplificare immaginiamo un adolescente che ottiene quando è con un genitore cose e permessi che gli sono vietati quando è con l'altro. Gli effetti da un punto di vista educativo sono deleteri. Situazioni simili possono però sempre verificarsi, anche in costanza di affidamento condiviso, perché è difficile che nella pratica un genitore possa realmente dare un apporto educativo (c.d. "I no che fanno crescere") quando non è condiviso soprattutto nell'applicazione dall'altro. Il rischio purtroppo è ancora più forte quando la frequenza e presenza di entrambi i genitori nella vita del figlio è sbilanciata. Diventa inevitabile che il genitore che vive un ruolo "di cornice" sia quello maggiormente indulgente in modo doloso (per accattivarsi la benevolenza del figlio) o colposo (per il desiderio di trascorrere al meglio ed con maggiore serenità il tempo a disposizione col figlio).

<sup>55</sup> Stessi effetti deleteri si colgono nei provvedimenti che pur statuendo un affidamento condiviso stabiliscono che il figlio, tornando a dormire presso la madre, possa trascorrere le proprie giornate (dalle 9 alle 21) presso ciascun genitore, con alternanza rigida (dunque una settimana i giorni dispari e quella a seguire i giorni pari e così via), Cfr.: **Trib. Salerno 26 Giugno 2009 n. 1515.**

<sup>56</sup> "Il cambiamento periodico della collocazione dei minori e della gestione del quotidiano provocherebbe nei minori la perdita di punti di riferimento stabili e uno sdoppiamento che li obbligherebbe, ogni volta, ad adattarsi a situazioni molto diverse, perché molto diverso, per sensibilità, cultura, carattere, è il modo di rapportarsi di ciascun genitore nei confronti dei figli" così **Cass. civ. I, 9 ottobre 2007 n. 21099** nel confermare la Sent. App. Torino 5 aprile 2004 in Fam. Pers. Succ. 2008, 1, 10.



In quest'ottica, appaiono più rispettose dei diritti del minore quelle interpretazioni, che possono sembrare paradossali, che determinano l'assegnazione della casa al bambino ed impongono ai genitori contraddittori di alternarsi<sup>57</sup>.

Prima della L. 54/06 "affidamento" era anche sinonimo di "con chi vivrà il figlio". Affidamento e "collocazione" del figlio coincidevano ed il genitore convivente si individuava secondo un giudizio prognostico sulla maggiore idoneità a ridurre al minimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare<sup>58</sup>.

**Affidamento condiviso.** A distanza di circa quindici anni (con L. n. 54 del 28.2.2006) il legislatore italiano attua nel dettaglio l'impegno assunto con la Legge di ratifica della Convenzione sui diritti dei fanciulli e degli adolescenti, sottoscritta a New York nel 1989 (con L. n. 176 del 27.05.1991). Infatti la L. n. 176/91, tra le altre cose, recepisce della Convenzione il principio sulla "responsabilità genitoriale" (artt. 5 e 18) e il diritto del fanciullo a preservare le sue relazioni affettive (art. 8) ed a "intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori"(art. 9).

L'affido condiviso non si differenzia dall'affido congiunto nella sostanza - anche se sapientemente da alcuni la differenza è stata colta<sup>59</sup> - bensì nella forza applicativa che accompagna la norma (ove si afferma che l'affidamento ad entrambi i genitori è regola e l'affido esclusivo

<sup>57</sup> In attesa di verificare le capacità genitoriali, il **Tribunale per i minorenni di Milano con decreto del 30.5.08 n. 4380/08** (inedita) ha disposto l'affidamento condiviso, la collocazione dei minori presso la casa familiare e l'alternanza dei genitori ivi.

<sup>58</sup> "L'individuazione di tale genitore deve essere fatta sulla base di un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere ed educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo, giudizio che, ancorandosi ad elementi concreti, potrà fondarsi sulle modalità con cui il medesimo ha svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di relazione affettiva, di attenzione, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché sull'apprezzamento della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che è in grado di offrire al minore" (Cfr.: **Cass. civ. I, 27 giugno 2006, n. 14840** in Giust. civ. Mass. 2006, 6) In questo caso la Corte ha cassato con rinvio una singolarissima decisione della Corte d'Appello di Messina ove l'individuazione del genitore affidatario era caduta sulla madre sulla seguente motivazione "il cristiano - e il marito e la moglie con la scelta del matrimonio religioso avevano esplicitato alla società di esserlo - conosceva le ultime parole del Cristo e sapeva che non era dato al cristiano togliere la madre al figlio né il figlio alla madre". Dello stesso avviso il **Trib. Salerno 9 giugno 2008**, cit..

<<... il giudice della separazione deve attenersi al criterio fondamentale - posto nell'art. 155 cod. civ. - dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole e deve avere cura di adottare soluzioni che siano le più idonee a ridurre al massimo, entro i limiti consentiti da una situazione comunque traumatizzante, i danni derivati dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della personalità del minore, in quel contesto di vita che risulti più adeguato a soddisfare le sue esigenze materiali, morali e psicologiche. Il principio fondante della tutela dell'interesse del minore comporta, infatti, che "la posizione del genitore in relazione all'affidamento si configura non come un diritto, ma come un munus" e il giudice della separazione "non è chiamato ad attribuire all'uno o all'altro genitore uno o più diritti o uno o più poteri, ma ad individuare, nella prospettiva di un programma normativo di tutela dei minori, interventi e misure idonei a ridurre il rischio di danni per lo sviluppo dei figli coinvolti nella crisi familiare>> (Cass., n. 5714 del 2002).

<sup>59</sup> G. Dosi *L'affidamento condiviso. La sfida della corresponsabilità dei genitori*. In [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it): "La vecchia formula dell'affidamento congiunto - che la riforma, come si dirà, ha superato - aveva l'ambiguo significato di pretendere una necessaria codecisione su tutto: cosa che è impossibile. La nuova formula dell'affidamento e della potestà "esercitata da entrambi" ha il pregio di richiamare l'esigenza sulla condivisione (condividere non vuol dire codecidere) che si può attuare nella fiducia verso l'altro e nella autonomia verso i figli. Condividere vuol dire dividere le responsabilità con l'altro ed anche rispettare le decisioni dell'altro."

l'eccezione). L'affidamento condiviso più che abrogare l'affidamento congiunto lo assorbe<sup>60</sup>: si può chiosare che la figura istituita nel 1987 sia stata un "corridoio normativo" o una sorta di passaggio transitorio per giungere all'attuale "condiviso".

Ma l'affido condiviso certamente non è una divisione in parti uguali del tempo del figlio<sup>61</sup>. Concetto confermato e ribadito dalla giurisprudenza sia di merito<sup>62</sup> che di legittimità<sup>63</sup>. Per tale motivo non può essere benevolmente accolta la proposta riforma dell'art. 155 c.c. al fine di introdurre "la pariteticità" dei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore<sup>64</sup>. La condivisione di responsabilità e partecipazione nella vita del figlio, in capo ad entrambi i genitori, è il significato di questa modalità di affidamento:

continuare ad essere genitori a prescindere dalla convivenza sotto lo stesso tetto. È nel *continuare* che si coglie l'interesse del minore. Questo implica che non si dovrebbe/potrebbe imporre un affido condiviso solo nell'ottica dei genitori (circostanza che si verifica quando, per motivi

(C) **Dato esperienziale** NEI CASI IN CUI IL FIGLIO NON HA CONOSCIUTO IL O VISSUTO CON IL GENITORE (PER MOTIVI VARI) IMPORRE L'AFFIDAMENTO CONDIVISO È "IRRIGUARDOSO" NEI CONFRONTI DEL FIGLIO CHE HA DIRITTO A CONOSCERE, FARSI CONOSCERE E COSTRUIRE UN RAPPORTO DI FIDUCIA COL GENITORE CHE NON HA AVUTO PRIMA. LA GRADUALITÀ È UN ATTO D'AMORE E DI RISPETTO DEL MINORE.

vari, neanche hanno conosciuto o vissuto i figli<sup>65</sup>(C). Non *ci si sveglia al mattino* e si comincia a fare il

<sup>60</sup> G. CASABURI, *op. cit.*, 46.

<sup>61</sup> Camera dei deputati seduta n. 600 del 10 marzo 2005 – Relatore On. M. Paniz: "Il testo in esame non tende ad una ripartizione analitica dei tempi di convivenza del minore con i genitori: nel testo unificato, affidamento ad entrambi i genitori non significa 50 per cento del tempo del figlio con ciascun genitore né 50 per cento delle competenze, né ping pong tra due case, ma conservazione di effettiva responsabilità genitoriale per entrambi i genitori, con modalità di esercizio della potestà da stabilire caso per caso. Si può anche avere una divisione temporale, se necessario, simile ad un affidamento esclusivo, ma senza rigidità e senza le umilianti discriminazioni che il regime attuale, purtroppo, prevede"  
[www.camera.it/dati/leg14/lavori/stenografici/sed600/s020r.htm](http://www.camera.it/dati/leg14/lavori/stenografici/sed600/s020r.htm).

Efficacemente anche G. CASABURI I nuovissimi istituti di diritto di famiglia in *Giur. merito*, 2006, 3, 47: "...il vero contenuto dell'affidamento congiunto [intendendo qui condiviso] ... non comporta affatto una impossibile convivenza del minore con entrambi i genitori, e neanche una sorta di affidamento alternato realizzato o con continui trasferimenti del minore dall'uno all'altro dei genitori, o con la stessa alternanza dei genitori presso l'abitazione in cui solo il figlio continuerebbe a vivere stabilmente (sicché la stessa casa coniugale resterebbe la muta testimone di tali singolari e continui traslochi di persone e masserizie). Ancora DE FILIPPIS Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio, Padova, 2007, 290: "...il giudice determina, allo stesso modo (anche se non necessariamente nella stessa misura), per entrambi i genitori, "tempi e modalità di permanenza". Non vi è differenza qualitativa tra il tempo che il minore trascorre con un genitore e quello che trascorre con l'altro."

<sup>62</sup> **Trib. Salerno 30 giugno 2006** in *Fam. dir.*, 2006, 6, 639 "*l'affidamento ad entrambi i genitori non comporta necessariamente una convivenza del figlio stesso con entrambi, né una sorta di affidamento alternato, ma soltanto una maggiore responsabilizzazione dei genitori nel ricercare una comune idea educativa per la prole*". In **Trib. Modena, 8 giugno 2006** in *Giur. merito* 2007, 2, 363 il Giudice ha dovuto specificare - alla richiesta di applicare l'affidamento condiviso nel senso di alternare la collocazione abitativa del minore - che l'affidamento condiviso, nel concreto, non può risolversi in un affidamento alternato non essendo altro, invece, che condivisione di responsabilità.

<sup>63</sup> "Il cambiamento periodico della collocazione dei minori e della gestione del quotidiano provocherebbe nei minori la perdita di punti di riferimento stabili e uno sdoppiamento che li obbligherebbe, ogni volta, ad adattarsi a situazioni molto diverse, perché molto diverso, per sensibilità cultura, carattere è il modo di rapportarsi di ciascun genitore nei confronti del figlio" (**Cass. civ. 9 ottobre 2007, n. 21099** in - *Fam. Pers. Succ.* 2008, 1, 10).

<sup>64</sup> DdL al Senato n. 957/2008 della XVI Legislatura

<sup>65</sup> **Trib. Firenze 21 dicembre 2006** afferma che «la totale carenza di rapporti tra padre e figlia integra un motivo ostativo all'affidamento della minore anche al padre, ove trovi la sua causa in pregresse condotte paterne, pregiudizievoli nei confronti della figlia». (Cfr. C. Grassi *op. cit.*)

genitore solo per statuizione. Altra cosa è la frequentazione che deve essere consentita con gradualità crescente e sempre più intensa fino a giungere ad una condivisione genitoriale partecipativa.

Certo l'affidamento condiviso, di regola, non va limitato dalla **mera conflittualità**<sup>66</sup> (che per definizione si trova in tutte le separazioni giudiziali); piuttosto quando c'è questo stato di tensione va accertato, studiato sotto il profilo di una corretta genitorialità. Sarà, però, da escludersi l'affidamento condiviso quando la conflittualità si traduce in un pregiudizio per il minore. Si pensi ai casi a cospetto della Corte di Legittimità<sup>67</sup> ove si rinviene una vera e propria attività di svalutazione e **denigrazione della figura dell'altro genitore**. Qui si delinea una "conflittualità che non si esplica limitatamente alle relazioni coniugali, bensì interferisce sulla struttura mentale del minore. Non è un caso che in entrambe le fattispecie la Corte esclude l'affidamento al genitore denigrante.

#### 2.4. Genitorialità, famiglia ed interesse del minore nella separazione dei genitori

Il minore ha diritto ad una "crescita equilibrata" (pertanto con l'apporto di entrambi i genitori) sia nel contesto familiare che in assenza di famiglia intesa come *luogo di fisicità delle relazioni*.

Originale, e certamente caratterizzata da *notevole pregio empirico*, la visione del noto filosofo inglese Bertrand Russell<sup>68</sup> riguardo la funzione sociale e privata della famiglia. Posta la necessità della famiglia come *contenitore* di crescita per i figli, egli giustifica, forse auspica, "in nome della superiorità dei diritti dei figli sui diritti sentimentali dei genitori" l'accettazione del possibile sdoppiamento tra *l'esercizio della passionalità individuale* e *l'esercizio della genitorialità*. In tal modo il filosofo sostiene che vincolo matrimoniale e sintonia sessuale sono due realtà che solo occasionalmente coesistono e pertanto è improponibile il vincolo di fedeltà sessuale ma assume un senso, anche alto, l'indissolubilità matrimoniale come funzione di contenimento e realizzazione educativa.

<sup>66</sup> **Trib. Genova 9 settembre 2006** in *Corriere del merito* 2006, 10, 1119. **Trib. Firenze 27 settembre 2006**, in *Dir. famiglia* 2007, 4, 1709, pone l'accento sulla necessità dell'affidamento condiviso proprio per evitare discriminazioni vera fonte di conflittualità; **Trib. Messina 13 dicembre 2006**, in *Il civilista* 2010, 3, 16 sostiene che, la mera intollerabilità dei rapporti tra i genitori, il clima di tensione anche aspra che eventualmente caratterizza le relazioni dopo la separazione, l'assenza della volontà di collaborare, non possono, di per sé, ostacolare l'applicazione di un sistema di **affidamento** che la legge privilegia ponendo quale unico limite l'interesse del minore, poiché, diversamente opinando, sarebbe agevole frustrare le finalità della normativa, ad es. creando o alimentando situazioni di **conflitto**, laddove l'interesse del minore è nel senso di conservare rapporti significativi con entrambi i genitori anche dopo la separazione. **Trib. Novara, 29 gennaio 2010** forse in via promozionale, pone l'accento, ai fini dell'affidamento condiviso, sulla necessità di instaurare un'ottima e prolungata sintonia sulle scelte educative relative ai figli e la loro serie e costruttiva intenzione di limitare drasticamente l'eventuale conflittualità. **Trib. Min. L'Aquila 26 marzo 2007** sottolinea che solo "carenze" d'un genitori possono influire ai fini dell'esclusione dell'affidamento condiviso, non i rapporti con l'altro genitore e l'esasperata conflittualità; così **App. Catania 4 febbraio 2009**. il **Trib. Campobasso 20 agosto 2007 n. 298** trova una soluzione alla conflittualità nell'attribuzione dell'esercizio esclusivo della potestà per le questioni di ordinaria amministrazione al solo genitore con il quale la prole stabilmente convive

<sup>67</sup> **Cass. civ., sez. I, 18.06.2008 n. 16593** o recentemente **Cass. civ., sez. I, 11.08.10011 n. 17191**.

<sup>68</sup> **B. Russell Matrimonio e morale** ed Longanesi Milano 1961.

In ogni caso, non è certa l'equazione per cui famiglia significhi sempre "felicità" e mancanza di famiglia significhi sempre "disgrazia". La vita insegna che esistono nuclei familiari <<in cui uno dei genitori (o peggio, entrambi) è solo un nominativo sul certificato di stato di famiglia. In queste circostanze il figlio è come se fosse orfano ed i rimedi giuridici sarebbero assolutamente inutili, perché è difficile imporre a qualcuno di fare, oltre che di essere, il genitore<sup>69</sup>. In altri casi, che sottolineano uguale disfunzione, invece che l'assenza della figura genitoriale, i figli subiscono la presenza diseducativa o addirittura lesiva di uno o entrambi i genitori. Finché queste situazioni non sono tanto vistose da essere portate al cospetto del Tribunale per i minorenni, la famiglia si trova in una fase di *fisiologia patologica*<sup>70</sup>, in cui è difficile che l'interesse del minore sia effettivamente realizzato.

Al contrario, nella fase processuale della chiusura del rapporto coniugale è possibile che la tutela del minore possa essere meglio perseguita proprio grazie agli strumenti giuridici che si azionano in un momento che potremmo qualificare, per continuare il gioco di parole, di *patologia fisiologica*<sup>71</sup>.

È infatti notorio<sup>72</sup> quanto sia dannoso per un minore vivere in un clima di perenne conflitto, vessazioni, umiliazioni e violenza, sia pure non subita direttamente ma *assistita*<sup>73</sup>, il che è lo stesso piuttosto che fare a meno del modello di famiglia unita e composta da entrambe le figure genitoriali.

Dunque, se in via generale il minore ha diritto ed interesse a vivere nella sua famiglia, intesa come nucleo composto da entrambi i genitori (come richiamato dall'art. 9 della Convenzione di New York), nei casi specifici l'interesse potrebbe realizzarsi diversamente.

L'interesse del minore<sup>74</sup>, nella sua applicazione processuale, è il coefficiente necessario degli accordi e dei dettati - delle parti, del giudice e degli ausiliari (psicologi, psicoterapeuti, assistenti sociali, mediatori familiari ecc.) - tesi a realizzare la crescita equilibrata del minore.

Tra le applicazioni giurisprudenziali troviamo una vasta casistica di provvedimenti modulati dall'interesse del minore<sup>75</sup> ma certamente il tratto più significativo dell'interesse del minore che

<sup>69</sup> Per questo appare ancor più urgente e necessario ricorrere alla funzione promozionale della legge inserendo all'art. 147 il *dovere di amare* (di cui al par. 2.2.).

<sup>70</sup> Metaforicamente si associa il sostantivo *fisiologia* alla famiglia unita ed il sostantivo *patologia* alla famiglia disgregata.

<sup>71</sup> Sintomatico è che il concetto dell'interesse del minore nella fase processuale di dissoluzione della famiglia venga appunto introdotto con la L. n. 898/70 ove all'art. 6, co. 2 si legge: "l'affidamento e i provvedimenti riguardanti i figli avranno come esclusivo riferimento l'interesse morale e materiale degli stessi".

<sup>72</sup> R. Luberti e M T Pedrocco Biancardi *La violenza assistita intrafamiliare* FrancoAngeli 2009.

<sup>73</sup> Notevole valore assume in questo contesto **Cass. pen. 22 novembre 2010 n. 2318** in cui si acclara il maltrattamento a danno dei figli che hanno vissuto in un clima di sopraffazione ed umiliazione

<sup>74</sup> Per una elencazione delle ipotesi in cui l'interesse del minore è utilizzato come parametro decisionale del giudice Cfr. G. Cesaro *La tutela dell'interesse del minore: deontologie a confronto* FrancoAngeli 2007, 12.

<sup>75</sup> A esempio: si limita il diritto del padre di portare via con sé la figlia per la notevole distanza tra le due residenze onde evitare viaggi faticosi alla bambina (Cfr.: Cass. civ., I, 8 novembre 1997 n. 11031 in *Fam e dir.* 1998, 347); non si accoglie l'affidamento alla madre, ritenendo non proficuo nell'interesse del minore cambiare residenza (Cfr.: Trib. Perugia, 26 novembre 1997 in *Rass. giur.* umbra 1998, 384). Sulla necessità di preservare l'habitat territoriale: "ferma allora la opzione per l'affido condiviso della minore ad entrambi i genitori, appare conforme con l'interesse della stessa fissarne la residenza abituale presso il domicilio del padre, rivelandosi tale soluzione in concreto più idonea a ridurre gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla crisi familiare, atteso che fissare la residenza della bambina presso la madre, allontanata dalla casa familiare per motivi di lavoro e ormai

racchiude in sé il diritto all'amore ed il diritto alla crescita si identifica nel rapporto con entrambi i genitori anche dopo la cessazione della convivenza con uno di essi<sup>76>>77</sup>.

---

stabilitasi presso i suoi genitori al nord, risulterebbe più rischioso per lo sviluppo della minore, comportando per la stessa una variazione del suo regime di vita con l'inserimento in una nuova situazione ambientale ... In tal senso, la residenza stabile della minore in P. appare maggiormente idonea a garantire la formazione della corretta personalità della minore ed il suo armonico sviluppo psicofisico, tenendo conto della situazione ambientale e familiare nella quale si trova, ferma restando l'esigenza, imprescindibile per il suo corretto sviluppo, di evitare di compromettere o rendere troppo difficile ed impraticabile il rapporto della bambina con la madre, la quale deve rimanere un punto di riferimento nella sua crescita. Questa determinazione preserva l'opportunità di garantire alla bambina la continuità abitativa, apparendo peraltro che il contatto della minore con la madre, indispensabile per il suo ordinato ed armonico sviluppo in riferimento ad entrambe le figure dei genitori, possa essere assicurato pure alla luce della bassa conflittualità esistente tra i genitori, che pertanto rassicura dal rischio di rendere la minore uno strumento attraverso il quale la crisi coniugale possa alimentarsi" (Trib. Salerno 9 giugno 2008 Presidente f.f. A. SCARPA in *Juris data*, Giuffrè 2009,1). oppure, al contrario, quando il minore non è stato capace di adattarsi all'ambiente circostante e non ha stretto quei legami sociali ed affettivi che si intendevano preservare impendendo il trasferimento, il criterio di "residenzialità" viene abbandonato in favore del criterio del benessere complessivo del minore (Cfr.: **Corte d'Appello Genova**, 06 luglio 1995 in *Dir. Fam.* 1996, 132); si anticipa il principio (poi indicato nella L. 54/06) sulla necessità del minore di avere rapporti con i nonni, sia pure non disciplinato specificamente da alcuna legge (Cfr.: **Cass. civ.**, **1, 25 settembre 1998** n. 9606 in *Giust. civ.* 1998, I, 3069) si predilige l'affidamento al padre perché l'inserimento nel nuovo nucleo familiare della madre avrebbe comportato una variazione di vita rischiosa per lo sviluppo della minore (Cfr. **Cass. civ.**, **1, 16 luglio 2001** n. 9632 in *Famiglia* 2002, 274); acquisita la prova dell'inadempimento del genitore - obbligato a contribuire al mantenimento del figlio minore -, d'ufficio il giudice dispone che l'assegno sia corrisposto direttamente dal terzo, datore di lavoro del genitore obbligato inadempiente (Cfr. **Trib. Napoli**, **30 maggio 2003** in *Giur. napoletana* 2003, 276); sempre d'ufficio si dispone l'affidamento congiunto, ritenuta la forma più idonea per perseguire l'interesse del minore (Cfr. Trib. Varese, 31 maggio 2005 in *Giur. merito* 2005, 11 2346. Di medesimo avviso **Cass. civ. I**, **20 gennaio 2006** n. 1202 in *Foro it.* 2006, 5, 1406).

Non mancano decisioni (Cfr.: **Trib. Reggio Emilia**, **23 marzo 2007** in *Giur. merito* 2007, 12, 3183) che, invece di stabilire un assegno mensile di mantenimento dei figli, valutano positivi, secondo il parametro dell'interesse del minore, gli accordi di modifica delle condizioni di separazione con trasferimento di beni immobili e riserva del godimento dei frutti fino a raggiungimento dell'autosufficienza economica. Ancora, si è ritenuto di interesse del minore l'affidamento condiviso, ove esso comporti la possibilità di ricevere un'educazione religiosa aperta ad entrambe le fedi religiose dei due genitori (nella specie ebraica e cristiana) (Cfr.: **Corte d'Appello di Roma**, 04 aprile 2007 in *Dir. eccl.* 2006, 3-4, 129).

<sup>76</sup> Cfr.: **DE FILIPPIS** *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova 2006, 116.)

<sup>77</sup> **L. Landi** op. cit. p 288 2 ss.

### 3. LA CONFLITTUALITÀ DI COPPIA.

<<Assai spesso, la fine di un rapporto non viene affatto vissuta come un evento di creatività, trasformazione rinascita. Al contrario, viene subita come sconfitta insopportabile, come una condanna alla solitudine, come offesa che va ad aumentare il senso di inadeguatezza, di fallimento, di subalternità che magari già affligge la persona. In quelle occasioni, il presunto amore nei confronti dell'altro si trasforma in un odio che è, invero, bisogno dei perseguitare, rinnegare, distruggere, deformando l'iter degli eventi e chiamandosi fuori da ogni personale responsabilità nell'aver determinato l'abbandono. E l'abbandono viene vissuto come "punizione" immeritata. Ed è un abbandono che, assai spesso, viene provocato dal soggetto stesso, che poi lo subisce anche per riprodurre scenari dolorosissimi e irrisolti della sua infanzia e adolescenza. Chi ama, infatti, non può agire così poiché, per dare vero amore all'altro, egli dovrebbe "veramente" anzitutto amare e rispettare se stesso>><sup>78</sup>. L'autrice dello scritto riportato propone introspezioni psicologiche nei meandri del nostro essere talvolta celato anche a noi stessi, ma quello che è dato cogliere - anche a chi non ha approfondito le scienze della psiche - è **che la separazione è un fallimento di un progetto e spesso la fine di un'alleanza**. Questa conclusione sarà tanto più lacerante e distruttiva quanto più stretta era stata "l'alleanza" e più forti le aspettative riposte.

Sono sempre più frequenti casi di cronaca che raccontano storie tragiche di donne che perdono la vita, nel cercare di *riprendersela*<sup>79</sup>. In altri casi, invece, in cui la follia non arriva all'omicidio, la rabbia è tale da realizzare, consapevolmente o meno, uno scenario di vera e propria guerriglia familiare, che coinvolge assolutamente tutti, danneggia chi la provoca e distrugge soprattutto i figli.

È, dunque, nell'interesse del minore che la conflittualità non va ignorata o liquidata semplicisticamente attribuendola frettolosamente ad entrambe le parti<sup>80</sup>. Chi la patisce (in genere uno dei coniugi alimenta il conflitto che l'altro subisce) si sente ferito due volte: la prima, perché suo malgrado è oggetto di vessazioni; la seconda perché ciò non viene accertato e tutelato.

In questi casi si può verificare un doppio trauma: essere vittima della rottura del legame ed essere vittima di una giustizia che non reintegra l'autostima e l'immagine sociale(D)..

Come detto innanzi, però, la conflittualità va

(D) **Dato esperienziale** . IN ALCUNI CASI LA GIUSTIZIA HA ANCHE UNA FUNZIONE RIPARATORIA DALLA DIGNITÀ LESA ED IL RECUPERO DELL'AUTOSTIMA È CERTAMENTE ESSENZIALE PER RIAPRIRE CON SERENITÀ UNA NUOVA FASE DELLA VITA.

<sup>78</sup> M. Rita Parsi *Amori imperfetti. Come si impara ad amare storia dopo storia*, Oscar Mondadori 2008, p. 245.

<sup>79</sup> Con la separazione, soprattutto l'uomo sente di perdere concreti punti di riferimenti, anche solo materiali, che comunque conferiscono alla quotidianità apparente normalità e sicurezza. Non bisogna sottovalutare, inoltre, la percezione di identità sociale che conferisce il ruolo e la destabilizzazione che comporta la mancanza di esso. A. Dell'Antonio op cit. 7 e 13.

<sup>80</sup> In **Cass. civ., sez I, 22 ottobre 2010 n 21718** si legge nello svolgimento del processo *che il Tribunale rigettava le richieste di entrambe le parti e ammoniva i genitori a limitare la loro conflittualità, nell'interesse del figlio*; il giudice d'Appello revocava l'ammonimento al padre e disponeva il collocamento del minore presso il padre.

esaminata, anche e soprattutto, ai fini di una valutazione del profilo genitoriale. Non è usuale trovare coniugi che riescono a contenere le proprie valutazioni negative sull'altro senza far intuire nulla al figlio. Spesso invece è una vera e propria crociata di tutta la famiglia di origine, con suocera (tipicamente, ma non esclusivamente) in testa a prodigarsi nel far intendere al nipotino quanto è cattivo papà o mamma (a seconda dei casi)!

### 3.1. *Conseguenze sui figli*

Abbiamo detto (al punto 1.2.) che la separazione è comunque e sempre un evento importante che segna una svolta nella vita dei componenti della famiglia comportando un costo psicologico elevato per i genitori e soprattutto per i minori quando questi diventano parte integrante del conflitto e sono sottoposti alle influenze negative di un contenzioso che si protrae nel tempo.

Come emerso in svariate ricerche, all'interno di un processo di separazione coniugale, il minore può assumere diversi e più ruoli, es.: ***Stabilizzatore, di caretaker, di capro espiatorio.***

Questi ruoli nascono e si sviluppano già nella storia delle relazioni familiari antecedenti alla separazione, sono dunque determinati dalla modalità del rapporto tra i genitori e dallo sviluppo delle modalità affettive ed educative degli adulti di riferimento. Grych e Finchman (1990, 1993) hanno messo in evidenza l'importanza dello studio dell'elaborazione del conflitto da parte dei minori per comprendere la loro capacità di adattarsi alla nuova situazione. Infatti uno dei **rischi maggiori per il benessere dei minori** è legato alla **conflittualità genitoriale** [v. figura 5]<sup>81</sup>: il conflitto aperto tra i genitori sembra essere un elemento perturbante la qualità dell'adattamento infantile.<sup>82</sup>



Fig. 5

<<**I figli** soffrono per un distacco affettivo anche più che per un lutto, ma se ben sostenuti riescono ad elaborare e ristrutturare il rapporto in base alle nuove esigenze. Ciò che, invece, è davvero deleterio è quella serie di interferenze agite dai genitori, più o meno inconsapevolmente. In ordine di gravità crescente potremmo così elencare i fattori che più spesso si verificano:

- **Ansia** - Il bambino cerca di soddisfare entrambi i genitori cercando di *decifrarne* i bisogni interpretando, di continuo, i loro comportamenti verbali e non verbali con un **costo**

<sup>81</sup> Concetto ben illustrato nella filastrocca di Janna Carioli e la relativa immagine di Grazia Nidasio (in *I difetti dei grandi* – Mondadori, 19): *Non so se preferisco le urla e i rumori oppure i silenzi, i musi e i rancori. Mi sento come una zattera in un mare in tempesta quando voi litigate e mi urlate sulla testa. E quando finalmente smettete di strillare voi continuate il viaggio e io son caduto in mare.*

<sup>82</sup> M. Malagoli Togliatti *op cit.*

**energetico** “intollerabile” per gli stessi adulti, che, a differenza del figlio, godono (o dovrebbero godere) di un apparato psichico e cognitivo più maturo. Nel tentativo di accontentare entrambi spesso sentiamo dire: *“mamma, non voglio stare con papà perché sto bene solo con te”*, *“papà, non voglio tornare da mamma perché sto bene solo quando sto con te”*.

- **Coinvolgimento** - Il bambino viene tirato dentro le “vicende coniugali” **influenzando**, di conseguenza, **l’immagine** di padre e di madre sulla base di quanto gli viene detto o gli viene fatto dedurre: *“se tuo padre non è stato un buon marito non può essere un buon padre”*, *“se tua madre è stata una cattiva moglie non può essere una buona madre”*.
- **Invischiamento** - È la conseguenza del **venir meno dei “ruoli** e delle funzioni genitoriali”, dei “confini” e delle “gerarchie” che definiscono l’area dei figli dall’area dei genitori: *“non si capisce più chi fa che cosa ... mancano le regole ... i figli si trovano sullo stesso piano dei genitori (compagno della mamma o compagna del papà)...”*. Un esempio di “invischiamento” lo troviamo nel rapporto tra Robertino e la madre nel film di Massimo Troisi, Ricomincio da tre ... *“non lascio da sola mia madre perché se me ne vado non saprebbe cosa fare o con chi stare”*.
- **Schieramento** - Con questo termine Minuchin si riferisce alle “alleanze” o “coalizioni” presenti all’interno di un sistema familiare. Nel tentativo di “supportare” entrambi i genitori il bambino prima o poi crollerà finendo con **l’allearsi solo ad uno** di essi. Dall’ “alleanza” alla “coalizione” (alleanza di due a danno del terzo) il passo è breve, anche e soprattutto perché il bambino cede e finisce col rifugiarsi in un atteggiamento di sopravvivenza: *“se non posso appartenere a entrambi dovrò appartenere solo a chi mi garantisce sicurezza e soddisfa i miei bisogni”*. Quando il bambino entra in questa coalizione finisce con **l’isolare** l’altro genitore perché vissuto come minaccia a questo nuovo legame. Per una sorta di lealtà nei confronti del genitore “scelto” (ma, va ribadito, il bambino sta solo tentando di scegliere il “male minore”) il piccolo gioca sempre più a favore del genitore con cui è coalizzato. Per l’adulto, in aspra competizione con il coniuge-controparte, questi è solo il marito o la moglie, e non il padre o la madre, e dunque non coglie le ricadute sul figlio dei suoi atteggiamenti volti a danneggiare controparte. Egli sfrutta il “senso di lealtà” del figlio e “abusa” di lui, **strumentalizzandolo** contro l’altro genitore o sottoponendolo a continue **pressioni** (che fa mamma/moglie? che fa papà/marito?): finge di interessarsi al genitore per raccogliere informazioni sul coniuge, da utilizzare contro di lui, in tribunale o nei rapporti genitoriali.

A prescindere dal come la si voglia chiamare (P.A.S. per Gardner o Triangolo Perverso per Haley), purtroppo si arriva a questa triste conclusione quando gli “adulti” (genitori, avvocati, giudici e psicologi) non riescono a tutelare il bambino dal “dover scegliere” .... Eppure, ciò che conta per i



figli, di separati e non, è se padre e madre sono stati buoni genitori a prescindere se siano stati più o meno buoni coniugi.>><sup>83</sup>

In merito alla **P.A.S.**, *patologia impropria*, di *moda* tra gli avvocati, va detto che costituisce una deriva davvero preoccupante. Se la si eccepisce in casi in cui vi siano sospetti di abuso sessuale diventa uno strumento per avere la libera disponibilità del bambino mettendo fuori gioco l'altro genitore. Tipicamente, infatti, l'abusante accusa il genitore protettore di indurre PAS trasformando quest'ultimo in bersaglio in quanto cattivo genitore, o peggio, genitore cattivo(E).

Altra ipotesi è quella che vede tanti figli coinvolti in situazioni in cui sussistono veri e propri abusi psicologici (in cui al bambino si chiede di scegliere "il" genitore da amare). Questi casi vanno annoverati tra i maltrattamenti<sup>84</sup> e pertanto il giudice individuerà la fattispecie ricollegando le dovute conseguenze previste dall'ordinamento.

(E) **Dato esperienziale** . ATTENZIONE A QUANDO "SI CONTESTA UNA P.A.S." IN CASI UN CUI SI DISCUTE DI UN POSSIBILE ABUSO SESSUALE. POTREBBE ESSERE SOLO UNA STRATEGIA PER RIBALTARE L'ATTENZIONE DA UN GENITORE ALL'ALTRO.

**In merito è interessante il parere** del Presidente del **Movimento per l'Infanzia** avv. Girolamo Andrea Coffari, espresso nella **Relazione** sulla proposta di legge 957/2008, presentata alla Commissione Giustizia del Senato<sup>85</sup>.

A completare il quadro informativo, sulle attività di interferenza psichica dei genitori sui figli, vi è da dire che la giurisprudenza risalente a vent'anni fa aveva già individuato la fattispecie e concludeva per l'individuazione della violazione dei doveri coniugali e materni in capo ad una madre che aveva "instillato" l'avversione dei figli verso il padre<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> **M. Brengola** *L'individuazione del disagio infantile a scuola: il disagio infantile come espressione del disagio familiare in Andropos in the World*, IV, n.2, 1.2.2011

<sup>84</sup> Recentemente la Corte di Cassazione affrontando il problema della prevaricazione affettiva, esercitata sul figlio da un genitore verso l'altro, individua comunque una fattispecie penale, ex art. 610 cp, quando non vi è l'elemento della reiterazione tipico del maltrattamento. (**Cass pen VI, del 10 febbraio 2012 n. 5365**).

<sup>85</sup> <<... gli psichiatri spagnoli si sono pronunciati "**contro l'uso clinico e legale dell'espressione Sindrome di Alienazione Parentale e altre similari aventi lo stesso significato**", definendo la PAS un "castello in aria" e raccomandando ai suoi iscritti di non utilizzarla poiché "**non ha alcun fondamento scientifico e presenta gravi rischi nella sua applicazione in tribunale**". Noi italiani invece questa junk science (scienza spazzatura) la vorremmo fare entrare addirittura nel nostro codice spacciandola quale elemento di riforma nell'interesse dei bambini! Ciò che è bene fissarsi in mente è il fatto che l'ipotesi che un genitore condizioni il figlio fino a fargli odiare l'altro genitore, è un vero e proprio crimine (maltrattamenti) che va accertato attraverso la cognizione del fatto, con le garanzie, l'acquisizione probatoria e il contraddittorio propri del procedimento penale. L'ipotesi (per fortuna rarissima) di un genitore che addirittura manipola la mente e la coscienza del figlio fino a fargli dichiarare, falsamente, di avere subito violenza sessuale dall'altro genitore è un altro gravissimo crimine (calunnia per interposta persona), che non può certo essere verificato con una magia diagnostica alla Gardner, ma deve essere necessariamente accertato da un tribunale penale. Se passasse la balorda idea che i crimini si possono accertare attraverso la diagnosi di sindromi inventate secondo le esigenze di parte, potremmo fare a meno di celebrare i processi penali, potremmo invece affidarci alla creatività dello psicologo di turno per diagnosticare in men che non si dica la sindrome da spacciatore di marciapiede, la sindrome di guida senza patente, la sindrome di truffatore dello stato e allora, altro che processi brevi, arriveremmo alla diagnosi fulminea, buttando nella spazzatura, oltre che la scienza, anche secoli di storia del diritto sostanziale e processuale e le elementari garanzie dello Stato di diritto>> [www.movimentoinfanzia.it](http://www.movimentoinfanzia.it)

<sup>86</sup> Trib. Catania 16 marzo 1992 in DPF, 1993, 176 ampiamente **V. Pilla** *Gli obblighi coniugali e la responsabilità civile* in Trattato Persona e danno P. Cendon III, 2004, 2980

#### 4. STRUMENTI DEGLI OPERATORI GIURIDICI

Conflittualità e rapporti disfunzionali tra genitori e figli influiscono sulla crescita e sullo sviluppo della persona nell'età evolutiva. Per tale motivo non possono essere sottovalutati o ignorati i comportamenti degli adulti o considerati come azioni riservate.

Gli operatori giuridici hanno a disposizione una varietà di strumenti normativi per incidere sul vissuto familiare, al fine di tutelare il minore ed il suo **diritto a diventare adulto**.

##### 4.1. *Ascolto del minore*

*<<Ascolto del minore e soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni sono due strumenti processuali indispensabili per il giudice per cucire un provvedimento su misura<sup>87</sup>>>*. Così Rita Russo andava al cuore del problema: cucire il provvedimento su misura. Certamente l'unico "abito su misura" è costituito dall'accordo di separazione, mentre un provvedimento, per definizione, provenendo da un terzo, non sarà mai a misura della coppia. Premesso che le "misure" di un accordo o di un provvedimento vanno prese nel rispetto degli interessi dei minori<sup>88</sup> coinvolti, il giudice ha a disposizione l'ascolto del minore, che, oltre ad essere un diritto del ragazzo, è uno strumento che contribuisce a delineare la conoscenza dello scenario familiare, pur non essendo, ovviamente, un mezzo di prova. Attraverso questo veicolo, infatti, può acquisire elementi che contribuiscono alla formazione di regole relazionali consone al caso specifico.

L'ascolto del minore, però, nel rispetto dei diritti dello stesso, deve prevedere anche la possibilità del non ascolto<sup>89</sup>. A questo proposito, oltre il conforto della dottrina, soccorre il dato normativo nazionale e internazionale. La L. 54/06, introduttiva dell'art. 155 sexies c.c., non conferisce perentorietà al dato lessicale, ma piuttosto "ordinatorietà". All'art. 23 lett. b) del Regolamento n. 2201/03 è detto testualmente "che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato". Rispetto a questa situazione, in alcuni tribunali<sup>90</sup> - nella prospettiva, sempre più pressante, di salvaguardare l'efficacia dei provvedimenti nazionali all'estero - si è concluso che sarebbe auspicabile che i Servizi

<sup>87</sup> Rita Russo giudice del Tribunale di Messina – Catania 20 aprile 2006 - Ufficio del Referente per la formazione decentrata magistrati- Catania) : *"In realtà essi rappresentano, almeno ad opinione di chi scrive, due momenti essenziali della attività giudiziaria nei processi di separazione e divorzio volti essenzialmente alle stesse finalità: rendere un provvedimento in materia di affidamento che rispetti e realizzi realmente l'interesse del minore ed al tempo stesso farlo funzionare nella realtà dei fatti, finalità che spesso nella pratica si scontrano con la difficoltà di far intendere alle parti che l'interesse del minore non coincide e non si identifica con le pretese egoistiche dei genitori e deve rendersi compatibile anche con le stesse pretese legittime dei genitori."*

<sup>88</sup> **unicì soggetti che non hanno esercitato alcuna opzione di scelta: non hanno scelto di nascere** (mente i genitori hanno scelto di far nascere); **non hanno scelto i genitori** (mentre quest'ultimi hanno scelto il coniuge); **non hanno potuto scegliere di non avere genitori separati** (mentre i genitori hanno scelto di separarsi).

<sup>89</sup> **G. Ballarani Il diritto del minore a non essere ascoltato** Dir. famiglia, 2010, 04, 1807.

<sup>90</sup> Il Protocollo distrettuale – promosso dall'Osservatorio Giustizia di Salerno - siglato il 9.5.2009 da tutti gli Ordini degli Avvocati ed i Presidenti dei Tribunali del distretto di Corte d'Appello di Salerno cerca una soluzione al rispetto della volontà del minore ad essere coinvolto nella lite, trovando nei Servizi Sociali uno strumento "di previo interpellò" circa la volontà di comparire innanzi al Giudice. Sulla stessa scia il Protocollo siglato a Reggio Calabria il 27.5.10.

Sociali interpellino il minore (ovviamente se ultra dodicenne) affinché fosse messo a conoscenza del diritto di essere ascoltato.

Come pure è parere diffuso che sia preferibile fosse ascoltato dal “suo” giudice (affiancato da un ausiliario con competenze psico-sociali), cioè colui che stabilirà delle *regole* che influiranno anche sulla sua vita.

#### 4.2. Poteri officiosi del giudice

L’ascolto del minore permette di ottenere il punto di vista del figlio. A seconda della complessità della situazione, colta dal giudice, si può istruire, anche in fase presidenziale, una vera e propria **parentesi di cognizione sommaria** (di cui all’art. 155 sexies c.c.) anche attraverso riscontri e supporti delle relazioni socio-ambientali dei Servizi Sociali<sup>(F)</sup> sui fatti rappresentati dalle parti. È purtroppo tristemente noto come, talvolta, a causa dell’ansia di ottenere un provvedimento<sup>91</sup> che “sistemi le cose”, si preferisca insistere per ottenere provvedimenti provvisori ed urgenti, che costringono il giudice a vere e proprie *performance da prestigiatore*. Vi è da dire che, se la provvisorietà dell’ordinanza presidenziale è giustificata dalla possibilità di modifica, nella fase di successiva trattazione, una sua revisione risulta sempre complessa da ottenere e nella realtà poco frequente, risultando radicata la tendenza a confermare nella sostanza l’indirizzo “provvisorio” adottato in “urgenza” e così un provvedimento assunto sulla base di pochi elementi diventa definitivo al pari di una ponderata sentenza.

(F) **Dato esperienziale:** SAREBBE AUSPICABILE INOLTRE LA RICHIESTA AI SERVIZI SOCIALI DELLA RELAZIONE SOCIO AMBIENTALE SUL NUCLEO FAMILIARE, GIÀ CON IL DECRETO DI FISSAZIONE DELL’UDIENZA PRESIDENZIALE. (COME È PRASSI INNANZI AL T.M.). MAGARI NELLA MEDESIMA OCCASIONE L’ASSISTENTE SOCIALE POTREBBE INTERPELLARE IL RAGAZZO (ULTRADODICENNE) SUL SE DESIDERA ESSERE ASCOLTATO.

#### 4.3. Ordinanza non dettagliata della “frequenziazione affettiva”

Sembra un paradosso, ma, in alcuni casi, l’omissione è più efficace dell’azione. L’ordinanza presidenziale, infatti, rappresenta una fase molto delicata nelle dinamiche relazionali dei coniugi. Un vero provvedimento rispettoso della L. 54/06, ove possibile, **non dovrebbe disciplinare orari e giorni di frequenza dei figli col genitore non convivente**,<sup>92</sup> se non genericamente (stabilendo, per

<sup>91</sup> “l’ansia” in alcuni casi è “necessità” dopo un’attesa dell’udienza presidenziale di un periodo che può andare dai nove ai tredici mesi dal deposito del ricorso (caso del Tribunale di Salerno)

<sup>92</sup> Una indicazione si coglie in **Trib. Palermo 23 novembre 2007** ove si indica un regime sussidiario al caso di mancato accordo. Ad avviso di chi scrive, si coglie la migliore buona volontà del Giudicante, che però rischia di indurre le parti a nessuno sforzo di volontà. Ma il principio e la finalità si coglie anche nelle statuizioni del **Trib. Firenze 27 settembre 2006** (in Dir. Famiglia 2007, 4,1709) ove si sottolinea la finalità della statuizione dell’affidamento condiviso “ritenuto che sia il sistema migliore **per prevenire o far cessare la conflittualità tra questi ultimi rimane quello di evitare discriminazioni**”. In quest’ottica non indicare regole (orari

esempio, “che vi siano non meno di due incontri settimanali”, “che trascorra non meno di due fine settimana, possibilmente dal venerdì alla domenica, ove possibile anche di più” ecc.) ed invitando le parti a rivolgersi ad un mediatore familiare in caso di necessità **(G)**. Ove la coppia genitoriale palesi l’assoluta incapacità a relazionarsi, e abbia anche intrapreso senza buon esito **un percorso di mediazione familiare**, in una fase successiva (di cui si dirà innanzi), e solo allora, dovrebbe intervenire il giudice impartendo regole *nell’isola che il mare del diritto dovrebbe solo lambire*, per citare Jemolo<sup>93</sup>.

**(G) Dato esperienziale:** LA REALTÀ INSEGNA COME I CONIUGI - NEL PERIODO CHE VA DALLA PROPOSIZIONE DEL RICORSO ALL’UDIENZA PRESIDENZIALE, QUALORA SI SIANO GIÀ SEPARATI DI FATTO - GESTISCONO CON FLESSIBILITÀ I TEMPI CON I FIGLI, DOPO L’UDIENZA PRESIDENZIALE INIZIA L’ERA DEL “L’HA DETTO IL GIUDICE”, “OGGI NON TI SPETTA”, ED ALTRE LOCUZIONI SIMILI CHE FANNO INTENDERE COME IL CONTENUTO DELL’ORDINANZA PRESIDENZIALE VENGA UTILIZZATO COME UN FIORETTO - A VOLTE COME UNA CLAVA - PER FERIRE!

#### 4.4. Consulenza Tecnica d’Ufficio

Nel verificare il fallimento della capacità relazionale dei genitori, il provvedimento (che andrebbe a regolare i ritmi dell’affidamento, magari attribuendo sfere di competenza diversificate, o compiti e frequenze collocate nel tempo e nello spazio prestabilito) potrebbe scaturire da un esame dei fatti alla luce di una interpretazione ed un approfondimento specifico attraverso una Consulenza Tecnica d’Ufficio che delinei i profili genitoriali e le dinamiche conflittuali. Importante è che l’esame non prescindano dalla cognizione della realtà sociale in cui vive il nucleo, tenendo conto anche dei vari soggetti che ruotano intorno al famiglia, possibilmente terzi e vicini ai minori (insegnanti, catechisti, educatori delle attività ludiche e sportive...). Il Consulente però deve solo fornire una luce su aspetti che non sono di competenza diretta dei giuristi portando - con linguaggio chiaro (e non in *psicologichese*) - alla cognizione di costoro elementi integrativi, utili e talvolta indispensabili a formare il parere del giudicante. Come già detto va evitato il rischio di trasformare una diagnosi in una sentenza delegando per esempio la statuizione del provvedimento al tecnico, chiedendogli se applicare o meno l’affidamento condiviso ed articolare i calendari di incontri.

#### 4.5. Equa ripartizione delle incombenze genitoriali

Altro interessante strumento di “correzione” della conflittualità potrebbe essere **l’accompagnamento condiviso**. Si è accennato a questa modalità a proposito del *minore: soggetto di diritti*, ma potrebbe anche essere utile per far comprendere ai coniugi - intenti a fare i *fidanzati dispettosi*,

---

di visita), non determinerà la chiave di qualificazione di un comportamento come giusto o sbagliato, lasciando alle parti l’obbligo di imparare ad essere responsabili.

<sup>93</sup> Arturo Carlo **Jemolo** La famiglia e il diritto, in Analisi del Seminario Giuridico dell’Università di Catania, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 38.

più che i genitori - che il figlio non è di nessuno e di entrambi, pertanto è giusto che tutti e due si facciano carico delle oggettive esigenze affettive curando la metà del viaggio quando il figlio deve incontrare l'altro genitore (es.: la mamma lo porta dal papà ed il papà lo riaccompagna a casa dalla mamma)<sup>94</sup>. Questa impostazione, seguirebbe la stessa logica che ritiene vincente la formula dell'affidamento condiviso al fine di ridurre i contrasti tra le parti<sup>95</sup>, appunto non indicando il genitore *buono* e quello *cattivo*, come invece avviene con l'affidamento esclusivo.

#### 4.6. Applicazione del 709 ter cpc - possibilità di "sanzione sospesa"

La vera rivoluzione ed innovazione giuridica della Legge 54, che sovverte il principio della impenetrabilità ed immodificabilità delle dinamiche personali-familiari, è l'art.709 ter c.p.c.. Prima dell'introduzione di questo istituto,<sup>96</sup> nel nostro tessuto normativo, tutte le statuizioni in materia di gestione dei rapporti genitori-figli (in ambito di separazione) erano *un'indicazione di massima* rispetto alle era difficile o impossibile intervenire nel caso in cui i provvedimenti fossero disattesi<sup>97</sup>.

È evidente, nella evoluzione giurisprudenziale sull'ammissibilità del risarcimento del danno endo-familiare,<sup>98</sup> quanto la nostra cultura giuridica sia stata restia all'utilizzo, nell'ambito del diritto di

<sup>94</sup> dispone che tutte le volte in cui è già previsto il diritto di visita del figlio minore, in favore del padre F.D., la madre S.A. provveda ad accompagnare il figlio minore M. presso il domicilio del padre entro l'orario di inizio dell'esercizio del diritto di visita, e che, poi, il padre provveda a riaccompagnare il figlio minore M. presso il domicilio della madre entro l'orario di cessazione del diritto di visita, salvo quanto di seguito specificato in ordine agli orari; (Trib Salerno ord.za 8 febbraio 2010 G.I. V. Colucci, cit.)

<sup>95</sup> Cfr C.Appello Catania 4 febbraio 2009 cit.

<sup>96</sup> *Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni.* [I]. Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. [II]. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. [III]. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.

<sup>97</sup> A parte i casi di "consegna coattiva di minori" questione discussa in dottrina circa lo strumento più idoneo (esecuzione forzata in forma specifica o la procedura in via amministrativa che fa capo al giudice tutelare). Ampiamente in **G. Morani** *L'affidamento della prole nelle crisi familiari: L'attuale disciplina normativa* Dir. Famiglia, 2009, 01, 358. Una felice classificazione con indicazione della dottrina e della giurisprudenza tra: esecuzione nelle forme previste all'art. 605 o 612 cpc; esecuzione in via breve ed esecuzione sotto la direzione del giudice tutelare è ampiamente illustrata in **B. De Filippis e F. De Sefano** *Separazione e divorzio gli ordini di condanna Viaggio nell'art. 614 bis del Codice di procedura civile* in Famiglia e minori – Il Sole 24ore 2010, 4, IV.

<sup>98</sup> La crescente necessità di tutela del singolo individuo nell'ambito della famiglia si coglie nell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità: la sentenza della **Cassazione del 6 aprile 1993 n. 4108**, sulla base del principio che il diritto alla separazione è un diritto di libertà personale, sostiene che è disciplinato da regole proprie e che al massimo possono prevedere l'addebito ma non il risarcimento. Vediamo qui, nell'intento di compensare il risarcimento negato, una connotazione sanzionatoria del mantenimento (attraverso l'utilizzazione dell'addebito) che non ha ragion d'essere ove - come sempre più spesso accade - vi è tra i coniugi una "simmetria" patrimoniale che porta ad escludere la legittimazione all'assegno di mantenimento e quella che potrebbe essere la sua funzione "ripristinatoria". In tal modo sacrifici e ferite restano privi di tutela. (In quest'ottica, la Corte auspica, una separazione consensuale come mezzo per raggiungere un fine ripristinatorio attraverso: l'assegno di mantenimento; i trasferimenti immobiliari; la restituzione di arricchimenti; il risarcimento dei danni ecc.. Ma nella realtà, questi tipi di accordi, solitamente si rinvengono solo nelle "finte separazioni" ove questo strumento è utilizzato solo ai fini fiscali o di elusioni creditorie). La svolta giurisprudenziale si è avuta con la sentenza della **Cassazione del 26 maggio 1995 n. 5866** dove si sottolinea

famiglia, di rimedi che non fossero esclusivamente giusfamiliari<sup>99</sup>.

L'istituto della mediazione, anch'esso innovativo, non assicura risultati certi<sup>100</sup>, tantomeno può essere usato come strumento di indagine o di prova (è solo una parentesi di opportunità metagiuridica concessa alle parti). Il mediatore potrà riferire al giudice solo l'esito, che, se positivo, potrebbe essere recepito nel

(H) **Dato esperienziale:** L'ESPERIENZA INSEGNA QUANTO SI POSSA OTTENERE SOTTO LA "MINACCIA" DI UN ESBORSO ECONOMICO. L'ISTITUTO PREVISTO ALL'ART. 709 TER CPC, NELLA SUA DUTTILITÀ, SI PRESTA AD ESSERE USATO PER APRIRE UNA PARENTESI IN CUI LE PARTI POSSANO RIPRENDERE CONSAPEVOLEZZA DEL RUOLO GENITORIALE ATTRAVERSO UN SOSTEGNO TECNICO.

processo, sotto forma di accordo. Dunque, quando anche l'ultima possibilità per le parti, di attingere alle proprie risorse interiori per trovare dei punti di accordo nell'interesse dei figli, è persa non resta che ricorrere al giudice ed a questi non resta che intervenire per trovare la "soluzione delle controversie" anche con un adeguato "provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni".

A questo punto, l'istituto della mediazione (inteso più come strumento di maieutica produttivo di accordo) e l'istituto dell'art 709 ter cpc potrebbero avere un interessante punto di fusione sfruttando la funzione deterrente delle sanzioni ivi previste.

Nella maggior parte dei casi, le violazioni e gli inadempimenti determinati da uno dei genitori sono dettate da incapacità genitoriale spesso inconsapevole. Accertati l'inadempimento e/o la violazione contestati, il giudice potrebbe irrogare una sanzione (prevista nell'ambito dell'art. 709 ter cpc) "sospesa" in attesa dello svolgimento di un **percorso di genitorialità** cui inviare i genitori (H),

---

che "l'addebito della separazione non rientra, per sè considerato, nei criteri di imputazione della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze specificamente previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento (...) e potendosi, quindi, configurare la risarcibilità degli ulteriori danni solo se i fatti che hanno dato luogo alla dichiarazione di addebito integrino gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma ora citata". Determinante è la sentenza della **Cassazione del 7 luglio 2000 n. 7713** dove si afferma che una violazione di doveri familiari determina non solo un'applicazione dei rimedi giusfamiliari ma anche il rimedio risarcitorio in costanza dei presupposti. Con le sentenze della **Cassazione del 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828** si giunge ad una nozione di danno non patrimoniale come categoria comprensiva di ogni caso in cui sia lesa un valore inerente alla persona. La sentenza **C. Costit. dell'11 luglio 2003 n. 233** conferma l'indirizzo dalle ultime sentenze di Cassazione assumendo che "in queste due sentenze viene prospettata un'interpretazione dell'articolo 2059 c.c. tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo inteso come turbamento dello stato d'animo della vittima, sia il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell'interesse all'integrità psichica e fisica della persona, sia infine il danno derivante da lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona". La sentenza **Cass. 10 maggio 2005 n. 9801** afferma chiaramente il principio di tutela risarcitoria per violazione dei diritti fondamentali all'interno dell'istituto familiare. Da ultimo, con la innovativa ed interessante sentenza **Cass. del 15 settembre 2011 n. 18853** la Corte di legittimità sancisce che il tradimento coniugale può configurare gli estremi dell'illecito civile con il riconoscimento della sua risarcibilità se lede un valore costituzionalmente protetto. Casi di vero e proprio accertamento di danno per mancanza del rapporto parentale sono annoverati nella giurisprudenza di merito **Trib. Modena 12 settembre 2006 Il merito 2007, 1,4; Trib. Monza 5 novembre 2004** (Riconosce il risarcimento del danno biologico e morale a favore di una madre per la privazione da rapporto genitoriale messa in atto dal coniuge da lei separato con "condotta rigidamente ostativa" al fine di impedire i rapporti tra figlio e madre); **Trib. Venezia sez. III 30 giugno 2004** (Riconosce il danno subito dal figlio per mancanza di cure genitoriali accogliendo la richiesta di risarcimento della figlia, non solo per il danno patrimoniale ma anche per il danno esistenziale adducendo un danno evento ) **Trib. Min. L'Aquila 8 luglio 2005 cit.**

<sup>99</sup> **G Ferrando** *Rapporti familiari e responsabilità civile* in Trattato Persona e danno P. Cendon III, 2004, 2780

<sup>100</sup> Tanto più che non è obbligatorio, e, nella sua intrinseca natura, presuppone inscindibilmente la volontarietà.



rinviano la verifica dell'esito ad udienza successiva. La saggezza popolare sa bene quanta "ragionevolezza" si ottiene sotto la minaccia di un esborso economico. **Questa potrebbe essere davvero l'ultima possibilità di lasciare alle parti la soluzione delle disfunzioni che agitano il rapporto e minano l'equilibrio dei minori coinvolti.**

#### 4.7. Applicazione del 709 ter cpc e "provvedimenti correttivi"

Quando anche il sapiente tentativo di indurre le parti a trovare una soluzione è stato esperimento inutilmente, non resta che prendere provvedimenti "correttivi". Le disfunzioni su cui si deve intervenire devono avere ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale o le modalità dell'affidamento" (non dunque altri pregiudizi, es.: quelli economici<sup>101</sup>). Il giudice convoca le parti ed esamina le "inadempienze" eccepite; in caso emerga che gli atti compiuti "arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento" il giudice "può modificare i provvedimenti in vigore" e/o impartire delle sanzioni a partire dall'ammonimento per arrivare a sanzioni amministrative, senza escludere un risarcimento al figlio e/o all'altro genitore.

Oggetto tipico del ricorso ex 709 ter cpc è la violazione del diritto soggettivo del minore alla bigenitorialità. Ovviamente più spesso adultocentricamente lamentato come violazione dello spazio di frequentazione. La violazione in oggetto assume varie forme: veri e propri *atti emulativi* realizzati dal genitore convivente per impedire la frequentazione,<sup>102</sup> fino al trasferimento di residenza in altro comune senza l'accordo dell'altro genitore (pur in costanza di affidamento condiviso)<sup>103</sup>. In ogni caso

<sup>101</sup> Per es. quelle di carattere economico (essendo all'uopo dedicate altre soluzioni suggerite dalla stessa L. 54/06 all'art. 3 sotto il titolo *Disposizioni penali* si dice "In caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898" equivoco in cui spesso si cade (V. Tribunale Padova 3 ottobre 2008 in *Juris* data Redazione Giuffrè 2008 – "...l'art. 709 ter c.p.c. comprende due procedimenti che possono interferire (o sovrapporsi), ma che sono in realtà profondamente diversi: il primo relativo alla "soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento" (...) il secondo attinente a "gravi inadempienze o (ad) atti che comunque rechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento")

<sup>102</sup> Esempio la condanna della Corte d'Appello fiorentina alla madre che ha ostacolato la fruizione del rapporto padre-figlio, "La Corte ... ritenuto il danno, subito dal minore per la privazione della frequentazione paterna, può essere liquidato in euro 650,00 (...) Condanna T. M. a risarcire al figlio C. T. il danno di euro 650,00, tramite deposito in conto corrente postale, con vincolo pupillare in favore di C. T., di analoga somma; 2) condanna T. M. al pagamento, in favore di I. T., della somma di euro 350,00, a titolo di risarcimento del danno da questi subito; 3) Ammonisce T. M. ad ottemperare al provvedimento del Tribunale di Firenze che regola la frequentazione tra padre e figlio." Cfr.: **Corte appello Firenze, sez. fer., 29 agosto 2007** in *Fam. Pers. Succ.* Cedam 2008, 4, 370. Così nell'ordinanza del **Trib. Roma del 12 luglio 2006** in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 4, 373 dove "... il grave e reiterato inadempimento da parte della madre alle disposizioni relative alle modalità dell'affidamento del minore può comportare a norma dell'art. 709 ter, n. 4, c.p.c. l'applicazione da parte del giudice istruttore di una sanzione pecuniaria per la violazione già commessa e di altra sanzione pecuniaria commisurata al numero di giorni di ritardo nell'adempimento (nella specie, il giudice istruttore ha condannato la madre a pagare alla Cassa delle Ammende la sanzione amministrativa di euro 500,00 per il reiterato inadempimento alle disposizioni concernenti il regime di affidamento del minore e la sua domiciliazione presso i genitori ed inoltre a pagare la ulteriore sanzione amministrativa di euro 500,00 per ogni giorno di ritardo nella riconsegna del minore al padre, sino ad un massimo di euro 4.500,00)."

<sup>103</sup> Cfr. **Corte Appello Napoli 12 dicembre 2008** in *Foro it.* 2009, 3, 836 ove il giudice revoca il collocamento del minore presso la madre che ha cambiato residenza. In caso simile il giudicante nello stigmatizzare il comportamento pone a carico della madre le spese di trasferta che dovrà affrontare il padre per fare visita alla figlia (**Tribunale Locri ord.za 28 novembre 2011** (in web [http://www.studiodonne.it/news\\_118.htm](http://www.studiodonne.it/news_118.htm)))

la violazione del diritto alla bigenitorialità resta sempre una delle forme in cui si palesa l'atteggiamento genitoriale pregiudizievole.<sup>104</sup>

#### 4.8. Le "coercitorie" ai sensi dell'art. 614 cpc

La legge 69/09 intervenuta per un restyling del processo civile, ha introdotto una norma<sup>105</sup> che può avere un'applicazione anche nel diritto di famiglia. In caso di obblighi di fare infungibili o di non fare,<sup>106</sup> il giudice, su istanza di parte, può, con provvedimento di condanna, stabilire anticipatamente una somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza futura. La resistenza all'applicazione di tale istituto potrebbe celarsi dietro l'eccezione che non vi sono provvedimenti di condanna, in senso stretto, in questa specifica disciplina del diritto. Le convincenti argomentazioni della dottrina<sup>107</sup> evidenziano che il carattere tipico del provvedimento di condanna dei provvedimenti presidenziali o successivamente del giudice istruttore si coglie nella loro immediata esecutività, che trova giustificazione solo in una condanna.

Le "coercitorie" non vanno confuse col risarcimento del danno o con i provvedimenti ex art. 709 ter cpc. *Ratio*: tempi ed effetti sono diversi, ma ciò non impedisce che possano coesistere. È evidente che se si è ottenuta la liquidazione del danno ricollegato ad una violazione prevista, e verificatasi, ai sensi dell'art. 614 bis cpc non è possibile chiedere anche un risarcimento ai sensi dell'art. 709 ter cpc. Il contrario, invece, sarebbe ammissibile e anzi addirittura auspicabile, al reiterarsi di alcuni comportamenti che dimostrano la tendenza a disattendere le statuizioni (I).

(I) **Dato esperienziale** SEBBENE POSSIBILE, È IMPROBABILE CHE IL GIUDICE STABILISCA NELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE (SENZA UN DIMOSTRABILE PREGRESSO COMPORTAMENTO SIGNIFICATIVO) UNA COERCITORIA, NON APPARENDO GIUSTIFICATO IL RICORSO AD UNA PROGRAMMAZIONE SANZIONATORIA, SENZA UN PREVIO RISCONTRO DELL'ATTITUDINE O INTENZIONE DI VIOLARE LE STATUZIONI DEL GIUDICE. INVECE, APPROPRIATO ED UTILISSIMO POTREBBE RISULTARE IN FASE ISTRUTTORIA

<sup>104</sup> "Va condannato al pagamento di una somma di denaro in favore dei figli ex art. 709 ter 2° co., cpc il padre che, per ragioni legate al conflitto col coniuge e i suoceri, non adempie agli accordi relativi al periodo estivo, concede in locazione a terzi la casa in villeggiatura e non tiene con sé neppure in altro luogo i minori nel periodo programmato per le vacanze (nella specie, il giudice istruttore ha determinato la somma da pagare in euro 17.000,00 sulla base del reddito netto ricavato dal padre con la locazione a terzi della casa di villeggiatura nel mese di agosto." **Trib. Roma 4-5 giugno 2007** in *Fam. Pers. Succ.* Cedam 2008, 8-9, 760. Dello stesso tenore **Tribunale di Padova 3 ottobre 2008** (in *Juris Data* Redazione Giuffrè 2008)

<sup>105</sup> **Art. 614-bis cpc Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare** - Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta all'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. (*Articolo aggiunto dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69.*)

<sup>106</sup> Es.: "Accompagnerà il figlio presso la madre entro le ore 20 della domenica"; "Trascorrerà il periodo estivo dal 5 al 20 agosto con il padre"; "Si premurerà di trascorrere col figlio le ore a questi dedicate non lasciandolo invece presso le ludoteche, amici e parenti per tutto il tempo"; "data l'accertata conflittualità con la compagna del padre, avrà cura di evitare gli incontri con il figlio".

<sup>107</sup> Ampliamente **B. De Filippis e F. De Stefano op. cit.**



Il giudice che - solo su istanza di parte - potrebbe applicare le “pene private” da ricollegarsi all’ipotetica violazione futura è il presidente o anche successivamente il giudice istruttore. Non concretizzandosi in una nuova domanda (ma solo una modalità esecutiva) è possibile anche introdurre una richiesta di coercitoria nelle conclusioni: in tal caso sarà il collegio a provvedere. La forza di tale articolo è la sua immediata esecutività<sup>108</sup> che dà la possibilità di ricorrere all’intimazione di precetto di pagamento ricollegato alla violazione della statuizione. Da ciò emerge quanto sia in questi casi necessario un dettato circostanziato e non generico. Ricollegare il pagamento di una somma di denaro ad una vaga “violazione dell’affidamento condiviso” renderebbe assolutamente impraticabile l’attuazione della norma per genericità ed indeterminatezza.

C’è da augurarsi che operatori coraggiosi non abbiano il timore di affondare il bisturi offerto da tale strumento normativo in quelle situazioni che richiedono necessari interventi “invasivi” nell’interesse del minore.

#### 4.9. Affidamento esclusivo

Dopo aver esperito inutilmente ammonimenti e sanzioni, l’altra possibilità che il giudicante ha per ottenere il rispetto dei diritti del minore - tra tutti, quello alla bigenitorialità (o *ultragenitorialità*, contando sul fatto che sia una situazione acquisita già nell’ambito della famiglia prima della separazione) - è la trasformazione del regime di affidamento da condiviso in esclusivo<sup>109</sup> a danno del genitore inadempiente agli impegni assunti (o statuizioni impartite). Nella pratica, però, quando non è accompagnato da un cambio di residenza del minore (da un genitore all’altro), è più un cambiamento *simbolico* che realmente consistente in un mutamento. L’effetto però è incisivo, assumendo un significato sociale ed ufficiale di *incapacità genitoriale* (dove l’esercizio della genitorialità da sempre è sentito come atto naturale ed insindacabile di una sfera assolutamente privata)(J).

<sup>108</sup> La sua ratio è rinvenibile nella consapevolezza, da parte del legislatore, dell’indispensabilità di uno strumento immediato, idoneo a far sì che quanto il giudice abbia ritenuto di assoluto interesse del minore non resti inattuato. **B. De Filippis e F. De Sefano op. cit.**

<sup>109</sup> “...Ritenuto che allo stato e fatto salvo quanto emergerà dalla necessaria istruttoria da espletarsi in forma consulenziale sul punto, nonché dalla naturale evoluzione dei rapporti fra coniugi separandi - non è ipotizzabile che i genitori possano condividere alcunché e che, pertanto, non è possibile disporre un regime di affidamento ad entrambi, seppur con la necessaria cautela del regime sussidiario in caso di disaccordo. In particolare, questo giudicante ritiene che l’affidamento esclusivo al padre sia opportuno per evitare che la madre possa nuovamente privare il padre di contatti con la figlia, foss’anche per il periodo necessario all’instaurazione di un procedimento ai sensi dell’art. 709 ter c.p.c., essendosi fino ad ora dimostrato che la madre non è persona in grado di tutelare il rapporto con l’altro genitore (si veda, al riguardo, anche la prescrizione emessa ai sensi dell’art. 333 c.c. dal Tribunale per i Minorenni). D’altra parte, in ragione della valenza più simbolica che sostanziale del regime di affidamento alla luce del disposto di cui all’art. 155, 3° comma, c.c. (se letto, come ha fatto sino ad ora la Sezione, come previsione applicabile tanto al regime di affidamento ad entrambi genitori, quanto al regime di affidamento esclusivo), non vi sono ragioni per limitare i tempi di permanenza della minore con la madre, che anzi, per via del suo attuale stato di disoccupazione, possono essere anche maggiori di quelli che la stessa trascorre con il padre; (...) così definitivamente provvede sul ricorso presentato da F. G. in data 10.10.07: 1. affida F. M. al padre e dispone che la madre possa incontrare e tenere con sé la figlia: ...” **Trib. Palermo 2 novembre 2007** in *Juris data* - Redazione Giuffrè 2008;

#### 4.10. Affidamento ai Servizi Sociali

Abbiamo sottolineato quanto sia importante esaminare la conflittualità e come dal suo esame debba discendere la valutazione della capacità genitoriale (come capacità di anteporre l'interesse del figlio ai rancori che impediscono il relazionarsi con l'altro genitore). L'acceso contrasto, infatti, mortifica l'indispensabile rapporto genitoriale, facendo venir meno i presupposti di quel "ponte educativo" che permette al minore di relazionarsi con serenità e facilità con i due poli affettivi e crescere come persona equilibrata.

(J) **Dato esperienziale:** LE OCCASIONI PER ESERCITARE UNA CONDIVISIONE SIGNIFICATIVA DI SCELTE PER IL MINORE (PER QUANTO SIANO VARI I SETTORI: LA SCUOLA, LA SALUTE, IL TEMPO LIBERO ECC) NON SONO QUOTIDIANE (SPECIALMENTE IN UNA SEPARAZIONE GIUDIZIALE). MA, DI CONTRO, L'AFFIDAMENTO CONDIVISO HA ASSUNTO UNA CONNOTAZIONE SOCIALMENTE SIGNIFICATIVA. IN QUESTO CONTESTO, ATTRIBUIRE L'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO AD UN GENITORE EQUIVALE QUASI AD APPLICARE UNA FORMA *SBIADITA* DI PROVVEDIMENTO ABLATIVO NEI CONFRONTI DELL'ALTRO.

La mancata relazione genitoriale è da *addebitarsi ai genitori*: ad uno o ad entrambi. Nella prima ipotesi si può optare, come detto innanzi, per un affidamento esclusivo, nella seconda è il caso di ricorrere ad un affidamento ai terzi **sia pure lasciando i figli presso il genitore convivente**. In merito va detto che nella giurisprudenza si rinviene sempre più spesso il ricorso all'utilizzo dell'affidamento ai Servizi Sociali,<sup>110</sup> come modalità transitoria, tesa, anche per tale via, al complessivo recupero della genitorialità. È legittimo ritenere che questa scelta, nella sostanza, si possa delineare come una vera e propria limitazione della responsabilità genitoriale<sup>111</sup> ma è altrettanto acclarato<sup>112</sup> che

<sup>110</sup> **Tribunale di Salerno, sez. I, sent. n. 153 del 20 luglio 2011**, rel F.Ferrara: il tribunale con dovizia di particolari (accertati anche attraverso un giudizio, ex art. 330 cc, pendente presso il T.M.) rappresenta un caso di manipolazione di minori da parte del padre, al punto da escludere dalla vita dei figli la madre. Il tribunale ribadendo la necessità del rapporto materno lascia i figli presso il genitore affidandoli ai Servizi Sociali per quanto riguarda la cura del ripristino del rapporto affettivo materno e l'organizzazione degli incontri. **Cassazione civile, sez. I, 19 maggio 2010 n. 12308** conferma la scelta della **C. App Bologna n. 866 del 3 luglio 2009** dell'affidamento della minori ai Servizi Sociali con collocamento presso la madre riscontrando *"che la minore versava in una situazione di gravissimo disagio psicologico per effetto dell'aspra conflittualità manifestatasi fra i coniugi, circostanza che avrebbe imposto l'adozione delle drastiche misure sopra indicate, al fine di assicurare alla bambina le condizioni di vita più consone alla sua età ed alle sue risorse psichiche"*.

Ancora: **Trib. Bologna, 1 ottobre 2007 n. 2378**: Il Collegio, pur lasciando i bambini con la madre ed attribuendo a quest'ultima la gestione della vita quotidiana, lo affida ai Servizi Sociali **"Tale decisione appare non in contrasto con la nuova legge in materia di affido condiviso, la quale, all'art. 155 comma 2 c.c. prevede la possibilità per il giudice, in tema di affidamento, di provvedere in favore di entrambi o di un solo coniuge o di 'adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole', con ciò consentendo che, in caso di necessità, possa farsi luogo all'affidamento anche a soggetti terzi"** <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/008799.aspx?catalog=1>.

<sup>111</sup> Pur coabitando il minore con la madre il **Tribunale per i Minorenni di Milano 1 febbraio 2010** stabilisce *"...quanto alla modalità di affidamento ed ai criteri di cui agli artt. 151 e ss. C.c., sebbene nei casi di alta conflittualità parte delle giurisprudenza ritenga ammissibile l'affidamento condiviso (Trib. Messina, ord. 13 dicembre 2006, Corte d'App. Roma, 25 luglio 2007), ritiene il Collegio che nel caso di specie sia invece necessario disporre l'affidamento del minore all'Ente territoriale: il padre ha addirittura deciso di interrompere i rapporti con DD, la madre si dimostra assolutamente non collaborante ed estremamente rigida, il minore non vede il genitore da oltre un anno, ancora non è chiaro quale conflittualità potranno innescare le eventuali iniziative del PP nei confronti della figlia MA - alle quali la MM ha comunque deciso di opporsi (cfr. quanto riportato supra) -; in tale situazione, essendo sicura la prognosi negativa di un affidamento congiunto e non risultando elementi specifici a favore di uno dei due genitori, l'affidamento all'Ente territoriale è l'unica forma che consenta di tutelare DD; tale limitazione della potestà genitoriale potrà essere mutata solo a fronte di effettivi e dimostrati comportamenti di segno diverso dei genitori, proponendo un nuovo ricorso a questo Tribunale;"*

il Tribunale ordinario può disporre tale modalità di affidamento, che, nella sostanza, consiste nel demandare ad un organo pubblico la scelta e la gestione di alcune decisioni nell'interesse del minore.

#### 4.11 Affidamento ex art. 2 L. 184/83

L'affidamento ai Servizi Sociali,<sup>113</sup> nella gamma delle forme di *esproprio* di fasce di responsabilità genitoriale, è forse quella meno traumatica per i minori che **“difficilmente percepiranno la differenza giuridica derivante dal diverso affidamento formale”**<sup>114</sup> continuando a vivere con uno dei genitori. Diversamente il cambiamento fisico della residenza ha un forte impatto sul minore e consiste in un evidente modificazione di abitudini.

Nell'individuazione di strumenti volti ad arginare gli effetti deleteri della conflittualità (tra i genitori), può seguire in via graduata l'affidamento intra familiare - e relativo *collocamento* - presso parenti come nonni<sup>115</sup> o zii<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> “È da ritenere tuttavia che, nonostante l'assenza, nella disciplina vigente, di una previsione specifica, il richiamo, ancorché generico, contenuto nell'art. 155, comma 2, c.c., ai provvedimenti che il giudice assuma per i figli “con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essi”, ma pure quello, più particolare, alle modalità con cui ciascun coniuge contribuisce alla “cura” e alla “educazione” dei figli, oltre che al loro mantenimento ed istruzione, indica la possibilità di collocare il figlio presso terzi, in caso di inidoneità genitoriale (al riguardo, conformemente, Cass. n. 19065 del 2008). La legge sul divorzio precisa del resto, come si è detto (anche dopo la riforma del 2006), che può disporsi affidamento familiare ex art. 2 n. 184 del 1983, in caso di temporanea impossibilità di affidamento ai genitori (in stretto contatto, evidentemente, con l'azione del servizio sociale); tale previsione è sicuramente applicabile in via analogica alla separazione” Cass. civ. sez. I, 20 gennaio 2012 n. 784. Anche nella giurisprudenza precedente alla novella del 2006 si riscontrano scelte di affidamento all'ente territoriale: **C. App. Genova n. 34 del 12 maggio 2003** (confermata dalla sent Cass. 28 maggio 2008 n. 14042): stabilisce . “Ed in relazione alla evidente incapacità dei genitori di comprendere le reali esigenze dei figli, era stato suggerito l'affidamento di costoro all'Ente locale”; **C. App. Milano n. 1642 del 19 giugno 2001** (confermata dalla sent Cass. Cass. civ. 8 maggio 2003, n. 6970 in Giur. it. 2004, 2078): All'esito del giudizio, la Corte di appello di Milano, con sentenza del 19 giugno 2001, in parziale riforma della sentenza della pronuncia di primo grado: a) disponeva l'affidamento del figlio minore “al Comune di Milano, perché lo mantenga allo stato collocato presso il padre”, con “delega agli operatori dei servizi sociali di regolamentare tempi e modalità di visite e di incontri del minore con la madre nell'esclusivo interesse del figlio al fine di salvaguardare e promuovere la relazione con la figura materna”

<sup>113</sup> “In proposito è opportuno ricordare che l'affidamento condiviso disposto in sede presidenziale con residenza privilegiata presso la madre delle minori di entrambe le bambine – due gemelline oggi di quattro anni – è apparso da subito impraticabile nell'interesse delle minori stesse, a fronte di una situazione, caratterizzata, da un lato, dalla tendenza della madre ad una protezione ossessiva delle bambine, giustificata, a suo dire, da pregressi comportamenti violenti del marito, che avrebbero avuto però come destinataria soltanto la C., dall'altro, dall'oggettiva situazione di pressoché completa estraneità della figura paterna al vissuto delle bambine. (...) ella ha consentito solo sporadicamente agli incontri delle bambine con il padre, senza lasciargli alcun margine di autonomia. Tali elementi di fatto, unitamente a gravi carenze riscontrate nella personalità della C. (in particolare le forti lacune nella formazione di base, come il riconosciuto mancato completamento dell'istruzione elementare, hanno probabilmente reso vulnerabile la resistente a suggestioni di maghi, come denunciato dal coniuge, o comunque di persone in grado d'indirizzarne fortemente le determinazioni) hanno quindi indotto il G.I. con ordinanza del 17.7.2007 a disporre l'affidamento delle minori al Servizio sociale di B., pur restando fissata la collocazione delle minori, per la loro tenera età presso la madre, con disciplina degli incontri con il padre sotto la vigilanza del servizio stesso.” Cfr.: **Trib. Napoli 18.04.2008** in [www.minriefamiglia.it](http://www.minriefamiglia.it).

<sup>114</sup> Testualmente in motivazione da Sent. Trib. Salerno 153/2011 cit.

<sup>115</sup> **Cass. civ. sez. I, 10 dicembre 2010 n. 24996**

<sup>116</sup> **Tribunale minorenni L'Aquila, 15 maggio 2007** in *Dir. famiglia 2008*, 1 221: “Qualora tra genitori naturali non più conviventi e con figlio sussista conflittualità circa i loro rapporti con il minore, inducendo entrambi, a danno dello stesso, a comportamenti intrinseci di prevenzione ed ostruzionistici, ed appaia ultronea o, quanto meno, prematura la decadenza di uno di essi o di entrambi dalla p.p., è da disporre l'affidamento del figlio agli zii materni, sotto la costante ed assidua vigilanza dei servizi sociali, che

L'ultima e più grave scelta di affidamento a terzi (se non vi è alternativa) è l'affidamento etero-familiare o la collocazione in una struttura<sup>117</sup>. Quest'ultimo caso può scaturire da una necessità "terapeutica", es.: quando il minore sia manipolato, condizionato e, pertanto, "maltrattato psicologicamente" da un genitore al punto da indurlo ad essere ostile verso l'altro. Potrebbe essere l'unica ed estrema forma di *disintossicazione da affettività distorta* unitamente ad un adeguato percorso psicologico di educazione all'affettività. Si tratta di un percorso difficile ed articolato in più stadi. Dopo un primo momento di adattamento (che non è privo di difficoltà, dovute, il più delle volte alla modalità forzata di collocazione, alla conseguente resistenza, alla normale diffidenza) volto all'instaurazione di un rapporto di stima e fiducia tra il minore ed il personale della struttura, seguono necessariamente due fasi: la prima tesa all'eliminazione delle convinzioni, abitudini ed atteggiamenti errati, la seconda tesa alla costituzione della visione corretta della realtà<sup>118</sup>.

Purtroppo sono tanti i casi, e tutti uguali, che vedono, in più parti del mondo, un bambino che si rifiuta di andare col genitore (tipicamente papà), magari piange, mentre l'altro lo sollecita, con scarsa

---

*sottoporranno i genitori ed il minore a psicoterapia, e che terranno informati sull'andamento della situazione i giudici minorili, competenti ad adottare, se del caso, più radicali provvedimenti a tutela del minore."*

<sup>117</sup> "quando entrambi i genitori non sono idonei all'affidamento (dovrebbe trattarsi appunto di una situazione assai grave) o quando essi stessi lo rifiutano, si deve provvedere al collocamento, possibilmente presso parenti. Se non vi sono parenti oppure questi non sono idonei, sussiste la possibilità, come ipotesi del tutto residuale, onde evitare che il fanciullo si trovi in una situazione non dissimile da quella di abbandono, che costituisce il presupposto dell'adozione legittimante di collocamento del minore presso una terza persona e in un istituto di educazione, quale tipico intervento assistenziale" **Cass. 784/2012** cit.

<sup>118</sup> Il giudice rilevava l'aspra conflittualità che portava i minori in età adolescenziale ad assumere atteggiamenti di un profondo e complessivo significato di disvalore della figura femminile e consequenziale incontrollabile contestazione dell'autorità materna. I minori che avevano deciso di vivere col padre, a dispetto della volontà della madre, venivano affidati agli zii paterni, preso atto dell'inadeguatezza del padre. Dopo poco gli affidatari revocavano il consenso per continue ingerenze paterne e per atteggiamenti intollerabili dei minori. Il **Trib. Min. Salerno, Decreto 7 gennaio 2010 n. 16** disponeva la collocazione in regime di residenzialità presso una struttura di accoglienza. Dopo un anno il tribunale revocava la collocazione per affidare in via condivisa i figli ai genitori avendo il nucleo, col sostegno e le indicazioni della Comunità, effettuato un percorso di corretta riappropriazione dei reciproci ruoli: genitoriali e filiali. Il successo dell'operazione si legge nella relazione del responsabile della Struttura "I minori YY in data 08.01.2010 sono stati collocati presso la struttura residenziale "Una casa per la vita" su disposizione dell'autorità giudiziaria minorile, a seguito della revoca dell'affido agli zii paterni, venuto meno per gravi ingerenze del padre di questi. Una volta inseriti nel contesto comunitario ai due minori è stato concesso dal T.M. un accostamento quindicinale e per un'ora, da parte di entrambi i genitori, coppia non coniugata, allo stato dei fatti non più in regime di convivenza e con gravi e lesive condotte nei confronti degli stessi, utilizzati all'occasione come mezzo di scontro per le proprie necessità. All'ingresso in comunità la condizione dei due minori si rappresentava come fortemente compromessa nei legami familiari, avendo questi un maggiore e più significativo rapporto con la figura paterna che nell'elargizione dei beni materiali di ogni necessità, aveva trovato un valido espediente per attirarli a sé e, al contempo, per costringerli a screditare l'autorità materna che, dal canto suo, cercava di porre le linee per una sana educazione ... I minori .. avevano anche marcati atteggiamenti compromettenti in ambiente scolastico, spalleggiati in questo da un'onnipresenza paterna a scuola nella contestazione dell'operato degli insegnanti .... La comunità attraverso la sua équipe ha lavorato su più fronti:rieducazione dei minori;rielaborazione e correzione dei rapporti col padre; rielaborazione e riavvicinamento alla madre; disimpegno del ruolo di minori adultizzati e la riappropriazione del proprio ruolo di figli, tutti obiettivi raggiunti, in sinergia con il servizio sociale collocante, raggiunti dopo circa un anno di collocamento, periodo nel quale i minori si sono potuti disimpegnare dalla relazione pregiudizievole dei genitori, essendo in un ambiente neutro che gli ha consentito di riappropriarsi delle proprie esperienze di minori della loro età e di comprendere le condotte di entrambi i genitori. In comunità hanno stabilito rapporti significativi con il personale che, pur non sostituendosi mai alle figure genitoriali, ha consentito ad entrambi i doveri e la serenità che deve necessariamente assumersi in una relazione tra adulto e minore. ... Responsabile dott. Carmine Fago Mastrangelo"

convinzione, ad andare!<sup>119</sup> Certo ricorrere al collocamento in struttura per questi motivi è sconsigliabile per un bambino infradodicesimo in quanto per raggiungere il fine sarebbe danneggiato dal mezzo. In questi casi è auspicabile lavorare sugli adulti ... con le *buone* (vedi par 4.6.) o con le *cattive* (vedi par 4.8.)

L'affidamento etero familiare<sup>120</sup>(cui si fa brevissimo accenno) è istituito di “sostegno **ad una famiglia** momentaneamente in difficoltà nell'esercitare il ruolo di accoglienza e crescita del minore, accogliendone il figlio per un periodo limitato nel tempo”. Lo strumento è complesso e coinvolge una varietà di soggetti: il suo funzionamento non può prescindere da un buon funzionamento delle servizi sociali territoriali.<sup>121</sup>

#### 4.12. *Declaratoria di decadenza di potestà*

Infine, non possiamo negare che la conflittualità si può concretizzare in un vero e proprio pregiudizio, oggetto di valutazione del tribunale specializzato anche ai fini della declaratoria di decadenza. Emblematico è il caso di radicato e profondo disagio psicologico di un minore emerso, dopo anni, in occasione di una richiesta di modifica delle condizioni di divorzio avanzata dal padre. Questi infatti chiedeva l'affidamento condiviso e la collocazione prevalente del figlio presso sé. Dall'analisi psicologica si delinea una estrema fragilità del minore a causa del rapporto con il padre (che *lo rimprovera di diventare come la mamma, cioè uno che "pretende"*) e profonde problematiche irrisolte al punto che il tribunale nel rigettare l'istanza trasmette gli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per ogni valutazione ed iniziativa di competenza.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Tribunale di Trani 7 febbraio 2007 n. 90 (in *giurisprudenzabarese.it* 2007): “...che la difficoltà di rapporti tra padre e figli, ed un rifiuto di questi ultimi alla frequentazione con il padre, come asserisce la ricorrente, lungi dal poter essere giustificata, riflettendosi inevitabilmente anche sulla maturazione psichica, umana e culturale degli stessi figli, deve indurre la madre affidataria - tanto più proprio nella veste di unica affidataria- ad educare la prole ad un proficuo rapporto con l'altro genitore, discendone altrimenti una valutazione non positiva sulle capacità educative della medesima.” con potenziali riflessi futuri per insorgende controversie ex art. 710 c.p.c..”

<sup>120</sup> Previsto dalla L. 184/83 modificata dalla L. 149/01

<sup>121</sup> Interessantissimo il **Regolamento affido a famiglie e/o strutture di accoglienza** che si sono dati Piani di Zona della provincia di Salerno S1-S10 individuando degli *steps* operativi che prevedono la valutazione attenta dell'esigenza dell'affido; la presa in carico; l'attività di un'equipe integrata; la formalizzazione dell'affido a famiglia; le modalità di collaborazione col tribunale; la formalizzazione dell'affido al servizio residenziale; la formazione di tutti i soggetti della fattispecie; l'istituzione di un'anagrafe delle famiglie affidatarie. Nei dettagli del regolamento si legge l'attenzione per il minore e la sua famiglia perno intono al quale ruota tutta l'attività degli operatori al fine di un *risanamento* delle dinamiche familiari.

<http://www.pianodizonas10.it/images/stories/Regolamenti/microsoft%20word%20-%20regolamento%20affido.pdf>

<sup>122</sup> Tribunale Modena, sez. II 16 marzo 2011 (archivio *Juris data* – Giuffè) *Nella descritta situazione, infatti, nella quale non vi è condivisione, da parte dei genitori, su alcun aspetto riguardante le esigenze del minore, e al tempo stesso vi è una conflittualità accesa e totale, ancora attuale nonostante il tempo trascorso dal divorzio e, dunque, sedimentata come un dato ambientale del contesto nel quale il minore è calato, appare non solo inutile ma anche pericolosamente inadeguato ogni intervento adottabile da questo giudice; infatti, ogni valutazione della situazione in termini di idoneità genitoriale di entrambi i genitori, financo la specifica valutazione dell'utilità di un affidamento a terzi, presuppone un minimo di comprensione e consapevolezza del disagio nel quale versa la prole, mentre nel caso di specie sono gli stessi servizi ad avvertire che senza un lavoro specifico, da parte di entrambi i genitori, non è possibile risolvere la situazione: "più che la modifica delle condizioni di separazione, appare opportuno promuovere un lavoro di sensibilizzazione dei genitori sul disagio psicologico di [MINORE], in particolare del padre che in*

In alcuni casi, «la conflittualità è stata il fondamento di una legittima richiesta del Pubblico Ministero per una declaratoria di decadenza di potestà ai danni del genitore che frapponeva ostacoli all'esercizio di visita del padre<sup>123</sup>. È chiaro che si tratta davvero *dell'ultima spiaggia*, ma a volte solo il pericolo di provvedimenti gravi sveglia i genitori dal torpore e dalla cecità che li porta a rincorrere solo falsi problemi dimenticando quello essenziale dell'interesse del figlio, che non ha chiesto di nascere, non ha scelto i genitori e soprattutto non ha potuto far nulla per non perdere la sua famiglia.»<sup>124</sup>

---

*questo momento sembra avere diverse difficoltà nella relazione con il figlio e si mostra poco permeabile ad un lavoro autoriflessivo. Si auspica inoltre che una maggiore consapevolezza dei problemi psicologici del figlio da parte dei Sigg. [TIZIO]/[CAIA] possa rafforzare la motivazione di entrambi a riappropriarsi di una funzione genitoriale di coppia, in tal caso si potrebbero avvalersi, come in passato, di una consulenza specialistica (terapia familiare)". Ritiene, quindi, il collegio, che se i genitori non riescono a rendersi conto della realtà della situazione e, nonostante due interventi dei servizi sociali nel corso di quattro anni, disposti da due diverse autorità, non sono in grado di intervenire su se stessi in modo adeguato, essi risultano, entrambi, così poco tutelanti degli interessi della prole, e così privi di consapevolezza del problema, che occorre intervenire sulla potestà, e non soltanto sull'affidamento. Le istanze di parte ricorrente sono, pertanto, da respingere, con compensazione delle spese perché costituiscono gravi ed eccezionali ragioni le inadeguatezze mostrate da entrambi i genitori e l'entità del disagio del minore, elementi che hanno generato il presente contenzioso; vanno, invece, trasmessi gli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bologna per ogni valutazione ed iniziativa di competenza. P.Q.M. rigetta il ricorso proposto da [TIZIO] con atto depositato il 15/6/2010 ...*

<sup>123</sup> **Tribunale per i minorenni di Salerno 12 ottobre 2007:** Il Tribunale per i minorenni di Salerno: ha pronunciato il seguente DECRETO LETTI gli atti del procedimento di volontaria giurisdizione n. 000/06 relativo ai minori F. A. e F. C. di F.G. e di S.A. nati rispettivamente in XX il xx.xx.1999 e a YY il yy.yy.2001; RILEVATO che nonostante i vari interventi dei vari Servizi Sociali e del Giudice Delegato e i provvedimenti adottati dal Tribunale Ordinario e da questo Tribunale per i minorenni al fine di consentire al padre dei minori di incontrarli con regolarità ed instaurare con loro un sereno e significativo rapporto genitoriale, la madre affidataria ha persistito sistematicamente e con notevole pervicacia nell'ignorare e disattendere i provvedimenti giurisdizionali e le prescrizioni del T.M. frapponendo continui ostacoli all'esercizio del diritto di visita del padre, il quale nell'arco di circa due anni e mezzo è riuscito ad incontrare i figli soltanto tre volte; RITENUTO quindi che il comportamento della signora S.A., che, non consentendo ai minori di avere rapporti costanti e significativi con il padre, di fatto li priva completamente del fondamentale apporto affettivo ed educativo promanante dalla figura paterna, è tale da cagionare ai minori un gravissimo danno psicologico e da compromettere il sano ed equilibrato sviluppo evolutivo; RILEVATO che il P.M. in sede ha conseguentemente richiesto la declaratoria di decadenza della madre dalla potestà genitoriale nei confronti dei figli minori e l'adozione di provvedimenti urgenti – nella specie l'inserimento dei minori in idonea struttura di accoglienza – tesi a far cessare immediatamente il danno psicologico che i minori continuano a subire a cagione della condotta ostruzionistica della genitrice; che, pertanto, nelle more della definizione della procedura di decadenza della madre dalla potestà genitoriale, ritiene il Collegio, in accoglimento della richiesta del P.M.M., disporre l'inserimento dei minori in idonea Casa – Famiglia da reperire a cura del Servizio Sociale del Comune di N., prevedendo al contempo, al fine di tutelare efficacemente i minori e di evitare che la genitrice continui a condizionarli, che fino alla definizione della procedura gli incontri con la madre avvengano esclusivamente una volta alla settimana presso la struttura di accoglienza ed in presenza del responsabile o di altro operatore da lui all'uopo delegato; P.Q.M. ORDINA l'inserimento dei minori F.A. e F.C. in una struttura di tipo familiare da individuarsi a cura del Servizio Sociale del Comune di N., ponendo l'onere della retta a carico del predetto Comune, fatta salva la facoltà di rivalsa; DELEGA per l'esecuzione il suindicato Servizio Sociale del comune di N., che si avvarrà, ove necessario, dell'ausilio dei Carabinieri della relativa Stazione e, una volta data esecuzione al presente decreto, ne darà tempestiva comunicazione a questo Tribunale per i Minorenni; DISPONE allo stato, fino alla definizione della procedura, la madre possa incontrare i minori una sola volta alla settimana presso la struttura di accoglienza e che gli incontri, che avverranno in giorno e orario da concordare con il responsabile della struttura stessa, abbiano luogo in presenza del quest'ultimo o di altro operatore da lui stesso delegato; DISPONE inoltre che il Servizio Sociale del Comune di N. ed il responsabile della Casa-Famiglia nella quale verranno inseriti i minori si attivino al fine di far sottoporre i minori stessi ad idonea terapia psicologica tesa a ricostruire il rapporto con la figura genitoriale paterna, in guisa da consentire al padre di avere incontri assidui e significativi con i minori; AUTORIZZA allo stato il padre ad incontrare i minori una o più volte durante la settimana presso la struttura di accoglienza ed in presenza dell'assistente sociale del Comune di C. in giorni e orari da concordare con il predetto assistente sociale e il responsabile della struttura; DELEGA i Servizi Sociali dei Comuni di N. e di C. a vigilare sulle condizioni dei minori e ad inviare a questo Tribunale dettagliata relazione entro due mesi dall'esecuzione del provvedimento. DELEGA la Cancelleria affinché comunichi il presente decreto al P.M.M. ad entrambi i genitori, ai Servizi Sociali dei Comuni di N. e di C. e alla Stazione dei C.C. di competenza. Salerno, Camera di Consiglio 12.10.2007 Il presidente relatore Dott.ssa F. Vitagliano

<sup>124</sup> **L. Landi** *La madre che fa di tutto per negare il diritto di visita al padre, è una buona madre?* ... in Rivista di diritto minorile Arenaeditore 2009, 1, 19

## 5.CONCLUSIONI

La nostra qualità della vita dipende in gran parte, se non esclusivamente, dalle nostre relazioni interpersonali. La prima formazione sociale (di cui all'art. 2 Cost.) in ordine di costituzione e di importanza è la famiglia. Nell'ambito di questo nucleo si forma la persona in una tessitura di diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà, assistenza ed accoglienza. La famiglia è anche un progetto, la cui delicata riuscita dipende in larga parte dal fattore umano, per definizione imprevedibile ed incoercibile. Sebbene la gestione del rapporto e la scelta delle dinamiche tra due persone adulte è sfera tanto privata quanto insindacabile (fino a che non assuma risvolti illeciti), altrettanto valutabili diventando le condotte quando assumono pieghe disfunzionali nelle quali si vanno ad annidare atti pregiudizievoli per un corretto sviluppo psico-fisico del minore. In questi casi, tutti gli operatori coinvolti, in un'azione a cerchi concentrici, hanno il dovere di attivarsi in prima persona e di attivarsi l'un l'altro, con piena responsabilità e determinazione, senza temere di essere invadenti o invasivi, per evitare che la famiglia diventi *un'isola di disperazione*, lambita da un *indifferente mare del diritto*!

Il presente lavoro si propone di portare un contributo esperienziale in una branca del diritto composta e condizionata in larga parte da fattori tanto fluidi ed impalpabili, quanto devastanti per gli effetti sulle vicende umane. Gli operatori chiamati ad occuparsene, tra cui giudici ed avvocati, rappresentano le facce della stessa medaglia, ed il lavoro teso a "cucire soluzioni umane" non può prescindere dal contributo di entrambi.

È, dunque, nello spirito della formazione comune, degli Osservatori Giustizia, humus della crescita professionale dell'autrice, che va collocato questo insieme di riflessioni giurisprudenziali e spunti tratti dall'esperienza dell'avvocato.

[l.landi@ordavvsa.it](mailto:l.landi@ordavvsa.it)

## INDICE

<b>1. LA SEPARAZIONE: PROCESSO PSICHICO</b>	3
1.1. Spazio di attenzione per i figli	4
1.2. Elaborazioni dei figli	4
1.3. Sostegno alle famiglie nel processo di separazione	6
<b>2. I SOGGETTI DELLA SEPARAZIONE E L'ULTRA-GENITORIALITÀ</b>	8
2.1. Il figlio: da oggetto di diritti a soggetto di diritti	8
2.2. Diritti del figlio: diritto a diventare adulto e diritto all'amore	11
2.3. Alfabeto dell'affidamento	14
2.4. Genitorialità, famiglia ed interesse del minore nella separazione dei genitori	19
<b>3. LA CONFLITTUALITÀ DI COPPIA</b>	22
3.1. Conseguenze sui figli	23
<b>4. STRUMENTI DEGLI OPERATORI GIURIDICI</b>	26
4.1. Ascolto del minore	26
4.2. Poteri officiosi del giudice	27
4.3. Ordinanza non dettagliata della "frequentazione affettiva"	27
4.4. Consulenza Tecnica d'Ufficio	28
4.5. Equa ripartizione delle incombenze genitoriali	29
4.6. Applicazione del 709 ter cpc – possibilità di "sanzione sospesa"	29
4.7. Applicazione del 709 ter cpc e "provvedimenti correttivi"	31
4.8. Le "coercitorie" ai sensi dell'art. 614 cpc	32
4.9. Affidamento esclusivo	33
4.10. Affidamento ai Servizi Sociali	34
4.11. Affidamento ex art. 2 L. 184/83	35
4.12. Declaratoria di decadenza di potestà	37
<b>5 CONCLUSIONI</b>	39