



Febbraio 2005

Il Consiglio Direttivo nazionale del Cismai (Coordinamento Italiano dei Servizi contro il Maltrattamento e l'Abuso all'Infanzia), nella sua natura di organismo rappresentativo di oltre 60 centri e servizi del pubblico e del privato, esprime la sua riflessione sulla proposta di legge avente ad oggetto "Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli" attualmente all'esame del Parlamento, con l'obiettivo di richiamare l'attenzione verso il superiore interesse del minore, (art. 3 comma 1 della Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia, New York, 1989, ratificata come L. 176/91), al quale deve essere assicurata una adeguata tutela nel corso del procedimento.

Pur condividendo il principio espresso della bigenitorialità e l'affermazione del diritto dei figli di mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori durante e dopo la separazione, la proposta di legge ci appare caratterizzata da una pericolosa semplificazione nella misura in cui intende imporre un unico modello di affidamento per tutte le separazioni. L'imposizione dell'affidamento condiviso, cioè dell'esercizio condiviso della potestà genitoriale coincide con l'imposizione di una responsabilità genitoriale condivisa fra due persone che si trovano ad affrontare una separazione non consensuale – e dunque in una posizione di contesa che le vede come controparti, sostanziali e processuali – con il rischio di produrre effetti quali innalzamento della conflittualità, strumentalizzazione dei figli e conseguente disagio, tutte le volte in cui la condivisione della responsabilità genitoriale non passa attraverso una scelta spontanea e consapevole di voler svolgere il proprio ruolo di genitore nella relazione con i figli e nella relazione con l'altro genitore, nell'esclusivo interesse dei figli.

In tale contesto, l'esclusione e opposizione dell'affidamento condiviso nelle sole ipotesi previste dall'art. 155 bis nell'attuale versione (casi di cui provvedimenti che

escludono o limitano la potestà genitoriale 330-333 c.c. o quando da un genitore, se affidatario, possa derivare pregiudizio al minore) appaiono limitative.

Ritenendo che i casi di abuso violenza e maltrattamento diretto sul minore rientrino necessariamente nelle ipotesi di esclusione dell'affidamento condiviso già previste nel testo all'esame del Parlamento, il "pregiudizio" per il minore appare ipotesi troppo residuale e generica tale da non consentire in concreto un adeguato intervento di protezione del minore ogniqualvolta la condotta "pregiudizievole" del genitore sia legata a forme e modalità subdole e pervasive, quali il maltrattamento psicologico del minore, oppure quando non sia rivolta direttamente nei confronti del minore stesso ma nei confronti dell'altro genitore nei casi di "violenza assistita" o, essendo rivolta nei confronti dell'altro genitore, non sia di immediata percezione perché priva di *vis fisica*, concretandosi piuttosto nelle forme del maltrattamento psicologico ed economico.

In dette ipotesi ed in tutti i casi analoghi in cui non può parlarsi di "conflitto" in senso tecnico e di "conflittualità" fra i genitori poiché uno dei due aggredisce e l'altro subisce senza confronto-scontro, dovrebbe essere esplicitamente escluso l'affidamento condiviso in quanto vi è indice di assenza di adeguata capacità genitoriale nel genitore autore della violenza, che quanto meno difetta della percezione del danno potenzialmente arrecabile al minore ed ovviamente esclude quella parità di posizioni che i genitori devono avere per un esercizio effettivamente condiviso della potestà genitoriale.

Ma l'affidamento condiviso non dovrebbe essere automaticamente disposto anche per il caso di forte conflittualità fra genitori, che certamente impedisce un'attuazione concreta del "progetto di affidamento condiviso", che incidendo su diritti della persona e su posizioni per loro natura non statiche, non potrà contemplare tutte le ipotesi reali di gestione della quotidianità del figlio, quando i genitori dovranno necessariamente essere capaci di interagire senza conflittualità nell'esclusivo interesse del minore a meno di non dover continuamente chiedere l'intervento del Giudice per verificare ogni scelta.

In siffatte situazioni, che possono essere caratterizzate anche da estrema gravità, il farraginoso meccanismo di esclusione (che prevede una sorta di inversione dell'onere della prova da parte del coniuge che intende ottenere l'affidamento esclusivo) e opposizione all'affido condiviso può rivelarsi intempestivo, tardivo e inefficace.

Esprimendo una posizione di favore per l'abrogazione della obbligatorietà del ricorso ai centri di mediazione familiare, la cui funzione viene meno in difetto dell'elemento di spontaneità e che oltretutto aveva il connaturato effetto di trasportare la separazione fuori dalla cognizione del Giudice, pubblico, terzo, precostituito, sarà necessario garantire, sempre qualora non vi sia l'accesso volontario alla mediazione familiare, un'adeguata tutela psico-sociale del minore e dunque disciplinare l'intervento dei servizi socio-sanitari o affianco del mediatore o in autonomia, quali ausiliari del Giudice che possano fornire informazioni sulla famiglia che si separa e possano monitorare sull'esercizio della genitorialità.

E' infine necessario, così come opportunamente illustrato nella relazione al Parlamento Europeo sull'attuazione della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei Minori redatta dall'Osservatorio Nazionale per l'Infanzia, garantire l'ascolto del minore in forma adeguata al suo discernimento a mezzo di "un rappresentante o un organo appropriato" (art. 12 comma 2 della Convenzione di New York del 1989, L. 176/91) organismi esperti a ciò deputati ed eventualmente la sua presenza nel processo a mezzo di un curatore speciale, nel caso di conflitto di interesse con gli esercenti la potestà. Va considerata inoltre la particolare posizione di debolezza del minore che viene in contatto con il procedimento di separazione giudiziale dei propri genitori, tenendo ben presente che al proposito da più parti si discute sull'opportunità di gravare i figli minori del "peso" di dover rendere dichiarazioni a favore dell'uno o dell'altro genitore o comunque destinate a giovare all'uno e non all'altro.

Sul punto il provvedimento in discussione in Parlamento contiene una norma troppo generica laddove riconosce al Giudice la possibilità di assumere, sia d'ufficio che su istanza di parte, "l'audizione dei figli minori" (equiparata dall'art. 155 sexies ai

mezzi di prova) senza indicare con puntualità: 1) i casi in cui siffatta audizione, che per i motivi suddetti può rivelarsi particolarmente lacerante, deve ritenersi assolutamente indispensabile e come tale irrinunciabile; 2) le modalità precise con cui la dichiarazione debba essere assunta, nel massimo rispetto dell'integrità psico-fisica del minore che la rende; 3) le condizioni di informazione e preparazione preliminare all'ascolto, necessarie per rendere quest'ultimo l'effettivo esercizio di un diritto (art. 3 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, Strasburgo 1996, ratificata come L. 77/03).

Il Comitato Direttivo del Coordinamento Italiano dei Servizi contro il Maltrattamento e l'Abuso all'Infanzia (C.I.S.M.A.I.)

Presidenza e Segreteria: Cismai c/o Associazione Artemisia Via del Mezzetta, 1 int. 50135 FIRENZE
tel. 055-601375; 055-6121306, fax 055-603234; e-mail: cismai@infinito.it C.F./P.I.. 10883630153
C/C BANCA TOSCANA Filiale di Rignano sull'Arno, FI n. 132287, CIN E, ABI 3400, CAB 38030