

Convegno "GENITORI SI DIVENTA, DIRITTI E RESPONSABILITA'

Casa della Cultura, Milano Sabato 26 Febbraio 2022

Diritti dei minori e responsabilità dei genitori di fronte alla Legge

Avendo ricoperto per tanti anni il ruolo di Presidente dell'Associazione Nazionale Familiaristi Italiani Lombardia, come Avvocato specializzato nella materia, come Consulente di molte Associazioni in tutta Italia che si occupano della tutela dei figli e dei genitori nelle vertenze conseguenti alla crisi della famiglia e alla separazione, ho sempre ritenuto che l'approccio interdisciplinare alla materia del diritto di famiglia fosse decisivo per una corretta impostazione giuridica dei problemi che sorgono nella tutela giurisdizionale e stragiudiziale di tali situazioni. In tal senso è opportuno riconoscere gli oggetti e gli enti che costituiscono la realtà della famiglia e della sua crisi, cioè le dinamiche relazionali tra le parti coinvolte che hanno prevalente natura psicologica/soggettiva. Differentemente dai diritti e obbligazioni che sorgono in altri campi del diritto, nei quali l'elaborazione progressiva delle figure giuridiche di riferimento e la sussunzione della fattispecie esaminata nel catalogo di tali figure è agevolmente ricavabile dalla storia del diritto fin dalla loro prima identificazione che può essere fatta risalire al diritto romano.

La storia del diritto della famiglia ha radici lontane, ma un'evoluzione recente più rapida e drammatica se si consideri che nessuna branca del diritto porta con sé il riflesso delle acquisizioni scientifiche e dei mutamenti sociali e culturali della civiltà quanto tale materia e la concezione stessa di famiglia con i suoi diritti e doveri connessi. Basti pensare all'effetto dirompente che ha avuto nella società italiana l'introduzione della Legge 898/70 sul divorzio, che segnalava una mutata concezione sociale dei rapporti derivanti dal coniugio e che, come

rappresentato nel noto aforisma di Solone è stata generata da una società in mutamento, e ha poi essa stessa norma contribuito al cambiamento della società. Anche nel diritto della famiglia abbiamo un prima e un dopo e lo spartiacque è la Legge sull'affido condiviso del 2006. E' sorprendente rilevare la profusione di giurisprudenza e di dibattito da quella data ad oggi, ciò che potrebbe suggerire che la società non era pronta o che il diritto non era pronto a recepirla nei suoi effetti epocali. Dobbiamo anche considerare che l'Italia si è adeguata per buona ultima tra i Paesi più avanzati ai principi contenuti nella Convenzione dei diritti del fanciullo (New York 1989 e in particolare nell'art. 3). La constatazione di tale introduzione contrastata dei principi della L.54/06 ha condotto a una ricca elaborazione giurisprudenziale anche da parte della Corte Costituzionale, e a diversi interventi normativi del Parlamento che ne hanno modificato parti e risistemizzato la collocazione, tra i quali ricordiamo la L.219/12 e il D.Lgs 154/13, nonché la recentissimo D.L. 206/21 per l'istituzione del Tribunale per la famiglia e il potenziamento delle ADR nella materia.

Ciò premesso, è di tutta evidenza come le tematiche più frequenti che si propongono all'interprete del diritto sono già state da tempo affrontate nell'esperienza giurisprudenziale e dottrinale di altri Stati, quali la Francia (Legge divorzio 1792), gli USA (dove già alla fine del XIX secolo, 8 coppie su 100 erano divorziate e venivano pronunciati più divorzi che nell'intera Europa). E' dunque interessante comparare le norme e le soluzioni applicate in Stati dove la materia è dibattuta da quasi due secoli e le problematiche che ancora oggi si trovano ad affrontare, ma anche segnalare le peculiarità sociali di tali esperienze per modulare le soluzioni sul caso italiano.

Dato per acquisito che l'evoluzione culturale ha superato – almeno in teoria - schemi che prevedono una prevalente ripartizione del compito accuditivo della prole in capo alla donna, la riforma italiana del diritto di famiglia prende atto tanto dell'acquisizione di una nuova sensibilità sociale alla piena ripartizione e parificazione dei ruoli genitoriali come necessaria

e complementare alla piena e raggiunta parificazione normativa e applicativa delle norme di diritto del lavoro e in generale all'indifferenza rispetto al sesso/genere del lavoratore a evitare ogni tipo di *gender gap*. E' notevole rilevare come le battaglie per superare la discriminazione di genere determinata indirettamente dalla prevalenza nell'accudimento della prole sono battaglie femministe fin dagli anni 70 in America e in generale nei Paesi dove la donna ancora non ha raggiunto una piena emancipazione. Queste battaglie hanno condotto all'abbandono della *maternal preference* per giungere alla *gender neutrality* nell'affidamento della prole incorporata oggi nel Family Act (2006) e nella prassi delle Family Courts nei Paesi di Common Law, oltre che in molti altri.

Con una divisione più equa dei lavori di cura all'interno della famiglia si riduce la disegualianza di genere nel mondo del lavoro. A portare alla luce questo nesso è un ampio rapporto pubblicato nel 2020 dall'Eige, l'Istituto europeo per l'eguaglianza di genere che evidenzia come in tutta l'Ue, la maggior parte del lavoro di accudimento non retribuito sia a carico delle donne. Per l'Eige la partecipazione delle donne ai lavori di cura "è molto alta", in media oltre l'85% sia considerando l'impegno settimanale che quello giornaliero.

I vantaggi di una divisione più equa del lavoro di cura sono evidenti. I Paesi dove è presente tendono ad avere tassi di occupazione più elevati per le donne e minori divari di genere nelle retribuzioni come dichiarato dal Direttore dell'EIGE.

Altro punto sul quale l'evidenza scientifica palesa i vantaggi dell'approccio multidisciplinare alla materia del diritto della famiglia è la ricerca del *best interest* della prole nella separazione dei genitori. Tale ricerca è stata posta a fondamento dal Legislatore nei tanti Paesi dove si è evoluta la prassi dell'affidamento condiviso tra i quali si distinguono la Svezia, il Belgio, la Francia e gli Stati Uniti. La giurisprudenza di merito rafforza questo orientamento, secondo cui se sussiste un conflitto genitoriale in ordine al prevalente collocamento dei figli, il criterio "guida" è il superiore interesse del minore non potendo trovare applicazione quello da alcuni

definito come "principio della *maternal preference*", poiché criterio interpretativo non previsto – in Italia - dagli artt. 337-ter ss. c.c. ed in vero in contrasto con la stessa ratio ispiratrice della L. n. 54/2006 sull'affidamento condiviso

Vi è, anche, da aggiungere che il principio di piena bigenitorialità e quello di parità genitoriale hanno contribuito all'abbandono del criterio della "*maternal preference*" a mezzo di "*gender neutral child custody laws*", ossia normative incentrate sul criterio della neutralità del genitore affidatario, potendo dunque essere sia il padre, sia la madre, in base al solo preminente interesse del minore, il genitore di prevalente collocamento non potendo essere il solo genere a determinare una preferenza per l'uno o l'altro ramo genitoriale; normative del genere sono univocamente anche quelle da ultimo introdotte in Italia dal Legislatore (in particolare, la L. n. 54/2006; ma anche la L. n. 219/2012 e il D.Lgs. n. 154/2013). Studi epidemiologici sugli effetti dell'affidamento condiviso sui minori sono stati effettuati sia in senso longitudinale che trasversale e le conclusioni sono che i figli in affidamento condiviso hanno migliori risultati nel benessere psico-fisico, negli studi, nella socialità se confrontati a figli che sono cresciuti in affido esclusivo. Tali conclusioni sono valide per ogni fascia d'età e indipendentemente dalla qualità della relazione tra genitori.

Tra gli studi più importanti vi è quello su 50.000 bambini in età 12-15 della dr.ssa Malin Bergstrom fche ha scoperto i vantaggi per i bambini in shared parenting tanto per la loro salute fisica, per il loro benessere psicologico, per l'umore e le emozioni, per la percezione di sé, per l'autonomia, per le relazioni con i genitori e i parenti in genere, per la capacità di interazione sociale. Un esame dei 60 principali studi di ricercatori del benessere della prole nella separazione dei genitori hanno determinato che la grande maggioranza rileva i medesimi vantaggi dello studio svedese. Altro studio di fondamentale importanza è quello di Linda Nielsen (2018). "Joint Versus Sole Physical Custody: Children's Outcomes

Independent of Parent–Child Relationships, Income, and Conflict in 60 Studies". *Journal of Divorce & Remarriage*.

I vantaggi scientificamente evidenziati dell'aver due genitori pariteticamente coinvolti nell'accudimento dei figli sono: - 1) che un genitore non egemonizza le vite dei figli di fatto determinando una gerarchia tra genitori, nonché un controllo dell'altro genitore attraverso i figli

2).che entrambi i genitori detengono la stessa "autorità morale agli occhi della prole e che i figli hanno libero e pieno accesso a entrambi i genitori in caso di problemi o questioni che li riguardino, moltiplicando le possibilità di risoluzione;

3) che i figli sono in grado di condividere la vita di entrambi i genitori a tutto tondo e non suddividendo, ad esempio il tempo dello studio e del dovere con un genitore e il tempo del gioco o del piacere con l'altro

4) che i genitori sono in equa posizione sotto il profilo morale e legale e tali sono considerati da amici, conoscenti, insegnanti, pubbliche autorità e ciò riguarda tanto la routine quotidiana che le questioni più importanti.

5)che non c'è parte della vita dei figli, ad esempio la vita scolastica o il tempo con gli amici nel quale un genitore è escluso a causa della suddivisione del tempo di affidamento eventualmente determinato da un Giudice.

6) che i figli in ragione della prevalenza del tempo di affidamento di un genitore non sono esclusi da momenti della vita di alcuno dei genitori

7) che il tempo trascorso con ciascun genitore è sufficiente a evitare alcun tentativo di alienazione o abuso psicologico o manipolazione da parte di un genitore

8) che i figli non sviluppano e non perpetuano idee stereotipate sui loro genitori in ragione del loro ruolo secondo il sesso/genere, ad esempio individuando il ruolo paterno come quello de genitore che copre le necessità finanziarie e i vizi e ruolo genitoriale materno come genitore che si occupa di tutto il resto

A oggi molti sono i Paesi che hanno introdotto o stanno valutando di introdurre a breve la *equal shared custody* cioè l'affido materialmente condiviso con suddivisione al 50% dei tempi di permanenza dei figli presso ciascun genitore, che, detto incidentalmente, è quanto la Suprema Corte Italiana ha anche recentemente indicato come esito naturale e normale interpretazione dell'art. 337ter c.c. (Cassazione 33606/21 Cassazione 17221/21 e Cassazione 19323/20) sono diversi e anche negli USA, a partire dal Kentucky che per primo ha introdotto nelle Family Courts (nel 2018) la regola della "*presuming equal custody*" seguito da Florida, West Virginia e diversi altri.

Tale regola, che prevede come *standard* l'affido materialmente condiviso con suddivisione dei tempi al 50% è in alcuni ordinamenti statuali messa in discussione con la richiesta di consentire una maggiore flessibilità e discrezionalità del Giudice nella decisione caso per caso. Esistono poi in tutti gli stati della federazione USA, le cosiddette "friendly parents provisions" che pur variando lievemente da stato a stato, forniscono una serie di indicatori al Giudice onde determinare con la maggiore precisione possibile le modalità di affidamento della prole in relazione a fattori sempre relativi al *best interest* della prole e alla *gender neutrality* tra i quali il primo è la capacità di un genitore di garantire l'accesso all'altro. Sta il fatto che tale regola è poi stata abrogata in Australia e limitata negli USA dalla dimostrata esistenza di "*domestic violence*" C'è da dire che negli USA solo il 10% dei casi finisce in giudizio, mentre il restante viene definito in via concordata tra le parti. Andrebbe valutato l'effetto auto-alimentatesi del sistema dove l'ampia discrezionalità attribuita al Giudice nella decisione circa l'affidamento dei figli involva fatalmente i pregiudizi culturali dello stesso Giudice. Infatti la percentuale di definizione del processo di separazione/affidamento in ragione di un 79% di prevalente custodia materna stante la considerevole maggioranza di casi concordati tra le parti significa che in genere il padre teme l'effetto del potenziale pregiudizio del Giudice ed è dunque portato a definire la vertenza affidativa concedendo la prevalenza

materna nell'affidamento a fronte di qualche eventuale concessione compensativa, ad esempio a livello economico.

E' dunque interessante notare come l'evoluzione del diritto della famiglia in Italia sia oggi in qualche modo alle prese con questioni che occupano il dibattito non solo giuridico ma anche culturale in Paesi di lunga tradizione affido condiviso. E' altamente probabile che si venga a valutare come prioritario un criterio di suddivisione 50/50 dei tempi di custodia per evitare l'influenza culturale di un approccio discriminante sotto il profilo del genere da parte della Corte . Va inoltre accuratamente soppesato e bilanciato tale approccio con le limitazioni eventualmente determinate da eventuali forme di violenza endo-familiare. In particolare vanno ricordate alcune recenti sentenze di Corte d'Appello americane e canadesi che pur rilevando la riprovevole condotta di un genitore nei confronti dell'altro, hanno accuratamente scerverato e distinto se gli atti di violenza fossero diretti verso la prole o se invece fossero determinati da una situazione di obiettiva tensione generatasi all'interno della famiglia per l'exasperazione indotta dalla fine del rapporto, ovvero se vi fosse una dimostrata tendenza alla sopraffazione e alla prevaricazione nel carattere di un genitore che implicava la necessità di temporanee limitazioni alla sua frequentazione della prole. In tal senso mi pare che solo una rigorosa applicazione del principio fondamentale dell'art. 27 della Costituzione consenta una corretta contemperazione della *shared parenting* fondata sul consenso internazionale della scienza pedagogica e della psicologia infantile con le sue eventuali deroghe determinate da fattori che riguardino il *best interest* della prole ed episodi o condotte di violenza endo-familiare.