



CRISI DELLA FAMIGLIA IL PUNTO DI VISTA DELL'AVVOCATO FRA LEGISLAZIONE, GIURISPRUDENZA E VARI A U M A N I T À

D I G L O R I A G I A R D I
A V V O C A T O E N O T A I O

Tutti noi, senza eccezione alcuna, consapevolmente o no, abbiamo avuto a che fare con la legge n. 49 del 1986 che disciplina la famiglia ed i rapporti familiari: chi di noi personalmente o per un proprio congiunto, un figlio, o un fratello o anche un genitore, non ha sperimentato o vissuto da vicino il dramma di una separazione coniugale?

Siamo ormai tristemente abituati a considerare *normale* il fallimento del matrimonio, come anche le conseguenti vicissitudini giudiziarie in cui si ripone utopicamente la speranza di appianare le avversità ed i nodi familiari che inevitabilmente vengono al pettine con la separazione coniugale.

Invero, è un'illusione ritenere che la 'vittoria' nella controversia giudiziaria possa portare a soluzione tutti i problemi familiari: la realtà è che la causa di separazione o di divorzio -più o meno lunga, più o meno complessa- è solo uno strumento con l'ambizione di disciplinare una *minima* parte dei problemi conseguenti alla separazione fra coniugi; chiunque comprende infatti che, se vi sono figli, i problemi e le difficoltà familiari non scompaiono magicamente con la sentenza del Tribunale o con la firma della separazione consensuale davanti al giudice. E' vero che le parti in causa, con un accordo (auspicabilmente) o con una sentenza, potranno divenire *ex coniugi*, ma continueranno per sempre ad essere *genitori*; ciascuno di essi dovrà mantenere,

coltivare e possibilmente rafforzare con l'*ex partner* la relazione genitoriale, ben più complessa di quella coniugale che cessa con il divorzio, superando così i rancori, il senso di possesso, la tremenda frustrazione del fallimento famigliare e al tempo stesso salvaguardando le relazioni con le nuove famiglie.

... Già, perché a complicare la vertenza coniugale si inserisce anche il fenomeno delle nuove famiglie costituite dagli ex coniugi, le cosiddette 'famiglie ricomposte'; queste situazioni sono ormai comuni, ma, come é ovvio, restano difficili da gestire per gli innegabili riflessi nelle relazioni fra ex e nelle relazioni con i figli delle 'vecchie' e 'nuove' famiglie.

Considerato dunque che nelle vertenze famigliari le dinamiche personali, emozionali e psicologiche sovrastano di gran lunga le problematiche giuridiche, l'esame delle leggi sulla famiglia deve partire dal presupposto -sovente trascurato dal giurista presuntuoso- dell'insufficienza dello strumento giuridico ad aiutare le persone e le famiglie nel momento della separazione coniugale; altre discipline ben più complesse devono concorrere ad indirizzare i coniugi verso il cosiddetto divorzio costruttivo, che salvaguardi *in primis* l'interesse dei figli coinvolti; devo però rimarcare che sempre più spesso si osservano situazioni in cui la mancanza di saggezza e di buon senso di tanti genitori non può essere sopperita in nessun modo né da psicologi, né da avvocati, né da giudici.

Passando all'esame critico della normativa, giova ricordare che prima del 1986 la delicatissima materia della famiglia era rimessa al diritto comune, e quindi al diritto canonico; la legge tuttora vigente è nata solamente nel 1986 (legge 26 aprile 1986, n. 49), dopo un'anomala gestazione di diversi anni al di fuori del parlamento e dei partiti; il progetto di legge fu infatti presentato al Consiglio Grande e Generale da una Commissione costituita prevalentemente da donne impegnate per l'affermazione dei diritti civili, quasi tutte non parlamentari, le quali, nonostante i molti steccati politici ed ideologici, riuscirono a consegnare al Paese una legislazione moderna sulla famiglia.

Una volta tanto, in quel lontano 1986, la scelta del Consiglio Grande e Generale di adottare quell'articolato non suo, fu veramente lungimirante; gli anni successivi, infatti, sono stati caratterizzati da un aumento esponenziale delle cause di affidamento dei figli, di separazione e di divorzio, e la nuova disciplina -insieme ad una crescente sensibilità- è stata certamente prov-

videnziale per risolvere quantomeno i problemi di carattere giuridico delle famiglie in crisi; in verità la legge in questione disciplina molti altri aspetti importantissimi: il matrimonio, la filiazione legittima e naturale, l'adozione (la cui disciplina è stata in seguito profondamente innovata), il regime patrimoniale della famiglia, la successione; resta il fatto, però, che i titoli X e XI dedicati alla separazione ed al divorzio ed i conseguenti problemi sui figli e sui rapporti patrimoniali, sono e saranno sempre i più applicati.

E' innegabile che la legge sulla famiglia, a quasi 30 anni dalla sua promulgazione, mostra inevitabilmente la sua età avanzata; la società e la famiglia nel frattempo hanno subito profonde trasformazioni, San Marino ha aderito a numerose Convenzioni Internazionali (basti pensare alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ratificata con decreto n.116/1991) che impongono l'adeguamento della legislazione interna, c'è soprattutto una nuova e diversa sensibilità sui problemi in una materia così delicata, c'è una giurisprudenza degli organismi internazionali profondamente innovativa ed attenta ai cambiamenti della società civile.

La nostra legge invece, a suo tempo profondamente innovativa, rimane pressoché uguale a trent'anni fa e purtroppo anche le pronunce dei nostri magistrati sono sempre quelle: non si riscontra il benchè minimo tentativo di interpretazione evolutiva, né lo sforzo di dare alle norme un senso il più possibile aderente alla Carta Costituzionale, alle nuove sensibilità ed ai profondi mutamenti sociali; dai giudici non viene mai posta una questione di costituzionalità neppure sulle norme più manifestamente contrastanti con il dettato costituzionale, cosicché il diritto e le sentenze talvolta sembrano imprigionati nella gabbia dorata costruita dal nostro Tribunale e paiono sempre più lontani dal senso comune, dai cittadini e dalle famiglie.

Un caso eclatante e significativo in questo senso è la sentenza n. 90 del 2011 che ha negato il disconoscimento di paternità perché non dimostrato l'adulterio, pur in presenza di perizia d'ufficio sul DNA che aveva escluso il vincolo di paternità; il Collegio Garante su richiesta del presunto padre ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme applicate dal Commissario della Legge il quale, a parer nostro, pur di non giungere ad una pronuncia così aberrante, poteva e doveva adottare una interpretazione più consona alla Carta Costituzionale e alla logica, oppure sollevare

d'ufficio l'eccezione di costituzionalità, se riteneva di non poter risolvere la questione in via interpretativa. La sentenza d'appello ha ovviamente reso giustizia al finto padre ed al finto figlio, il quale potrà ora essere riconosciuto dal vero padre.

C'è da augurarsi che la politica trovi al più presto la capacità e la volontà di cimentarsi in una complessiva riforma di una materia che pare considerata secondaria o inutile, ma che, come si è detto, tocca ahimè la maggioranza dei cittadini, direttamente o molto da vicino.

In attesa che il legislatore si decida ad adeguare la normativa ai radicali cambiamenti subiti dalla famiglia in questo trentennio, è utile esaminare sulla base dell'esperienza giudiziaria di questi anni i punti deboli della legge n. 49 del 1986.

Per ovvie ragioni di spazio l'esame si limiterà a due argomenti: gli ingiusti ostacoli che si frappongono alla pronuncia di divorzio e l'affidamento della prole in caso di separazione dei genitori.

La pronuncia del divorzio

Tutti crediamo che il divorzio possa o debba (sempre) essere pronunciato dopo i due anni dalla separazione come *sembra* imporre la legge; nella pratica questo non è vero.

L'interpretazione data alla legge dai nostri magistrati è la seguente: quando vi sono questioni ancora irrisolte fra coniugi, il divorzio non può essere pronunciato, a meno che non sia richiesto da entrambi; più precisamente il divorzio potrà essere pronunciato solo contestualmente alla sentenza che risolve tutte le questioni (di carattere economico, o di affidamento e mantenimento dei figli, ecc.) che si agitano ancora fra moglie e marito.

Questa interpretazione, apparentemente corretta, nella realtà concreta diviene profondamente ingiusta e vessatoria per il coniuge che chiede il divorzio: infatti le cause civili, notoriamente lunghissime, possono trascinarsi anni ed anni anche in materia familiare, o per necessità oggettive della famiglia (ad es. la vigilanza dei Servizi sull'affidamento dei figli), o per questioni economiche e patrimoniali, o per i più inconfessati quanto

odiosi pretesti; capita spesso allora che un banale giudizio di divorzio, che in sostanza dovrebbe solamente verificare il decorso del termine biennale, si prolunghi *sine die* in attesa che il restante contenzioso ben più complesso possa arrivare a sentenza.

Questi meccanismi processuali perversi sono avviati sovente da sentimenti inconfessati e talvolta inconsci, principalmente il rancore personale o l'avidità economica (“*Non voglio che tu sposi l'altro*”, ...“*voglio più soldi per mantenimento e/o comunione dei beni*” ecc.); accade così che in giudizio, con un po' di fantasia, si inventa un pretesto apparentemente *nobile* per aprire o fomentare artificiosamente un interminabile contenzioso, spesso purtroppo sui figli (“*non sei puntuale nel diritto di visita*”, “*voglio toglierti l'affidamento perché non sei un bravo genitore*”, ecc.); a quel punto il meccanismo perverso è già partito: visto che la causa di divorzio secondo il ricordato orientamento giurisprudenziale deve essere decisa insieme al nuovo contenzioso, i due giudizi riuniti si protrarranno all'infinito e il vincolo matrimoniale si protrarrà ancora per anni.

I risultati di questa impostazione sono presto detti: nessuno dei coniugi potrà convolare a nuove nozze; da un punto di vista successorio i coniugi -pur separati ed impegnati in furibonde liti giudiziali- continueranno ad essere l'uno erede dell'altro e non potranno disporre neppure con testamento di tutti i propri beni, dovendo riservare una quota rilevante del loro patrimonio all'odiato coniuge superstite; il giudizio sarà sempre più aspro ed i rapporti fra coniugi sempre più difficili.

L'effetto collaterale di questo orribile contenzioso fra coniugi è la vera e propria devastazione del rapporto genitoriale, con i conseguenti danni che si riversano sui figli; per i contendenti invece restano inevitabilmente gastriti, mal di fegato e malanni psicosomatici, oltre che un conto salato da pagare all'avvocato.

Insomma, l'odio fra coniugi separati è un legame forte quanto l'amore e prolunga sia le cause, sia il vincolo matrimoniale; la legge e l'interpretazione che ne dà il Tribunale rappresentano la traduzione giudiziaria di questo concetto.

Sotto il profilo strettamente giuridico, anche chi non è un raffinato giurista comprende che questa interpretazione giurisprudenziale viola il principio costituzionale della libertà personale e le norme sui tempi del giusto

processo imposti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

E' auspicabile che il nostro Tribunale adotti un'interpretazione più aderente alla Carta dei Diritti, o quantomeno che il Collegio Garante sia presto investito della questione e sciolga questo nodo giuridico, stabilendo che il vincolo matrimoniale possa essere sciolto in ogni caso al decorso del termine di due anni previsto dalla legge, riservando al prosieguo del giudizio tutte le altre questioni rimaste irrisolte; in questo modo - almeno in ambito familiare - potranno essere evitate una grossa parte di liti pretestuose, ricatti economici e odiose strumentalizzazioni dei figli per fini inconfessati.

L'affidamento dei figli

Altro grave limite della legge n. 49/1986 è la previsione di affidamento dei figli ad un solo genitore in caso di separazione o di divorzio.

Il sistema dell'affidamento monogenitoriale è riconducibile al concetto sessista di separazione dei ruoli, secondo cui il padre si dedicava all'attività lavorativa esterna e rivestiva nella famiglia un ruolo prevalentemente economico, mentre la madre, tradizionalmente dedita alla casa ed alla famiglia, doveva svolgere un ruolo prevalentemente educativo ed affettivo in favore dei figli.

L'osservazione di questi ultimi decenni della grave crisi della coppia e della famiglia ci mostra un quadro drammatico degli effetti che l'affidamento della prole ad un solo genitore spesso ha prodotto sui figli.

Sono note e ormai scientificamente dimostrate le conseguenze della separazione sui figli, troppo spesso privati di una delle figure genitoriali quando il genitore affidatario per i più svariati motivi tenda ad escludere l'altro genitore.

Le scienze sociali hanno individuato la sindrome di alienazione genitoriale, (*PAS, Parental Alienation Syndrome*), quel disturbo cioè che si manifesta nei bambini cui è stata inflitta la vera e propria mutilazione di vedersi negato un genitore; anche se è controversa nella giurisprudenza italiana l'esistenza della PAS come vera e propria sindrome, purtuttavia una delle ultime sentenze della Cassazione vi si riferisce espressamente (n.7041 del 2013); in ogni caso, che si tratti di sindrome o no, la grave sofferenza dei

bambini cui è negato un genitore non può essere messa in discussione.

Sotto altro profilo si è parlato anche di *mobbing* genitoriale, che a sua volta è considerato fra le cause della PAS sofferta dai figli; infatti si osserva molto spesso nell'esperienza giudiziaria il persistente comportamento del genitore affidatario (il cd. genitore malevolo) che, per ostacolare il rapporto della prole con l'altro genitore, lo delegittima e lo scredita pesantemente agli occhi dei figli, ma anche nell'ambiente sociale, familiare e lavorativo, e ovviamente in Tribunale di fronte al giudice della separazione.

D'altro canto, nonostante questi problemi, dobbiamo per fortuna registrare anche straordinari segnali positivi nella società: accanto alla innegabile evoluzione della condizione della donna in ogni settore della società, si riscontra nei padri il forte desiderio di assunzione di responsabilità genitoriali una volta delegate totalmente alla madre.

Accade così che dalle macerie di una famiglia nascano straordinari padri che fanno sorprendentemente coniugare tenerezza con autorevolezza, accudimento con comportamenti ludici e gioiosi; sono padri fortemente consapevoli dell'importanza del loro ruolo per i figli e determinati a non arrendersi di fronte al pregiudizio *mammocentrico* che ancora si percepisce nelle aule dei Tribunali e nella legge.

Proviene perciò dalla società civile una forte domanda di assunzione di eguali responsabilità genitoriali nell'interesse dei figli i quali, anche in caso di disgregazione della coppia, hanno diritto a mantenere un rapporto intenso ed importante con entrambi i genitori ed a non subire la vera e propria violenza psicologica costituita dalla perdita di uno di essi.

La legge, invece, dal 1986 è rimasta ferma all'affidamento monogenitoriale e la politica continua ad essere colpevolmente indifferente di fronte alle istanze che provengono dalla società.

Per fortuna la società civile è molto più evoluta del legislatore; si sta infatti affermando la consapevolezza dell'assoluta necessità per i figli di mantenere un rapporto costante con entrambi i genitori, tanto è vero che molte coppie scelgono consensualmente al momento della loro separazione l'affidamento congiunto, assumendo pari responsabilità genitoriali nell'interesse dei loro figli.

Anche in questi casi la giurisprudenza ha preferito ricorrere ad *escamotages* tecnici, disponendo solo in casi eccezionali l'affidamento congiun-

to, ma non è stata capace di affrontare l'aspetto costituzionale del problema; eppure è evidente a tutti che l'affidamento monogenitoriale si pone in contrasto con il principio costituzionale della parità genitoriale e soprattutto contro i diritti della prole a mantenere un rapporto stabile e forte con entrambi i genitori.

Conclusione

I problemi del divorzio e dell'affidamento dei figli rappresentano ovviamente solo una piccola parte dei nodi del diritto di famiglia; altri aspetti normativi meritano una profonda revisione: il diritto successorio, ad esempio, non tutela sufficientemente i figli rispetto al coniuge superstite, soprattutto in caso di seconde nozze del *de cuius*; le norme in materia di filiazione hanno dato origine a pronunce sconcertanti e sono state dichiarate incostituzionali per buona parte dal Collegio Garante; non vi sono adeguate norme processuali per le azioni in materia di diritto minorile e di famiglia, ... e l'elenco potrebbe continuare, a discapito della pazienza del lettore.

Per concludere questa dissertazione con una nota positiva, si deve registrare che è stata approvata di recente la legge sulla mediazione familiare n. 57/2013; fra qualche anno potremo valutare che incidenza avrà avuto questa normativa nel contenzioso familiare e come sarà stata accolta da giudici, avvocati e soprattutto dai cittadini alle prese con i problemi di separazione e famigliari.

Al di là delle dotte e noiose disquisizioni giuridiche di giudici ed avvocati, ogni vertenza familiare porta con sé una carica di forte drammaticità, ma anche aspetti umani di indicibili intensità e tenerezza; se dovessi scrivere un libro sui ricordi che conservo nel cuore, inizierei con Maria, nome ovviamente di fantasia.

Ho conosciuto all'inizio della professione questa ragazzina, madre encomiabile di due bravi figlioli che aveva cresciuto a tagliatelle fatte in casa e tanto amore; il marito, conducente di autobus a Rimini, da un giorno all'altro la lasciò senza un soldo per mettersi con una donna più bella e più giovane. Maria era

disperata.

Nel periodo in cui stavo curando le pratiche per la sua separazione, un giorno Maria arrivò da me in lacrime: temeva di dover andare in prigione, perché era salita sull'autobus condotto dal marito e lo aveva preso a borsettate in testa per tutto il tragitto; lui non poteva reagire o difendersi perché era alla guida e così, suo malgrado, questo fedifrago aveva dovuto subire tutta la rabbia di Maria espressa con quella gragnola di borsettate, innocue per l'incolumità fisica ma certamente umilianti per chi le ha dovute subire.

Quella volta rimasi in silenzio e venni meno alla mia professione, perché non fui capace di richiamare la mia cliente a comportamenti più consoni ed ortodossi: in realtà dentro di me approvai sinceramente quelle borsettate, certamente illegali ma immensamente terapeutiche per la povera Maria.

Maria, che ha sempre saputo proteggere i suoi figli e tenerli lontani dal conflitto coniugale, per mesi pianse sul mio tavolo tutte le lacrime che aveva, ma piano piano il suo carattere di donna forte e determinata prevalse sul dolore.

La incontrai dopo qualche anno dal fruttivendolo di via Giacomini: mi raccontò con gioia che aveva finito di pagare il mutuo, si era ripresa la vita ed era contenta di non dover più accudire quel marito che l'aveva tanto ferita: ...“Gloria, che sollievo non dover più lavare i suoi ‘calzetti’! Adesso glieli lava la morosa!...”.

Maria si era finalmente liberata dal mutuo, dal dolore e dagli odiati ‘calzetti’ sporchi.