

OLTRE LA SEPARAZIONE

dott. Francesco Valentini



Il dibattito in corso tra le forze politiche e sociali sulla riduzione ad uno/due anni il periodo della separazione per accedere al divorzio non costituisce una novità a beneficio dei separati ma solo una "prorogatio" di una atavica convinzione che ci possa essere una riconciliazione tra i coniugi dopo la iniziale crisi. Ma in quarant'anni si è dimostrato che la crisi della coppia si conclude proprio con la separazione e rarissimi sono i casi di coloro che sono tornati "sotto lo stesso tetto". Negli altri stati europei non esiste la separazione e il divorzio e con un solo atto si dichiara la fine di un matrimonio. La doppia lettura della crisi coniugale, così come si vuol continuare a fare, serve solo ad aumentare i costi della fine di un progetto matrimoniale. A chi giova? Non certamente a chi deve sostenere questi costi. Non ha senso parlare di novità nel diritto di famiglia, ma sarebbe opportuno dire che così facendo si incrementa solo il "turismo divorzile" in altri paesi e la confusione nel diritto di famiglia italiano con la relativa gestione dei figli.

Contraddizioni nella determinazione e nell'applicazione delle condizioni di separazione

L'introduzione dell'affido condiviso non ha risolto problemi che accompagnano la maggior parte delle separazioni. Esistono norme non sempre chiare e non sempre rispettose delle pari opportunità tra i coniugi sia per le questioni economiche che per la gestione della genitorialità. I provvedimenti

contenuti nelle singole sentenze di separazione spesso sono causa di conflittualità fra i coniugi, poiché non sempre si tiene conto delle reali possibilità economiche del coniuge chiamato a passare i viveri alla moglie e/o l'assegno di mantenimento ai figli e non sempre esistono elementi per valutare gli effettivi redditi di ambedue i coniugi.

E' difficile predisporre tabelle economiche di riferimento per il calcolo degli alimenti e dell'assegno di mantenimento a cui rifarsi nelle singole determinazioni del giudice. Il libero convincimento del giudice, però, non può scontrarsi con un danno economico – e di conseguenza anche danno esistenziale – nei confronti del coniuge obbligato. Troppi redditi evasi spesso sono fonte di disuguaglianze che potrebbero essere evitate con una puntuale indagine della Guardia di Finanza. La disparità poi delle somme richieste al coniuge soccombente non garantisce a costui l'inalienabile diritto all'equità nelle separazioni sia rispetto all'altro coniuge che alle prassi intraprese per altre coppie separate.

Il legislatore, perdurante l'istituto della separazione, dovrebbe rimettere mano alle norme che regolano la separazione, per garantire l'uguaglianza fra le persone e rendere vincolanti alcuni punti fermi inerenti il tenore di vita da garantire dopo la separazione ad ambedue i coniugi, gli

alimenti, l'assegno di mantenimento, la casa familiare, l'affido condiviso paritetico dei figli e tutto ciò che costituisce oggetto di contraddittorio tra le parti.

Le separazioni giudiziali richiedono anni prima di arrivare alla sentenza e le lungaggini procedurali, talvolta sfruttate ad arte dalla difesa, fondamentalmente contribuiscono ad incrementare la conflittualità tra i coniugi, facendo dimenticare anche gli aspetti positivi della convivenza matrimoniale. Il legislatore dovrebbe intervenire con norme nuove che consentano ai tribunali di accelerare la risoluzione della crisi coniugale con provvedimenti equi e vincolanti, punendo in tempi brevi chi contravviene alle disposizioni di separazione siano esse provvisorie che definitive. C'è da osservare che la maggior parte dei ricorsi ex- art. 710 C.p.c., inoltrati da coniugi che usufruiscono del patrocinio gratuito, sono pretestuosi e contribuiscono solo a ritardare i tempi della giustizia. E' indispensabile una più severa regolamentazione di questo istituto per evitarne gli abusi, ma anche per tutelare chi ne ha veramente diritto.

Maggiore chiarezza occorre anche in merito alla violazione del dovere di fedeltà, che quasi mai è ritenuta fondamentale per l'addebito della separazione e che spesso è ininfluenza sulla determinazione degli alimenti, dell'assegno di mantenimento, dell'uso della casa familiare e degli altri diritti nei confronti dell'altro coniuge. La stessa Suprema Corte di legittimità talvolta emette pronunce discordanti tra loro.

La dialettica tra giurisprudenza e dottrina sul modo di interpretare le norme relative al diritto di famiglia, se da una parte alimenta il confronto, di per sé sempre utile, dall'altra rischia di procurare disuguaglianze applicative a danno dei soggetti spesso meno tutelati. Il coniuge obbligato talvolta si ritrova in una situazione economica peggiore di quella dell'ex- partner.

Altro tema scottante è quello della tutela dei minori con l'affido condiviso – come predisposto dalla Legge n. 54/2006 - che, fin dall'udienza presidenziale nelle separazioni giudiziali, prevede che i minori siano affidati (salvo ipotesi eccezionali) ad entrambi i genitori, i quali continueranno ad esercitare la loro congiunta potestà genitoriale sulla prole. Nonostante l'alta percentuale delle separazioni consensuali (comprese quelle iniziate come separazioni giudiziali), anche in questa specifica forma di separazione esistono numerose controversie giudiziarie riguardanti il mancato rispetto del diritto di visita dei minori con il genitore non collocatario, così come previsto nella sentenza di separazione o nell'omologa della consensuale, la determinazione dell'assegno di mantenimento o per i viveri e l'utilizzo della casa familiare.

La dottrina e la giurisprudenza sono divisi sia, in genere, sui presupposti della separazione personale dei coniugi sia, in specifico, sulla interpretazione della riforma del 2006 che introduceva l'affido condiviso. Si procede nel dibattito e nella interpretazione delle norme vigenti quasi sempre senza tener debitamente conto del ruolo che oggi ricopre il padre nella cura dei figli, sulle sue capacità educative ed affettive e sulla sua disponibilità a fare il genitore, ruolo che non può essere surrogato da altre figure. Si parla di condiviso nei termini, mentre i provvedimenti presi di volta in volta dal Tribunale risentono ancora della cultura giuridica del passato e delle "ideologie" che prediligono la figura materna nell'educazione della prole.

I provvedimenti relativi all'affidamento condiviso dovrebbero essere sempre adattati al caso singolo. Non esiste, infatti, una regola generale che preveda modalità e termini di tale forma di affidamento. Non c'è consolidata dottrina nè giurisprudenza che tenga conto della possibilità, per i Tribunali, di disporre la collocazione del minore, per periodi alterni della stessa durata, presso le abitazioni dei singoli genitori.

L'affidamento previsto dal Codice civile in tema di separazione è quello monoparentale che risulta effettivamente il più praticato. L'art. 6, secondo comma, della legge sul divorzio prevede la possibilità di un affidamento congiunto od alternato, forme di affidamento che sono senza dubbio applicabili anche alla separazione, stante la identità delle situazioni. Oggi, anche se richiesto da un genitore, difficilmente viene concesso l'alternato, in base al quale entrambi i genitori provvedono all'educazione, alla istruzione, alla cura ed al mantenimento dei figli d'accordo tra di loro.

In sostanza nell'affidamento congiunto non ci sono regole, perché le regole sono affidate esclusivamente alle decisioni dei genitori. Non ci sono regole, ma non ci sono nemmeno assegni di mantenimento.

L'affidamento alternato presuppone che i genitori - salvo eccezioni per motivi di lavoro - risiedano non distanti l'uno dall'altro, per permettere ai figli di rimanere nello stesso contesto sociale in cui sono sempre vissuti, mantenendo le stesse frequentazioni scolastiche, amicali, parentali e del tempo libero. I figli trascorreranno il loro tempo tra le due case in modo alternato e spontaneo. Questa è la vera centralità del minore all'interno della famiglia che si separa. Per farlo occorre la buona volontà dei genitori, ma anche precise norme che tutelino il minore e che vincolino i giudici, i quali generalmente non sono favorevoli a concedere l'affido condiviso alternato, poiché ancora prevale la concezione giuridica che un minore non possa vivere in due distinte case: quelle dei suoi genitori, e si ironizza sul fatto che una simile richiesta non tenga conto che il bambino perderebbe ogni punto di riferimento stabile, se si propone stia una settimana con un genitore e una settimana con un altro, oppure un mese con un genitore e un

mese con l'altro. Ma non è questo l'affido alternato. Il bambino sta alcuni giorni con un genitore e altri con l'altro e, crescendo, sarà lui a stabilire le modalità di frequentazione delle "sue" due case. La continuità e stabilità sono garantite dal contesto sociale in cui opera e dall'affetto condiviso dei due genitori.

Normalmente l'affidamento alternato non si dà perché i due genitori sono lontani tra di loro e c'è necessità che il figlio vada a scuola continuativamente in un posto, poi potrà trascorrere le vacanze estive interamente con l'altra persona. Quando i due genitori abitano molto lontani l'uno dall'altro, l'affidamento alternato è stato preso in considerazione nel senso che nei mesi invernali il minore sta con la madre e va a scuola, mentre trascorre con il padre tutto il periodo in cui è libero da impegni scolastici, comprese anche le vacanze natalizie. Ma questo è un affido alternato che riguarda l'eccezione e non l'ordinaria separazione.



Si parla sempre delle libertà del genitore e mai dei diritti dei figli a restare nel contesto sociale, scolastico, amicale ed affettivo nel quale sono inseriti. Ciò permetterebbe ai figli di non essere sradicati dal loro mondo e costringerebbe i genitori a rimanere tali anche dopo la separazione.

L'affidamento condiviso alternato è un evento raro. Normalmente si preferisce disporre la collocazione del minore, in modo prevalente, presso uno solo dei due genitori, salvo il diritto per l'altro di vederlo e di tenerlo con sé quando desidera. Si dovrebbe tener presente che tanti problemi giudiziari e psicologici, propri della coppia separata anche consensualmente, nascono dall'ingiusta collocazione dei figli presso un solo genitore, con le conseguenti irrisolte questioni economiche ed abitative.

La richiesta di nuove norme che mettano effettivamente il minore al centro della separazione in quanto soggetto debole, la cui tutela va ben oltre al dovere di mantenimento e all'educazione così come vengono intesi oggi, non può lasciare indifferente il legislatore, poiché tutelare i minori – la maggior parte dei quali ha i genitori separati - è salvaguardare la società del domani affidata ai minori di oggi. Senza cadere in facili allarmismi, le norme vigenti sono da rivedere ed integrare, poiché la società si evolve e anche il dubbio non aiuta nessuno, tantomeno chi subisce la sottrazione di un genitore o l'imposizione di altre figure compensative. Separarsi da un coniuge non vuol dire affatto separarsi dai figli. Per fare ciò, però, occorrono norme chiare e una prassi giudiziaria che tuteli ambedue i genitori, imponendo, se necessario, disposizioni che garantiscano il minore e il genitore meno presente nella vita dei figli per volontà del collocatario

oppure che richiamino ai propri doveri genitoriali quello assente per sua responsabilità.

Nella separazione, tuttora, prevalgono i diritti dell'adulto per scelte vaghe e compromissive del legislatore, che non ha chiaramente specificato i doveri derivanti dalla genitorialità vincolanti l'adulto a scelte di vita nel pieno rispetto del minore di cui si è genitori, indipendentemente se affidatari o collocatari. La revisione delle norme vigenti non possono eludere la situazione dei genitori, che divengono i nuovi poveri a seguito di una separazione non equa.

Abolizione dell'istituto della separazione

Il Parlamento, dopo dieci anni, è chiamato a votare sull'introduzione in Italia del divorzio breve, discutendo un progetto di legge che riduce il tempo della separazione da tre ad uno, a decorrere dalla data della comparizione dei coniugi dinnanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale. In presenza di figli minori il termine è di due anni. Lo scioglimento della comunione tra i coniugi, stando all'art. 2 del Testo unificato, avviene nel momento in cui il presidente del tribunale, in sede di udienza presidenziale, autorizza i coniugi a vivere separati, mentre in base al Codice vigente, lo scioglimento della comunione dei beni tra marito e moglie consegue al passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale.

Tutti concordano sul fatto che questa riforma non rappresenti una svolta epocale, ma solo un miglioramento delle norme vigenti considerato che la durata dell'attesa del divorzio non influisce sulla possibilità di riconciliazione della coppia. Più severo è il giudizio del Forum delle famiglie che sottolinea: «invece di lavorare con l'unico obiettivo di tagliare i tempi bene farebbe il Parlamento a potenziare, anche attraverso adeguati servizi sociali, i percorsi di prevenzione, mediazione e riconciliazione oggi ridotti a mera formalità».

Rimangono perplessità sul testo legislativo in discussione per i tempi diversi previsti per il divorzio breve di chi ha figli e di chi invece non li ha e per la mancanza di una norma transitoria,

che potrebbe portare a disparità di trattamento tra chi ha già avviato le procedure per il divorzio prima dell'entrata in vigore della legge e chi avrà i tempi per il divorzio ridotti.

Soltanto in Italia, Polonia, Malta e Irlanda del Nord esiste ancora la fase della separazione e gli abitanti di questi stati comunitari si recano in altre nazioni (Francia, Spagna, Inghilterra, Romania) per divorziare in pochi mesi. La legislazione comunitaria consente anche alle coppie italiane, a determinate condizioni, di adire all' autorità giudiziaria di altre nazionalità per riconoscere una esperienza matrimoniale chiusa.

In Spagna dal 2005 è in vigore il *divorzio express*: una legge che prevede la possibilità per le coppie di richiedere un provvedimento di divorzio, senza dover prima affrontare il procedimento di separazione, purché sposati da almeno tre mesi. La Grecia ha approvato una legge che rende possibile alle coppie sposate di divorziare in poche settimane. In Gran Bretagna ci si può divorziare tramite Internet, attraverso siti come

Divorce on line

, grazie ai quali si pagano appena 65 sterline. In Svezia basta che la coppia prenda atto, sotto la propria responsabilità, che il matrimonio è finito, si può andare direttamente in Comune e apporre una firma alla presenza di un semplice funzionario amministrativo. In Francia, la riforma delle procedure di separazione permette, dal 2005, di passare una sola volta davanti al giudice quando il divorzio è consenziente e senza figli minorenni. Il 55% dei divorzi oltralpe è di questo tipo e viene pronunciato entro tre o cinque mesi.

I divorzi in Italia negli ultimi 15 anni sono in continua crescita: se nel 1995 le separazioni erano il 15,8% e i divorzi l'8%, nel 2009 le separazioni sono passate al 29,7% e i divorzi al 18,1%.; il 66,4% delle separazioni e il 60,7% dei divorzi hanno riguardato coppie con figli.



Nasce spontanea la domanda sulla opportunità di mantenere in piedi la doppia "lettura" della crisi coniugale, sperando in una quanto mai impossibile riconciliazione. I fautori del mantenimento del periodo di riflessione di uno o due anni non considerano che una crisi coniugale, spesso radicata e irreversibile, non potrà mai sfociare in una ripresa della comunione

coniugale. Quando la coppia o un membro della coppia decide di porre fine alla convivenza lo fa, generalmente, con cognizione di causa e non solo per provare nuove emozioni o inseguire momentanee infatuazioni. Il disamore, che può essere provocato da varie cause, raramente fa ritornare amore tra i due coniugi.

C'è da chiedersi a chi giovi mantenere in piedi l'istituto della separazione prima dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, che provocano ulteriori lacerazioni nella coppia in crisi, mentre potrebbero essere varate norme a tutela dei minori e norme che prevedano i ripensamenti della coppia ormai divisa. La concessione diretta del divorzio in presenza di figli minori o economicamente non autosufficienti deve essere vincolata a disposizioni a tutela dei minori in ambito di una qualificata sezione dedicata alla famiglia dei principali tribunali italiani. In questo caso, dalla presentazione della domanda di divorzio al momento dei provvedimenti a favore dei figli, sarà necessaria una opportuna indagine affidata a personale specializzato e non necessariamente al solo giudice o ai generici servizi sociali.

Con un solo passaggio giudiziale per il divorzio si conterrebbero le spese legali per la separazione, fortemente condizionanti il diritto di difesa (basti pensare che il legale è richiesto anche per le separazioni consensuali e per i divorzi congiunti), si toglierebbe tanto lavoro ai Tribunali, che potrebbero così ridurre i tempi della giustizia italiana anche per le altre cause. La fuga all'estero delle coppie in crisi ha allarmato l'ordine forense e non a caso proprio da esponenti parlamentari avvocati viene la proposta in discussione. Proposta che anacronisticamente mantiene ancora in vita l'istituto della separazione.