



L' AFFIDAMENTO CONDIVISO TRA PRATICA COLLABORATIVA E RUOLO SOCIALE DELL'AVVOCATO

A cura dell'avv. Olga Anastasi

L'ultimo rapporto ISTAT pubblicato il 7 Luglio 2011 attesta che il fenomeno delle separazioni è in crescita (85.945 separazioni e 54.456 divorzi) con un incremento rispettivamente del 2,1 e dello 0,2% rispetto all'anno precedente. I due fenomeni sono in costante aumento: se nel 1995 si sono registrati 158 separazioni e 80 divorzi, nel 2009 si arriva a 297 separazioni e 181 divorzi.

In proporzione si ingrossa il numero di bambini che assistono alla separazione dei propri genitori.

La separazione è un evento, anche nelle migliori circostanze, caratterizzato da una gamma di emozioni (delusione, rabbia, dolore, tradimento, tristezza, paura, perdita, per menzionarne solo alcuni) e il modo con cui una coppia affronta e conduce una separazione ha un effetto sui figli molto più marcato della separazione stessa.

Le critiche che da più parti vengono mosse alla normativa sull'affidamento condiviso, introdotto in Italia con la Legge 8 Febbraio 2006 n. 54, e alla sua carente applicazione da parte di magistrati e avvocati, con le proposte di modifica al vaglio del Parlamento, inducono l'interprete a effettuare una serie di osservazioni in relazione al metodo con cui, nei fatti, l'affidamento condiviso viene utilizzato e, conseguentemente, trasmesso alle parti in causa.

Sembra infatti che, come in effetti suggerito dall'Unione Nazionale Camere Minorili nelle sue osservazioni al DDL S 957 del 27/6/2011 (<http://www.camereminorili.it/dettaglio/?id=179>),



“più che di nuove regole sostanziali e processuali, ci sia necessità – da parte del sistema – di acquisire la capacità di *regolare* i problemi concreti”.

Non va dimenticato infatti che affrontare una separazione è come prepararsi a fare un viaggio in terra straniera, un luogo dove non si è mai stati, un posto dove le condizioni sono terribili e in cui le abitudini e il linguaggio appariranno completamente sconosciuti.

Come in ogni viaggio, è essenziale sapere dove si vuole andare prima di decidere l’itinerario.

Il medesimo criterio andrebbe applicato alla separazione e, nell’accingersi ad affrontare il viaggio, è fondamentale che l’avvocato che segue la parte, durante il percorso, sia in grado di accompagnarla in ogni tappa della discesa agli inferi che una separazione comporta.

Poiché la separazione è ontologicamente un tradimento, delle proprie e delle altrui aspettative, e dunque un cambiamento, è importante che i protagonisti del viaggio siano in grado di intuire dove vorranno essere emotivamente, fisicamente e psicologicamente quando la procedura sarà finita.

“In Europa si definisce la giurisdizione delle relazioni quella in cui un giudice viene chiamato a decidere in ordine alla vita privata e familiare con l’assunzione della decisione migliore”;

“dalla Carta di Nizza emergono nuovi doveri e responsabilità per ognuno e soprattutto per gli avvocati che si occupano di tutela dei diritti umani e fondamentali e di quella dei minori in particolare” (cfr. *ut supra* le osservazioni UNCM al DDL S 957 del 27/6/2011

<http://www.camereminorili.it/dettaglio/?id=179>).

Le parole possono blandire come carezze o essere scagliate come pietre: definire l’affidamento di un figlio condiviso piuttosto che esclusivo è manifestazione di un fenomeno di profondo mutamento culturale, di cui solo da poco siamo protagonisti, e proprio le critiche che alla legge



vengono mosse dimostrano che, per gli addetti ai lavori e per la gente comune, tutto spinge affinché un figlio venga cresciuto, ineluttabilmente e in maniera incontrovertibile, da entrambi i genitori.

Nei fatti, quella fase terribile che conduce dal cataclisma affettivo - connesso alla decisione di separarsi - all'assetto di nuovi equilibri, può determinare la rarefazione della *ratio* che, nei lavori preparatori della Legge 54/2006, avrebbe voluto le parti intente a redigere uno **statuto** che avrebbe regolamentato la famiglia durante e dopo la crisi. Lo statuto dell'affidamento condiviso che, nei fatti, la consuetudine delle disposizioni cosiddette fotocopia ha sottratto agli operatori coinvolti, impedendo loro di attingere a quella creatività che avrebbe – e può ancora – condurre a ridisegnare un nuovo ruolo dell'avvocatura.

La rivoluzione deve ancora arrivare.

Il sociologo Aldo Bonomi, nel corso della *lectio magistralis* tenuta a Firenze il 21 Ottobre 2011, in occasione del Congresso nazionale dell'Unione Nazionale Camere Minorili, ha definito l'avvocatura una categoria di professionisti “senza senso, senza identità e in sovrannumero”. Egli ha tuttavia attribuito all'avvocato che si occupa di famiglia e minori un fondamentale ruolo sociale, di relazione e di cura, nel percorso di epifania che una persona coinvolta in un procedimento inerente i diritti umani fondamentali – e tra questi la separazione e il divorzio – si trova costretto ad affrontare.

Quella *Weltanschauung* che nella pratica collaborativa viene definita *the Big Picture*, la visualizzazione di ciò che ci si aspetta, da sé stessi e dagli altri, nel demolire un progetto esistenziale fallito per ricostruirne uno nuovo, completamente diverso, in cui è fondamentale decidere cosa salvaguardare del patrimonio di vissuto pregresso.



E' opinione di chi scrive che l'avvocato, *ad-vocatus* (chiamato vicino a), quale traduttore (dal latino *trans-ducere*: condurre al di là, da un luogo a un altro, da una lingua a un'altra - "Il nuovo etimologico" Zanichelli) delle istanze della parte verso l'istituzione giudiziaria – dal linguaggio comune a quello tecnico giuridico e viceversa – è un vettore nelle due direzioni, dal basso (cittadino) verso l'alto (istituzione) e dall'alto verso il basso, ed è il protagonista che interpreta concretamente, con un linguaggio e una comunicazione adeguati, le disposizioni legislative o giurisprudenziali applicabili alla fattispecie del proprio cliente.

Quando la fattispecie ha ad oggetto le relazioni personali – nel caso dell'affidamento condiviso quelle di un nucleo familiare che si disgrega – è essenziale che l'avvocato utilizzi un linguaggio modulato sulle emozioni e sui sentimenti che i propri assistiti stanno vivendo.

Il pragmatismo statunitense ha contribuito a diffondere nel mondo la cultura dell'approccio multidisciplinare alle separazioni, la formazione specifica dei professionisti coinvolti, il metodo degli incontri a quattro, preliminari alla presentazione di un ricorso congiunto di separazione o di divorzio, confluiti nella pratica, nel diritto e nel divorzio collaborativi, nati nel Minnesota nel 1990 (<http://www.collaborativepractice.com>) proprio con l'esperienza del fondatore Avv. Stuart G. Webb e del pioniere Avv. Ronald D. Ousky *, entrambi protagonisti, all'epoca, di una profonda crisi professionale derivata dal constatare l'inutilità dei metodi giudiziari tradizionali nella risoluzione dei conflitti familiari.

La metodologia applicata insegna a riconoscere i tempi emotivi e i tempi legali di una separazione e favorisce l'assunzione da parte dei coniugi della responsabilità delle decisioni.

Li induce inoltre a uscire dalla dinamica delle colpe e ridimensiona la funzione attribuita all'avvocato in queste circostanze, di professionista agguerrito decisivo nel risolvere i problemi,



attribuendogli piuttosto il ruolo di guida nell'insegnare al cliente, nella fase acuta e nel prosieguo, a dialogare col linguaggio della condivisione con l'ex coniuge, nell'interesse dei figli. La strada del metodo collaborativo è fortemente intrisa di elementi tratti da altre scienze umane: psicologia, psicopedagogia, neurolinguistica, filosofia. Per l'avvocato che intenda accompagnare il proprio assistito efficacemente alla fine del viaggio intrapreso è fondamentale rimarcare le caratteristiche antropologiche della sua funzione e divulgare il nuovo linguaggio.

I coniugi – per lo più genitori – che si separano vengono invitati a porsi degli interrogativi specifici in ordine a ognuna delle circostanze che nella prassi si rilevano frequentemente: se sia più importante credere di apparire il genitore migliore ottenendo l'affidamento del figlio o se, invece, sia essenziale garantire la serenità della prole.

Se sia preferibile intraprendere estenuanti battaglie giudiziarie ed *extra* giudiziarie, per ottenere una precisa suddivisione del patrimonio, o se sia prioritario piuttosto conservare dignità e rispetto per sé stessi.

Quali conseguenze deriveranno dal rappresentare per i figli un modello di comportamento basato sull'odio, sul rancore, sulla vendetta nei confronti dell'altro genitore, e quali invece dal condursi in una prospettiva di dialogo, ardua ma inevitabile, per continuare a crescere i figli secondo un progetto comune, nella diversità delle scelte.

Dalle risposte ai quesiti più frequenti e da come esse verranno utilizzate emergerà l'esigenza di intervenire in maniera creativa – rispetto alla rigidità del passato – con soluzioni concrete.

E' stato scritto (<http://www.camereminorili.it/dettaglio/?id=179>) che il diritto dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, contenuto della loro responsabilità genitoriale secondo il dato normativo dell'art. 30 della Costituzione e dell'art. 147 del Codice Civile,



“come significativamente indicato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 132 del 27 Marzo 1992, si concretizza in un diritto dovere che trova nell’interesse del figlio la sua funzione e il suo limite”.

Nella realtà positiva tale diritto dovere si esprime nell’accudire un figlio quotidianamente, occupandosi di compiere i plurimi minimi gesti che sono alla base di qualsiasi relazione affettiva, rendendola piena e appagante: questi gesti, e la “ritualità” che ogni individuo, minore compreso, ad essi attribuisce, vengono travolti dalle nuove esigenze che una separazione obbliga a fronteggiare. Le critiche mosse alla Legge 54/2006 e l’aspirazione a codificare in via normativa la suddivisione in via paritetica dei tempi di vita della prole presso i genitori, la doppia collocazione abitativa, il mantenimento attraverso la determinazione di capitoli di spesa, celano il bisogno di regolamentare in maniera pragmatica nuovi usi applicati alla quotidianità, che consentano di raggiungere in tempi brevi gli equilibri necessari a sostituire i precedenti.

Le disposizioni contenute nei provvedimenti sin qui adottati in tema di affidamento condiviso dovrebbero rappresentare per le parti il modello di condizioni necessarie, minime e sufficienti, per iniziare il viaggio esistenziale verso nuovi assetti, in cui i figli vanno considerati i protagonisti principali. Da lì in poi l’interprete di diritto collaborativo, con un apporto basato su praticità, empatia, ascolto della eterogeneità di esigenze ed esperienze, può traghettare i coniugi genitori verso lidi in cui la bi-genitorialità ritorna ad essere un dato pacifico e naturale, come prima dell’evento- separazione, e i figli sono tutelati nell’interesse primario di avere una diade di genitori, non più coppia, eppure ancora capaci di dialogare.



Rispetto alla mediazione la pratica collaborativa – pur operando al di fuori del contesto giudiziario, nella fase antecedente al deposito del ricorso - presuppone una preparazione tecnica specifica, è svolta da un avvocato, e ciascuna parte può contare sulla capacità di negoziare del proprio legale che può, anzi deve, fornire al cliente consigli di natura giuridica in vista di un obiettivo comune.

Sia nella formazione che nella pratica degli avvocati di diritto collaborativo emerge il rispetto di regole etiche che riecheggiano, nei valori e nei principi universalmente condivisi, quelle adottate dalle associazioni che in Italia si occupano di divulgare la cultura dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, delle persone e delle famiglie.

Nel codice etico approvato a Roma il 27 Maggio 2011 l'Unione Nazionale Minorili, associazione di avvocati che si occupa di diffondere la cultura giuridica a tutela dell'infanzia (<http://www.camereminorili.it/dettaglio/?id=165&cerca=codice%20etico>), è scritto che *“gli avvocati aderenti all'UNCM riconoscono alla propria professione un ruolo sociale di contributo al progresso materiale e spirituale della società per la promozione dello sviluppo della personalità umana. Riconoscono pertanto la propria responsabilità sociale connessa alle modalità con cui le competenze e la preparazione si esplicano, consentendo ai cittadini l'esercizio dei propri diritti, favorendo la circolazione della libertà di pensiero, rendendosi veicolo di comunicazione e di cultura tecnico-giuridica”*. Essi si autoregolano con norme di comportamento che, in prospettiva futura, si riveleranno protagoniste di un cambiamento culturale ancora *in itinere* volto a realizzare concretamente la *ratio* dell'affidamento condiviso. Tra queste norme è utile segnalare:

Art. 3 - Doveri di competenza



- 1. Gli avvocati e i professionisti aderenti all'UNCM condividono il principio per cui il coinvolgimento in un incarico in materia di famiglia e nei procedimenti in cui sono coinvolti soggetti minori richiede la competenza specifica a svolgere quell'incarico.*
- 2. Nel rispetto della normativa e delle proprie funzioni di assistenza, difesa e rappresentanza, in tutti i procedimenti che coinvolgono un minore agiscono avendo riguardo preminente all'interesse del minore e della relazione genitoriale; per quanto possibile curano di ridurre al minimo gli effetti negativi per il minore dell'esperienza processuale diretta e perseguono la più sollecita definizione del procedimento. In applicazione del principio del prioritario interesse del minore, in tutti i procedimenti di famiglia che coinvolgono minori, privilegiano la ricerca di soluzioni il più possibile condivise tra i genitori.*
- 3. Curano in particolare che il minore e coloro che esercitano la responsabilità sul medesimo comprendano la strategia processuale adottata e, in generale, il contenuto e le ragioni degli atti del procedimento e delle decisioni dell'autorità giudiziaria.*

Art. 4- Dovere di aggiornamento professionale

- 1. Gli avvocati e i professionisti aderenti all'UNCM si impegnano a mantenere e sviluppare la propria preparazione professionale attraverso la formazione permanente sia nel campo del diritto sia nelle discipline socio-psico-pedagogiche al fine di maturare una idonea sensibilità alla materia trattata.*

Art. 5- Rapporti con le parti e con i terzi

- 1. L'avvocato che abbia assistito un minore in controversie familiari deve astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno dei genitori in successive controversie di natura familiare. L'avvocato del genitore dovrà astenersi dall'assumere la difesa del figlio della parte assistita nello stesso e in successivi procedimenti in materia familiare o minorile.*



2. *L'avvocato del genitore in procedimenti in materia familiare o minorile dovrà evitare di avere ogni forma di colloquio con i figli minori del proprio assistito sulle circostanze oggetto del procedimento. L'avvocato del genitore inviterà il proprio assistito a non coinvolgere il minore nel conflitto familiare e ad astenersi dal mostrargli qualsiasi atto processuale.*

3. *L'avvocato di un genitore o di un minore dovrà intrattenere con tutti i soggetti e professionisti, che a vario titolo si occupano del minore, rapporti improntati a correttezza, lealtà e spirito di collaborazione reciproci.*

Art. 6 – Doveri di riservatezza e rapporti con i mezzi di comunicazione

1. *L'avvocato aderente all'UNCM dovrà rispettare il carattere confidenziale delle informazioni acquisite e la circostanza che la divulgazione o l'uso di tali informazioni potrebbero ledere la vita privata del bambino o dell'adolescente, della sua famiglia o di altre persone coinvolte nel procedimento giudiziario.*

2. *Nel rapporto con i mezzi di comunicazione, egli sarà tenuto a tutelare l'anonimato del minore, evitando sensazionalismi e forme di speculazione, astenendosi dall'esprimersi pubblicamente e dal rilasciare interviste relative al procedimento salvo che per effettuare smentite o rettifiche a notizie già diffuse pubblicamente.*

Nella pratica collaborativa (<http://www.collaborativepractice.com>), gli avvocati – entrambi muniti di identica formazione e di comune codice di comportamento - stipulano un negozio plurilaterale con tutti e due i partner – preliminare rispetto alla trattazione di qualunque altra questione (affidamento dei figli, assegno di mantenimento, patrimonio), secondo il quale nessuno dei due legali, nel caso di mancato raggiungimento di un accordo, potrà assistere il proprio personale cliente nell'eventuale giudizio contro l'altro coniuge. L'avvocato ha inoltre



l'obbligo di instaurare, insieme al collega legale della controparte, un clima di serenità e distensione che contribuisca a rasserenare le paure dei clienti coinvolti.

Nel processo collaborativo, l'accordo partecipativo prevede che le parti rendano noti volontariamente tutti i fatti rilevanti. Questo comporta l'instaurarsi di un'atmosfera di fiducia reciproca e un risparmio di tempi e di strategie volti ad acquisire informazioni.

Tale metodologia trasmette alle parti la possibilità di porre interrogativi o avanzare pretese senza timore di apparire vulnerabili. L'accordo partecipativo vieta infatti di usare le informazioni ottenute contro l'eventuale avversario, se non si dovesse perfezionare la separazione consensuale. Le discussioni che ne scaturiranno saranno chiare ed efficaci sui fatti rilevanti per i coniugi.

Se la vicenda personale e familiare dei coniugi richiede la consulenza di altre figure professionali (psicologo, psichiatra, psicologo dell'età evolutiva, fiscalista, mediatore), con la metodologia collaborativa le parti si impegnano a scegliere insieme un professionista che risulti per entrambi competente e imparziale. E' evidente il risparmio di tempo, energie, denaro.

E se nelle coppie di separati più illuminati si va lentamente affermando un modello di genitorialità per cui, se si rende necessario il ricorso a uno psicologo dell'età evolutiva, questi viene scelto concordemente, in altri settori – ad esempio quello fiscale - un commercialista neutrale sarebbe in grado di aiutare entrambi i coniugi a scegliere le condizioni di accordo migliori per ridurre l'ammontare di tasse da versare che potrebbe scaturire dagli assetti patrimoniali successivi alla separazione.

Gli avvocati collaborativi ricevono una formazione specialistica fondata sull'interesse alla risoluzione del conflitto. La loro competenza sta nella relazione di cura, di aiuto nella



identificazione degli obiettivi (la *Weltanschauung* o *the Big Picture* che la si voglia definire) e a trovare una strategia comune volta ad ottenere i risultati migliori per tutti.

Nel processo tradizionale le trattative sono gestite principalmente dagli avvocati e le parti rischiano di ritrovarsi, alla fine del processo di separazione, deresponsabilizzati rispetto alla capacità di risolvere autonomamente i problemi quotidiani. Il processo collaborativo usa il metodo degli incontri a quattro in cui i coniugi che si separano sono presenti e attivi nella risoluzione dei problemi. Durante questi incontri l'avvocato collaborativo sostiene il suo cliente senza ricorrere a eccezioni e accuse nei confronti della controparte.

Gli avvocati collaborativi sono formati a evitare l'utilizzo di sterili eccezioni o invettive in favore di strategie più efficaci, come il raggiungimento di obiettivi, l'ascolto attivo, l'identificazione di interessi comuni, la ricerca di soluzioni creative, e la massimizzazione delle risorse con una metodologia che permette alle parti di evitare anche quei rancori che, se tacitati in una prima fase con delle separazioni che rispondono a esigenze provvisorie e urgenti, possono riemergere e fondare plurime future pretese di modifica delle condizioni.

L'auspicabile autentica applicazione dell'affidamento condiviso coincide con la capacità tecnica – eppure naturalmente umana – di trasmettere alle coppie che si separano il metodo con cui risolvere i conflitti da soli affinché ciascuna, fatalmente infelice, ognuna nella sua diversità, sappia nel futuro tessere la trama di una nuova felicità basata sulla consapevolezza che tutti, dopo aver sofferto, con il perdono e l'accettazione di sé e dell'altro, possono ritrovare un'armonia più profonda della felicità apparente di cui si era scoperta l'inconsistenza.

Ascoli Piceno – 16 Dicembre 2011



Avv. Olga Anastasi

* *“The collaborative way to divorce – the revolutionary method that results in less stress, lower costs and happier kids – without going to court”* edito da Penguin Group, A Plume Book, tradotto e adattato per l’Italia da Olga Anastasi

© Tutti i diritti riservati. Traduzione depositata.