

LA NUOVA NORMATIVA IN MATERIA DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI E DI AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI

A.M. Caruso¹

La crisi familiare induce un periodo di grande sconvolgimento nella vita di un nucleo e determina cambiamenti epocali nella storia di un bambino, perché la sua vita non sarà più uguale a quella che conduceva prima. Nessuna valutazione di tipo etico in questa affermazione, ma solo il riconoscimento di un dato di realtà che occorre tener presente quando si affronta il tema della separazione personale dei coniugi che abbiano anche figli perché su di loro ricade soprattutto il fallimento di un progetto di vita familiare.

Perciò da sempre, operatori giuridici e psicologici pongono grande attenzione alle modalità con cui la separazione avviene e ritengono che una separazione “amichevole” possa almeno evitare al figlio quel surplus di sofferenza che inevitabilmente gli viene imposto da una separazione “battagliata”.

Fino al 2006, il nostro legislatore aveva collegato alla separazione dei coniugi che fossero anche genitori, la necessità di scegliere il genitore migliore al quale affidare il figlio, prevedendo per l'altro genitore un diritto-dovere di visita e di frequentazione, oltre naturalmente un obbligo di contribuzione al mantenimento economico. Ciò sul presupposto che riconoscere in capo ad un solo genitore il potere di fare le scelte avrebbe evitato le occasioni di litigio tra gli adulti.

Così non è stato e, anzi, nel corso degli anni, questo regime ha dato luogo ad uno standard molto diffuso che ha visto come unico genitore affidatario la madre, beneficiaria dell'assegno di mantenimento e assegnataria della casa coniugale ed un ruolo sempre più marginale del padre che è stato visto, e si è vissuto, come il genitore della domenica, poco partecipe della vita del figlio ma tenuto sempre presente sul piano economico.

A questo stato di cose ha contribuito non solo la previsione legislativa ma anche un comune sentire dell'universo maschile – paterno.

La previsione legislativa infatti attribuiva al genitore affidatario e convivente con il figlio, l'esercizio esclusivo della potestà e lasciava al secondo genitore il potere-dovere di essere informato e di partecipare alle decisioni più rilevanti per la vita del figlio (scelte in tema di istruzione scolastica, religiosa, interventi medici e così via). Questo ha significato in concreto che le linee educative finivano per essere una scelta pressoché esclusiva del genitore affidatario, posto che l'educazione si scompone in tanti momenti ed in tanti comportamenti che appaiono significativi solo in una visione più ampia (quando e con chi vedere la televisione?; quanto tempo dedicare al computer?; cosa fare di fronte ai capricci? E così via).

D'altra parte questo trend corrispondeva anche ad un ruolo del padre che gli stessi padri sentivano come più periferico, come se loro stessi per primi riconoscessero alle madri maggiori capacità di accudimento ed educative.

In una piccola ricerca condotta a Milano da parte dell'associazione onlus Centro Ausiliario Minorile (Guida, 2005) attraverso l'esame delle sentenze emesse dal locale Tribunale all'esito di separazioni giudiziali (quelle separazioni nelle quali i genitori litigano su tutto o quasi e perciò non riescono a trovare autonomamente degli accordi e quindi delegano il giudice a decidere al posto loro), è emerso che i padri, solo in 10 casi su un campione di 125, hanno chiesto l'affidamento dei figli, ottenendolo, mentre le madri, sia quando siano state loro a proporre ricorso sia quando l'iniziativa della separazione sia stata del marito, hanno quasi sempre fatto richiesta di affidamento dei figli.

Questi dati trovano ampia corrispondenza nei dati dell'ISTAT che monitorano la situazione delle separazioni in tutta Italia. Questi dati confermano gli studi dei sociologi i quali affermano che i padri

¹ Docente Universitario, già Giudice Minorile.

anche nella convivenza, e quindi a maggior ragione nella separazione, si riservano un ruolo di minor presenza nel quotidiano dei figli e solo negli ultimi anni hanno cominciato a svolgere compiti di accudimento materiale di bambini piccoli: peraltro, non a caso, questi padri vengono indicati con il nome di “mammi” come se il linguaggio non potesse indicare parole nuove al maschile e dovesse perciò mutuarle dal mondo femminile.

Finché dura la convivenza, la minor presenza del padre resta in ombra perché i padri sono informati dalle madri e sono chiamati ad intervenire di fronte a specifici problemi mentre, con la separazione, questo canale informativo si interrompe e la marginalità della loro presenza si evidenzia con chiarezza provocando crisi di identità alle quali i padri non hanno saputo porre rimedio se non attraverso la richiesta di modificazioni legislative.

A questa incapacità dei padri ha fatto da pendant un’onnipotenza sempre maggiore delle madri che, forti del potere loro attribuito dalla legge in quanto affidatarie, hanno smesso di far da tramite con l’altro genitore, contribuendo così a creare situazioni di latitanza e di assenza che non hanno certo favorito il diritto del figlio di avere accesso anche all’altro genitore.

Questa era la situazione quando alcuni parlamentari della passata legislatura hanno ritenuto di farsi carico del problema, pressati anche dalle iniziative mediatiche di numerose associazioni di padri separati che rivendicavano uno spazio maggiore nella vita dei figli, dopo la separazione.

La legge numero 54 dell’8 febbraio 2006 è stata approvata alla fine della legislatura scorsa ed il suo testo normativo mostra chiaramente la fretta con cui è stata licenziata perché è un testo che pone forse più problemi di quanti non ne risolva. Ma la fretta è sembrata ai relatori giustificata dal fatto che quel testo è stato ritenuto la migliore sintesi possibile dei vari progetti di legge che erano stati presentati. La senatrice Baio Dosso, relatrice al Senato, ha ritenuto inoltre di cogliere un’occasione che appariva favorevole alla sua approvazione, piuttosto che rinunciare, per l’ipotesi che si creasse una nuova intesa su un testo diverso in una nuova legislatura.

La legge 54/2006 ha operato una sorta di rivoluzione copernicana, peraltro apprezzabile sul piano teorico, ponendo al centro il figlio, con il suo diritto di continuare ad avere entrambi i genitori non solo in termini di frequentazione ma anche quali responsabili della sua crescita, oltre che il diritto di continuare a frequentare i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Questo diritto viene garantito dal giudice e, secondo il legislatore, il modo migliore per realizzarlo è quello di affidare il figlio ad entrambi i genitori e di prevedere che entrambi continuino ad esercitare la potestà, congiuntamente, di comune accordo e/o separatamente per le questioni di ordinaria amministrazione, come vedremo meglio più avanti.

Per la prima volta il binomio convivenza-esercizio della potestà è stato interrotto e questa svolta risulta importante perché il legislatore della riforma sembra porre l’accento su una responsabilità genitoriale che continua nei confronti dei figli anche oltre la convivenza. Il linguaggio non è stato modificato e in questo senso si è persa un’occasione che ci avrebbe visto più in linea con la legislazione europea dove si parla sempre di responsabilità dei genitori.

Ora dunque i genitori che si separano devono avere un progetto educativo per i figli sulla base del quale ognuno dei due concorrerà alla crescita della prole nei modi e nei tempi che saranno concordati. Se questo è il profilo teorico indicato dal legislatore, diventa subito chiaro come tutto ciò sia difficile da realizzare nelle situazioni separative, nelle quali ognuno dei genitori vive una vicenda personale a grande impatto emotivo.

Intanto è possibile che un progetto educativo non sia mai stato esplicitato o formulato durante la convivenza ed è difficile perciò che si concretizzi al momento della crisi ovvero è possibile che il progetto sia sempre stato diverso e che i genitori abbiano operato una serie di compromessi e di adattamenti che spesso non sono più disponibili a riconoscere dopo la separazione.

Per la formazione di un progetto concordato diventa allora fondamentale l’apporto degli avvocati i quali sono in genere i primi ad accogliere la sofferenza di persone che devono calarsi in una

dimensione affettiva e sociale diversa, dopo il fallimento di un progetto familiare. Finora molti avvocati si sono mossi nell'ottica della vittoria di una parte sull'altra come se la separazione fosse il luogo nel quale "redde rationem" ma questa legge, a mio avviso, può costituire un'occasione per un cambiamento di mentalità che porti tutti a porsi in un'ottica di tutela del soggetto più debole che è senza alcun dubbio il figlio. Diventa importante allora che le informazioni che gli avvocati richiedono ai loro assistiti vadano nel senso di accertare quali compiti in concreto ciascun genitore abbia svolto in favore del figlio durante la convivenza e quali compiti si proponga ragionevolmente di svolgere dopo la separazione, in modo da poter affrontare da subito il tema dell'affidabilità delle proposte da comunicare alla controparte. Se un progetto educativo è stato pensato, esso non ha alcuna ragione di essere modificato sol perché avviene una separazione e se non è stato pensato, occorrerà pazientemente trovare delle linee accettabili per ciascun genitore.

Se gli avvocati riusciranno a fare un buon lavoro, diventerà possibile presentare un progetto comune da sottoporre al giudice, altrimenti non resterà che delegare il giudice a decidere. In genere tutte le legislazioni favoriscono l'autonomia in materie come queste essendo del tutto evidente che i protagonisti hanno una conoscenza reciproca e del proprio figlio, maggiore di quella che può acquisire un giudice in una sede giurisdizionale. Inoltre questa legge attribuisce al giudice che decide una separazione il compito di seguirla in tutte le eventuali successive fasi, essendo prevista la possibilità per ciascun genitore di ricorrere al giudice sia nel caso in cui gli accordi non vengano rispettati sia nel caso in cui sia necessario chiedere una modifica di quanto stabilito per evenienze sopraggiunte o per la impossibilità di funzionamento di quanto stabilito in sentenza o nei provvedimenti provvisori che la precedono. Diventa perciò interesse di tutti partecipare alle decisioni che si andranno a prendere con spirito costruttivo e, soprattutto il giudice cercherà di avere il consenso più largo su quanto andrà a stabilire per evitarsi un aggravio di lavoro di cui non sente certo il bisogno. In realtà il legislatore prevede anche un altro meccanismo per porre un freno alla litigiosità esasperata, meccanismo definito dalla stessa relatrice al Senato come quello del bastone e della carota ma di questo parleremo più diffusamente dopo, per non disperdere l'attenzione da questa fase importante che precede l'incontro con il giudice.

Molti avvocati avevano capito, già nel vigore della vecchia normativa, che trattare una causa di separazione in termini di vittoria o sconfitta avrebbe comunque lasciato morti e feriti sul campo ed avevano perciò scelto di affrontare il rapporto con il proprio cliente e con la controparte in modo più conciliativo, lasciando spazio alla sofferenza ma aiutando anche a distinguere la propria difficoltà dalla necessità di affrontare nel modo migliore i bisogni dei figli che in ogni caso si ritrovavano a subire la loro decisione più o meno condivisa. La legge non riconosce il diritto dei singoli a restare in coppia se uno dei componenti decide di separarsi e l'unico diritto salvaguardato, e ritenuto ormai da molti commentatori come un diritto indisponibile, è quello del figlio a mantenere i rapporti affettivi con entrambi i genitori: questo costituisce un dato di realtà con il quale tutti gli adulti coinvolti nella vicenda separativa devono confrontarsi.

Perciò ritengo che questa legge possa costituire una buona occasione per un cambiamento di prassi che deve cominciare negli studi degli avvocati. Statisticamente la maggior parte delle cause di separazione si definisce con accordi consensuali, raggiunti già prima di rivolgersi al giudice o nel corso della causa per separazione giudiziale ma l'esperienza ci insegna che questo non significa necessariamente assenza di litigiosità dopo che gli accordi sono stati presi e però l'esistenza di accordi costituisce già un punto di partenza e consente di lavorare sulla litigiosità a bocce ferme. Il legislatore della riforma sapeva bene che il conflitto non si risolve nelle aule giudiziarie e perciò ha preferito non occuparsene anche se ha previsto la possibilità che, anche in corso di causa, sia possibile sospendere il processo per dar modo alle parti che lo richiedano o che si mostrino favorevoli, il ricorso ad altri strumenti di soluzione del conflitto. Ovviamente questo suggerimento può essere proposto anche dagli avvocati che hanno anzi la possibilità di indicare una gamma molto più ampia di interventi, finalizzati sempre ad una separazione più amichevole.

Le collaborazioni degli studi legali con professionisti di altri saperi sono sempre più diffuse e lasciano ben sperare per un cambiamento di mentalità. L'obiettivo della buona separazione è molto presente in tutte le legislazioni che per la maggior parte si muovono nell'ottica di coinvolgere entrambi i genitori nella vita del figlio anche dopo la separazione, sia perché è risultata generalizzata la latitanza dei padri, sia perché si è dimostrato l'impoverimento dello stile di vita dei figli dopo la separazione.

Ora quindi non si dovrà più battere per l'affidamento dei figli perché essi resteranno comunque affidati ad entrambi anche se i genitori si mostreranno molto conflittuali e incapaci di assumere atteggiamenti più conciliativi. In questo senso è la maggior parte delle pronunce emesse dai tribunali a quasi due anni dall'entrata in vigore della legge.

Qualche osservazione va fatta.

Come abbiamo visto i padri non hanno mai sgomitato per avere in affidamento i figli, specie quando si tratta di bambini piccoli e quindi la battaglia in realtà riguardava i "vantaggi" economici che l'affidamento comportava. Certo è però che questa legge consente di più ai padri di fare quello che hanno sempre fatto e che avrebbero voluto continuare a fare e cioè occuparsi dei figli, in modo più limitato rispetto alle madri ma comunque con la possibilità di stare con loro e di fare con loro e per loro alcune cose che l'affidamento esclusivo, anche per il modo in cui esso è stato interpretato, rendeva impossibile. Questa disponibilità, poca o tanta che sia, va in ogni caso vista come una risorsa rispetto al diritto del figlio di continuare ad avere rapporti con entrambi i genitori: su questa disponibilità si deve lavorare perché essa sia meno asfittica e perché i padri ritrovino risorse e competenze che spesso nella convivenza non hanno avuto bisogno di tirar fuori, a fronte di una disponibilità presentata come totale dalle madri. Questa disponibilità non deve essere svalutata, perché se anche fosse molto poco quello che i padri riescono ad offrire ai figli, per costoro sarà comunque meglio che niente. D'altra parte la legge 54/06 prevede che il tempo e le energie che ciascun genitore dedica al figlio debbano essere apprezzati anche sotto il profilo economico, nella quantificazione del riparto degli oneri che graverà su ciascun genitore per il mantenimento dei figli. Questo non sarà totalmente apprezzato dalle madri ma costituisce indubbiamente un riconoscimento al loro impegno.

Certo è però che la regola generale dell'affidamento condiviso elimina in radice la tentazione di sostenere ed alimentare battaglie improprie rispetto al vero obiettivo costituito dalle decisioni economiche.

L'affido condiviso significa che il minore starà prevalentemente presso un genitore dove avrà anche la residenza ma i genitori o il giudice dovranno prevedere una serie di occasioni nelle quali il figlio potrà stare anche con l'altro genitore, occasioni che non necessariamente dovranno essere di mero svago ma dovranno intercettare una parte del quotidiano dei figli con i loro impegni scolastici, di tempo libero, di emergenze anche, perché di questi avvenimenti è piena la vita dei ragazzini. Con la dovuta attenzione all'età dei figli, essendo di tutta evidenza che tale quotidiano varia a seconda dell'età.

Sul pernottamento dei figli piccoli presso il padre ad esempio, si scatenano in genere furiose battaglie e le scuole di pensiero sul punto sono le più varie. Ancora una volta credo che il problema debba essere affrontato con sano pragmatismo: se è la madre che si alza di notte a consolare un figlio che ha fatto un brutto sogno o che ha la febbre alta, bisognerà mantenere questa abitudine, almeno fino a che il bambino non abbia avuto modo di sperimentare la possibilità di affidarsi anche al padre nei suoi momenti di difficoltà; mentre non vi sarà alcun bisogno di aspettare, se il papà si sia in concreto già occupato di queste cose, in alternanza con la madre durante la loro convivenza.

Non possono che essere i padri a suggerire nuovi spazi e tempi di frequentazione dei figli ma in questo dovranno essere sostenuti anche dai loro avvocati che forse sinora non sono stati molto incoraggianti in questa direzione, contribuendo così a quella latitanza di cui già si è detto. Le proposte dovranno essere fattibili per chi le propone e perciò un'esatta informazione su come

andavano le cose durante la convivenza è assolutamente necessaria, pur sapendo bene che anche le informazioni sono di destra o di sinistra e cambiano a seconda di chi le fornisce: esse dovranno perciò essere verificate nel contraddittorio tra le parti.

Un altro punto importante di questa legge è costituita dalla previsione che entrambi i genitori continuano ad esercitare insieme anche la potestà, il che significa che entrambi devono decidere le linee educative e le questioni che insorgono riguardo ai figli e che addirittura le questioni più importanti devono essere prese di comune accordo, con la possibilità di rivolgersi al giudice qualora non riescano ad arrivare ad un accordo. I genitori spesso hanno idee diverse nell'affrontare i problemi dei figli e non si può certo immaginare che dopo la separazione la situazione cambi magicamente: perciò i genitori devono essere consapevoli che quel lavoro di limatura delle rispettive posizioni, che sempre accompagna il loro mestiere, dovrà continuare anche dopo la separazione, con l'ulteriore difficoltà di dover fare tutto questo in una situazione nella quale uno dei due sentirà di avere buoni motivi per essere arrabbiato con l'altro e quindi di minore disponibilità a mediare.

Tutti sappiamo che sull'esercizio della potestà si verificheranno le maggiori difficoltà, perché il fallimento di un progetto comune porterà con sé la tentazione di riaffermare le proprie idee, senza compromessi. Forse però anche questo problema merita un ridimensionamento, essendo chiaro per i figli, anche in regime di convivenza, che i genitori sono diversi e proprio per questo i figli scelgono di volta in volta il loro genitore privilegiato, perché risponda direttamente ai loro bisogni o faccia da portavoce dei loro desideri con l'altro. La separazione aggiunge una problematicità in più con la quale soprattutto i genitori dovranno fare i conti, essendo i figli molto più veloci nel realizzare i varchi per loro percorribili.

La previsione del ricorso al giudice, in caso di disaccordo su questioni importanti, non mi entusiasma perché molti di noi erano convinti che certe difficoltà dovessero trovare un altro contesto per una loro composizione (si parlava tanto di degiurisdizionalizzazione!), mentre il legislatore della riforma ha affidato all'autorità giudiziaria un ruolo di super-genitore. E' anche vero però che quello giudiziario, ancorché inadeguato, è l'unico contesto al quale ci si rivolge con minori difficoltà da parte della stragrande maggioranza dei cittadini (purtroppo!).

La necessità di assumere decisioni comuni sui problemi più importanti per la vita del figlio impone un canale di comunicazione tra i genitori che deve restare fluido e costante e questo a mio avviso costituisce un problema non secondario perché sarà vissuto di volta in volta come un'interferenza nella nuova situazione personale o come un'occasione di nuova sofferenza, difficilmente gestibile. Tutte e due queste prospettazioni contengono una qualche verità, che deriva dal fatto che quel figlio voluto in un altro momento della vita, continua a restare di tutti e due i genitori i quali quindi, non possono rimuovere del tutto la loro esperienza precedente.

La separazione impone inoltre un rapporto diverso anche con le istituzioni le quali, ovviamente, continueranno a far riferimento alla residenza del minore e quindi ad uno solo dei genitori: credo che sarebbe una buona prassi da parte del genitore che lascia la casa familiare creare un canale di comunicazione almeno con la scuola ed il pediatra del figlio, che prescindano da un onere di comunicazione da parte dell'altro genitore e che consenta anche a costoro di sapere come far arrivare informazioni importanti relative al figlio.

La legge prevede invece che per il quotidiano spicciolo del figlio, ogni genitore possa esercitare disgiuntamente la potestà per il tempo che trascorre insieme a lui: fare prima i compiti o giocare prima con la play station resta un problema non vitale se i compiti saranno comunque fatti con la dovuta diligenza. Così il genitore che si trova con il figlio, potrà affrontare le emergenze che dovessero insorgere decidendo ciò che non può essere rinviato ad una previa consultazione con l'altro genitore. Il problema della ordinaria amministrazione (così il legislatore chiama il quotidiano) potrebbe non essere così semplice, perché se il genitore con il quale il figlio si trova in prevalenza,

non decide o lascia che si formino delle abitudini, tutto ciò potrebbe incidere sulle linee educative (veder la tele o navigare in internet da soli senza controlli, non reagire ad un capriccio, sottovalutare comportamenti illegali ecc.).

Se i genitori con i loro legali avranno saputo trovare degli accordi, essi saranno presentati al giudice che dovrà verificarne la corrispondenza al diritto del minore durante l'udienza presidenziale. Se gli accordi riguardano la totalità delle questioni, il presidente ratificherà quegli accordi e la causa finirà in quella stessa udienza.

Se invece qualche questione resta aperta perché i coniugi non sono riusciti a mettersi d'accordo su alcuni aspetti o se addirittura non sono d'accordo su niente, non resta che iniziare una causa di separazione giudiziale e ovviamente in questo caso la linea alta tenuta dal legislatore mostra tutte le sue difficoltà di applicazione.

Il presidente infatti alla prima udienza dovrà assumere decisioni importanti che riguardano il prevalente collocamento dei figli, i tempi ed i modi di frequentazione dei figli con l'altro genitore, l'assegnazione della casa familiare ed il contributo di mantenimento che potrà essere corrisposto con il classico assegno. Per decidere avrà a sua disposizione solo gli scritti difensivi degli avvocati e la presenza fisica dei genitori. Per questo ritengo importante che gli scritti difensivi contengano informazioni, le più dettagliate possibili, su come si svolgeva la vita familiare prima della separazione, perché su quelle informazioni dovrà basarsi il giudice per capire se le proposte che vengono presentate dall'una e dall'altra parte siano praticabili e come meglio possano garantire il diritto del minore. I coniugi presenti fisicamente potranno a loro volta fornire al giudice ulteriori informazioni in ordine a quello che è successo dopo la loro separazione di fatto e prima della presentazione davanti al giudice, essendo pacifico che tra questi momenti esiste uno scarto temporale, a volte anche rilevante e che perciò un qualche accordo spesso è già stato raggiunto, sia pure in via transitoria e con la riserva mentale di ottenere un totale cambiamento, a seguito della presentazione davanti al giudice.

La presentazione davanti al giudice spesso è investita di grandi attese almeno da uno dei genitori che si sente penalizzato dagli accordi assunti temporaneamente e che spera perciò che giustizia sia fatta attraverso l'intervento dello Stato.

Diventa allora importante capire il perché delle richieste diverse che vengono presentate e che cosa non ha funzionato o non funziona nella situazione fino a quel momento delineata dalle parti.

All'udienza presidenziale viene normalmente assegnato un tempo molto breve che non consente certo grandi approfondimenti e non mi sembra che ci siano iniziative in corso per conferire a questo momento la dignità che esso meriterebbe. La legge prevede che il presidente possa assumere informazioni prima di decidere, se del caso sentendo anche il figlio minore o disponendo una consulenza tecnica, ovvero, se ne emerge la disponibilità, anche sospendere il procedimento per dar modo ai genitori di rivolgersi ad un centro di mediazione.

Prima di esaminare le varie opzioni, mi preme sottolineare che è possibile che i provvedimenti provvisori non vengano adottati nella prima udienza, almeno nella previsione legislativa, così riconoscendo che le parti hanno il diritto di separarsi ma non necessariamente alla prima udienza alla quale si presentano, se non sono riusciti nel frattempo a raggiungere degli accordi o a fornire informazioni esaustive che consentano di adottare delle buone decisioni. Questa possibilità però non viene vista con favore dai giudici e forse neppure dagli avvocati, perché occorrerebbe modificare una prassi di formazione dei calendari e delle udienze che richiede impegno e tempo e produce un maggior lavoro per tutti. E però io credo invece che un maggior lavoro in questa sede significherebbe una più ampia possibilità di favorire accordi tra le parti, anche facendo leva su quell'"autorità" che alcuni ancora riconoscono al giudice. Se proprio si deve decidere in un contesto giudiziario, quell'occasione è forse la più favorevole perché tutto è ancora da definire e perché spesso a monte, come dicevo, ci sono accordi già in corso tra le parti che quindi non impongono decisioni immediate

potendo durare ancora fino a che, con maggiore consapevolezza, non emergano i motivi per modificare quegli accordi.

Una interessante sperimentazione in questa direzione ha visto protagonista il tribunale di Genova, già prima della riforma legislativa. Sul presupposto che il processo non può essere il contesto privilegiato per comporre un conflitto e che il giudice non può essere l'unico soggetto a governarlo, i giudici di quel tribunale hanno pensato l'udienza presidenziale come un tempo, più o meno ampio, nel quale favorire accordi spontanei. Il presidente, attraverso colloqui separati con ciascun coniuge, evidenzia ad entrambi ed ai loro avvocati le criticità emerse ma anche i paletti all'interno dei quali si potrebbe lavorare, esplicitando peraltro quei paletti così da garantire che non ci siano penalizzazioni marcate a carico di un solo genitore: su questo "compitino" rinvia l'udienza ad altra data, lasciando gli avvocati a lavorare con i loro clienti e riservandosi di verificare a certe scadenze il progredire di eventuali accordi. Questa modalità peraltro non può che riguardare le separazioni nelle quali la conflittualità si presenta come fisiologica e quei giudici si dimostrano ben consapevoli del fatto che per le separazioni più complesse occorrono strumenti più raffinati. Per questi casi allora il tribunale ha raggiunto un accordo con il locale consiglio dell'ordine degli psicologi il quale ha individuato una serie di professionisti, esperti dei conflitti, che, a prezzi concordati offrono una serie di incontri, prefissati in un numero massimo di 6-8 : il primo incontro è gratuito e serve a spiegare ai coniugi modalità ed obiettivi di una tale consultazione. Se i coniugi accettano, si prevedono incontri separati e, se c'è la loro disponibilità, anche due incontri comuni. Il rapporto tra le parti è fiduciario e nulla deve essere riferito al giudice neppure in ordine al completamento o meno del percorso. Se il presidente valuta la possibilità di un intervento di questo genere, lo propone alle parti, specificando che il percorso proposto è autonomo rispetto a quello giudiziario, che quindi dovrà trovare la sua conclusione o in accordi nel frattempo raggiunti o nel proseguimento della causa davanti all'istruttore, dopo i provvedimenti provvisori.

Il tribunale di Genova può proporre ai genitori conflittuali anche un percorso di mediazione psicologica offerto dalla ASL e la possibilità di un ascolto protetto del minore, ascolto che viene effettuato da uno psicologo dell'età evolutiva, nominato ausiliario del giudice: lo psicologo riceve dapprima i genitori e poi il bambino richiedendone l'accompagnamento a ciascuno. L'ascolto è centrato sulla sofferenza del bambino e le sedute si svolgono attraverso il gioco ed il disegno: i risultati di questo ascolto viene comunicato direttamente ai genitori e poi restituito in udienza al giudice attraverso il racconto che ne fa il professionista alla presenza dei genitori e dei legali. Il professionista non fa una relazione ma produce i disegni eseguiti dal bambino.

Insomma i giudici di quel tribunale hanno ritenuto di dover dedicare tempo e spazio a questa fase processuale prestando grande attenzione anche ai bambini.

Credo perciò che sia importante che i genitori attraverso i loro legali ma soprattutto attraverso le istruzioni dei giudici, siano preparati a pensare a come comunicare questo appuntamento ed i suoi obiettivi.

Su questo punto però non c'è molta chiarezza neppure tra gli addetti ai lavori perché alcuni ritengono che questo colloquio abbia anche fini istruttori mentre altri sostengono che esso serva solo ad illustrare le conseguenze che si verificheranno nella realtà del minore a seguito della iniziativa dei genitori. Personalmente ritengo che entrambi questi obiettivi siano contenuti nella norma perché l'ascolto/audizione (il titolo dell'articolo 155 sexies parla di ascolto e il testo di audizione come fossero la stessa cosa) è previsto tra i poteri del giudice in ordine all'assunzione di prove, mentre le norme internazionali si riferiscono in modo più ampio ad una doverosa conoscenza e maggiore consapevolezza della persona minore d'età circa i diritti che gli sono riconosciuti e circa le conseguenze che i procedimenti in corso attivano nella sua sfera giuridica.

In tutti gli studi che sono stati fatti in ordine alle conseguenze che certe procedure provocano nella vita dei minori, emerge con chiarezza che essi si lamentano soprattutto di non essere ascoltati adeguatamente e della scarsa considerazione che viene riservata alle loro richieste. Una psicologa

americana che era stata una strenua sostenitrice dell'affido congiunto, all'esito di una vasta ricerca condotta su un ampio campione di figli i cui genitori si erano separati 25 anni prima, aveva concluso che i figli si lamentavano sia di non essere mai stati veramente ascoltati, sia della rigidità dei provvedimenti o degli accordi raggiunti che non tenevano conto del variare dei loro bisogni con il progredire della loro età, sicchè, concludeva Judith Wallerstein, il divorzio amichevole era un obiettivo che soddisfaceva le esigenze degli adulti ma non anche i bisogni dei figli.

Quindi l'ascolto dei figli costituisce un passaggio importante per capire chi faceva che cosa durante la convivenza e chi fa che cosa dopo la separazione ma anche i desideri e le sofferenze provocate dal nuovo regime, con la dovuta attenzione peraltro perché i figli non si sentano arbitri delle decisioni che dovranno essere adottate.

Quindi un compito complesso che presuppone una qualche esperienza da parte del giudice, che in questo caso è un giudice non specializzato e che perciò è più abituato ad interrogare e contestare piuttosto che ad ascoltare.

Questa difficoltà rimanda subito ad una scelta di fondo tra ascolto diretto (cioè condotto personalmente dal giudice) ed ascolto indiretto (delegato ad esperti).

Buone ragioni militano a favore dell'una o dell'altra soluzione: tempi più rapidi, minori costi e, per i ragazzi più grandi, una verosimile aspettativa di incontrarsi con il giudice che deve decidere, starebbero a favore dell'ascolto diretto; la scarsa esperienza dei giudici, l'impatto dei ragazzini più piccoli con il "palazzo", i possibili sensi di colpa per le scelte esplicitate in un esame mal condotto, indurrebbero invece ad una delega dell'ascolto.

Ritengo che le due modalità debbano essere tenute ben presenti e scelte a seconda dell'età e delle specifiche problematiche.

Se si procede all'ascolto da parte del giudice qualche buona istruzione per l'uso dovrà pur essere seguita e, sebbene molto si sia già fatto per i giudici penali che devono sentire un minore come testimone, non mi risulta che uguale attenzione sia stata dedicata al contesto civile quando non si tratti di giustizia minorile. Perciò su questo fronte credo che ci sia molto da lavorare. Mi sentirei comunque di dire che se si decide di sentire un minore degli anni 12, la nomina di un ausiliario sarebbe comunque da privilegiare, perché in quel caso occorre anche apprezzare la capacità di discernimento, il che costituisce una valutazione squisitamente tecnica rispetto alla quale, a mio avviso, i giudici civili non hanno alcuna competenza.

Insomma anche l'ascolto diretto si può svolgere con modalità diverse che dovrebbero essere pensate e discusse dapprima all'interno degli uffici ma anche con i rappresentanti del foro, tenendo conto delle risorse umane e delle risorse che il territorio può offrire, alla ricerca delle soluzioni migliori possibili, in vicende che non devono essere riguardate come battaglie da vincere o perdere ma come situazioni critiche alle quali tutti devono dare il proprio contributo.

Anche il tema della documentazione di questo atto pone una serie di problemi che potrebbero essere semplificati dalla presenza di un assistente che proceda alla verbalizzazione, magari in forma riassuntiva: problema non facile in un'epoca in cui le risorse di uomini e mezzi sono limitate e le esigenze procedurali impongono comunque che gli atti siano redatti e contenuti nel fascicolo processuale.

L'ascolto indiretto consiste nella delega ad un professionista che sceglie insieme al giudice dove e con quali modalità effettuare l'incontro con il minore, possibilmente tenendo conto delle specificità del caso. Se l'ascolto avverrà in modo protetto, gli avvocati possono richiedere di assistere, sia pure dietro lo specchio; se invece l'incontro si svolgerà senza la presenza dei legali, si dovrà poi documentare l'atto compiuto in modo da rispettare le garanzie della difesa e del contraddittorio. Se non si procede con una videoregistrazione occorrerà pensare ad una udienza di restituzione in cui gli avvocati possano interloquire con il professionista nominato ausiliario del giudice.

L'ascolto indiretto può avvenire anche all'interno di una consulenza tecnica disposta dal giudice, il quale si trovi di fronte ad una vicenda particolarmente complessa e non sappia come decidere sulle istanze delle parti adulte. In questo caso le regole che devono essere seguite sono ben codificate ed il contraddittorio risulta ben garantito.

Resta il problema di chi dovrà informare il minore sulle conseguenze che si verificheranno nella sua vita a seguito della separazione e dei diritti che il figlio comunque mantiene rispetto ai genitori: ovviamente il C.T.U. è in grado di spiegare il senso e gli obiettivi della sua indagine e ciò farà anche con il minore, ma questo non comporta anche che il minore sia informato sui suoi diritti, rispetto ai quali è solo il giudice a svolgere un ruolo di garanzia. Credo di poter dire che non si sia ancora verificata una doppia convocazione da parte del giudice e da parte del C.T.U. ma l'informazione costituisce un diritto del minore che non può essere disatteso ed il problema resta perciò aperto.

Spesso i minori manifestano l'esigenza che quello che potrebbero dire resti segreto e non sia riferito ai genitori e su questo richiedono precise garanzie: le regole del processo non consentono che questo avvenga e perciò non può esserci alcuna alleanza su un simile patto che, se fosse richiesto, rinvierebbe immediatamente alle aspettative del minore rispetto al colloquio ed alle modalità con cui le domande sono state poste.

Altro problema rilevante è quando sentire i figli minori.

Come abbiamo visto anche il presidente può farlo prima di emettere i provvedimenti provvisori e anzi, secondo una certa lettura della norma, molti ritengono che solo il presidente debba procedere. L'importanza che attribuisco all'atto mi porta a dire che la scelta debba essere fatta in funzione della tutela del minore, interrogando i genitori anche su questo punto per accertare se essi siano consapevoli di questo passaggio, se lo abbiano già previsto, se ne abbiano già parlato con il figlio e, più in generale, che tipo di informazione abbiano fornito al figlio sulla loro vicenda familiare e sulla causa di separazione.

Se poi vi fosse una richiesta di non sentire il figlio, le ragioni dovrebbero essere adeguatamente indagate e la decisione di non sentirlo andrà motivatamente spiegata in un apposito provvedimento del giudice.

Abbiamo già detto che tra i poteri del presidente, ma ovviamente anche del giudice qualora la causa prosegua davanti all'istruttore perché le parti non si ritengono soddisfatte dei provvedimenti assunti in via provvisoria dal presidente, vi è la possibilità di ricorrere ad una consulenza tecnica che consiste in un parere motivato che si richiede ad altre professionalità. La consulenza può essere richiesta dalle parti ma resta uno strumento a disposizione del solo giudice: le parti possono richiedere a specialisti di propria fiducia di esprimere il loro giudizio sulla vicenda a sostegno di una richiesta di consulenza tecnica ma in ultima istanza sarà il giudice ad apprezzare le ragioni della richiesta ed a decidere se le problematiche poste alla sua attenzione meritino un intervento qualificato o possano essere affrontate e risolte dallo stesso giudice. Queste scelte costituiscono il normale lavoro di un giudice che è abituato a districarsi tra falsi problemi e problemi veri, anche in materie che presuppongono conoscenze tecniche specifiche, essendo comunque allenato a verificare i processi logici che stanno sotto le richieste che vengono formulate per apprezzarne la pertinenza e la rilevanza rispetto alla decisione da assumere.

Fino alla legge di riforma, le consulenze avevano come quesito la individuazione del genitore migliore al quale affidare il figlio e solo i professionisti più avveduti valutavano la capacità di ciascuno di consentire al figlio l'accesso anche all'altro come una risorsa della quale tener conto, nel decidere con quale dei due il figlio doveva stare. Il legislatore della riforma, con la regola generalizzata dell'affido condiviso ha risolto in parte il problema che si è così spostato sulla capacità di ciascuno di esercitare correttamente la potestà, ovvero sull'esame di particolari caratteristiche di personalità o di relazione, con la famiglia di origine o con nuovi partners, che sconsiglino l'affidamento condiviso perché esso risulterebbe dannoso per il figlio.

Una ipotesi residuale di affidamento monogenitoriale è quindi rimasta nella previsione legislativa e tale regime può essere indicato dal giudice solo quando l'affidamento anche all'altro costituisca un fattore di danno per la prole. Molto si è discusso su questa norma, per definirne l'esatto significato e l'ambito di applicazione. Le prime pronunce sul punto hanno evidenziato che la conflittualità anche accesa non costituisce un buon motivo per un affido esclusivo ad un solo genitore, così come la lontananza fisica di un genitore non comporta necessariamente la responsabilità di un solo genitore ma solo una particolare attenzione nella previsione dei tempi e dei modi di permanenza del figlio presso il genitore lontano e quindi dell'esercizio della potestà, che si gestisce con maggiore difficoltà quando si aggiungano alle normali problematiche anche quelle derivanti dalla distanza. Su questo punto peraltro le sentenze emesse sono meno unanimi nel loro indirizzo anche se è stato più volte ribadito che l'affidamento condiviso non significa pari tempo e pari occasioni di intervento nella vita del figlio.

Quindi altre dovranno essere le ragioni che possono indurre alla scelta di un affido ad un solo genitore: non è difficile individuare alcune situazioni tipo particolarmente gravi, quali situazioni di abuso da parte di un genitore ovvero la tossicodipendenza di uno dei due o lo stato di una lunga detenzione, che costituiscono oggettive situazioni di danno già accertato o di grave esposizione al verificarsi di un danno per il figlio.

Esiste però tutta una realtà, molto ampia, in cui un genitore è indubbiamente più capace dell'altro ma questo non giustifica la deroga al regime ordinario dell'affidamento condiviso.

Il messaggio non esplicitato, ma a mio avviso chiaro, che si può ricavare da questa legge è che i figli si ritrovano i genitori che gli sono capitati con le loro capacità e con le loro limitazioni senza che questo debba significare l'espulsione di uno dei due, perché quel bambino ha diritto ad essere aiutato da entrambi nella sua crescita. Questa prospettiva potrà forse consentire che ognuno faccia quello che può fare e che meglio sa fare per il figlio senza che ciò comporti la perdita del figlio se le sue risorse saranno limitate. La dovuta attenzione a competenze anche modeste, può costituire un disincentivo ad una gara a chi fa di più per il figlio, gara che spesso si mette in scena durante lo svolgimento del processo, e può rappresentare invece un'occasione per fare emergere risorse che in un clima competitivo non hanno la forza di mostrarsi. Questo tipo di situazioni, che costituiscono la stragrande maggioranza, non dà luogo ad affidi esclusivi a meno che non emerga, a seguito di indagini peritali, che la pochezza delle risorse di un genitore possa direttamente risentire di un'assunzione di responsabilità: in una sentenza del tribunale di Catania ad esempio il giudice ha deciso per un affido esclusivo alla madre avendo lo stesso padre fatto richiesta in tal senso perché il suo lavoro di autotrasportatore all'estero lo portava a star lontano per molto tempo e non riteneva perciò di avere le energie sufficienti per occuparsi anche della vita del figlio, rispetto al quale però si sentiva impegnato sotto il profilo economico. Una decisione che può essere occasione di dibattito ma che mi sembra corretta a fronte della situazione data che ha consigliato di assicurare al minore tutto quello che quel padre era disposto a dare e, verosimilmente, era capace di dare senza imporgli responsabilità maggiori che lo avrebbero ancora di più allontanato, per l'impossibilità di reggere la frustrazione di doversi confrontare con compiti superiori alle sue forze, ma da lui pretesi.

Perciò anche le indagini delegate ad un consulente dovranno adeguarsi a questa nuova realtà giuridica ed orientarsi verso la valutazione di dannosità e non più di migliore capacità di un genitore verso il figlio. Solo se emergerà la dannosità si dovrà disporre l'affido ad un solo genitore, regolamentando il diritto di visita con l'altro e prevedendo comunque che egli contribuisca alle decisioni più rilevanti per la vita del figlio.

L'unica opzione che il legislatore ha previsto per cercare una composizione del conflitto con strumenti più adeguati rispetto al contesto giudiziario, è quella della mediazione familiare.

Nella legge in vigore è previsto che il presidente (ma analogo potere appartiene anche al giudice istruttore nel prosieguo della causa) informi i coniugi della possibilità di far ricorso a questo strumento, che non costituisce un modo di definire la causa di separazione ma una risorsa che

potrebbe influire sulla conflittualità rendendo i coniugi più attivi protagonisti della loro separazione. Il rapporto con il mediatore resta un rapporto fiduciario ed il mediatore non dovrà riferire nulla al giudice, neppure in ordine al completamento o meno del percorso di mediazione. Una ricaduta ovvia del percorso mediativo nel processo sarà perciò costituito solo dal raggiungimento di accordi che trasformeranno la separazione giudiziale in una consensuale.

Non è certo questa la sede per spiegare la differenza tra conciliazione e mediazione, certo è che vi è molta confusione su questo punto a cominciare dai giudici che, non essendo specializzati e occupandosi perciò di molte materie diverse, spesso confondono un potere conciliativo che l'ordinamento riconosce loro, con la mediazione. Ulteriore confusione è generata dall'obbligo del giudice di esperire il tentativo di conciliazione quando i coniugi si presentano all'udienza presidenziale, il che comporta un possibile fraintendimento nei coniugi che, quando si sentono proporre un percorso mediativo, potrebbero legittimamente pensare ad un contesto nel quale si cerca di riconciliarli. Perciò occorre che gli avvocati ed i giudici conoscano le caratteristiche di questo strumento e che siano in grado di spiegarlo correttamente. Non solo, ma occorre anche che il giudice sappia quali risorse il territorio offre e le differenze tra questo strumento ed altri pure possibili.

Neppure il tempo nel quale proporre questa possibilità è neutro ma qui entriamo in campi più raffinati che presuppongono competenze specifiche.

Ho volutamente rinviato la trattazione degli aspetti economici della vicenda separativa sia perché essi sono più propri di un'assistenza legale, sia perché costituiscono la principale fonte del conflitto tra i coniugi, essendo ben conosciuta la valenza risarcitoria che il denaro rappresenta.

Ancora una volta però questa legge ha il pregio di aver cercato una più precisa definizione dei criteri con i quali andare a stabilire l'entità del contributo che grava su ciascun genitore. Al minore viene riconosciuto il diritto di veder soddisfatte le aspettative attuali a quel momento ed a mantenere il suo precedente tenore di vita ma il legislatore ha previsto che, fermo restando il principio di proporzionalità al proprio reddito di ciascun genitore, il giudice nello stabilire il quantum, dovrà tener conto delle risorse economiche di entrambi i genitori e dare valenza economica ai compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore, nonché ai tempi di permanenza del figlio presso ognuno di loro. Anche l'assegnazione della casa familiare dovrà essere valutata nella regolazione dei rapporti economici.

Alcune di queste indicazioni non sono nuove: il principio di proporzionalità al reddito e la valenza economica dell'assegnazione dell'abitazione erano già in uso con la vecchia normativa. Qui sono stati introdotti alcuni parametri soggettivi che si riferiscono al minore e si è dato risalto a quell'insieme di tempi e di modi dell'accudimento che limitano il tempo spendibile per la produzione del reddito.

La novità più rilevante, a mio avviso, è però costituita dal riferimento alle intere risorse economiche di ciascun genitore: non si deve perciò valutare solo il reddito ma l'intero patrimonio di ciascuno, con la possibilità per il giudice di disporre accertamenti, attraverso la polizia tributaria, sui redditi e sui beni oggetto di contestazione, anche se intestati a soggetti diversi, quando la documentazione prodotta dalle parti sia contestata da una di loro e il giudice ritenga necessario un approfondimento. Questa norma costituisce la risposta ad un fenomeno tutto italiano, che riguarda l'alto tasso di evasione fiscale di molti cittadini che rendono non necessariamente attendibili le dichiarazioni dei redditi ma anche una risposta ad un fenomeno che si riscontra in tutte le realtà sociali, relativo all'impoverimento di almeno uno dei nuclei, dopo la separazione.

La legge prevede in ordine alla ripartizione delle spese per il mantenimento della prole che ciascun genitore, oltre ad accordarsi su quello che è disposto a fare per il figlio, possa anche accordarsi su chi paga che cosa per il suo mantenimento. Resta peraltro la possibilità, ove necessario, di stabilire un quantum da versare con assegno all'altro genitore finché il figlio è minore e direttamente al figlio dopo la sua maggiore età. L'ipotesi di una assunzione diretta di spesa da parte di un genitore è ovviamente legata alla ragionevole previsione che quel genitore saprà puntualmente adempiere al

proprio obbligo, essendo di tutta evidenza il grave disagio che deriverebbe al minore da un inadempimento, per esempio, delle spese scolastiche o di una qualche attività di tempo libero, che potrebbe venir sospesa a seguito del mancato pagamento di quanto dovuto. Questa possibilità viene perciò utilizzata con molta parsimonia e solo in caso di separazione consensuale.

Lo strumento più usato per il contributo di mantenimento resta perciò l'assegno periodico. La corresponsione di esso direttamente al figlio divenuto maggiorenne, costituisce una novità della quale occorrerà apprezzare nel tempo le implicazioni e le ricadute sugli equilibri tra figlio e ciascun genitore.

Il legislatore della riforma ha affrontato anche il problema dell'esecuzione dei provvedimenti emessi in sede di separazione, delegandola allo stesso giudice che ha pronunciato la separazione. Il problema dell'esecuzione è molto tecnico e non è perciò il caso di affrontarlo in questa sede. Risulta peraltro a tutti evidente che se una disposizione del giudice diventa di difficile esecuzione quando essa non sia spontaneamente adempiuta, la disposizione stessa finisce per diventare puramente declamatoria. Lo strumento esecutivo pensato per questo tipo di disposizioni risultava del tutto incompatibile con i tempi, in genere molto stretti, delle disposizioni relative ad esempio alle visite e con la ripetitività di tali situazioni. Già in una modifica della legge sul divorzio, il legislatore aveva indicato come competente il giudice del merito e tale previsione è stata ribadita dal legislatore della riforma anche per la separazione.

Ora perciò il giudice che ha ratificato gli accordi delle parti o che, in una separazione giudiziale ha indicato quanto tempo e come il figlio, collocato presso un genitore, potrà stare anche con l'altro, resta l'unico referente per tutte le inosservanze di tali disposizioni. Questa legge conferisce al giudice della separazione un insieme di poteri che vanno dalla modificazione delle disposizioni, e che possono arrivare anche ad un cambiamento del regime di affidamento, ad una vera e propria valutazione del comportamento del genitore inadempiente o che si manifesti come pretestuosamente litigioso: se l'"esame" del genitore sarà negativo, questo può dar luogo, anche congiuntamente, all'ammonizione del genitore che ostacoli il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, ad un risarcimento del danno a carico di uno o di entrambi i genitori in favore del figlio, ad un risarcimento del danno a carico di un genitore in favore dell'altro o alla condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in favore della Cassa delle Ammende che va da un minimo di 75 euro ad un massimo di 5.000 euro.

Insomma il legislatore della riforma, pur non occupandosi del conflitto tra coniugi che siano anche genitori, dimostra chiaramente il suo disfavore verso chi litiga senza ragione e senza ragionevolezza delegando al giudice il potere di stigmatizzare negativamente gli ulteriori ostacoli frapposti ad una situazione che è già difficile da gestire e che non necessita perciò di ulteriori fattori di complessità.

Bibliografia

Centro Ausiliario per i Problemi Minorili (2005) *I figli dei genitori separati*. Franco Angeli, Milano.

