

Quanto scritto qui di seguito è riferito al progetto di legge 66 nella sua forma integrale ed originale.

IL PROBLEMA

Superare l'affidamento dei figli a un solo genitore nelle separazioni coniugali, adottato ancora in misura decisamente prevalente, è apparsa come una necessità inderogabile. Esso comporta, infatti, se ci attiene al dettato normativo, la virtuale impossibilità di un significativo rapporto dei figli con l'altro genitore, cui è concesso solo un mortificante "diritto di visita", di regola limitato a fine settimana alternati e a una sequenza di pochi giorni nei periodi di vacanza. Tali incontri sono per giunta facoltativi, per cui in definitiva questo regime penalizza non solo chi vorrebbe restare genitore davvero, ma anche chi, avendo avuto l'affidamento, vorrebbe condividere il peso e la fatica dell'educazione dei figli, se dall'altra parte trova un genitore non-affidatario poco responsabile. Ma soprattutto penalizza i figli, che non di rado accusano questa brutale amputazione di un fondamentale legame affettivo con pesanti squilibri psicologici e a volte perfino con negative ripercussioni sulla salute.

Un effetto secondario tanto più difficile da accettare perché non indispensabile, e perciò fonte di un turbamento che si manifesta in tanti inquietanti perché: "Cosa c'entravo io con la rottura tra di loro? Perché mio padre non può venirmi a prendere a scuola quando ne ha il tempo? Perché non posso andare a fare i compiti da lui quando mi farebbe comodo? Perché mia madre non ha un "cambio" da lui quando è affogata nelle cose da fare? Perché sono andati ad abitare tanto lontano tra loro, facendomi perdere un sacco di tempo per passare da un posto all'altro?" E soprattutto, quando è passato un certo tempo: "Perché si è permesso che il filo si spezzasse? Come avrei potuto avere qualcosa da dire a mio padre in quei tristissimi fine-settimana, dopo anni di "visite" quindicinali, in cui piano piano abbiamo scoperto che le parole non venivano più, che la confidenza era perduta? Possibile che "i grandi" non abbiano saputo inventare niente di meglio dell'affidamento esclusivo?"

LE ORIGINI DELLA RIFORMA

All'inizio degli anni novanta l'associazione Crescere Insieme ha proceduto ad elaborare un progetto che ha tenuto in notevole conto l'esperienza di altri paesi, accogliendo le soluzioni che hanno dato altrove i migliori risultati e che sono apparse più facilmente trapiantabili in Italia. E' nato così un progetto di riforma che cambia le regole dell'affidamento e che **ormai per quattro legislature (10 anni)** è stato presente in Parlamento. Questo può rendere un'idea di quanto, se pur sostenuto da numerosissime associazioni e da un notevole numero di cittadini italiani, questo progetto sia stato ostacolato dal mondo politico e da una serie di lobbies estremamente potenti all'interno del parlamento italiano e largamente interessate al business delle separazioni. Numerose leggi vengono approvate in poche settimane, là dove gli interessi affinché vengano approvate siano condivisi dalla classe politica dirigente.

L'IDEA BASE

La responsabilità genitoriale, intesa come diritto-dovere di educazione e cura dei figli, deve essere lasciata di regola a entrambi i genitori - salvo i casi di decadenza motivata - e arricchita di contenuti variabili caso per caso in funzione del regime di vita pregresso e delle disponibilità di ciascuno nel nuovo regime. In altre parole: al figlio dovrà essere conservato il diritto di ricevere da ciascun genitore ciò che questi gli può dare e ciò che da lui vuole, anche modificando nel tempo, con la crescita, i tempi e i luoghi della frequentazione. Un'abolizione quindi dell'affidamento esclusivo quale rigida frattura e discriminazione tra i due genitori, mentre ciascun genitore, in condizioni di pari dignità, si assumerà compiti e incombenze appartenenti alla vita quotidiana. La costruzione di queste intese, se la coppia non ne sarà capace da sola, dovrebbe avvenire con l'aiuto della mediazione familiare, alla quale l'originale proposta di nuova legge dava pieno riconoscimento e attribuiva un ruolo fondamentale.

Nei casi più difficili, di elevata conflittualità, il disegno prevedeva l'esercizio condiviso della potestà, o semplicemente "affidamento condiviso", un istituto nuovo per l'Italia, sostanzialmente diverso dall'affidamento congiunto. Quest'ultimo, già precedentemente esistente, comporta sovrapposizione, non ripartizione, delle competenze, e obbligo di concordare ogni minima decisione, cosa non sempre possibile. L'affidamento condiviso, invece, mantenendo distinti i ruoli e le competenze, come avviene spesso anche nella famiglia unita, esige un molto minore impegno dalla coppia separata. In sostanza, infatti, si crea una sorta di relazione triangolare nella quale al figlio si riconosce il diritto e si dà la possibilità di interagire separatamente con ciascuno dei genitori, mentre la relazione tra essi resta facoltativa e, anche nel meno favorevole dei casi - quello di figli piccolissimi, comunque non superiore a quella richiesta dall'affidamento esclusivo.

GLI ASPETTI ECONOMICI

Il contributo al mantenimento dei figli in caso di affidamento esclusivo avviene oggi attraverso la corresponsione di un assegno che il genitore non affidatario deve versare nelle mani dell'affidatario, restando privo di ogni facoltà di scelta sulla sua utilizzazione e di controllo delle uscite. Tale meccanismo induce quindi

molto spesso nell'obbligato una biasimevole, ma prevedibile, tendenza a non corrisponderlo, che provoca frequentissime liti e un grave impoverimento del nucleo familiare residuo (tipicamente la madre con i figli). Si è, quindi, prevista la possibilità, su richiesta, di assolvere gli obblighi economici provvedendo direttamente ad alcune necessità dei figli, salvo conguaglio, in funzione del reddito. Più precisamente, si dovrà stabilire quanto costa il mantenimento di quel figlio (tenendo conto dell'età, del reddito familiare, della zona di residenza ecc.) e ripartire la cifra in proporzione al reddito tenendo conto anche delle spese dirette, sia di quelle inevitabilmente affrontate per effetto della convivenza che di quelle che volontariamente un genitore si offra di sostenere. Anche per questo tipo di valutazione (quanto possono costare specificamente in quella certa tipologia l'abbigliamento, le vacanze, le attività sportive ecc.) esistono tabelle elaborate su base ISTAT e aggiornate di anno in anno. Si è visto in esperienze all'estero che in questo modo la conflittualità si abbatta e la disponibilità economica dei figli raddoppia..

LA RIFORMA E LE DONNE

Queste valutazioni economiche includono per la prima volta anche la considerazione del lavoro di cura dei figli, che concorre alla determinazione del contributo di ciascun genitore. Si può ipotizzare che la cosa andrà prevalentemente a vantaggio delle madri - al momento del concepimento della legge di regola affidatarie in esclusiva - che potranno avvantaggiarsi anche della condivisione delle responsabilità e del peso della cura dei figli, in nome di un principio di pari opportunità correttamente inteso. E non a caso molte associazioni femminili - ad es, Ass. Donne Separate (Latina), Ass. Donne Divorziate e Separate (Pordenone), Ass. Mamme Separate (Como), CIF (Roma) - hanno accolto favorevolmente la riforma, che sostengono con fermezza da tempo. Inoltre, si pensi anche che oggi il regime congiunto comporta di regola in sentenza la compensazione automatica degli obblighi economici ("essendo l'affidamento congiunto, nulla è dovuto tra i genitori") si legge spesso nelle sentenze, anche se i redditi e gli oneri sono decisamente diversi. Con la riforma si dovrà invece effettuare sempre una valutazione precisa di entrambi i parametri. Un metodo equo, indispensabile per prevenire uno dei più gravi e frequenti motivi di conflitto.

E' pacifico, d'altra parte, che a qualche categoria di donne l'accantonamento dell'affidamento esclusivo non piacerà. Sicuramente a quella fazione che finora lo ha potuto usare per consumare atroci vendette sull'ex, negandogli il contatto con i figli, o che ha potuto trasformare la separazione in un lucroso affare economico mercificando le ore di incontro.

L'HANDICAP

Spesso la presenza di figli con handicap rende più fragile il legame familiare ed esalta la tentazione della fuga per il genitore che si aspetta di essere esonerato dall'affidamento. A questo aspetto si è pensato sia mantenendo comunque gli obblighi di cura in capo a entrambi i genitori, sia estendendo ai figli maggiorenni portatori di handicap le tutele a vantaggio dei minori figli di separati previste dalla presente proposta di legge.

LA MEDIAZIONE FAMILIARE

E' questo un aspetto complementare della riforma, tanto che una stesura del progetto (pdl 1977, XIII Legislatura) lo ignorava del tutto. Resta il fatto che i promotori della riforma lo ritenessero strumento utilissimo e di fondamentale importanza e pertanto non hanno inteso stralciarlo, a dispetto delle difficoltà che presenta la sua formale introduzione nel codice civile, dovute essenzialmente alle profonde differenze tra le varie scuole di pensiero cui afferiscono gli operatori stessi della mediazione.

Dopo un lungo cammino legislativo e una sempre più accurata meditazione del problema si conclude a favore della istituzione di centri polifunzionali (adatti dunque non solo alla mediazione, ma anche alla consulenza e alla terapia familiare, visto che non si può sapere a priori di quale tipo di intervento la coppia abbia bisogno), ai quali il magistrato potesse suggerire di rivolgersi e presso i quali ciascun genitore assumesse le informazioni di base (quale percorso, in quali termini, con quali prospettive ecc.) restando libero di servirsene fino in fondo o di interrompere in qualsiasi momento la collaborazione. Da tale percorso, si è detto, si potrà uscire con un accordo, liberamente sottoscritto dalle parti, che verrà poi fatto omologare dal giudice, o, in sua assenza, con il mantenimento da parte di ciascuno di posizioni distinte riassunte in un progetto individuale che il rispettivo legale farà pervenire al giudice. Questo modello (pdl 66, XIV Legislatura) è stato integrato con la precisazione dei requisiti e delle competenze che devono possedere gli operatori che verranno addetto a tale servizio, seguendo le utili indicazioni fornite dal presidente attuale della Simef attraverso la pdl 2344 (Mussolini et al.).

Da altri soggetti è successivamente venuto il suggerimento, a favore del quale sono previsti emendamenti, di evitare il riferimento a strutture non ancora esistenti sostituendo ai "Centri polifunzionali" gli attuali consultori. Crescere Insieme, decisamente favorevole ai centri, ha allora ritenuto giustificato non rinunciare più al proprio personale convincimento, proponendo per via emendativa quello che era sempre stato il proprio ideale modello-base, secondo il quale, coeteris paribus, il passaggio, al solo scopo informativo, è obbligatorio per tutte le coppie che non abbiano saputo costruire un accordo con le proprie risorse ed è spostato alla fase preliminare, prima di rivolgersi agli organi giudiziari. I vantaggi di questa soluzione sono svariati:

- togliere al giudice l'imbarazzo di una valutazione di opportunità o meno, per compiere la quale ha ben pochi strumenti;
- prevenire l'inasprimento del conflitto, di regola inevitabile dopo l'inizio delle operazioni legali, in modo da rendere più probabile il successo della mediazione;
- evitare una interruzione del processo legale, accorciando i tempi della fase più traumatica;
- evitare che la famiglia separata debba vivere per un tempo che può essere non brevissimo secondo un assetto che è già quello della separazione perché le azioni legali sono iniziate, ma non è ancora quello definitivo, perché la mediazione non è stata ancora completata, né la sentenza pronunciata.. In altre parole, in un regime di totale e terrificante incertezza.

OBIEZIONI E RISPOSTE

Affidamento esclusivo e affidamento bigenitoriale. Se è vero, come dice l'art. 30 della Costituzione, che l'educazione e la cura dei figli sono un diritto-dovere, l'esercizio e l'assolvimento relativi non possono essere fatti dipendere dalla bontà dei rapporti del titolare di esso con una terza persona, ma solo da comportamenti a lui imputabili. Anche perché in questo modo diventa semplicissimo espellere l'altro genitore, o farsi esonerare dalla responsabilità genitoriale: basta alzare i toni della polemica, anche solo come espediente processuale. Si può, dunque, affidare un figlio a un solo genitore, ma solo quando al bambino deriverebbe un danno grave dal contatto con l'altro. In assenza di questa circostanza l'affidamento esclusivo diventa illegittimo e quindi improponibile, in uno stato di diritto.

Viceversa, mantenere la bigenitorialità significa rispettare il diritto del minore ad avere relazioni piene e significative con entrambi i genitori, nonché il diritto-dovere di ciascuno di essi di educarlo e prendersene cura (Costit., art. 30). Ciò a prescindere dalla loro capacità di collaborazione, certamente auspicabile, ma estranea al rapporto genitore-figlio. Quindi, nessuna imposizione. Stabilire un affidamento esclusivo significa privare un cittadino, a carico del quale nulla viene stabilito, di un suo diritto: l'esercizio della potestà. Equivale a comminare di prepotenza, con la sola forza della legge, una pena in assenza di colpa; ancora una volta un atto contrario al più elementare principio su cui si fonda uno stato di diritto. Quindi la prassi dell'affidamento condiviso che si vuole stabilire non costituisce "obbligo" di investire per forza due soggetti di una facoltà che spetterebbe tipicamente a uno solo, ma "impossibilità" per il giudice di comminare una sanzione senza motivarla con una attribuzione di colpa. Applicazione pratica. D'altra parte, i matrimoni che si concludono con una separazione durano mediamente quasi 14 anni. Questo comporta che l'età media dei figli al momento della separazione sia già superiore ai sei anni. Poi crescono. Quindi i figli dei separati sono tipicamente degli adolescenti con un discreto grado di autonomia, per cui la liberalizzazione dei rapporti tra genitori e figli non è un optional privo di ricadute pratiche, ma un'esigenza fortemente sentita proprio dai figli, che sarebbero perfettamente in grado di goderne, di regola. Non è forse un diritto dei figli potersi relazionare con ciascun genitore flessibilmente, in funzione delle proprie esigenze che mutano nel tempo qualitativamente e quantitativamente?

Difatti, punto chiave, affidamento a entrambi genitori, nel senso del testo unificato non significa affatto 50% del tempo con ciascun genitore, né 50% delle competenze, né "ping-pong" tra due case: significa conservazione della responsabilità genitoriale per entrambi con modalità di esercizio della potestà da stabilire caso per caso. Quindi, anche quando è necessaria una distribuzione di tempi e incombenze fortemente asimmetrica. In altre parole, si può avere, se necessario, una divisione temporale simile ad un affidamento esclusivo senza la sua rigidità, né le sue umilianti discriminazioni. In altri termini: ciò che si vuole stabilire è l'impossibilità di separare la potestà genitoriale dal suo esercizio, che è un vero nonsenso giuridico. Se non si è idonei a svolgere i compiti di un genitore si decade dalla potestà; se lo si è, non c'è motivo di essere privati del suo esercizio, quale che ne sia la misura e il modo. Riconoscere idonea una persona a svolgere i suoi compiti di genitori e impedirglielo è come dare la patente a uno e proibirgli di guidare la macchina. Il metodo migliore per farlo imbestialire. E viceversa. La condizione fondamentale perché degli accordi siano rispettati e una sentenza osservata è che i suoi contenuti siano "sentiti" come equi e giusti. Può una persona che fino alla separazione è stato buon genitore e ha fatto fino in fondo il suo dovere, sentire come giusta una condizione che lo discrimina in misura sostanziale, privandolo perfino dei più elementari diritti, come quello di intrattenersi liberamente con un figlio, al di fuori degli ambiti dell'altro? C'è da stupirsi se inizierà a covare propositi di rivalsa? Ecco una delle principali fonti di conflittualità ed ecco uno dei motivi che rendono il genitore non affidatario non solo pieno di rancore verso con l'altro, ma anche verso il giudice che ha pronunciato la sentenza e il sistema che lo ha permesso: insomma, un cittadino in rivolta contro le istituzioni. La conflittualità. Resta, ovviamente, il problema della collaborazione quando la conflittualità si presenta elevatissima, tanto da impedire qualsiasi forma di dialogo civile..

Chiarisco subito che è prevedibile che il numero di queste situazioni si riduca fortemente, potendosi eliminare tutte le situazioni in cui il conflitto nasce proprio dal tentativo di entrambi di essere "il genitore esclusivo", e potendosi avvalere la coppia con molta maggior facilità del contributo della mediazione familiare. Scrive a questo proposito Mario Finocchiaro nell'Editoriale di Guida al Diritto del 16-2.-02 (dal titolo "Affidamento congiunto: le tante ragioni per aprire le porte a una rivoluzione"): "Si obietta, da quanti sono perplessi a fronte di una tale novità, che un affidamento congiunto può dare risultati positivi solo se i genitori sono "maturi" e lo "accettano" e che, pertanto, la via non è praticabile in presenza di coniugi (o ex coniugi)

tra i quali sussista uno stato di conflittualità. La critica, a mio avviso, non coglie nel segno. Contrariamente a quanto comunemente si crede, non è la conflittualità tra i genitori che impone l' "affidamento esclusivo" a uno di essi, ma è proprio la previsione che la regola sia l'affidamento esclusivo e l'eccezione quello congiunto la fonte della conflittualità".

Comunque, si dovrà affrontare un certo numero di situazioni per le quali l'esercizio congiunto della potestà, regime ordinario nel testo unificato, non è praticabile.

Si è pensato allora ad un regime diverso, a una potestà distribuita, prevista e sperimentata sia in Spagna che in Germania: l'esercizio condiviso della potestà. Chiariamo cosa comporta.

Le decisioni principali - sull'educazione religiosa, la salute o la scuola - restano comunque da concordare.

Ma questo non dovrebbe suscitare obiezioni, visto che perfino il regime monogenitoriale vuole così .

Per quanto riguarda la gestione del quotidiano, invece, anziché dare mandato a un solo genitore di provvedere a tutto, il giudice stabilirà in anticipo a chi spetta l'ultima parola sulle singole questioni o attività, senza che si escluda, neppure temporaneamente, la partecipazione ad esse di ciascun genitore. Un esempio può aiutare a capire: in caso di disaccordo sulla scelta della piscina questa spetterà al genitore che ha la responsabilità delle attività sportive e/o ricreative, ma questo non vuol dire assolutamente che l'altro non potrà accompagnarvi il figlio o assistere alle gare di nuoto. Un'obiezione frequentissima : "Come fa il giudice a ricordarsi di tutto, nell'assegnare i compiti? Si corre il rischio che il bambino resti senza il latte perché non è stato fissato chi lo compra" Ovviamente il sistema non è così sciocco. Verranno stabilite le competenze di un genitore e tutte le altre - per differenza e quindi senza elencarle - saranno dell'altro.

Per i casi difficili, affidamento esclusivo o condiviso? Certamente l'affidamento condiviso, soluzione estrema per i casi più difficili, non risolve tutti i problemi, ma occorre rammentare che non esiste soluzione perfetta per una situazione imperfetta. Chi è ostile alla riforma non fa mai il confronto con il regime vigente, per stabilirne la vantaggiosità relativa - così come neanche si pone i problemi di legittimità sopra visti. Gioca, invece, in attacco, facendo notare le carenze non eliminate da un affidamento a entrambi i genitori, senza comparazioni. Si dice che i figli vivranno in un clima molto peggiore imponendo il congiunto in presenza di una conflittualità elevata. Ma, se nella coppia il disaccordo è profondo, discriminando i genitori è altamente probabile che il conflitto divenga addirittura esplosivo. Ricordiamoci che in Germania è l'affidamento esclusivo a poter essere stabilito, su richiesta di un genitore, solo se l'altro è d'accordo! Si dice che i padri per la maggior parte non sono interessati alla cura dei figli; ma non ci si chiede qual'è oggi la sorte di quelli interessati, né se questo numero sia destinato ad aumentare per effetto di una riforma che li richiami ai loro doveri. Si dice che il giudice ha troppo potere decisionale perché stabilisce i compiti di ciascuno in caso di disaccordo; ma si dimentica che oggi decide addirittura chi eliminare completamente. Si dice che il mantenimento diretto da parte di ciascun genitore, con riduzione di importanza dell'assegno, espone al rischio che un genitore assolva il suo obbligo in modo inadeguato (ad es., comprando scarpe di pessima qualità) e che è difficilissimo ottenere la prestazione quando l'obbligo è "di fare"; ma non si osserva che con il sistema attuale c'è un genitore (l'affidatario) che gestisce integralmente le risorse in modo incontrollato e che ha solo obblighi di fare, con rischi di inadeguatezza ancora più gravi.

Assegno o mantenimento diretto? Quest'ultimo punto merita un approfondimento. E' noto che alcuni dei genitori non affidatari versano all'altro coniuge il contributo per i figli in modo parziale o del tutto irregolare. Di fronte a un rifiuto di rispettare la norma di così ampie proporzioni, ci si deve chiedere se sia sbagliata la forma di corresponsione del contributo, invece che impegnarsi ad escogitare meccanismi coercitivi e repressivi. In effetti le radici dell'inadempienza stanno proprio nell'assurdità e offensività del meccanismo. Per quale motivo un genitore che ha un obbligo verso i figli che può benissimo assolvere di persona viene costretto a farlo attraverso l'altro, senza delega e senza rendiconto, magari in presenza di un partner che parteciperà alla gestione dei suoi soldi? Perché non deve essergli consentito di fare la sua parte pagando l'affitto della casa e la retta scolastica, e/o coprendo le spese per le vacanze e i mezzi di trasporto? Si dovrebbe capire che questo rifiuto equivale a un processo alle intenzioni, a una condanna a priori, a una gratuita dichiarazione di sfiducia. Ecco un'altra gravissima fonte di conflittualità! E non ci si nasconde dietro il fatto che la partecipazione alle spese per salute e istruzione prevista dall'esclusivo crea continue contestazioni. Altra cosa è ricevere la richiesta di pagare una nota professionale di origine sconosciuta, altra cosa è pagare le cose o i servizi che si sono scelti. Le alternative proposte La pdl 2233 (Lucidi et al.) dichiara di voler abolire l'istituto dell'affidamento, ma prevede che il giudice nomini sempre un "genitore convivente", distinguendolo dal "non convivente" per il fatto che a lui soltanto è delegata la gestione dell'ordinario. Esattamente come per il genitore che oggi ha l'affidamento esclusivo. Con l'aggravante che essendo questa distinzione operata sempre, non scomparirebbe, rispetto a oggi, l'affidamento esclusivo, ma l'affidamento congiunto, che già supera il 10%. Una vera controrivoluzione.

Non diversamente operano le proposte degli on. Mantini (2576) e Mussolini (2344), che prevedono che l'affidamento congiunto sia la soluzione considerata per prima, ma che si proceda alla consueta scelta tra i genitori in caso di disaccordo. Esattamente come oggi, a ben guardare. Di congiunti non ne avremmo uno solo in più. Emendare in questo senso il testo unificato vorrebbe dire sabotare completamente il progetto, aprendo una crisi difficilissima nei rapporti tra il popolo e i suoi rappresentanti. Non si può dunque

concludere che auspicando che giungano sì emendamenti al testo unificato, ma solo per renderne più incisiva l'azione riformatrice, e che l'assemblea possa dare consenso unanime alle richieste della famiglia separata, come del resto è già avvenuto in Francia.