

Tesi di Mediazione Familiare

di Mariella RUSSO

Corso di Mediazione Familiare (Seconda Edizione, Anno 2012- 2013)
dell'Associazione Me.Dia.Re.

IL RUOLO DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE NEL PROCEDIMENTO DELL’AFFIDO CONDIVISO

Sommario

INTRODUZIONE	2
Capitolo Primo.....	5
CENNI DI DIRITTO DI FAMIGLIA.....	5
1. L’INDIVIDUAZIONE DEL CONCETTO DI FAMIGLIA	5
1.1 La famiglia come ordinamento originario.....	5
1.2 La famiglia come formazione sociale	6
1.3 L’implicito riconoscimento della famiglia di fatto al fine della tutela del minore	7
2. Breve introduzione storica dell’istituto dell’affidamento.....	10
2.1 La legge 898/1970 e la legge 151/1975	12
2.2 La legge n. 74/1987	13
Capitolo Secondo	17
AFFIDAMENTO CONDIVISO	17
1. ANALISI DELLA LEGGE 8 FEBBRAIO 2006, N. 54. DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SEPARAZIONE DEI GENITORI E AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI	17
1.1 Esigenze che hanno motivato l’intervento legislativo che ha dato vita alla legge 54/2006.....	18
1.2 Il diritto alla Bigenitorialità.....	19
1.3 Dubbi sull’interpretazione della legge sull’affido condiviso	23
Capitolo Terzo	26
LA MEDIAZIONE FAMILIARE	26
1. LA MEDIAZIONE FAMILIARE NELLA LEGGE N. 54/2006	26
2. LA MEDIAZIONE FAMILIARE COME STRUMENTO PER LA GESTIONE DEI CONFLITTI ..	28

3. IL CONFLITTO.....	32
3.1 Il conflitto e la legge 54/2006	32
3.2 Condividere il conflitto.....	34
UNA STORIA DI MEDIAZIONE:.....	37
GIANNI, LUISA E ALICE.....	37
Primo incontro con Gianni	38
Secondo incontro con Gianni	41
L'incontro con Luisa	42
La Mediazione tra Gianni e Luisa	44
CONCLUSIONI.....	48

INTRODUZIONE

Il conflitto può terminare anche con la morte: non è sorprendente, dunque, che provochi paura. (L. Parkinson, *La Mediazione Familiare*, pag. 25).

Queste sono le parole con cui Lisa Parkinson introduce il primo paragrafo relativo al conflitto nel suo libro dedicato alla mediazione familiare.

Si potrebbe quindi dedurre che è corretto attribuire al conflitto, come infatti solitamente accade, una valenza negativa. Ma non è così, perché l'autrice nel proseguire ci spiega, che il conflitto è necessario per la crescita e il cambiamento. Ciò che conta sono le modalità in cui questo viene gestito, infatti questa guerra, per usufruire di uno dei sinonimi che vengono utilizzati dai vari dizionari per darne una definizione, potrebbe diventare un'occasione di confronto. Come possiamo notare, soprattutto quando noi in prima persona siamo i protagonisti di questo evento che ci sconvolge, si ha una reazione primitiva comune agli animali, è l'istinto che ci prepara ad attaccare per poterci difendere.

Lisa Parkinson afferma, però, che: "Se il conflitto è gestito attentamente, non è necessariamente distruttivo. L'energia generata nel conflitto può essere utilizzata in modo costruttivo. Le relazioni possono uscirne migliorate e rafforzate".

Per ottenere questo risultato è necessario rivolgersi ad un terzo soggetto che sia: accogliente cioè disposto a comprendere l'altro attraverso un ascolto attivo e una

comunicazione empatica; neutrale quindi disponibile ad accogliere senza preferenze ed infine che abbia capacità direttive e cioè in grado di gestire la situazione.

Queste sono, molto sinteticamente, le abilità che deve possedere un buon mediatore.

E' possibile affermare che una delle prime mediazioni, avvenute nel passato, si trovi nella storia del Re Salomone.

Nel mondo antico era fatto comune chiedere il giudizio del re e quindi rivolgersi ad un soggetto terzo al di sopra delle parti.

La storia narra che due donne vivevano insieme ed avevano partorito negli stessi giorni un bambino.

Durante la notte uno dei due bambini morì e la mamma lo scambiò con quello dell'altra donna. Al mattino la vera mamma, riconoscendo il suo bambino, fece causa alla compagna davanti al re per riavere il figlio.

Il re Salomone ordinò di tagliare il bambino conteso in due e darne una metà all'una e una metà all'altra.

La vera madre allora pregò il re di non fare del male al bambino e di lasciarlo all'altra, che si riteneva soddisfatta della spartizione.

Allora il re disse: "Non fatelo morire e date alla prima donna il bimbo vivo: quella è sua madre, che è disposta a rinunciare a lui purché viva."

Questo esempio, così lontano nel tempo, ci descrive una situazione che oggi è molto attuale e cioè la strumentalizzazione dei figli da parte dei genitori che si separano mettendo i propri bisogni in primo piano e tralasciando quello che dovrebbe essere il bene del bambino.

Il tema dell'affidamento dei figli è stato a lungo analizzato. Sono state diverse le disposizioni normative che hanno cercato di porre rimedio a questa problematica. L'intervento più importante è stato quello apportato dalla legge n. 54/ 2006 sulle Disposizioni in Materia di Separazione dei Genitori e Affidamento Condiviso dei Figli la quale ha modificato l'art. 155 del codice civile. Questo articolo pone come principio cardine la bigenitorialità e cioè afferma il diritto soggettivo del figlio minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi, attribuendo così un nuovo ruolo al minore. Il legislatore ha, in questo modo, voluto sottolineare la

centralità dei figli, anziché costruire la norma sotto il profilo dell'imposizione di doveri ai genitori nei confronti della prole.

Inoltre il secondo comma dell'art. 155 sexies disciplina l'ipotesi della mediazione familiare qualora il giudice ne ravvisi l'opportunità.

Capitolo Primo

CENNI DI DIRITTO DI FAMIGLIA

1. L'INDIVIDUAZIONE DEL CONCETTO DI FAMIGLIA

Quando si parla di famiglia si parte sempre dal famoso art. 29 della Costituzione.

Art. 29

La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

1.1 La famiglia come ordinamento originario

La famiglia è una società naturale che si inserisce a pieno titolo tra le formazioni sociali riconosciute dalla Repubblica dall'art. 2 Cost. nel cui ambito si svolge la personalità dell'uomo.

L'aggettivo "naturale" è qui inteso in senso di originale:

"cioè a dire una società originaria, e quindi un ordinamento giuridico originario, e per ciò stesso, preesistente allo Stato" (Grassetti, I principi costituzionali relativi al diritto familiare, in Commentario sistematico alla Costituzione, diretto da Calamandrei, Levi, Firenze, 1950, p. 258).

La famiglia nasce spontaneamente, per un'esigenza naturale, spirituale dell'uomo, per il bisogno insito in ciascun essere umano di creare un centro di affetti per il completamento di sé. La sua essenza, dunque, è metagiuridica: essa esiste prima ed indipendentemente da un riconoscimento dello Stato, è una realtà

che il diritto non crea ma trova (Puleo, voce Famiglia. Disciplina privatistica: in generale, in Enc. Giur. Treccani, XIV, 1989, pag.1)

E' un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto: la sua intima essenza rimane metagiuridica (Jemolo, La famiglia e il diritto, in Pagine sparse di diritto e storiografia, Milano, 1975, pag. 241).

1.2 La famiglia come formazione sociale

Il riferimento alla società naturale viene qui inteso in senso puramente recettizio: “nel senso di riconoscimento da parte del nostro ordinamento giuridico di ciò che secondo natura si intende per famiglia in un dato momento dell'evoluzione storica”. 3

Il concetto di famiglia va' dunque ricercato nella realtà sociale, così come la relativa struttura ed organizzazione deve essere trovata nei modi in cui concretamente si pone e si ripropone nella storia.

Si dissolve la visione della comunità familiare come valore assoluto e portatore di un interesse superindividuale, e si afferma una concezione dell'organismo familiare che si pone in funzione della persona.

I diritti della famiglia sono la garanzia di una sfera di autonomia riconosciuta alla famiglia stessa, sono semplicemente i diritti dei singoli nell'ambito della relazione familiare, che tutelano direttamente esigenze proprie dell'individuo assumendo rilevanza nell'ambito dei rapporti reciproci.

Il suo essere “luogo naturale di sviluppo della persona”, identifica la famiglia come formazione sociale costituzionalmente privilegiata (Bessone, 1976).

La precisazione che la famiglia è quella fondata sul matrimonio non vuole astrattamente definire la comunità familiare “o imporre la teoria che solo dal matrimonio possa sorgere la famiglia “, ma concretamente si stabilisce una preferenza della famiglia fondata sul matrimonio e si dichiara che solo i diritti di tale famiglia siano garantiti costituzionalmente (Esposito, 1951).

1.3 L'implicito riconoscimento della famiglia di fatto al fine della tutela del minore

Art.2

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale

In generale con l'espressione famiglia di fatto si designa la relazione di genere familiare che si instaura tra una coppia convivente non coniugata.

Esprimendo anche la famiglia di fatto la sua naturale attitudine ad essere luogo di promozione e sviluppo della personalità individuale, certamente può essere considerata una di quelle formazioni sociali di cui si riferisce l'art. 2 Cost., e "soltanto un autentico pregiudizio ideologico può muovere ad escludere che l'ambiente familiare così costituito conquisti valori di ordine spirituale e garanzie di stabilità tali da rappresentare una "formazione sociale" positivamente meritevole di tutela".

Nonostante le diverse proposte legislative e nonostante la Convenzione Europea sui Diritti dell'uomo, la Carta di Nizza, il trattato di Lisbona e le diverse Risoluzioni del Parlamento Europeo, la coppia di fatto non trova una regolamentazione all'interno del nostro ordinamento.

La tutela giuridica alla famiglia di fatto non toglierebbe dignità alla famiglia fondata sul matrimonio, ma riempirebbe un vuoto di tutela ad un fenomeno sempre in maggiore crescita all'interno del nostro Paese.

Alcune leggi speciali, fanno riferimento alla famiglia di fatto quale "convivenza more uxorio" e ne disciplinano i profili penali, assicurativi, previdenziali ed assistenziali, oltre che inerenti alla materia abitativa. Alcune di queste leggi: la legge n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario che consente al detenuto di ottenere il permesso per visitare un familiare o il convivente in pericolo di vita; la legge n.405/1975 che istituisce i consultori familiari e ammette a fruire del servizio non solo le famiglie riconosciute dalla legge ma anche le coppie di fatto; l'art. 2 della legge n.184/1983 sull'affidamento familiare del minore temporaneamente

sprovvisto di un ambiente familiare idoneo che ammette anche la famiglia di fatto di espletare le funzioni di nucleo provvisorio di accoglienza.

La giurisprudenza, da parte sua, attribuisce al partner convivente il diritto di essere risarcito in caso di morte del compagno, conseguente ad un illecito; il convivente affidatario di prole naturale succede nel contratto di locazione stipulato dal defunto convivente e così via...

Nonostante siano riconosciuti tutti questi diritti, con riferimento invece ai rapporti personali tra i conviventi non sussistono i diritti e i doveri reciproci di coabitazione, fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione e contribuzione, propri dei soggetti che contraggono matrimonio.

Anche i rapporti di natura patrimoniale tra i conviventi non trovano riconoscimento nella legge. Per fare un esempio: gli acquisti compiuti da uno dei conviventi non si estendono anche all'altro, come avviene nell'ambito della famiglia legittima; nessun diritto di natura successoria è configurabile a favore del convivente superstite in caso di morte dell'altro.

I rapporti tra conviventi, di natura personale e patrimoniale, possono comunque essere regolati tramite accordi privati.

La Corte di Cassazione, se da una parte riconosce che la convivenza non fa instaurare in capo al convivente non proprietario un diritto possessorio sull'immobile di proprietà dell'altro, allo stesso tempo nega con fermezza che la posizione del convivente possa essere equiparata alla posizione di un ospite che può essere allontanato dall'abitazione in qualsiasi momento.

Al convivente che gode di un rapporto stabile con il partner proprietario dell'immobile deve essere riconosciuta la qualifica di "detentore autonomo"; di conseguenza, l'estromissione violenta o improvvisa dall'abitazione, legittima quest'ultimo a tutelarsi nelle competenti sedi giudiziarie, sperando le azioni a tutela del possesso ex art. 1168 del codice civile al fine di essere riammesso, dopo lo spoglio violento, nell'abitazione ove si è svolta la relazione familiare di fatto.

Per ciò che concerne la tutela dei minori all'interno della famiglia di fatto dobbiamo in questa sede esaminare la legge 219 del 10 dicembre 2012, pubblicata sulla "Gazzetta Ufficiale" del 17 dicembre 2012.

La legge 219 elimina la distinzione tra figli legittimi e naturali e trasferisce la competenza dal tribunale per i minorenni al giudice ordinario su una serie di giudizi che riguardano la tutela dei diritti dei figli, nati nel matrimonio o no.

Nella pratica la modifica consente una sostanziale «equiparazione» del trattamento processuale di tutti i figli. Viene così superata la doppia via prima esistente, con competenze e trattamenti diversi per casistiche eguali, giustificati dalla riserva di competenza in favore del tribunale per i minorenni stabilita dall'articolo 38 delle disposizioni di attuazione del Codice civile, interamente sostituito dall'articolo 3, comma 1, della legge 219.

Il vecchio testo dell'articolo 38 diversificava il destino dei figli legittimi da quello dei figli naturali, sul presupposto comune della rottura del progetto di vita unitario dei genitori. Il nuovo testo, invece, dopo avere delimitato i giudizi di competenza del tribunale per i minorenni, stabilisce la competenza del tribunale ordinario per regolare tutte le questioni relative alla fine di una relazione di fatto tra genitori: modalità di visita, frequentazione, contributo in favore dei figli minori.

Quindi, dal 1° gennaio, se cessa un matrimonio o una relazione affettiva informale, le problematiche e le garanzie per i figli hanno un solo giudice competente: il giudice del tribunale civile ordinario. Al contrario, prima della legge 219, i figli dei genitori che non avevano contratto matrimonio si trovavano ad affrontare le medesime tematiche dei figli nati nel matrimonio, ma di fronte al tribunale per i minorenni. Con effetti distorsivi: l'approccio specialistico di questo tribunale a volte privilegiava le sole tematiche di natura psicologica, in luogo della tutela immediata dei diritti, anche economici, che al termine di una relazione tra adulti, devono essere da subito garantiti in favore dei minori.

Così il tribunale per i minorenni, liberato dal carico di lavoro connesso alla regolamentazione dei rapporti economici e di visita in favore dei figli, tra genitori non coniugati e giunti al termine della loro storia, si potrà dedicare alla tutela dei minori nelle questioni della decadenza e reintegra della potestà, della decadenza e riammissione, dell'amministrazione del patrimonio del minore e della sua adozione.

Una riforma tanto importante, perché ha individuato un unico giudice competente per i procedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli prescindendo dallo status giuridico dei genitori, quanto di difficile lettura in molte sue parti, non resta che attendere quale sarà la strada che l'interprete e il giudice di legittimità

tracceranno per porre rimedio alle ambiguità derivanti da una frettolosa e ambigua formulazione, nella speranza che tutto questo non si traduca in vuoti di tutela ovvero nell'emissione di provvedimenti contrastanti, con grave danno per i minori.

2. Breve introduzione storica dell'istituto dell'affidamento

La problematica dell'affidamento dei figli in caso di separazione o divorzio ha acquistato particolare rilevanza negli ultimi decenni, di pari passo con l'affermazione del concetto della parità dei coniugi nella realtà familiare.

Il diritto romano, fornisce un valido contributo nella ricostruzione storica dell'istituto. Infatti l'ordinamento romano contemplava l'istituto del divorzio, sin dalle leggi di Romolo.

Il divorzio, però, conosciuto dai romani non trattava il problema dell'affidamento della prole, perché nella famiglia, la donna era suddita in quanto era considerata un membro del gruppo e non solo membro. Infatti con il termine familia, nel diritto romano, si indicava un gruppo di persone congiunte tra loro puramente e semplicemente dal fatto di essere soggette all'autorità dello stesso soggetto, detto pater. Il matrimonio sanciva l'ingresso della moglie nel gruppo del marito e la successiva soggezione anche dei figli da lei generati, alla patria potestà del paterfamilias.

In tale contesto, il divorzio, rappresentava semplicemente il ritorno della donna alla famiglia di origine, senza alcuna conseguenza sui figli, in base alla concezione per cui essa non prendeva assolutamente parte alla sovranità del gruppo familiare.

Nel 439 a.C. particolare menzione merita la costituzione restrittiva di Teodosio II che per la prima volta prese in considerazione la presenza dei figli nel difficile contesto dello scioglimento del vincolo matrimoniale.

Con l'Impero Cristiano ebbe inizio una vera e propria lotta contro il divorzio.

Ben presto si avvertì l'influenza della tenace opposizione al divorzio da parte della Chiesa Romana, che considerava il matrimonio istituzione divina e vero e proprio sacramento (Mengoni, Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio, in Jus, 1982).

Il concetto dell'indissolubilità si affermò con crescente intensità nei secoli dell'Alto Medioevo e venne recepito nelle leggi civili.

In tema di affidamento di minori il Code civil napoleonico, all'art. 302, stabiliva che in caso di divorzio, salvo che risultasse più opportuna una diversa collocazione, l'affidamento dei figli spettava al coniuge incolpevole, in base della presunzione iuris tantum che ciò corrispondesse maggiormente all'interesse della prole (2).

Il Codice civile del 1865 non conteneva alcuna indicazione circa i criteri per l'affidamento dei figli in caso di separazione, difatti all'epoca il problema era di scarsa rilevanza.

Nel codice del 1942 rimasero in vita l'antico tradizionale principio dell'indissolubilità del matrimonio, elevato a vero e proprio "diritto della famiglia legittima" e la sostanziale disparità del marito e della moglie nel contesto familiare.

Con l'art. 155 c.c., distaccandosi da una tradizione che accordava preferenza al coniuge incolpevole, stabiliva che "il tribunale che pronuncia la separazione deve dichiarare quale dei coniugi debba tenere presso di sé i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione", rimettendo così la scelta al prudente apprezzamento del giudice, senza alcun criterio orientativo.

Ancora una volta il legislatore non si soffermò sui criteri da utilizzare per l'affidamento dei figli minori.

La giurisprudenza, trovandosi di fronte a situazioni concrete in cui bisognava garantire la sana crescita psicofisica dei minori anche in caso di crisi familiare, ottemperava alla carenza di norme specifiche basandosi sul riferimento, contenuto nell'art. 147 c.c., all'importanza dei principi della morale per l'educazione dei figli. Il problema dell'affidamento veniva, dunque, risolto valutando la colpa di ciascun coniuge nelle situazioni di crisi, nonché l'età e il censo.

La carenza normativa non destava preoccupazione in un'epoca in cui il divorzio non era concepibile e la stessa separazione era considerata un evento patologico e colpevole.

Negli anni successivi alla promulgazione della Costituzione, però, iniziò a soffiare un vento di riforma.

Sul finire degli anni '60 la Corte Costituzionale abolì la disposizione in base alla quale l'adulterio dava luogo alla separazione solo se commesso dalla moglie.

2.1 La legge 898/1970 e la legge 151/1975

La legge n. 898/1970 fu la cosiddetta legge del divorzio la cui compilazione generò grandi dibattiti e numerose problematiche legate alla necessità di non contraddire integralmente il principio cattolico dell'indissolubilità del Sacramento del matrimonio, che lo Stato italiano si era impegnato a riconoscere con i Patti Lateranensi.

Di certo non mancarono in dottrina le critiche di quanti sostennero l'incostituzionalità della legge sul divorzio, in considerazione del fatto che l'indissolubilità del matrimonio, pur non essendo un principio generale, costituiva un diritto della famiglia legittima, costituzionalmente riconosciuto.

La legge n. 151/1975 fu, invece, una legge di riforma del diritto di famiglia, la cui emanazione si rese necessaria al fine di adeguare le vecchie disposizioni alle nuove esigenze etico-sociali.

L'art. 155 del codice civile venne modificato dall'art. 36 della legge del diritto di famiglia, la quale disponeva in via prioritaria che in caso di separazione la prole fosse affidata al coniuge ritenuto più idoneo dal giudice, sulla base del criterio dell'interesse morale e materiale dei figli.

Quindi vigeva la libera discrezionalità del giudice, ponendo quale criterio guida per decidere l'affidamento dei minori quello dell'esclusivo interesse superiore dei minori (Zatti, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, 3, Persone e famiglia, 2, Torino, 1996).

Nel corso degli anni la giurisprudenza fece più volte riferimento al cosiddetto criterio del minor danno, ovvero all'esigenza di individuare il genitore più idoneo all'affidamento basandosi sulla capacità di ciascun coniuge di ridurre al minimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e di garantire ai minori le migliori condizioni di crescita.

L'affidamento ad uno solo dei genitori presupponeva, inoltre, l'esercizio esclusivo della potestà sui figli da parte dello stesso, sulla base delle condizioni determinate

dal giudice. L'altro coniuge deteneva un ruolo di vigilanza, con facoltà di ricorrere al giudice nel caso di decisioni dell'affidatario pregiudizievoli all'interesse della prole. Le decisioni di maggiore interesse, tuttavia, erano adottate da entrambi i genitori.

Tale criterio guida è stato, però, sistematicamente interpretato come affidamento mono-genitoriale alla madre, favor che trovava le sue radici nella condizione sociale della famiglia italiana; la maggior parte delle soluzioni diverse (il padre, i nonni, i servizi sociali, ecc.) erano state praticate in situazioni in cui mancava la richiesta materna di affidamento o esistevano nella madre gravi carenze di varia natura (psicopatie, uso di droga, alcolismo, ecc.).

2.2 La legge n. 74/1987

A queste problematiche, comuni a tutti i Paesi ove esistano separazione e divorzio, si è cercato di dare soluzione mediante l'introduzione di forme diverse di affidamento ad entrambi i genitori, utilizzate in misura crescente praticamente in ogni parte civilizzata del mondo. Per quanto riguarda, in particolare, l'Europa, i vari Stati hanno deciso di modificare uno dopo l'altro i propri ordinamenti giuridici per riconoscere nella condivisione dell'affidamento la soluzione più idonea a salvaguardare l'interesse del minore. Così hanno fatto, ad esempio, Paesi largamente eterogenei come la Svezia, la Grecia e la Spagna (fino dal 1981), il Regno Unito (Children Act del 14 ottobre 1991), la Francia (legge 8 gennaio 1993), il Belgio (legge 13 aprile 1995), la Russia (legge federale n. 223 del 29 dicembre 1995), l'Olanda (legge 1° gennaio 1998) e la Germania (legge 1° giugno 1998). In questo modo l'Europa si sta adeguando alla Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

La Convenzione di New York del 1989, nell'intento di assicurare continuità e stabilità dell'ambiente affettivo e relazionale, con l'art. 9 proclama il "diritto del fanciullo ad intrattenere rapporti regolari e continuativi con entrambi i genitori a meno che questo non sia contrario al suo preminente interesse".

Anche la Comunità Europea è intervenuta in più occasioni a sottolineare la necessità di sostenere la famiglia alle prese con la vicenda separativa, nella

consapevolezza che la ricerca di ambiti diversi da quelli giudiziari nei quali affrontare e trattare parte dei conflitti possa essere la via privilegiata per accogliere tensioni e disordine e permettere ai due genitori di riprendere il dialogo interrotto o, viceversa, di crearne uno nuovo. Lo strumento individuato come capace più di altri di fornire risposte adeguate in tal senso è rappresentato dalla Mediazione Familiare.

Per quanto riguarda specificamente il nostro Paese con la legge 6 marzo 1987 n. 74, in sede di riforma della legge 1° dicembre 1970 n. 898, si è introdotta una disposizione - ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità applicabile anche alla separazione personale - in base alla quale "ove il tribunale lo ritenga utile nell'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato" (art. 6, comma 2, ultima parte).

Il regime di affidamento congiunto garantisce ai figli di non perdere la vicinanza ed il contributo educativo di entrambi i genitori facilitando inoltre la continuità della storia familiare; permette ad entrambi di esercitare diffusamente la potestà parentale (S. Oddo, in Gullotta, Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico, Giuffrè, 2000).

Al di là di qualche apprezzamento per il coraggio mostrato dal legislatore, le reazioni al nuovo modulo di affidamento sono state, sia in dottrina che in giurisprudenza, prevalentemente di scetticismo. Così mentre taluno (Trabucchi) ha sostenuto che la scelta legislativa, maturata nel diverso humus della vita familiare americana, era ben distante dalla realtà dei nostri nuclei familiari, altri (A. Finocchiaro) ha opposto che l'istituto andava utilizzato con molta prudenza e richiedeva un generale accordo delle parti (M. Finocchiaro, Affidamento congiunto: le tante ragioni per aprire le porte a una rivoluzione, in Guida al Diritto, Il Sole – 24 Ore, 6/2002, p. 12).

Sul piano pratico l'affidamento congiunto è stato scarsamente applicato nei Tribunali per due ordini di ragioni. Anzitutto per un ostacolo di carattere processuale legato alle modalità con le quali è assunta la decisione di affidamento nei giudizi di separazione e di divorzio: in sostanza l'affidamento viene oggi stabilito nella rapidissima udienza presidenziale, nella quale il magistrato non ha ancora elementi di giudizio per scegliere consapevolmente entro l'intera gamma di possibilità offerte dalla legge e quindi si affida alla tradizione, consegnando quasi sempre i figli alla sola madre; né serve che tale

provvedimento sia provvisorio, perché anche quando, al termine di un giudizio, si conclude che sarebbe stata preferibile una soluzione diversa, essendo ormai passato molto tempo si finisce per lasciare le cose come stanno per evitare di turbare nuovamente la prole. In secondo luogo alla scarsa utilizzazione dell'affidamento congiunto hanno concorso in maniera determinante i limiti legati alle sue rigorose condizioni di applicabilità, quali enucleati dalla giurisprudenza di merito. Invero, nei pochi casi in cui è stato sperimentato, l'istituto è stato costantemente inteso come "esercizio congiunto della potestà", nel senso che anche le decisioni su questioni di minimo rilievo devono avere il nulla osta contemporaneo di entrambi i genitori; e si è così andati incontro a frequenti fallimenti del tutto scontati.

Inoltre, questa lettura strettamente associativa dell'affidamento congiunto ha fatto sì che una bassissima conflittualità ne fosse indispensabile premessa (Trib. Milano, 19 gennaio 1997, in nuova giur. Civ. comm., 1997), rendendo con ciò effettivamente l'istituto un inutile artificio giuridico (14), poiché ovviamente in tale ipotesi funziona bene qualunque soluzione (L. Canova e L. Grasso, in *Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 1991). Per giunta, sono stati anche introdotti, e in larga misura richiesti, altri "prerequisiti" - dalla vicinanza delle abitazioni all'età elevata dei figli - che ne hanno ulteriormente ridotto le possibilità di applicazione (M. Maglietta, I presupposti dell'affidamento congiunto, nota a Trib. Genova, 18 aprile 1991, in *Giust. Civ.*, 1991, I, p. 3095).

Sebbene a cavallo tra gli anni '90 e 2000 si è avuta una rivoluzione del ruolo dei padri che, da assenti o ufficiali pagatori, si sono lentamente riappropriati, a volte in maniera responsabile, dei compiti di cura, istruzione ed educazione della prole, prima pressoché integralmente delegati alle madri, ciò nonostante le statistiche ufficiali dimostrano che l'affidamento congiunto ha continuato a recitare un ruolo assai marginale e limitato (circa il 4%) nell'ambito dei provvedimenti adottati in sede di separazione e divorzio (circa il 96% di affidamenti alla madre).

La legge del 1987 non forniva alcuna definizione dell'affidamento congiunto e non indicava alcun criterio, oltre a quello dell'età del minore, per individuare la forma di affidamento più idonea al caso concreto. Ma la grande innovazione della legge n. 74 fu la previsione dell'esercizio comune della potestà genitoriale da parte dei coniugi, indipendentemente dal fatto che il minore si trovasse temporaneamente presso uno di loro.

Accanto all'istituto appena descritto il legislatore introdusse l'affidamento alternato, il quale presupponeva una turnazione tra i coniugi nella "custodia" della prole e l'esercizio esclusivo della potestà per ciascuno nel predeterminato periodo dell'affidamento.

Capitolo Secondo

AFFIDAMENTO CONDIVISO

1. ANALISI DELLA LEGGE 8 FEBBRAIO 2006, N. 54. DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SEPARAZIONE DEI GENITORI E AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI

La nuova legge sull'affidamento condiviso ha visto la luce dopo una gestazione durata oltre un decennio.

Un esempio di proposta presentata in questo arco temporale fu il progetto Tarditi, (30 maggio 2001), il quale per evitare pericolosi equivoci, sottolineava la diversità dei suoi contenuti rispetto a quelli assegnati in giurisprudenza all'affidamento congiunto abbandonando tale termine e sostituendolo con quello di "affidamento condiviso", anche se in sostanza intendeva solo mantenere il tipo di relazione genitori/figli vissuto in costanza di matrimonio, superando del tutto il concetto di affidamento come "novità" specifica, riservata alla coppia separata con prole.

Si era ritenuto fondamentale eliminare il problema della scelta del genitore più idoneo ad essere unico affidatario, nella convinzione che i genitori fossero "entrambi" necessari ai figli per una crescita armoniosa e che quella conflittualità così spesso invocata per giustificare la soluzione monogenitoriale era invece in gran parte la "conseguenza" di essa (P. Ronfani, Sociologia del diritto, 1989, p. 102).

Le considerazioni che seguono, devono limitarsi ad accennare le esigenze che hanno motivato l'intervento legislativo e le linee di fondo dell'intervento stesso: intervento, in relazione al quale non si può fare a meno di rilevare come, ancora

una volta e non diversamente da quanto accadde in occasione della riforma del divorzio del 1987, le buone intenzioni e i pregi corrano il rischio di esser offuscati da lacune, all'interprete spetta nuovamente il difficile compito di sciogliere matasse che meglio sarebbe stato se il legislatore avesse evitato di aggrovigliare, nell'interesse dei soggetti coinvolti in una fase tanto delicata della loro esistenza. (Enrico Quadri, 2006)

1.1 Esigenze che hanno motivato l'intervento legislativo che ha dato vita alla legge 54/2006

L'esigenza che ha dato impulso decisivo alla vicenda conclusasi il 24 gennaio con l'approvazione della legge n. 54 (datata 8 febbraio e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 1° marzo 2006) è costituita, notoriamente, dal ruolo da riconoscere ad entrambi i genitori nella relazione assistenziale ed educativa con i figli in dipendenza della crisi familiare. Quindi il punto di partenza del testo della riforma è l'affermazione del concetto di bigenitorialità, quale regola generale per la disciplina della crisi della famiglia. L'elemento di maggiore novità, infatti, è la preminenza attribuita all'affidamento ad entrambi i genitori, divenuto regola generale rispetto all'affido esclusivo, concepito come mera eccezione. La nuova disciplina comporta dunque una sorta di rivoluzione copernicana rispetto alla precedente normativa, che vedeva nell'affidamento esclusivo il modello prioritario.

Su questo argomento sarà necessario soffermarsi più avanti attraverso un paragrafo specifico, che analizzerà in modo sintetico ma esplicativo la bigenitorialità alla luce della legge 54/2006.

Un'ulteriore esigenza correntemente invocata alla base della diffusamente auspicata riforma della materia è stata rappresentata da quel carattere frammentario della sua disciplina. Esigenza di porre fine a quella persistente e diffusamente criticata divaricazione di competenze, a seconda del profilo di trattamento di volta in volta considerato, tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni.

Questo argomento, rivisto dalla legge 54/2006, è stato recentemente, novellato, come visto sopra, capitolo 1 paragrafo 1.3, dalla legge 219 del 10 dicembre 2012

(pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale» del 17 dicembre), che elimina la distinzione tra figli legittimi e naturali e trasferisce la competenza dal tribunale per i minorenni al giudice ordinario su una serie di giudizi che riguardano la tutela dei diritti dei figli, nati nel matrimonio o no.

Uno dei punti di forza del disegno complessivo di tutela del minore è la promozione della “mediazione o di ogni altro metodo di risoluzione dei conflitti e la loro utilizzazione per concludere un accordo” a cui però è riservato un capitolo a parte.

Infine, per concludere la rassegna delle esigenze alla base della riforma in esame, troviamo la problematica rappresentata dalla sorte della “casa familiare” la cui disciplina è dettata dall’art. 155-quater.

La normativa precedentemente previgente stabiliva che l’abitazione nella casa coniugale spettava, di preferenza e ove fosse possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli.

La legge attuale afferma, invece, che il godimento della casa familiare deve essere attribuito tenendo prioritariamente conto dell’interesse dei figli.

Il giudice non deve limitarsi a verificare chi sia l’affidatario, ma deve valutare la situazione complessiva ed il concreto e quotidiano svolgimento della vita del minore.

Il legislatore dopo aver affermato che il godimento della casa coniugale deve essere attribuito in funzione dell’interesse dei figli, detta un criterio di revoca che prescinde da esso stabilendo che il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso in cui l’assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente in essa o conviva more uxorio oppure ancora contragga nuovo matrimonio.

1.2 Il diritto alla Bigenitorialità

Il nuovo articolo 155 c. c. afferma il diritto soggettivo del figlio minore alla bigenitorialità, anche in caso di separazione dei genitori. Il minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi.

La norma, al comma 1, afferma un principio sul quale ormai tutti concordano, ovvero il diritto della prole alla bigenitorialità, qualunque sia la fonte originaria del rapporto fra i genitori (matrimonio valido, nullo, convivenza di fatto).

L'affermazione di principio contenuta nell'art. 155, comma 1 c.c. novellato, quindi è strutturato dalla parte del minore.

Il capovolgimento di prospettiva è frutto di una consapevole scelta da parte del Legislatore, il quale ha voluto sottolineare la centralità dei figli, anziché costruire la norma sotto il profilo dell'imposizione di doveri ai genitori nei confronti della prole. Si è passati così, dall'affermazione dell'esistenza in capo ai genitori di una potestà intesa come complesso di poteri attribuiti dall'ordinamento, rispetto alla quale i figli venivano a collocarsi in uno stato di mera soggezione, all'affermazione invece, che la potestà genitoriale deve essere uno strumento attraverso cui il minore possa trarre il massimo giovamento ai fini del suo sviluppo. Questo comporta "il riconoscimento di un diritto soggettivo del minore all'affetto, all'amore e consente di allargare e selezionare quantitativamente la sfera degli obblighi dei genitori nei confronti dei figli" (M. Bianca, *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, in S. Patti e L. Rossi Carleo, op. cit., p. 178).

Il legislatore per sottolineare questo fa riferimento alla qualifica di genitori e non più a quella di coniugi.

L'estrema conflittualità tra i genitori non deve essere d'ostacolo all'affido condiviso del minore, atteso che appare funzionale alle esigenze educative e di crescita psicofisica dello stesso dello stesso non relegare un genitore ad un ruolo marginale (Trib. Minori Catania, 4 ottobre 2007, in www.famigliaegiustizia.it).

Sulla base di tale considerazione è stato sostenuto che "la scelta prioritaria dell'affidamento dei figli ad entrambi i genitori deve essere adottata ogni qual volta non sia contrastata da comprovati elementi ostativi" (Trib. Potenza, decreto 7 novembre 2007, in www.affidamentocondiviso.it).

Ovviamente la bigenitorialità deve essere considerata un diritto insopprimibile anche per i genitori, che "conservano un interesse immediato e diretto a mantenere un rapporto costante con i figli, alle cui scelte di vita essi devono continuare a concorrere in modo significativo, non meno di quanto ciò non avvenisse finché la coppia era unita" (Trib. Bari, 16 gennaio 2008, n. 136, in www.affidamentocondiviso.it).

L'articolo in esame, sempre al comma 1 sancisce, inoltre, il diritto della prole alla conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Il legislatore ha cercato così di porre fine al problema della mancanza di una regolamentazione espressa dei rapporti dei minori con la famiglia e le sue tradizioni, che trova riconoscimento nella Costituzione.

Negli ultimi anni, in realtà, la giurisprudenza, di merito e di legittimità, aveva più volte evidenziato la necessità di un riconoscimento del ruolo dei nonni nella vita dei nipoti, non solo in via residuale, ovvero in presenza di gravissimi motivi che rendessero difficile il rapporto con il genitore, ma anche nello svolgimento della vita quotidiana.

Eppure a questa relevantissima affermazione di principio il legislatore non fa seguire una disciplina di dettaglio, omettendo del tutto di dettare norme volte a rendere effettivo e concreto il precetto normativo.

Il secondo dell'art. 155 c.c. prevede due forme di affidamento:

- Affidamento condiviso
- Affidamento esclusivo

La norma non individua le ipotesi in cui il giudice sia obbligato a scegliere l'affidamento esclusivo. L'affidamento esclusivo ad un solo genitore, infatti, potrà essere disposto solo nei casi in cui l'affidamento condiviso risulterebbe contrario all'interesse morale e materiale del minore.

E' necessario combinare l'art. 155, comma 2 c.c. con il successivo art. 155 bis c.c. al fine di desumere che il "giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento dell'altro sia contrario all'interesse del minore".

Per cui l'art. 155, comma 2 può essere considerato un mero criterio direttivo in base al quale il giudice dovrà disporre l'affidamento monogenitoriale solo quando quello bigenitoriale sia contrario all'interesse della prole, motivando adeguatamente le ragioni di tale scelta.

Spetterà, quindi, ai giudici valutare attentamente le singole ipotesi cercando di salvaguardare il diritto di ciascun minore alla cura, educazione ed istruzione da parte di entrambi i genitori.

L'impossibilità per il giudice di disporre l'affidamento condiviso si avrà solo in quelle ipotesi in cui la conflittualità sia tale da rendere impossibile la partecipazione-condivisione da parte dei genitori ad un progetto comune di

crescita e sviluppo della prole (Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in Foro.it 2007 pp. 138 e ss.).

Infatti, l'art. 155 bis specifica (pur senza individuare i singoli casi) che l'affidamento esclusivo sia l'eccezione, mentre quello condiviso sia la regola da applicare alla generalità dei casi (prima della legge 54/2006 invece l'affidamento esclusivo al solo genitore ritenuto più idoneo, era la regola generale).

Il Tribunale di Bari ha precisato che il disinteresse verso la prole mostrato da uno dei genitori nel periodo che precede la separazione non esclude l'affido condiviso, perché "il diritto alla bigenitorialità significa partecipazione alle scelte di maggiore interesse per la vita della prole e prescinde dalla circostanza che il genitore non abbia incontrato i figli, perché egli può decidere, in qualsiasi momento, di riprendere i contatti in maniera più assidua e proficua dal punto di vista affettivo" (Tribunale di Bari, ordinanza 16 gennaio 2008, n. 136 in www.affidamentocondiviso.it).

Deve essere chiaro che condivisione dell'affidamento non significa necessariamente pendolarità della residenza del figlio per periodi tendenzialmente uguali, bensì conformazione delle modalità della relativa residenza alla fondamentale esigenza di conservazione del rapporto bigenitoriale, secondo tempi dinamicamente adeguati allo sviluppo del minore e della sua personalità.

Il secondo comma dell'art. 155 c.c., come già sottolineato sopra stabilisce che l'affidamento è deciso tenendo conto in modo esclusivo dell'interesse dei figli.

Per realizzare tale interesse il terzo comma dell'art. 155 stabilisce che la potestà genitoriale deve essere esercitata da entrambi i genitori sia per ciò che concerne l'affidamento condiviso sia per ciò che concerne l'affidamento esclusivo.

Nel sistema previgente invece, il dovere di ciascun genitore di provvedere al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione dei figli, pur conservando entrambi la potestà di fatto, veniva determinato in virtù del provvedimento di affidamento del giudice, vi era così una scissione tra potestà genitoriale e ed il suo esercizio, si assisteva alla dissociazione fra la potestà genitoriale la cui titolarità continuava a restare in capo ad entrambi i coniugi e l'esercizio della potestà che, invece spettava al genitore affidatario.

Il comma 3 dell'art. 155 c.c. disponeva infatti che "il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi".

Per cui l'art. 155 comma 3 novellato ha una portata innovativa nella parte in cui afferma che la potestà sui figli è esercitata da entrambi i genitori.

L'art. 155, comma 3 c.c., prevede che i genitori conservino un canale comunicativo tra di loro tale da garantire la costruzione di un progetto educativo condiviso, la cui attuazione possa poi essere rimessa anche al singolo genitore che si occupa in quel frangente del minore.

La norma prevede espressamente che tutte le decisioni di "maggiore interesse" per i figli relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute siano assunte dai genitori di comune accordo.

Per decisioni di maggiore interesse si intendono tutte quelle relative alla salute, all'istruzione e all'educazione.

In caso di disaccordo il dettato normativo prevede l'intervento del giudice.

Su questioni di ordinaria amministrazione il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

1.3 Dubbi sull'interpretazione della legge sull'affido condiviso

Ancora troppo spesso l'affido condiviso viene confuso con l'affido congiunto; quasi come se fosse un nuovo nome con cui denominare il vecchio istituto, trascurando di osservare che la differenza non è solo letterale, ma è concettuale, dato il che il novellato art. 155 c.c. stabilisce il diritto del minore a mantenere rapporti continuativi con i genitori e non il contrario, nonché la potestà in capo ad entrambi i genitori (Tratto dalla proposta di legge d'iniziativa del deputato Belillo in materia di Nuove disposizioni in materia di affidamento condiviso dei figli, presentata il 03.04.2007).

Tra i due istituti vi è una sostanziale differenza e soprattutto l'affido condiviso è scaturito proprio dall'esigenza di ovviare agli inconvenienti ed alle lacune degli altri tipo di affido.

A differenza dell'affido congiunto, l'affido condiviso non richiede, ai fini della sua applicabilità, la totale concordia tra gli ex coniugi, ma "tende alla loro responsabilizzazione, dovendo gli stessi impegnarsi a porre in essere, con reciproca lealtà, una linea comune nell'allevamento e nella formazione psico-fisica della prole, secondo una linea prospettica non di comunione, ma di compartecipazione alla migliore cura di essa, esercitando ognuno essi la potestà in modo disgiunto per quanto attiene all'ordinaria amministrazione nel periodo in cui la prole permane con un genitore..." (Trib. Messina, 05.04.2007, Pres. Lombardo, est. Russo, in Dir. Fam., 2007).

Un altro importante dubbio, che crea delle criticità, in ordine all'affido condiviso, è se i figli debbano andare a vivere alternativamente con entrambi i genitori in quanto condiviso.

I genitori pur continuando a conservare ed alimentare un rapporto continuativo ed equilibrato con i figli, non devono vivere con entrambi, a settimane alterne e in egual misura.

Sotto questo aspetto, l'affido condiviso viene confuso con quello alternato, che peraltro ha avuto scarsissima fortuna.

L'affido alternato prevedeva la possibilità per ciascun coniuge di essere affidatario dei figli solo per un determinato periodo stabilito dal giudice, trascorso il quale veniva sostituito nell'affidamento dall'altro coniuge. Il coniuge affidatario, nel periodo previsto dal giudice, teneva il bambino con sé, presso la propria abitazione e per tale periodo era titolare esclusivo del potere decisionale e dunque della potestà sul minore.

L'affidamento alternato è fallito proprio perché l'alternanza dell'affidamento ha comportato per i minori cambiamenti spazio-temporali che rendevano difficile il suo adattamento ai diversi ambienti di vita dei genitori causando confusioni tanto più gravi, quanto più piccoli erano i figli (Mediazioneonline.org., dott.ssa Silvia De Carolis, mediatrice legale).

Con il condiviso, invece, il giudice valuta tutte le circostanze del caso concreto, detta i tempi e le modalità di permanenza dei figli presso ciascun genitore, tenendo conto dell'esigenza dei figli stessi di godere di una stabile collocazione. Con esso, viene sempre individuato il genitore c.d. "collocatario" con il quale i figli devono convivere, senza che ciò leda i principi della responsabilità comune (www.avvocatoandreami.it, domande frequenti di diritto di famiglia).

Ulteriori incertezze sorgono in ordine al regime della potestà dei genitori sui figli, in quanto prima della riforma si distingueva tra titolarità ed esercizio della potestà, nel senso che, mentre la titolarità restava in capo ad entrambi i genitori, l'esercizio spettava al solo coniuge affidatario.

Con la riforma, invece, la potestà continua ad essere esercitata da entrambi i genitori, in alcune ipotesi anche nel caso di applicazione dell'affido esclusivo.

Per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione, questi devono essere, non solo decisi di comune accordo, ma anche compiuti insieme, mediante una manifestazione di volontà esternata da entrambi, mentre, per ciò che riguarda gli atti di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente, ma in questo caso sorgono dei problemi di difficile gestione ad esempio quando questi abitano in città diverse o non riescono a superare la loro conflittualità.

Capitolo Terzo

LA MEDIAZIONE FAMILIARE

1. LA MEDIAZIONE FAMILIARE NELLA LEGGE N. 54/2006

L'affidamento condiviso si fonda sul principio che il fallimento di due individui come coppia non comporti necessariamente il loro fallimento come genitori: per evitare al minore il trauma legato alla perdita di un genitore, è fondamentale che durante la separazione i coniugi riescano a differenziare i problemi legati alla conflittualità della coppia da quelli relativi al proprio ruolo di genitore.

A questo fine, il secondo comma dell'art. 155 sexies disciplina l'ipotesi della mediazione familiare: "Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 per consentire che i coniugi avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli".

Già nell'esperienza attuativa dell'affidamento congiunto era stato sottolineato in taluni casi la necessità della mediazione, come strumento idoneo a recuperare uno spirito collaborativo tra i coniugi, necessario a sostenere un comune progetto educativo per il minore nell'ambito di un esercizio congiunto della potestà genitoriale (Trib. Napoli, sentenza 18 settembre 2003, in Giur. Nap., 2004).

La norma attualmente prevede che il giudice, prima di emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, "sentite le parti ed ottenuto il loro consenso", possa rinviare l'adozione dei provvedimenti stessi per consentire che i coniugi "avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo".

La legge n. 54/2006 disegna un ruolo della mediazione più marginale rispetto all'idea contenuta nel testo iniziale del progetto, il quale sanciva l'obbligo e non la facoltà della mediazione familiare.

La mediazione era stata cioè inizialmente inquadrata nel progetto di legge come tappa obbligatoria sotto il profilo dell'informazione, ma libera sotto quello dell'esecuzione del percorso per tutte le coppie che non avessero saputo costruire un accordo con le proprie risorse (Maglietta M. 2006, L'affidamento condiviso dei figli).

Nel testo di legge definitivo invece il giudice può consigliare, ma non imporre la mediazione e il consenso, prestato dalle parti deve essere verbalizzato (B. de Filippis – L. Landi – A.L. – Lettieri – S. Lucariello – R. Maurano – P. Mazzei – A. Mutalipassi – C. Penna - G. Pierro – M. Quilici – C. Sapia, Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio).

La mediazione familiare viene vista come percorso eventuale nell'ambito di una lite già iniziata, quindi è vista come una possibile strada alternativa e l'eventuale supporto di un Mediatore Familiare è destinato alla discrezionalità del giudice, anche se in realtà la legge non parla specificatamente di mediatore familiare, ma di un esperto in quanto la figura del mediatore non viene identificata. Questo non esclude però che il giudice piuttosto che avvalersi di un proprio esperto possa inviare la coppia ad un centro specializzato in mediazione familiare (Massimo Basile, La mediazione familiare in Trattato di diritto di famiglia, Paolo Zatti, 2012). Tale vaghezza costituisce in qualche modo il riflesso del clima di sfiducia o, quanto meno, di diffidenza serbato dagli operatori giuridici e, più in generale, dall'opinione pubblica nei confronti della figura del mediatore familiare, per molti aspetti ancora sconosciuta.

E' opportuno che il legislatore fornisca una chiara definizione della figura del mediatore familiare e del suo inquadramento professionale, (Counselor, operatore socio-psico-pedagogico, ecc.). L'indicazione di un percorso alternativo a quello giudiziale, (anche non necessariamente la mediazione) capace di offrire alla coppia un valido ausilio per recuperare un dialogo costruttivo è un presupposto indispensabile per il buon funzionamento dell'affidamento condiviso. Uno studio condotto dall'Associazione Crescere insieme, si preoccupava –di fornire ai genitori, ove necessario, un supporto (centro familiare polifunzionale) per impostare correttamente un nuovo tipo di vita, accettando i necessari sacrifici

non tanto per venire incontro ai desideri dell'altro, quanto per rispettare le esigenze del bambino. Il centro era stato pensato come unità in grado di offrire ogni genere di aiuto di cui la coppia potesse necessitare: non solo mediazione, ma anche consulenza e terapia familiare. Centri di questo genere - o studi professionali con l'una o l'altra delle qualifiche - sono già attivi in Italia, per cui non esiste un concreto problema di disponibilità di competenze. Appare, tuttavia, necessaria una legge istitutiva che ne disciplini caratteristiche e funzionamento e per essa si è preferito rimandare ad un apposito provvedimento.

Si riteneva che la domanda di aiuto in tali strutture da parte delle coppie, sia per meglio comprendere l'importanza e l'utilità della presenza di entrambi i genitori per la crescita equilibrata dei figli, sia per costruire concretamente degli accordi, sarebbe stata elevata nella prima fase di applicazione della legge, venendo da una lunghissima tradizione monogenitoriale, mentre con il passare del tempo, il ricorso a tale ausilio sarebbe stato sempre meno necessario, rimanendone, tuttavia, essenziale la funzione preventiva rispetto alle separazioni, dovendosi intendere i centri come servizi ai quali ogni coppia in difficoltà avrebbe potuto rivolgersi in qualsiasi momento. L'istituzione dei centri, d'altra parte, soddisfaceva anche l'esigenza di affidare un tentativo di riconciliazione tra i coniugi ad un personale con preparazione specifica e con ampie disponibilità di tempo in tutti quei casi in cui il giudice ne ravvisasse la possibilità di successo.

E' forse anche utile sottolineare come il modo in cui è prevista la partecipazione della coppia ad un attuale percorso di mediazione rispetti tutti i requisiti richiesti per essa dalla maggior parte dei centri già esistenti in Italia, che sono quelli volontarietà, della segretezza e della separazione dall'ambito giudiziario (M. MAGLIETTA, Il figlio diviso, in Testimonianze, anno XLI (398), p. 111-125, 1998).

2. LA MEDIAZIONE FAMILIARE COME STRUMENTO PER LA GESTIONE DEI CONFLITTI

Una delle problematicità che negli ultimi anni molte famiglie si sono trovate ad affrontare, è costituita dalla separazione coniugale. Per questo motivo si sono

sempre più evoluti strumenti di intervento che permettessero di migliorare le difficoltà legate alle ripercussioni che un evento di questo genere ha sui vari membri della famiglia soprattutto sui figli minori.

Innanzitutto ai genitori spetta il compito di riuscire ad accompagnare i propri figli in questo percorso tortuoso cercando di evitare eccessi di conflittualità e mantenendo viva la comunicazione con l'altro coniuge, dimostrando in questo modo che il conflitto si può gestire ed è superabile. Tutto questo dipende dalle modalità in cui i coniugi gestiscono la separazione.

Quando i genitori non riescono a contenere i loro eccessi conflittuali, a dialogare tra loro in modo costruttivo e sono concentrati nella lotta l'uno contro l'altro, compromettono la loro funzione genitoriale non permettendo al bambino o al ragazzo di manifestare il suo malessere e la sua rabbia per la trasformazione che la loro famiglia sta subendo.

Addirittura in molti casi i figli si sentono in dovere di intervenire a sostegno dei propri genitori.

In queste situazioni di maggiore difficoltà interviene lo strumento extragiudiziale della Mediazione Familiare che permette la riorganizzazione delle relazioni familiari in vista o in seguito alla separazione ed al divorzio. L'obiettivo è quello di permettere ai coniugi di gestire le componenti distruttive del conflitto attraverso l'attivazione di nuove modalità di interazione, capaci di salvaguardare il ruolo genitoriale, ma soprattutto di tutelare i minori.

Agli "ex-coniugi", soprattutto se in lotta da molto tempo, manca un luogo dove ritrovarsi che sia diverso da tribunali e studi di avvocati o di operatori socio-sanitari. Serve loro un posto dove poter parlare, pensare, condividere, ma che sia neutro (né mio né tuo, ma nostro) protetto da interferenze e strumentalizzazioni (in cui poter dire qualsiasi cosa senza che venga usata contro di me), dove ritrovarsi come genitori e non come contendenti. Inoltre a loro necessita tempo per riflettere, capire ed accettare, per lavorare per cambiare e per imparare a costruire superando i vissuti di fallimento e di inadeguatezza.

La mediazione familiare si pone l'obiettivo di rispondere a queste esigenze e quindi di creare uno spazio e un tempo a loro disposizione in cui, aiutati da un terzo soggetto qualificato e competente, possano sperimentare soluzioni adatte alle specifiche esigenze dei loro figli e della loro famiglia in trasformazione.

Il compito del mediatore diviene quindi quello di organizzare questo spazio-tempo di confronto, di ascolto e di collaborazione, innanzitutto ponendosi come terzo nella contrapposizione duale tra i due ex-coniugi.

La presenza di un terzo imparziale (che non abbia in alcun modo interessi in comune alle due parti o motivi d'ostilità nei confronti di nessuna) rompe lo schema binario, simmetrico in cui vige la contrapposizione muro-contro-muro, per proporre una modalità relazionale basata sulla triangolazione, di per sé più aperta, complessa, potenzialmente in trasformazione, in cui la logica dell'imposizione sull'avversario non è più praticabile e devono essere trovate nuove soluzioni (E. Giannella, M. Palumbo, G. Vigliar, *Mediazione familiare e affido condiviso, come separarsi insieme*).

Concretamente questa azione del mediatore si traduce nella facilitazione. Egli facilita l'incontro tra i genitori invitandoli al tavolo della discussione, facilita la comunicazione facendo rispettare tempi e ritmi dello scambio comunicativo, facilita la negoziazione aiutando i genitori a formulare proposte, facilita la collaborazione valorizzando i risultati positivi e costruttivi ottenuti dai genitori. In questo modo sono i genitori ad agire direttamente, seppur a seguito dello stimolo dato dal mediatore, assumendosi la responsabilità di trovare la loro stessi una soluzione.

Un mediatore non può accettare la delega di responsabilità che i due genitori, travolti dalla conflittualità e dalla confusione conseguente, gli attribuirebbero ben volentieri. Egli deve partire dal presupposto che loro adesso non sono in grado di decidere insieme ma che lo hanno saputo fare in passato ed hanno bisogno di uno spazio e un tempo, quello della mediazione, in cui riattivare questa loro capacità. Gli ex coniugi non hanno bisogno di qualcuno che si sostituisca a loro, ma piuttosto di qualcuno che, credendo in loro, crei le condizioni ottimali in cui possano esprimere in prima persona le loro potenzialità risolutive. Un lavoro di questo tipo per un mediatore familiare è reso possibile da due ordini di fattori.

Il primo è la consapevolezza che i genitori in lotta, pur comportandosi a volte in modi difficili da accettare, non sono dei mostri, ma sono mostrificati dal conflitto, cioè trasformati dalla logica dell'attacco-difesa, del vinco io-perdi-tu, del massimo vantaggio personale associato al massimo danno per l'altro (Fulvio Scaparro, *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di soluzioni alternative delle controversie*, Milano, Guerini Editore e Associati, 2001). Questi due contendenti

non hanno bisogno di qualcuno che li giudichi e li squalifichi o che, all'opposto, li incentivi a continuare così. Essi necessitano di una persona che consenta loro di sperimentarsi in nuove modalità di confronto più utili e costruttive, che creda nella possibilità, frutto di un lavoro comune, di trovare soluzioni alla situazione attuale o, in senso più generale, che creda nella capacità dell'essere umano di trovare in sé stesso, grazie agli stimoli giusti, la forza e gli strumenti per superare anche le peggior avversità. Il mediatore è mosso da queste considerazioni, una sorta di ottimismo di fondo che consente di andare oltre la maschera del combattente per ritrovare l'individuo sofferente, deluso, sconfitto a cui offrire un'opportunità di riscatto, di evoluzione dalla sua condizione.

Il secondo fattore è una adeguata competenza professionale del mediatore che deriva da una attenta e continua formazione particolarmente attenta alle personali caratteristiche sia espressive che emotive di chi si sta formando.

La mediazione deve essere vissuta come uno spazio di adesione libera, di autentico riconoscimento delle competenze, di autodeterminazione nonché di completa autonomia e differenziazione da tutti i contesti che da varie prospettive e con diversi obiettivi e metodologie intervengono nei sofferti percorsi della separazione e del divorzio.

L'ascolto della sofferenza, la sua connotazione come risorsa, la considerazione del conflitto in termini evolutivi, non riconducibili agli strumenti della valutazione, della cura, del giudizio o alla logica degli schieramenti contrapposti, ma da inserire in un'offerta di opportunità negoziali, rappresentano i cardini di una filosofia che indica con chiarezza i principi ispiratori di una professionalità sempre più riconosciuta.

Tali principi divengono vincolanti per il mediatore sul piano deontologico e rappresentano al tempo stesso la traccia che garantisce agli utenti della mediazione la fruibilità di uno spazio che non si candida ad essere individuato come "la soluzione" dei problemi della separazione, ma che si propone come opportunità preziosa per gestire in modo più autonomo le vicende più significative della propria vita familiare e personale.

La mediazione familiare, però, ha bisogno di essere scoperta e valorizzata dalle istituzioni, riconosciuta come professione e quindi regolamentata per consentirne la più ampia diffusione e la sua giusta collocazione nel panorama degli interventi a sostegno della famiglia.

3. IL CONFLITTO

Non sono la separazione ed il divorzio che comportano sofferenze ai figli, quanto la conflittualità che rimane tra i genitori, a volte per tutta la vita.

Stà principalmente a loro far sì che i disagi dei figli si possano progressivamente risolvere, invece che essere interiorizzati e somatizzati in vere e proprie patologie. Per raggiungere questo risultato è indispensabile mettere al primo posto i bisogni dei figli e questo comporta necessariamente il sapersi mettere nei loro panni, ma quanti genitori sono disposti a farlo?

Forse potrebbe essere utile diffondere la cultura della preparazione alla responsabilità matrimoniale, genitoriale e la cultura della mediazione familiare. Questo potrebbe essere utile per prevenire le difficoltà che spesso si presentano durante un percorso di coppia. Tentare quindi, di sanare il conflitto nel modo più appropriato scongiurando danni gravi e irreversibili ai vari componenti della famiglia, ma soprattutto ai figli. Le parti da sole nei momenti bui delle ostilità non sono in grado di riuscire ad ascoltare le ragioni dell'altro. In mediazione, il compito del mediatore è riuscire a riconoscere il dolore dell'altro e stare nel suo dolore dando un nome alle paure che portano all'irrazionalità che scatena la rabbia. Il mediatore non deve gestire il conflitto, ma deve stare nel conflitto perché ciò che conta è l'ascolto, deve quindi contenere tutte le emozioni negative.

3.1 Il conflitto e la legge 54/2006

Ma come si pone la nuova legge sulle disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli rispetto alla conflittualità che è poi il campo d'azione della mediazione familiare? Quanto riesce a difendere i figli dalle conseguenze negative del conflitto tra i genitori?

Qui si scontrano due diverse visioni che hanno accompagnato il provvedimento fin dall'inizio: l'orientamento a favore dell'affido condiviso e l'orientamento contrario all'affidamento condiviso.

L'orientamento pro affidamento condiviso è stato sostenuto dai padri separati, i quali hanno inteso rivendicare con questa legge il loro diritto alla genitorialità non sempre riconosciuta nell'applicazione della legge precedente. Essi ritengono che l'obbligatorietà dell'affido condiviso sia lo strumento giusto per attenuare la conflittualità tra genitori separati e di garantire al bambino più continuità ed affetto.

Molti sono stati i movimenti di protesta promossi dalle organizzazioni a tutela dei padri separati, in quanto la precedente normativa portava in via quasi esclusiva all'affidamento della prole alla madre. Questa condizione ha portato alle situazioni di madri che abusavano della loro posizione privilegiata nei confronti dei figli ed arrivavano letteralmente a ricattare i mariti separati chiedendo aumenti nel mantenimento dietro minaccia di negare le visite ai figli. Un altro caso gravissimo registrato è quello di madri separate che usavano il proprio ascendente sui figli per metterli contro il padre. Con il passare del tempo il numero di questi casi è aumentato a dismisura raggiungendo vette altissime di conflittualità e questo ha portato il legislatore a meditare sulla possibilità di cambiare la legge per garantire i diritti dei padri separati, consentendo loro una maggiore presenza nella vita dei figli.

Occorre però rilevare che il legislatore nel concedere al padre separato maggiori diritti, ha anche introdotto rilevanti modifiche più sulla tutela economica, prima ancora che affettiva, dei padri separati. Ne è un esempio plateale l'art. 155-quinquies c.c., sul pagamento diretto al figlio stesso, se divenuto maggiorenne, dell'assegno di mantenimento da parte del genitore con il quale non convive. Questo è divenuto motivo di conflitto, invece che di accordo, all'interno della coppia di genitori che si stanno separando. Ha, infatti, assecondato il volere dei padri separati non conviventi con i figli, di non dover più collaborare con l'assegno di mantenimento che versavano per loro, al benessere del nucleo familiare dell'ex-moglie, magari declamando quale motivazione l'esigenza di responsabilizzare i figli (L. Lenti, la legge sull'affidamento condiviso: nell'interesse dei figli o dei padri separati?, in *Minorigiustizia*, 2006, n. 3 p. 246). L'orientamento opposto, da sempre contrario all'affido condiviso per legge, sostiene che l'imposizione di "andare d'accordo per legge" non farà che confermare la dinamica di conflitto della coppia anche dopo la separazione, aumentando la confusione e la tensione nei figli.

Il conflitto può anche essere un'occasione di incontro con l'altro, può permettere di convertire le energie distruttive in energie costruttive utili a proporre soluzioni che siano gratificanti e soddisfacenti per entrambe le parti.

3.2 Condividere il conflitto

Non sono la separazione ed il divorzio che comportano sofferenze ai figli, quanto la conflittualità che rimane tra i genitori, a volte per tutta la vita.

Sta principalmente a loro far sì che i disagi dei figli si possano progressivamente risolvere, invece che essere interiorizzati e somatizzati in vere e proprie patologie. Per raggiungere questo risultato è indispensabile mettere al primo posto i bisogni dei figli e questo comporta necessariamente il sapersi mettere nei loro panni, ma quanti genitori sono disposti a farlo?

Forse potrebbe essere utile diffondere la cultura della preparazione alla responsabilità matrimoniale, genitoriale e la cultura della mediazione familiare. Questo potrebbe essere utile per prevenire le difficoltà che spesso si presentano durante un percorso di coppia. Tentare quindi, di sanare il conflitto nel modo più appropriato scongiurando danni gravi e irreversibili ai vari componenti della famiglia, ma soprattutto ai figli.

A questo punto la domanda che ci si può porre, dopo l'esame della legge sull'affidamento condiviso è: si può essere ottimi genitori anche se il rapporto con l'altro coniuge è conflittuale? Cioè la legge sull'affidamento condiviso è veramente in grado di rendere più facile la gestione del conflitto nella coppia che si sta separando e ha dei figli?

Per poter meglio comprendere cosa è il conflitto può tornare utile analizzare il termine. La parola "conflitto" deriva dall'etimologia latina del verbo fligo, fligere (urtare, percuotere, atterrare) e dal suffisso cum che indica una dimensione comune, gruppale, di coesistenza e compartecipazione; indica quindi un'associazione, un mettersi insieme e quindi possiede una connotazione positiva. Il paradosso consiste nell'esperienza del conflitto che è uno stare insieme connotato in modo negativo, determinando un disequilibrio. Dunque il conflitto si svolge nell'ambito di una dimensione relazionale in cui ogni contendente vuole mantenere la propria posizione. Il conflitto è una situazione che presenta divergenza tra due o più persone, relativamente a posizioni e

interessi apparentemente inconciliabili. Quindi il conflitto è costituito da soggetti, da un contesto e da un significato emotivo.

I genitori devono, con l'affidamento condiviso, riuscire a condividere soprattutto il dolore comune per il fallimento della loro unione. Se riescono prima di tutto a fare questo allora sì che la legge sull'affidamento condiviso può esperire dei buoni risultati perché se non c'è la volontà di intraprendere un nuovo cammino diverso da quello precedente che mette in gioco interessi diversi allora la legge sull'affidamento condiviso non sarà stata utile, ma nessuna legge può considerarsi utile se non c'è la volontà di collaborare e di mettere al primo posto la genitorialità e soprattutto l'amore per i propri figli, i quali dovranno sopportare il dolore di essere con-divisi, cioè amati-strumentalizzati.

L'importante dal punto di vista dell'affido condiviso è che malgrado le incomprensioni e i conflitti, i due genitori abbiano come obiettivo primario il benessere emotivo, fisico e morale del figlio. Si parla, nel caso dei figli, di interesse morale e materiale, interesse che va tutelato a tutti i costi.

Per trovare un accordo ed una conciliazione bisogna indubbiamente buttar giù bocconi amari, cedere, concedere e bisogna farlo nei confronti di quella persona che ora è la peggiore che ci venga in mente. Che non è facile, a volte non sembra neanche giusto, ma la guerra dei Roses finisce con la morte.

Naturalmente con-dividere qualcosa nel conflitto, nel nostro caso addirittura qualcuno cioè i figli, può apparire un controsenso. Come si può riuscire a conciliare unione e separazione? I genitori devono riuscire a distinguere nettamente il piano del conflitto di coppia dal rapporto genitoriale.

Molto spesso si trascura di considerare che affidamento condiviso non significa concordia decisionale, anche perché non può pretendersi armonia da una coppia che si sta separando, ma di certo la litigiosità non può costituire un valido motivo per escludere la responsabilità genitoriale: l'incapacità dei genitori di comunicare tra loro in modo sereno e costruttivo è una cosa assolutamente diversa dal modo in cui ciascuno di essi si rapporta con i figli.

In altri termini si può essere ottimi genitori anche se il rapporto con l'altro coniuge è conflittuale. E' raro che dopo la rottura dell'unione coniugale, gli ex coniugi si riconoscano reciprocamente idonei o adatti come genitori perché continuano a prevalere reciproche recriminazioni e sentimenti di rabbia, rivalsa, vendetta, odio e rancore che non consentono loro di avere l'uno l'immagine positiva dell'altro

(Grimaldi, Affidamento congiunto ed alternato della prole tra psicologia e diritto, 1989).

Se al contrario, i genitori fossero in grado di comunicare civilmente e serenamente tra loro, assumendo con giusto equilibrio le decisioni riguardanti la vita dei figli, l'affido condiviso troverebbe effettivo riscontro in concreto, prima ancora che sulla carta, perché ciascun genitore saprebbe lasciare all'altro il dovuto spazio, consapevole dell'importanza imprescindibile per i figli di entrambe le figure genitoriali, soprattutto nella delicata fase della crisi coniugale.

UNA STORIA DI MEDIAZIONE:

GIANNI, LUISA E ALICE

Eccomi entrata nell'Ufficio del Servizio di Ascolto e Mediazione dei Conflitti dell'Associazione Me.Dia.Re. presso il Comune di Collegno, pronta, insieme al mio tutor, ad accogliere Gianni e Luisa, la coppia che ho seguito nel percorso di mediazione del mio tirocinio.

E' veramente il momento conclusivo, abbiamo già predisposto insieme tutti i punti più importanti sull'affidamento della loro bimba di sette anni, Agnese, protagonista dei nostri incontri rivolti a trovare un accordo affinché, nonostante le incomprensioni e le ostilità i due genitori non perdano di vista l'obiettivo primario e cioè il benessere emotivo, morale e materiale della bimba, senza però dimenticare di prestare attenzione ai loro bisogni.

È una bella giornata di luglio piena di luce ed io sorrido soddisfatta pensando a come questa storia, cominciata con tanti contrasti, si sia trasformata ed evoluta fin qui.

Sono anche un po' emozionata, come sempre quando c'è la consapevolezza di una crescita, e con essa, il distacco da persone con le quali ho interagito in modo significativo, rispettando i canoni etici della mediazione, ma vivendo con sana empatia ed affettività il rapporto e il suo chiarificarsi proprio attraverso il lavoro di mediazione.

Penso alle singole fasi del percorso di mediazione, alla conquista dell'intesa sui vari punti dell'accordo compresa l'applicazione della disciplina che regola la legge sull'affido condiviso.

Gianni, ingegnere, è un bell'uomo di cinquant'anni, alto e un po' robusto.

Luisa, quarant'anni, è segretaria in uno studio contabile, ha una testa piena di riccioli neri e un'apparente vitalità.

Quando Luisa e Gianni sono venuti per la prima volta, la fase della separazione era proprio all'inizio; anzi si può dire che non c'era ancora stata nessuna elaborazione di un programma della separazione: c'era invece tanto dolore e tanta rabbia che aveva bisogno di essere sfogata, contenuta e trasformata proprio in un contesto come questo della mediazione.

Primo incontro con Gianni

E' Gianni a chiamare al telefono Ester, chiedendo un appuntamento e accennando brevemente la sua preoccupazione per il suo futuro e per quello di Agnese. Ester lo tranquillizza spiegando come procederà il percorso della mediazione e fissando un appuntamento per il primo colloquio individuale.

Il giorno del colloquio, alle ore 17. 15, perfettamente in orario, si presenta nel nostro ufficio Gianni che incomincia a raccontare, anche se in principio in modo vago e un po' superficiale, di essere stato inviato al centro tramite la scuola da una maestra di Agnese, Oriana Zoella. Precisa, però, che la maestra li ha tranquillizzati e che la bambina sta vivendo questa situazione senza grossi traumi.

Gli occhi si illuminano di gioia quando parla di Agnese "è una bella bimba di sette anni piena di gioia ed entusiasmo, non mi sembra stia risentendo troppo del disagio che stiamo vivendo io e sua madre. Agnese è bravissima, sa di poter contare su entrambi e poi diciamo che il fatto di avere due camere piene di giochi e due armadi pieni di vestiti, invece che una sola cameretta e un solo armadio le piace, sapete come sono i bambini, amano avere mille attenzioni". Queste parole sembrano confortare Gianni, mano a mano che le pronuncia sembra voler autoconvincersi che le cose stiano veramente così, quasi la bambina stia traendo profitto da questa separazione, ma in fondo al suo sguardo riusciamo a leggere della perplessità, è come se lui stesso non riuscisse a credere a ciò che sta dicendo.

Ci spiega che con la sua ex compagna Luisa c'è stata una separazione non problematica e che l'affidamento della figlia non ha inizialmente comportato problemi in quanto hanno deciso di comune accordo gli incontri per vedere la bimba, ma all'improvviso Luisa ha cambiato idea e ha richiesto l'intervento del tribunale ordinario per fissare nuovi termini sugli incontri con la figlia, adducendo che a causa dei suoi orari lavorativi non riesce a sfruttare al meglio, il tempo che dovrebbe trascorrere con lei.

Mano a mano che parla, Gianni inizia ad avere l'aria un po' preoccupata, come se parlando di quello che sta vivendo, assumesse la consapevolezza che da

questo momento ciò che lui credeva una semplice separazione cominci a caricarsi di connotati negativi prendendo la forma di un vero scontro.

Sono state molte le richieste fatte da Luisa a Gianni per superare questo momento e per riuscire a non intaccare quell'equilibrio incerto che c'era stato sino ad allora tra di loro. La prima richiesta è stata quella di rivolgersi ad uno psicologo. Richiesta esaudita da parte del compagno, ma senza risultati. Successivamente Luisa sostiene che per superare il momento ci sarebbe bisogno della mediazione familiare, chiedono quindi appuntamento all' ASL, ma niente anche in questo caso, perché "Luisa si fa prendere da grandi entusiasmi, ma poi non porta a termine mai nulla, lei è fatta così" sospira con aria affranta Gianni.

Gianni non capisce la ragione per cui Luisa abbia deciso all'improvviso di cambiare le carte in tavola e rompere quell'equilibrio, proprio non capisce, quasi a porre a noi quell'interrogativo.

Continua a ripetere che i rapporti sino ad allora erano pacifici certo non idilliaci, ma comunque superabili.

Dopo un lungo ascolto silenzioso e rispettoso dei tempi di Gianni, impulsivamente gli domando "si sente tradito da questo cambiamento repentino di Luisa? Mi risponde di sì, "Mi sento tradito e ferito, l'ho anche aiutata in un suo momento di difficoltà legato alla salute, le sono stato vicino ho addirittura parlato con i medici e adesso mi tratta così, quasi fossi un suo nemico da combattere, ma perché mi fa questo. Lei sa quanto tengo al rapporto con Agnese, sa che l'ho sempre seguita nelle sue attività scolastiche ed extrascolastiche e che questo ci permetteva di coltivare del tempo insieme, la bambina con me si è sempre divertita ed ora vuole privarci di questi bellissimi momenti solo perché lei non ha modo di stare con Agnese quanto vorrebbe. Non capisco la ragione per cui mia figlia debba stare con i nonni o con degli estranei che badano a lei nel momento in cui la madre è a lavoro, quando potrebbe stare con suo padre, io sono un libero professionista, ho del tempo a disposizione e non tollero che la bimba in assenza della madre non stia con me".

Il racconto di Gianni si fa sempre più intenso e assume a poco a poco toni sempre più forti che salgono e seguono il ritmo della sua convinzione.

Si ferma un attimo, ed Ester coglie il momento per chiedergli se vede nella sua ex un atteggiamento di vendetta. Spiega che non voleva dirlo (quasi fosse un gesto di falsa modestia), ma la domanda di Ester dà il via ad un nuovo sfogo nel

quale veniamo a sapere che effettivamente la separazione l'ha voluta lui. "Luisa non era d'accordo e ha fatto di tutto per riuscire a rimanere insieme. Addirittura dopo la prima volta che ci eravamo separati, mi ero fatto convincere a tornare con lei, ma i suoi atteggiamenti, sempre gli stessi, mi avevano dato la conferma che non potevamo più vivere insieme, quindi ho preso la decisione una volta per tutte e ho lasciato la nostra casa, andando a vivere in un appartamento vicino per riuscire a seguire comunque Agnese e per farle sentire il meno possibile la mia lontananza. Si è proprio così Luisa rivolgendosi al tribunale vuole minacciarmi, ma non mi ha nemmeno avvisato di questa sua decisione, un bel giorno mi sono visto arrivare la notifica del tribunale a casa e non ci ho capito più niente".

Ester domanda se questo l'ha disorientato, lui risponde con gli occhi sbarrati dall'incredulità: "Sono stato definito un padre compulsivo, impulsivo e una serie di offese che certo non meritavo, dato che sono stato sempre presente. Ci sono padri che non si occupano dei propri figli e io devo essere accusato di occuparmi troppo di mia figlia? Non ci posso credere, sembrava che le cose andassero per il meglio ed invece ho scoperto che non è così".

Ecco che dopo un'ora di colloquio, Gianni si rende conto che le cose non stavano come lui se le aspettava e che sarebbe iniziato un lungo periodo di scontro e confronto, ma questa volta in una nuova dimensione a lui fino ad allora sconosciuta. Non era così che sperava sarebbe finita, e adesso doveva riuscire a non franare su quel terreno così fragile.

Vista la presa di coscienza di Gianni, Ester gli domanda se vorrebbe a questo punto un confronto con Luisa per chiarire tutti i dubbi che erano emersi da questo incontro. Gianni accetta dicendoci che avrebbe chiamato Luisa affinché prendesse contatti con Ester la quale gli ha precisato che Luisa se vorrà potrà fare anche lei un colloquio individuale di ascolto con noi nel quale niente di ciò che era stato detto da Gianni sarebbe stato riferito. Gianni ci dice che possiamo esporre a Luisa il suo stupore nel ricevere la notifica del tribunale. A questo punto chiediamo a Gianni se è disponibile ad un altro colloquio individuale affinché possa ulteriormente chiarirsi le idee parlando con noi. Accetta e fissiamo l'incontro per il lunedì successivo alle ore 17.00.

Secondo incontro con Gianni

Gianni, come sempre puntuale, entrando nella stanza, quasi senza salutare, ci chiede se Luisa ha chiamato per fissare il colloquio individuale con noi.

Gli chiediamo di sedersi e gli spieghiamo che Luisa è disposta ad iniziare un percorso di mediazione familiare. Gianni è molto soddisfatto.

Gli chiedo come è stato dopo il nostro incontro e lui incomincia a raccontarci che ha preferito non sentire telefonicamente la ex compagna in quella settimana dato che non c'erano novità riguardanti Agnese e che ha trascorso le sue giornate chiedendosi cosa avrebbe potuto dire in mediazione a Luisa per farle ben capire che si era sentito tradito da lei vedendosi recapitare la notifica del tribunale senza un preavviso da parte sua.

Gianni, in questo nuovo incontro, ci fa presente di avere scoperto di provare molto rancore per la mamma di Agnese. Ester riconoscendo la sua rabbia gli domanda se sente che la situazione gli stia sfuggendo dalle mani e se questo lo spaventi. "Si potrei vedermi costretto a dover trascorrere meno tempo con mia figlia e lei potrebbe pensare che sono io a voler questo. Non voglio che rimuginando creda di essere diventata meno importante per me dopo la separazione. Questo mi spaventa e mi fa stare male. Agnese è ancora una bambina non so se è in grado di capire".

Gianni cerca il nostro sguardo, quasi come volesse essere confortato da noi e si prende una pausa. Intervengo facendo un breve sentito in cui gli rimando il timore di perdere il rapporto instaurato sino ad allora con la figlia e per distrarlo da suoi pensieri gli chiedo "che rapporto ha Agnese con lei?". Il suo sguardo torna sereno e ci racconta che quando si incontrano Agnese con lui parla, gli racconta delle sue giornate trascorse a scuola e anche di quando la mamma la fa arrabbiare perché non le permette di vestirsi come lei vorrebbe.

Gianni inizia ad aprirsi un po' di più rispetto al colloquio precedente, si sente più a suo agio e ce lo dimostra raccontandoci come ha conosciuto Luisa.

Era una domenica molto fredda di dicembre, un suo amico dopo un pomeriggio trascorso insieme, gli chiede di accompagnarlo da una sua amica per un visionare un lavoro che avrebbe dovuto eseguire per lei. Dal primo incontro si

Gianni si sentì subito coinvolto e invitò Luisa a cena, in un bel ristorantino, “ricordo ancora le luci soffuse e i suoi capelli neri e ricci illuminati nella penombra”. Da quel momento iniziarono a frequentarsi e dopo poco decisero di andare a vivere da Luisa, proprio in quella casa che era stata per loro il luogo del loro primo incontro, decisero di acquistare la casa, per avere una maggiore sicurezza economica, cosicché non avrebbero più avuto il pensiero di pagare l'affitto. “Pensavo che fosse stato meglio investire i nostri soldi in un appartamento mi sentivo più sicuro nel caso in cui sarebbe arrivato un figlio”. In primo momento Gianni sembrava quasi essere tornato a quei giorni, ma poi ripensando a tutte le volte che avevano discusso con Luisa, ci spiegò che in realtà non erano fatti l'uno per l'altro.

Il tempo, dato l'ambiente confidenziale che si era creato sino ad allora, scorreva velocemente e Gianni tornato all'amara realtà ci spiega che deve tornare a lavoro, ma vuole prima sapere cosa fare con Luisa. Gli domandiamo se si sente pronto ad incontrarla in mediazione e lui ci risponde con molta convinzione: “certo che lo sono, ho bisogno di parlarle, ma in un ambiente familiare perché non so se sarò in grado di reggere questo confronto”.

Gli spieghiamo che sarà un luogo neutro e che saranno loro, se vorranno con il nostro sostegno, a trovare la soluzione che pensano possa soddisfare al meglio i loro bisogni, le loro esigenze e soprattutto tutelare la loro bimba.

Gli spieghiamo che dopo aver sentito Luisa lo contatteremo telefonicamente.

L'incontro con Luisa

Dopo svariate telefonate con Luisa, riesco a fissarle un appuntamento. Luisa è scettica, non crede che incontrare Gianni in un percorso di mediazione potrà risolvere i loro problemi, ha già provato a parlargli in passato, ma non è cambiato niente, lui continua a non capire le sue difficoltà nell'affrontare questa improvvisa ed inaspettata separazione e per questo si è rivolta al tribunale, per non essere costretta a dover continuamente litigare sui termini dell'affidamento di Agnese.

Le spiego che non dovrà subito affrontare Gianni, questo lo potrà fare solo se lo vorrà e lo riterrà opportuno. Ciò che le chiediamo sarà di fare una chiacchierata con noi sui punti più conflittuali di questa separazione con il suo compagno.

A queste condizioni Luisa accetta suo malgrado e decidiamo di vederci il venerdì nel tardo pomeriggio, così da non doverla costringere a chiedere un nuovo permesso dal lavoro.

Luisa arriva in ufficio con il fiatone ribadendo che avrebbe potuto utilizzare quel tempo per stare con la bambina. Dopo un inizio un po' incerto Ester chiede a Luisa di accomodarsi e le spiega che Gianni ci ha contattate perché vorrebbe intraprendere un percorso di mediazione per riuscire a comunicare in modo rispettoso e senza dover delegare al tribunale la risoluzione dei loro problemi inerenti l'affidamento di Agnese.

“E già” esclama Luisa “lui pensa di cavarsela così, senza spiegazioni, vorrebbe che io accettassi tutto, ma lui non è disposto a dare niente in cambio, bell'egoista quest'uomo. Ve lo ha detto che se ne è andato poi è tornato, poi dopo avermi illusa se ne è andato un'altra volta e adesso cosa vuole ancora da me? No io continuo per la mia strada”.

Luisa non era intenzionata a cedere. Ester le chiede pensa che Gianni non le sia stato abbastanza vicino in questi anni?

E' bastata una domanda perché Luisa si assentasse un attimo. Abbiamo rispettato il suo silenzio. “Ho dovuto subire un intervento chirurgico molto importante, subito dopo la nostra separazione definitiva e devo dire che Gianni, mi è stato molto vicino, si è sempre occupato di parlare con i medici e mi chiedeva sempre di cosa avessi bisogno. Ma io non avevo bisogno di niente, avevo bisogno che il mio compagno mi dicesse che saremmo tornati ad essere una famiglia al mio ritorno a casa, che si sarebbe occupato di me e di sua figlia e invece lui voleva solo essermi accanto come un amico, ma per me non poteva essere solo un amico”.

Le chiedo: “Si è sentita abbandonata?”.

Luisa fa cenno con il capo e mi risponde di sì. Aveva anche paura per il futuro di Agnese, ma sapeva di poter contare su Gianni e con gli occhi lucidi ci conferma che lui è sicuramente un buon padre. Agnese le racconta di tutte le cose che fanno insieme ed è entusiasta quando il sabato dopo il cinema vanno a mangiare al Mc Donald's. “Anch'io vorrei lo stesso rapporto che Agnese ha con il padre,

ma io lavoro sempre e sono sempre nervosa, il poco tempo che trascorriamo insieme serve per i compiti e lì certo non c'è molto da divertirsi anzi mi arrabbio e lei mi dice che sono troppo severa, invece con il padre ride sempre. Lui ha più tempo da passare con lei”.

Capiamo con Ester che il problema principale è il tempo da trascorrere con Agnese e restituendole la sua insoddisfazione ed amarezza, le chiedo: “Luisa, ha voglia provare a comunicare a Gianni quello di cui oggi ha parlato con noi, probabilmente se glielo spiegasse, così con calma come ha fatto con noi lui potrebbe capirla”.

Luisa inizialmente è titubante, ha paura di sentirsi ripetere il solito no, ma poi ci guarda un po' perplessa e dice: “Ma infondo cosa ho da perdere, non devo mica chiedergli di tornare con me, dobbiamo solo parlare di Agnese e va bene ci posso anche provare, ma non vi assicuro niente e soprattutto il procedimento giudiziale continuerà in parallelo con il percorso di mediazione che affronteremo.

Siamo d'accordo, del resto spetterà a loro prendere delle decisioni e fissiamo un appuntamento per la settimana successiva riferendole che contatteremo Gianni per informarlo del giorno stabilito.

La Mediazione tra Gianni e Luisa

Ecco arrivato il giorno del confronto. Il primo atto è stato quello di accoglierli in modo aperto ed empatico. Appena entrati Luisa scoppia in un pianto a dirotto dicendo che non vuole separarsi, mentre Gianni a stento riesce a reprimere la rabbia e nervosamente propone di tornare in un altro momento dicendo: “Luisa, se fai così mi costringi ad andar via subito”.

Chiediamo di sedersi. Seduti la tensione si allenta, ora è possibile verificare di che cosa hanno bisogno.

Porgo un fazzolettino di carta a Luisa, spiegando che questo è uno spazio protetto dove è possibile esprimere i propri sentimenti e i propri dolori, ma dico anche a Gianni che comprendo il suo disagio e la sua rabbia. Intanto Ester precisa che il nostro ruolo impone di essere assolutamente imparziale e che non può succedere niente di irreparabile

Per smorzare gli animi, faccio una breve introduzione in cui spiego che ognuno di loro avrà uno spazio per poter raccontare le loro ragioni e in quel lasso di tempo non dovranno interrompersi. Ester restituirà un breve riassunto per capire se sono state colte le questioni principali, dopodiché avranno il tempo per poter argomentare e trovare loro stessi, sostenuti da noi, delle soluzioni.

La funzione della mediazione è proprio quella di mettere le parti in grado di sperimentare personalmente la ricerca delle soluzioni possibili al problema, ripristinando la capacità di comunicare attraverso l'individuazione e la rimozione dei blocchi della comunicazione.

Sottolineo nuovamente che tutto ciò che verrà detto resterà riservato e li prego di rispettare l'opinione dell'altro.

Alla loro richiesta di aiuto, ci riferiscono che non riescono neanche più a parlarsi, rispondo cercando di fargli comprendere cosa è possibile raggiungere con la mediazione e quindi la finalità e i limiti.

Si sentono accolti e ci comunicano l'intenzione di voler mediare, soprattutto per tutelare la loro bambina Agnese dagli effetti di situazioni troppo dolorose.

Luisa dice che in realtà non vorrebbe separarsi, mentre Gianni ritiene che il rapporto di coppia sia finito, ma è disposto a fare questo percorso per tutelare la figlia.

I punti salienti della discussione sono gli incontri del padre con la bambina. Il clima si scalda quando Gianni accusa Luisa di lasciare troppo tempo Agnese con la babysitter. Luisa si sente offesa e criticata nel suo ruolo di madre ritenendo di fare tutto il possibile per dedicare del tempo alla bambina, rinfaccia allora all'ex compagno che lui sa che non sopporta di stare da sola nei weekend in cui lui tiene Agnese e che quello potrebbe essere il tempo giusto da trascorrere appieno con la figlia, ma lui è intransigente su questo e neanche un po' elastico non permettendole di vivere del tempo con la bimba il sabato e la domenica. Gianni ribatte che questi erano stati gli accordi presi insieme inizialmente e li ha solo rispettati.

Sono molti i momenti in cui dobbiamo cercare di ristabilire la calma cercando di ricondurli ad una comunicazione corretta, ricostruendo attraverso i sentiti un discorso che permetta loro di inviarsi messaggi positivi attraverso i quali ognuno potesse riconoscersi nel dolore dell'atro.

Il superamento dei blocchi emotivi personali permetterà loro di riconoscere alcuni elementi positivi delle rispettive competenze ed abilità.

Mano a mano riescono a comprendere di essere genitori e che resteranno sempre genitori, impegnandosi a fare un passaggio importante e cioè passare da una dimensione di coppia in senso affettivo ad una dimensione di coppia genitoriale.

Dopo un lungo elaborato lavoro sulle loro emozioni, Gianni e Luisa si riconoscono come interlocutori validi e cominciano a riflettere sul programma da costruire sull'organizzazione della loro vita per rispettare le singole esigenze, ma anche il rapporto che entrambi hanno fortissimo con Agnese. Con uno spirito liberato dai problemi di coppia possiamo passare alla determinazione dei punti d'incontro su cui discutere.

In sintonia con la legge sull'affido condiviso, entrambi chiedono l'affidamento condiviso di Agnese. Luisa accetta di interrompere l'iter giudiziale intrapreso per le decisioni inerenti la bambina, a patto che Gianni le venga incontro fissando date flessibili sugli incontri con la figlia cosicché potrà trascorrere più weekend con lei, dato che sono i giorni in cui potrà godersi al meglio, libera dagli impegni lavorativi, il tempo con la bambina. In compenso Luisa accetta che Gianni vada a prendere ogni pomeriggio Agnese all'uscita da scuola, di modo che non dovrà essere affidata alla babysitter sino al ritorno a casa della madre.

Agnese vivrà con la madre nella casa familiare di proprietà di Gianni che rivela fin dall'inizio una grande disponibilità per quanto concerne le questioni di carattere economico, sempre precisa, per salvaguardare il bene della bambina. C'è molta cura nel definire i tempi e i modi di realizzare concretamente la continuità di rapporto di Agnese con entrambi i genitori.

Una volta stabilita l'organizzazione della vita quotidiana, le vacanze, i contatti con i nonni e con i parenti, Gianni e Luisa decidono di esercitare insieme la potestà per le scelte più significative o di straordinaria amministrazione e separatamente quelle di ordinaria amministrazione. In sostanza prenderanno insieme le decisioni importanti per la cura, lo sviluppo e l'educazione di Agnese, cioè quelle relative alla scuola, alla salute, all'educazione religiosa, agli sport, mentre per le scelte quotidiane, che si presentano continuamente nella vita di tutti i giorni, ciascuno deciderà da solo quando sarà con la figlia. Stabiliscono anche di ripartire a metà le spese per la bimba.

Per quanto riguarda la casa, Gianni, pagherà tutte le spese di straordinaria amministrazione, mentre quelle di ordinaria amministrazione come le bollette spetteranno a Luisa.

Gianni e Luisa sono soddisfatti perché sanno che rispettando le decisioni prese, riusciranno a proteggere Agnese e a non strumentalizzarla.

Alla fine dell'incontro Luisa ci riferisce di quanto fosse stata scettica all'inizio, non pensava che questo percorso potesse chiarire i loro problemi, soprattutto perché conoscendosi tra loro perfettamente da anni ormai, non capiva come sarebbe potuta cambiare la situazione ed è per questo che non ha voluto accettare il secondo colloquio da noi proposto, non credeva nella sua utilità, lei aveva ben in mente cosa voleva, ha accettato l'incontro di mediazione per riuscire a comunicarlo a Gianni.

Ci salutiamo con una vigorosa stretta di mano, ricordandogli che noi restiamo a loro disposizione nel caso avessero bisogno di essere ascoltati con un ulteriore colloquio individuale dopo l'incontro di mediazione.

CONCLUSIONI

A questo punto dell'analisi di questo lavoro che ha come oggetto il ruolo della mediazione familiare nell'affido condiviso, risulta evidente quanto sia ampio il potenziale costruttivo che l'intervento della mediazione può svolgere nel campo dell'affidamento condiviso e quanto sia utile dare visibilità ed importanza a questo strumento che si pone come un territorio di pacificazione a cui i genitori possono ricorrere in ogni caso come una libera scelta.

E' auspicabile che il ricorso alla mediazione sia sempre più avvertito come necessità personale di crescita e di sviluppo delle proprie risorse per affrontare la crisi senza lasciarsene dominare.

Chi decide di intraprendere un percorso di mediazione decide di mantenere l'alleanza genitoriale anche e soprattutto dopo la fine di quella matrimoniale. La mediazione, così, permette di accettare la perdita del rapporto di coppia per aprirsi ad un nuovo rapporto dovuto e necessario ai figli, ma anche se stessi come persone.

Considerare quindi la separazione come una nuova costruzione, più che come distruzione e perdita e concentrandosi su quello che resta e su cosa di buono se ne può fare, si "bypassa il dolore cercando così di lasciarsi il conflitto alle spalle. La mediazione può permettere a due persone che si sono amate e poi sono divenute nemiche di tornare a riconoscere il valore l'uno e dell'altro individuando un modo per vivere il loro passato con serenità e soprattutto tornano ad essere genitori.

Diffondere una diversa cultura dell'evento separativo, una cultura che dia sbocchi al conflitto coniugale e che veda coinvolti tutti coloro che, a vario titolo, intervengono nella separazione.

Deve essere un impegno comune, anche per il mediatore, riuscire a restituire alle madri e ai padri separati il riconoscimento del proprio ambito di responsabilità genitoriale, affinché i figli possano continuare nonostante la separazione a contare sul sostegno, la cura e l'affetto di entrambi. La mediazione familiare costruisce uno spazio in cui i genitori possono progettare, condividere e realizzare un futuro possibile e sostenibile da tutte le parti coinvolte.

Obiettivi della mediazione familiare devono essere quelli di aiutare i genitori a mantenere o a riprendere una comunicazione sufficiente e definire

autonomamente gli accordi che essi ritengono più funzionali al benessere proprio e dei figli, attraverso la concreta e costante condivisione dei compiti genitoriali.

