

**Progetto famiglia, minori ed immigrazione – Consiglio dell’Ordine  
degli Avvocati di Roma  
(estensori: Consigliere Avv. Matteo Santini ed Avv. Pompilia  
Rossi)**

**Senato della Repubblica:  
Considerazioni e criticità dei ddl 735-45-768-  
118**

\*\*\*\*

La premessa, doverosa, del presente elaborato va nella direzione che è del tutto apprezzabile e condivisibile di rimettere al centro del diritto di famiglia proprio la famiglia ed i genitori e di condurre questa materia verso una sempre più capillare degiurisdizionalizzazione con il consolidamento di quanto già iniziato con la comparsa dell’istituto della negoziazione assistita.

Altrettanto condivisibile è la finalità di tentare di non delegare ad altri, soggetti terzi, le decisioni sulla relazione con i figli dopo la separazione e sul loro futuro in applicazione del concetto di cogenitorialità e di autodeterminazione.

E' oltretutto indubbio che vi è stata una applicazione della 54/06 del tutto disomogenea sul territorio nazionale e, a volte, non è stata neppure applicata tale normativa in alcuni

aspetti (v. mantenimento in forma diretta e valutazione in termini economici della assegnazione dell'abitazione coniugale).

La modalità con cui si prevede l'attuazione degli apprezzabili obiettivi, di cui sopra, appare però nel testo del ddl estremamente rigida, basata su un concetto di cogenitorialità consistente in uguaglianza "materiale" e di tempi, e non pari responsabilità nella gestione del ruolo genitoriale, necessario presupposto di una corretta bigenitorialità, come ben sappiamo noi avvocati familiaristi competenti del settore.

Gli automatismi previsti sembrano andare in una unica direzione adultocentrica ed in contrasto con la Convenzione di New York e la Corte Europea dei diritti dell'Uomo; inoltre ancora una volta, purtroppo, una norma che interviene per regolamentare e dirimere i conflitti familiari non si è posta il problema della esecutorietà dei provvedimenti giudiziari riguardanti i minori, un campo ove è indispensabile intervenire e dove, invece, vi è un vuoto che lede gli interessi del minore e rende a volte inefficaci i provvedimenti assunti.

Il ddl 735 pone in essere la contrapposizione della mediazione familiare e mediazione civile e commerciale, prevista nel D.lgs. 28/10, che sono istituti completamente diversi tra loro, non considerando, tra l'altro, che la mediazione civile e commerciale "*termina*" con la sottoscrizione dell'accordo tra le parti mentre quella familiare si proietta necessariamente oltre la sottoscrizione dell'accordo.

Ed ancora, il ddl introduce la obbligatorietà della mediazione familiare determinando un aggravio di costi a carico dei separandi (giusta la clausola di invarianza finanziaria, art. 24) che si possono calcolare in almeno 77 milioni di euro all'anno. Peraltro, si aggiunga che i mediatori familiari hanno sempre osservato che la mediazione deve assumere necessariamente carattere di volontarietà (non può essere imposta) ed occorre pure asserire che già l'Avvocatura svolge un notevole filtro al contenzioso familiare, anche grazie alla negoziazione.

Il ddl, inoltre, chiarisce anche che *“il percorso di mediazione familiare necessita del carattere della volontarietà per poter essere perseguito con la necessaria efficacia”*.

## **Analisi delle singole norme**

### **MEDIAZIONE FAMILIARE**

Tra le novità previste nel progetto una tra le più evidenti è quella della **mediazione familiare obbligatoria**.

Viene introdotta nell'art. 7 del ddl 735 quale nuova condizione di procedibilità (e non di ammissibilità) che conduce, in difetto, ad un rinvio di due mesi dell'udienza presidenziale (art. 708 c.p.c. novellato) con invito alle parti di provvedervi, costituito da un tentativo di mediazione familiare; quest'ultima si inserisce come professione regolata da una legge speciale, da appositi albi organizzati e a cui possono accedere anche gli avvocati, molti dei quali sono anche mediatori (si prevede, quindi, la presenza di un mediatore abilitato).

Un “deficit” evincibile da tale disposizione si rileva ove il legislatore non chiarisce le conseguenze del mancato espletamento della mediazione familiare malgrado l'invito del Giudice.

Il processo prosegue? Il processo viene dichiarato estinto senza una misura?

E non possiamo esimerci dal rilevare che a parte il costo della procedura (allo stato ancora indeterminato ma di natura certamente onerosa per stessa ammissione degli estensori), altre fonti di preoccupazioni sono rappresentate nel suddetto ddl dalla previsione della mediazione familiare obbligatoria, dalla introduzione della figura del

coordinatore genitoriale ed alla predisposizione di un "piano genitoriale concordato" tra i genitori finalizzati al contrasto della cosiddetta "alienazione genitoriale". Il ddl, infatti, prevede che chi vorrà separarsi dovrà obbligatoriamente rivolgersi a un generico "mediatore familiare" (art. 7 e art. 22), figura professionale che trova una sua collocazione proprio nel progetto di riforma (art. 1), senza considerare che la figura professionale del mediatore è già definita dalla norma UNI 11644, derivante dalla legge 4/2013, con previsione dell'intero percorso formativo dei mediatori.

Ciò esporrebbe queste famiglie al rischio di interventi "generici", non regolamentati e non controllati, di numerosissimi "mediatori familiari" o "coordinatori genitoriali" di incerta competenza, senza la garanzia che tali professionisti possano essere adeguatamente formati per la gestione trasformativa delle dinamiche familiari conflittuali.

La natura obbligatoria che il ddl n. 735 attribuisce alla mediazione familiare rappresenta fonte di preoccupazione per gli stessi mediatori familiari che da sempre ritengono che la procedura, per funzionare, necessita di una adesione spontanea e, dunque, della volontarietà.

Le previsioni afferenti la obbligatorietà risultano essere in contrasto con la Raccomandazione R 98 del Consiglio d'Europa, che sollecita gli Stati a promuovere la mediazione familiare ma, al contempo, afferma che essa non deve essere, in linea di principio, obbligatoria (punto II, lett. *a*) dei Principi della Mediazione); la stessa Raccomandazione esclude che il mediatore possa imporre accordi, il che parrebbe in contrasto, anche se non diretto con la previsione del ddl che, applicando il D. lgs. 28/10, concede al mediatore il potere di formulare proposte transattive, il cui rifiuto può essere valutato dal Giudice, anche ai fini della liquidazione delle spese.

La introduzione della obbligatorietà della mediazione potrebbe inoltre condurre a un detrimento dei ricorsi alla negoziazione assistita familiare, malgrado, peraltro, il suo

grande successo come strumento alternativo alla risoluzione delle controversie (la mediazione familiare, intesa come condizione di procedibilità, non sarebbe uno degli strumenti di composizione del conflitto ma diventerebbe l'unico, assorbendo tutti gli altri e quindi anche la negoziazione assistita).

Notevole criticità il progetto di legge lo rileva in termini di costi aggiuntivi di considerevole entità. La mediazione familiare prevede, in media, da sei a dieci incontri con costo variabile da 50 a 100 Euro a incontro; valutando i dati Istat sulle percentuali di separazione o divorzio si può presupporre che ben 77mila coppie possono rivolgersi ai mediatori familiari con una spesa annuale sino a 77 milioni di Euro; orbene tale spesa graverà sui soggetti stessi perché nel ddl non è previsto alcun piano finanziario a carico dello Stato.

Ulteriore "deficit" delle norme contenute nel ddl 735 in relazione è che non prevedono deroga alcuna: l'obbligo di mediazione (e di riflessione sulla decisione di separarsi), infatti, vale anche nelle ipotesi di violenza domestica, in palese violazione della Convenzione di Istanbul.

Ai fini di una disamina maggiormente esaustiva, l'art. 1 del ddl 735 istituisce l'albo nazionale per la professione di mediatore familiare cui potranno iscriversi laureati in discipline sociali, psicologiche, giuridiche, mediche che abbiano frequentato con successo master di 350 ore; gli avvocati iscritti da 5 anni che abbiano "*trattato almeno 10 nuovi casi all'anno in 5 anni*" sono esentati dall'obbligo di formazione.

Al comma 2, lett. i), il ddl prevede che "*il mediatore familiare ha un obbligo informativo in favore delle parti circa la possibilità di avvalersi della consulenza matrimoniale al fine di salvaguardare per quanto possibile l'unità della famiglia, come previsto dall'art. 708 c.p.c.*". L'art. 1 del ddl 45, in aggiunta, prevede che le parti debbano effettuare un percorso che certifichi "*l'effettivo e concreto tentativo di riconciliazione, la presa di*

*coscienza dei problemi scaturenti dalla separazione riguardo ai figli e l'elaborazione di modalità di sostegno per i figli minori".*

Ciò rappresenta una profonda involuzione del diritto delle relazioni familiari, che pone in essere una ingiustificata ingerenza nella vita familiare in violazione dell'art. 8 Cedu e che viola il diritto di autodeterminazione.

L'art. 2 impone l'obbligo di riservatezza per "*atti e documenti*" del procedimento di mediazione. Si tratta di norma che deve essere letta in uno con gli artt. 9 e 10 del D.lgs. 28/10 in materia di riservatezza sulle informazioni assunte. La stessa norma è prevista all'art. 11 DDL 768 e all'art. 2 DDL 45 in esame.

L'Art. 3 regola il procedimento di mediazione: al comma 1 prevede la partecipazione al procedimento di mediazione dei minori che abbiano almeno 12 anni, senza la previsione delle cautele previste per l'ascolto del minore ex art. 336-*bis* c.c..

Il minore quindi partecipa al conflitto, seppure nell'ottica di una sua soluzione; la norma, tuttavia, diventa palesemente lesiva del suo interesse, in spregio alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e con la Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori (d'ora in poi Carta AGIA).

Il comma 2 dell'art. 3 impone l'obbligo di rivolgersi a un mediatore che eserciti nel Tribunale competente per territorio sulla domanda. Si tratta di norma che condurrà con certezza ad estrema confusione, infatti, considerato, ad esempio, che in caso di separazione, il Tribunale competente per territorio sulla domanda ex art 711 c.p.c. potrebbe essere diverso da quello competente per la domanda contenziosa, si corre il rischio di rendere nullo l'esperimento della mediazione familiare, fatta sul presupposto della separazione consensuale (e dunque nella residenza di uno dei due coniugi, ad esempio) poi fallita.

Il comma 3 statuisce che: "*la partecipazione al procedimento di mediazione è volontariamente scelta dalle parti e può essere interrotta in qualsiasi momento*", in

contrasto con quanto affermato nella riga successiva per cui "*l'esperimento della mediazione familiare è comunque condizione di procedibilità*".

La norma, per come è scritta, sembra voler obbligare le parti non solo a partecipare al primo incontro di mediazione ma pare imporre la conclusione di un intero ciclo.

I commi 4-5-6 prevedono che la mediazione abbia una durata massima di 6 mesi, il che non si adatta a casi particolarmente complessi e sarebbe, pertanto, preferibile concedere alle parti la facoltà di chiedere una proroga congiunta.

La previsione che gli avvocati partecipino al primo incontro solo se "già nominati" mina il diritto di difesa delle parti e specialmente della parte debole, cui deve essere garantita, sin dall'inizio, la doverosa assistenza tecnica.

Al comma 7 del medesimo articolo si estende all'istituto della mediazione familiare gli artt. 8 (procedimento), 9 (dovere di riservatezza), 10 (segreto professionale, inutilizzabilità), 11 (proposta conciliatore) e 13 (spese processuali) del D.lgs 28/10.

Si ritiene che l'estensione del meccanismo previsto potrebbe inquinare il setting della mediazione familiare, inducendo alla sottoscrizione di accordi per non correre il rischio del pagamento delle spese processuali o, peggio ancora, per non correre il rischio che il rifiuto della proposta possa essere valutato ai fini del regime di affidamento.

La previsione regolata dal comma 8 secondo cui "*L'efficacia esecutiva dell'accordo*" deve in ogni caso "*essere omologata dal Tribunale competente per territorio*" è priva di senso e scoordinata rispetto alle norme processuali, anche per effetto del mancato richiamo agli artt. 711, comma 4, e 737 c.p.c..

Non sono disciplinati i casi in cui il Tribunale possa non omologare l'accordo: solo per vizi di forma, qualora i patti siano in contrasto con l'interesse dei figli, oppure in tutti i casi in cui violino diritti indisponibili?

Il comma 9 prevede che il Tribunale provveda entro 15 giorni dalla richiesta: tale termine è ovviamente ordinatorio e privo di efficacia reale; inoltre non sono disciplinate le

conseguenze del rigetto dell'omologa; sarebbe opportuno prevedere quantomeno la facoltà del Tribunale di convocare le parti, come accade nella procedura della negoziazione assistita.

L'Art. 4 del ddl 735 stabilisce che il Ministro di Giustizia stabilisca i parametri dei compensi professionali dei mediatori, a conferma del fatto che l'introduzione della mediazione obbligatoria costituirà un ulteriore costo: la parte che intende separarsi (e che peraltro oggi, in numerosi Tribunali, lo può fare anche senza l'assistenza dell'Avvocato) dovrà sostenere i costi del difensore (che sono diversi rispetto a quelli richiesti con la separazione consensuale) e quelli del mediatore.

Le modifiche che possono essere apportate afferenti la mediazione familiare sono:

- l'obbligo di riservatezza deve essere esteso anche alle informazioni assunti durante il procedimento di mediazione;
- la mediazione familiare non deve essere prevista quale condizione di procedibilità e dovrebbe essere utilizzato lo schema previsto dal ddl 768 e dal ddl 118.

Qualora si ritenga che l'attuale impostazione del ddl 735 non debba essere modificata, è auspicabile l'eliminazione dell'art. 1 comma 2, lett. i) n.2), dell'art. 3, comma 3, seconda parte e il richiamo agli artt. 11 e 13 del D.lgs. 28/10. Unitamente a ciò si suggerisce la sostituzione della partecipazione del minore con l'ascolto del minore, che dovrà avvenire senza gli avvocati e i genitori, in linea con quanto previsto dall'art. 337-*octies* c.p.c..

Altre modifiche suggerite: la riformulazione del comma 8, prevedendo che gli accordi assunti in mediazione possano essere trasfusi in un ricorso per separazione consensuale ed eliminazione del comma 9.

Inoltre, dovrebbe essere esteso il gratuito patrocinio per i compensi degli avvocati in sede di mediazione familiare e dovrebbe essere eliminato ogni riferimento all'obbligatorietà della mediazione e, in particolare, il fatto che sia inserita quale condizioni di procedibilità.



L'art. 706 c.p.c. (Forma della domanda) è stato modificato sia nel ddl 768 (ove all'art. 11 si prevede che: "prima di rivolgersi al Giudice" e "salvi i casi di assoluta urgenza e imminente pregiudizio per i minori" le parti si rivolgano, almeno per un primo colloquio informativo a un organismo di mediazione familiare per acquisire informazioni), sia nel ddl 118 all'art. 4 (il quale prevede che l'obbligo di rivolgersi a un centro sia successivo al deposito del ricorso e prima della assunzione dei provvedimenti provvisori). Entrambe tali soluzioni sono preferibili rispetto a quelle previste nel ddl 735.

Si dovrebbe altresì prevedere che il piano genitoriale debba essere allegato al ricorso e che la mancata allegazione costituisca comportamento processualmente valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

## IL COORDINATORE GENITORIALE

Il ddl 735, all'art. 5, formalizza il ruolo del coordinatore genitoriale, figura introdotta dai Tribunali di Civitavecchia, Milano e Roma. La novità è positiva ancorché numerose siano le criticità:

- a)** non è previsto alcun obbligo formativo per i coordinatori genitoriali, ma solo un generico richiamo (art. 5, comma 2) a "*formazione specialistica in coordinazione genitoriale*" e sarebbe opportuno una specificazione;
- b)** dovrebbe essere prevista l'introduzione dei parametri per la determinazione dei compensi professionali;
- c)** limitare il ruolo del coordinatore genitoriale alla sola "*esecuzione del piano genitoriale*" (comma 3) sembra essere limitativo delle possibili potenzialità della figura professionale;
- d)** la normativa non prevede le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza da

parte dei genitori delle indicazioni del coordinatore;

*e)* manca il collegamento tra coordinatore genitoriale e Magistratura per tutte le ipotesi in cui l'incarico avvenga dopo la chiusura del procedimento; il coordinatore non è neppure pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, cosicché egli non ha alcun obbligo di segnalazione all'Autorità di eventuali situazioni pregiudizievoli dei minori: conseguentemente il ruolo del coordinatore di "*risolvere tempestivamente le controversie*" insorte tra i genitori rischia di rimanere lettera morta;

*f)* non è comprensibile il motivo per cui il coordinatore genitoriale debba intervenire soltanto in sede di modifica (v. art. 13 che modifica l'art. 337 quinquies c.c.) e non anche in sede di "primo conflitto", laddove è dimostrato che la coordinazione genitoriale possa funzionare; parimenti non è comprensibile perché la coordinazione genitoriale (v. comma 3 del modificato art. 337 quinquies c.c.) debba intervenire dopo il fallimento e/o il rifiuto della mediazione familiare.

### **LEGITTIMAZIONE DEGLI ASCENDENTI**

Il ddl 735, altresì, statuisce che gli ascendenti possano intervenire nel giudizio tra i genitori. La previsione condurrà inevitabilmente ad un considerevole aumento delle ipotesi di conflitto dovuto alla moltiplicazione dei soggetti coinvolti nel processo. Tale previsione, pertanto, dovrebbe essere sostituita con quanto previsto dall'art. 1 ddl 768, cioè la possibilità di intervenire nel processo di separazione.

In particolare, il comma 4 conferma il contenuto dell'attuale art. 337-*ter* c.c. primo comma ed è speculare all'art. 317-*bis* c.c: modifica l'art. 38 disp. att. c.c, stabilendo il diritto degli ascendenti ad intervenire nel giudizio tra i genitori con le forme dell'intervento.

Orbene:

- a) dal punto di vista processuale l'intervento *ex art. 105 c.p.c.* in favore degli ascendenti è destinato a moltiplicare le ipotesi di conflitto con la moltiplicazione dei soggetti processuali coinvolti, con evidenti ricadute sulla durata dei processi;
- b) si assisterebbe ad una frammentazione di competenze che non giova all'interesse dei minori (gli ascendenti dovrebbero rivolgersi al Tribunale per i minorenni quando i genitori convivono e al Tribunale ordinario quando i genitori si separano);
- c) non si comprende quando e come dovrebbero essere realizzati i diritti degli ascendenti; se infatti la regola è quella del paritario e/o dei dodici giorni, quando il minore dovrebbe vederli?

La previsione dovrebbe essere sostituita da un lato con l'art. 1 ddl 768, che prevede che "le decisioni di maggiore interesse per i figli, salva diversa decisione del giudice, sono adottate dal genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva. Salvo che non sia diversamente stabilito, limitatamente alla gestione della vita quotidiana dei figli la responsabilità genitoriale è esercitata separatamente da ciascuno dei genitori anche in caso di affidamento esclusivo a uno di essi. In ogni caso, il genitore cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro salute, istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse". Dall'altro, con l'obbligo di ciascun genitore di garantire, nei tempi di propria pertinenza il diritto del minore a mantenere i rapporti con i parenti del proprio ramo parentale.

### **AFFIDAMENTO CONDIVISO / TEMPI PARITETICI**

L'art. 11 del ddl 735 propone una radicale modifica dell'art. 337 ter c.c. prevedendo il diritto del figlio minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo

con il padre e la madre (quindi con esclusione delle coppie omogenitoriali) con - testuale - "paritetica assunzione di responsabilità e di impegni e di pari opportunità", inteso come diritto di trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici ed equipollenti. In realtà quello del minore non è un diritto ma un vero e proprio dovere.

Inoltre, la impossibilità "materiale" è con ogni probabilità legata a ragioni di ordine logistico e non da altre ragioni.

Ulteriore conferma della circostanza che viene conferito rilievo a problematiche di ordine materiale è il riferimento contenuto nel secondo comma dell'art. 337 ter così come proposto: il Giudice assicura il diritto del minore a trascorrere tempo paritetico con ciascuno dei genitori "qualora uno dei genitori ne faccia richiesta e non sussistano oggettivi elementi ostativi"; in questo caso si passa alla previsione delle 12 notti mensili, a sua volta derogabile solo in 5 casi tassativi: *a)* violenza; *b)* abuso sessuale; *c)* trascuratezza; *d)* indisponibilità di un genitore (si suppone di quello che dovrebbe tenere con sé il figlio per dodici giorni); *e)* inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore.

Questo rappresenta un ulteriore riferimento a problematiche di natura oggettiva e sembra che non venga dato rilievo alla opportunità di individuare caso per caso la soluzione più adeguata nell'esclusivo interesse del minore a conservare una stabilità di vita e di relazione.

La nostra esperienza ci consiglia, anzi impone, una valutazione da effettuarsi nelle specificità della fattispecie, ove devono necessariamente essere presi in considerazione al fine di determinare le modalità di attuazione del principio della cogenitorialità variabili come età del figlio, interessi, distanza tra le abitazioni di ciascuno dei genitori.

Ulteriore elemento che abbiamo verificato è la volontà del figlio a non vedersi stravolgere la propria quotidianità già pregiudicata dalla decisione dei genitori a separarsi: la stabilità di relazioni e di un punto di riferimento abitativo diventa

indispensabile per superare il momento separativo tra i genitori e il disagio che inevitabilmente ne consegue.

La previsione, così come formulata, viola la Convenzione NY, laddove non tiene conto del fatto che tutti i provvedimenti devono essere assunti in funzione del *best interest of the child* che, invece, con le nuove norme non è più il criterio cui il Giudice deve informarsi nel prendere le proprie decisioni; altresì viola la Convenzione EDU, che in più di un'occasione ha condannato l'Italia proprio per avere previsto meccanismi "stereotipati" di attuazione del diritto di visita (cfr. *ex plurimis* Lombardo c. Italia) ed è in contrasto con la Risoluzione 2079/2015 che invita gli Stati a introdurre leggi in cui i tempi di permanenza sono adattati "ai bisogni e gli interessi del bambino", a riprova della necessità di evitare soluzioni standard uguali per tutti che pregiudicano la specificità di ogni storia familiare e di ogni bambino.

Ancor più grave è che la norma non tiene conto delle concrete esigenze del minore: basti pensare ai neonati o ai bambini in tenera età, oppure ai figli di genitori che abitano molto distanti tra di loro, e così via in una serie di situazioni che questa legge vuole ridurre a un unico modello non superabile se non per volontà del genitore che dovrebbe tenere con sé il figlio per almeno 12 giorni (da notare che il rifiuto non deve essere neppure motivato).

Viene violato l'art. 6 della Convenzione Europea relativa all'esercizio dei diritti del minore, che prevede che le decisioni sui minori siano sempre assunte tenendo conto del superiore interesse di questi.

La norma è, altresì, incostituzionale nella parte in cui tralascia di considerare l'interesse del minore che deve essere accertato, secondo la Corte Costituzionale, caso per caso (sentenza n. 272/2017; 7/2013; 31/2012, ed altre).

Il massimo della determinazione "oggettiva" è la previsione che dovrà essere garantita alla prole la permanenza presso ciascuno dei genitori "di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti" con unica deroga derivante da un "comprovato e

motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio minore in caso di violenza, abuso sessuale, trascuratezza, impossibilità di un genitore ed inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore".

Orbene come potrà essere applicata tale deroga? Con quali criteri?

Sarà sufficiente la presentazione di un atto di querela o denuncia per i reati di cui sopra o sarà necessario un decreto di rinvio a giudizio, una sentenza di condanna?

Ed ancora, viepiù da asserire che le cinque ipotesi, seppure tassative, utilizzano una terminologia non chiara: la violenza deve essere contro chi? il minore? Il genitore? I terzi in genere? E' contemplata l'ipotesi della violenza psicologica o di quella economica oppure no?

Analoghe domande si pongono poi con riferimento all'ipotesi dell'abuso sessuale.

Peraltro abuso sessuale e violenza dovrebbero condurre, salvo la prova dell'insussistenza del pregiudizio, alla sospensione delle visite e il passaggio al regime di affidamento esclusivo, proprio nell'interesse del minore; il termine "trascuratezza" è generico.

Il punto 5 dell'elenco ("*Inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore*") è inaccettabile sia per la genericità della formulazione sia perché subordina il diritto del minore alla bigenitorialità alle condizioni economiche dei genitori.

I commi 1 e 2 dell'art 11 del ddl 735 dovrebbero dunque essere completamente modificati prevedendo:

- 1) il mantenimento dell'attuale primo comma dell'art. 337-ter;
- 2) il Giudice dovrà regolamentare i tempi di permanenza del minore presso ciascuno dei genitori in modo da garantire una frequentazione equilibrata, anche sotto il profilo quantitativo, con ciascuno di essi tenendo conto: dell'attuale situazione e delle abitudini del minore; dell'evoluzione del minore, secondo un giudizio di carattere prognostico; dei tempi che ciascuno dei genitori ha a disposizione per assolvere ai compiti di cura del minore; delle diverse organizzazioni domestiche di ciascuno dei genitori a seguito della

rottura del rapporto di coppia; della capacità di ciascuno di essi di garantire l'accesso all'altro;

Il comma 3 statuisce che, quando non sia possibile attuare la divisione paritaria, il Giudice attui "recuperi" nei periodi di vacanza.

La norma tradisce, ancora di più, la visione della persona di età minore come un oggetto, in spregio al punto 1 della Carta AGIA ("*L'amore non si misura con il tempo ma con la cura e l'attenzione*"), alla Convenzione NY (art. 3 "*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*"), all'art. 8 Cedu, alla Convenzione europea dei diritti relativa all'esercizio dei diritti del minore.

E' infatti evidente che la norma si applica qualora uno dei due genitori non sia in grado di garantire, per ragioni sue proprie, la regola dei 12 giorni (ad esempio perché si è trasferito). In tutte queste situazioni il Giudice è obbligato ad approntare situazioni che prevedano una sorta di automatico meccanismo di compensazione, senza considerare la situazione del minore e dunque il suo interesse.

La previsione dovrebbe essere subordinata alla realizzazione dell'interesse del minore e al rispetto delle sue abitudini di vita.

L'ultima parte della linea secondo cui "*Il Giudice, nei procedimenti di cui all'art 337-bis c.c. adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale di essa*" dovrebbe essere trasferita all'inizio dell'articolo per imprimergli la natura di principio generale di riferimento.

## **PIANO GENITORIALE**

Secondo la previsione del ddl 735, nel piano genitoriale si preclude alle parti la possibilità di pattuire un assegno di mantenimento in favore dei figli e si prevede il c.d. contributo "diretto", senza alcuna erogazione di assegno che, se previsto (es. in caso di deroga al paritetico) dovrà sempre essere temporaneo con fissazione del termine da parte del Giudice; inoltre il giudice dovrà indicare quali iniziative le parti dovranno attuare per rendere possibile il mantenimento diretto della prole.

Tale previsione conduce inevitabilmente ad un aumento del conflitto, laddove è realtà quotidiana la impossibilità per due coniugi/genitori di concordare la minima scelta educativa o formativa del figlio. Nelle varie fasi di sviluppo dei minorenni le loro esigenze cambiano anche rispetto alla relazione con le figure genitoriali e non solo in base all'età. Possono cambiare in base al percorso individuale e familiare, nonché in base alla qualità delle relazioni tra i membri della famiglia che si modificano nel tempo.

La previsione parrebbe presentare un profilo di incostituzionalità per una disparità di trattamento tra figli di genitori coniugati e figli di genitori separati; avendo i primi il diritto ex art. 315 c.c. di essere educati, mantenuti, istruiti secondo le inclinazioni ed aspirazioni ed i secondi, invece, con l'applicazione di un rigido schema che non tiene conto della crescita del soggetto e dei mutamenti relativi.

I genitori, inoltre, sono tenuti alla stretta osservanza del piano genitoriale e le eventuali sue modificazioni, anche mediante l'intervento del coordinatore genitoriale o del mediatore familiare (art. 13), devono essere sottoposte al Giudice (art. 337-*quinquies* c.c.). Non è chiaro, invece, se i genitori possano liberamente modificare il piano genitoriale in pieno accordo tra di loro, considerato che si tratterebbe di una modifica a mezzo "scrittura privata" di un provvedimento giurisdizionale.

La proposta normativa costituisce una inammissibile ingerenza dello Stato nella vita privata dei cittadini, specialmente laddove impone la previsione del piano genitoriale anche nelle ipotesi di accordo tra i genitori e presenta un probabile profilo di



incostituzionalità per disparità di trattamento tra figli di genitori separati e figli di genitori conviventi. I secondi infatti mantengono intatto il diritto (art. 315 c.c.) di essere educati, istruiti e mantenuti tenendo conto delle loro inclinazioni, capacità naturali e aspirazioni, mentre i primi invece dovrebbero essere educati sulla base di un regolamento fisso e rigido che non tiene conto delle evoluzioni connesse alla loro crescita e al loro sviluppo; è infatti evidente che le abitudini di un figlio (così come i luoghi abitualmente frequentati dai figli o le attività extrascolastiche o le vacanze) sono destinate a mutare con il crescere dell'età e delle esigenze e non possono essere imbrigliate in un documento che è l'esatta negazione dei diritti del minore sanciti nell'art. 30 Cost., nonché nella Carta AGIA.

La norma potrebbe essere produttiva di nuovi e ulteriori conflitti tra le parti per la formazione e la modificazione del piano genitoriale.

Il comma 6 dell'art. 337-ter c.c. dovrebbe essere modificato mediante la previsione dell'obbligo di inserimento del piano genitoriale solo nelle ipotesi di conflitto, così da renderlo un valido strumento che possa orientare la scelta del Giudice.

Il comma 8 dovrebbe essere modificato mediante l'elisione della prima parte e la modifica della seconda, nel senso che il Giudice, nell'assumere i provvedimenti, tiene conto di quanto indicato dai genitori nei rispettivi piani genitoriali ma non è vincolato ad esso; all'art 337-*quinquies* c.c. dovrebbe essere eliminato ogni riferimento alle modifiche del piano genitoriale e contemporaneamente dovrebbe essere inserito l'obbligo dei genitori di allegare al proprio ricorso un nuovo piano genitoriale, in linea con quanto previsto per la separazione/divorzio/ricorso *ex art. 316-bis* c.c.

### **IL CONTRIBUTO “DIRETTO”**

Il contributo c.d. "diretto", introdotto dai commi 7, 8 9 dell'art. 11, con conseguente cessazione del versamento di una somma a titolo di contributo al

mantenimento del figlio comporta inevitabilmente la possibilità che si crei una disparità di posizione, laddove un genitore con più disponibilità economiche può provvedere più adeguatamente dell'altro alle esigenze del figlio (e quindi divenire il genitore "preferito"). Inoltre la previsione che nel piano genitoriale debbano essere indicate le spese ordinarie, le spese straordinarie, attribuendo a ciascun genitore specifici capitoli di spesa, pone un problema relativamente alla possibilità che le scelte del figli debbano avere carattere di "fissità" nel tempo mentre esse sono strettamente collegate alla valutazione del figlio ed al mutamento delle sue esigenze di vita e di formazione.

Mi sembra che sul piano pratico tali previsioni porterebbero ad esasperare la conflittualità tra le parti anziché ridurla ed a creare notevoli difficoltà da un punto di vista concreto per quei genitori che non hanno reddito alcuno o, comunque, detengono reddito esiguo. Se si analizza il dato Eurostat sul fronte dell'occupazione femminile l'Italia resta infatti agli ultimi posti: il suo 48,2% di occupate è più alto solo rispetto a 43,3% della Grecia, ben lontano dal 61,6% della media di altre 28 Paesi europei.

La soluzione potrebbe essere quella di attuare il protocollo per le spese straordinarie redatto dal CNF, mentre per il mantenimento periodico, qualora non sia possibile quello diretto per evidenti diversità reddituali e di patrimonio, si valuteranno le capacità economiche dei genitori, il reale reddito percepito e l'assegnazione della casa familiare.

Il mantenimento diretto, nei termini indicati dal DDL, è l'esatta negazione del principio di bi genitorialità poiché esso, di fatto, attribuisce il potere decisionale al genitore maggiormente abbiente, con conseguente esclusione dell'altro dalla concertazione delle decisioni riguardanti il figlio.

Inoltre, eliminando il tenore di vita quale parametro di determinazione del mantenimento, è in contrasto con l'interesse del figlio a non subire pregiudizi economici dalla separazione dei genitori (art. 9 Carta AGIA), costringendo quindi il figlio a modificare quelle abitudini che sino alla separazione ha avuto.

La previsione determina una palese disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori ancora sposati che hanno il diritto di mantenere "*il tenore di vita*" a differenza dei figli dei genitori separati che, in nome di un non meglio specificato egualitarismo, devono essere tutti mantenuti alla stessa maniera (vedi il riferimento al costo medio ISTAT); la parte in cui prevede l'introduzione dell'assegno a tempo è ultronea, considerato che, come noto, i provvedimenti in materia di diritto alle relazioni familiari sono sottoposti alle regola *rebus sic stantibus* e, come tali sono sottoposti a modifica in qualunque momento. Non possiamo però esimerci dal dire che abbiamo assistito a decisioni giudiziarie con l'imposizione di assegni perequativi pur in assenza dei relativi presupposti e solo in forza della individuazione di un genitore collocatario prevalente (ancorché la Cassazione abbia chiarito da tempo che l'assegno perequativo è svincolato dal collocamento); forse i tempi sono maturi per l'introduzione dell'obbligo annuale di rendiconto dell'assegno perequativo versato da un genitore all'altro ( l'obbligo potrà essere disposto dal Giudice per l'intero ammontare oppure solo per una sua parte).

Contemporaneamente dovrebbe essere estesa a tutto il territorio nazionale la prassi invalsa in molti Tribunali con la redazione di protocolli (p.e.: Milano, Roma, Bergamo, Verona; v. anche Protocollo elaborato dal CNF) di individuazione delle c.d. spese non preventivabili (scolastiche, mediche, sportive di vacanza) da porre a carico di ciascuno dei genitori in una percentuale variabile a seconda delle rispettive condizioni economiche. In questo modo l'assegno perequativo sarebbe dovuto solo a copertura di un novero limitato di spese.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che i commi 7-8-9 debbano essere modificati nel senso di prevedere che indipendentemente dai rapporti intercorrenti il figlio ha il diritto di essere mantenuto secondo i criteri indicati nell'art. 315-*bis* c.c.; ciascuno dei genitori deve provvedere al mantenimento del figlio in proporzione alle proprie sostanze e alle proprie capacità di lavoro sia professionale che casalingo; dovranno essere individuate le

c.d. spese non preventivabili (mediche, scolastiche, sportive) e la modalità con cui i genitori dovranno concordare le spese non preventivabili ( ed il meccanismo del silenzio assenso di cui al Protocollo di Roma).

In assenza di accordo vi sarà l'onere di indicare nei rispettivi atti difensivi i costi che si affrontano per il mantenimento del minore, suddividendoli in distinti capitoli di spesa.

A quel punto il Giudice, con il proprio provvedimento, pone a carico di ciascuno dei genitori una percentuale delle spese non preventivabili, in proporzione alle rispettive capacità economiche, oppure pone a carico di un genitore l'obbligo di versare all'altro un assegno mensile, solo ove ciò sia necessario per permettere al figlio di godere di contesti di vita omogenei presso ogni genitore. L'assegno sarà quantificato tenendo conto delle capacità economiche e delle capacità, anche potenziali, di lavoro dei genitori, delle abitudini, del tenore di vita e delle esigenze dei figli, nonché del valore dell'assegnazione della casa familiare.

Al fine di dirimere ogni tipo di controversia, sarebbe preferibile porre a carico del percipiente l'assegno l'obbligo di prestare rendiconto semestrale, anche parziale, in merito alla destinazione dell'assegno (con obbligo di restituzione delle somme percepite e non spese nell'interesse del figlio) e, se nel caso, può imporre a un genitore il pagamento di un assegno perequativo comprensivo anche di tutte o di parte delle spese non preventivabili, in caso di rifiuto reiterato di concordare le spese o di rimborsarle.

### **AFFIDAMENTO ESCLUSIVO**

L'art. 12 del ddl 735 modifica l'articolo 337 quater c.c. sull'affidamento ad un solo genitore e si opera un richiamo alla contrarietà all'interesse del minore di un regime di affidamento condiviso, ma si prevede una delega totalitaria al Giudice laddove si legge

(parte finale del primo comma) che egli debba promuovere "azioni concrete per rimuovere le cause che hanno portato all'affidamento esclusivo". Concetto difficile, se non impossibile, da attuare in concreto se non intendendo un'azione da parte dell'Autorità Giudiziaria del tutto avulsa dalle funzioni e competenze della medesima.

Inoltre appare una evidente discrasia nella previsione, laddove, sempre all'art. 12, si dispone che nei casi di cui all'articolo 337-ter c.c. secondo comma (ovvero quelli relativi alla violenza e agli abusi) si debba in ogni caso garantire in diritto alla bigenitorialità, disponendo tempi adeguati di frequentazione dei figli minori con il genitore non affidatario. Quindi anche in presenza di violenza e di abusi, accertati se nel caso con condanna, è necessario che il giudice rilevi un comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psicofisica del minore, in assenza del quale, anche il genitore maltrattante può frequentare il figlio maltrattato o vittima di violenza assistita.

Inoltre, il ddl 768 il quale statuisce che "il Giudice può escludere un genitore dall'affidamento, con provvedimento motivato, qualora ritenga che" l'affidamento a quel genitore crei "pregiudizio al figlio" è preferibile rispetto a quella del ddl 735, poiché il fatto di subordinare l'affidamento esclusivo a cinque tassative ipotesi risulta essere limitativo (rimangono, infatti, escluse le ipotesi ad esempio dei casi di patologia psichiatrica di un genitore).

Orbene:

a) subordinare l'affidamento esclusivo solo a cinque tassative ipotesi è limitativo: rimangono fuori ad esempio tutti i casi di patologia psichiatrica di un genitore, quelle di dipendenza da alcol o droga (e pare eccessivo il ricorso all'affidamento esclusivo per ragioni economiche (deroga n. 5)). Ottimo il chiarimento che all'affido esclusivo segue l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale e l'affidatario esclusivo, salva diversa determinazione, è autorizzato ad assumere da solo tutte le decisioni, anche quelle di straordinaria importanza, che riguardano il minore, tranne quella sulla residenza;

b) è incomprensibile il riferimento alla temporaneità dell'affidamento esclusivo, considerato che i provvedimenti in materia sono *rebus sic stanti bus*;

c) non è accettabile la previsione che, anche nel caso di affidamento esclusivo (e dunque anche nelle ipotesi di violenza) il Giudice debba comunque prevedere "*tempi adeguati di permanenza*" anche ove ciò sia di pregiudizio al minore;

d) la previsione delle azioni concrete per "*rimuovere le cause che hanno portato all'affidamento esclusivo*" potrebbe poi porsi in contrasto con l'art 32 Cost. (nel senso indicato da Cass. 13506/15) e legittimare un notevole incremento del Servizio Sociale, poco compatibile con la previsione di invarianza finanziaria.

### **DOPPIO DOMICILIO**

Nel quinto comma dell'art. 11 del ddl 735, si prevede che il Giudice possa prendere atto degli accordi intervenuti tra i genitori se non contrari all'interesse del minore e stabilisce il doppio domicilio del minore presso l'abitazione di ciascuno dei genitori ai fini delle comunicazioni scolastiche, amministrative e relative alla salute: tale principio, condivisibile se parliamo di domicilio e non di residenza, dovrà compiere un coordinamento con altre norme. Il comma successivo enuncia la necessità della predisposizione da parte di entrambi i genitori del "piano genitoriale" già esposto, riguardante i luoghi abitualmente frequentati dai figli.

La norma di cui al quinto comma è la conferma dell'attuale comma 3, con l'aggiunta della doppia domiciliazione, prevista anche dal DDL 768.

Si osserva che:

- la regola della "*doppia domiciliazione*" riferita all'abitazione di "*ciascuno dei genitori*" ai fini delle comunicazioni non tiene conto della immaterialità di molte comunicazioni che avvengono a mezzo elettronico (si pensi a quelle scolastiche).

Sarebbe opportuno prevedere che i figli siano "*domiciliati*" presso entrambi i genitori, senza alcun riferimento alle abitazioni;

- considerato che ancora oggi la P.A. non tiene conto in alcun modo della regola dell'affidamento condiviso (p.e.: l'iscrizione scolastica sul portale del MIUR viene fatta da uno solo dei genitori), sarebbe opportuno introdurre un preciso obbligo in tale senso, e specificare le iscrizioni scolastiche, così come i cambiamenti di residenza, sono soggetti sempre al consenso scritto di entrambi i genitori.

### **ASSEGNAZIONE CASA FAMILIARE**

L'art. 14 del ddl 735 propone la sostituzione dell'art. 337 sexies c.c.: fermo il doppio domicilio dei minori presso ciascuno dei genitori, il Giudice può stabilire nell'interesse dei figli minori che questi mantengano la residenza nella casa familiare ed indicare, in caso di disaccordo, quale dei due genitori può continuare a risiedervi.

Quindi esaminando alla lettera tale proposta: il doppio domicilio è sempre previsto; sono i figli minori che mantengono la residenza con uno dei genitori che può continuare a risiedervi con autorizzazione del Giudice ma qualora egli non sia il proprietario del bene, sarà tenuto a versare un indennizzo pari al canone di locazione a prezzo di mercato.

Quindi non vi è assegnazione della casa coniugale secondo i criteri delle norme vigenti (interesse del minore) ad uno dei genitori e tutte le questioni relative alla proprietà o alla locazione della casa familiare saranno risolte in base alle norme civilistiche vigenti in materia di proprietà e comunione.

Si prevede altresì nel secondo comma che non può continuare a risiedere nella casa familiare il genitore che non ne sia proprietario o titolare di diritto di usufrutto, uso,

abitazione, comodato o locazione (oltre alle previsioni già esistenti di cessazione di residenza, convivenza o nuove nozze).

E' evidente come ancora una volta l'interesse del minore - che si concretizza anche con la possibilità che tale minore conviva con il genitore che ha più possibilità o capacità di cura e di accudimento - è sacrificato da ben altro e cioè da quello che potremmo definire "logica di mercato". Il pensiero va inevitabilmente a tutte le coppie che hanno acquistato o locato una abitazione e per motivi disparati ne hanno intestato la proprietà ad uno solo dei coniugi o uno solo è intestatario del contratto di locazione; oppure al fatto che nella maggior parte dei casi il proprietario o intestatario del contratto di locazione sia il padre e non la madre (poiché quest'ultima priva di risorse economiche e parte sempre più debole in conseguenza di quanto sopra detto...). La madre, quindi, applicando alla lettera la previsione, non potrebbe risiedere con il figlio nell'abitazione.

Del resto il fatto che uno dei due genitori rimanga nell'esclusiva disponibilità dell'abitazione dovrà essere valutato in termini di contribuzione anche relativamente al pagamento delle spese non ordinarie occorrente per i figli (a meno che l'occupante la casa familiare non debba affrontare in via esclusiva spese di mutuo o di locazione che riequilibrano le posizioni).

Comunque il criterio definitivo dovrà essere l'attuazione dell'interesse del minore ad una stabilità di vita e il proprio diritto ad una abitazione idonea presso ciascun genitore.

Si osserva, pertanto, che:

a) solo il comproprietario (o titolare dei diritti di cui al comma 2) può rimanere a vivere nella casa familiare con i figli; tutti gli altri sono esclusi, anche nelle ipotesi di affidamento esclusivo, di sospensione/decadenza della responsabilità genitoriale, così come nell'ipotesi in cui il "*non proprietario*" non abbia risorse per potersi permettere una soluzione abitativa per sé e per i figli; manca qualunque riferimento all'interesse dei minori;



b) la norma deve essere letta in combinato disposto con il suggerito art. 337-ter c.c., comma 2, che prevede che il genitore che non ha "spazi adeguati" per il figlio possa "perdere" l'affidamento condiviso e non vedere neppure i figli e i minori avranno sempre residenza presso il genitore "più ricco" che, spesso, è quello proprietario dell'abitazione (raramente la madre);

c) la precisazione che "le questioni relative alla proprietà o alla locazione sono risolte in base alle norme vigenti in materia di proprietà e comunione" potrebbe determinare un aumento del contenzioso, obbligando il Giudice della separazione/divorzio a occuparsi anche di questioni che non dovrebbero competergli;

d) la previsione che il Giudice stabilisca un "indennizzo pari al canone di locazione secondo i prezzi di mercato" è produttiva di conflitti, sia per i termini confusivi utilizzati (o si parla di indennizzo o si parla di canone di locazione), sia perché il Giudice della separazione sarebbe obbligato a ricorrere in continuazione a consulenti tecnici (con aumento di tempi e prezzi) per determinare tale indennizzo.

Fermo quanto sopra indicato, non si può però sottacere che, sull'assegnazione della casa familiare, si è registrato il tradimento dello spirito della norma; i detrattori della L. 54/06 colgono nel segno quando assumono che la creazione della figura del genitore collocatario prevalente è stato lo strumento per privare uno dei genitori della casa familiare, anche quando ciò non corrispondeva all'interesse dei figli; il ddl attuale, però, propone di sostituire al dannoso meccanismo attuale un altro automatismo, altrettanto dannoso e sicuramente pregiudizievole dell'interesse dei figli. Sul punto appare più equa, la formulazione dell'art. 3 ddl 768 laddove sottolinea con forza il valore economico dell'assegnazione e, come rovescio della medaglia, la necessità di garantire al genitore privo di mezzi un contributo "a fini abitativi" per ospitare i figli.

Si ritiene che la norma dovrebbe essere modificata nel senso di prevedere che il Giudice debba assumere tutti i provvedimenti necessari a garantire al minore la disponibilità di

soluzioni abitative idonee presso ciascuno dei genitori e, di conseguenza, può anche assegnare il godimento della casa familiare a favore del genitore che non sia titolare di alcun diritto reale o personale su di esso.

Riguardo la valenza economica, il Giudice dovrà tenere conto del valore dell'assegnazione della casa familiare nell'assunzione dei provvedimenti di cui all'art. 337-ter c.c. Nel caso di mancata assegnazione della casa familiare (ddl 768) il giudice potrebbe stabilire un contributo a fini abitativi a favore del genitore privo di sufficienti mezzi per garantire alla prole un'adeguata sistemazione nei tempi di permanenza presso tale genitore.

### **FIGLI MAGGIORENNI**

I ddl 735 e 768 prevedono che il figlio maggiorenne sia l'unico legittimato a richiedere il mantenimento ai genitori e che pertanto possa intervenire in giudizio. Inoltre, alla luce del ddl 735, l'obbligo di mantenimento cessa al compimento del venticinquesimo anno di età.

Tali ipotesi pongono in essere una serie di conseguenze tra le più importanti l'aumento del contenzioso e quindi anche dei costi a carico dello Stato.

Non viene, altresì, chiarito lo strumento processuale con cui i figli dovrebbero intervenire in giudizio ed appare, invero, palesemente incostituzionale nella parte in cui (comma 3) statuisce il limite dei 25 anni di età per il mantenimento del figlio, poiché determina una disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori non separati, che manterrebbero intatto il diritto di essere mantenuti anche oltre il limite temporale fissato per i figli di genitori separati. Quest'ultima disposizione dovrebbe pertanto essere mantenuta, ma al contempo si dovrebbe prevedere che il dovere di mantenimento cessi quando il figlio,

economicamente non autosufficiente, non dimostri che lo stato di disoccupazione è dovuto a cause unicamente ad esso imputabili (oppure il figlio presenti uno scarso rendimento scolastico).

Si osserva che:

a) il combinato disposto tra mantenimento diretto del figlio minorenni e nuova formulazione dell'art. 337-quinquies c.c., porta a ritenere che il figlio sia "*obbligato*" a far causa al genitore per ottenere un assegno; dunque essa determina un aumento del contenzioso e anche dei costi a carico dello Stato (giacché il figlio non economicamente autosufficiente necessariamente dovrà fruire del patrocinio a spese dello Stato);

b) priva il figlio maggiorenne non autosufficiente di qualsivoglia forma di tutela, quantomeno nel periodo intercorrente tra il raggiungimento della maggiore età e il provvedimento determinativo dell'assegno;

c) non chiarisce i parametri in forza dei quali dovrebbe essere suddiviso l'onere di mantenimento dei genitori;

d) non chiarisce lo strumento processuale che i figli dovrebbero utilizzare, e, quindi, si fa riferimento al rito ordinario monocratico con tutte le conseguenze sulle tempistiche, necessariamente lunghe;

e) è palesemente incostituzionale nella parte in cui (comma 3) fissa il limite dei 25 anni per il mantenimento del figlio, giacché determina una disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori non separati che manterrebbero intatto il diritto di essere mantenuti anche oltre il limite temporale fissato per i figli di genitori separati.

La norma poi non tiene conto delle specificità di ogni singolo figlio ed alle problematiche di occupazione o seguito di studi e/o formazione;

f) nell'onere della prova, non chiarendo se spetti al genitore dimostrare la negligenza del figlio oppure no, rimanda sostanzialmente agli utilizzi che la giurisprudenza individuerà.

L'art. 15 del ddl dovrebbe dunque essere modificato:

-stabilire che il figlio maggiorenne può esercitare il diritto intervenendo nel giudizio pendente tra i genitori (che avranno l'onere di comunicare al figlio la pendenza del giudizio), oppure, in caso contrario, con le forme di cui all'art. 316-*bis* c.c.;

-stabilire che il dovere di mantenimento cessi allorquando il figlio, economicamente non autosufficiente, non dimostri che lo stato di disoccupazione o lo scarso rendimento scolastico sono dovuti a causa allo stesso non imputabile.

### **ASCOLTO DEL MINORE**

L'art. 16 che modifica l'art. 337-*octies* c.c., prevede:

a) l'accorpamento degli attuali commi 1 e 2 dell'art. 337-*octies*;

b) l'obbligatorietà dell'ascolto prima dell'assunzione dei provvedimenti provvisori;

c) l'eliminazione della facoltà per il Giudice di non procedere all'ascolto se "in contrasto con l'interesse del minore o manifestatamente superfluo"; l'ascolto viene omesso solo nei procedimenti "congiunti" e se in questo caso esso risulti "in contrasto con l'interesse del minore o manifestatamente superfluo";

d) che l'ascolto del minore avvenga sempre alla presenza del Giudice e di un esperto da lui designato e che sia videoregistrato; le parti possono assistere solo in locale separato e sono vietate le domande "manifestatamente in grado di suscitare conflitti di lealtà da parte del minore verso uno dei genitori".

La disciplina dell'ascolto è oggetto anche dell'art 5 ddl 118 (che prevede l'obbligo del Giudice di prendere in considerazione l'opinione del minore tenendo conto dell'età e del grado di maturità") e dell'art. 5 ddl 768, che prevede l'obbligo del Giudice di valutare la fondatezza del rifiuto del minore di essere ascoltato nonché di procedere all'ascolto anche nell'ipotesi di accordo dei genitori, se il minore lo richiede.

Orbene:

a) è corretto chiarire l'obbligatorietà dell'ascolto prima dell'assunzione dei mezzi provvisori, ma dovrebbe essere subordinata alla richiesta di almeno una parte;

b) è corretto prevedere che l'ascolto deve essere fatto dal Giudice (sovente viene delegato, snaturandone la funzione) ed è opportuno lasciare al Magistrato la facoltà di farsi coadiuvare da un esperto; auspicabile il ricorso alla videoregistrazione;

c) dovrebbe escludere l'ascolto del minore nei procedimenti in cui si prende atto degli accordi tra i genitori e in tutti quei casi in cui l'incombente sia manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore.

La norma dovrebbe essere modificata mantenendo inalterato l'attuale comma 1 dell'art. 337-*octies* c.c. e specificando l'obbligo di ascolto, su richiesta di almeno una parte, prima dell'assunzione dei provvedimenti provvisori e l'obbligo del Giudice di ascoltare direttamente il minore senza delegarlo a terzi ma con facoltà di farsi coadiuvare da un esperto designato.

Si dovrà prevedere l'obbligo del Giudice di tenere in considerazione l'opinione del minore.

## **ALIENAZIONE PARENTALE E COLLOCAMENTO IN COMUNITA' DEL MINORE**

Preoccupa la legittimazione della teoria della c.d. "alienazione parentale" che non è suffragata da evidenze scientifiche ed è una teoria che postula una presunta manipolazione psicologica con cui un genitore allontanerebbe ("alienerebbe") i figli dall'altro genitore.

Diventerebbe norma, quindi, una congettura teorica non suffragata da esigenze scientifiche e di fronte al rifiuto di un bambino ad incontrare un genitore, molti giudici tenderanno a dire che un genitore manipola il figlio. Questo rifiuto potrebbe essere legato

ad altri fattori (violenza assistita ad esempio oppure comportamenti ascrivibili al genitore "rifiutato") e l'attivazione di difese psichiche, anche di distanziamento tra genitore e figlio, potrebbero favorire la serenità del figlio.

Parlare della PAS vuol dire trascurare possibili interventi di mediazione familiare, di coordinamento genitoriale o percorsi articolati da costruirsi con il contributo di più figure professionali senza trascurare di poter ipotizzare anche il provvisorio paralizzarsi della relazione genitore/figlio, in attesa di trasformazioni familiari che possano tutelare i minori.

Il meccanismo è automatico: l'emissione di ordine di protezione vi è se il figlio manifesta "rifiuto, alienazione o estromissione con riguardo ad uno di essi" (art. 17 del ddl 735 ultima riga). E ciò anche in assenza di "evidenti condotte di uno dei genitori" e ciò senza alcuna possibilità di accertare le motivazioni di rifiuto che può esserci anche nei confronti di un familiare (zio/cugino) e non solo verso l'altro genitore.

Si dovrà riflettere anche sul fatto che le testimonianze che non convincono pienamente sono definite denunce "non provate" e non false: le cause delle denunce non provate sono molteplici poiché la testimonianza del bambino è difficile; i falsi negativi vanno dal 20% al 60% e spesso l'abuso viene dal bambino minimizzato. Le false accuse, inoltre, possono anche essere motivate da dubbi, incertezze, fraintendimenti e quelle in "mala fede" rappresentano una ipotesi residuale, che devono necessariamente essere sanzionate.

Orbene:

a) la norma chiarisce che, nelle intenzione del legislatore, il figlio ha il dovere di stare con entrambi i genitori ma non ha alcun diritto di essere amato; del resto la norma rende il diritto dei genitori di avere rapporti con il figlio, indipendentemente dal comportamento assunto;

b) rende il c.d. diritto relazionale dei figli (*rectius*: il diritto del genitore ad avere con sé il figlio) superiore addirittura al diritto all'incolumità personale del figlio e/o a crescere

serenamente;

*c)* obbliga il figlio che ha subito violenza (diretta o assistita) ad avere rapporti con il genitore abusante, pena il collocamento in comunità, dove può essere sottoposto a idonei trattamenti rieducativi;

*d)* è in netto contrasto con la Convenzione di Istanbul, la Convenzione di New York, la Carta AGIA, la Cedu, non subordinando l'emissione dei provvedimenti alla preventiva valutazione dei diritti del minore.

La previsione, altresì, non tiene conto che in alcune ipotesi il minore possa manifestare rifiuto nei confronti di un genitore o di un parente, per motivi indipendenti dalla volontà dell'altro genitore ma per comportamenti imputabili al genitore "rifiutato".

Dal punto di vista processuale il richiamo all'art. 342-*bis* c.c. – che disciplina un rito monocratico – pare fuori luogo, sia per il rischio di duplicazione dei giudizi (nell'ipotesi in cui sia pendente già un giudizio di separazione/divorzio/316 c.c.), sia perché non tiene conto che, attualmente, i provvedimenti ex art. 342-*bis* e seguenti c.c. sono destinati a essere assorbiti dai provvedimenti della separazione.

Si ritiene che entrambi gli articoli debbano essere soppressi: il problema della rottura dei rapporti tra genitori e figli non può risolversi mediante "imprigionamenti" dei figli o in improbabili campi di rieducazione e gli strumenti processuali per prevenire eventuali comportamenti alienanti già esistono (art. 709 *ter* c.p.c., art. 614-*bis* c.p.c.).

### **ELIMINAZIONE DELL'ADDEBITO**

In merito alla eliminazione dell'addebito si tenga presente che essa produrrebbe ingiustizie sostanziali, giacché il coniuge che ha reiteratamente violato i doveri discendenti dal matrimonio manterrebbe intatto il diritto di essere mantenuto secondo il

pregresso tenore di vita, inoltre non è previsto cosa accadrebbe agli istituti procedurali alla declaratoria di addebitabilità (anche riguardo al diritto ereditario).

Si suggerisce, pertanto, o di eliminare l'articolo *in toto* oppure di sostituire l'art. 156, c.c. comma 1 con il seguente “*Il giudice pronunciando la separazione e tenendo conto delle ragioni di essa, stabilisce a vantaggio del coniuge economicamente più debole il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri*”.

### **RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI PROVVISORI**

Sul punto ci si limita ad asserire che la tale modifica è condivisibile. Orbene, ai sensi del ddl 768, ove si prevede l'applicazione ai provvedimenti provvisori del reclamo cautelare ex art. 669 terdecies, si ritiene che l'istituto dovrà essere esteso anche ai provvedimenti provvisori emessi nei giudizi che riguardano i figli nati da coppie non coniugate.

Si deve, tuttavia, congiuntamente osservare che:

- l'istituto del reclamo al collegio, ai sensi dell'art. 178 c.c., rischia di privare lo strumento di quella funzione di controllo che vorrebbe avere; preferibile dunque estendere alle ordinanze del Giudice istruttore l'intento del reclamo in Corte d'appello ex art. 708 ult. comma c.p.c. oppure, in subordine, il reclamo cautelare ex art. 669-terdecies c.p.c.;
- non si comprende la *ratio*, e potrebbe essere foriera di confusione, della limitazione del reclamo ai soli “*provvedimenti di separazione e affidamento dei figli*”; il reclamo deve essere esperibile nei confronti di ogni provvedimento emesso dal G.I. a modifica dell'ordinanza presidenziale (art. 709 c.p.c. ult. comma) anche del giudizio di divorzio;



- la modifica dovrebbe disciplinare in maniera completa anche il reclamo nei confronti dei provvedimenti provvisori emessi nel giudizio camerale ex art 316/337-ter c.p.c..  
Oggi non lo sono e ciò rende ancora di più evidente la disparità di trattamento processuale tra figli di genitori non coniugati e figli di genitori coniugati.

### **TUTELA DEI MINORI NEI PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI (ddl 45).**

L'art. 1 del ddl 45 stabilisce che “La domanda di separazione personale si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio”; il ricorso, peraltro, secondo la nuova disposizione, oltre all'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata, deve contenere la documentazione dello svolgimento di un percorso (attestante il concreto tentativo di riconciliazione e la presa di coscienza dei problemi che scaturiscono dalla separazione riguardo ai figli) intrapreso da ambedue i genitori, mediante l'ausilio di un'apposita struttura pubblica o privata scelta dalle parti, nonché la elaborazione di “modalità di sostegno per i figli minori”.

In aggiunta, nella domanda di separazione devono essere indicati il progetto educativo, i compiti specifici attribuiti a ciascun genitore, nonché i tempi e le modalità di permanenza dei figli presso ciascuno di essi.

Anche qui valgono le perplessità nello svolgimento di un percorso di mediazione che sembrerebbe obbligatorio e secondo un protocollo “prestabilito” (parole testualmente usate nell'articolo) e poco chiaro è il riferimento alla “presa di coscienza dei problemi dei figli scaturenti dalla separazione”. (Che significa?)

Infine, non vi è alcun accenno alla opportunità che il giudice, in mancanza di accordo tra i genitori, decida nell'interesse del minore.

## **SOSTITUZIONE DELL'ART. 145 C.C., SECONDO COMMA**

L'art. 2 del ddl 45 sostituisce il secondo comma dell'art. 145 c.c. (Intervento del giudice) attestando che il giudice, qualora non sia possibile concordare una soluzione e il disaccordo concerna la fissazione della residenza o altri affari essenziali, in caso di cambio di domicilio o residenza di uno dei due coniugi, valutando ambedue le richieste, adotta con provvedimento non impugnabile la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dei figli minori, attribuendo prelazione al luogo ove questi sono in prevalenza vissuti. Tale proposta si pone in contrasto con quanto prevede il DDL 735 in ordine alla competenza funzionale del Giudice Tutelare ivi prevista. In questo articolo n. 2 sembra che ci si riferisca al Giudice dinanzi il quale pende il giudizio, e tale soluzione appare preferibile.

Si viola, invece, il diritto di difesa laddove si prevede che il provvedimento emesso non possa essere impugnato.

In ambito penale, la ratio della riforma è quella di tentare di arginare il fenomeno della alienazione genitoriale e quello delle denunce di abuso e altro del tutto infondate.

## **MODIFICHE ALL'ART. 368 C.P. (CALUNNIA)**

L'art. 3 del ddl n. 45 prevede l'inserimento, nell'art. 368 c.p. (calunnia), della pena accessoria o sanzione (non è chiaro) della sospensione della potestà genitoriale, ove il fatto sia commesso da un genitore, o da altro soggetto che la eserciti, a danno dell'altro

genitore. Qui si parla ancora di potestà e non di responsabilità genitoriale, concetto introdotto con la legge 219/2012. E' comunque una pena accessoria che colpisce i figli e non l'autore del reato e lede il diritto alla bigenitorialità.

### **SOSTITUZIONE DELL'ART. 570 C.P.E MODIFICA DELL'ART. 572 C.P.**

L'art. 4 propone la totale sostituzione dell'attuale art. 570 c.p.

Il nuovo articolo, quindi, dispone che chiunque, abbandonando il domicilio domestico, si sottrae agli obblighi di assistenza, cura ed educazione dei figli minori o attua comportamenti che privano gli stessi della presenza dell'altra figura genitoriale è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 103 a euro 1.032. Il comportamento "alienante" assume quindi a rango di reato, pur se tale comportamento non ha alcuna base scientifica.

Si dovrebbe introdurre uno strumento più efficace laddove si prevede il mantenimento diretto dei figli, altrimenti si creerebbe un vuoto di tutela.

L'art. 5 del ddl n. 45 prevede la sostituzione dell'art. 572 c.p. (Maltrattamenti contro familiari e conviventi), mutandolo in "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli", quindi si escludono i conviventi. Si osserva che il precedente articolo è stato revisionato anche per ciò che inerisce la quantificazione della pena, poiché nell'art. 572 c.p. originale, è prevista reclusione da due a sei anni; si riduce la pena e si introduce la possibilità di sostituire la reclusione con i lavori socialmente utili, il che snaturerebbe la gravità dell'ipotesi di reato.

Inoltre i comportamenti maltrattanti non hanno caratteri di sistematicità, ma di variazione di comportamento anche altalenante (da maltrattamento a violenza a riavvicinamento) ed introdurre il criterio distintivo della sistematicità comporterebbe una riduzione della possibilità di contrastare un tal tipo di fenomeno.

Orbene:

- la previsione della sistematicità della condotta, unitamente alla riduzione delle pene, e all'introduzione delle sanzioni alternative, riduce la possibilità di un'efficace contrasto del fenomeno delle violenze intrafamiliari che, ancora oggi, destano notevole allarme sociale;
- il riferimento ai membri della "famiglia" potrebbe determinare l'esclusione dei conviventi dalla tutela;
- la modifica annulla, per il reato de quo, l'art. 574 ter c.p. con la conseguente possibilità di non configurabilità della fattispecie criminosa nell'ipotesi di unione civile tra persone dello stesso sesso.

### **ELIMINAZIONE ART. 570-BIS C.P.**

L'art. 21 del ddl 735 abroga *in toto* l'art. 570-bis c.p. che incriminava chi non provvede al pagamento dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge (separato o divorziato) o per il figlio (se nato all'interno del matrimonio), così come fissato in un provvedimento dell'Autorità giudiziaria. Non si comprende la *ratio* dell'eliminazione della norma incriminatrice per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge, considerato il bene tutelato dalla norma e che vi sono molte persone obbligate che non provvedono al pagamento del dovuto, anche se in possesso dei mezzi per poterlo fare. Inoltre l'abrogazione è assai poco tutelante del diritto al mantenimento dei figli minori e la efficacia della norma penale dovrebbe essere resa ancora più salda ove si prevede l'introduzione del mantenimento diretto; eliminare la tutela penale significa legittimare il mancato assolvimento di un dovere fondamentale e costituzionalmente garantito.

## MODIFICA ALL'ART. 709-TER C.P.C.

L'art. 9, da leggere in uno con gli artt. 17 e 18, modifica l'art. 709-ter c.p.c. prevede che il Giudice possa emettere le necessarie misure di “*ripristino, restituzione o compensazione*” nonché disporre la decadenza dalla responsabilità genitoriale o la sospensione in tutti i casi di “*gravi manipolazione psichiche*” e ove “*riscontri accuse di abusi e violenze evidentemente false e infondate mosse contro uno dei genitori*”.

Orbene:

- a) il procedimento ex art. 709-ter c.p.c., che per sua natura dovrebbe essere snello, proprio per essere efficace, mal si presta all'accertamento dei presupposti per una misura così grave come la decadenza dalla responsabilità genitoriale; chi decide se vi sono state “*manipolazioni psichiche*”?
- b) non si comprende cosa si intenda con misure di “*restituzione o compensazione*”; né se vi è qualche riferimento interpretativo al riguardo;
- c) la contrapposizione tra i genitori, derivante dall'uso dei termini sopra indicati, cancella il riferimento all'interesse del minore che diventa strumento di “*punizione*” o “*gratificazione*” (il minore paga le conseguenze del comportamento illecito del genitore);
- d) il riferimento alle “*accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate*” pone il Giudice civile in contrapposizione, in punto accertamento del fatto, con il Giudice penale conferendo una conferma non attinente alle funzioni;
- e) la norma si pone in contrasto con l'efficace tutela e protezione delle vittime di violenza;
- f) non prevede che il provvedimento ex art. 709-ter c.p.c. emesso in corso di causa sia immediatamente reclamabile;

L'articolo dovrebbe essere modificato: mantenendo l'attuale comma 1 dell'art. 709-ter c.p.c con eliminazione al secondo comma dell'ammonimento e aumentando minimi e massimi della sanzione amministrativa; prevedendo inoltre l'immediata reclamabilità dei provvedimenti *ex art. 709-ter c.p.c.* provvisori e di quelli emessi in un giudizio autonomo, mantenendo per gli altri (quelli emessi con il provvedimento definitivo di separazione/divorzio) l'impugnabilità con i mezzi ordinari.

### **MODIFICHE ALL'ART. 337-QUATER C.C.**

L'art. 2 del ddl 768 prevede modifiche al 337 quater c.c.: alla lett. a) non si comprende se vi è necessità che sia stata emessa sentenza passata in giudicato; non si chiarisce cosa si intenda per violenza psicologica e non si prevede nulla in caso di rifiuto (possibile e legittimo) della parte ad intraprendere il programma di "trattamento sanitario, pubblico o privato, finalizzato al rapido recupero dei diritti relazioni del minore".

All'art. 3 del ddl 768 non è chiaro il criterio utilizzato per l' "attribuzione" della casa familiare: quale legge ordinaria si applica? Cosa si intende per "frequenziazione dei genitori necessariamente sbilanciata" quale presupposto per attribuire il godimento dell'abitazione esclusivamente nell'interesse dei figli?

Nell'art. 4, del medesimo ddl, lett. a) non si prevede alcuna valutazione da parte della Autorità Giudiziaria in ordine alla titolarità dell'assegno in favore del figlio maggiorenne e la norma potrebbe avere carattere di incostituzionalità prevedendo una distinzione tra figli di coppie coniugate e figli di coppie separate; nella lett. b) non si comprende di quali contenuti dell'art. 337 ter c.c. si possa chiedere l'applicazione ne si comprende cosa si intende per "compatibilità".

## MODIFICHE ALL'ART. 337-QUINQUIES C.C.

L'art. 13 del ddl 735, in modifica l'art. 337-*quinquies* c.c., prevede:

- a) il diritto di chiedere la modifica dei provvedimenti in punto affidamento, incluso il piano genitoriale (vedi *supra*), in maniera indipendente dall'emergenza di fatti nuovi, in ciò ricalcando l'attuale art. 337-*quinquies* comma 1;
- b) che il Giudice inviti le parti a rivolgersi alla mediazione familiare (comma 2), che, ove le stesse concordino sulla mediazione ma non sul mediatore, sorteggi il nominativo tra i due indicati;
- c) una volta fallita la mediazione, o rifiutata la stessa, l'invito a utilizzare il Coordinatore Genitoriale (comma 3);
- d) la ripartizione degli oneri della coordinazione – ma non della mediazione – al 50%, salvo diversi accordi (comma 4);
- e) il dovere del giudice di decidere solo applicando utilizzando le c.d. regole dei 12 giorni.

Orbene, appare condivisibile il meccanismo di incentivazione al ricorso alla mediazione familiare, che dovrebbe però diventare regola generale per tutti i procedimenti in cui vi è conflitto tra i genitori di prole minorenni; non è opportuno subordinare il ricorso al coordinatore genitoriale al fallimento della mediazione familiare (i due strumenti devono essere presentati insieme e scelti dai genitori).

L'obbligo del Giudice di decidere sulla modifica solo applicando le deroghe alla regola dei dodici giorni e, dunque, impedendogli di studiare soluzioni che siano nell'interesse del minore, è in palese violazione della Convenzione di New York, della Convenzione Europea per l'esercizio dei diritti del minore, dell'art. 30 Cost., dell'art. 8 Cedu, della Carta AGIA.

L'art.13 dovrebbe essere modificato prevedendo che la coordinazione genitoriale e la mediazione familiare siano oggetto di invito e proposte contemporanee del Giudice.

### **ULTERIORI PROVVEDIMENTI A TUTELA DELLA PROLE**

Nell'art. 5 del ddl 768 si conferisce voce al figlio, quando egli lo richieda, anche in caso di consensuale o accordo tra i genitori e ciò potrebbe portare a facili manipolazioni del figlio.

L'art. 9 del medesimo ddl elimina il diritto del figlio a non essere ascoltato, prevedendo la soppressione dell'art. 336 bis nella parte finale del primo comma e, infine, l'art. 14 non chiarisce in cosa si sostansi il provvedimento di “ripristino, restituzione o compensazione”.

### **DISEGNO DI LEGGE N. 118**

Sul disegno di legge n. 118 sulla mediazione familiare ed ascolto dei minori in caso di separazione si rimanda a quanto già detto.

Roma, 21 novembre 2018

Prof. Avv. Pompilia Rossi  
Coordinatore vicario  
Progetto famiglia COA Roma

Consigliere Avv. Matteo Santini  
Coordinatore Progetto famiglia  
COA Roma



