

SENATO DELLA REPUBBLICA

OSSERVAZIONI E CRITICITA' DEI DDL 735-45-768-45

Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bi genitorialità (disegno di legge n. 735).

Il disegno di legge n. 735 c.d. "Pillon" è stato presentato al Senato il giorno 2 agosto 2018 (primo firmatario il senatore Simone Pillon) e, a differenza di quanto si sostiene, non si occupa solo di affidamento e di mantenimento, bensì si occupa, anche in via imponente, di modifiche di natura processuale.

Nella premessa, doverosa, che è del tutto apprezzabile e condivisibile la finalità espressa anche nella relazione di presentazione 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 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.

Ma la modalità con cui si prevede l'attuazione di questi apprezzabili obiettivi appare estremamente rigida, basata su un concetto di cogenitorialità consistente in

Prof. Avv. Pompilia Rossi

uguaglianza “materiale”, e di tempi, e non pari responsabilità nella gestione del ruolo genitoriale come ben sappiamo noi familiaristi specializzati e competenti.

Gli automatismi previsti sembrano andare in una unica direzione adulto centrica ed appaiono scarsamente tutelanti la posizione del figlio, quel figlio che vede totalmente modificata la sua esistenza in conseguenza della scelta dei genitori di separarsi.

Iniziando ad esaminare il disegno di legge sugli istituti di diritto sostanziale si rileva come sembrerebbe proporsi una riforma del regime di affidamento dei figli minori, e relativo collocamento, sulla scorta di un principio eccessivamente rigido e che non tiene conto della specificità delle situazioni.

L'art. 11 del DDL 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 (v. 1° comma) di trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici ed equipollenti, salvo i casi di "impossibilità materiale" in ragione "della metà del proprio tempo, compresi i pernottamenti, con ciascuno dei genitori".

La nostra esperienza ci consiglia 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.

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 impossibilità materiale è con ogni probabilità legata a ragioni di ordine logistico e non da altre ragioni: sembra, quindi, preferirsi problemi legati alla mancanza di luogo idoneo per accogliere il proprio figlio e non la perdita di un luogo di riferimento importante per la crescita e l'educazione. Ciò conduce a considerare la norma quale applicabile a genitori con redditi alti e adeguato patrimonio, dimenticando che spesso in conseguenza della separazione le parti, o una di esse, può avere notevoli difficoltà economiche nel reperire un alloggio adeguato.

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". Quindi ulteriore riferimento a problematiche di natura oggettiva (che attengono alla natura delle abitazioni, alla distanza, alla disponibilità di spazio adeguato) 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.

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" (art. 337 ter secondo comma = art. 11 del DDL).

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? E quale criterio si dovrà applicare per valutare la sussistenza o meno della "trascuratezza". L'ultimo richiamo alla inadeguatezza degli spazi predisposti per la vita del minore rappresenta ulteriore conferma di quanto sopra dedotto in ordine alla importanza di elementi "logistici", in luogo di una valutazione di quale sia in realmente l'interesse del minore in termini di affettività e progettualità di vita.

Inoltre appare una evidente discrasia nella previsione, laddove al successivo 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 perché no 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.

Nel terzo comma dell'art. 337-ter della novella proposta, si prevede che quando le circostanze rendono difficile attuare una divisione paritaria dei tempi su base mensile, si possono prevedere adeguati "meccanismi" di recupero durante i periodi di vacanza: anche qui si prescinde dal valutare caso per caso al fine di garantire soltanto la sostanziale "equivalenza" dei tempi di frequentazione che assurge ad unico parametro di valutazione.

Non condivisibile quanto si prevede al quarto comma dell'art. 11: gli ascendenti del minore "possono intervenire nel giudizio di affidamento con le forme dell'art. 105 del codice di procedura civile". I nonni, con la forma dell'intervento volontario potranno essere presenti nel procedimento relativo all'affidamento, quindi nel procedimento di separazione e/o divorzio dei genitori del minore: pur se non possiamo che riconoscere un ruolo determinante dei nonni nella crescita e nella affettività dei nipoti, è facile immaginare l'effetto di un tal tipo di intervento volontario in termini di aumento di conflittualità, complesso proliferare di parti, allungamento dei tempi del processo.

Il Decreto Legislativo 151/2013 aveva già introdotto (art. 317 bis secondo comma) la previsione della possibilità per i nonni di ricorrere al giudice civile per vedersi garantita la frequentazione dei nipoti ricorrendo al rito di cui all'art. 336 c.c., senza convogliare nel procedimento di separazione domande di diversa natura che aggravano l'iter ed il conflitto. Ritengo sufficiente tale previsione per garantire una tutela processuale agli ascendenti.

Nel quinto comma dell'art. 11, 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.

Dimenticato, quindi, ogni rilievo alla stabilità di vita, di centralità sociale e di affetti del minore, criteri da sempre prescelti dagli operatori del settore in adesione ai principi della psicologia giuridica.

Il comma successivo enuncia la necessità della predisposizione da parte di entrambi i genitori di un "piano genitoriale" riguardante i luoghi abitualmente frequentati dai figli; la scuola e percorso educativo del minore; eventuali attività extrascolastiche,

sportive, culturali e formative; frequentazioni parentali ed amicali del minore; vacanze normalmente godute dal minore. 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 d'assegno che, se previsto (es. in caso di deroga al paritetico) dovrà sempre essere temporaneo con fissazione del termine da parte del Giudice ed 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, ed immaginiamo quanto sia per le coppie complesso se non impossibile, pervenire addirittura alla predisposizione di un piano genitoriale riguardante la integrale vita futura del figlio.

Il contributo c.d. "diretto" 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, circostanza alquanto improbabile visto che le esigenze dei minori mutano ed anche in breve tempo. Cosa bisogna fare allora? Presentare un altro piano genitoriale? Infine non si comprende la previsione che dovrà essere il Giudice ad indicare quali iniziative dovranno essere intraprese dalle parti per

giungere al mantenimento della prole: quali criteri applicare? A quali requisiti dovrà farsi riferimento? (età - esperienza lavorativa - 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 (purtroppo la maggior parte delle madri). Non si può dimenticare, al riguardo, da un lato un costume della nostra società che vede nella coppia genitoriale la madre che rinuncia ad una propria realizzazione lavorativa o di studio/formazione per crescere i figli e/o per consentire al coniuge di poter avanzare nella carriera; e dall'altro lato una realtà a tutti ben nota e cioè che la crisi ha colpito soprattutto il settore femminile. 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.

Inoltre si conferisce una delega al Giudice del tutto avulsa dal ruolo del medesimo.

L'art. 12 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, anche qui, del tutto avulsa dalle funzioni e competenze della medesima.

Nell'ultimo comma si prevede la possibilità di affidare il minore, in caso di temporanea impossibilità per i genitori, ad altro nucleo familiare con preferenza per

parenti o, comunque, famiglie residenti nel medesimo territorio del minore. Ciò per un tempo non superiore ai due anni ponendo in essere ogni misura idonea ed opportuna per il recupero della capacità genitoriale e ciò rappresenta finalità apprezzabile ma il limite temporale può rendere inadeguato qualunque progetto di recupero della genitorialità considerando le difficoltà e i tempi delle strutture pubbliche a prendere in carico nuclei familiari disfunzionali.

L'art. 14 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..

Nell'ultimo comma si prevede una competenza funzionale del Giudice Tutelare in caso di disaccordo sul trasferimento del minore, sul cambio di residenza o iscrizione ad un istituto scolastico: sembrerebbe che tale competenza vi sia, anche in caso di contemporanea pendenza del giudizio di merito di separazione e/o divorzio poiché manca qualsiasi specificazione la riguardo. Si rischia una duplicazione dei giudizi e di aumento della conflittualità: la norma già esiste nella previsione che sia il Giudice del giudizio in corso, o quello adito ai sensi dell'art. 710 c.p.c. e art. 9 L. divorzio, a risolvere tali problematiche in combinato disposto con l'attuale formulazione dell'art. 709 ter c.p.c.

Nell'ultima parte dell'articolo si conferisce una competenza alle autorità di P.S. di adoperarsi per "ricondere immediatamente il minore alla sua residenza" qualora sia "stato allontanato senza il consenso di entrambi i genitori o l'ordine del Giudice": ciò su semplice segnalazione di uno dei genitori (!) e sembrerebbe non essere previsto un provvedimento da parte di qualsivoglia Autorità Giudiziaria né, di conseguenza, alcun procedimento di accertamento. Mi sembra una vera e propria norma di uno stato di polizia!

Nell'art. 16 si prevede una riformulazione dell'art. 337 octies c.c. sull'ascolto del minore, che sarà disposto dal Giudice, prima della assunzione dei provvedimenti ex art. 337 ter c.c., sempre alla sua presenza e di un esperto da lui designato. L'ascolto

sarà videoregistrato senza che vi sia la presenza delle parti nè degli avvocati (anzi si prevede che le parti - senza alcun riferimento esplicito ai legali - possano assistere in locale separato e presentare domande per mezzo del giudice).

L'articolo non sembra considerare tutto il dibattito avvenuto nel mondo forense con la redazione di protocolli tra gli ordini professionali e le autorità giudiziarie, ma chiarisce in qualche modo le modalità con cui devono essere ascoltati i minori.

Si prevede all'art. 19 della declaratoria di addebitabilità con la esplicita abrogazione dell'art. 151 c.c., il che non fa altro che confermare un indirizzo giurisprudenziale, ma non si chiarisce cosa succederà di quelle previsioni attualmente in essere di natura patrimoniale collegate alla declaratoria di addebitabilità (es. 156 1° comma c.c. e problematiche di natura ereditaria). Si renderebbe necessario un coordinamento con le altre norme.

Notevole criticità, a mio avviso, il progetto di legge lo rileva in termini di costi aggiuntivi per i separati 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.

A ciò vanno ad aggiungersi i costi dei costi di formazione per mediatori familiari e quelli per il coordinatore genitoriale, figura senza ombra di dubbio di notevole utilità ma non presente nel nostro ordinamento e, di conseguenza, inesistente presso le strutture pubbliche.

La riforma del processo da un punto di vista processuale.

Per ciò che inerisce il reclamo, con il disegno di legge n. 735 viene modificato e novellato l'art. 178 c.p.c. che estende il reclamo, in sede di separazione e divorzio

non solo alle ordinanze presidenziali, come già l'art. 708 c.p.c., ma anche alle ordinanze del giudice istruttore, e ciò lo ritengo una espressione più compiuta del diritto di difesa ed applicazione dei principi del giusto processo. Orbene, quale rito segue il reclamo, quello camerale dell'art. 739 c.p.c. o quello cautelare dell'art. 669 – terdecies c.p.c.?

Non è prevista, inoltre, espressamente l'abrogazione del reclamo dinanzi la Corte di Appello competente avverso le ordinanze emesse dal Presidente f.f. e vi è carenza di coordinamento.

In relazione ai ricorsi, con la modifica all'art. 706 c.p.c. ed art. 4 della legge sul divorzio, si introduce un elemento di contenuto formale nel ricorso introduttivo (e nella memoria), a pena di nullità dell'atto costituito dal c.d. "piano genitoriale", meglio definito nell'art. 337 ter c.c. in ordine a: 1) luoghi abitualmente frequentati dai figli; 2) scuola e percorso educativo del minore; 3) eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative; 4) frequentazioni parentali e amicali del minore; 5) vacanze normalmente godute dal minore", nonché alla contribuzione economica per il mantenimento del figlio (senza previsione di assegno come detto).

Tuttavia nel ricorso per separazione il disegno di legge riferisce che si tratta di un'ipotesi di nullità, ma nel ricorso per divorzio, all'art. 4, 3° comma novellato, la sanzione è quella della inammissibilità, che, deve intendersi quale vizio insanabile che conduce ad una sentenza processuale di chiusura del procedimento. Si rende necessario pertanto la necessità di un coordinamento tra norme.

Tra le novità introdotte una tra le più evidenti è quella della mediazione familiare obbligatoria. Viene introdotta nell'art. 7 una 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, altresì, 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), è probabile che solamente una quota minima di mediazioni potrà sortire effetti positivi. E' infatti ben noto che, in caso di coppie con figli ove è presente accesa conflittualità, ben poche coppie si rivelano "mediabili" poiché la nostra esperienza ci dice che nella maggior parte delle coppie vi sia una reciproca e generalizzata sfiducia in merito alle qualità genitoriali dell'altro; inoltre la semplice presenza di una querela può bastare per motivare la interruzione dell'esperimento di mediazione.

Il rischio è l'aumento del conflitto: già tra la data di presentazione del ricorso e quella della udienza presidenziale possono passare cinque - sei mesi e l'aggiunta di un ulteriore periodo di circa due - tre mesi potrebbe risultare intollerabile.

Si perverrebbe, quindi, ad un periodo di sette - otto mesi dalla presentazione del ricorso e ciò contrasta con la necessità di un intervento urgente a tutela soprattutto della prole; inoltre possiamo supporre che le vittime già di abusi e/o maltrattamenti saranno poste in condizione di subire ulteriormente pregiudizio a causa della dilatazione dei tempi.

Altra novità introdotta riguarda la separazione consensuale, che, insieme al divorzio congiunto devono contenere nel ricorso il piano genitoriale concordato (ancora a pena di nullità) ed essere preceduti da un tentativo di (ri-)conciliazione da parte del presidente. Resta la norma che consente al Tribunale di valutare il piano genitoriale nella prospettiva dell'interesse del minore.

Alcune modifiche minori sono dedicate al processo divorzile: la coerenza con le regole sulla competenza dopo la declaratoria di incostituzionalità (sentenza n. 169 del 2008) del testo dovuto alla legge n. 80 del 2005 ("ultima residenza dei coniugi" cui non fa più riferimento la norma); la riduzione dei termini per la fissazione della udienza di comparizione (quaranta giorni, anziché novanta), a cui si collega anche il ricorso per separazione; il fatto che non sia necessario motivare la ordinanza presidenziale che aderisce al piano genitoriale comune e presentato nel ricorso.

Si interviene anche sull'art. 709 – ter c.p.c. Le gravi inadempienze che possono essere all'origine di una modifica dei provvedimenti di merito sono descritte più particolarmente: oltre alle "gravi inadempienze", vengono inserite le "manipolazioni psichiche" l'"astensione ingiustificata dei compiti di cura di un genitore", le "accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate mosse contro uno dei genitori". La misura di modifica può espressamente giungere alla "decadenza della responsabilità genitoriale" sino alle "necessarie misure di ripristino, restituzione o compensazione". Sembra poco comprensivo il riferimento a misure restitutorie, ripristinatorie e compensative, trattandosi di profili esclusivamente personali. Congiuntamente a tali misure il provvedimento può condannare il genitore inadempiente al risarcimento del danno causato al minore o all'altro genitore, sino ad una sanzione amministrativa pecuniaria.

Infine, gli ordini di protezione, non soccorrono più al solo caso della violenza domestica ma, attraverso la introduzione di un nuovo comma dell'art. 342 – bis c.c., anche alla “condotta di un genitore.. causa di grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, ostacolando il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l’altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”, aggiungendo la ipotesi in cui: “il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo ad uno di essi”.

(Non si comprende il soggetto che debba essere allontanato).

La proposta novella dell'art. 342 – bis c.c. consente le misure della sospensione o revoca della responsabilità genitoriale e dei provvedimenti contenuti nell'art. 709 ter “anche di ufficio e inaudita altera parte”: la mancata formazione del contraddittorio rende la norma estremamente rischiosa per violazione dei principi del giusto processo, quindi provvedimenti così radicali vanno assunti nel contraddittorio tra le parti.

L'art. 7 e 8 propongono la riforma dell'art. 706 c.p.c. e 708 c.p.c. sulla udienza presidenziale disponendo che tale udienza dovrà essere finalizzata alla conciliazione delle parti o, in mancanza, dovrà orientare le parti ad intraprendere un percorso di mediazione che - presumibilmente - interromperebbe il procedimento.

Si nota la nuova impronta fortemente conciliativa del procedimento di separazione: tuttavia, se ai sei - otto mesi che servono per accedere alla fase presidenziale dovessimo aggiungerne altri tre o quattro per un ulteriore tentativo "esterno" di conciliazione, passerebbe un anno senza colpo ferire e senza alcuna regolamentazione del conflitto. Inoltre si creerebbe un insolito rimpallo che potremmo definire secondo lo schema "*mediazione-presidenziale-mediazione*" che genererebbe legittime perplessità in relazione alle tempistiche necessarie.

La mancata espressa abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c fa presumere che rimane in essere lo strumento del reclamo dinanzi la competente Corte di Appello avverso le ordinanze presidenziali.

Altre fonti di preoccupazioni sono rappresentate nel DDL dalla previsione della mediazione familiare obbligatoria, dall'introduzione della figura del coordinatore genitoriale o 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 - è proprio il caso di dirlo - che tra questi possano esserci invece consulenti (psicologi e molto spesso anche psicoterapeuti), di certo maggiormente qualificati per la gestione trasformativa delle dinamiche conflittuali insite in queste famiglie.

Non va altresì sottovalutata la attuale situazione di decozione delle strutture pubbliche e dei servizi specialistici territoriali che dovrebbero costituire da un lato il punto di riferimento per le coppie che devono intraprendere la mediazione familiare o redigere il piano genitoriale, e dall'altro il luogo ove formare le figure professionali previste dal DDL. La mancanza di fondi, la esternalizzazione delle competenze renderebbe vano ogni tentativo con la conseguente necessità delle parti di rivolgersi a centri privati con aumento notevole dei costi e possibile disparità di

posizione allorquando all'interno della coppia vi è differente condizione economica dei soggetti.

Disposizioni in materia di tutela dei minori nell'ambito della famiglia e nei procedimenti di separazione personale dei coniugi (D.D.L. n. 45).

L'art. 1 del ddl 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. In mancanza di accordo preventivo tra i genitori, le differenti proposte sono oggetto di esame da parte del giudice cui è rimessa la decisione finale.

Ferma la parte in cui il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé, che deve essere tenuta entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il termine per la notificazione del ricorso e del decreto e il termine entro cui il

coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. L'art. 1 aggiunge infatti che “nel ricorso deve essere indicata l'esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio”.

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.

Ulteriore problematica: la condizione in cui versano i servizi specialistici pubblici rende indispensabile il ricorso alle strutture private con inevitabile aumento dei costi e disagio per il coniuge meno abbiente.

L'art. 2 del ddl 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.

Dopo il secondo comma, è aggiunto, in fine, il seguente: «In caso di affidamento condiviso, la residenza anagrafica dei figli minori è fissata presso entrambi i genitori»: e tale dizione sembrerebbe ipotizzare che presso entrambi i genitori vi sia

solo la formale residenza anagrafica non sempre coincidente con effettiva dimora del figlio.

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.

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. Collegare un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale all'accertamento della esistenza o meno del reato di calunnia, pone un problema di coordinamento sulla competenza funzionale di due autorità giudiziarie (minorile/ordinaria e penale) così diverse tra di loro. Inoltre quando opererebbe la sospensione? Con la sentenza di condanna di primo grado o con il passaggio in giudicato? E nel mentre? Inoltre la norma potrebbe disincentivare le denunce per reati commessi in ambito familiare.

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" assurge quindi a rango di reato.

Viene aggiunto che la medesima pena si applica a chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge.

Egualemente a quanto disposto dall'art. 570 c.p. originario, le pene di cui al primo comma si applicano congiuntamente a chi:

- 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del pupillo o del coniuge;
- 2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal numero 1) e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2) del secondo comma.

Il ddl dichiara che il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., quando ne ravvisi l'opportunità, può applicare, anche d'ufficio, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, privilegiando, ove possibile, la prestazione di tali attività presso enti od organizzazioni di assistenza sociale, di volontariato o di promozione sociale.

A prescindere da tale ulteriore previsione, è evidente che la proposta mira ad arginare un fenomeno diffuso (alienazione e/o rifiuto e/o alienazione parentale) che produce notevole pregiudizio alla prole. Ben venga la previsione di reato specifico, ma non può certo essere l'unica soluzione poiché nel campo delle relazioni affettive/parentali/genitoriali non è sufficiente operare con sanzioni e/o condanne: il fenomeno è culturale e ben diversi devono essere gli strumenti per affrontare tale fenomeno e tentare di risolverlo.

Rimanendo in ambito penale, infine, l'art. 5 del ddl n. 45 prevede la sostituzione dell'art. 572c.p. (Maltrattamenti contro familiari e conviventi), mutandolo in "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli", quindi si escludono i conviventi. Il

nuovo disposto, rivisitato anche nei singoli termini, dichiara che chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 571, usa sistematicamente violenza fisica o psichica nei confronti di una persona della famiglia o di un minore o di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Si osserva che il precedente articolo è stato revisionato anche per ciò che inerisce la quantificazione della pena, poiché nell'art. 572 originale, è prevista reclusione da due a sei anni.

Prosegue: "Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni (in precedenza a nove anni); se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni (prima a ventiquattro anni).

In aggiunta, viene previsto che nei casi di minore gravità, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., quando ne ravvisi l'opportunità, può applicare, anche d'ufficio, anziché le pene detentive, quella del lavoro di pubblica utilità con le modalità già esposte nell'esame del precedente articolo.

Si è sentita con ogni evidenza la necessità di normativizzare il concetto di abitudine della condotta integrante il reato di cui all'art. 572 c.p. sino ad oggi chiarita soltanto dalla giurisprudenza, laddove nella proposta si sanziona il comportamento c.d. "sistematico" come modello di maltrattamento costante.

Le pene edittali sono però ridotte e l'imputato può risolvere il processo con la sanzione sostituiva del lavoro di pubblica utilità, il che squalifica la gravità della tipologia di reato. Inoltre le condotte maltrattanti sono caratterizzate da fasi alterne (aggressività, violenza, riavvicinamento) che appaiono incompatibili con la "sistematicità" delle azioni che la norma imporrebbe.

Modifiche al codice civile ed al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso in materia di figli e di mediazione familiare (disegno di legge n. 768).

Senza reiterare quanto già detto riguardo il ddl 735, si eccepisce: all'art. 1 si introduce uno schema di frequentazione del figlio con ciascun genitore rappresentante un "automatismo"; condivisibile la legittimazione processuale degli ascendenti al di fuori del processo di separazione.

Condivisibile la lett. b) nella parte in cui elenca gli elementi che influiscono non sul regime di affidamento condiviso, ma sulle modalità di attuazione, mentre non ritengo accoglibile la previsione che sia il Giudice a valutare la natura del conflitto "distinguendo la unilaterale aggressività da quella reciproca" perché il Giudice non ha né il ruolo né la competenza per effettuare un tal tipo di valutazione.

Sempre nella lett. b), laddove si parla della possibilità che in caso di conflitto di interesse il Giudice dispone che la parte sia assistita da un difensore d'ufficio, non è accoglibile il fatto che non si prevede che tale difensore debba essere scelto tra quelli muniti di competenza ed idonea preparazione specifica.

Nella lett. d) si prevede la forma diretta del mantenimento e per capitoli di spesa e su ciò si rimanda a quanto detto in relazione al ddl 735. Inoltre, la previsione che il Giudice possa statuire che venga versato un assegno per le necessità del figlio solo in caso di inadempienza al pagamento in forma diretta, non tiene conto della esistente disparità di condizioni economiche tra uomo e donna; anche la previsione che, in presenza di più figli, il contributo vada stabilito in modo da non mettere

nessuno dei minori in condizioni più favorevoli degli altri, non tiene conto della necessità di valutare comunque le condizioni economiche dell'altro genitore.

L'art. 2 prevede modifiche al 337 quater c.c.: alla lettera 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".

Nella lett. b) si prevede l'esercizio comunque della genitorialità dell'altro genitore in caso di affidamento esclusivo e non si prevedono deroghe in caso ad esempio di violenza, maltrattamento ed abusi.

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

Nell'art. 4 lett. a) non si prevede alcuna valutazione da parte della Autorità Giudiziaria in ordine alla titolarità dell'assegno in favore del figlio maggiorenne; nella lett. b) non si comprende di quali contenuti dell'art. 337 ter c.c. si possa chiedere l'applicazione né si comprende cosa si intende per "compatibilità".

Nell'art. 5 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.

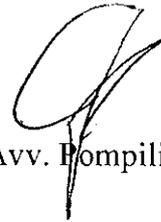
L'art. 9 sopprime il diritto del figlio a non essere ascoltato, prevedendo la soppressione dell'art. 336 bis nella parte finale del primo comma.

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, 23 ottobre 2018



Prof. Avv. Pompilia Rossi