



Spett.le II Commissione permanente Giustizia
Senato, XVIII legislatura

Alla c.a. del Senatore Andrea Ostellari
Presidente II Commissione permanente Giustizia
Senato, XVIII legislatura

Oggetto: **integrazione tecnico-giuridica** dell'audizione informale per i DDL 45, 735 e 768
“disposizioni in materia di affidamento condiviso”

Onorevoli Senatori,

ad integrazione dell'audizione dell'8 novembre 2018, risolvendo la riserva espressa in quella occasione, sottoponiamo alla Vostra attenzione alcune considerazioni tecnico-giuridiche e proposte di emendamenti ai disegni di legge in oggetto incentrate sulla Tutela dei Fanciulli, sul principio della Cogenitorialità e su quello dell'Uguaglianza Genitoriale.

1) **Mediazione Familiare**

Appare evidente che l'istituto della mediazione familiare vada nella direzione di attenuare le asperità talvolta connesse alla crisi familiare nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti.

La previsione, in forma obbligatoria, di un passaggio informativo delle possibilità che la mediazione familiare offre a chi intende separarsi o divorziare¹ appare dunque coerente con lo scopo perseguito di promuovere la cultura della bigenitorialità, così da evitare che i

¹ Proposta di legge 22.07.2013 n. 1403, BONAFEDE, cit.

(ri)sentimenti ostili degli adulti si ripercuotano sull'interesse del minore a vivere in un contesto familiare sereno ed armonioso ancorché all'interno di un nucleo familiare separato. Il ricorso ad essa è incentivato sia dalla Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori che dalla Risoluzione del Consiglio d'Europa 2079/2015.

Alcune critiche formulate riguardo all'obbligatorietà del ricorso alla mediazione familiare, evidenziano un presunto contrasto con la Convenzione di Istanbul (ratificata con L. 27 giugno 2013 n. 77) che vieta agli stati aderenti di prevedere *“metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, tra cui la mediazione e la conciliazione, per tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione”*.

Premesso che ogni forma di violenza endofamiliare, da chiunque essa provenga, non può che essere condannata, spiace osservare come il continuo riferimento ad essa rappresenti un'inaccettabile strumentalizzazione dialettica che - con non poca incoerenza in chi vi fa ricorso per opporsi alle nuove norme - sposta il focus del dibattito pubblico dall'interesse del minore a quello dell'adulto, e induca in veri e propri abusi di iniziative processuali strumentali² che, essi sì, inevitabilmente si ripercuotono sul benessere psicofisico del minore.

Nello specifico si osserva come la natura programmatica dell'art. 48 della Convenzione sia tale che un richiamo puro e semplice alla stessa sia da ritenersi insufficiente al fine di escludere la possibilità di prevedere come obbligatorio l'esperimento di un'attività meramente informativa preliminare su tale forma di ADR: da un lato si dovrebbe ritenere implicitamente abrogato l'art. 13 della Convenzione di Strasburgo del 1996 (ciò che nessuno ha finora anche solo ipotizzato), e, dall'altro, ritenere inconsapevole e meramente casuale il voto favorevole espresso dal rappresentante del governo italiano alla successiva Risoluzione del Consiglio d'Europa 2079/2015 che ne promuove il ricorso (punto 5.9).

Fermo dunque restando gli innegabili vantaggi connessi a tale strumento (celerità del procedimento, minori costi economici, minore stress psicofisico) e la possibilità che, in caso di invito alla mediazione familiare, la parte possa comunque richiedere di partecipare all'incontro informativo in assenza del presunto autore del comportamento violento, l'art. 3, c. 3 del ddl potrebbe essere così riformulato: ***“La partecipazione ad un incontro informativo sulla modalità di definizione della controversia mediante procedura di mediazione familiare è condizione di procedibilità del giudizio per la separazione dei***

² Che vale la pena di ricordare, quando non sfociano nei reati di calunnia o diffamazione, costituiscono comunque comportamenti contrari sia ai doveri di lealtà e probità processuale (artt. 88 e 96 cpc) sia violazione dei doveri deontologici (artt. 9 e 19 Codice deontologico forense).

coniugi o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. A tal fine, l'avvocato informa per iscritto la parte assistita della possibilità di esperire una procedura di mediazione familiare anche nei casi in cui il giudizio non coinvolga figli minori. Nel caso in cui essa dichiari di essere essa o i figli minori vittima di reati contro la persona o contro la famiglia da parte dell'altro genitore e di non voler a causa di ciò aderire alla procedura di mediazione il giudizio è immediatamente procedibile. La violazione dell'obbligo di informazione o la mancata produzione della dichiarazione espressa di rinuncia della parte all'esperimento della mediazione costituisce violazione del dovere di informazione posto a carico dell'avvocato. Ove all'esito del giudizio, il giudice ritenga infondata la dichiarazione della parte di essere stata vittima di reati contro la persona o contro la famiglia la condanna al pagamento di una somma da € 1.000 ad € 3.000 a favore della cassa delle ammende”.

Analogamente può disporsi per le altre ipotesi in cui si prevede il disegno di legge prevede ricorso alla mediazione familiare, mentre si esprime opinione sfavorevole riguardo alla previsione dell'incontro informativo obbligatorio (nuovo art. 711, c. 2 cpc) relativamente al caso della separazione consensuale riducendosi altrimenti il ricorso a tale istituto alla stregua di un adempimento meramente burocratico privo di significato.

2) Rito processuale

Attesa la bipartizione del giudizio tra fase presidenziale e fase istruttoria, sia il giudizio di separazione che quello per la cessazione degli effetti civili del matrimonio appaiono particolarmente farraginosi e poco calibrati rispetto alla natura degli interessi trattati.

Si propone pertanto di applicare anche alla materia delle separazioni (e dei divorzi e degli altri giudizi in materia di famiglia) le regole previste dal cd. “rito lavoro”³ (artt. 409 e segg. cpc): si coniugherebbe così il vantaggio di concentrare dinanzi ad un unico giudice l'intera vicenda processuale realizzando le esigenze di snellezza e flessibilità ma anche di necessario approfondimento grazie ai poteri istruttori officiosi riconosciuti al giudice dall'art. 421 cpc, particolarmente utili proprio per approfondire eventuali situazioni di abusi e violenza.

Come proposto dall'art. 7, c. 1 del ddl in esame all'art. 706 cpc, potrebbe premettersi il seguente comma: **“Ai giudizi per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, si applicano le disposizioni di cui al Libro II Titolo IV del Codice di Procedura Civile”.**

³ Conformemente alle indicazioni espresse dal Ministro della Giustizia, On.le Bonafede, di prevedere la forma del ricorso quale mezzo di proposizione della domanda giudiziale.

L'art. 7, c. 1 lett. b) del ddl in esame appare in questo modo superflua.

3) Piano Genitoriale

L'art. 7 del ddl prevede che all'art. 706 cpc sia premesso un comma che introduce l'allegazione, a pena d'improcedibilità del ricorso, di un piano genitoriale redatto *“eventualmente con l'aiuto del mediatore familiare e dei rispettivi legali”*. Il contenuto del piano genitoriale è poi disciplinato dall'art. 11, c. 6 del ddl in esame.

L'introduzione dei piani genitoriali⁴ nel contenuto degli atti di costituzione delle parti è oltremodo condivisibile sia perché, anche sul piano processuale, mette in risalto l'interesse del minore (e dello Stato a conoscere di una vicenda affettiva), sia perché impone alle parti di fornire al giudice una serie di informazioni necessarie affinché soprattutto all'udienza presidenziale - quando cioè poco o nulla è noto ed ancor meno certo sulla vicenda oggetto del giudizio – chi decide possa disporre di quante più informazioni possibili utili al fine di meglio valutare l'interesse del minore⁵.

L'importanza della previsione del piano genitoriale non si esaurisce tuttavia nella maggiore disponibilità di informazioni: discendendo dagli artt. 30 Cost e 147 cc, esso risponde all'esigenza di responsabilizzare entrambi i genitori nell'assolvimento dei propri doveri e colma il vuoto che caratterizza le norme in vigore e che si riflette sui provvedimenti dell'autorità giudiziaria che, quasi sempre, non vanno oltre la predisposizione del calendario di frequentazione e la previsione di un assegno di mantenimento demandando ogni ulteriore scelta alla buona volontà (o, a seconda dei casi, all'arbitrio vero e proprio) del *“genitore collocatario”*.

Determinando la separazione la necessaria riorganizzazione della vita dell'intero nucleo familiare, appare evidente che la proposta dovrà essere valutata alla luce del riassetto futuro, e non certo avendo riguardo alle precedenti consuetudini familiari, per la semplice che la crisi familiare riconfigura il nucleo familiare sdoppiandolo.

La necessità di modificare nel tempo il contenuto del piano genitoriale - che alcuni hanno individuato quale limite all'introduzione di tale strumento - più che una critica rappresenta una banale constatazione di fatto; appare infatti evidente che al mutare delle esigenze del minore nel tempo occorrerà modificare le previsioni del piano, ma ciò vale anche per i provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria le cui statuizioni possono, per l'appunto, essere

4 Raccomandata dalla Risoluzione del Consiglio d'Europa 2079/2015.

5 Secondo quelle che sono delle buone prassi in uso presso diversi tribunali tra cui quello di Civitavecchia e Perugia.

oggetto di modifica secondo per espressa previsione dell'art. 710 cc proprio in ragione della mutevolezza delle esigenze dei soggetti coinvolti nella separazione o nel divorzio.

Si tratta, anche in questo caso di precisare e distinguere cosa è bene e giusto resti sempre e comunque sottoposto al vaglio del giudice e cosa invece sia demandato alle parti e che, successivamente alla conclusione del giudizio, potranno modificare liberamente al di fuori di qualunque intervento dell'Autorità Giudiziaria.

Al contempo non appare condivisibile la previsione del piano genitoriale come condizione di procedibilità stante la stretta connessione del contenuto del piano con il principio dispositivo della domanda.

In questo contesto appare comunque più coerente rafforzare la previsione relativa al piano genitoriale accompagnandola con la più coerente sanzione della decadenza; il contenuto del piano è tale che l'espressione *“eventualmente con l'aiuto del mediatore familiare e dei rispettivi legali”* può essere eliminata trattandosi semplicemente e senza alcun formalismo di illustrare le modalità di gestione della relazione genitoriale.

Il testo dell'art. 11, c. 6 del ddl in esame potrebbe essere così formulato: ***“Al ricorso ed alla comparsa di costituzione devono essere allegati a pena di decadenza, in caso di presenza di figli minori, oltre alla dichiarazione dei redditi di ciascuno dei coniugi degli ultimi tre anni, la proposta di piano genitoriale, di riparto dei tempi di accudimento e delle spese per la cura, istruzione e mantenimento dei figli minori. Il piano genitoriale consiste in una proposta di gestione della relazione genitoriale mediante accordo relativo alle modalità con cui ciascun genitore s'impegna ad adempiere ai doveri di cura, educazione, istruzione e mantenimento dei figli secondo la propria nuova organizzazione familiare e le aspirazioni e le naturali inclinazioni dei figli. Attesa la sua finalità di favorire l'assolvimento dei compiti discendenti dalla responsabilità genitoriale, il piano genitoriale contiene l'impegno dei genitori alla leale collaborazione reciproca nell'attuazione del diritto del minore alla bigenitorialità, nella condivisione delle scelte, nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri discendenti dalla responsabilità genitoriale secondo i canoni di buona fede e correttezza, ed esclusione di qualunque forma di abuso e le conseguenze ivi previste in caso di loro inadempimento.***

Il piano genitoriale, oltre a quanto sopra contiene le indicazioni relative a:

- a) scuole frequentate dai figli***
- b) attività extrascolastiche svolte dai figli***
- c) eventuali altri luoghi frequentati dei figli***

d) nominativo del medico curante e dei relativi recapiti

e) modalità di spostamento e trasferimento del minore e relative spese e di comunicazione diretta tra i genitori

f) eventuali modalità di risoluzione alternative al ricorso all'Autorità Giudiziaria in caso di eventuali controversie sugli obblighi di cura, educazione ed istruzione dei figli o modifiche degli accordi

g) modalità con cui i genitori si scambieranno le informazioni relative ai figli e dalle loro attività quotidiane

Le indicazioni dalla lettera a) alla lettera g) possono essere modificate in qualunque momento con consenso espresso di entrambi i genitori senza ricorso all'Autorità Giudiziaria.”

L'art. 7, c, 1 lett c del ddl in esame appare in questo modo superflua.

4) Principio di bigenitorialità e tassatività dei casi di esclusione

Proseguendo nell'esame della nuova formulazione dell'art. 337 ter cc contenuta nell'art. 11 del ddl, si prevede il rafforzamento del principio di bigenitorialità ammettendo la possibilità per il minore di frequentare in modo paritetico (od equipollente) entrambi i genitori solo che uno solo di essi ne faccia richiesta, tempi minimi di frequentazione con ciascun genitore, irrilevanza del tenore dei rapporti tra i genitori quale causa di esclusione della frequentazione paritaria (od equipollente), oltre ad una serie di clausole di limitazione o esclusione del principio di bigenitorialità.

Le norme che s'intendono introdurre appaiono condivisibili, e tuttavia appare opportuno svolgere alcune considerazioni ed avanzare alcune proposte di modifica.

E' bene innanzitutto ribadire che la previsione di tempi paritari è nell'interesse del minore e non frutto di un'opzione espressa dal singolo genitore (come pure altri ordinamenti prevedono); salvo, infatti, che non ricorra alcun ipotesi ostativa, il giudice dovrà disporre conformemente senza che occorra un'espressa domanda da alcuno dei genitori secondo i limiti temporali previsti dalla norma realizzando ciò l'interesse del minore.

Allo stesso tempo appare utile ribadire, nel corpo del testo, la doverosa uguaglianza di entrambi i genitori nell'assolvimento dei compiti di cura, accudimento, educazione ed istruzione senza alcuna distinzione di genere.

Tale duplice previsione risponde all'esigenza di offrire all'Autorità Giudiziaria una solida base interpretativa su cui fondare la decisione di eventuali ipotesi che dovessero sfuggire alla previsione normativa.

Ultimo ma non certo per ultimo appare utile ribadire il carattere tassativo delle cause di limitazione od esclusione del diritto del minore alla bigenitorialità.

Il testo dell'art. 11, c. 1 del ddl in esame potrebbe essere così riformulato: ***“I figli minori hanno diritto di crescere in un contesto familiare sereno ed armonioso anche in caso di cessazione del vincolo, giuridico o di fatto, esistente tra i loro genitori; a tal fine l’ordinamento salvaguarda l’integrità delle loro relazioni affettive con entrambi i genitori in modo completo, duraturo, concreto ed effettivo e riconosce il diritto dei minori alla bigenitorialità come espressione del loro preminente interesse. L’età, la distanza tra i luoghi di residenza o dimora ed il tenore dei rapporti tra i genitori non rilevano al fine di escludere il diritto dei figli minori alla bigenitorialità. I genitori mantengono gli stessi diritti e gli stessi doveri verso i figli esistenti o gravanti su essi prima della cessazione degli effetti del vincolo giuridico o di fatto esistente tra loro. I provvedimenti dell’Autorità Giudiziaria s’informano al principio di bigenitorialità e di doverosa uguaglianza dei genitori nell’assolvimento dei compiti di cura, educazione, istruzione e mantenimento; limitazioni e deroghe delle modalità di godimento del diritto dei figli minori alla bigenitorialità e di uguaglianza dei genitori nell’adempimento dei doveri verso i figli genitoriale sono ammesse solo nei casi tassativamente previsti dalla legge”***.

5) Tempi paritari o equipollenti

Il comma 2 dell'art. 11 del ddl, prevede come tempo minimo di permanenza di un figlio con ciascun genitore di almeno 12 notti al mese.

La soluzione proposta è condivisibile e risponde alle indicazioni della pressoché unanime letteratura scientifica che evidenziano sia i rischi (in caso di tempi squilibrati⁶) che i benefici (in caso di tempi equilibrati⁷) per la salute del minore connessi ai tempi di frequentazione.

Tuttavia, coerentemente con l'esigenza di rafforzare il principio di bigenitorialità, appare opportuno elevare i tempi di convivenza ad almeno 3 giorni alla settimana (secondo un rapporto temporale maggiormente cautelativo di 40/60), derogabili solo nel caso in cui le abitazioni dei genitori siano distanti tra loro oltre un certo limite, ovvero in caso di impossibilità conseguente ad esigenze lavorative o altre ipotesi di impossibilità oggettiva e

6 “Joint versus sole physical custody: children’s outcomes: independent of parent-child relationship, income, and conflict in 60 studies”. L. NIELSEN, Journal of divorce and remarriage, 2018.

7 “Does joint physical custody cause children’s better outcomes”, L. SANFORD et alli, Journal of divorce and remarriage, 2018.

fatta salva la possibilità di compensazione in altri periodi dell'anno, ipotesi quest'ultima disciplinata dal successivo comma 3.

L'espressione “*o tempi equipollenti*” contenuta nel ddl 735 senza alcuna ulteriore caratterizzazione appare ambigua e si presta ad interpretazioni insidiose. Appare allora opportuno sostituirla con il concetto di “*equivalenza*” qualificandola attraverso la previsione obbligatoria di tempi di compensazione, così da evitare errate equiparazioni qualitative sui tempi di frequentazione del minore con ciascun genitore del tutto prive di fondamento scientifico.

Sulla distanza tra le abitazioni si ritiene più corretto fare riferimento ad un criterio temporale piuttosto che spaziale in quanto maggiormente coerente con le finalità della norma, e di quantificarlo in modo anche ampio ritenendosi preferibile favorire al massimo la frequentazione posto che trasferimenti più lunghi possono essere compensati attraverso calendari che prevedano un minore numero di trasferimenti.

I due commi sopra citati potrebbero essere così riformulati: “***Se la conciliazione non riesce il giudice, tenuto conto che ciascun genitore decide autonomamente per le questioni di ordinaria amministrazione, affida i figli ad entrambi i genitori e predispone, sulla scorta delle indicazioni offerte da ciascuna parte, il piano genitoriale provvisorio idoneo a garantire un rapporto concreto ed effettivo con entrambi i genitori prevedendo che trascorra almeno tre giorni settimanali (compresi i relativi pernottamenti) anche non consecutivi. Tale modalità potrà essere derogata dal giudice prevedendo modalità temporali equivalenti, solo nel caso di accordi diversi tra i genitori ovvero gli stessi abbiano residenze in luoghi distanti tra loro superiore a 90 minuti ovvero per oggettive esigenze lavorative, mediante la previsione di adeguate compensazioni temporali da effettuarsi nel corso dell'anno***”.

Il ddl non prevede alcuna distinzione dei tempi di frequentazione del minore in ragione dell'età, con ciò prestandosi, secondo alcuni, a censure (di cui è esente l'attuale disciplina sol perché nulla dice al riguardo a riprova ulteriore della necessità di un intervento).

Al fine di evitare speculazioni, appare evidente come nessuno pretenda di imporre scelte (allattamento naturale o allattamento artificiale) che opportunamente devono restare affidate alla responsabilità dei singoli.

Se è però vero che “*Non c'è evidenza della necessità di ritardare l'introduzione di un frequente e regolare coinvolgimento (pernottamento incluso) di ambedue i genitori coi propri figli e in generale i risultati degli studi rivisitati in questo documento sono favorevoli ai piani*

genitoriali che meglio equilibrano il tempo dei bambini presso le due case^{8 9}, si tratterà - come già proposto in precedenti disegni di legge¹⁰ - di trovare soluzioni pratiche che, senza prevedere immotivate ed irragionevoli soglie uguali per tutti, siano tuttavia in grado di salvaguardare l'interesse del minore alla bigenitorialità con scelte e convinzioni personali meritevoli di tutela.

Appare pertanto utile prevedersi ulteriormente che ***“In caso di mancato diverso accordo tra i genitori, il giudice stabilisce per i minori che non abbiano completato la fase di introduzione dell'alimentazione solida un calendario di rapporti comunque idoneo a garantire il corretto sviluppo del rapporto genitoriale, anche attraverso opportune compensazioni temporali; a partire dal completamento dell'introduzione dell'alimentazione solida, e comunque non oltre l'età di 1 anno, il calendario dei rapporti dei figli con ciascun genitore dovrà tendere alla più rapida distribuzione paritaria dei compiti di cura, educazione e istruzione e dei relativi tempi di affidamento secondo i termini indicati al precedente punto”***.

6) Cause di esclusione dei tempi paritari e loro caratteristiche

L'art. 11, c. 2 individua poi una serie di cause di esclusione della possibilità per il minore di godere di tempi paritari (violenza, abuso sessuale, trascuratezza, indisponibilità di un genitore, inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore).

Appare evidente come la predeterminazione delle cause di esclusione del diritto del minore alla bigenitorialità per mezzo della garanzia di tempi paritari di frequentazione (e la sottostante logica binaria secondo il meccanismo della regola/eccezione), appare più che compatibile con la salvaguardia dell'interesse del minore, non fosse altro che per il vantaggio conseguente alla maggiore prevedibilità dell'esito dell'eventuale giudizio e dunque di attenuare le contrapposizioni tra i genitori a causa di possibili strumentalizzazioni dell'interesse del minore.

Le ipotesi di esclusione individuate appaiono tuttavia generiche (violenza, abuso sessuale, trascuratezza), o per nulla condivisibili laddove il diritto del minore venga a dipendere dalle disponibilità economiche di un genitore (inadeguatezza degli spazi).

La norma andrebbe riformulata in modo più ampio e più preciso, ed allo stesso tempo maggiormente focalizzata sugli obblighi gravanti sui genitori nei confronti dei figli in questo

8 WARSHAK, cit.

9 W. FABRICIUS et alii, Journal of family psychology, 2007.

10 Pdl 22.07.2013 n. 1403 Bonafede, cit.

modo: **“Ai fini dei provvedimenti provvisori relativi all'affidamento della prole, ove vengano riferiti fatti di reato contro la famiglia o contro la persona in danno del minore o cui lo stesso possa avere assistito, ovvero grave violazione dei doveri di cui all'art. 147 cc, il giudice ne tiene conto solo ove gli stessi abbiano le caratteristiche di specificità, precisione, concordanza e siano altresì suffragati da sufficienti indizi di colpevolezza alla stregua di quanto previsto dall'art. 273 cpp. La gravità dei fatti o delle violazioni dei doveri riferiti non costituisce motivazione idonea all'adozione di provvedimenti limitativi del rapporto genitoriale e della conseguente responsabilità”**.

Com'è evidente tale formulazione, attraverso il rimando ai reati contro la famiglia o contro la persona di cui possa essere stato vittima o possa aver assistito il minore ovvero la grave violazione dei doveri di cui all'art. 147 cc, ha il vantaggio di salvaguardare in modo completo e puntuale, l'interesse del minore all'integrità psicofisica.

Allo stesso modo, attraverso la necessaria specificazione delle caratteristiche delle cause di esclusione si consegue il vantaggio di conciliare l'esigenza di evitare l'uso (e, purtroppo, spesso l'abuso) dello strumento della querela con una piena coerenza con la disciplina processualpenalistica posto che, molto spesso, i fatti denunciati vengono posti a fondamento del giudizio di separazione o divorzio.

In questo contesto, appare tuttavia evidente che ove tali fatti vengano riferiti dalla parte convenuta – ove venga condivisa la proposta di modifica del rito sopra avanzata – e dunque assumano la portata di una domanda riconvenzionale di affido esclusivo, dovrà essere garantito al ricorrente un adeguato termine a difesa per l'eventuale integrazione delle istanze istruttorie.

Attesa l'importanza del tempo ai fini della salvaguardia della relazione temporale appare opportuna l'indicazione delle priorità nell'assunzione delle prove da parte del giudice istruttore così che, ove ne ricorrano i presupposti, possa provvedersi alla modifica dei provvedimenti già assunti nel tempo più breve coerentemente con le indicazioni della giurisprudenza CEDU.

Si propone pertanto il seguente testo: **“Ove tali fatti siano riferiti dalla parte convenuta, la parte ricorrente ha sempre diritto ad un termine non inferiore a 30 gg per chiedere l'ammissione di prove contrarie a propria difesa. Nell'esperimento delle prove, il giudice assume con priorità quelle relative all'accertamento dei fatti di reato in danno della prole o di quelli cui la stessa viene riferito abbia assistito, al fine di provvedere alla più rapida conferma o modifica del provvedimento relativo alle modalità temporali di affidamento dei figli. Allorquando siano venuti meno i presupposti per la**

limitazione delle modalità temporali di accudimento dei figli, il giudice, su istanza della parte interessata, valuta la sussistenza delle condizioni per il riequilibrio dei tempi e delle relative modalità attuative. I fatti di reato riferiti come commessi in danno del coniuge ed avvenuti in assenza del minore, anche ove abbiano le caratteristiche di specificità, precisione, concordanza e siano altresì suffragati da sufficienti indizi di colpevolezza alla stregua di quanto previsto dall'art. 273 cpp, non rilevano ai fini delle statuizioni relative al rapporto genitoriale ed alla conseguente responsabilità ed affidamento. I fatti di reato riferiti dalle parti in danno tra loro o della prole, ancorché il loro accertamento avvenga incidenter tantum, possono essere posti a fondamento di provvedimenti definitivi solo nel caso in cui ricorrano le condizioni di cui all'art. 533 cpp”.

7) Mantenimento diretto ed indiretto

Corollario indefettibile della bigenitorialità è altresì il soddisfacimento diretto delle esigenze morali e materiali del minore.

Al di là della deresponsabilizzazione insita nell'attuale sistema di mantenimento indiretto¹¹ – l'assegno, infatti, svuota di contenuto la responsabilità genitoriale riducendola ad un mero simulacro sia per chi deve pagarlo che per chi deve riceverlo – ciò che lo rende incongruo ed eccentrico rispetto all'esigenza di garantire l'integrità della relazione genitoriale è la frattura che esso produce nella relazione tra il genitore obbligato ed il figlio: quest'ultimo sarà necessariamente indotto a distinguere il valore della propria relazione con ciascuno dei propri genitori ed a distinguerli in genitore accudente e genitore ludico.

Il ddl 735, anche in questo caso sulle orme di precedenti proposte¹², dispone che il mantenimento avvenga attraverso l'attribuzione di specifici capitoli di spesa a ciascun genitore in modo proporzionale al reddito disponibile di ognuno di loro nel rispetto dell'art. 147 cc; la giurisprudenza, infatti, raramente tiene conto di obbligazioni di carattere economico che, uno o entrambi, i genitori possono aver assunto a favore della famiglia (tipicamente il mutuo sulla casa familiare) così creando squilibri anche particolarmente evidenti: quantomeno

A tal fine si propone il seguente testo: ***“il giudice dispone che ciascun genitore provveda***

¹¹ Fermo restando che – con buona pace di chi invoca valutazioni individuali dell'interesse del minore, resta

ancora da capire come la necessità di non poter disporre diversamente come richiesto dall'art. 337 ter, c, 4 possa avere trovato applicazione nella pressoché totalità dei casi.

¹² Pdl 22.07.2013 n. 1403 Bonafede, cit.

direttamente al mantenimento della prole in misura proporzionale al reddito disponibile al netto di obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia, attribuendo a ciascun genitore le spese di mantenimento prevedibili sulla base del costo medio dei beni e servizi per i figli e quelle imprevedibili al costo effettivo (quest'ultime distinte tra quelle per le quali è necessario il preventivo assenso anche tacito e quelle per le quali non è necessario alcun preventivo assenso) nonché le modalità di rimborso al genitore anticipatario".

L'espressione "ove strettamente necessario e solo in via residuale" prevista dal testo del disegno di legge al fine di soddisfare eventuali esigenze perequative appare generica.

Tenuto conto della sostanziale irrilevanza del fattore reddituale ai fini degli effetti benefici dell'affido materialmente condiviso, si propone la possibilità di prevedere l'integrazione della forma del mantenimento diretto solo nei casi di notevole sproporzione dei redditi tra i coniugi, secondo la seguente formulazione: ***"Nel caso in cui un genitore percepisce un reddito inferiore al doppio dell'assegno sociale INPS e l'altro genitore percepisca un reddito pari al quintuplo di quello del primo, ove non sia possibile una diversa forma di compensazione economica, è disposto a carico di quest'ultimo un assegno mensile d'importo al massimo pari al 5% della differenza tra i redditi dei genitori per ogni figlio da versare su conto cointestato, fino al compimento del diciottesimo da utilizzare per le esigenze del minore che non possano essere soddisfatte direttamente dal genitore con il reddito maggiore"***.

8) Residenza e doppio domicilio del minore

Condivisibile e coerente con quanto fin qui illustrato appare la proposta sia di previsione del doppio domicilio del minore presso entrambi i genitori che la disciplina della relativa residenza.

A tal fine si propone la seguente formulazione: ***"La residenza del minore è concordata tra le parti o, in caso di mancato accordo, stabilita dall'Autorità Giudiziaria. La modifica della residenza del minore che avvenga senza il consenso scritto dell'altro genitore o provvedimento dell'Autorità Giudiziaria costituisce sempre grave violazione del canone di buona fede e correttezza e comporta l'applicazione della sospensione della responsabilità genitoriale fino a 6 mesi. Sono in ogni caso nulle e prive di efficacia le modifiche della residenza del minore, ed ogni altro provvedimento della pubblica Amministrazione adottato in forza di esso, che siano intervenuti senza il consenso scritto dell'altro genitore o senza l'autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria. Il minore è***

domiciliato presso entrambi i genitori e tutte le pubbliche amministrazioni sono tenute a comunicare agli stessi ogni informazione in loro possesso relativa al minore”.

Uno strumento molto utile a prevenire forme di micro conflittualità è quello dell'istituzione del Registro per il diritto dei minori alla bigenitorialità che avrebbe la funzione di agevolare la circolazione delle informazioni tra i genitori.

Se ne propone pertanto l'istituzione mediante il seguente testo: **“E’ istituito presso tutti i Comuni della Repubblica il registro della bigenitorialità, ai fini delle comunicazioni a entrambi i genitori. Previa registrazione di ciascun genitore, anche nei casi di affido esclusivo, tutte le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di inviare ogni informazione relativa al minore in loro possesso al registro della bigenitorialità ove risiede il minore. Lo stesso obbligo sussiste per tutti gli enti e associazioni, anche di natura privatistica, affiliati a enti pubblici ovvero partecipati o sovvenzionati a qualsiasi titolo da enti pubblici che detengano informazioni relative ai minori”.**

9) Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni

L'art. 709 ter, c. 2 cc cc disciplina l'ipotesi delle conseguenze civili delle violazioni dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria in via immediata e diretta in danno del minore ed in via mediata ed indiretta di uno dei genitori.

La fattispecie ridisciplinata dall'art. 9 del disegno di legge, nell'intento di ampliare la sfera di tutela del minore, risulta descritta in modo da ricomprendere ogni forma di violenza fisica o psichica in modo tuttavia generico.

Il condivisibile obiettivo, può essere raggiunto ugualmente - come già per l'individuazione delle ipotesi di esclusione dell'affido condiviso - prevedendosi una graduazione che tenga conto della recidività del comportamento, nel senso che: ***“In caso di inadempimento degli obblighi di leale collaborazione reciproca, dei canoni di buona fede e correttezza o di abuso di diritti attribuiti a ciascuno coniuge, di gravi violazioni dei doveri di cui agli art. 147 cc ovvero di reati in danno della persona del minore o di terzi cui il minore abbia assistito, e comunque in ogni caso di accuse di reati contro la famiglia o la persona del minore o cui il minore abbia assistito risultate false e infondate mosse contro uno dei genitori il giudice: a) modifica le previsioni del piano genitoriale in modo da garantire il loro puntuale adempimento ove l'inadempimento non appaia manifestamente finalizzato a ledere il diritto del minore alla bigenitorialità ovvero, in caso contrario, applica le sanzioni di cui all'art. 614 bis cpc in misura proporzionale***

alla gravità dell'inadempimento; b) in caso di recidiva di mancanza di leale collaborazione, violazione dei canoni di buona fede e correttezza o di abuso di diritti attribuiti a ciascuno coniuge, il giudice dispone la sospensione fino a 6 mesi della responsabilità genitoriale ed il conseguente affido esclusivo dei figli al genitore non inadempiente fermo restando l'obbligo dell'altro di continuare a sostenere le spese di mantenimento nella misura prevista dal piano genitoriale; c) in caso di recidiva reiterata di mancanza di leale collaborazione, violazione dei canoni di buona fede e correttezza o di abuso di diritti attribuiti a ciascuno coniuge, il giudice dispone l'affido esclusivo in via definitiva al genitore non inadempiente fermo restando l'obbligo dell'altro di continuare a sostenere le spese di mantenimento nella misura prevista dal piano genitoriale. Resta in ogni caso salvo il diritto al risarcimento del danno a favore dell'altro genitore e del minore”.

10) Affidato esclusivo e opposizione all'affido condiviso.

L'art. 12 del ddl (art. 337 quater cc) è la trasposizione, in negativo, dell'art. 11 del ddl e non si commenta se non per esprimere condivisione della scelta di salvaguardare comunque il diritto del minore alla bigenitorialità ove la sua esclusione non dipenda da condotte pregiudizievoli dell'integrità psicofisica del minore (ad es. in caso di handicap psicofisico del genitore che, tuttavia, non esponga a pericolo la salute del minore), e la preferenza espressa a favore della prioritaria collocazione del minore nell'ambito del nucleo parentale o di altro nucleo familiare del territorio di residenza del minore nel caso di temporanea impossibilità di affidamento del minore ad uno dei genitori.

11) Revisione delle condizioni concernenti l'affido dei figli

L'art. 13, c. 1 del ddl disciplina l'art. 337 quinquies cc adeguandolo alla nuova disciplina. Tuttavia al fine di meglio chiarirne la portata e renderne effettiva si propone che il comma 1 venga così formulato: ***“In tutti i casi in cui le disposizioni relative all'affido dei figli derogano ad una o più delle previsioni di cui all'art. 337 ter cc, ciascuno dei genitori ha diritto di chiedere la modifica dei provvedimenti in precedenza assunti dall'Autorità Giudiziaria nel senso ivi previsto ove ne ricorrano i presupposti”.***

Sulla mediazione familiare, di cui al comma 2 dell'articolo in commento, si rimanda a quanto già detto al punto 1 delle presenti considerazioni.

12) Coordinatore genitoriale

L'art. 13, c. 3 del ddl recepisce e positivizza, unitamente all'art. 5, la figura del coordinatore genitoriale di matrice giurisprudenziale¹³. Sul punto nulla si ritiene di poter osservare.

13) Casa Familiare

L'art. 14 del ddl riforma l'art. 337 sexies cc disciplina l'assegnazione della casa familiare.

Al riguardo si osserva come l'attuale art. 337 sexies, c. 1 cc laddove richiama l'interesse del minore quale criterio per l'assegnazione della casa familiare sia in se ridondante stante la sua immanenza senza che fornisca alcuna specifica indicazione utile al momento della sua applicazione alla singola fattispecie.

Richiamato quanto già evidenziato in tema di modalità del mantenimento circa l'eventuale peso di mutuo per l'acquisto della casa familiare, il criterio proposto dal ddl (assegnazione secondo il titolo di godimento) non solo è compatibile con il principio del preminente interesse del minore atteso che esso si realizza attraverso la stabilità psicoaffettiva (derivante dalla previsione dei tempi paritari di convivenza e della paritaria distribuzione dei compiti di accudimento e cura) e non certo attraverso la stabilità logistica, ma risponde meglio alla tutela offerta dall'art. 42 Cost. alla proprietà privata, tant'è che è criterio già in uso presso alcuni tribunali¹⁴.

La formulazione della norma appare coprire tutte le possibili ipotesi ed il meccanismo ristorativo previsto a favore del proprietario esclusivo alquanto farraginoso richiedendosi, in caso di disaccordo sull'ammontare del canone di locazione, l'esperimento di una ctu.

Se ne propone una modifica che intervenga attraverso meccanismi di incentivi e compensazioni e tenga conto di eventuali differenze di reddito tra i genitori, nel senso che:

“Ferma le disposizioni in tema di residenza e doppio domicilio del minore, il giudice ordina che il coniuge che non sia proprietario o avente esclusivo titolo di godimento della casa familiare se ne allontani entro 60 giorni; nel caso in cui la proprietà della casa familiare sia comune, in caso di mancato accordo sulla sua attribuzione temporanea, il giudice, fermo restando le modalità temporali e di mantenimento della prole nonché la regolazione in separato giudizio dell'eventuale divisione dell'immobile, riduce da un terzo alla metà il contributo alle spese di mantenimento dei figli in favore del genitore che si dichiara disponibile a lasciare la casa familiare fino alla definitiva regolazione tra le parti dei rapporti relativi alla stessa; in mancanza di disponibilità di entrambi i coniugi a lasciare la casa familiare dispone che se ne

13 Trib. Milano Sez. Civ. IX 29 luglio 2016; idem Trib. Mantova Sez. Civ. I 5 maggio 2017.

14 Ex multis Linee Guida del Tribunale di Brindisi.

allontani il genitore con il reddito più elevato a favore del quale dispone la riduzione del contributo al mantenimento di un terzo; l'ordinanza che assegna la casa di proprietà non costituisce titolo idoneo alla trascrizione ai sensi dell'art. 2643 cc; nel caso in cui la casa familiare sia condotta in locazione o posseduta o detenuta ad altro titolo da entrambi i coniugi, il giudice, fermo restando le modalità temporali e di mantenimento della prole, l'attribuisce a colui che, nel termine di 60 giorni, acquisisca il consenso del proprietario al rinnovo del contratto con conseguente risoluzione ex lege del contratto fino a quel momento in corso ed ordina che l'altro se ne allontani nel termine di 60 giorni; al coniuge che non abbia prodotto la documentazione reddituale e patrimoniale ed quello che sia rimasto contumace deve essere sempre ordinato di allontanarsi dalla casa comune senza che venga disposta alcuna riduzione del suo obbligo di mantenimento dei figli".

I commi 3 e 4 dell'articolo in commento, tenuto conto delle precedenti proposte, appaiono ripetitivi.

14) Disposizioni in favore dei figli maggiorenni

L'art. 15 del ddl disciplina le disposizioni relative al mantenimento in caso di figli maggiorenni.

L'attuale art. 337 septies cc non prevede alcun limite temporale all'erogazione dell'assegno di mantenimento; viceversa, il ddl in discussione prevede un limite di età massimo unico per tutti pari a 25 anni di età.

L'esigenza di porre un limite massimo all'erogazione dell'assegno appare ben più che condivisibile in un'ottica di responsabilizzazione proattiva gravante dei cittadini ex art. 4 Costituzione, allo stesso tempo la modalità di individuazione del limite si presta a critiche, in parte fondate, sul piano dell'uguaglianza sostanziale.

Si propone perciò di collegare il limite di età massimo all'obbligo di mantenimento del figlio adulto all'adempimento da parte dello stesso del suo dovere di responsabilità sociale di provvedere in modo autonomo alla propria esistenza ed alle proprie esigenze, avendo riguardo non all'età ma alle sue inclinazioni naturali quali risultanti dalla proficua frequenza di un corso di studi oltre che di un tempo congruo per la ricerca di un'occupazione stabile.

A tal fine si propone quanto segue: ***“Il figlio maggiorenne cessa il diritto al mantenimento al termine del secondo anno successivo al regolare completamento del ciclo di studi. Ove sia previsto il mantenimento indiretto, l'assegno andrà corrisposto direttamente al figlio fino alla cessazione dell'obbligo. Ai figli maggiorenni portatori di disabilità***

grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori”.

Il comma 1 non si commenta se non per esprimere l'opinione negativa riguardo alla previsione di adottare un piano genitoriale in relazione ad un soggetto maggiorenne avente piena capacità d'agire.

15) Poteri del giudice e ascolto del minore

L'art. 16 del ddl innova l'art. 337 octies. Al riguardo non si ritiene di potere proporre osservazioni

16) Ordini di protezione

L'art. 17 del ddl modifica l'art. 342 bis cc aggiungendo un secondo comma all'attuale disciplina per l'ipotesi in cui, nel corso della separazione, uno dei genitori ponga in essere condotte che incidono sul diritto del minore a godere di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore.

L'aspetto su cui si concentrano le critiche riguarda la possibilità che il giudice adotti i provvedimenti di cui agli artt. 342 ter e 342 quater cc *“anche quando - pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori - il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo ad uno di essi”*.

Le critiche appaiono infondate posto che il secondo comma altro non è che la estensione al minore della medesima fattispecie di pregiudizio all'integrità psicofisica del coniuge già oggi prevista dal comma 1 dell'art. 342 bis cc stesso.

La norma si pone dunque a protezione dell'interesse del minore oggi privo di tutela.

Ritenuto che il rifiuto immotivato che un minore possa mostrare verso uno dei genitori è da ritenersi innaturale, il problema è dunque quello di accertare le ragioni del rifiuto e l'eventuale nesso di causa con eventuali condotte alienanti dell'altro genitore.

Una questione, dunque di mera prova dell'esistenza di un fatto e delle sue cause verso cui appaiono del tutto fuori luogo le critiche.

Sulla formulazione del testo non si ritiene di fare alcuna osservazione ulteriore o proposta.

17) Art. 342 quater cc

L'art. 18 prevede l'introduzione dell'art. 342 quater cc contenente i provvedimenti ritenuti necessari a salvaguardia dell'integrità psicofisica del minore e consistenti nella limitazione dei tempi di permanenza presso il genitore abusante ovvero, il collocamento del minore in via esclusiva presso l'altro genitore o apposita struttura specializzata.

La formulazione appare chiara e non si presta ad ulteriore commento.

18) Abrogazione art. 151, c. 2 cc

L'art. 19 prevede l'abrogazione dell'istituto della separazione per colpa. La formulazione appare chiara e non si presta ad ulteriore commento.

19) Abrogazione art. 570 bis cp

L'art. 21 prevede l'abrogazione della fattispecie di cui all'art. 570 bis cp. La formulazione appare chiara e non si presta ad ulteriore commento.

20) Ricorso per cessazione degli effetti civile del matrimonio

L'art. 22 prevede la nuova disciplina del giudizio per la cessazione degli effetti civile del matrimonio adeguando le disposizioni vigenti alle norme che ci si propone di introdurre per la separazione dei coniugi. Valgono pertanto le considerazioni già sopra espresse.

21) Disposizioni transitorie

La natura dell'interesse tutelato è tale da giustificare l'estensione delle nuove norme anche ai giudizi in corso ed a quelli per i quali è già intervenuta una definizione.

Si propone pertanto l'adozione del seguente testo: ***“Le disposizioni di cui alla presente legge si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della medesima. Nei casi in cui il provvedimento di omologazione dell'accordo di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero il provvedimento di affidamento della prole nel caso di genitori non coniugati, sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ovvero quando sia stata raggiunta una soluzione consensuale che tiene luogo di uno dei suddetti provvedimenti prima dell'entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori ha diritto di richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge costituendo la sua promulgazione fatto nuovo sopravvenuto”.***

Prof. Amedeo Paolucci.

Avv. Salvatore Dimartino

Presidente.

Responsabile Legale