



unione nazionale camere minorili

OSSERVAZIONI ALLE PROPOSTE DI MODIFICA DDL S 957 IN TEMA DI AFFIDAMENTO CONDIVISO¹

Da un punto di vista metodologico, prima di entrare nel merito del ddl S 957 in materia di affidamento condiviso, occorre focalizzare preliminarmente l'attenzione su alcune questioni che segnano, necessariamente, il solco del nostro riflettere sul diritto familiare e minorile come esso oggi è nel suo complesso considerato nel nostro ordinamento.

IL QUADRO NORMATIVO E CULTURALE DI RIFERIMENTO NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO FAMILIARE E MINORILE

- a. **Tradizione culturale e giuridica governata dalla centralità degli adulti:** dopo quasi un trentennio dalla riforma del diritto di famiglia, permane differenza, sul piano sostanziale e processuale, tra figli naturali e figli legittimi ² (diversificando così il rapporto genitori- figli a seconda che sia intervenuto o meno il matrimonio tra i loro genitori) con la conseguenza che appare ormai non più procrastinabile (e pregiudiziale) la modifica sul piano sostanziale della disciplina in materia di filiazione, presupposto questo necessario per un'organica modifica delle regole processuali. In tale prospettiva la proposta di riforma in oggetto appare l'ennesimo e criticabile intervento parziale.
- b. **Frammentazione delle competenze:** come diretto corollario della precedente osservazione non può non sottolinearsi il grave problema che comporta nelle materie familiari e minorili la frammentazione delle competenze, che non solo crea una dannosa dispersione, ma nuoce soprattutto alla qualità dell'intervento; da qui la necessità non più procrastinabile di riformare e razionalizzare il sistema³. Da più

¹ A cura del Gruppo Civile dell'UNCM. Referente: Avv. Grazia Cesaro. Responsabili del sotto-gruppo legislativo: Avv. Rebecca Rigon e Avv. Paola Lovati

² Nella presente legislatura su questo tema cfr. i DDL S 1211 ("*Modifica alla disciplina in materia di esercizio della potestà genitoriale*") e 1412 ("*Modifica alla disciplina in materia di filiazione naturale*") sulla competenza da attribuirsi al tribunale ordinario anche in tema di affidamento di figli naturali, approvati in un testo comune al Senato il 6 ottobre 2010 e, alla data di stesura del presente articolo, in discussione alla Commissione Giustizia della Camera.

³ Come notorio, infatti, uno dei difetti più deprecabili della giustizia minorile italiana è provocato dall'eccessiva frammentazione delle competenze tra i differenti organi giudiziari, attualmente attribuite, a seconda del *petitum*, al giudice tutelare, al tribunale ordinario o al tribunale per i minorenni (cfr. Moro, Manuale di giustizia minorile,

di venti anni vengono periodicamente avanzate iniziative di riforma che seguono linee contrapposte: alla richiesta di eliminazione della competenza, perlomeno civile e amministrativa⁴, del tribunale per i minorenni, che sarebbe sostituita da sezioni specializzate da istituire presso il tribunale ordinario, si oppone l'esigenza di mantenere accorpate, in capo ad un'unica istituzione giudiziaria specializzata, tutte le competenze in materia di persona, famiglia e minori⁵. Entrambe le proposte partono dalla comune considerazione che occorra superare la frammentazione delle competenze in materia minorile (evitando potenziali conflitti tra TO, TM e GT) e ricorrono (come emerge dalle relazioni introduttive) ad argomentazioni che si richiamano alle norme convenzionali internazionali (purtroppo considerate alla stregua di norme programmatiche, che si ha il dovere di richiamare, ma non l'obbligo di applicare), giungendo però a soluzioni contrapposte. Senza entrare nel merito delle diverse posizioni, la sensazione è che il dibattito, sia all'interno della politica, sia con riferimento agli interventi degli operatori, sembra essere più rivolto alla ricerca di una "regola processuale" che alla capacità di risposta che il sistema deve trovare per "regolare" i problemi concreti. Necessità questa ancor più evidente laddove si controverte, come in questo campo, di relazioni familiari, perché in caso contrario si rischia che le lacune e le incertezze dell'attuale quadro legislativo invece di ridursi possano essere accresciute dall'aumento della produzione legislativa effettuato in modo disorganico, con il rischio, tra l'altro, di impedire la concreta realizzazione dei principi di promozione e protezione del minore già da tempo dettate dalla Convenzione di New York del 28 novembre 1989 (ratificata con la legge 176/91), dalle disposizioni contenute nella Convenzione di Strasburgo del 1996 (ratificata dalla legge 77/2003) e, dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, dall'efficacia giuridica che in esso riconosciuta ai diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza ed ai principi enunciati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Una reale riforma non può essere effettuata se non mettendo a disposizione risorse economiche, umane e strutturali adeguate, che consentano l'attuazione di un processo di cambiamento che migliori, potenzi e assicuri la piena efficienza del sistema giustizia. È inoltre evidente la necessità che il legislatore crei i presupposti affinché vi sia un'effettiva formazione specialistica multidisciplinare di tutti gli operatori del diritto, dai magistrati agli avvocati e tale principio di

Zanichelli, 2002 che nell'annoverare l'assetto delle competenze in materia individua 55 tipologie di decisioni attribuite al T.M., 27 al T.O. e 48 al G.T.).

⁴ *Ex multis* cfr. il D.L. n.2517 /2002 dal significativo titolo "Misure urgenti e delega al Governo in materia di diritto di famiglia" ; il D.L. n. S155 del 9.06.2006, a firma M.Alberti Casellati "Sezioni specializzate per la famiglia e per i minori dei tribunali e delle corti d'appello ed uffici specializzati delle procure presso i Tribunali"; nella XVI legislatura il disegno di legge C n.393 "Istituzione di sezione specializzate del tribunale e della Corte d'appello per la tutela dei diritti dei minori e della famiglia" di iniziativa parlamentare On. Luca Volontè del 27 maggio 2008 (assegnato, non ancora iniziato l'esame) e il DDI S n.178 " Delega al governo per l'istituzione delle sezioni specializzate per la famiglia e per i minori", di iniziativa parlamentare sen. Roberto Castelli del 29 aprile 2008 (da assegnare).

⁵ il cd Tribunale della persona e della famiglia, competente per tutta la materia relativa ai diritti della persona, minorenne ed adulta, e della famiglia nel suo complesso, legittima o di fatto. Ad oggi, invece, tale competenza è riconosciuta al giudice ordinario per figli nati all'interno del matrimoni e al tribunale per i minorenni per figli nati da coppie di fatto. Il nuovo giudice, accorpando le due competenze, sarebbe chiamato ad esprimersi sull'ampia gamma di materie relative al diritto di famiglia e minori: interdizione, separazione e divorzio, divisione dei beni in comunione legale e successoria, adozioni nazionali ed internazionali, ecc.

specializzazione esige che ai giudici non siano attribuite competenze ulteriori e diverse rispetto a quelle che riguardano la materia minorile e familiare.

- c. **La giurisdizione delle relazioni e l'Europa** : in Europa si definisce "giurisdizione delle relazioni"⁶ quella in cui il giudice viene chiamato a decidere in ordine alla vita privata e familiare di una persona, intervento che secondo l'ordinamento costituzionale multilivello deve essere limitato (art. 8 C.E.D.U.) alla misura necessaria alla "protezione della salute o della morale o dei diritti e delle libertà altrui". Inoltre, secondo il dettato dell'art. 24 della Carta Nizza, in presenza di figli minori ogni intervento giurisdizionale deve essere assunto avendo come riferimento l'interesse preminente (anzi migliore: il testo inglese infatti utilizza il termine "best") "alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere", attraverso "relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo ciò sia contrario al suo interesse" e si collega agli artt. 21 e 22 che sanciscono i principi di non discriminazione e di rispetto della diversità culturale, linguistica e religiosa. Dalla Carta di Nizza emergono nuovi doveri e nuove responsabilità per ognuno⁷ che assumono particolare rilievo per i giuristi e, segnatamente, per gli avvocati a cui è affidata la tutela dei diritti umani e fondamentali e dei diritti dei minori in particolare. È dunque compito degli operatori, siano essi avvocati che magistrati, comprendere che il nuovo Trattato di Lisbona ha ampliato i principi costituzionali multilivello e che per far crescere la tutela dei diritti fondamentali è necessario un diverso modo di affrontare la tutela dei diritti laddove oggetto della controversia siano le relazioni tra le persone.

L'AFFIDO CONDIVISO COME AFFERMAZIONE DEL DIRITTO DEL MINORE ALLA BIGENITORIALITÀ

Per poter valutare una proposta di modifica della legge sull'affido condiviso riteniamo necessario soffermare la nostra attenzione e riflessione sul contenuto e sulle modalità di applicazione ed esplicazione del principio della bigenitorialità, anche alla luce del quadro normativo e culturale sopra richiamato.

Fonte interna delle obbligazioni dei genitori nei confronti dei figli, come sappiamo, è l'art. 30 della Costituzione ("È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio"): siamo dunque in presenza, come significativamente indicato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 132 del 27 marzo 1992, "di un diritto dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite". In applicazione a questi principi l'art. 147 c.c. (Doveri verso i figli) prevede il dovere dei genitori di provvedere al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, assecondandone le inclinazioni, le capacità e le aspirazioni. I genitori - in ugual misura - hanno dunque il

⁶ Paolo Martinelli "la giurisdizione delle relazioni" in www.minoriefamiglia.it relazione conclusiva la XXVIII convegno nazionale AIMMF.

⁷ Nel preambolo si indica che l'Unione si fonda sui valori indivisibili della dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà e si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto; dal rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali si fa derivare un esplicito richiamo ai doveri ed alle responsabilità che il godimento di tali diritti comporta nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle nuove generazioni.

dovere di provvedere alla cura dei figli, facendo tutto il possibile per soddisfare le loro esigenze e realizzare i loro interessi⁸.

In tale contesto, la legge 54 del 8 febbraio 2006 ha profondamente modificato il sistema dell'affidamento, enunciando, come principio generale, che l'affidamento dei figli e l'esercizio della potestà compete ad entrambi i genitori ed estendendo tale normativa anche alle famiglie di fatto. Viene dunque affermato il principio della bigenitorialità, ovvero della condivisione delle responsabilità nei compiti e nelle funzioni educative anche dopo la rottura del rapporto e ciò in linea con i principi espressi dalla Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989 (che all'art. 9, comma 3 prevede il diritto alla bigenitorialità), resa esecutiva in Italia e già da tempo introdotta nel nostro ordinamento con la legge n. 171/1991⁹.

In particolare, il principio della bigenitorialità intende affermare l'apporto di entrambi i genitori, in termini di obbligo in prima battuta e poi anche in termini di diritto, alla crescita dei figli, come supporto (economico e psicologico), educazione e formazione. Si conferma, quindi, che anche nella fase patologica, di crisi, dell'unione di coppia, non possa e non debba venire meno l'unione di intenti e di progetto nel supporto e nell'educazione dei figli.

Si è imposto ai genitori il compito, certo non facile, di coltivare il legame tra gli stessi sempre esistente costituito dai figli, pur in presenza di condizioni personali che li hanno portati a separare le proprie vite e decisioni. Si è chiesto ai genitori di mantenere, pur nella crisi familiare e nel successivo allontanamento legittimo e materiale delle vite personali, un confronto dialettico delle rispettive posizioni e convinzioni personali sulle questioni riguardanti i figli e di proseguire lo sforzo di superamento delle rispettive posizioni nell'individuazione di un comune progetto educativo e di crescita per il minore.

IL DDL S 957 QUALE RIFORMA DELL'IMPIANTO NORMATIVO VIGENTE IN TEMA DI AFFIDO CONDIVISO

Il disegno di legge manifesta forti critiche rispetto alle modalità con cui sarebbe stata recepita la disciplina dell'affido condiviso nelle Corti e lamenta, quindi, l'esistenza di errate o scarse applicazioni dei principi di diritto in essa contenuti¹⁰, in ogni caso tali da richiedere un intervento normativo per così dire correttivo

⁸ È dunque escluso che uno dei genitori possa liberarsi dell'obbligazione mediante un accordo che deleghi in toto dette funzioni all'altro

⁹ La "centralità della posizione del minore" nella disciplina dei rapporti genitori-figli si delinea anche nella formulazione dell'art. 155 c.c. che dispone che in caso di separazione dei genitori e provvedimenti relativi alla prole devono essere adottati con esclusivo riferimento "all'interesse materiale e morale di essi", gli artt. 155 bis e 155 quater c.c. che prevedono che il giudice può affidare il figlio ad uno solo dei genitori e attribuire il godimento della casa coniugale sempre valutando "l'interesse del minore", l'art. 316 c.c. secondo cui il giudice chiamato a dirimere il contrasto tra i genitori "suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio"

¹⁰ Invero tale constatazione non trova conforto nei dati diffusi dall'ISTAT il 21 luglio 2010 - relativi alla rilevazione dei procedimenti di separazione e divorzio condotta per l'anno 2008 presso le cancellerie dei 165 tribunali civili - da cui emerge *a contrariis* che nelle separazioni e nei divorzi si è verificata negli ultimi anni una netta inversione di tendenza per quanto riguarda il tipo di affidamento dei figli minori dopo l'entrata in vigore della legge 54/2006. Nel rapporto

Invero, a voler ben osservare la giurisprudenza in materia di affidamento condiviso, non si ritiene di poter confermare detto dato, atteso che la Corte di Cassazione, cui è attribuito un potere di tipo nomofilattico, ha chiaramente e costantemente affermato alcuni principi che in tale materia rendono manifesta l'adesione e la concreta applicazione dello spirito della bigenitorialità¹¹.

La Corte di Cassazione, sul presupposto che la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori sia il canone generale sancito dall'art. 155 c.c., derogabile solo allorché la sua applicazione risulti pregiudizievole nell'interesse del minore, ha infatti affermato che:

- la distanza tra i due luoghi di residenza dei genitori non costituisce in linea di principio una preclusione all'affidamento condiviso (cfr., Cass. civ., 2 dicembre 2010, n. 24526);
- l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i due coniugi, poiché avrebbe altrimenti un'applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto (cfr., Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593).

Appare evidente come la giurisprudenza intenda applicare il principio della bigenitorialità quale regola generale e primaria, senza dubbi sul punto, e con il corretto e necessario filtro dell'interesse del minore. In tal senso, non si individua la necessità di una modifica della normativa, evidentemente superflua.

ISTAT si legge, infatti che: *“Gli effetti di questa nuova legislazione sono chiaramente visibili osservando l'andamento nel tempo delle quote corrispondenti alle differenti modalità di affidamento. Fino al 2005, l'affidamento esclusivo dei figli minori alla madre è stata la tipologia largamente prevalente. Nel 2005 nell'80,7 per cento delle separazioni e nell'82,7 per cento dei divorzi i figli minori sono stati affidati alla madre, con percentuali più elevate nel Mezzogiorno rispetto al resto del Paese. La custodia esclusivamente paterna si è mostrata residuale anche rispetto all'affidamento congiunto o alternato, risultando pari al 3,4 per cento negli affidamenti a seguito di separazione e al 5,1 per cento per quelli scaturiti da sentenza di divorzio. A partire dal 2006, in concomitanza con l'introduzione della legge 54/2006, la quota di affidamenti concessi alla madre si è fortemente ridotta a vantaggio della nuova tipologia di affido condiviso. Il sorpasso vero e proprio è avvenuto nel 2007 (72,1 per cento di separazioni con figli in affido condiviso contro il 25,6 per cento di quelle con figli affidati esclusivamente alla madre) per poi consolidarsi ulteriormente nel 2008 (78,8 per cento di separazioni con figli in affido condiviso contro il 19,1 per cento di quelle con figli affidati esclusivamente alla madre). La quota di affidamenti concessi al padre continua a rimanere su livelli molto bassi. Infine, l'affidamento dei minori a terzi è una categoria residuale che interessa meno dell'1 per cento dei bambini.”*

¹¹ Si segnala anche un interessante nuovo orientamento delle corti di merito che ritiene applicabile lo strumento offerto dall'art. 96, c. 3, c. p. c. (previsto per sanzionare comportamenti di uso pretestuoso e disfunzionale del processo - in danno delle parti in causa e di ogni altro cittadino che abbia chiesto la tutela delle proprie posizioni giuridiche all'Autorità Giudiziaria) anche in materia familiare ritenendolo strumento efficace per garantire la tutela dell'effettività delle relazioni parentali ad opera dello Stato italiano così come richiesta dalla giurisprudenza europea cfr. decreto TM Milano del 04.03.2011 est. Dr. Mastrangelo in www.tribunaleminorimilano.it (nella specie è stata condannata la madre che aveva tenuto ferma la richiesta dell'affidamento esclusivo nelle tre udienze e nelle memorie, senza fornire elementi a sostegno della sua domanda, ha fortemente limitato - in quantità e qualità - il libero esplicarsi del diritto del ricorrente ad allevare la figlia, e le motivazioni addotte a sostegno di tale ultimo comportamento si sono rivelate infondate) e Tribunale Varese ordinanza 23.10.2010 dr Buffone (in www.dirittoedanno.it) che parimenti ha sanzionato il comportamento della genitrice che ha posto in essere comportamenti dilazionatori e manifestato disinteresse verso una possibile soluzione conciliativa.

Il citato filtro dell'interesse del minore viene necessariamente applicato dalla Corte anche per quel che concerne il profilo economico che discende dall'obbligo di cura e di mantenimento del minore.

Al riguardo occorre primariamente rilevare come la Corte respinga, ragionevolmente e secondo una corretta applicazione dei principi giuridici in materia, l'equazione che da più parti si vorrebbe sostenere per cui affidamento condiviso = mantenimento diretto¹². La Corte respinge innanzitutto il carattere automatico dell'applicazione di tale regolamentazione economica, rammentandoci il dovere, oltre che la necessità, di avere cura e considerazione dell'interesse del minore in ogni decisione che si assume in relazione ad esso. Di qui, l'obbligo di ovviare qualsivoglia forma di automatismo che impedisce e preclude di verificare caso per caso quale sia l'interesse del minore, ossia se il minore è sufficientemente tutelato dall'apporto che ciascun genitore, anche sul piano economico, è in grado di offrire allo stesso in via diretta, ovvero se si rende necessario prevedere, per le modalità di organizzazione del menage familiare in regime di separazione della coppia, per le diverse capacità economiche dei genitori o altro, *“la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità”* (art. 155 c.c.).

D'altronde, ci si permette di contestare l'assunto esposto nella relazione al disegno di legge n. 957 che attribuisce particolare valore relazionale al profilo economico, soprattutto con riferimento ai rapporti con il minore. Non si vede come il *“mantenimento diretto”* possa costituire *“lo strumento essenziale per rendere effettivo il diritto dei figli a un contatto significativo con entrambi i genitori”* o ancora sia *“lo strumento per gratificare il figlio rassicurandolo sull'interesse che ciascuno di essi [i genitori] ha per lui attraverso l'assolvimento di compiti di cura a contenuto economico”*. Questa pare una prospettiva propria del mondo adulto piuttosto che di quello dei minori.

Dalle considerazioni esposte nella citata relazione al disegno di legge traspare una visione della relazione tra genitore e figlio concentrata sulla prospettiva del genitore, ossia del mondo adulto (con le sue problematiche anche economiche) anziché su quella del minore, per garantire allo stesso il mantenimento della bigenitorialità e della cura e del mantenimento anche in caso di crisi della coppia.

La riforma del ddl 957, inoltre, nei fatti realizza una **genitorialità divisa** (mediante la suddivisione dei tempi di vita del figlio in maniera *“paritetica”* tra i due genitori, il doppio riferimento abitativo per cui il figlio dovrebbe fare il pendolare tra le due case dei

¹² Si veda sul punto Cass. civ., 18 agosto 2006, n.18187 che, seppur relativa alla disciplina antecedente all'emissione della legge sull'affido condiviso, ne richiama i principi ritenendo che gli stessi costituiscano conferma dell'impossibilità di dare seguito ad un'applicazione automatica del principio del mantenimento diretto.

genitori¹³, la cura del figlio attraverso la determinazione di capitoli di spesa ripartiti tra i genitori), che comporta nei fatti **una separatezza dei genitori** che sono destinati a non incontrarsi né parlarsi mai e ai quali non viene richiesto di collaborare per la cura e l'educazione del figlio.

Al riguardo, non può che evidenziarsi il rischio di creare due ambiti di genitorialità separati ed entrambi distintamente legittimati sul piano giuridico e proposti come tali al minore.

Una siffatta compartimentazione degli spazi di potestà ed autonoma gestione del minore da parte dei due genitori in ambiti rigidi e fisicamente distinti (con tanto di creazione di doppia residenza ovvero domicilio) si contrappone in maniera insanabile allo scopo ed alla finalità di costruzione di un progetto educativo e formativo comune da parte dei genitori. Sembra, infatti, volersi assecondare e legittimare, la sussistenza e la permanenza (considerata forse irriducibile) della diversità tra le posizioni e concezioni dei due genitori in crisi, arrendendosi ad un conflitto che rimane latente nella relazione e viene come istituzionalizzato nell'affermazione rigida e sorda all'altro del proprio *modus vivendi*, seppure limitatamente al proprio ambito di tempo e spazio a cui il minore accede in maniera appunto "paritetica" rispetto allo spazio e tempo dell'altro.

In questo senso, la compartimentazione del tempo trascorso dal minore con i due genitori sembra replicare il sistema dell'affidamento esclusivo, estendendolo ad entrambi i genitori che dispongono di una potestà "separata" o "divisa" da quella dell'altro (e perciò autonoma), ciascuno nel proprio ambito e capitolo di spesa.

La riforma pare, quindi, costituire un passo indietro piuttosto che un passo avanti verso l'affermazione concreta ed effettiva della bigenitorialità, che viene abbandonata allorché si riduce, anziché incentivare, lo spazio del dialogo e del confronto per ritrovare il superamento dialettico delle rispettive posizioni in vista di una linea educativa comune.

¹³ D'altronde, la previsione di un doppio riferimento abitativo per il minore appare una soluzione impraticabile, smentita anche dalle esperienze di altri ordinamenti europei. Si può citare, a mo' d'esempio, la Francia, dove, secondo i dati diffusi dal Ministero della Giustizia e relativi ad uno studio dell'ottobre 2007, a seguito di divorzio la residenza del minore viene sempre individuata presso un solo genitore, salvo il riconoscimento di un diritto di visita e il mantenimento di significative relazioni e contatti a favore del genitore non collocatario. In particolare, nel 79% dei casi, i minori figli di genitori divorziati risiedevano esclusivamente presso la madre (e il 7% era collocato esclusivamente nell'abitazione paterna, trattandosi comunque di minorenni perlopiù già adolescenti); soltanto per il 12% di essi era prevista un'alternanza abitativa presso le case della madre e del padre. Dunque, se la residenza alternata appare senz'altro predominante in caso di divorzio congiunto (laddove la percentuale si attesta su un significativo 16%), si individua comunque una netta rilevanza della collocazione, esclusiva o preminente, presso un solo genitore (quasi sempre la madre, anche se, nel caso di minori ultraquattordicenni, la percentuale delle residenze nell'abitazione paterna sale all'11%). Analoghe considerazioni possono svolgersi anche per i figli di conviventi *more uxorio*, laddove la residenza di essi, al termine della relazione affettiva dei genitori, è quasi sempre (92% delle ipotesi considerate) fissata presso un solo genitore, anche in questo caso quasi sempre la madre.

OSSERVAZIONI ALLE PROPOSTE CONTENUTE NEL DDL S 957

A fronte di quanto sopra esposto in via generale, si intende svolgere un esame più specifico delle singole proposte di modifica avanzate con il disegno di legge S 957.

Art. 1

- Si ritiene inutile l'aggiunta dell'avverbio "pariteticamente" rispetto al diritto del minore di ricevere cura, istruzione ed educazione da entrambi i genitori. Si tratta, peraltro, del portato di una visione per così dire matematica, maggiormente legata alla prospettiva dell'adulto, della divisione dei tempi di vita del bambino tra l'uno e l'altro genitore che non può rappresentare l'interesse del minore ad una crescita equilibrata.
- I criteri che non possono escludere, per legge, l'applicazione del canone dell'affido condiviso (ossia "*l'età dei figli, la distanza tra le abitazioni dei genitori e il tenore dei loro rapporti*") sono già ampiamente e correttamente presi in considerazione dalla giurisprudenza che ha pienamente interpretato lo spirito dell'affido condiviso, peraltro non dimenticando il filtro dell'interesse del minore: in questo senso, la riforma sminuisce ed ignora l'opera di mediazione culturale svolta dalle Corti, così come dimentica il dato di realtà che nella maggioranza dei casi emerge dalle più recenti applicazioni della normativa.
- Il domicilio presso entrambi i genitori si pone di difficile applicazione su di un piano meramente pratico e burocratico e tende a sostenere la scissione confusoria del gruppo familiare, già determinata nel minore dalla separazione dei genitori. D'altronde, non si ritiene che la sussistenza di due domicilia possa attribuire al figlio un valore aggiunto rispetto alle relazioni con i rispettivi genitori: non è imponendo una teorica parità tra le dimore dei genitori che si determina un particolare attaccamento del figlio all'una, all'altra o ad entrambe le figure. Si ritiene, peraltro, utile sottolineare come ad oggi la norma vigente precisi che il giudice "*determina i tempi e le modalità della loro permanenza presso ciascun genitore*" già evidenziando l'insussistenza di un ruolo prioritario dell'uno o dell'altro.
- L'inserimento della legittimazione ad agire degli ascendenti nel procedimento di separazione si pone evidentemente problematico su di un piano strettamente processuale, oltre che foriero di contrasti all'interno del nucleo familiare di origine del genitore ovvero tra i due nuclei familiari di origine dei genitori. A ciò aggiungasi che l'interesse dei parenti (nonni, zii etc) a mantenere relazioni può essere tutelato con una domanda da proporre al Tribunale per i Minorenni ex art. 336 c.c. Si rammenta, d'altronde, che il diritto da tutelare è quello del minore a mantenere i rapporti con gli ascendenti e non viceversa (*cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 22081, 16 ottobre 2009*). Legittimare attivamente i nonni significa rendere il minore oggetto e non soggetto di diritti.
- Il mantenimento in forma diretta non può essere assunto quale automatismo discendente dall'applicazione dell'affido condiviso, se non ovviando l'obbligo di valutare ogni decisione relativa ai minori con la lente ed il filtro del loro preminente

interesse. Si consideri, oltretutto, che la suddivisione degli oneri di cura e mantenimento del figlio può essere diversa in funzione di molteplici parametri: le esigenze dei figli, il tempo e modo di permanenza dei figli con i genitori, la ripartizione dei compiti e delle responsabilità di cura, il godimento della casa familiare ecc... Così rendendosi impossibile l'esercizio di un automatismo.

- Il contenuto del mantenimento deve essere parametrato non solo sulle esigenze del figlio, ma anche sul tenore di vita goduto in precedenza dal minore, che non deve essere dimenticato, come vorrebbe la riforma, se non lasciando che ricadano sul figlio le conseguenze di decisioni allo stesso del tutto estranee. Sul punto, si deve osservare che l'eliminazione di quest'ultimo criterio di determinazione condurrebbe ad una cesura ancora maggiore nella vita del bambino tra il prima ed il dopo separazione, impedendo al Giudice di utilizzare uno strumento utile alla conservazione di un clima e di un ambiente il più possibile omogeneo per il minore a quello esistente ante separazione. Appare, in tal senso, evidente, l'ottica propriamente ed esclusivamente adulta che sottende detta richiesta di modifica.
- Il correttivo proposto per i casi di inadempimento al mantenimento diretto appare di difficile applicazione. La possibilità e modalità di dare prova del venir meno dell'altro genitore al dovere di provvedere alle necessità del figlio in forma diretta, infatti, risulta ardua, nella generica modalità in cui è formulata, se non altro in ragione della separazione delle vite che i due genitori attuano a seguito della crisi relazionale. Inoltre, palese sarebbe l'aumento della conflittualità in conseguenza di tale modifica, volta a sindacare come l'altro genitore svolga il suo tempo con il figlio.
- L'abrogazione dei poteri di indagine del Giudice contrasta con l'interesse, di carattere anche pubblicistico, cui è sotteso detto accertamento e non risponde ad alcun diverso interesse di maggior valore.

Art. 2

- L'esclusione di un genitore dall'affidamento appare una formulazione contraria alla cultura che si intende promuovere di inclusione e collaborazione tra i genitori. Si tratta di una modifica non necessaria, soprattutto se rimane confermato l'attuale impianto dell'art. 155 (provvedimenti riguardo ai figli) che al secondo comma stabilisce che il Giudice *"valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati"*.
- La collocazione dei figli presso una terza persona o un istituto di educazione costituisce una possibilità già in essere ed applicata, per il che non si ritiene detta modifica utile e/o chiarificatrice.
- La disciplina dell'affidamento esclusivo, come redatta dal disegno di legge, appare del tutto superflua, in quanto già desumibile (e peraltro oggi in vigore) dai principi generali e dalle altre norme esistenti in materia. Si tratta di modifiche pleonastiche che condurrebbero esclusivamente ad un aumento della confusione normativa, oltre che della litigiosità tra i genitori.

- la modifica della rubrica dell'articolo che diverrebbe "*esclusione di un genitore dall'affidamento e disciplina dell'affidamento esclusivo*", non solo dimentica parte del contenuto della norma che al secondo comma esplicita la possibilità per i genitori di opporsi all'affidamento condiviso richiedendo l'applicazione di quello esclusivo motivandone le ragioni al Giudice, ma altresì e forse ancor più gravemente, legittima e diffonde una cultura di esclusione che richiama la sopraffazione dell'altro genitore piuttosto che l'interesse del minore.

Art. 3

- la modifica della disciplina di assegnazione della casa familiare risulta redatta in assenza del necessario filtro dell'interesse del minore, bensì in esclusiva applicazione dell'ottica patrimoniale degli adulti, con ciò evidentemente dimenticando e violando il principio della responsabilità genitoriale che ogni persona assume su di sé nel momento in cui genera un figlio. Si veda, peraltro, in punto, quanto affermato chiaramente dalla Corte Costituzionale (con *sentenza n. 308 del 30 luglio 2008*) che ha offerto indicazioni in senso del tutto contrario alla proposta. Nel conflitto tra diritti patrimoniali (tra cui primariamente si pone il diritto di proprietà) e diritti del minore si vorrebbe preferire i primi, sempre in via di automatismo senza consentire la dovuta applicazione dell'interesse del minore.

Art. 4

- La previsione sembra voler istituire un conto corrente comune (probabilmente da intendersi comune tra i genitori) in cui gli stessi verserebbero l'eventuale o gli eventuali assegni che l'uno o entrambi siano tenuti a versare a favore del figlio. La previsione appare irragionevole e foriera di notevoli contrasti, creando un nuovo elemento economico comune tra le parti dopo la separazione o comunque la crisi della coppia. Evidente risulta l'incongruenza di prevedere l'istituzione di un patrimonio comune, seppure nell'interesse del figlio, rispetto alla precedente o contemporanea divisione di ogni altro dato economico e patrimoniale esistente tra le parti. Permarrebbe, inoltre, una responsabilità solidale dei coniugi per le obbligazioni assunte nell'ambito ed in esecuzione di quel rapporto di conto corrente, con ogni conseguenza di ricaduta sull'unico genitore adempiente delle eventuali inadempienze dell'altro. Si pensi al caso in cui i genitori abbiano appoggiato su tale conto corrente alcune spese costanti del figlio (ad esempio, rette scolastiche o di attività sportive o ricreative o altro). Inoltre, alla maggiore età del figlio, secondo la previsione di riforma, detto conto o le sostanze in esso contenute dovrebbero, ad opera dei due genitori congiuntamente (ci sarà firma disgiunta sul conto comune?) essere trasferite al figlio in quanto lo stesso al compimento del diciottesimo anno di età ne risulterebbe titolare.
- La previsione dell'obbligo di contribuzione del figlio maggiorenne alle spese familiari si rende di difficile applicazione e impone l'ingresso del figlio nelle dinamiche personali dei genitori senza adeguata preparazione culturale o psicologica. Sembra, poi, che sul figlio ricada un obbligo di contribuzione verso le spese familiari di entrambi i propri genitori e, d'altronde, avendo due domicili, come vorrebbe la modifica legislativa, non potrebbe essere altrimenti. Il problema

della dispersione economica derivante dalla separazione (il cosiddetto impoverimento della famiglia che si separa) verrebbe ancora una volta confermato (invece che sanato o perequato) e per di più applicato ai figli che ne farebbero in prima persona le spese.

- La legittimazione del figlio maggiorenne alla richiesta di adempimento dell'obbligo di mantenimento incombente su di uno e entrambi i genitori, soprattutto se prevista come primaria, con indicazione solo sussidiaria della legittimazione dell'altro genitore, pone problemi processuali e sostanziali. Si attribuiscono, inoltre, al figlio responsabilità ed oneri che confliggono palesemente con il dato di relazione che lo stesso mantiene (o vorrebbe mantenere) con il genitore eventualmente inadempiente. Si suggerisce di conservare l'attuale soluzione giurisprudenziale della legittimazione alternativa e concorrente (non sussidiaria) dell'altro genitore. Si ritiene, peraltro, poco chiara e pericolosa l'individuazione di una legittimazione del genitore "*come persona che ne [dall'inadempimento] subisce danno*". I dubbi sistematici e processuali sono diversi: non si comprende, ad esempio, se tale elemento di danno valga a connaturare la legittimazione ovvero a costituire una presunzione di legge o una sorta di previsione *ex lege* di danno (*in re ipsa?*).
- Parimenti, la possibilità per il figlio maggiorenne di richiedere l'applicazione del quinto comma dell'art. 155 c.c., come modificato dalla normativa in parola, al Giudice pone problematiche processuali non irrilevanti che la norma ignora e non risolve. Si tratta, oltretutto, di una questione molto discussa in dottrina e giurisprudenza, in ragione della peculiare natura del procedimento di separazione instaurato tra due coniugi per la soluzione di una questione di stato tra gli stessi. L'intervento di un soggetto terzo che, peraltro, potrebbe manifestare un interesse diverso e contrapposto a quello dei coniugi dovrebbe essere adeguatamente inquadrato nella struttura processuale.

Art. 5

- L'audizione del minore in forma protetta si rende oltremodo auspicabile e consentirebbe di esercitare tale attività nel completo rispetto del contraddittorio delle parti, senza limitazione dei diritti di alcuno dei partecipanti al procedimento.
- La previsione espressa di prendere in considerazione l'opinione del minore, risulta confermativa di norme già esistenti e vigenti nel nostro ordinamento in virtù di discipline internazionali (si veda art. 12 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo di New York del 2 novembre 1989, Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, il regolamento 2001/2003/CE del 7 novembre 2003; l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza come trasfuso nell'art. II-84 del Trattato Costituzionale europeo di Lisbona). In questo senso, la precisazione offerta dalla modifica legislativa appare utile a diffondere una cultura dell'ascolto nei procedimenti relativi ai minori, seppure sul punto preme rimarcare che la disciplina dell'ascolto andrebbe più puntualmente regolamentata per evidenziare innanzitutto che non si tratta di uno strumento di prova e in ogni caso per evitare strumentalizzazioni del pensiero e della persona del minore, nonché pressioni sullo stesso. In tali casi, infatti, si finirebbe non solo per svuotare di significato tutte le

norme che richiedono l'ascolto del minore come momento di conoscenza e partecipazione dello stesso alle decisioni che lo riguardano, ma anche per violare e contraddire tale diritto di partecipazione e manifestazione del proprio pensiero.

Art. 6

- La modifica normativa relativa all'art. 317 *bis* c.c. è già stata oggetto di esame da parte della Commissione Giustizia del Senato a mezzo dei disegni di legge riuniti S 1211 e 1412 (art. 3 del testo approvato dalla Commissione il 6 ottobre 2010), con ogni conseguenza sulla necessità di coordinare i lavori, se non altro in ragione dei principi di economia e sistematica.

Art. 7

- L'inserimento della possibilità di impugnazione dell'ordinanza del giudice istruttore ad opera delle parti a mezzo di reclamo al Collegio ripropone problematiche processuali non eliminate ed aumenta la conflittualità delle parti, anziché la collaborazione e l'avvicinamento delle stesse. In questo senso, la previsione si pone in contrasto con la successiva ipotesi di "mediazione obbligatoria".

Art. 8

- Sulla mediazione obbligatoria che viene istituita da tale articolo si esprimono notevoli perplessità sotto plurimi aspetti. Innanzitutto, si rende evidente il contrasto inconciliabile tra il carattere obbligatorio che assumerebbe *ex lege* e nell'ambito del procedimento giudiziale tale istituto e la natura adesiva e collaborativa dello strumento di mediazione. Inoltre, non appare chiaro quale sia il momento processuale nel quale le parti dovrebbero avviare obbligatoriamente tale procedura rispetto all'indicazione "*in tutti i casi di disaccordo nella fase di elaborazione del progetto condiviso*". Alla luce della redazione della norma, sembrerebbe trattarsi di un generico momento di disaccordo tra i genitori, che potrebbe occorrere prima o nel corso del giudizio o ancora successivamente. Nel primo caso tralasciamo ogni valutazione circa la creazione di una condizione dell'azione, come occorso in altre ipotesi simili di recente istituzione nell'ordinamento, non senza critiche da parte degli operatori del diritto. Nella seconda ipotesi, invece, evidenti sarebbero le conseguenze pregiudizievoli vista l'apertura di una parentesi stragiudiziale tra i genitori nell'ambito di un giudizio in corso. Ci si chiede come potrebbero essere conciliati i tempi del giudizio con quelli della mediazione, ovvero se i primi debbano essere sospesi con l'avvio della mediazione per evitare interferenze. L'obbligatorietà imposta dalla norma si scontra, poi, con i casi di "*assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori*" che sembrerebbero escludere il passaggio preventivo presso lo strumento mediativo, salvo che la valutazione del Giudice non ritenga insussistenti tali presupposti di esclusione con, azzardiamo, il conseguente rinvio dei genitori in mediazione e sospensione del giudizio. O ancora, si potrebbe ipotizzare che il Giudice emetta i provvedimenti improcrastinabili, magari in via provvisoria, e poi rinvii la coppia alla mediazione, con sospensione del giudizio: evidente sarebbe in tal caso l'influenza dei provvedimenti resi sul

procedimento stragiudiziale. In definitiva la modifica pone numerosi dubbi applicativi ed andrebbe meglio specificata e disciplinata.

Art. 9

- La norma prevede una sorta di capovolgimento e duplicazione della disciplina di cui all'art. 709 ter c.p.c., relativa al procedimento di soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà. In caso di inadempienze, si impone al Giudice di emettere prioritariamente dei provvedimenti di ripristino, restituzione o compensazione che non sono individuati e risultano eccessivamente generici. Si ricordino, peraltro, le difficoltà procedurali che si incontrano per l'applicazione e corretta esecuzione (coattiva) degli obblighi imposti dai provvedimenti in materia. In tal senso, si fatica a dare corpo ai concetti di ripristino, restituzione o compensazione che paiono essere propri della disciplina cosiddetta "commerciale". Come si potrebbe ripristinare (ci si riferisce allo *status quo*?) la mancata permanenza presso un genitore? Il meccanismo compensativo è, poi, tipico della tutela risarcitoria peraltro già prevista dall'attuale versione della norma, con dubbi sistematici della dottrina. La previsione del consenso scritto per il trasferimento della prole appare, inoltre, foriera di notevoli contrasti (e strumentalizzazioni da parte degli adulti) e applicativa di logiche di contrapposizione piuttosto che collaborative. Si rammenta, inoltre, che la Corte di Cassazione ha già individuato come ragione sufficiente a giustificare l'affidamento esclusivo l'inadempimento di uno dei genitori degli obblighi sullo stesso incombenti (cfr. Cass. civ., 17 dicembre 2009, n. 26587), evidenziando lo strumento di sanzione utilizzabile in casi analoghi, peraltro in applicazione dell'interesse preminente del minore .
- La previsione espressa della cosiddetta PAS appare superflua e ridondante nella redazione svolta, attesa anche la considerazione che viene ampiamente offerta in giurisprudenza a tale circostanza di fatto. Si noti, peraltro, che tale elemento da alcune parti si ritiene scientificamente superato. Sul punto, ove si volesse specificare la materia, occorrerebbe forse un maggiore approfondimento.

Art. 10

- La previsione della competenza da attribuirsi in ogni caso al Tribunale è già stata oggetto di esame da parte della Commissione Giustizia del Senato a mezzo dei disegni di legge riuniti 1211 e 1412 (art. 4 del testo approvato dalla Commissione il 6 ottobre 2010), con ogni conseguenza sulla necessità di coordinare i lavori, se non altro in ragione dei principi di economia e sistematica.

Bari, 27 giugno 2011

**Il Responsabile Settore Civile
Avv. Grazia Cesaro**

**Il Presidente
Avv. Luca Muglia**