



DISEGNO DI LEGGE

**Di iniziativa dei senatori LUMIA, FILIPPIN, CAPACCHIONE, CASSON,
CIRINNÀ, CUCCA, GINETTI, LO GIUDICE e TONINI**

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 3 SETTEMBRE 2015

Nuove norme in materia di affidamento condiviso dei figli e di mediazione familiare

ONOREVOLI SENATORI. – Il presente disegno di legge riprende, aggiornandolo, il lavoro fatto dalla Commissione Giustizia del Senato nella precedente legislatura, in particolare tenendo conto delle modifiche introdotte nel codice civile – non solo per la terminologia e la numerazione degli articoli, ma anche sotto profili sostanziali – relativamente alla separazione e all'affidamento dei figli, dal decreto legislativo n. 154 del 2013, entrato in vigore il 7 febbraio 2014.

Le motivazioni, i presupposti e gli intenti sono i medesimi – ovvero resta fermo lo scopo di assicurare ai minori una piena e certa tutela del loro diritto alla bi-genitorialità – ma si è anche colta l'occasione per aggiornare ulteriormente la normativa, alla luce delle più recenti segnalazioni e tendenze, in ambito sia nazionale che estero, sulla base degli studi condotti dall'associazione nazionale Crescere Insieme. Si segnalano, in particolare, tra le novità del testo: la tutela al momento del parto della donna non coniugata; la riscrittura delle norme contro i maltrattamenti in famiglia; la tutela dei figli nati da seconde unioni di genitori già con figli; l'attribuzione ai figli minori di spazi decisionali in merito all'ascolto; l'introduzione del difensore del minore in caso di conflitto di interesse con uno dei genitori o entrambi; l'introduzione come prassi e non come eccezione dell'esercizio disgiunto della responsabilità genitoriale nella gestione della vita quotidiana dei figli.

Già da tempo era stata individuata la necessità di raccogliere le istanze provenienti dalla società civile, che vede mal risolte le problematiche legate alla separazione e all'affidamento dei figli e che pertanto insiste nel sollecitare il Parlamento affinché siano

corrette le modalità di applicazione della legge n. 54 del 2006. È stato questo, infatti, il punto di partenza che nella precedente legislatura ha dato il via al sopra accennato percorso di riforma affidato alla Commissione Giustizia del Senato, portato avanti fino ad un livello altamente evoluto di analisi attraverso numerosissime audizioni di esperti – rappresentativi di tutte le principali categorie interessate –, l'individuazione di un testo base, la presentazione di emendamenti ad esso e il voto sui medesimi.

Tale impegnativa attività merita, dunque, di essere completata ed è ciò che intende fare il presente disegno di legge, a maggior ragione dopo che in materia di affidamento sono stati compiuti rilevanti interventi fuori del normale dibattito parlamentare, secondo una modalità di formazione delle leggi di cui il Governo può disporre solo in via del tutto eccezionale, ove ricorrano particolari circostanze di urgenza e non sia indispensabile procedere con cautela e ponderatezza, come per il delicatissimo argomento che ci occupa. Non a caso, infatti, il decreto legislativo n. 154 del 2013 avrebbe dovuto limitarsi a dare attuazione alla legge n. 219 del 2012 su filiazione e adozione, e non a caso il decreto è già stato oggetto di segnalazioni alla Consulta per eccesso di delega (tribunale minorenni Bologna, ordinanza 2-5 maggio 2014), di interrogazioni al Ministro della giustizia (Atto Camera 4-03235, Marroni e Gozi, seduta n. 156 del 21 gennaio 2014; Atto Camera 5-01943, Bonafede, Businarolo, Colletti e Turco, seduta del 22 gennaio 2014) e di analisi critiche in dottrina (ad esempio Maglietta, Guida al Diritto, (6), 1° febbraio 2014, pagine 70-73): proprio relativamente alla parte che riguarda i procedi-

menti di separazione e affidamento dei figli. Sarà, pertanto, dedicata nel seguito particolare attenzione alle modifiche introdotte dal decreto.

Il presente intervento, comunque, si fonda come in precedenza sull'osservazione della giurisprudenza che ha seguito la riforma del 2006 (M. Maglietta, *L'affidamento condiviso*. Come è, come sarà, Milano, F. Angeli, 2010). Il testo della proposta non si limita ad accogliere numerose osservazioni e richieste già presenti in precedenti progetti di legge, ma tiene in somma considerazione i risultati dell'indagine conoscitiva disposta dalla Commissione Giustizia del Senato nel 2011, dedicando particolare attenzione alle posizioni espresse dalle donne separate (in prima linea storicamente nel riorganizzare la famiglia dopo la tempesta della separazione, ma non rassegnate a sopportarne da sole il peso), dai maggiori esperti delle negative ripercussioni che questa ha sui figli e sulle più efficaci scelte per renderle minime e soprattutto dagli stessi figli di genitori separati ormai adulti.

Entrando nel merito, è noto che, a dispetto del costante avanzare nel mondo occidentale del principio della bigenitorialità, in Italia solo assai faticosamente, con un lavoro di quattro legislature, si è riusciti a far passare come forma privilegiata l'affidamento condiviso. Allo stesso modo, la sua concreta applicazione continua ad incontrare sensibili ostacoli essenzialmente a causa di resistenze culturali degli operatori del diritto, peraltro favorite per alcuni aspetti dalla formulazione del testo, che nell'*iter* precedente al 2006 ha sofferto di gravi manipolazioni, che lo hanno qua e là privato di una esplicita e inequivocabile prescrittività.

Una prescrittività resa necessaria dalla vera rivoluzione della scala delle priorità, che l'affidamento condiviso aveva inteso ribaltare, rispetto ai criteri adottati per decenni nei tribunali italiani, nei quali l'affidamento a un solo genitore era considerato come la forma da privilegiare, perché più adatta a li-

mitare i danni che i figli subiscono dalla separazione dei genitori: adatta, in particolare, al contenimento della conflittualità, una delle principali condizioni per realizzare davvero l'«interesse del minore». Un concetto che i fautori dell'affidamento condiviso hanno recisamente contestato, ritenendo, al contrario, che fosse proprio l'affidamento esclusivo (praticato come scelta del genitore «più idoneo» tra due entrambi idonei) a non poter essere stabilito quando il conflitto è acceso, sia per la grave discriminazione che introduce tra le parti, ciascuna delle quali già tende a prevalere sull'altra, sia per la natura stessa dei suoi contenuti, prevedendo che le decisioni del quotidiano siano assunte dal genitore affidatario anche quando i figli si trovano presso l'altro: nulla di più provocatorio e intrinsecamente adatto a creare rancori, anche dove non ve ne fossero. Tuttavia tale radicato pregiudizio comportò a suo tempo l'ostracismo della giurisprudenza nei confronti delle forme bigenitoriali di affidamento (congiunto, alternato), per cui il legislatore del 2006 volle anzitutto, intelligentemente, spazzare via il preconconcetto secondo il quale se non c'è collaborazione è necessario ricorrere all'affidamento esclusivo, introducendo la possibilità di un esercizio separato della potestà per le decisioni ordinarie, che elimina ogni preoccupazione proprio per i casi di elevata conflittualità.

Tuttavia il lungo periodo trascorso dalla sua introduzione ha dimostrato una sordità alla riforma largamente prevalente da parte degli addetti ai lavori, quanto meno per ciò che riguarda gli aspetti sostanziali dei provvedimenti, non potendosi certamente l'utenza accontentare di un cambiamento puramente nominalistico, quand'anche disposto.

Infatti dal momento in cui è entrata in vigore la nuova normativa si è assistito al proliferare di sentenze in cui, soprattutto inizialmente, l'affidamento condiviso veniva illegittimamente negato per motivi non diretta-

mente attribuibili al soggetto da escludere, ma esterni – a dispetto di quanto stabilito dall'articolo 337-*quater* (allora 155-*bis*), primo comma – come la reciproca conflittualità, l'età dei figli, la distanza tra le abitudini.

E non meglio sono andate le cose sul piano dei contenuti, dovendosi assistere allo smantellamento in sede applicativa dei pilastri portanti della riforma, benché diritti della personalità attribuiti ai figli e pertanto indisponibili. A partire da quell'equilibrio nella presenza dei genitori («rapporto equilibrato e continuativo») e dalla necessaria partecipazione di entrambi non solo agli obblighi economici, ma all'uso concreto e diretto di tali risorse a vantaggio dei figli, espresso dall'esplicito riconoscimento del loro diritto «a ricevere cura, educazione e istruzione» da entrambi i genitori.

È stata infatti introdotta la figura del «genitore collocatario», di origine esclusivamente giurisprudenziale, che trascorre con i figli un tempo largamente prevalente, resta comunque e sempre nella casa familiare a prescindere dal titolo di proprietà e gestisce i figli praticamente a sua discrezione. In sostanza è stata riprodotta nella prassi la figura e il ruolo del «genitore affidatario», lasciando all'altro il vecchio, risicato, «diritto di visita». E che le cose stiano così sul piano della concretezza lo si vede ancor meglio considerando la soluzione pressoché universalmente adottata per quanto riguarda gli aspetti economici, che negano quella che doveva semplicemente costituire l'estrinsecazione del fondamentale diritto dei figli alla «cura». In altre parole i genitori, entrambi affidatari, avrebbero dovuto essere entrambi impegnati a fornire personalmente al figlio i beni e i servizi che gli abbisognano, nell'ambito di una normale quotidianità, non delle situazioni eccezionali. Viceversa compiti di cura non se ne assegnano mai al «genitore non collocatario», ma gli si chiede di passare del denaro all'altro perché gestisca ogni necessità. In questo modo,

oltre tutto, sono stati ignorati gli aspetti più rilevanti della forma diretta del mantenimento, quelli relazionali: come l'occasione per far godere al figlio la gratificante sensazione che entrambi i genitori hanno su di lui uno sguardo attento e premuroso; che nessuno di essi è esonerato dal raccogliere le sue esigenze della vita quotidiana; che non è obbligato a rinunciare al proprio tempo libero del fine settimana, che preferisce ovviamente trascorrere con i coetanei, perché altrimenti perderebbe del tutto di vista uno dei genitori. Insomma il senso del messaggio del legislatore era con tutta evidenza quello di una permanenza del figlio in una condizione il più possibile vicina alla normalità del vissuto precedente. Ma ciò non è stato assolutamente inteso e si è preferito sacrificare i suoi diritti (e ovviamente il suo interesse) privilegiando quello degli adulti (*rectius*, dei cattivi genitori), i quali sono ben felici di chiudere ogni loro rapporto, guadagnando i padri assenti una pressoché totale indipendenza dalla vita precedente e le madri egocentriche la possibilità di gestire i figli e il relativo contributo economico in totale autonomia. Anche perché comunque, quando al genitore non collocatario viene chiesto di trasferire del denaro – che sa di avere prodotto con la propria fatica e che è destinato alle esigenze dei figli – all'*ex partner*, magari con altri convivente, senza delega e senza rendiconto, non stupisce che la sua classica reazione sia quella di cercare di sottrarsi al pagamento, con il risultato di un'altissima percentuale di inadempienze e una crescita esponenziale della conflittualità, a danno essenzialmente della prole.

Tutto ciò, dunque, attesta che dei principi della riforma del 2006 non si è salvato praticamente nulla.

Né c'è da sperare, ormai, che le sunnominate «devianze» restino confinate al periodo iniziale di applicazione della legge, che sia una questione di tempo o che si possa sperare in un cambiamento culturale e quindi

basti attendere. Purtroppo neppure questo si sta verificando. Sotto il profilo della giurisprudenza, ad esempio, per quanto attiene alla conflittualità una sentenza di Cassazione del 2008, la n. 16593, aveva chiarito che non può essere utilizzata per negare l'affidamento condiviso. Ma successivamente, nella sentenza della Suprema corte, I sezione civile, n. 11062 del 19 maggio 2011, si sostiene che la decisione censurata (ovvero avere negato l'affidamento condiviso) «si fonda ... sulla verifica di una estrema e tesa conflittualità preclusiva della tendenzialità collaborativa tra le figure genitoriali necessaria ad assicurare le basi minimali di una cogestione responsabile delle scelte inerenti la vita quotidiana dei figli». E non diversamente si argomenta nella sentenza n. 18867 del 15 settembre 2011, sempre dovuta alla I sezione civile («avuto riguardo al suo superiore e prevalente interesse nonché all'incapacità dei genitori di evitare conflitti tra di loro in funzione di tale interesse, fosse allo stato impensabile disporre l'affidamento condiviso»). Sostanzialmente, il concetto che non scompare è che l'affidamento condiviso non può essere stabilito se lo si ritiene «nocivo per il minore», ovvero contrario al suo interesse (ad esempio, sentenza della Cassazione n. 5108 del 2012); tesi che può essere sostenuta *ad libitum*.

In aggiunta la stessa cosa si è verificata per la forma diretta del mantenimento, altro pilastro della riforma del 2006. Se la sentenza n. 23411 del 2009 ne riconosce la priorità («l'assegno per il figlio» può essere disposto «in subordine, essendo preminente il principio del mantenimento diretto da parte di ciascun genitore»), si capovolge il giudizio secondo la sentenza n. 22502 del 2010, ove si sostiene che la differenza nei tempi della frequentazione è sufficiente a determinare la necessità di un assegno. Viceversa, è ovvio che non è la differenza dei tempi della frequentazione a determinare l'esigenza di un assegno, ma al più di essa si tiene conto nel caso in cui per altri motivi

l'assegno si sia reso indispensabile. La ragione è evidente: il genitore che passa più tempo con il figlio potrebbe essere il più abiente, a tacere della possibilità di compensazione mediante l'assegnazione di opportuni capitoli di spesa. Ancora più bizzarro il ragionamento sviluppato dalla sentenza n. 785 del 2012 che si basa sull'erronea tesi che l'affidamento condiviso sia più restrittivo di quello congiunto (quando è vero esattamente il contrario), essendo «non solo affidamento ad entrambi, ma fondato sul pieno consenso di gestione, sulla condivisione, appunto», a dimostrazione delle difficoltà della magistratura a comprendere dell'istituto perfino il suo significato generale.

D'altra parte, che queste infedeli forme di lettura e applicazione siano di gran lunga quelle prevalenti è dimostrato dagli stessi prestampati che in numerosi tribunali sono a disposizione delle coppie che affrontano consensualmente la separazione, alcuni dei quali sono riportati a titolo di esempio da seguire sullo stesso sito del Ministero della giustizia. Tipicamente richiedono che si stabilisca una «collocazione prevalente» dei figli e la cifra dell'«assegno di mantenimento», suggeriscono il calendario dei giorni in cui il genitore non collocatario (spesso si scrive direttamente «il padre») «potrà avere con sé» i figli, «se vuole», «previo accordo» con l'altro genitore (e se non è d'accordo?), non di rado prevedendo fine settimana breve («dal sabato all'uscita della scuola alle 20 della domenica») e un pomeriggio infrasettimanale. Recentemente, in seguito a segnalazioni e proteste, questi imbarazzanti prestampati tendono a scomparire dalle cancellerie, ma non da sentenze e decreti: insomma sparisce la prova, ma non si modifica la prassi.

Per dovere di completezza e obiettività non si intende tralasciare la «classica» giustificazione che le istituzioni hanno fin qui dato: sono i genitori che, attraverso le separazioni consensuali, ci hanno mostrato la loro preferenza per un modello squilibrato

di affidamento, con il genitore collocatario. Questa tesi, tuttavia, è ben difficile da sostenere, per varie ottime ragioni.

1) Certamente esistono, come sopra mostrato, pessimi genitori, ai quali effettivamente il modello monogenitoriale calza a pennello. Il loro è un esempio da seguire?

2) Certamente anche da genitori che avrebbero altri intenti vengono proposti al giudice accordi squilibrati. Ma il peso delle «istruzioni» distribuite nei tribunali non deve essere considerato? E il peso delle «linee guida» presenti nei tribunali? E il peso di una giurisprudenza costantemente monogenitoriale? E i consigli dell'avvocato che rammenta alle coppie che certi modelli è inutile proporli perché tanto verrebbero rifiutati? È una volontà libera quella di chi, partito con giuste idee, se le vede respingere dal sistema legale?

3) Se davvero fosse dei genitori la responsabilità della schiacciante prevalenza del modello monogenitoriale non lo si vedrebbe praticato nelle separazioni giudiziali, dove il giudice stabilisce le regole in cui meglio crede. Purtroppo è esattamente il contrario: gli affidamenti equilibrati - per pochi che siano - provengono tutti dalle consensuali.

Tutto ciò premesso, se davvero si desidera un processo «comprensibile» e dall'esito «prevedibile», come auspicato nella relazione Berruti che accompagna il recente disegno di legge di iniziativa governativa AC n. 2953 del 2015, c'è da chiedersi come potranno attribuirsi tali caratteristiche alle vertenze in ambito familiare con una simile consuetudine giurisprudenziale, così distante dalla norma.

Altro pessimo comportamento di un certo tipo di genitori che non riceve sufficiente sanzione è apparso quello degli abusi familiari, ai quali si è voluto dedicare particolare attenzione. Si è ritenuto opportuno, quindi, sanzionare con l'esclusione dall'affidamento chi si sia reso colpevole di ripetute violenze

fisiche e psichiche. Ciò soprattutto a tutela della donna, sempre più spesso sottoposta ad aggressioni, sovente tollerate solo per un inevitabile legame con l'altro genitore, anch'esso affidatario. Allo stesso modo si interviene a punire chi con sottili manovre e quotidiana opera di denigrazione induca un figlio a rifiutare i contatti con l'altro genitore, nonché chi si prefigge di raggiungere il medesimo risultato, ovvero eliminare del tutto l'altro genitore dalla vita del figlio, denunciandolo per reati infamanti mai commessi. Particolare valore avrà il comportamento precedente, cioè la verifica del momento in cui i maltrattamenti, le violenze o le denigrazioni hanno avuto inizio: se si tratti di episodi confinati al momento della separazione oppure radicati da tempo nella vita familiare. In ogni caso si è ritenuto opportuno aggiungere che comunque si dovrà tentare il recupero del genitore, attraverso l'intervento di strutture specializzate, in nome del diritto e dell'interesse dei figli. È pacifico, comunque, che la norma sarà applicabile solo previa dimostrazione della sussistenza dell'azione da censurare, ovvero dopo accurate indagini. Analizzando le varie posizioni assunte, e la corrispondente giurisprudenza, in merito al problema del rifiuto si osserva che una corrente di pensiero sostiene che al minore va riconosciuta facoltà di rifiutare, *ad libitum*, i contatti con un genitore. Qualcuno aggiunge una giustificazione di ciò, ma è tesi minoritaria: perché da quel genitore potrebbe avere subito abusi e negargli tale diritto lo esporrebbe a continuare a subirli. Ma quanto spesso il figlio viene manipolato e quanto spesso è stato abusato? A prescindere dal fatto che non esistono automatismi, ma tutto deve essere seriamente indagato. Comunque, sulla questione del riconoscimento ai figli di separati di questa opzione la Suprema Corte si è pronunciata (sentenza n. 317 del 1998) riconoscendo a un ragazzo di tredici anni il diritto di abolire ogni contatto con il genitore non affidatario, benché assolutamente idoneo e

al di sopra di qualsiasi critica. In sostanza, per pura antipatia. La tesi è apparsa quanto meno bizzarra, per una quantità di ragioni. Anzitutto è risultato incomprensibile perché la possibilità di rifiuto non potesse comprendere il genitore affidatario. In secondo luogo, sviluppando il ragionamento degli Ermellini, perché non potesse comprenderli entrambi, ad esempio a favore di un affidamento a terzi. Inoltre, sotto il profilo del diritto, la tesi è apparsa in contraddizione con il principio di uguaglianza. Perché ai figli di genitori non separati dovrebbe essere negata tale facoltà? Ovvero anche, ai sensi dell'articolo 30 della Costituzione, educazione e istruzione dei figli è certamente un dovere dei genitori (entrambi) anche se separati, ma è anche un loro diritto (di entrambi). Quindi la previsione di un intervento sanzionatorio ove sia dimostrata una manipolazione appare sia opportuna che legittima. Infine, una concreta ed esplicita censura del dilagante malvezzo di avanzare gratuite denunce per eliminare il *partner* è apparsa assolutamente indispensabile.

Una ulteriore riflessione merita senza dubbio la mediazione familiare, uno strumento di supporto alla coppia che ovunque nel mondo sta guadagnando consensi, ma che fu virtualmente eliminato dal progetto iniziale nella definitiva stesura, riducendolo ad una blanda possibilità di segnalazione, ad ostilità già iniziate. Il che ha voluto dire, compiendo una analisi a posteriori, che gli inviti del giudice sono estremamente rari e altrettanto le soluzioni alternative delle controversie in ambito familiare: contro le conclamate esigenze della giustizia a tutti i livelli e le necessità dello Stato italiano, anche di bilancio. A ciò si contrappongono i brillantissimi risultati ottenuti in Argentina rendendo obbligatorio un passaggio preliminare informativo presso un centro di mediazione familiare, modalità che ha fornito un picco di composizioni amichevoli delle liti altrimenti impensabile. O si pensi alla Francia dove è promossa sia consentendo al giu-

dice di invitare la coppia a scegliersi un mediatore se disposta ad effettuare il percorso, sia di ordinare che si rechino presso un centro di mediazione per esserne compiutamente informati (articolo 373-2-10 c.c.). In parallelo, d'altra parte, anche l'Unione europea si è mossa a favore della risoluzione alternativa delle controversie con la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, che intende facilitare l'accesso ad essa e promuoverla mediante il ricorso alla mediazione, che viene incoraggiato, garantendo anche un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

In questo quadro già sufficientemente preoccupante da indurre il Parlamento a riprendere in esame la materia si è introdotto il suaccennato decreto legislativo n. 154 del 2013 con modifiche così rilevanti da renderne necessaria una analisi puntuale, prendendo le mosse dalla legge n. 219 del 2012.

In questo senso, può essere opportuna una valutazione della stessa scelta di sostituire «responsabilità» a «potestà» genitoriale. Sull'interpretazione del nuovo termine la dottrina si è divisa, alcuni affermando che la responsabilità è concetto più ampio di quello di potestà e la contiene; altri il viceversa. Osservando l'articolo 2 della legge n. 219 del 2012 si nota in effetti che questa seconda tesi è quella sposata dal legislatore, atteso che la delega richiede la «unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale». Ciò vuol dire, visto che le espressioni non sono equivalenti, che non si doveva procedere ad una mera sostituzione nominalistica e pedissequa di un termine con l'altro, ma si doveva definire il nuovo termine, dandogli la valenza di un concetto ben più ampio, prima di procedere alla sostituzione. Anche perché il cambiamento è stato giustificato con la ne-

cessità di uniformarsi a scelte di carattere internazionale, ma queste (Convezione dell'Aja del 19 gennaio 1996) definiscono esplicitamente la «responsabilità» come «insieme di diritti, poteri ed obblighi del genitore». Né diversamente hanno operato altre nazioni alle quali tipicamente si fa riferimento in Europa in questa materia, come Regno Unito e Francia. Per la prima il *Children Act* (1989) definisce la responsabilità genitoriale come «*all the rights, duties, powers and responsibility which a parent of a child has in relation to the child and his or her property*» («la somma dei diritti, doveri, poteri e responsabilità di un genitore in relazione al figlio e ai suoi beni»). La seconda neppure utilizza il termine responsabilità, ma nel proprio codice utilizza l'analogo concetto «*L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* (L'autorità genitoriale è un insieme di diritti e doveri finalizzati a realizzare l'interesse del minore», *Code civil*, Article 371-1, così come introdotto dalla *Loi 17 mai 2013*, n. 404).

Se ne conclude, dunque, operativamente, con la necessità di introdurre una definizione di responsabilità genitoriale che sia in linea con le indicazioni già date a livello internazionale.

Proseguendo a scorrere le novità del citato decreto legislativo n. 154 si legge:

Articolo 336, comma 1 – «Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore».

Articolo 337-ter, comma 3 – «La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni

dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice».

Ora, sia nel primo che nel secondo caso – la famiglia unita e la famiglia che si sta separando – questa manipolazione suscita notevoli perplessità e difficoltà applicative. Nel primo caso, genitori che vanno d'accordo non hanno motivo di discutere e definire la residenza del minore: va da sé che il figlio segue i genitori nei loro spostamenti e che la residenza di tutti i membri della famiglia è quella prevista dall'articolo 144 del codice civile. Quindi dobbiamo necessariamente spostare l'attenzione sul momento della crisi familiare. Lo suggerisce anche la relazione di accompagnamento al decreto che a pagina 166 precisa: «La specificazione è stata ritenuta opportuna anche alla luce dell'incremento delle sottrazioni internazionali di minori». Ma qual è la «residenza abituale»? Come si individua? In caso di contestazioni, dove si dovrebbe andare a guardare per verificare dove era stata fissata? Qual è il registro? Chi lo conserva? Proviamo a ragionare. Non appare sostenibile che si intendesse la residenza anagrafica pur essendo l'unica interpretazione che non darebbe problemi e che quindi è da accogliere in attesa di correggere il testo. In tal caso, infatti, che senso ha la modifica? Obbligo e relativo registro c'erano già. Del resto la Suprema Corte a Sezioni unite (ordinanza n. 3680 del 17 febbraio 2010), riferendosi alla dimora abituale degli adulti recita: «Il concetto di residenza abituale, di fondamentale rilevanza ai sensi del Reg. CE n. 2201 del 2003 al fine di determinare il Giudice dello Stato membro competente sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi ed all'annullamento del matrimonio, deve intendersi come luogo in cui l'interessato ha fissato con carattere di stabilità il centro permanente o abituale dei propri interessi, con chiara natura sostanziale e non meramente formale o anagrafica, in quanto rilevante, al fine di individuare la residenza effettiva, il luogo del concreto e

continuativo svolgimento della vita personale ed eventualmente lavorativa alla data di proposizione della domanda». Una analisi che la dottrina conferma in pieno, considerandola «concetto non giuridico» (*ex multis*, G. De Marzo, in «Minori oltre confine», Milano, Wolters Kluwer Italia, 2009), ma «nozione di fatto». Non diversa è la valutazione quando si tratta della dimora abituale del minore stesso. In questo modo si chiarisce inequivocabilmente che la «residenza abituale» è frutto di una valutazione che può essere compiuta solo a posteriori. Da qui segue che non ha alcun senso imporre una decisione a priori su ciò che potrà essere osservato solo sul campo, dopo vario tempo.

Quanto detto fin qui vale per la famiglia al momento della sua costituzione, per l'obbligo che vorrebbe porre l'articolo 336 del codice civile. Ma meno che mai ha senso imporre tale scelta a due persone che si stanno separando e che spesso sono in lite. In sostanza, si pretende che concordino una decisione che rappresenta ben più di un atto amministrativo, reversibile in qualunque momento, come l'iscrizione all'anagrafe, ma un impegno di fondo, dando carattere di stabilità a una opzione che, proprio perché la famiglia si è appena disgregata, ha di per sé i caratteri dell'incertezza. E poi, anche pensando a una sorta di ratifica di una situazione di fatto (nel caso che ci si presenti dal giudice dopo che la separazione è già avvenuta da alcun tempo), in un affidamento realmente condiviso – ovvero equilibrato – non esistono sedi privilegiate, per definizione.

Qualcuno – sulla base di una prassi giurisprudenziale non fedele al dettato della legge – potrebbe suggerire che comunque il figlio trascorre spesso un diverso numero di notti presso i due genitori e che in questo modo si individua la residenza abituale; ma neppure questo criterio appare convincente o, comunque, sempre applicabile. Presso quale genitore dovremmo pensare radicato un bambino che dorma prevalentemente a

casa della madre – semplicemente perché a lei è stata assegnata la casa familiare – ma trascorra i pomeriggi prevalentemente presso il padre, che lo segue nello studio e nello sport? A prescindere dal fatto che ciò rappresenta la perfetta negazione di quella flessibilità di rapporto del figlio con ciascuno dei genitori, entrambi affidatari, che costituisce l'essenza dell'affidamento condiviso, per cui è possibile e addirittura auspicabile che la sua permanenza presso l'uno o l'altro sia mutevole, obbedendo alle sue esigenze, di attività o di studio. Certamente è tutto molto opinabile e non è affatto chiaro quale sia il criterio pratico su cui regolarsi. Allora perché costringere la coppia a verbalizzare e ufficializzare una scelta che suona discriminatoria – e quindi è di per sé sconsigliabile in un affidamento condiviso – e che per giunta può risultare discutibile e contraddittoria?

La ragione di questa profonda confusione è probabilmente da cercare nel fatto che si è preso a prestito il concetto di «residenza abituale» quale è individuato dal diritto internazionale per le sottrazioni di minore per trasferirlo del tutto impropriamente nelle separazioni tra concittadini: due fattispecie del tutto diverse e anche di ben diversa rilevanza numerica. Nel primo caso la coppia è costituita da persone di diversa nazionalità e il concetto è funzionale alla individuazione del foro competente, sulla base del Paese nel quale il figlio minore possa più propriamente vedersi radicato. Nel secondo si è di fronte a genitori separati concittadini, uno dei quali semplicemente cambia casa, anche di pochi metri, per cui l'affermazione che una residenza è «abituale» (e quindi l'altra «occasionale») finisce per svolgere una funzione addirittura *contra legem*, ove si pensi che il figlio di quella coppia è affidato ad entrambi i genitori e ha il diritto soggettivo e indisponibile di fruire di un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi. L'esatto contrario della imposi-

zione di individuare un luogo privilegiato, che poi si traduce nella maggiore importanza di un genitore rispetto all'altro. Ciò vuol dire che oltre tutto, conservando questa infelice interpolazione, si corre il rischio di vedere legittimate scelte monogenitoriali in vigore prima della riforma del 2006, utilizzando una via non istituzionale, ovvero forzando i poteri concessi al governo.

Oltre tutto, anche ragionando in termini pratici, pensare la «residenza abituale» di cui all'articolo 337-ter, terzo comma, come nozione di fatto significativa di un radicamento territoriale e non come mera residenza anagrafica produce scompensi così evidenti da non lasciare dubbi sulla ingestibilità di una definizione del genere. Si può, infatti, pretendere che l'ascendente privato delle possibilità di contatto con il nipote si debba arrampicare sugli specchi per stabilire quale è il tribunale competente, sulla base di un concetto non giuridico? E se poi sbaglia? Perché si deve chiedere a lui di prendersi la responsabilità di una valutazione del tutto opinabile? Eppure è proprio quello che si è fatto: si veda l'articolo 317-bis. Oppure si può riflettere sulle sanzioni disciplinari che rischiano i notai per l'introduzione di questo riferimento del tutto empirico (ovvero incerto), visto l'articolo 54 del regolamento notarile e visto che le loro attribuzioni di residenza devono essere precise perfino per le scritture private autenticate. D'altra parte, l'esigenza di sottolineare che i figli in affidamento condiviso non hanno un solo punto di riferimento abitativo, ma due, ancora una volta è stato ben compresa a livello popolare, avendo l'associazione Crescere Insieme pensato, promosso e ottenuto da un numero sempre più alto di comuni italiani (tra i primi si segnalano Parma, Verona e Massa-Carrara) l'istituzione di un «Registro della bigenitorialità», da tenersi presso l'ufficio di anagrafe, dove viene annotata la doppia domiciliazione dei figli minori, con obbligo delle istituzioni di inviare

ogni comunicazioni che li riguardi ad entrambi i genitori.

Ecco il motivo per cui il presente disegno di legge ha ritenuto indispensabile intervenire sul punto.

A ciò, purtroppo, devono tuttavia sommarsi altre considerazioni critiche in merito a scelte operate dal decreto legislativo n. 154 del 2013 delle quali è difficile comprendere l'opportunità, anche a prescindere dal più che probabile eccesso di delega. È questo il motivo per cui se ne propone la soppressione ovvero correzioni migliorative, come mostra l'articolato del presente disegno di legge. Vediamole singolarmente in dettaglio.

a) Confrontando l'attuale primo comma dell'articolo 337-ter con l'articolo 155, primo comma, risulta amputata – in modo ingiustificato e riduttivo – la precisazione iniziale: «Anche dopo la separazione dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura ... ». Adesso, mettendo insieme le prescrizioni di cui al 337-bis e 337-ter la parola *anche* sparisce. Ma quell' «anche dopo» rappresentava una precisazione tutt'altro che inessenziale, esprimendo la continuità temporale, la permanenza dei diritti in capo al figlio e il parallelo costante obbligo dei genitori nei suoi confronti, a evidenziare come il sottoinsieme genitoriale – con il suo carico di doveri e di impegni – sopravviva allo sfaldarsi del rapporto di coppia. È come, al tempo stesso, se quei diritti posseduti dal minore a prescindere dalle condizioni dell'intorno siano legati direttamente e indissolubilmente alla sua persona, assumendo il carattere di diritti soggettivi, e pertanto indisponibili.

b) Mettendo a confronto gli articoli del codice civile 315-bis, 337-ter, primo comma, e 348, secondo comma, con l'articolo 317-bis si osserva che la tutela del diritto del minore a un rapporto significativo

con tutto il suo ambito parentale viene ingiustificatamente amputata e ristretta a quello con gli ascendenti; ovviamente con suo danno. Oltre tutto, se gli ascendenti sono deceduti chi potrà attivarsi? In effetti una parte di responsabilità per questa incongruenza è da attribuire alla legge n. 219 del 2012 (articolo 2, comma 1, lettera *p*). Resta il fatto che questo poteva essere davvero il caso di «interpretare estensivamente» il mandato, appellandosi alla richiesta di «armonizzare» e «coordinare» le norme. Purtroppo proprio qui ci si è attenuti strettamente alle regole.

c) Per quanto, nel merito, sia condivisibile la scelta di modificare la disciplina dell'esercizio della responsabilità genitoriale in caso di affidamento esclusivo (articolo 337-*quater*, terzo comma), non è convincente l'operazione di fatto compiuta, di ripristinare identicamente le regole in vigore prima del 2006. A quel tempo, infatti, la scelta di un genitore quale affidatario esclusivo rappresentava semplicemente l'obbligatoria (per legge) opzione a favore dell'uno e a scapito dell'altro anche tra due soggetti entrambi perfettamente idonei. Non così oggi, visto che si esclude un genitore dall'affidamento solo ove portatore di carenze tali da costituire motivo di potenziale pregiudizio per il figlio. In queste condizioni appare altamente rischioso lasciarlo partecipare di regola alle scelte che incidono principalmente nella vita della prole. Mentre non sembra il caso di negargli la gestione del figlio nella banalità delle disposizioni quotidiane (vai a fare i compiti, spengi la televisione, oggi si va a fare una passeggiata) le quali, se c'è una frequentazione non assistita, è certamente preferibile che siano rimesse al genitore presente, invece che utilizzare l'antica formula altamente conflittuale secondo la quale il genitore affidatario decide per l'ordinario anche quando i figli si trovano presso l'altro genitore.

d) Degna di nota – e di intervento – è anche la nuova formulazione delle regole

per assegnare la casa familiare (articolo 337-*sexies*, primo comma, del codice civile). Anzitutto manca la logica premessa che, trattandosi di affidamento condiviso del figlio e godendo questi del diritto indisponibile di relazionarsi simmetricamente con i due genitori salvo circostanze di impossibilità, da ciò segue che anche la loro frequentazione dovrebbe essere di regola simmetrica, per cui non esiste ragione per non assegnare la casa familiare al genitore che ne sia unico proprietario, con ciò eliminando alla radice una delle più comuni e virulente cause di conflitto. In altre parole, il problema del genitore al quale assegnare la casa familiare potrebbe e dovrebbe avere carattere residuale e marginale. Si procede invece nella prassi, a causa dell'invenzione del «genitore collocatario», come se sempre e necessariamente si dovesse operare una scelta. Ciò premesso, con le nuove modifiche si fa ben di peggio. Difatti, tuttora sopravvive il logico criterio guida dell'interesse dei figli di cui sopra; solo che, mentre prima del decreto legislativo n. 154 del 2013 si era potuta affermare l'abrogazione implicita del comma 6 dell'articolo 6 della legge n. 898 del 1970 là dove risultava totalmente incompatibile con la riforma del 2006 (non a caso la citata legge n. 54, all'articolo 4, comma 2, afferma che «Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati»), adesso che si è intervenuti su tale legge con estese cancellazioni, quel passaggio, visto che non lo si è eliminato, diventa prevalente rispetto al dettato dell'articolo 337-*sexies*. Ovvero, l'affermazione che «L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il co-

niuge più debole». Si colloca accanto all'altra addirittura in condizioni di privilegio. Se ne dovrebbe dedurre che all'interno di un intervento legislativo pensato per una maggiore tutela dei figli si è anche stabilito che ai fini dell'assegnazione della casa familiare essi dovranno piegarsi al tornaconto di uno dei genitori. Ovvero, nel caso di conflitto di interessi tra «coniuge debole» e figli il giudice non ha assolutamente chiaro come dovrà regolarsi. Un pasticcio inestricabile, che può essere risolto solo modificando il testo.

e) Il medesimo articolo presenta una ulteriore anomalia, forse ancora più grave. È stato cancellato il precedente secondo comma, che recitava: «Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici». E in suo luogo è stata inserita, copia e incolla, la vecchia norma della legge n. 898 del 1970, secondo cui «In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto». Cosa ciò comporti è abbastanza evidente. Un genitore può «sparire», senza preavviso e senza neppure comunicare dove va. Solo dopo un mese dovrebbe darne notizia, ma se ne fa a meno la sanzione è limitata all'obbligo di rimborsare il denaro speso per cercarlo. Nessun riferimento al danno morale ed esistenziale subito dai figli, o alla mancata assistenza, anche se ovviamente attivabili per altra via. Nulla si dice sulla necessità di rivedere le regole della frequentazione; anzi, la soppressione della precedente formulazione del comma autorizzerebbe a pensare che si sia voluto lasciare in-

tatto il vecchio calendario.

f) Agli articoli 336-bis e 337-octies si affronta il problema dell'ascolto del minore e, benché questo abbia il carattere del diritto indisponibile per come viene introdotto dalle convenzioni internazionali e dallo stesso codice civile (articolo 315, secondo comma) si lascia al giudice facoltà di sentirlo oppure no, nel caso in cui - a prescindere dal suo interesse - ritenga ciò «manifestamente superfluo».

Questa novità - di poter negare al figlio minore il diritto all'ascolto - contraddittoria e fuori delega - non appare sorretta da ragioni valide. L'argomento citato al momento della redazione di questo punto non appare decisivo. Si disse, infatti, che la facoltà di non ascoltare il minore serviva per fronteggiare senza inconvenienti le situazioni in cui un genitore al momento della separazione concorda sulla evitabilità dell'ascolto all'interno di una separazione consensuale, ma poi se ne pente e tenta di azzerare le intese sfruttando il mancato ascolto. Tuttavia, appare pacifico che se l'ascolto del minore non può e non deve essere strumentalizzato dai genitori, altrettanto vale per le istituzioni. Devono trovarsi altre vie. Ora, poiché la valutazione che l'ascolto sia «manifestamente superfluo» è del tutto soggettiva anche quando i genitori sono d'accordo, c'è da chiedersi come potrà fare il giudice a stabilire che il minore non ha nulla di rilevante da dire se prima non lo sente. Qualcuno, successivamente, ha ipotizzato che si siano volute escludere le situazioni di disaccordo sulla sola parte economica, ma anche questa ipotesi non appare convincente. A prescindere dal fatto che aspetti economici e relazionali sono spesso strettamente intrecciati (v. sopra) basti pensare che in un vero affidamento condiviso si dovrebbe mantenere il figlio per capitoli di spesa attribuiti all'uno e all'altro genitore. E allora si comprende facilmente come il figlio possa avere prefe-

renze da esprimere sulla gestione delle sue necessità, ad esempio, sulla base delle precedenti abitudini e possa legittimamente desiderare di comunicarle. In definitiva, quindi, appare preferibile che si lasci che sia il minore stesso a decidere se vuole essere sentito o no, sull'esempio francese: «*Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus*». (Art. 388, *Code civil*: «In tutti i procedimenti che lo riguardano il minore capace di discernimento può, senza pregiudizio delle disposizioni che prevedono il suo consenso o il suo intervento, essere ascoltato dal giudice, o nel caso che ciò corrisponda al suo interesse, dalla persona nominata dal giudice a tale scopo. L'ascolto è obbligatorio ove il minore ne faccia richiesta. Se il minore rifiuta di essere sentito il giudice valuta la fondatezza del suo rifiuto»).

La conclusione alla quale porta questa complessa analisi è in definitiva l'ostinata persistenza di un *favor* del sistema legale a vantaggio di modelli sostanzialmente monogenitoriali, del quale restano da capire le ragioni. Ebbene, queste sembrano risiedere essenzialmente in una non corretta comprensione della *ratio* della riforma del 2006, che riposa in una personale lettura del concetto di «interesse del minore». In pratica, si tende a contrapporre e sostituire al concetto di bigenitorialità, privilegiato dal legislatore quale elemento fondante di tale interesse e garante della «stabilità affettiva», il concetto di «stabilità fisica», che attribuisce la medesima funzione all'unicità della collocazione abitativa, e così facendo si giustificano gli esigui tempi di contatto stabiliti per il genitore «esterno». Rammentiamo

cosa scriveva la più antica associazione italiana di avvocati familiaristi prima della riforma del 2006: «L'affidamento esclusivo, regola preferenziale dell'attuale legislazione, offre al minore la stabilità di vita e di riferimenti necessari ad evitare lo smarrimento: il minore deve cioè sapere non solo quale è il genitore cui deve quotidianamente fare riferimento, ma anche che quel genitore ha l'autorità di assumere decisioni per lui, pena una pericolosissima deriva di deresponsabilizzazione». E oggi nulla è cambiato, l'idea è sempre la stessa, anche se realizzata *contra legem*, anziché nella sua osservanza. Una tesi, però, ampiamente e convincentemente contestata in dottrina. Si veda, ad esempio, la posizione di P. Casula, presidente del tribunale di Rimini (relazione presentata ad Ancona il 4 dicembre 2006 presso il Corso di perfezionamento in Diritto di Famiglia): «In sostanza l'interesse del minore rileva unicamente nell'ambito della regola di bigenitorialità e quindi non esiste un interesse del minore *tout court* puro e semplice: l'interesse del minore è la bigenitorialità, questo dice il nostro legislatore, questo è l'interesse del minore, nell'ambito di questo codificato e giuridicamente cogente principio legislativo di definizione dell'interesse del minore». E stessi concetti esprimono Ceniccola e Sarracino (in *L'affidamento condiviso*, Halley Editrice, 2007, p. 49). Brillanti anticipazioni di quello che il Regno Unito ha recentemente consacrato con il *Children and Families Act* (22 aprile 2014) laddove afferma che il tribunale, nell'assumere decisioni che debbano rispettare l'interesse del minore è tenuto ad assumere (salvo prova contraria) che questo sia tanto meglio realizzato quanto più si incrementi il coinvolgimento di entrambi i genitori nella sua educazione e cura (sezione 11). La presente proposta ha pertanto fatto questa lettura dell'interesse del minore, collocandola al primo comma dell'articolo 337-ter.

E ciò non riguarda solo il Regno Unito. Restando nel panorama internazionale, l'at-

tuale applicazione dei principi della bigenitorialità, così parziale e disomogenea, pone l'Italia in serio imbarazzo di fronte alla tendenza che si manifesta con sempre maggiore evidenza negli altri Paesi del mondo occidentale, nei quali questi vengono affermati con crescente vigore e incisività. Tralasciando, *ex pluris*, i noti esempi dei Paesi scandinavi, si pensi al caso del Belgio dove, analogamente, è stato introdotto e privilegiato l'affidamento paritetico: legge 18 luglio 2006, basata sulla doppia residenza («*À défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents.*» Art. 374 comma 2 Cod. Civ.). Allo stesso modo procede la Francia che, dopo avere previsto la possibilità di residenza alternata paritetica con la n. 2002-305 del 4 marzo 2002, ha approvato a livello di Senato (17 settembre 2013) una ancora più stringente formulazione, all'interno della legge sulle pari opportunità: «*À défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le juge examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. En cas de désaccord entre les parents, le juge entend le parent qui n'est pas favorable au mode de résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun de ses parents, exposant les motifs de son désaccord au regard de l'intérêt de l'enfant. La préférence est donnée à la résidence en alternance paritaire. La décision de rejet de ce mode de résidence doit être dûment exposée et motivée.*» (articolo 373-2-9, comma 2 c.c.). Ovvero: «... il giudice considera prioritariamente, su richiesta di almeno uno dei genitori, la possibilità di stabilire la collocazione dei figli in maniera paritetica presso i genitori. In caso di disaccordo tra di essi ascolta il genitore contrario alla residenza alternata, che presenta i motivi della sua contrarietà

con riferimento all'interesse del minore. La preferenza è accordata al regime alternato paritetico. La scelta di rifiutare tale modalità deve essere adeguatamente esposta e motivata.» A prescindere dall'essere o meno entrate in vigore, queste regole, per il fatto stesso di essere state pensate e discusse a tale livello, attestano un orientamento culturale profondamente diverso e distante da quanto praticato in Italia.

Né diversamente si esprime la letteratura scientifica. Se, da una parte, nessuno studio longitudinale dimostra la pericolosità di un vero doppio affidamento, esistono invece evidenze di segno contrario. Della amplissima documentazione ci limitiamo a segnalare, W. V. Fabricius, *Listening to Children of Divorce, in Family Relations*, 2003, 52, 385-396; M. K. Pruett, R. Ebling e G.M. Insabella, *Critical aspects of parenting plans for young children: Interjecting data into the debate about overnights, in Family Court Review*, 42 (1), 2004, pp. 39-59; A. Sarkadi, R. Kristiansson, F. Oberklaid e S. Bremberg, *Fathers' involvement and children's developmental outcomes: a systematic review of longitudinal studies, in Acta Paediatrica* 97, 2008, pp. 152-158; H. Sunderhauf, *Wechsel Modell: Psychologie – Recht – Praxis*, Springer Verlag, 2013; ovvero i recentissimi studi di Anders Hjern (Università di Stoccolma e Karolinska Institutet) su 148.000 ragazzi svedesi.

A ciò vale la pena di aggiungere la testimonianza resa in Senato nella scorsa legislatura – in modo indubbiamente autorevole, tanto più in quanto proveniente da un contesto italiano – dal Consiglio nazionale dell'ordine degli psicologi, secondo il quale:

«Data quindi la totale inidoneità al fine della salute dei figli di un modello che preveda che un solo genitore (quello collocatario o prevalente) sia il permanente punto di riferimento dei figli, provvedendo a ogni loro necessità e assumendo ogni decisione e compito di cura, mentre l'altro si limita

ad erogargli il denaro avendo con i figli solo sporadici contatti, in linea generale, le modifiche del disegno di legge n. 2454 non fanno altro che promuovere la possibilità che il principio della bi-genitorialità (nucleo allevante) non resti mero principio, ma si inserisca nelle trame della vita quotidiana come applicazione rigorosa del principio stesso, tale da mantenere il processo evolutivo quale "processo", appunto, e non "fatto", cioè tale da mantenere sempre aperta la possibilità che su questo processo, incerto nel suo incedere, si possa inserire non solamente un genitore, ma il nucleo allevante, cioè ciò che mantiene un assetto di terzietà».

E può considerarsi conclusivo che accanto a questi convincenti attestati si pongano, su identiche posizioni, le richieste dei soggetti della società civile protagonisti dell'evento della separazione, che conviene richiamare dalle numerose audizioni in materia della XVI Legislatura.

Anzitutto, le reali aspirazioni dei figli di genitori separati (ovvero il loro «interesse») sono state espresse dall'associazione che li rappresenta (Figli x i Figli), che le ha così riassunte:

«Condividiamo tutti i contenuti sostanziali dei ddl in esame e tra questi, in particolare, consideriamo del tutto irrinunciabile che:

a) si permetta ai figli di avere davvero un rapporto "equilibrato e continuativo" con entrambi i genitori, cancellando la stravagante figura (in un sistema che si vuol definire bigenitoriale) del genitore collocatario, e ammettendo di conseguenza una frequentazione mediamente bilanciata, con pari opportunità per noi figli di rapportarci con l'uno e l'altro genitore, e il doppio riferimento abitativo attraverso la doppia domiciliazione;

b) si attribuiscono compiti di cura a entrambi i genitori, disponendo che entrambi debbano preoccuparsi delle necessità dei figli, ciascuno per la propria parte, e provve-

dere personalmente ad esse attraverso il mantenimento diretto;

c) si promuova efficacemente la mediazione familiare, per aiutare i genitori a costruire accordi, disponendo l'obbligo di una preventiva informazione su di essa prima di adire le vie legali, quando gli animi sono meno esacerbati ed è massima la probabilità di successo.

Questi sono gli aspetti sui quali nelle aspirazioni dei figli di genitori separati non si possono fare sconti».

Né i figli sono restati soli in questo tipo di richieste. LADDES *Family* FVG (libera associazione donne divorziate e separate) ha dichiarato in Senato:

« ... possiamo elencare con assoluta convinzione ciò che massimamente sarebbe utile alla famiglia separata - e soprattutto ai figli - ovvero che:

non si creino tra i genitori divisioni fittizie di importanza e di ruolo distinguendo il genitore collocatario dal non collocatario, circostanza che spinge in massimo grado al conflitto;

esista una pariteticità tra i genitori da intendersi come pari assunzione di doveri nei confronti dei figli e pari obbligo di sacrificare tempo, risorse e ambizioni personali per dedicarsi alla loro educazione e cura;

al fine di soddisfare gli obblighi di cui sopra, ci siano tempi di frequentazione non rigidamente basati su una divisione al 50 per cento, ma tali da consentire lo svolgimento delle suddette funzioni, organizzati il più possibile flessibilmente e compatibilmente con più generali e oggettive condizioni, come la distanza tra le abitazioni e l'età dei figli, e ovviamente tali da rispettare il già affermato diritto dei minori ad un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori. In altre parole, non parità nel breve periodo, ma il rispetto di pari opportunità, così da poter constatare che facendo la

media su tempi lunghi il principio dell'equilibrio è stato osservato;

i figli possano sentirsi a casa propria sia dalla madre che dal padre, e quindi un doppio domicilio;

entrambi i genitori si occupino concretamente di loro e provvedano ai loro bisogni, e quindi il mantenimento diretto;

la coppia sia portata a conoscenza dell'esistenza di uno strumento altamente efficace nel supportare la ricerca di accordi, e quindi l'obbligatorietà dell'informazione sulla mediazione familiare.

Su questi essenziali punti LADDES *family* è intenzionata a fornire il massimo sostegno ai progetti in esame». E, a completamento del proprio intervento, ha allegato un comunicato stampa dell'associazione Donne europee Federcasalinghe (del 5 marzo 2011), dove si legge:

«La Federcasalinghe, rammentato il diritto della donna, anche se madre, a una "conciliazione" dei tempi di vita che garantisca pari opportunità rispetto all'uomo in qualsiasi tipo di attività lavorativa e sociale, cosa impossibile se si continua ad attribuirle in misura prevalente fatiche e doveri nella cura dei figli;

auspica che i disegni di legge 957 e 2454, che rendono ineludibile il diritto del minore ad avere effettivamente un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, investiti entrambi di identiche responsabilità e gravati in pari misura dei sacrifici necessari all'accudimento dei figli, riceva rapida approvazione».

In definitiva, constatata la distanza tra le istanze della società civile e le posizioni ostili di parte del sistema legale, il presente disegno di legge prende atto della totale incompatibilità tra i modelli mono e bigenitoriale e allo stesso tempo della inopportunità di mantenere l'attuale ambiguo e contraddittorio assetto, che opta per la soluzione bigenitoriale nella forma e per quella monogenitoriale nella sostanza, creando così le pre-

messe per un contenzioso infinito fra chi vuole farsi forte di un aspetto e chi conta sull'altro.

Constatata, dunque, l'impossibilità di una mediazione tecnica o politica e nella convinzione che sarebbe comunque controproducente tentare soluzioni ibride, si opta per una soluzione concretamente e integralmente bigenitoriale, quella richiesta dai figli di genitori separati, la vera parte debole delle separazioni e la meglio informata sulle vie da prendere.

Alla luce di queste ultime considerazioni appare opportuno ripristinare anzitutto idealmente il testo di legge in vigore prima delle recenti manipolazioni e con riferimento ad esso apportare le necessarie modifiche, in sostanza conservando di quegli interventi solo gli aggiornamenti terminologici e ordinamentali, come doveva essere. Ciò fatto, si intende non perdere l'occasione per effettuare anche quegli interventi dei quali nel tempo trascorso si sia manifestata l'utilità come è mostrato nel seguito, all'interno della rassegna del nuovo testo.

Passando, dunque, a un'analisi puntuale dell'articolato, l'articolo 1 si coordina con il successivo articolo 6, lettera b), modificando l'articolo 45 del codice civile, ai fini del riconoscimento del fatto che il minore, affidato a entrambi i genitori, è corretto che sia domiciliato (da *domus*) presso entrambi, ovvero che si senta «a casa» sia presso la madre che presso il padre. In effetti si tratta di una precisazione che avrebbe dovuto essere ultronea, se nell'applicazione il messaggio della legge n. 54 del 2006 fosse stato correttamente inteso e se ne fossero rispettate le prescrizioni: difatti nell'affidamento condiviso vero il figlio frequenta equilibratamente i due genitori e «vive» con entrambi. L'articolo 2 fornisce la necessaria definizione della responsabilità genitoriale, altrimenti priva degli aspetti che, ad esempio, consentono ai genitori di adottare misure correttive nei confronti dei figli; elimina l'inverosimile obbligo per la coppia

che si forma di concordare la residenza abituale dei figli, proiettandosi verso il futuro.

L'articolo 3 introduce l'articolo 316-ter che incrementa la tutela delle madri non coniugate, affermando che ad esse spetta dal padre un contributo alle spese di parto, nonché un mantenimento personale per i primi tre mesi dopo di esso, ove non in grado di provvedervi. La tutela è estesa anche ai casi di morte del nascituro. La *ratio* della disposizione - che non contraddice l'attuale (e discutibile) assenza di obblighi interni a coppie non coniugate - è da cercare nello stretto legame della madre con il figlio che sta nascendo o è appena nato, per cui va intesa essenzialmente come compresa tra i doveri del padre nei confronti del figlio. Con l'articolo 4 viene abrogato l'articolo 317-bis così come riformulato dal decreto legislativo n. 154 del 2013, e il rapporto del minore con gli ascendenti - e i parenti, dimenticati dal decreto - è ora tutelato dall'articolo 337-ter, primo comma. L'articolo 5 elimina dall'articolo 336-bis la possibilità che il giudice neghi di fatto il diritto di parola al minore, sulla base di una sua opinabile e anticipata valutazione dell'irrelevanza di ciò che volesse dirgli.

La lettera a) dell'articolo 6 intende mettere fine alla non circoscritta tendenza, sopra accennata, a concedere l'affidamento condiviso svuotandolo al contempo dei suoi essenziali requisiti, come il diritto del minore ad un rapporto effettivamente equilibrato con entrambi i genitori, in modo che ciascuno di essi si impegni quanto l'altro nel fornirgli «cura» oltre che educazione e istruzione: condizioni che evidentemente non si realizzano se il figlio trascorre con uno di essi poco più di due fine-settimana al mese, o se in sentenza si omette di stabilire per entrambi equivalenti compiti di accudimento. E si faccia ben attenzione: si tratta di una pariteticità che non è affermata per i tempi, fiscalmente e rigidamente (sarebbe del resto assurdo pretendere lo stesso numero di pernottamenti avendo il doppio dei

pomeriggi, e viceversa), ma invoca pari responsabilità e paritetica assunzione di concreti doveri. L'attenuazione «per quanto possibile» va intesa, ovviamente, come dovuta alla necessità di considerare quei casi in cui condizioni di salute, allattamento o particolari impegni lavorativi dei genitori rendono materialmente impossibile una gestione paritaria; ma ciò non toglie che ovunque realizzabile questa debba essere assicurata al figlio. Inoltre, si è inteso dare maggiore evidenza e più corretta collocazione al riferimento all'«interesse del minore». In realtà tutta la legge n. 54 del 2006 è mirata alla tutela di tale interesse; anzi, in un modo talmente pregnante da elevarne i contenuti principali a diritto. Il malvezzo interpretativo, che come visto ne è seguito, ha inteso legittimare la negazione di tali diritti, al di fuori delle previsioni dell'articolo allora numerato come 155-bis, in nome del suo «interesse», valutato dal giudice con potere discrezionale assoluto. Adesso il riferimento all'interesse del minore si colloca al primo comma, dove del resto stava prima della riforma del 2006, eliminando l'ambiguità derivante dalla collocazione al secondo comma. Viene, inoltre, risolto, come sopra accennato, il problema di come far valere il diritto dei minori ad avere contatti con i due ambiti parentali completi. La proposta si preoccupa di renderlo effettivo, ovviando al problema di una lettura dell'articolato che sembrava voler riservare ai minori la possibilità di tutelare tale rapporto a condizione di essere essi stessi ad attivarsi; cosa a dir poco problematica, visto che manca loro la capacità di agire, nonché le risorse economiche per farlo. Allo stesso modo pone rimedio all'infelice formulazione attuale dell'articolo 317-bis, che concede solo agli ascendenti la facoltà di attivarsi, oltre tutto rivolgendosi al giudice di una opinabile «residenza abituale» e facendo riferimento all'articolo 336 del codice civile e al tribunale per i minorenni, il che confe-

risce maggiore pesantezza alle loro iniziative.

La lettera *b*) sostituisce interamente il secondo comma dell'articolo 155 del codice civile. I primi due periodi del comma così novellato esprimono più efficacemente la priorità dell'opzione bigenitoriale, quale mantenimento il più possibile inalterato delle condizioni antecedenti la separazione, e rende più evidenti e inderogabili i limitati ambiti di applicazione dell'affidamento esclusivo (articolo 337-*quater*). Ciò avviene anche attraverso l'eliminazione del generico riferimento all'interesse del minore, del tutto fuori posto - come già detto - e fuorviante laddove una norma direttamente prescrittiva si propone di assicurare al figlio l'affidamento ad entrambi i genitori, visto come aspetto prioritario della realizzazione del suo diritto e del suo interesse («Per realizzare la finalità di cui al primo comma ...»). La modifica - o meglio, il ripristino sul punto della vecchia formulazione del codice civile - assume particolare rilievo, tanto da apparire indispensabile, ove si osservi che tale illogica collocazione dell'interesse del minore costituisce attualmente in giurisprudenza la prevalente giustificazione formale della non applicazione dell'affidamento condiviso a favore dell'esclusivo: ossia della mancata attuazione della riforma. Allo stesso modo e nel medesimo spirito viene precisata l'irrelevanza di circostanze estranee alle caratteristiche dei genitori singolarmente considerati e si elimina la possibilità di negare ai figli la tutela di uno dei genitori quale coaffidatario, utilizzando circostanze che non possono porsi a suo carico.

Il terzo periodo del comma novellato si articola in due parti. Nella prima, alla pari del primo comma, il testo sviluppa e rende effettiva la doppia tutela genitoriale a vantaggio dei figli. Poiché gli inconvenienti attuali sono conseguenza diretta dell'attribuzione ai figli di un'unica appartenenza domiciliare, la nuova formulazione evidenzia la scelta a favore di due case, purché ciò per-

metta di continuare ad avere due genitori. Nella seconda disincentiva la conflittualità all'interno della coppia, stabilendo che il giudice nel decidere le modalità della frequentazione (ad esempio, chi si sposta per accompagnare i figli dall'altro) e nell'assegnare i compiti di cura a ciascun genitore deve tenere conto della propensione di ciascuno a rispettare l'altro, dando la preferenza, in nome dell'interesse della prole, a quel «*fairly parent*», genitore corretto e leale, nel quale la giurisprudenza anglosassone già da tempo individua quello meglio in grado di allevare i figli. Tutto questo dovrebbe scoraggiare quella aggressività, soprattutto processuale, quella tendenza a denigrare gratuitamente l'altro che i precedenti orientamenti viceversa premiavano allorché il giudice, di fronte a memorie vivacemente polemiche presentate ad arte da chi non gradiva l'affidamento ad entrambi i genitori, concludeva che il livello di conflittualità registrato non permetteva formule bigenitoriali e affidava i figli in forma esclusiva, spesso all'aggressore medesimo. In sostanza, si chiede al giudice di entrare nel merito delle cause del conflitto, rammentando che la formula di rito «a causa dell'elevata conflittualità è impossibile applicare l'affidamento condiviso e quindi i figli vengono affidati esclusivamente a ... » non consente di per sé di individuare un genitore più idoneo dell'altro. Il criterio manca. Distinguere tra i genitori è corretto solo in presenza di un aggredito e di un aggressore, e quindi occorre indagare; in situazioni diverse, ovvero nel caso di mutua intolleranza e uguale inciviltà o si utilizza al massimo la separazione delle competenze (esercizio separato della responsabilità genitoriale), ovvero, se ciò non è sufficiente, si procede con l'affidamento a terzi. La effettiva tutela del minore, infine, è spinta al punto di non escludere conflitti di interesse con uno dei genitori o con entrambi e da prevedere che in tal caso il giudice provveda a farlo assistere da un suo legale, nominato tra i difensori di ufficio.

La lettera *c*), oltre a eliminare il riferimento alla residenza abituale per i motivi sopra illustrati, mette dei paletti al frequente abuso di potere da parte del genitore collocatario (che non dovrebbe esistere), che spesso si trasferisce con i figli dove meglio crede senza prendere accordi con l'altro e senza autorizzazione del giudice. Inoltre inverte la discrezionalità del giudice nello stabilire quale sia il regime ordinario di gestione dei figli, se congiunto o disgiunto. Sulla base di anni di sperimentazione della legge appare decisamente preferibile che le decisioni del momento, prive di rilievo, siano assunte di regola - ovvero in assenza di diverse indicazioni - dal genitore presente senza obbligo di consultazione dell'altro. Quindi se si desidera operare diversamente occorrerà che la scelta sia verbalizzata.

La lettera *d*), a sua volta, rende del tutto inequivoca, e quindi ineludibile, la prescrizione a favore del mantenimento diretto, che dovrà essere stabilito ogniqualevolta sia chiesto, anche da un genitore solo, rimettendo al giudice la divisione degli oneri economici, ove non concordata. Inoltre, mette ordine nell'elenco dei parametri di cui il giudice deve tenere conto per fissare un eventuale assegno. La norma attuale, infatti, mescola ciò che serve a stabilire il costo totale del figlio con quanto serve a scalare dall'assegno perequativo, se stabilito, forme dirette di contribuzione (come il lavoro di cura). Viene anche eliminato il parametro relativo al tenore di vita antecedente la separazione poiché tale evento ha, ovviamente, sconvolto il sistema economico familiare; a prescindere dal fatto che nel corso del tempo le spese a vantaggio del figlio, soggetto in età velocemente evolutiva, hanno continui cambiamenti, per cui quel riferimento risultava in pratica fonte di grande incertezza e pertanto di forte litigiosità. Alla lettera *e*) si stabilisce che in caso di trascuratezza da parte di uno dei genitori questi perda la possibilità del mantenimento diretto e sia obbligato a versare un assegno all'altro; si chiari-

sce definitivamente che il mantenimento diretto è la forma da privilegiare anche in caso di affidamento esclusivo e che i genitori hanno diritto, qualitativamente, al medesimo trattamento in termini di detrazioni, assegni familiari e agevolazioni fiscali di ogni genere, a prescindere dal tipo di affidamento e dalla qualifica di genitore affidatario o non; si vincola il regolamento ISEE a tenere conto degli effettivi, concreti contenuti dell'affidamento condiviso e delle novità introdotte dalla legge n. 219 del 2012 sulla filiazione, anziché restare vincolato a concetti burocratico-formali come la residenza o il nucleo familiare; si introduce una clausola di salvaguardia a tutela dei figli nati da seconde unioni di genitori separati, che non di rado rischiano di vivere in condizioni più disagiate rispetto a quelli di primo letto. Alla lettera *f*) si evidenzia che l'assegno di mantenimento ha presenza e funzione meramente integrativa e residuale.

L'articolo 7 sia nella rubrica (modificata alla lettera *c*) del comma 1 che nel primo comma novellato dell'articolo 337-*quater* afferma in termini prescrittivi che solo ove si verificano determinate condizioni, l'onere della cui prova spetta all'accusa, si può escludere un genitore dall'affidamento. Pertanto resta fuori discussione che al giudice non è data facoltà di scegliere a sua discrezione tra due istituti, l'affidamento condiviso e quello esclusivo, ma solo di proteggere il minore da uno dei genitori, ove essere a lui affidato possa arrecargli pregiudizio. Alla lettera *a*), inoltre, è stata introdotta una sottolineatura, una specificazione che tiene conto dei sempre più frequenti e pesanti episodi di maltrattamenti in famiglia, come sopra illustrato.

La lettera *b*), d'altra parte, determina le modalità di attuazione dell'affidamento esclusivo. Tenendo conto del fatto che la legge in vigore esclude un genitore dall'affidamento solo se potenzialmente pericoloso per i figli - e quindi decisamente inidoneo - si è ritenuto più saggio lasciargli solo le

minimali decisioni della vita quotidiana, ma escluderlo dalle scelte che determinano gli indirizzi educativi della vita dei figli; anche per evitare situazioni di paralisi decisionale, visti i tempi della giustizia, comunque troppo lunghi. Ciò come regola generale, e sempre lasciando al giudice la possibilità di una scelta diversa, valutate le circostanze del caso.

L'articolo 8 mette ordine nelle norme concernenti l'assegnazione della casa familiare abrogando il comma 6 dell'articolo 6 della legge n. 898 del 1970, le cui prescrizioni sono in contraddizione con l'articolo 337-*sexies* del codice civile. L'abrogazione del comma 7 del medesimo articolo 6 è solo apparente, perché il suo contenuto è stato inserito direttamente nel codice civile all'articolo 337-*ter* secondo comma. In tal modo prepara le disposizioni del successivo articolo 9 che alla lettera *a*), modificando l'articolo 337-*sexies*, precisa che il problema dell'assegnazione della casa familiare deve porsi solo in via eccezionale, ovvero quando non si è potuto rispettare – per ragioni oggettive come la distanza tra le abitazioni – il diritto indisponibile dei figli ad essere presenti in misura simile presso ciascuno dei genitori. In tal caso, infatti, la casa non può che restare al proprietario. Limitatamente, dunque, a situazioni che devono essere residuali se si rispetta la legge, ci si deve comunque chiedere se ai figli convenga abitare prevalentemente nella casa familiare oppure no. E solo in caso di assegnazione dell'abitazione al non proprietario, coerentemente con l'orientamento della Corte di Cassazione, (sentenza n. 26574 del 17 dicembre 2007), il cessato uso della casa familiare come abitazione, o l'introduzione in essa di un soggetto estraneo al nucleo originario, fa venire meno quei requisiti di «nido», di *habitat* consueto dei figli che in via del tutto eccezionale permette di superare le normali regole di godimento dei beni immobili. Pertanto, a domanda dell'interessato, il giudice accerterà le nuove circo-

stanze e assumerà le varie decisioni che competono alle diverse situazioni di locazione, comodato o proprietà del genitore non assegnatario. La proposta non ignora, ovviamente, la pronuncia n. 308 del 2008 della Corte costituzionale, ma ritiene che, una volta riaffermato e rispettato l'equilibrio anche abitativo nel rapporto del figlio con ciascun genitore, cadano automaticamente pure le preoccupazioni per la presunta «sottrazione della casa al minore» su cui ruota tutto il ragionamento della pronuncia suddetta. Se il figlio frequenterà più o meno simmetricamente i due genitori sarà per lui indifferente se nella casa familiare abiterà il genitore proprietario o l'altro. Anzi, nei casi ordinari non ci sarà più motivo, fino dalla prima decisione, per assegnare l'abitazione al non proprietario. Con enorme alleggerimento dei motivi di contenzioso. Infine, alla lettera *b*) viene ripristinata la possibilità di modificare le regole dell'affidamento nel caso di significativi spostamenti della residenza di uno dei genitori, a richiesta di uno qualsiasi di essi.

L'articolo 10, che interviene sull'articolo 337-*septies*, risolve alla lettera *a*) del comma 1 un'altra questione oggetto di intenso dibattito: l'attribuzione al figlio maggiorenne della titolarità dell'eventuale assegno che fosse stato stabilito per il suo mantenimento. La formulazione proposta permette di tutelare gli eventuali danni subiti dal genitore prevalentemente convivente, ove esista, legittimando anche lui, in concorrenza con il figlio, ad attivarsi in caso di inadempienza dell'altro. Al tempo stesso lo tutela disciplinando anche i rapporti con il figlio, prevenendo che questi debba concordare con ciascuno dei genitori il proprio eventuale contributo alle spese e alle cure domestiche, ancora una volta in accordo con le modifiche introdotte dalla legge n. 219 del 2012 (articolo 315-*bis* del codice civile). Alla lettera *b*) è evidenziato il diritto a provvedere agli obblighi economici con un rapporto diretto

genitore-figlio anche quando quest'ultimo non è più in affidamento.

L'articolo 11 dà risposta alle preoccupazioni per il disagio a cui viene sottoposto il figlio al momento dell'audizione in tribunale, preoccupazioni che hanno indotto la magistratura a un ridottissimo ricorso all'ascolto. Si conferisce al figlio la possibilità di proporre la sua rinuncia ad essere sentito, così come di esigere di essere sentito, invece che dover subire una valutazione *a priori* e al buio da parte del giudice.

L'articolo 12 restituisce alla mediazione familiare il riconoscimento pieno che aveva ricevuto nella penultima stesura della legge n. 54 del 2006 da parte della Commissione Giustizia della Camera, aggiungendo, a garanzia del pieno rispetto della normativa e dei diritti delle parti, l'assistenza di un avvocato in caso di accordo, al momento della relativa omologa. L'impovertimento di tale strumento è stato concordemente biasimato da tutti gli operatori del settore, che hanno reiteratamente segnalato i vantaggi di prevedere una informazione obbligatoria sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione prima di qualsiasi contatto con la via giudiziale. D'altra parte la previsione di tale fase extragiudiziale è in accordo con la riconosciuta generale esigenza di alleggerire il carico dei tribunali. L'articolo, formulato in modo da prevenire la possibilità di false dichiarazioni per evitare il passaggio informativo, colloca, inoltre, più appropriatamente la norma all'interno della fase pregiudiziale, dopo l'articolo 706 del codice di procedura civile.

Gli articoli 13 e 14 rendono possibile il reclamo avverso i provvedimenti sia presidenziali che del giudice istruttore, unificando le relative procedure mediante il ricorso all'articolo 669-terdecies. La scelta del reclamo al collegio tiene conto anche delle difficoltà logistiche che si potrebbero incontrare in talune zone optando per il reclamo in corte d'appello.

L'articolo 15, integrando la precedente previsione dell'articolo 709-ter del codice di procedura civile, interviene alla lettera *a)* in tutte quelle situazioni in cui un genitore compie unilateralmente atti che richiedono l'accordo con l'altro (ad esempio, cambiando residenza e portando il figlio con sé, oppure iscrivendo il figlio ad istituti scolastici di propria esclusiva scelta), azzerando tali iniziative, ovvero nel caso in cui abbia costruito ad arte situazioni ostative al contatto del figlio con l'altro genitore. In questo caso si è ritenuto che non sia sufficiente la previsione di un meccanismo punitivo o risarcitorio del danno, ma che andasse prioritariamente disposto, ove possibile, il ripristino dello stato antecedente, ovvero interventi mirati alla restituzione o compensazione di quanto indebitamente sottratto o negato (si pensi, ad esempio, a giorni di frequentazione saltati). Infine viene soppressa con la lettera *b)* la possibilità di semplice ammonizione: poiché si tratta di infrazioni gravi, se la segnalazione è falsa è da perseguire il denunciante, e se è corretta limitarsi ad ammonire non può essere sufficiente.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. All'articolo 45, secondo comma, del codice civile, dopo le parole: «il minore ha il domicilio del genitore con il quale convive» sono aggiunte, in fine, le seguenti: «, ovvero di entrambi se l'affidamento è condiviso».

Art. 2.

1. All'articolo 316 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma è premesso il seguente:

«La responsabilità genitoriale è l'insieme dei diritti e dei doveri dei genitori che hanno per finalità l'interesse dei figli»;

b) al primo comma, le parole: «I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore» sono soppresse.

Art. 3.

1. Dopo l'articolo 316-*bis* del codice civile è inserito il seguente:

«Art. 316-*ter* - (*Mantenimento al momento del parto*). - Se i genitori non sono coniugati e non convivono, il padre è tenuto a condividere con la madre ogni spesa relativa al parto non coperta dal Servizio sanitario nazionale in misura proporzionale alle proprie risorse economiche e a provvedere al mantenimento della madre stessa per un periodo di tre mesi ove non sia provvista di sufficienti risorse economiche. Tali contributi spettano alla madre anche nel caso di un parto in cui il nascituro muore».

Art. 4.

1. L'articolo 317-*bis* del codice civile è abrogato.

Art. 5.

1. All'articolo 336-*bis* del codice civile, il secondo periodo è soppresso.

Art. 6.

1. All'articolo 337-*ter* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«A prescindere dal rapporto tra i genitori il figlio minore ha diritto, nel proprio esclusivo interesse morale e materiale, di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi, con paritetica assunzione di responsabilità e di impegni e con pari opportunità per i figli, salvo i casi di impossibilità materiale, e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, ai quali è data facoltà di chiedere al giudice ordinario del luogo di residenza anagrafica del minore, con procedimento al di fuori del processo di separazione, di disciplinare il diritto dei minori al rapporto con essi. Nel caso in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito. In ogni situazione di conflitto di interessi il giudice assicura al minore autonoma tutela in giudizio, a mezzo di un legale nominato d'ufficio tra quelli facenti parte dell'elenco del gratuito patrocinio»;

b) il secondo comma è sostituito dal seguente:

«Per realizzare la finalità di cui al primo comma, il giudice che pronuncia la separa-

zione personale dei coniugi dispone che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, salvo quanto stabilito all'articolo 337-*quater*. L'età dei figli, la distanza tra le abitazioni dei genitori e il tenore dei loro rapporti non rilevano ai fini del rispetto del diritto dei minori all'affidamento condiviso, ma influiscono solo sulle relative modalità di attuazione. Il giudice determina le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, tenendo conto della capacità di ciascuno di essi di rispettare la figura e il ruolo dell'altro e distinguendo la litigiosità interna alla coppia dalla unilaterale aggressività; stabilisce dove i figli avranno la residenza anagrafica e ne fissa il domicilio presso entrambi i genitori. Fissa altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse e ai diritti dei figli di cui al primo comma, degli accordi intervenuti tra i genitori. In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità, in una comunità di tipo familiare. Il giudice dà, inoltre, disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi in cui la responsabilità genitoriale sia esercitata da entrambi i genitori, circa il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare»;

c) il terzo comma è sostituito dal seguente:

«La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori, salvo quanto disposto dall'articolo 337-*quater*. Le decisioni di

maggior interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni di essi; il cambiamento di residenza dei figli costituisce decisione di maggior interesse e richiede l'accordo dei genitori. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, salva diversa decisione del giudice, i genitori esercitano la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuta detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento»;

d) il quarto comma è sostituito dal seguente:

«Salvo accordi diversi delle parti, ciascuno dei genitori provvede in forma diretta e per capitoli di spesa al mantenimento dei figli in misura proporzionale alle proprie risorse economiche. Le modalità e i capitoli di spesa sono concordati direttamente dai genitori; in caso di disaccordo sono stabiliti dal giudice. Il costo dei figli è valutato tenendo conto:

- 1) delle attuali esigenze del figlio;
- 2) delle attuali risorse economiche complessive dei genitori»;

e) dopo il quarto comma sono inseriti i seguenti:

«Quale contributo diretto il giudice valuta anche la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore, ove questi non si compensino.

Ove necessario al fine di realizzare il suddetto principio di proporzionalità, il giudice può stabilire la corresponsione di un assegno perequativo periodico.

Qualora un genitore venga meno, comprovatamente, al dovere di provvedere alle necessità del figlio nella forma diretta per la parte di sua spettanza, il giudice stabili-

sce, a domanda, che provveda mediante assegno da versare all'altro genitore.

Le norme sul mantenimento dei figli di cui al presente articolo si applicano a prescindere dal tipo di affidamento; parimenti, la posizione fiscale dei genitori è la stessa.

Il regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e dei campi di applicazione dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) tiene conto delle modalità di applicazione dell'affidamento condiviso e della legge 10 ottobre 2012, n. 219.

Se un genitore è tenuto al mantenimento di due o più figli il suo contributo al loro mantenimento deve essere stabilito in modo da non mettere nessuno dei minori in condizioni più favorevoli degli altri, in particolare se appartengono a famiglie diverse»;

f) al quinto comma, le parole: «L'assegno è automaticamente» sono sostituite dalle seguenti: «L'eventuale assegno perequativo è automaticamente».

Art. 7.

1. All'articolo 337-*quater* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«Il giudice può escludere un genitore dall'affidamento, con provvedimento motivato, qualora ritenga che da quel genitore, se affidatario, possa venire pregiudizio al minore. Il perdurante maltrattamento intrafamiliare, la violenza sia fisica che psicologica, in particolare la violenza di genere e la violenza assistita dai figli, comportano l'esclusione dall'affidamento. Alla stesso modo sono sanzionate le manipolazioni dei figli volte al rifiuto o all'allontanamento dell'altro genitore e le denunce comprovatamente e consapevolmente false mosse al medesimo scopo, ove non ricorrano gli estremi per

una sanzione più grave. In ogni caso è tentato il recupero del genitore abusante, nel rispetto dei diritti dei figli di cui al primo comma dell'articolo 337-ter»;

b) il terzo comma è sostituito dal seguente:

«Le decisioni di maggiore interesse per i figli, salva diversa decisione del giudice, sono adottate dal genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva. Salvo che non sia diversamente stabilito, limitatamente alla gestione della vita quotidiana dei figli la responsabilità genitoriale è esercitata separatamente da ciascuno dei genitori anche in caso di affidamento esclusivo a uno di essi. In ogni caso, il genitore cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse»;

c) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Esclusione di un genitore dall'affidamento e disciplina dell'affidamento esclusivo».

Art. 8.

1. I commi 6 e 7 dell'articolo 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono abrogati.

Art. 9.

1. All'articolo 337-*sexies* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, il primo periodo è sostituito dal seguente: «Nel caso in cui non sia possibile ai figli frequentare equilibratamente i due genitori, il godimento della casa familiare è attribuito tenendo esclusivamente conto dell'interesse dei figli, a prescindere dal titolo di proprietà. Valutate le circostanze, il giudice può disporre anche che i figli restino permanentemente nella

casa familiare, ad essi assegnata, ed i genitori si alternino presso di essi per provvedere ai loro bisogni» e il terzo periodo è sostituito dai seguenti: «Nel caso di frequentazione necessariamente sbilanciata in cui l'assegnatario della casa familiare, che non ne sia l'esclusivo proprietario, contragga nuovo matrimonio o conviva *more uxorio*, la sua assegnazione in godimento è revocabile a domanda e il giudice dispone valutando la nuova situazione nell'interesse del minore. Se l'assegnatario non proprietario non abita o cessa di abitare stabilmente nella casa familiare il diritto al suo godimento viene meno in ogni caso e la casa torna nella disponibilità del proprietario»;

b) il secondo comma è sostituito dal seguente:

«Nel caso in cui uno dei genitori cambi la residenza o il domicilio, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, uno qualsiasi dei due può chiedere la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici».

Art. 10.

1. All'articolo 337-*septies* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«Dell'assegno perequativo eventualmente stabilito per il mantenimento del figlio è titolare quest'ultimo quando diventa maggiorenne; il figlio maggiorenne è altresì tenuto a collaborare con i genitori e a contribuire alle spese familiari, finché convivente. Ove il genitore obbligato si renda inadempiente, in caso di inerzia del figlio è legittimato ad agire anche l'altro genitore»;

b) dopo il primo comma è inserito il seguente:

«Nel caso in cui un figlio sia già maggiorenne al momento della separazione perso-

nale dei genitori, ma non ancora autosufficiente economicamente, può essere chiesta l'applicazione dei commi quarto, quinto, sesto, settimo, ottavo e nono dell'articolo 337-ter da uno qualsiasi dei genitori o dal figlio».

Art. 11.

1. Al primo comma dell'articolo 337-otties, il terzo periodo è sostituito dal seguente: «Nel caso in cui il minore rifiuti di essere ascoltato il giudice valuta la fondatezza di tale rifiuto. Anche nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice procede all'ascolto del minore ove questi ne faccia domanda».

Art. 12.

1. Dopo l'articolo 706 del codice di procedura civile è inserito il seguente:

«Art. 706-bis. - (*Mediazione familiare*). - In tutti i casi di disaccordo nella fase di elaborazione di un affidamento condiviso le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvi i casi di assoluta urgenza o di grave e imminente pregiudizio per i minori, di rivolgersi a un organismo di mediazione familiare, pubblico o privato, o a un mediatore familiare libero professionista in base alle disposizioni di cui alla legge 14 gennaio 2013, n. 4, per acquisire informazioni sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione familiare e se vi è interesse per avviarlo.

L'intervento di mediazione familiare può essere interrotto in qualsiasi momento da una o da entrambe le parti. Ove la mediazione familiare si concluda positivamente le parti presentano al giudice il testo dell'accordo raggiunto con l'assistenza di un difensore. In caso di insuccesso il presidente

adotta i provvedimenti di cui all'articolo 708, terzo comma, previa acquisizione di un attestato dell'organismo di mediazione familiare o del mediatore familiare comprovante l'effettuazione del tentativo di mediazione. In caso di contrasti insorti successivamente in ogni stato e grado del giudizio di separazione o anche dopo la sua conclusione, il giudice segnala alle parti l'opportunità di rivolgersi a un organismo di mediazione familiare, pubblico o privato, o a un mediatore familiare libero professionista. Qualora le parti acconsentano il giudice rinvia la causa ad altra data in attesa dell'espletamento dell'attività di mediazione.

Il procedimento di mediazione familiare è informale e riservato. Nessun atto o documento, prodotto da una parte durante le diverse fasi della mediazione, può essere acquisito dalle parti in un eventuale giudizio. Il mediatore familiare e le parti, nonché gli eventuali soggetti che li hanno assistiti durante il procedimento, non possono essere chiamati a testimoniare in giudizio su circostanze relative al procedimento di mediazione svolto».

Art. 13.

1. Il quarto comma dell'articolo 708 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, nel termine e nelle forme di cui all'articolo 669-terdecies».

Art. 14.

1. All'articolo 709 del codice di procedura civile, dopo il quarto comma è aggiunto, in fine, il seguente:

«Avverso i provvedimenti nell'interesse della prole e dei genitori emessi dal giudice istruttore è ammissibile il reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, ai sensi dell'articolo 669-*terdecies*».

Art. 15.

1. All'articolo 709-*ter*, secondo comma, del codice di procedura civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'alinea è sostituito dal seguente: «A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, il giudice emette prioritariamente provvedimenti di ripristino, restituzione o compensazione. In particolare, nel caso in cui uno dei genitori, anche se affidatario esclusivo, trasferisca la prole senza il consenso scritto dell'altro genitore in luogo tale da interferire con le regole dell'affidamento, il giudice dispone il rientro immediato dei figli e il risarcimento di ogni conseguente danno, valutando tale comportamento ai fini dell'affidamento e delle sue modalità di attuazione. Il giudice, inoltre, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:»;

b) il numero 1) è abrogato.

