

A.D.M.I.

Associazione Donne Magistrato Italiane



Sul Disegno di Legge S.735 /2018

1. Premesse.

Il Disegno di Legge Pilon 735/2018, contenente “*Norme in materia di affidato condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*”, assegnato alla Commissione giustizia in sede redigente, è in corso di esame congiuntamente ai Disegni di Legge 45 e 768 che intervengono anch’essi in materia di affidamento condiviso dei figli e di mediazione familiare.

Il DDL 735/2018 - cui si limita la presente indagine - si propone di:

- 1) introdurre rilevanti modifiche al diritto di famiglia in modo da avviare una progressiva ‘degiurisdizionalizzazione’, lasciando al giudice “...*il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo dei genitori sul futuro dei loro figli*”;
- 2) completare la riforma avviata con la legge 54/2006, attraverso la previsione di misure di ‘rafforzamento del principio della bigenitorialità’ in modo da assicurare l’effettiva uguaglianza tra padre e madre nei confronti dei propri figli, nel migliore interesse di questi ultimi.

Gli strumenti ovvero “i criteri dettati dal contratto di governo” per l’attuazione della riforma (come si legge nella Relazione al Disegno di Legge) sono quattro:

- 1) mediazione civile obbligatoria, qualora siano coinvolti figli minorenni;
- 2) affido condiviso con tempi paritari, in modo da equilibrare le figure genitoriali;
- 3) mantenimento in forma diretta dei figli;
- 4) contrasto della cd. alienazione parentale (PAS-*Parental Alienation*)

Syndrome).

2. La problematica non coincidenza tra i principi ispiratori e le scelte normative

Il complesso progetto di riforma apporta significative modifiche al diritto di famiglia e nel perseguire l'obiettivo della 'degiurisdizionalizzazione' del diritto di famiglia introduce, in presenza di minori, interventi di mediazione preventiva a carattere obbligatorio.

Al giudice vengono lasciati compiti residuali, attraverso anche l'introduzione di rigide previsioni in tema di affidamento del minore e di mantenimento. Numerose, infatti, sono le disposizioni volte a disciplinare in modo minuzioso il rapporto dei genitori con i figli, laddove, in un settore così delicato e sensibile, ove massimo rilievo assume l'aderenza della decisione alle peculiarità del caso concreto e la ricerca del superiore interesse del minore e della tutela del suo diritto alla felicità (Convenzione Assemblea Generale ONU sui 'diritti del fanciullo' del 20.11.1989, ratificata dall'Italia con la Legge 27 maggio 1991 n. 176), troppo spesso solo un'attenta valutazione del giudice, nel pieno rispetto del contraddittorio delle parti, può garantire.

Quanto all'obiettivo di assicurare l'equilibrio tra le figure genitoriali, l'articolato esprime una visione del 'principio di bigenitorialità' spostata verso la tutela delle istanze di una delle parti del conflitto genitoriale, adulto-centrica, senza che siano considerati i riflessi nella vita dei figli minori ed ammesse valutazioni soggettive caso per caso in contrasto con il principio universalmente affermato da convenzioni internazionali e dalle stesse linee-guida del Consiglio d'Europa del 2010 ed immanente nell'Ordinamento, quello del 'superiore interesse del minore' e della 'tutela della posizione della parte economicamente più debole'. L'art. 11 (che modifica l'art. 337-ter cc) prevede, infatti, il diritto del minore di trascorrere con ciascuno dei genitori "*tempi paritetici in ragione della metà del proprio tempo, compresi i pernottamenti*" e solo in via residuale la riduzione di tali tempi in "*non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti*", senza tenere in alcun conto le esigenze dei minori, soprattutto in tenerissima età. L'intento in apparenza perseguito è quello di assicurare il rispetto dei diritti di entrambi i genitori a tutela della bigenitorialità, attraverso la divisione a metà del tempo e la doppia residenza dei figli, ma trascura il punto di vista del minore e lede il suo diritto alla stabilità, alla continuità ed alla protezione -per quanto possibile- dalle scissioni e dalle lacerazioni che inevitabilmente le

separazioni portano nella vita delle famiglie, imponendogli di dividere la propria vita ‘a metà’. Il DDL sembra ignorare che da tempo la giurisprudenza ha elaborato un’equilibrata interpretazione della bigenitorialità, che attiene all’impegno e alla responsabilità di ‘entrambi’ i genitori nei confronti dei figli dopo la separazione coniugale e che non può essere meccanicamente legata al “tempo materiale” che ogni genitore passa con i figli, ma deve piuttosto riguardare il grado di assunzione di responsabilità nei confronti della loro crescita (*cf. Cass. 12 settembre 2018, n. 22219*). Il DDL appare allontanarsi dalla direzione di una giustizia a misura di minore, pretermessi rispetto ad una soluzione normativa incentrata su una rigida paritaria bi-genitorialità.

2.1. Mediazione familiare.

Il DDL, al fine della ‘degiurisdizionalizzazione’ del diritto di famiglia, introduce la **mediazione obbligatoria** in tutte le separazioni familiari in cui sia coinvolto direttamente o indirettamente un minore e la eleva a “condizione di procedibilità” per l’accesso alla giustizia.

Se in linea generale appare apprezzabile la previsione di una disciplina che dia ampio spazio all’istituto della mediazione familiare, in funzione di composizione dei conflitti, va osservato che tuttavia la normativa, ispirata a un’ottica privatistica e negoziale del diritto di famiglia, non appare molto chiara nella sua portata teorica ed applicativa. Innanzitutto si può cogliere una confusione di fondo tra l’istituto della mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, annoverato tra gli strumenti di ‘*alternative dispute resolution*’ ed in funzione conciliativa, e la vera e propria mediazione familiare. Vi è un concetto ‘comune’ di mediazione, valido per tutti i settori della mediazione (familiare, penale, minorile, penitenziaria) ed è notorio che “...*La mediazione è l’attività in cui un terzo neutrale, il mediatore, ha il compito di favorire la comunicazione tra due o più soggetti in conflitto. Il mediatore non giudica, non impone soluzioni, ma offre l’opportunità di parlare e di essere ascoltati in uno spazio protetto, libero e confidenziale*” come puntualizzato dall’Ufficio per la mediazione di Milano.

I requisiti che la mediazione presenta (che sono indicati nelle legislazioni vigenti di alcuni paesi europei) sono: il protagonismo delle parti ovvero il tendere a far sì che siano gli interessati a risolvere le controversie nel confronto tra loro, limitandosi il mediatore a prestar loro aiuto e sostegno senza imporre soluzioni; la “volontarietà” della mediazione, che le parti o

anche il mediatore possono sempre interrompere; la “neutralità”, la “imparzialità” e la “riservatezza” del mediatore; la “flessibilità”, ovvero l’assenza di una procedura regolamentata.

Vi è quindi una sostanziale differenza tra mediazione e conciliazione.

La ‘conciliazione’ (o meglio il tentativo di conciliazione) fa parte dell’ordinaria procedura civile ed è uno dei principi fondamentali del processo. E’ finalizzata a favorire l’accordo delle parti al fine di determinare la fine del giudizio per rinuncia delle parti o per provvedimento del giudice che dichiari l’intervenuta cessazione della materia del contendere; conciliatore può esser lo stesso giudice nell’ambito del processo oppure un suo ausiliario (per es. consulente all’uopo nominato).

La ‘mediazione’ non ha come scopo principale quello di arrivare ad una transazione, ponendo fine alla causa, ma si propone di ristabilire il dialogo, in modo che le parti riconoscano il conflitto che li oppone, lo gestiscano e lo superino. Conseguentemente, al fine di garantire la necessaria libertà alle parti, la mediazione deve svolgersi ‘al di fuori’ del procedimento giurisdizionale, in cui non confluisce quanto le parti hanno dichiarato e portato nel corso della medesima. Nella proposta, nondimeno, la mediazione, pur potendosi svolgere (negli incontri successivi al primo) in assenza degli avvocati, si conclude con il raggiungimento di un accordo che vede la partecipazione necessaria dei difensori, accordo suscettibile di omologa da parte del Tribunale ed avente efficacia esecutiva. Manca tuttavia una chiara delineazione delle caratteristiche professionali e del ruolo dei ‘mediatori’, che nel loro operare verranno necessariamente ad avere contatti anche con gli avvocati e saranno concretamente coinvolti nella definizione dell’accordo finale tra i coniugi. La previsione dell’**albo nazionale dei ‘mediatori familiari’** è un fatto comunque positivo, poiché tende a garantire uniformità dei requisiti professionali, nondimeno non supera il problema dei criteri di imparzialità e professionalità che tali figure dovrebbero avere, date le caratteristiche ibride -tra mediazione e conciliazione- delle incombenze che vengono loro attribuite.

La previsione della **onerosità** della mediazione e che la stessa gravi esclusivamente sulle parti (l’art. 4 non prevede la possibilità di beneficiare del’patrocinio a spese dello Stato’, limitandosi a prevedere la gratuità solo del primo incontro) può implicare il rischio che non possano accedervi i coniugi ‘a basso livello di reddito’ i quali, per l’effetto, si troveranno ad avere preclusa la possibilità di giungere alla fase giurisdizionale. Ciò comporterà una immotivata **disparità di accesso all’Autorità Giudiziaria**, basata sul censo, in precedenza non registrata nel nostro

ordinamento. Il punto merita una valutazione approfondita dovendosi considerare che l'opzione semplicistica dell'eventuale allargamento dell'istituto del gratuito patrocinio alla fase della mediazione, comporterà ulteriori rilevanti esborsi a carico dell'Erario.

Nel DDL non è prevista, inoltre, alcuna deroga alla mediazione obbligatoria, che garantisca il ricorso diretto al giudice neppure nei "casi di urgenza e/o di grave pregiudizio per i minori" e nei casi di "violenza domestica". In relazione a quest'ultimo profilo l'art. 48 della **Convenzione del Consiglio d'Europa sulla "Prevenzione e Contrasto alla Violenza contro le donne e della Violenza Domestica"** (licenziata a Istanbul l'11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con legge n. 77 del 2013), impone agli Stati il divieto di fare ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della stessa Convenzione. Si tratta di mancanze del DDL già rilevate dalle 'relatrici speciali ONU' Dubravka Šimonović (componente del Working Group sulla Violenza contro le donne) e Ivana Radačić (presidente del Working Group sulla Discriminazione verso le donne nelle leggi e nella pratica), che hanno indirizzato una lettera al Governo italiano stigmatizzando la necessità del rispetto della Convenzioni Internazionali cui l'Italia ha aderito.

2.2. Il piano genitoriale.

Il DDL si ispira alla prassi giurisprudenziale del cosiddetto "*piano genitoriale*", un progetto di vita condiviso dai genitori in relazione allo svolgimento della vita dei minori. L'imposizione generalizzata da parte del DDL dell'adozione concordata del piano nella '**fase iniziale della separazione**', ove la conflittualità è solitamente molto elevata, potrà avere l'effetto (negativo) di esacerbare il conflitto determinando situazioni di stallo procedimentale, situazione aggravata dalla limitazione dei poteri del giudice. Il DDL, infatti, attribuisce al giudice un mero ruolo marginale, potendo unicamente valutare la 'contrarietà del piano genitoriale all'interesse del minore' con esclusione di ogni funzione propositiva o correttiva, con concreto conseguente rischio di una esasperazione del conflitto. Nell'adozione, inoltre, del piano (che prevede che i genitori dovranno prestabilire consensualmente, in modo dettagliato, i luoghi che il minore dovrà abitualmente frequentare; la scuola ed il percorso educativo; le eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative; le

frequentazioni parentali ed amicali del figlio, le vacanze) non è prescritta alcuna considerazione delle attitudini, opinioni, esigenze e desideri del minore e neppure il suo ascolto ai fini della stesura dello stesso, quand'anche questi sia in età per esprimere le sue opinioni e preferenze. Da tali mancanze traspare una visione, autoritaria e sostanzialmente paternalistica del rapporto genitori-figli, che ignora il passaggio epocale dal concetto di "potestà" a quello di "responsabilità" genitoriale.

Nel DDL, va detto ancora, l'intervento del giudice nella fase giurisdizionale è previsto solo in caso della mancanza dell'accordo tra i coniugi. La sua decisione del giudice sull'adozione del piano sarà assunta, secondo l'articolato, sulla considerazione delle contrapposte proposte dei coniugi senza la previsione, anche in questo caso, dell'eventuale ascolto del minore, qualora necessario ai fini della "personalizzazione" del piano. Non può sottacersi, infine, che la rigida pianificazione della vita del minore renderà difficoltoso adeguarlo nel tempo ai cambiamenti ed alle diverse tappe di crescita e mutamenti dello stesso, cristallizzando -di fatto- le decisioni assunte dai genitori o imponendo le modifiche del piano con l'intervento giudiziale in caso di mancato accordo dei genitori, con conseguente incremento della conflittualità e delle azioni giudiziarie (ex art. 13).

2.3. Il coordinatore genitoriale.

Gli artt. 5 e 13, mutuando una prassi virtuosa invalsa nella giurisprudenza di alcuni Tribunali (Roma, Milano), prevedono che in caso di rifiuto o di esito negativo del percorso di mediazione, e qualora la conflittualità persista, il giudice potrà proporre ai genitori di nominare un coordinatore genitoriale, le cui spese, salvo diverso accordo tra le parti (senza alcun intervento del giudice), saranno sostenute nella misura del 50% ciascuno.

Il 'coordinatore genitoriale', chiamato ad assistere i genitori con "alto livello di conflitto" nell'attuazione del piano genitoriale, a monitorarne l'osservanza ed a risolvere eventuali conflitti, preservando comunque la "sicura, sana e significativa" relazione tra il minore ed entrambi i genitori, si vede attribuire poteri decisionali su incarico delle parti, senza alcun intervento del giudice. Pur apparendo apprezzabile la previsione di tale figura regolatrice del conflitto, si segnala che non vi è alcuna disposizione che preveda il vaglio giudiziale delle decisioni assunte dal coordinatore in relazione alla rispondenza delle stesse al preminente e superiore interesse del

minore. Dovrebbe essere valutata la necessità di prevedere detto correttivo poiché l'intento di limitare l'intervento dell'Autorità Giudiziaria non può risolversi in una tutela meno pregnante degli interessi del minore.

2.4. Affido condiviso con permanenza paritetica.

Al principio di bigenitorialità, con l'obiettivo dichiarato di assicurare l'equilibrio tra le figure genitoriali, si ispira, come già detto, la previsione dell'**affido condiviso dei minori, con tempi paritetici**. L'art. 11 (che modifica l'art. 337-ter cc) prevede che *il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con il padre e con la madre, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambe le figure genitoriali, con paritetica assunzione di responsabilità e di impegni e con pari opportunità. Ha anche il diritto di trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici o equipollenti* in ragione della metà del proprio tempo, compresi i pernottamenti; in ogni caso, salvo diverso accordo tra le parti, deve essere garantita alla prole la permanenza presso il padre e presso la madre di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti. Le uniche deroghe al principio di permanenza paritetica sono previste in caso di *'comprovato e motivato pericolo'* di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio.

Dunque, un doppio domicilio, una doppia casa per il minore.

Tale formulazione, semplicisticamente rivolta ad assicurare il rispetto dei diritti di entrambi i genitori attraverso la divisione a metà del tempo e della residenza dei figli, risulta contraria alle acquisizioni scientifiche sui bisogni dei minori in età evolutiva e lede il diritto di questi alla stabilità, alla continuità ed alla protezione dalle lacerazioni familiari che conseguono alle separazioni. I minori, già provati dalla separazione dei genitori, saranno sottoposti all'ulteriore stress dei continui spostamenti, anche dei loro effetti personali (vestiti, libri di scuola, giocattoli, ecc.), con una **scissione dei tempi di vita** che amplificherà il senso di disagio e spaesamento, e con probabili conseguenti danni nella costruzione della loro personalità e nell'elaborazione del loro vissuto.

La disposizione, di connotazione adultocentrica, risponde esclusivamente all'interesse dei genitori e si pone, dunque, in contrasto con il ricordato art. 2 della Convenzione di New York sui 'diritti del fanciullo', che assume l'interesse del bambino come regola dell'agire dei genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale e come criterio

fondamentale di ogni intervento del giudice. Contrasta inoltre con l'art. 56 della Risoluzione 2079 (2015) del Consiglio di Europa e con gli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996.

L'**interesse superiore del bambino** non può, invero, essere stabilito in astratto dal legislatore, ma va accertato e stabilito "caso per caso" dai genitori e in caso di loro mancato accordo dal giudice, che nel decidere deve farlo tenendo conto di "quel" minore, della sua storia personale, dei legami affettivi e del contesto familiare, sociale ed economico in cui vive, onde assumere provvedimenti non standardizzati e calibrati su quel specifico minore e che sono destinati ad incidere fortemente sulla sua vita e sullo sviluppo della sua personalità. Le norme del DDL appaiono contrastare con tale principio, in violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione che prevede l'esercizio della potestà legislativa da parte dello Stato nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Il regime dello **affido condiviso** è peraltro ampiamente applicato in Italia, ben nell'89% dei casi e l'affido esclusivo rappresenta solo l'8,9% (dati Istat, 2016). Ulteriori recenti dati ISTAT segnalano ancora che solo il 6,9% dei padri accede ai '**congedi parentali**' (contro il 69 % dei padri svedesi). Sono dati che danno la misura della situazione in atto in Italia. Il DDL non tiene tuttavia conto della realtà in essere nel Paese, una realtà verificata nella pratica quotidiana delle aule di giustizia, quella che dei figli si fa carico spesso solo la madre e che è molto frequente l'assenza dei padri, non solo quanto al sostegno genitoriale ma anche sotto il profilo economico, aldilà dell'iniziale momento della separazione. A tale ultimo riguardo il DDL presuppone che entrambi i coniugi abbiano "analoghe capacità economiche", dispongano di "autonome abitazioni" idonee ad accogliere i figli e svolgano "lavori in orari compatibili con le quotidiane attività di cura dei minori" mentre nella nostra realtà italiana, caratterizzata da una forte crisi economica ed occupazionale, la sussistenza di tali condizioni non può certo dirsi generalizzata. E' dunque scarsamente significativo il richiamo (contenuto nella Relazione al disegno di legge) alla disciplina di alcuni Paesi della UE (Belgio e Svezia) che, in attuazione della Risoluzione 2079/2015 del Consiglio d'Europa, hanno introdotto nei rispettivi Ordinamenti delle misure volte ad assicurare "*l'effettiva uguaglianza tra i genitori nei confronti dei figli*" dato il diverso sistema di '*welfare*' di quei Paesi per lo più collocati nel Nord Europa, e con '*occupazione piena*' oltre che con politiche di parità salariale'. La differente situazione delle famiglie italiane potrà anche comportare che uno dei due genitori non abbia la possibilità di ospitare i

figli nei dodici giorni mensili previsti e che l'altro non voglia continuare a farsene carico, non essendovi obbligato per legge. Il prevedere, in via residuale, l'indisponibilità di un genitore come causa di esclusione dell'affidamento paritetico non è sufficiente a scongiurare tale rischio, poiché spesso la 'sostanziale' indisponibilità non viene esplicitata in sede giudiziale e si manifesta solo nei fatti attraverso il 'disinteresse' del genitore alla vita del figlio, il 'non esercizio' del diritto di visita e la 'mancata contribuzione' al mantenimento dello stesso, la grave trascuratezza nell'adempimento dei doveri genitoriali.

Nel DDL manca, in particolare ancora, la previsione della deroga all'obbligo di convivenza paritaria dei figli minori nei confronti del **genitore autore di violenza o di abusi** nelle ipotesi in cui i minori **vi abbiano assistito** (cd. violenza assistita) - cui nel nostro ordinamento è stata data rilevanza in varie norme penali - e **nei casi di urgenza** - fatti che ancora pongono la previsione normativa in contrasto con la citata Convenzione di New York sui diritti del fanciullo nonché con la Convenzione di Istanbul sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. La generica formula del '**comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica**' del figlio, cui è correlata l'unica possibilità di deroga prevista, è infatti suscettibile di impedire gli allontanamenti dei minori, pur da effettuarsi con urgenza a tutela della loro incolumità, in situazioni che non consentono una esaustiva, immediata verifica sul piano probatorio di detti requisiti.

2.5 Il mantenimento dei figli minorenni.

L'art. 11 del DDL prevede che alla ripartizione paritetica dei tempi di convivenza dei genitori con i figli minori, consegua l'eliminazione dell'assegno di mantenimento in favore di quest'ultimi e che, solo in via residuale (ove strettamente necessario), l'assegno possa essere stabilito a carico di uno dei genitori ed in favore dell'altro "per un tempo determinato".

La soppressione, in via generale, dell'assegno in favore dei figli minori ha **conseguenze** molto penalizzanti **per il genitore economicamente più debole e soprattutto per i figli**, i cui bisogni non si esauriscono nelle esigenze quotidiane dei tempi di permanenza, ma comprendono anche aspetti della vita di relazione, nonché imprevisti della realtà esistenziale ed 'emergenze' da soddisfare con sollecitudine. La mancanza di criteri determinati, al di fuori di quello empirico del

“**dividere le spese a metà**”, espone al rischio di alimentare la conflittualità tra i coniugi ed al contempo di privare il minore della fruizione tempestiva di quanto gli necessita.

Anche in questo caso la norma presuppone una parità economica tra i genitori ed un’uguaglianza di assunzione di responsabilità genitoriale lontana dalla realtà italiana. Sicché non può essere sottovalutato il rischio, affatto ipotetico, che il genitore negligente -che i dati indicano di norma nel padre- pur in un regime di affidamento paritetico, non si faccia effettivamente carico del figlio e non contribuisca economicamente al suo mantenimento, privando l’altro genitore dell’unico efficace strumento a sua disposizione per ottenere la dovuta contribuzione economica, quello della messa in esecuzione del provvedimento giudiziale per il mantenimento.

2.6. L’assegnazione della casa familiare.

Come più volte ribadito dalla S.C. l’assegnazione della casa familiare, sia in caso di separazione sia di divorzio, è **subordinata alla presenza di figli, minori o maggiorenni, non economicamente autosufficienti**, e risponde ad una *ratio* protettiva, che tutela l’interesse dei figli a conservare l’*habitat* domestico in cui sono cresciuti.

Anche nel caso di affido condiviso, ai fini del provvedimento di assegnazione, si deve pur sempre fare riferimento al genitore collocatario con il quale i figli continuano prevalentemente ad abitare. Sul punto, il DDL (art. 14, che modifica l’articolo 337 sexies c.c.) stabilisce che: *“Fermo il doppio domicilio dei minori presso ciascuno dei genitori secondo quanto stabilito dal quinto comma dell’articolo 337 ter, il giudice può stabilire nell’interesse dei figli minori che questi mantengano la residenza nella casa familiare, indicando, in caso di disaccordo, quale dei due genitori può continuare a risiedervi. Quest’ultimo è comunque tenuto a versare al proprietario dell’immobile un indennizzo pari al canone di locazione computato sulla base dei correnti prezzi di mercato.”*. La proposta di modifica prosegue escludendo - pur con incerta formulazione- che possa continuare a risiedere nella casa familiare il genitore che non sia proprietario né titolare di specifico diritto di usufrutto, uso, abitazione, comodato o locazione. In mancanza di figli minori, il genitore non proprietario o non titolare di uno dei predetti diritti sarà costretto ad abbandonare l’immobile, anche in mancanza di esigenze effettive dell’altro di recuperare il bene.

E’ evidente come la previsione normativa dia **prevalenza agli**

interessi economici del genitore proprietario della casa familiare ed alla tutela della proprietà rispetto al mantenimento di principi di solidarietà verso il soggetto economicamente più debole in ambito domestico ed alla salvaguardia del primario interesse dei minori, che invece dovrebbero continuare ad ispirare i rapporti ‘anche dopo la rottura del nucleo familiare’. Non può non rilevarsi sul punto la difforme disciplina prevista dalla legge Cirinnà n. 76 del 2016, che ha attribuito una specifica tutela al convivente superstite in caso di morte del proprietario della casa di comune convivenza, riconoscendogli *“il diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni”*, ovvero per un periodo non inferiore a tre anni *“ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite”*.

2.7. Il mantenimento dei figli maggiorenni.

Il DDL apporta una sostanziale modifica anche all’attuale disciplina (art. 337 septies cc) che prevede l’attribuzione di un assegno di mantenimento ai figli maggiorenni non indipendenti economicamente, da versare direttamente all’avente diritto, salvo diversa determinazione del giudice. Secondo consolidata giurisprudenza della S.C. la legittimazione a percepire l’assegno di mantenimento per il figlio ‘maggiorrenne non autosufficiente’ spetta anche al genitore convivente che materialmente provvede alle spese necessarie (Cass. n.25300\2013) e la *“...cessazione di tale obbligo deve essere fondata su un accertamento di fatto che abbia riguardo all’età, all’effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all’impegno rivolto verso la ricerca di un’occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, dal raggiungimento della maggiore età, da parte dell’avente diritto* (Cass. n. 5088\2018), non potendo protrarsi tale obbligo oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura (Cass. n.18078\14).

La modifica che intende introdurre l’art. 15 del DDL limita, invece, la legittimazione alla ricezione dell’assegno ai figli maggiorenni; prevede che l’assegno sia a carico di entrambi i genitori; fa venire meno l’obbligo di mantenimento al compimento dei 25 anni di età del figlio *“ovvero”* quando la mancata occupazione sia dipesa da negligenza, rifiuto di offerte, colpevole inerzia nel completare il percorso di studi intrapreso.

L’articolazione non limpida del dettato normativo appare suscettibile di diverse interpretazioni sul carattere assoluto o meno del limite dei 25 anni. In ogni caso l’introduzione di detto limite, che fa ricorso ad un

meccanismo ‘automatico’, non trova giustificazione nella realtà, ove si tenga conto delle diverse ragioni storiche e socioeconomiche che rendono difficile l’accesso dei giovani al mercato del lavoro. E ciò a prescindere dal rilievo che già oggi le ipotesi di colpevole inattività giustificano la cessazione dell’obbligo di mantenimento, come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità. (Cass. n. 5088 del 2018; Cass. n.12952 del 2016). La previsione configura una situazione di minore tutela per i figli maggiorenni di genitori separati, che giustifica dubbi di costituzionalità con riferimento all’art. 30 della Costituzione, che afferma il dovere dei genitori di mantenere ed istruire i figli, e con riferimento all’art. 3 della Costituzione ed al principio di uguaglianza, per la diversità di trattamento riservata al figlio che raggiunga il venticinquesimo anno di età, a seconda che i genitori siano o meno separati, posto che nella seconda ipotesi l’obbligo di mantenimento non viene meno con il raggiungimento dei venticinque anni, ma solo in caso di ‘colpevole inattività’ del figlio maggiorenne.

2.8. Ascolto del minore.

Con l’art. 16 del DDL si intende modificare l’attuale art. 337-*octies* c.c., prevedendosi che l’ascolto del minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, debba ‘sempre’ avvenire alla presenza del giudice e di un esperto; che le parti e i difensori possano assistere in un locale separato, collegato mediante video, e presentare domande per mezzo del giudice. La disposizione pone un evidente problema di coordinamento con l’art. 336-*bis* c.c. (*Ascolto del minore*), non interessato dalla riforma, che prevede la partecipazione all’ascolto da parte dei difensori, previa autorizzazione da parte del giudice.

Sempre con riguardo all’ascolto del minore, è del tutto ingiustificata la limitazione contenuta nell’art. 22 del DDL (modifica dell’art. 4 della legge n. 898/1970 in materia di divorzio), laddove al comma 9 prevede l’ascolto del figlio minore ‘che abbia compiuto gli anni dodici’ mentre il testo attuale dell’art. 4 (che si vuole modificare) dispone l’ascolto altresì del figlio minore di dodici anni ‘ove capace di discernimento’.

2.9. Ordini di protezione e PAS.

L’art. 17 , che modifica l’art. 342-*bis* c.c.(*ordini di protezione*

contro gli abusi familiari) con l'introduzione di un nuovo comma, prevede che il giudice, su istanza di parte, quando la condotta di un genitore ostacoli il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e gli altri parenti, può adottare uno dei provvedimenti di cui agli artt. 342-ter e 342-quater cc (introdotto quest'ultimo con il successivo art. 18). In particolare, nei casi in cui (pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori) il figlio manifesti rifiuto, alienazione o estraneazione con riguardo ad uno dei genitori, **il giudice potrà adottare provvedimenti di limitazione della responsabilità genitoriale** dell'altro, ridurre i tempi di permanenza presso il genitore inadempiente, invertire la residenza abituale del figlio minore presso il genitore "rifiutato" e anche disporre il collocamento presso una struttura specializzata, previa redazione di uno specifico programma per il recupero della bigenitorialità (artt. 17 e 18).

A prescindere dai rilievi di carattere tecnico-redazionale, tali modifiche sono apertamente in contrasto con l'art. 31 della Convenzione di Istanbul, non essendo presi in considerazione gli episodi di violenza che rientrano nel campo di applicazione di detta Convenzione e suscitano dubbi di legittimità costituzionale della normativa in esame. La disposizione prevede, infatti, una sorta di inversione dell'applicazione dello strumento di tutela del minore maltrattato, violentato e abusato, fondandosi sulla supposizione che il suo rifiuto di incontrare un genitore sia comunque da imputare al condizionamento dell'altro, e non considerando invece il "diritto" del minore di rifiutarsi di mantenere un rapporto con un genitore che lo abbia esposto a situazioni di violenza domestica o che sia in vario modo inadeguato sul piano genitoriale.

E' stato da più parti osservato che il minore, anche se vittima di violenza (violenza assistita, maltrattamenti, violenza sessuale), si troverà costretto a frequentare il genitore violento e abusante, con conseguente esposizione al rischio di subire ulteriori vessazioni e processi di vittimizzazione secondaria. Secondo le più accreditate acquisizioni delle scienze psicologiche, il rifiuto di un bambino di frequentare il proprio genitore ha 'sempre' delle ragioni psicologiche e relazionali che richiedono "attenzione e competenza clinica" per essere correttamente decodificate e non certo, invece, di valutazioni astratte e generali. Non è stato tenuto conto della complessità di tali situazioni, che non ammettono 'letture semplificate' dovendosi

comprendere i motivi del suo rifiuto ed eventualmente curare le relazioni disfunzionali che ne sono la causa.

Di fatto, si introduce surrettiziamente una sorta di presunzione della cosiddetta sindrome di alienazione genitoriale (PAS - *Parental Alienation Syndrome*), priva di qualsivoglia fondamento scientifico. Allo stato la comunità scientifica internazionale non ha accreditato l'alienazione genitoriale in termini di "sindrome", ossia di patologia. Già nel 2012, l'Istituto Superiore di Sanità, che è il più alto organo di consulenza scientifica del Ministero della Salute, nell'esprimere il proprio parere a seguito di una interpellanza parlamentare, ebbe a sottolineare che *"i fenomeni di ritiro dell'affetto da parte del bambino nei confronti di uno dei genitori (...) possono essere gestiti dagli operatori legali e sanitari senza necessità di invocare una patologia mentale per spiegare i sentimenti negativi di un bambino verso un genitore"*, aggiungendo che la configurazione della PAS come "patologia mentale" non aveva *"sufficiente sostegno empirico da dati di ricerca, né rilevanza clinica"*, sicché era arbitraria la sua inclusione tra i disturbi mentali (v. *Resoconto seduta Camera n. 706 del 18.10.2012*).

Sulla questione si è pronunciata anche la S.C., escludendo che *"...in ambito giudiziario possano adottarsi delle soluzioni prive del necessario conforto scientifico, come tali potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che le teorie ad esse sottese, non prudentemente e rigorosamente verificate, pretendono di scongiurare"* (cfr. *Cass., 2013, n. 7041*). In tal senso anche la più recente giurisprudenza di merito, che ha escluso la configurabilità di una "patologia" del minore conseguente al comportamento alienante del genitore *"...non comprendendosi perché se "litigano" i genitori, gli accertamenti diagnostici debbano essere condotti su chi il conflitto lo subisce e non su chi lo crea"* (cfr. *decreto sez. IX civ. Trib. Milano, 9-11 marzo 2017*).

3. Ricadute della riforma in materia penale.

Con l'art. 21 viene abrogato l'art. 570-bis cp. (introdotto dal d.lgs. 2018, n. 21 in sede di attuazione della riserva di codice), il quale rende applicabili le pene previste dall'art. 570 *" al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del*

matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli”.

L'estensione della sanzione penale a tutte le situazioni di omissione dell'obbligo di contribuzione economica derivante dalla separazione o dal divorzio dei coniugi, effettuata di recente con detta norma, è conseguenza della vasta portata che ha nel nostro Paese il fenomeno della mancata corresponsione di tali assegni, al cui contrasto non si sono rivelati sufficienti i pur incisivi strumenti predisposti dal diritto civile (ordine di pagamento diretto, sequestro dei beni, ecc.).

Sul rapporto di tale disposizione con l'art. 570 cp, la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato che l'art. 570-*bis* concerne un inadempimento successivo alla separazione o al divorzio e fa discendere la configurazione del reato dalla mera violazione di obblighi specificamente patrimoniali conseguenti a separazione, divorzio/affidamento condiviso, mentre l'art. 570 c.p. contempla ipotesi diverse, sanzionando la sottrazione ad obblighi più ampi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge o di genitore ed inasprendo al comma 2 il trattamento sanzionatorio nei casi di violazione dell'obbligo di non far mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori o inabili, agli ascendenti o al coniuge non legalmente separato per sua colpa.

Con l'abrogazione dell'art. 570- *bis* cp viene, quindi, meno una specifica tutela apprestata dal legislatore in favore delle parti deboli, tra i quali in primo luogo i figli minori. Né l'introduzione del mantenimento diretto giustifica l'intervento abrogativo, posto che il disegno di legge non fa venire meno l'assegno per il coniuge e l'ex coniuge, che resterebbero privi di tutela ove l'assegno non venisse regolarmente corrisposto.

Peraltro, lo stesso disegno di legge, nel riformulare l'art. 337-*ter* cc, pur prevedendo il mantenimento diretto dei figli minori, non esclude *la corresponsione di un assegno periodico per un tempo determinato a carico di uno dei genitori e in favore dell'altro, a titolo di contributo al mantenimento del figlio minore (comma 9)*; la stessa disposizione prevede, altresì, la regolamentazione dei benefici fiscali e previdenziali che dovrebbero essere attribuiti in base ad accordo delle parti o dal giudice, operazione che potrebbe anche comportare la corresponsione di somme periodiche in favore del coniuge avente diritto (comma 9).

In entrambe le ipotesi, l'inosservanza dei provvedimenti a contenuto economico emessi dal giudice resterebbe priva di sanzione penale.

Giova, poi, segnalare che il parallelo intervento novellatore di cui al disegno di legge n. 45 (di iniziativa dei senatori De Poli, Binetti e Saccone, rubricato 'Disposizioni in materia di tutela dei minori

nell'ambito della famiglia e nei procedimenti di separazione personale dei coniugi') prevede una modifica dell'art. 570 c.p. mediante una riformulazione della norma («Art. 570. – *Violazione degli obblighi di assistenza familiare. – Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, si sottrae agli obblighi di assistenza, cura ed educazione dei figli minori o attua comportamenti che privano gli stessi della presenza dell'altra figura genitoriale è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 103 a euro 1.032. La medesima pena si applica a chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge*) che elimina immotivatamente il riferimento agli obblighi derivanti dalla "responsabilità genitoriale" contenuto nell'attuale testo, frutto della migliore elaborazione giurisprudenziale; e inserisce tra le condotte che integrano la fattispecie in questione i "comportamenti che privano i figli minori della presenza dell'altra figura genitoriale", con una formulazione generica e poco chiara che alimenterà la proposizione di denunce penali e le difficoltà in sede di applicazione. Inoltre, in modo eccentrico rispetto all'attuale sistema, che prevede quanto meno la richiesta del condannato o il suo consenso nel caso di applicazione di pene alternative, è prevista la possibilità del giudice di applicare d'ufficio, e qualora ne ravvisi l'opportunità, la pena del lavoro di pubblica utilità, anziché le pene detentive e pecuniarie.

Un sicuro arretramento è, poi, rappresentato dalla nuova formulazione dell'art. 572 c.p., che limita la condotta incriminata all'uso sistematico di "violenza fisica o psichica", circoscrivendo immotivatamente la fattispecie (nella quale ad esempio non rientrerebbe l'ipotesi della madre che non dà da mangiare ai figli) ed abbassa, altrettanto immotivatamente, la pena edittale (da uno a cinque anni di reclusione, invece dell'attuale da due a sei anni). Ciò in evidente contraddizione con l'obiettivo dichiarato di tutela di minori e delle parti deboli della famiglia.

Infine, la novella dell'art. 368 c.p. con l'inserimento del seguente comma finale «*Qualora il fatto sia commesso da un genitore o da altro soggetto esercente la potestà genitoriale a danno dell'altro genitore, è prevista la sospensione della potestà medesima* » rischia di trasformarsi in un elemento di deterrenza all'emersione di condotte di maltrattamento e/o violenza materialmente agita o assistita all'interno della famiglia, si ché il dichiarato obiettivo di ridurre la conflittualità si risolverà, di fatto, in una sorta di 'intimidazione' normativa del soggetto debole che nella preoccupazione di conseguenze totalmente avulse dalla lesione prodotta

con il reato di calunnia, può essere indotto a preferire l'omissione della denuncia.

4. Disposizioni transitorie.

L'art. 23 rende 'applicabili' le nuove disposizioni "ai procedimenti pendenti" alla data di entrata in vigore della legge.

La disposizione comporta rilevanti problematiche applicative che necessitano di intervento da parte del legislatore, ove si tenga solo conto che tutti i procedimenti pendenti non sono stati preceduti dalla fase della 'mediazione obbligatoria'; che le nuove previsioni sul piano genitoriale e sull'ascolto del minore potrebbero comportare nullità degli atti compiuti senza l'osservanza delle prescritte formalità; che la prevista riduzione di molti termini processuali già scaduti o a scadenza ravvicinata potrebbe configurare una ipotesi di denegata giustizia.

Il tutto, con evidente certo ulteriore prolungamento della durata dei procedimenti pendenti e maggior carico di spese processuali per le parti.

5. Conclusioni

Il diritto di famiglia certamente necessita di interventi di adeguamento e razionalizzazione, sul piano sostanziale e processuale, e va apprezzata la volontà di agire in tal senso.

Tuttavia, le modifiche che il DDL intende introdurre non risultano coerenti con la finalità dichiarata di "volere rafforzare il principio della co-genitorialità dopo la separazione o il divorzio" perché propongono soluzioni che introducono una visione adultocentrica, senza considerare il preminente interesse del minore, cui si ispira il diritto di famiglia.

Le modifiche, inoltre, non sono rispondenti alla realtà socio-economica del nostro Paese (il World Economic Forum, nel 2017, ha assegnato all'Italia è al 14° posto tra gli Stati membri della UE quanto agli indici sulla parità di genere) ed ignorano le conquiste degli ultimi decenni che hanno già portato alla rivisitazione del diritto di famiglia attraverso un percorso di democratizzazione delle relazioni familiari, tra cui la tutela del 'coniuge debole' (la moglie, nella generalità dei casi), un punto di non ritorno. Il 'regime economico' che è stato ipotizzato nel DDL per il mantenimento dei figli, minori o maggiorenni, non risponde alle 'reali' loro esigenze di crescita e costituisce un immotivato passo indietro nella tutela degli stessi, esponendoli concretamente al rischio di trovarsi privati

di adeguati mezzi di sostentamento o sottoposti a ingiustificabili limitazioni nelle esigenze materiali per la ‘disparità economica dei genitori’ oppure per la loro conflittualità.

Non abbiamo voluto svolgere una indagine esaustiva, l’intento è quello di evidenziare i punti di maggiore criticità del DDL, tralasciando altri rilievi che riguardano in particolare le disposizioni di carattere processuale. Riteniamo che oggi sia opportuno un intervento del legislatore che riordini e aggiorni la delicata disciplina sostanziale dei ‘rapporti familiari’ ma occorre che lo stesso tenga conto della elaborazione giurisprudenziale, degli obblighi che derivano dalle Convenzioni internazionali e della nuova frontiera dei diritti fondamentali della persona, che richiedono una tutela rafforzata. E’ di certo anche urgente (e non solo opportuna) la riforma del ‘processo minorile e familiare’, attesa da anni, per il superamento dei riparti di competenza e della diversità dei riti che determinano conflitti e prolungamento dei tempi processuali nonostante l’esigenza di una rapida risposta di giustizia. L’intervento del legislatore dovrebbe unque avvenire in tempi rapidi ma nondimeno solo a seguito di un ampio ed approfondito confronto ‘a più voci’, che raccolga l’apporto e le esperienze di esperti del mondo accademico e delle diverse branche scientifiche, oltre che dell’avvocatura e della magistratura. Un raffronto in un comune Tavolo di Lavoro ‘interdisciplinare, paritetico e trasversale’ per valutare ‘anticipatamente’ gli effetti delle modifiche che si intendono approntare in una materia così delicata e sensibile e per evitare ogni sperimentazione ‘di fatto’. Un confronto tra voci della società civile che ponga attenzione alle esigenze dei cittadini e che, con rigore, approfondisca la ricerca dei reali bisogni di tutti i soggetti coinvolti, garantisca parità genitoriale e preveda misure di sostegno di welfare familiare, valutando in particolare le necessità di cura, affettive e di vita relazionale dei bambini coinvolti nonché i bisogni del coniuge più debole ed i diritti e doveri dei genitori ed altri familiari, così che l’intervento legislativo possa divenire volano di crescita, modernizzazione e cambiamento del Paese, di cui la famiglia, le persone ed i minori sono il nucleo basilare.*

Associazione Donne Magistrato Italiane
Carla Marina Lendaro – Presidente

**Il documento è stato redatto dal Gruppo di lavoro ADMI: Antonietta Carestia, Roberta D’Onofrio, Isabella Ginefra, Carla Marina Lendaro, Valeria Montaruli, Elisabetta Pierazzi, Gabriella Reillo, Cinzia Vergine.*