

PARERE SUL

**DDL 735 (Norme in materia di affido condiviso,
mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità)**

- SETTORE CIVILE -

**APPROVATO DAL COMITATO DIRETTIVO CENTRALE NELLA RIUNIONE DEL
25 NOVEMBRE 2018**

Il DDL 735 (Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità) presentato dal Sen. Pillon al Senato il 1 agosto scorso si compone di 24 articoli che, nell'ottica di chi lo ha elaborato, dovrebbe garantire al figlio minore di coppie separate una più corretta applicazione della legge 54/06 sul cd affidamento condiviso.

In realtà la normativa sembra farsi carico di esigenze degli adulti coinvolti nella crisi matrimoniali e di istanze provenienti da settori della società civile (le associazioni dei padri separati), più che mettere al centro gli interessi dei minori.

1. L'art. 7 comma 1 lett. b) sostituisce al termine di novanta giorni tra il deposito del ricorso e la data di comparizione delle parti, un termine più breve di 40 giorni. La finalità acceleratoria, evidente nella proposta, misconosce la realtà degli uffici giudiziari che, per scarsità di risorse, non riescono a rispettare nemmeno i 90 giorni.

La finalità acceleratoria viene, poi, smentita dagli interventi di complicazione e di appesantimento del giudizio separativo che si introducono contemporaneamente.

In primo luogo, la fase della mediazione che come condizione di procedibilità oltre ad uccidere l'effetto benefico della mediazione familiare 'spontanea', come si dirà meglio al punto successivo, autorizza il presidente che rilevi il mancato rispetto della condizione di procedibilità a rinviare per 'non più di due mesi' inviando le parti davanti ad un mediatore familiare. (art. 8 comma 1 lett. b).

In secondo luogo la previsione della reclamabilità davanti al collegio dei provvedimenti del giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei figli (art. 6 che aggiunge un terzo comma all'art. 178 c.p.c.), provocherà appesantimenti ed il concreto rischio che i reclami al collegio diventino un numero assolutamente ingestibile dai magistrati, se non con tempi molto lunghi, che inevitabilmente allungheranno i tempi di definizione della causa principale. Proprio a fronte di tali problematiche, sperimentate sul campo, tale istituto era stato a suo tempo abrogato dal legislatore con la riforma del processo civile del 1990. Solo chi non conosce i giudizi di separazione può pensare che una misura del genere sia indolore rispetto alla agevole definizione della controversia.

2. ART. 7 punto 2: "I genitori di prole minorenni che vogliono separarsi devono -a pena di improcedibilità- iniziare un percorso di mediazione familiare..." Pur consapevoli dell'utilità della mediazione familiare in alcune situazioni, tutta la Comunità Scientifica riconosce la sua totale inapplicabilità nei casi di alta conflittualità tra le parti e nei casi di violenza domestica. L'art. 48 punto 1 della Convenzione di Istanbul del 2011, ratificata dall'Italia nel 2013, ne vieta l'utilizzo nei casi di violenza; prevedere quindi l'indiscriminata applicabilità non-solo viola la Convenzione, ma non tiene conto dei costi per le coppie di tale strumento, che potrebbe rendere per molti in concreto non possibile di fatto separarsi.

il procedimento di mediazione familiare viene di fatto svilito divenendo una mera condizione di procedibilità della domanda giudiziale, inficiandone la natura e la struttura. Infatti, come rilevato dalla letteratura scientifica di settore, la mediazione familiare presuppone, come condizione necessaria, la volontarietà, intesa anche come spontanea disponibilità emotiva dei partecipanti, nonché l'assenza di qualsivoglia forma di violenza e/o grave conflitto tra le parti, divenendo, viceversa, in tali ipotesi, controproducente e strumento di rafforzamento del conflitto. La comunità scientifica è

infatti concorde nel ritenere che l'istituto della mediazione familiare non sia applicabile nei casi di cd. "alta conflittualità".

L'obbligatorietà della mediazione disposta dal ddl porta così con sé il rischio che i soggetti più deboli decidano di non intraprendere un percorso di separazione per il timore di ripercussioni più o meno gravi.

Inoltre, per il procedimento di mediazione non è prevista l'ammissione al gratuito patrocinio: si introduce uno squilibrio evidente tra chi potrà permettersi di separarsi e chi no. In piena violazione del principio di uguaglianza

3. Tempi paritetici di frequentazione del figlio minore con i genitori (Art. 11: "Ha anche il diritto di trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici o equipollenti") o comunque "non meno di 12 giorni al mese compresi i pernottamenti".

Solo nel caso in cui il minore abbia subito violenza, abusi sessuali, trascuratezza, ovvero il genitore non sia disponibile o non abbia spazi adeguati, sarà possibile per il giudice derogare alla suddivisione dei tempi paritari. Un elenco tassativo che omette situazioni di pregiudizio quali ad esempio i maltrattamenti, le malattie psichiatriche, l'uso di sostanze stupefacenti, l'uso di alcol, le precedenti condotte abbandoniche.

Di fatto, una diversa previsione di tempi è quindi ritenuta possibile solo in alcuni casi gravissimi e circoscritti, che impongono una limitazione ovvero la decadenza dalla responsabilità genitoriale, oppure quando uno dei due genitori non sia disponibile o non possa accogliere il figlio in una casa.

Al Giudice non è dato valutare l'interesse del minore: non conta la sua opinione, non conta la sua età (si pensi al caso di un minore neonato, che ha bisogno, almeno nei primi mesi di vita, della maggiore presenza materna non fosse altro che per il soddisfacimento dei fisiologici bisogni di cura e di allattamento), non contano esigenze particolari.

Con questo tipo di frequentazione, sembra non si tenga conto delle reali esigenze dei minori, della loro difficoltà nei vari spostamenti e, soprattutto, la non attenzione alla necessità di uno spazio stabile di tipo prevalente. Non solo, il non differenziare per età e predisporre almeno 12 pernottamenti con un genitore, applicando rigidamente la shared custody, appare come una spartizione del bene di famiglia, molto lontano dal reale interesse del minore.

Non si tiene conto che le diverse fasi evolutive richiamano esigenze e bisogni diversi, anche in riferimento all'emotività, ai processi di attaccamento e identificazione, con necessità spesso legate anche alla qualità e al tipo di relazioni che si sono instaurate.

L'importanza dei "diritti ed esigenze specifiche di bambini e bambine in diverse fasce di età" è sottolineata dalla Risoluzione 2079 conformemente alle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di bambino (Art. 5.10).

La Risoluzione 2079 del 2015 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, al contrario di quanto sostenuto nella relazione illustrativa, va in una direzione opposta a quella del DDL, in quanto indica una personalizzazione del tempo con ciascun genitore in ragione delle esigenze di ciascuno. Raccomanda, infatti, agli Stati membri di: "introdurre nelle loro leggi il principio della residenza condivisa in seguito a una separazione, limitando eventuali eccezioni ai casi di abuso o negligenza sui minori, o di violenza domestica, **con un periodo di tempo in cui il bambino vive con ciascun**

genitore adattato secondo i bisogni e gli interessi del bambino” (Art. 5.5).

La tutela del best interest of the child è principio immanente nel nostro ordinamento, di natura costituzionale e di derivazione sovranazionale, e quindi valorizzato anche ai sensi dell’art. 117 Cost. con riferimento alla Convenzione di New York del 1989 ed agli altri strumenti pattizi che vincolano l’Italia al rispetto dell’interesse del minore, rispetto al quale si valuta la costituzionalità delle leggi (C. Cost., 18 dicembre 2017, n. 272).

Una chiara evidenza che il DDL sia centrato sugli interessi degli adulti e non su quello dei minori emerge anche dall’elenco delle possibilità che il giudice ha per poter escludere il pari-tempo o il minimo dei 12 giorni (Art. 11), elenco che riguarda solo condizioni dei genitori e non contempla condizioni e bisogni dei figli/e.

Dunque, riteniamo che non si possa prevedere un modello di frequentazione applicabile in tutti i casi, perché l’interesse del minore si realizza, ovviamente, soprattutto valutando la specificità della situazione; i tempi paritari e il doppio domicilio dei figli sono in contrasto con la tutela del minore e il diritto di conservare in suo favore il centro stabile degli interessi e della socialità; il riferimento al criterio “oggettivo”, applicabile in ogni caso, dei dodici giorni di frequentazione come base minima, compreso il pernottato, porterà ad un pendolarismo dei minori e ad una reale difficoltà di gestione della coabitazione da parte di quei genitori che espletano attività lavorativa full-time e in luogo lontano dalla loro abitazione, con tutti i disagi e i conflitti che potrebbero nascere.

Il concetto di bigenitorialità riguarda l’impegno e la responsabilità che entrambi i genitori continuano a mantenere nei confronti dei figli dopo la separazione coniugale, e non ha a che fare con il tempo materiale che ogni genitore passa con i figli, ma con il grado di assunzione di responsabilità nei confronti della loro crescita.

La bigenitorialità non può essere intesa come obbligo per il minore di trascorrere pari tempo con i genitori – come se fosse un diritto che questi rivendicano nei confronti del figlio - , ma, al contrario, come diritto di quest’ultimo alla continuativa e stabile presenza, nella propria vita, di entrambe le figure genitoriali – chiamate a cooperare nella sua assistenza, educazione e istruzione - nella più piena garanzia di forme di protezione, per quanto possibile, dalle lacerazioni che inevitabilmente le separazioni portano nella vita delle famiglie.

Obiettivo, condiviso da tutti gli operatori specializzati del settore di diritto di famiglia e minorile, è quello di ampliare il più possibile l’applicazione di una paritetica presenza dei genitori nelle vite dei propri figli. Tale obiettivo è perseguibile con politiche di diffusione della cultura dei diritti del minore e di sostegno alle famiglie, evitando dannose contrapposizioni tra le due figure genitoriali.

4. L’art 11 prevede altresì la sostanziale eliminazione dell’assegno perequativo mensile a carico di uno dei genitori: “Nel piano genitoriale deve essere indicata anche la misura e la modalità con cui ciascuno dei genitori provvede al mantenimento diretto dei figli, sia per le spese ordinarie che per quelle straordinarie, attribuendo a ciascuno specifici capitoli di spesa, in misura proporzionale al proprio reddito secondo quanto previsto nel piano genitoriale..”, l’assegno perequativo viene previsto solo in casi del tutto eccezionali e residuali, per un tempo determinato. Si tratta di una soluzione che potrebbe trovare attuazione solo in ipotesi in cui non vi sia alcuna conflittualità tra i separandi, senz’altro da escludersi in caso di separazioni non consensuali.

Questa soluzione, in ogni caso, è fortemente penalizzante non solo per il genitore più

debole, ma anche per il bambino, il quale verrà costretto a due ménage, in relazione alle possibilità economiche dell'uno e dell'altro genitore, nei periodi di permanenza presso ciascun genitore. Inoltre è da notare che se uno dei genitori non adempie ai suoi obblighi, l'altro non avrà un titolo da azionare direttamente nei suoi confronti, ma dovrà provvedere a far fronte alla totalità delle spese, salvo reclamare con apposito giudizio il rimborso della quota gravante sull' altro, con un inevitabile incremento del contenzioso. Inoltre non potrà neppure chiedere il pagamento diretto al datore di lavoro del genitore inadempiente, come la normativa vigente consente.

I giudici della famiglia sanno bene che uno degli elementi sui quali si scarica la conflittualità della coppia genitoriale in crisi è proprio la regolamentazione dei rapporti economici, in primis in relazione al mantenimento dei figli. Il mancato adempimento degli oneri di mantenimento da parte di uno dei genitori diventa spesso strumento di rivendicazioni e vendette. Non avere un istituto certo e predeterminato, non solo rischia di aumentare esponenzialmente la conflittualità della coppia genitoriale, ma inevitabilmente si scaricherà sul coniuge più debole che potrebbe addirittura rischiare di non poter tenere il figlio presso di sé.

Sottrarsi al mantenimento dei figli o del coniuge più debole, peraltro, non sarà più considerato reato, perché il disegno di legge prevede l'abrogazione dell'art. 570-bis cod. pen. (art 21) che punisce la violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio.

L'assegno perequativo mensile per il mantenimento dei figli, che il genitore non collocatario è chiamato – oggi – a corrispondere all'altro, risponde al principio in base al quale, tenendo conto dell'impoverimento del nucleo familiare generato inevitabilmente dalla separazione, debba essere tutelato il diritto del minore a mantenere un tenore di vita simile a quello goduto in precedenza. Il mantenimento diretto durante i tempi paritari imposti dal decreto e la conseguente abolizione dell'assegno, stante il forte squilibrio economico che caratterizza la gran parte dei coniugi, si traduce, al contrario, in una lesione di tale diritto. Non può, invero, passare l'idea che ciascuna figura genitoriale sia nelle condizioni di dare al minore pari tenore di vita.

Inoltre, si prevede (art 15) che il figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente debba farsi carico, per vedersi riconosciuto il diritto al mantenimento, di proporre una domanda giudiziale nei confronti di entrambi i genitori, con ciò non considerando il suo diritto a non essere coinvolto nelle dinamiche conflittuali della coppia genitoriale.

La previsione del pagamento diretto di un assegno di mantenimento da parte di entrambi i genitori in favore del figlio maggiorenne, non tiene conto del grado di maturazione del figlio e della sua capacità di gestire l'assegno, nonché degli oneri di mantenimento ai quali il genitore convivente, se più debole economicamente, sarebbe costretto a chiedere al figlio di contribuire (affitto, bollette, cibo, ecc.).

La previsione, poi, che al compimento del 25° anno di età cessi l'obbligo di mantenimento a carico dei genitori (art 15 ultimo comma), non tiene in alcun conto della attuale realtà sociale e della difficoltà dei giovani ad inserirsi nel mondo del lavoro. Si tratta di un automatismo che tradisce anche in questo caso la volontà di tutelare i soggetti adulti e non i figli.

5. Le norme sulla casa familiare (art 14) non tengono conto del bisogno del bambino – sottolineato da tutti gli operatori specializzati in questo ambito - di non stravolgere le

proprio abitudini di vita rimanendo, prevalentemente, nel luogo in cui è cresciuto.

In caso di proprietà esclusiva di un genitore o di comproprietà tra le parti il giudice potrà stabilire che i figli possano mantenere la residenza con l'altro genitore nella casa familiare, ma questi dovrà versare un canone di locazione computato in base ai prezzi di mercato.

E comunque questi non potrà continuare ad abitare nella casa familiare di proprietà dell'altro genitore nel caso in cui conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio

Nell'esperienza giudiziale l'assegnazione della casa familiare costituisce uno strumento importante di tutela dei figli, in quanto nel momento per loro più difficile, quello della separazione dei genitori, garantisce la loro stabilità e la conservazione del luogo degli affetti.

Il prevedere che il genitore cui viene consentito di rimanere nella casa familiare di proprietà dell'altro debba versare a quest'ultimo un indennizzo pari al canone di locazione snatura completamente la funzione dell'assegnazione.

Già è previsto che il giudice nello stabilire la necessità o la misura dell'assegno perequativo di mantenimento per i figli o di mantenimento per l'altro coniuge, debba tener conto della situazione complessiva reddituale e patrimoniale di entrambi, compresa l'assegnazione della casa coniugale in relazione allo statuto proprietario della stessa. Il genitore assegnatario della casa coniugale ne trae un vantaggio economico del quale si tiene conto, come della rispettiva necessità di prendere in locazione un altro immobile.

Anche in questo caso prevalgono gli interessi proprietari dei genitori su quelli dei minori coinvolti nella separazione e non si tiene conto delle pesanti disparità economiche che ancora oggi frequentemente caratterizzano le coppie italiane, ove è tutt'altro che infrequente che uno dei genitori non avrà la possibilità di pagare un canone di locazione per la casa coniugale, provvedendo anche al mantenimento diretto dei figli nei tempi in cui dimorano con lui. Con la conseguenza che potrebbe perdere il diritto a tenere il figlio presso di sé: l'articolo 11 comma 2

n. 5) prevede, infatti, che l'indisponibilità di spazi adeguati per il figlio minore possa essere presupposto per limitare la permanenza dei/lle figli/e presso il più povero della coppia genitoriale.

6. Quanto all'ascolto del minore, l'art. 16 del DDL non tiene conto dell'elaborazione scientifica in materia, elaborata con il contributo di saperi diversi e dell'esperienza pluriennale nei Tribunali, in relazione alle tecniche di ascolto, alla finalità dello stesso, ed alla necessità che esso si atteggi per il minore come un luogo ed uno spazio accogliente e deformalizzato, dove esercitare il suo "diritto di parola" in assoluta libertà psichica ed emotiva. Il testo di legge in esame plasma l'ascolto del minore sul modello dell'esame diretto ed indiretto conosciuto nelle dinamiche del processo penale, eliminando la possibilità di assicurare all'ascolto un clima di serenità e spontaneità e rendendolo invece un momento rigido, formale e dunque una esperienza potenzialmente traumatica per il minore.

Se nel processo penale ciò ha un senso, essendo in gioco i diritti di difesa dell'indagato, qui non vi sono interessi di adulti da tutelare, contrapposti all'interesse del minore, che deve essere e rimanere assolutamente centrale nelle decisioni che lo riguardano.

In realtà la disciplina oggi consacrata nell'art. 336-bis del codice civile, in particolare

laddove al comma 2° lo stesso prevede che "l'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento" ha dato ottima prova di sé e consente al giudice di modulare l'ascolto in base alla realtà dei rapporti familiari ed alle esigenze del minore coinvolto.

I genitori, rispetto all'attuale disciplina, diventano invece protagonisti dell'audizione del minore. Il che sembra confermato anche dalla volontà di derogare al vigente art. 336-bis comma 3° del codice civile, che prevede che "prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto (...)". Tale disposizione normativa non compare invece nell'art. 16 del d.d.l. 735.

7. l'art. 17 (Modifica all'articolo 342-bis del codice civile) prevede, anche attraverso istanza di parte, l'applicazione di "...uno o più dei provvedimenti di cui agli articoli 342-ter e 342-quater". In altri termini il giudice può passare direttamente all'ordine di protezione del minore e allontanamento del genitore che ostacola la relazione del figlio con l'altro genitore, anche applicando gli articoli citati "quando, pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori, il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo a uno di essi". Nessun interesse, dunque, all'accertamento delle cause di una tale problematica, né alcun interesse ad ascoltare il minore sul perché di determinati vissuti e comportamenti.

Provvedimenti come l'inversione del collocamento o il collocamento in comunità del figlio/a vengono presi prima che venga svolta una valutazione tecnica sull'effettiva presenza dell'alienazione stessa e della condizione psichica del minore. Il giudice può passare direttamente a provvedimenti tempestivi e drastici senza una valutazione della condizione del minore, né una prognosi delle possibili conseguenze di una decisione di questo genere.

Di fronte ad atteggiamenti dei figli che rifiutano di avere rapporti con uno dei genitori il disegno di legge offre una soluzione standardizzata, prevedendo che il giudice possa adottare ordini di protezione, limitare o sospendere la responsabilità genitoriale dell'altro, persino disporre il collocamento provvisorio dei minori in una apposita struttura specializzata, così riconducendo in via automatica quel rifiuto all'ambito della alienazione parentale.

Proprio in relazione al tentativo di contenere i rifiuti di un figlio di vedere e frequentare un genitore, gli estensori non sembrano tenere in conto non solo l'opinione del bambino, ma anche i rapporti e le relazioni che intercorrevano tra i genitori e il figlio stesso, soprattutto quando specificano che potranno essere attivati gli artt. 342-ter e 342-quater anche in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori.

Pur sapendo che situazioni di manipolazione dei minori da parte di un genitore esistono, appare altamente lesivo dei diritti del minore supporre che il suo rifiuto di incontrare un genitore sia comunque da imputare al condizionamento dell'altro, non considerando invece il diritto del minore di rifiutarsi di mantenere un rapporto con un genitore che sia in vario modo inadeguato sul piano genitoriale o che lo abbia esposto a situazioni di violenza domestica. Il tema dell'alienazione parentale è scientificamente controverso ed ogni specifica situazione va valutata attentamente da professionisti esperti. 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. Le situazioni sono spesso complesse e non si risolvono con letture semplificate, ma il figlio ha diritto a che vengano capiti i motivi del suo rifiuto ed eventualmente curate le relazioni disfunzionali alla base di questo.

Tale norma tradisce una totale sfiducia negli operatori del diritto che, sempre, hanno il dovere di accertare se ciò sia determinato da eventuale manipolazione da parte dell'altro genitore. Costituisce una grave violazione dei diritti del minore, altresì, supporre in via automatica che il suo rifiuto di incontrare un genitore sia comunque da imputare al condizionamento dell'altro, non considerando invece né la valorizzazione della volontà del bambino – pilastro della riforma del diritto di famiglia del 2013 -, né l'obbligo di approfondire, sempre e comunque, l'adeguatezza sul piano genitoriale di un adulto che ben può, in alcuni casi che è doveroso indagare, aver esposto il figlio a forme di violenza domestica.

8. La proposta di legge tende, inoltre, ad ampliare i conflitti orizzontalmente introducendo nel giudizio altri attori quali i nonni (e, come si è visto, i figli maggiorenni).

I nonni, infatti, saranno legittimati ad intervenire volontariamente nelle procedure di affidamento promosse dai genitori per far valere le loro istanze.

La loro presenza processuale non può che amplificare il conflitto, rendere più complessa e lenta la procedura che, invece, necessita di celerità. Le istanze dei nonni (che sono quattro), potrebbero, infatti, essere diverse e contrapposte tra loro, e non si comprende come tale previsione si coordini tale norma con quella di cui all'art art 317 bis c.c. che prevede la possibilità per i nonni di adire il giudice minorile per far valere il loro diritto alla frequentazione dei nipoti. Il legislatore aveva, infatti, stabilito che tali istanze seguissero un diverso iter processuale, rispetto a quello proprio delle separazioni dei genitori, proprio per non aggravare ed introdurre ulteriori elementi di ulteriore conflittualità in procedimenti delicati e difficili.

La moltiplicazione delle figure processuali nei giudizi separativi riguarda anche la figura del coordinatore genitoriale. Non è chiaro quale ruolo rivesta tale figura nel processo (CTU, ausiliario del giudice, ausilio tecnico delle parti). Certo è che il proponente sceglie la strada del coordinatore privato, le cui spese sono ripartite al 50% tra le parti. Nulla a che vedere con le buone prassi di alcuni Tribunali (ad es. Civitavecchia) che aveva promosso la formazione degli operatori dei servizi sociali a fornire la funzione di coordinazione genitoriale come servizio pubblico.

Un'altra voce di spesa, dunque, che aggrava gli oneri processuali di chi intende promuovere un giudizio di separazione: spesa della mediazione, spesa dell'avvocato, spesa della CTU, spesa del coordinatore genitoriale.

Nella descrizione della funzione di 'coordinazione genitoriale' si assiste ad una massiccia privatizzazione del giudizio, soprattutto nelle vicende di alta conflittualità (art. 13).

Ampi i poteri del coordinatore genitoriale, la cui nomina è 'proposta dal giudice' nel caso di fallimento della mediazione familiare che ha già imposto sei mesi di sospensione del giudizio. Il coordinatore può 'sentire le parti separatamente e congiuntamente e le parti possono attribuirgli il potere di assumere decisioni limitatamente a specifici ambiti.'

Stride l'autonomia che si è disposti ad accordare a questa figura di ambigua

collocazione processuale a fronte della massiccia riduzione degli ambiti di discrezionalità giurisdizionale (tempi paritetici di permanenza, 12 notti, ecc.).