



*Master Universitario di Secondo livello in Diritto di
famiglia a.a. 2017/2018*

**L'INTERESSE DEL MINORE NEL CONFLITTO GENITORIALE. *Quali
prospettive?***

Relatore progetto tesi
Prof. Avv. Pompilia Rossi

Direttore del Master
Prof. Michele Tamponi

Martina Vetere
Matr. Num. SL01197

*Alla mia famiglia,
la mia casa
da cui mi allontano spesso
e dove non riesco a fare a meno di tornare, sempre.*

L'INTERESSE DEL MINORE NEL CONFLITTO GENITORIALE
Quali prospettive?
INDICE

<i>Introduzione</i>	5
CAPITOLO I - Status unico di figlio e responsabilità genitoriale	12
1. La nuova filiazione: unificazione dello <i>status</i> unico di figlio. Brevi cenni	12
2. Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale. Brevi cenni	23
CAPITOLO II - The best interest of the child	31
1. Il minore: da oggetto a soggetto di diritto	31
2. Il minore nel diritto interno e internazionale. Interpretazione applicativa e giurisprudenziale	34
3. I diritti e i doveri del minore	44
3.1 L'ascolto del minore.....	47
4. L'interesse del minore (<i>ante</i> progetto di riforma "Pillon") nel conflitto genitoriale e nel regime di affidamento. Segue	49
CAPITOLO III- Progetti di riforma (disegni di legge n. 735, 118, 768 e 45 del 2018)	61
1. La riforma del diritto di famiglia. Linee generali.....	61
1.1 DDL n. 735/2018 di iniziativa del Senatore Pillon.....	63
1.2 DDL n. 118/2018 di iniziativa del Senatore De Poli	88
1.3 DDL n. 768/2018 di iniziativa dei Senatori Gallone, Modena, Malan, Ronzulli, Toffanin, Damiani, Galliani, Giammanco, Papatheu e Moles	94
1.4 DDL n. 45/2018 di iniziativa dei Senatori De Poli, Binetti, Saccone	96
2. Considerazioni. Segue.....	101
CAPITOLO IV - L'interesse del minore e le nuove proposte di legge. Riflessioni	102
1. Nuovi progetti di riforma e la tutela del minore	102
1.1 Percorsi di sostegno alla genitorialità e piano genitoriale	104

School of Law

1.2	Affidamento paritetico	109
1.3	Violenze domestiche.....	117
1.4	Il fenomeno della PAS	119
2.	L'adultocentrismo e lo svilimento dei diritti del minore	124
	<i>Conclusioni</i>	130
	<i>BIBLIOGRAFIA</i>.....	134

Introduzione

La crisi del rapporto genitoriale e il disgregarsi della famiglia incidono in maniera ineluttabile sul futuro dei figli, soprattutto di quelli minori, a tutela dei quali il nostro ordinamento prevede una disciplina *ad hoc* il cui principio informatore è il c.d. *best interest of the child*¹.

Atteso che la tutela dell'infanzia è un settore in continua evoluzione, il principio dell'interesse del minore ha subito una notevole evoluzione in linea con la rinnovata concezione del minore nella compagine sociale.

Tanto è vero che storicamente, per lo più nel Novecento, il minore appariva come *oggetto del diritto*, ovvero parte passiva nelle relazioni familiari nonché come singolo sottoposto all'autorità degli esercenti la patria potestà: egli, infatti, appariva come "succube" delle decisioni dei genitori – sebbene queste fossero prese nel suo interesse e nel rispetto delle sue inclinazioni ed esigenze – ma comunque il minore giammai assumeva titolarità dei diritti poiché, in virtù dello *status filiationis*, si ergeva a mero oggetto di norme giuridiche.

In un momento successivo, grazie all'elaborazione di strumenti internazionali volti alla protezione del fanciullo e al riconoscimento espresso dei suoi diritti fondamentali², il bambino viene tutelato in quanto persona, soggetto autonomo e titolare di posizioni giuridiche soggettive a lui riconosciute di diritto.

Ed è proprio in questo contesto che viene a sancirsi ed affermarsi il principio del superiore interesse del minore, parametro indefettibile che trova riconoscimento in tutte le convenzioni e dichiarazioni internazionali dedicate al fanciullo, imponendosi come principio generale ed autonomo nell'ordinamento giuridico nazionale ed internazionale.³

¹ Introdotto dall'art. 3 della "UN Convention on the Rights of the Child", laddove si afferma che "*in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*".

² Cfr. *ex multiis* Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei minori, Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000.

³ C. Cerrai, S. Ciocchetti, P. La Vecchia, I.E. Pipponzi, E. Vargiu, *La tutela giuridica del Minore*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 193.

Mentre in ambito internazionale si assisteva all'affermazione di una nuova e più garantista tutela del minore, finalmente anche le legislazioni nazionali iniziarono a conformarsi all'evoluto contesto sociale e alle sempre più nuove concezioni di famiglia⁴: si è passati infatti da una visione della famiglia verticalizzata alla concezione di famiglia come formazione sociale e luogo dove sviluppare la propria personalità, in cui a tutti i membri ad essa appartenenti vengono riconosciuti pari diritti e pari doveri.

Il padre e la madre, infatti, non esercitano più un "potere" verso il minore, ma assumono la responsabilità di assistere, educare e mantenere la prole nella sua crescita quale autonomo soggetto: essi diventano, pertanto, i garanti del rispetto dei diritti fondamentali dei propri figli in ogni contesto, primo tra tutti in quello familiare.⁵

Di conseguenza, nonostante l'adempimento degli obblighi che i genitori hanno nei confronti dei figli si presume di natura spontanea - proprio perché tali doveri, più che su un precetto giuridico, sono fondati su norme di natura etica e sociale -, l'ordinamento ha previsto un sistema protettivo dei diritti dei figli, attraverso la creazione di strumenti (sia di natura penale⁶ che di natura privatistica⁷) volti, più che in un'ottica punitiva dei genitori, ad una più concreta tutela dei figli.⁸

Pertanto, viene abbandonata quella che era la prima e condivisa visione "adultocentrica" della famiglia: in questo nuovo contesto, i diritti degli adulti acquistano

⁴ Si assiste infatti all'evoluzione normativa di patria potestà in "autorità genitoriale" a "responsabilità genitoriale" con la riforma del diritto di famiglia del 1974 alle più recenti innovazioni legislative di cui alla L. 219/2012 e al D.Lgs. 154/2013.

⁵ V. *supra* nota 3, p. 194.

⁶ Per esempio, è reato la violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.); è soggetto a pena chi abusa dei mezzi di correzione o disciplina (art. 571 c.p.) o maltratta i fanciulli (art. 572 c.p.) o abbandona un minore degli anni quattordici o un incapace per malattia di mente o di corpo (art. 591 c.p.); tutte norme con efficacia deterrente e con contestuale funzione afflittiva e repressiva di tali comportamenti illeciti.

⁷ Si pensi ai casi di responsabilità aquiliana di cui agli artt. 2043-2059 c.c. che trovano applicazione nei casi di danno arrecato dai genitori ai figli, o all'ipotesi di distrazione dei redditi in caso di violazione dell'obbligo di mantenimento a garanzia del mantenimento, dell'istruzione ed educazione della prole ai sensi dell'art. 316-bis; si pensi alla rimozione dall'amministrazione del patrimonio del minore o alla privazione dell'usufrutto legale sui beni del minore ex art. 334 c.c.; si pensi ancora al provvedimento che dichiara la decadenza dalla responsabilità genitoriale in caso di violazione dei doveri ad essa inerenti ex art. 330 c.c.

⁸ G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII edizione, UTET GIURIDICA, Torino, 2018, p. 381.

una portata “funzionale” ovvero cedono dinnanzi ai diritti del fanciullo, essendo divenuta più pregnante la protezione della prole, quale parte debole della relazione e di conseguenza bisognosa di maggiore tutela.

In questo contesto interviene il criterio guida del “principio di superiore interesse del minore” che permea l’intero complesso del diritto minorile nei Paesi europei⁹.

Tale principio costituisce oggi la clausola generale positivamente predisposta al fine di consentire al giudice la valutazione concreta delle peculiarità della situazione sottoposta al suo vaglio, affinché egli adotti la decisione più conforme al miglior interesse del minore.¹⁰

Il minore diviene, quindi, a tutti gli effetti, soggetto di diritto e titolare di una propria soggettività giuridica da tutelare e proteggere.¹¹

A questa innovazione culturale e giuridica ha dovuto conformarsi e conciliarsi il ruolo delle autorità nazionali nel rispetto del principio di non ingerenza nei rapporti genitori-figli fino a quando ciò non sia funzionale al contestuale obbligo di implementare e tutelare tali rapporti: ciò corrisponde alla presunzione secondo cui l’interesse del figlio – soprattutto quello minore di età - sia realizzato e protetto al meglio attraverso l’interazione del figlio con il proprio nucleo familiare (genitori e i parenti).

Invero, appare verosimile che sia proprio tale relazione ad assicurare alla prole il proprio benessere psicofisico, inteso come “*miglior sviluppo in ragione della sua età evolutiva*”¹².

Fintanto che il minore “vive” nel suo nucleo familiare, composto idealmente ed essenzialmente da entrambi i genitori, *nulla quaestio*: si presume, infatti, come si è già detto, che quella sia la sede ideale per lo sviluppo della propria personalità nel rispetto dell’interesse del minore stesso.

Ma come si concilia la disciplina del principio del superiore interesse del minore nel caso di disgregazione del nucleo familiare?

Per quanto concerne il nostro diritto nazionale, abbiamo assistito, dagli anni ’70 in poi, ad una rivoluzione dei modelli familiari, ad un suo ampliamento, ma anche all’emanazione

⁹ Esso viene infatti formalizzato per la prima volta nell’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore del 1989 (v. *supra* nota 1).

¹⁰ M. G. Ruo, “*“The best interest of the child” nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo*”, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 46-49.

¹¹ *Supra* nota 3, p. 194.

¹² *Supra* nota 10, pp. 46-49.

di una disciplina che regoli la “fine” dei rapporti tra coniugi e le conseguenze che la frattura matrimoniale comporta all’interno del nucleo familiare.

Il superiore interesse del minore acquista una rinnovata portata applicativa nella prassi giurisprudenziale e dottrina, nonché legislativa, laddove l’esigenza è quella di garantire che i diritti fondamentali che vengono riconosciuti al minore trovino compiuta affermazione nelle sue “nuove” relazioni familiari e sociali.

Com’è noto, per quanto concerne il diritto italiano, dagli anni Settanta in poi sono state varate diverse leggi – interventi di natura settoriale e non – che hanno regolato gli istituti della separazione e del divorzio e, di conseguenza, quello dell’affidamento dei minori.

Tra le novità più rilevanti giova ricordare, in primo luogo, la legge n. 898/1970¹³ che introduceva, con i casi di scioglimento del matrimonio, anche le disposizioni in materia di affidamento, nonché la grande riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁴ che ha attribuito alla materia familiare il previsto e necessario rilievo costituzionale. Poi, altamente innovativa, è stata la legge 6 marzo 1987, n.74¹⁵, che ha, di fatto, uniformato la normativa sul divorzio a quella del 1975 sulla separazione (v. art. 23). Ed infine, baluardo di quest’epoca di rivoluzioni legislative, la legge n. 54/2006¹⁶ che, modificando la normativa della separazione, precisa che la stessa si applica pure in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Essa ha introdotto come regime generale quello dell’affidamento condiviso: da quel momento in poi non appariva più consono agli interessi dei minori consentire un affidamento di tipo “mono-genitoriale”. Non può che non richiamarsi, all’uopo, il disposto

¹³ “Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”, pubblicata nella Gazz. Uff. 3 dicembre 1970, n. 306.

¹⁴ “Riforma del diritto di famiglia”, Legge 19 maggio 1975, n. 151, una delle riforme più importanti fra quelle di attuazione costituzionale: viene, infatti, riformata completamente la struttura interna della famiglia in quanto viene riconosciuta alla donna di una condizione di sostanziale parità e viene altresì rafforzata notevolmente la tutela giuridica dei figli illegittimi.

¹⁵ “Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio”, pubblicata nella GU s. gen. n.58 del 11-03-1987).

¹⁶ La legge n. 54/2006 ha consentito all’Italia di dar seguito alla Convenzione, adottata a Vilnius dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 3 maggio 2003, diretta a garantire il diritto del minore a mantenere contatti con entrambi i genitori.

dell'art. 155-*bis* – oggi abrogato, come si dirà *infra* – secondo cui l'affidamento esclusivo può essere disposto ove risulti contrario all'interesse del minore l'affidamento all'altro genitore.¹⁷

Si afferma, invero, con il rinnovato art. 155 c.c.¹⁸ oggi l'art. 337-*ter* c.c., che “*il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, ricevendo cura, educazione ed istruzione, ma pur conservando rapporti con tutti gli ascendenti e parenti*”, da ciò conseguendo che il giudice della separazione assume i provvedimenti per i figli, tenuto conto esclusivamente del loro interesse morale e materiale.¹⁹

La legge n. 54/2006 capovolge in sostanza l'intero assetto normativo previgente, dove di norma il giudice affidava il figlio in via esclusiva a quello dei genitori che meglio pareva essere in grado di seguirne il processo di sviluppo tenendolo presso di sé e introduce il principio secondo cui il figlio di genitori separati non è più oggetto di spartizione ma soggetto di diritto: il diritto alla “bigenitorialità”.

Con tale espressione si intende il diritto del figlio dei separati a continuare a ricevere da entrambi affetto, mantenimento, cura, educazione, istruzione a prescindere dalla frattura dell'unità familiare e dal suo collocamento presso l'uno o l'altro di essi.²⁰

Pertanto, oggigiorno, quando si parla di affidamento di figli di genitori separati, occorre raggiungere un giusto equilibrio tra l'interesse del figlio a vivere in un ambiente sereno e quello del genitore, non affidatario, a mantenere con lui rapporti frequenti a garanzia del figlio stesso che ne ha esplicito diritto.

E, ovviamente, in sintonia con quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989 e dall'art. 24 della Carta di Nizza del 2000, criterio determinante è

¹⁷ A. Ansaldo, “*Il divorzio*”, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp.174-175.

¹⁸ Modificato successivamente dall'art. 5 del D.lgs. 154/2013 con l'introduzione del Titolo IX, Capo II, Libro I, c.c.

¹⁹ M. Dogliotti, “*Principi generali e linee di tendenza*”, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2.

²⁰ A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Dossetti M., Moretti M., Moretti C. (a cura di), VI ed., Zanichelli, 2019, p. 226

sempre l'interesse del minore che costituisce quindi al contempo obiettivo e limite della frequentazione da parte del figlio di entrambi i genitori^{21,22}

Di interesse del minore nel conflitto genitoriale si è da poco tornati a parlare in quanto è stato recentemente avanzato un progetto di riforma del diritto di famiglia, composto da quattro proposte di legge che si professano, almeno in linea teorica, "avanguardiste", ma che, in realtà, hanno rimesso in discussione tutte le regole di gestione del conflitto matrimoniale sia fra i coniugi che nel rapporto genitori-figli.

Il pioniere di quest'ondata di riforma è il già famoso, in quanto molto dibattuto, disegno di legge "Pillon", presentato dal senatore leghista e organizzatore del *Family Day* Simone Pillon il 1° agosto 2018 per garantire "l'affido condiviso, il mantenimento diretto e la garanzia di bigenitorialità". Tale proposta di legge - insieme alle altre tre (il DDL n. 118, di iniziativa del Senatore De Poli, il DDL n. 768, di iniziativa d'iniziativa dei senatori Gallone, Modena, Malan, Ronzulli, Toffanin, Damiani, Galliani, Giammanco, Papatheu e Moles e il DDL n. 45, d'iniziativa dei senatori De Poli, Binetti e Saccone) - che intende "stravolgere" il diritto di famiglia e in particolare l'affidamento dei figli e il loro mantenimento in caso di separazione dei genitori, è per ora ancora sottoposta all'esame della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica.

Ad oggi, il Decreto Pillon è stato oggetto di critica dei movimenti femministi, degli operatori sociali, delle attiviste dei centri antiviolenza e delle organizzazioni che si occupano di violenza contro le donne, ma anche delle associazioni per la tutela dei minori.

²¹ Tale principio è stato più volte ribadito nelle pronunce che hanno ad oggetto l'adozione di misure fortemente intrusive come la decadenza dalla potestà genitoriale o l'adottabilità di un figlio minore, ma è stato esplicitamente applicato anche in materia di procedimenti separativi della coppia genitoriale. Ad esempio, nel caso *Buscemi c. Italia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 16 settembre 1999, ric. 29569/95), avente ad oggetto l'affidamento di una minore al padre, la Corte, a seguito del rigetto da parte delle autorità nazionali della richiesta di affidamento della minore al padre e del successivo affidamento della stessa prima ai servizi sociali e poi alla madre, ritenne violato non l'art. 8 in ragione della grave conflittualità dei genitori che avrebbe sicuramente influenzato negativamente la minore ove i rapporti tra la stessa e il genitore non affidatario fossero stati più frequenti.

²² *Supra* nota 10, pp. 46-49.

Emerge chiaramente che il disegno di legge ivi commentato è improntato su una regolamentazione rigida e standardizzata di uno dei momenti più delicati della vita familiare quale è, invero, quello della “crisi” del rapporto coniugale.

Le disposizioni del Decreto Pillon sembra mirino a limitare la libertà di scelta degli ex coniugi per ciò che concerne la gestione dei propri figli, i quali invece rimangono relegati a una posizione passiva e declassati nella tutela dei loro diritti, a differenza di quanto era accaduto nel 1975 quando la normativa in materia di famiglia assumeva matrice di natura appunto puerocentrica.

Ebbene, nonostante tali riforme siano state presentate come un intervento finalizzato a esaltare il concetto della “bigenitorialità” in una prospettiva paritaria nei tempi e nelle modalità di accudimento dei figli, esse si rivelano in netta contraddizione rispetto a quanto affermato dagli studi più accreditati sul trattamento del conflitto familiare.

Pertanto, finalità dell’elaborato, sarà quella di indagare, dopo un esame approfondito dei principi ispiratori della riforma ancora non entrata in vigore, e dopo una presentazione dei principi informatori della materia, se i quattro decreti sottoposti al vaglio del legislatori siano volti o meno a tutelare la figura del minore conformemente alle precedenti disposizioni legislative o se piuttosto vadano a stravolgere *in peius*, come molti lamentano con fervore, l’assetto dei diritti costituzionalmente garantiti sia ai minori che ai genitori separati.

Non si può tuttavia nascondere la preoccupazione secondo cui il principio dell’interesse del minore, in quanto formula aperta, possa divenire – e la riforma in esame ne potrebbe essere un buon esempio – oggetto di erosione e fonte di caos interpretativo, attesa la eccessiva discrezionalità riconosciuta in questi termini ai giudici e agli operatori di settore, avvocati e consulenti.

Ecco perché, *de iure condendo*, si auspica una super specializzazione di tutti gli operatori del diritto – dal legislatore ai magistrati, agli avvocati, ai mediatori ecc. – affinché venga garantita la giusta applicazione di una massima tutela che assicuri in tempi rapidi e in termini assoluti la realizzazione dell’interesse del minore, in qualsiasi contesto familiare, sociale e giuridico, al fine di consentire allo stesso il suo sviluppo psicofisico in un ambiente, non solo sereno, ma soprattutto conforme alle proprie necessità.

CAPITOLO I – Status unico di figlio e responsabilità genitoriale

1. La nuova filiazione: unificazione dello *status* unico di figlio. Brevi cenni

L'evoluzione normativa circa la disciplina dei figli nati fuori dal matrimonio vede, *in primis*, la fondamentale riforma del diritto di famiglia del 1975 che parifica i figli adulterini²³ ai figli illegittimi, ciò a dire i figli nati dai genitori liberi da qualsivoglia vincolo matrimoniale. La L. n. 121/1975, in pratica, concedeva lo *status* di figlio naturale a quei figli nati fuori dal matrimonio, anche se incestuosi, nei casi in cui la legge ne ammetteva il riconoscimento²⁴.

Indubbiamente la riforma che assume la rilevanza più pregnante nella prospettiva dell'analisi della famiglia c.d. "ricomposta" è quella che ha condotto alla creazione di una condizione unica dello *status* di figlio.

Le novità più importanti introdotte già dal 1975 in materia familiare hanno attuato il principio di uguaglianza dei figli e il loro diritto ad uno *status* familiare corrispondente alla verità delle proprie origini, in linea con il dettato costituzionale così come formulato dai nostri padri costituenti nel 1948, come testimonia la norma enunciata dall'art. 30, comma I e III, Cost. che già da allora introduceva una serie di diritti e doveri nell'ambito del nucleo familiare.

Non si può tuttavia negare che fino alla riforma del '75 sussisteva una profonda distinzione tra figli legittimi e figli adulterini, con una dichiarata preferenza nei confronti

²³ I c.d. "figli adulterini" erano i figli nati da genitori vincolati (che fossero entrambi o uno di essi) da coniugio con terzi e che potevano essere riconosciuti solo dal genitore non coniugato.

²⁴ Ai sensi del previgente art. 278 c.c., rubricato "*Indagini sulla paternità e maternità naturale*", era vietato il riconoscimento dei figli incestuosi tranne nel caso in cui il riconoscimento non venisse autorizzato dal giudice in virtù di ratto o violenza carnale. Grazie all'intervento della Corte Costituzionale (sent. n. 494/2002), il primo comma di questo articolo venne dichiarato incostituzionale laddove escludeva la dichiarazione di paternità e maternità naturali e le relative indagini ex art. 251 c.c. nei casi di figli incestuosi.

dei primi.²⁵ È con la L. n. 151/1975 che viene a realizzarsi una prima formale equiparazione fra questi, pur permanendo una fondamentale differenza: i figli nati in costanza del matrimonio creavano un legame di parentela con i componenti della famiglia a differenza di quelli nati fuori dallo stesso.

Giova, a questo punto, fare un breve *excursus* legislativo sulla questione.

Mentre, storicamente, per “stato di figlio” si intendeva la titolarità, in capo ad un soggetto, del rapporto giuridico di filiazione nei confronti dei soggetti che lo hanno generato (c.d. filiazione di sangue), accanto allo *status* di figlio legittimo ed a quello di figlio naturale, dopo l’emanazione della legge n. 184/1983, si aggiungeva lo *status* di figlio adottivo.

A seguito delle riforme nel diritto di famiglia (*rectius*: riforme relative al diritto della filiazione) del 2012 e del 2013, viene modificata l’intera disciplina della filiazione e viene a dedicarsi alla materia “Dello stato di figlio” la rubrica del Titolo VI, del Libro I del codice civile.

La recente dottrina illustra come, secondo l’attuale regime della filiazione, non sussistono più diversi “*status filiationis*” – quella legittima e quella naturale – ma un unico stato di figlio al quale corrispondono diversi sistemi di accertamento a seconda che la procreazione avvenga da genitori coniugati tra loro o, al contrario, da genitori non coniugati tra loro.

²⁵ Originariamente, invero, a seconda che la procreazione fosse avvenuta in costanza di matrimonio e fra marito e moglie, o fuori dal matrimonio, o tra parenti, si avevano rispettivamente figli legittimi, figli naturali (c.d. “adulterini”) e figli incestuosi. Il legislatore ha sempre però preferito i figli legittimi garantendo infatti agli stessi più ampi diritti, nello specifico di natura successoria: con la riforma del 1975 si iniziò a scalfire questo muro di diffidenza verso la filiazione naturale. Infatti, il legislatore ha cercato di dare piena attuazione alle disposizioni della Costituzione, equiparando la posizione dei figli legittimi e di quelli naturali, anche in tema di diritti patrimoniali. La patria potestà spettava allora al genitore che aveva riconosciuto il figlio, o ad entrambi, se il riconoscimento era stato fatto da ambedue. L’inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima di uno dei genitori poteva essere autorizzato se non contrario all’interesse del minore stesso; dovevano, però, dare l’assenso i figli legittimi, conviventi, che avessero compiuto i sedici anni, il coniuge e l’altro genitore naturale. Il figlio naturale, poteva quindi acquistare lo status di figlio legittimo per effetto della legittimazione, istituto che faceva nascere un rapporto di parentela tra il legittimato ed i familiari del genitore o per susseguente matrimonio tra i genitori naturali o per provvedimento del Giudice.

Ciò viene condiviso anche da quella parte della dottrina²⁶ che, nell'odierno ordinamento, non considera più la cd. la famiglia legittima come unico modello di convivenza familiare approvato dal legislatore.²⁷

Questo mutamento è conseguenza logica della legge sul divorzio n. 898/70: la possibilità di sciogliere gli effetti civili del matrimonio ha provocato una rottura – *in primis* di natura concettuale – dell'idea di vincolo familiare connesso esclusivamente al legame di sangue e sancito dalla sacralità della cerimonia matrimoniale.

Proprio tale innovazione ha determinato, come si è già detto, un mutamento del centro di interesse: dai diritti del genitore alla centralità dei diritti del figlio e del suo preminente interesse alla relazione con i genitori.

In seguito, abbiamo assistito ad un ulteriore passo in avanti dello stesso legislatore, laddove egli, con L. 8 febbraio 2006, n. 54, ha stabilito che le norme sull'affidamento condiviso dei figli, si applicano ai “*procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*” (v. art. 4).

Ciò viene fortemente accentuato anche in applicazione della normativa europea, secondo quanto affermato dall'art. 21, comma I, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla nascita.

Un simile obiettivo, a cui fu dato un decisivo impulso con la l. 8 febbraio 2006, n. 54, è stato definitivamente conseguito con la L. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal D.lgs. n. 28 dicembre 2013, n. 154.²⁸

²⁶ M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, II. Ed., p. 431 ss.

²⁷ Ulteriore conferma di questo filone dottrinale, emerge da una recente pronuncia della Corte Costituzionale, la quale ha ribadito che la “*condizione dei figli deve essere considerata come unica, a prescindere dalla qualificazione del loro status, e non può incontrare differenziazioni legate alla circostanza della nascita*”, cfr. Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 416 ss.

²⁸ Sul tema: M. Sesta, Voce Filiazione (Diritto Civile), In Enc. Dir., Annali, Viii, Milano, 2015, P. 454; E. Al Mureden, La Responsabilità Genitoriale Tra Condizione Unica Del Figlio E Pluralità Di Modelli Familiari, In *Fam. Dir.*, 2014, P. 466; E. Al Mureden, M. Sesta, Sub Art. 315 C.C., In M. Sesta (A Cura Di), *Codice Dell'unione Civile E Delle Convivenze*, Milano, 2016, P.1636; A. Morace-Pinelli, I Provvedimenti Riguardo Ai Figli. L'affidamento Condiviso, In C.M. Bianca (A Cura Di), *La Riforma Della Filiazione*, Padova, 2015, P. 687 Ss., In Part. P. 718 Ss.; P. Sirena, *Il Diritto Del Figlio Minore Di Crescere In Famiglia*, Ivi, P. 119 Ss.; A. Cianci, *La*

La più importante novità in materia è stata introdotta con la legge 10 dicembre 2012 n. 219, con la quale viene istituito il principio dell'unicità dello stato giuridico dei figli: all'art. 315 c.c. viene infatti espressamente sancito che *“tutti i figli hanno lo stesso status giuridico”*²⁹.

Il fulcro della questione ha destato particolare attenzione a seguito degli oramai numerosi interventi della giurisprudenza di legittimità e della Corte Costituzionale in merito a molteplici questioni concernenti la filiazione, corrispondenti ad un disagio della società stessa che cerca *“giustizia”* e necessita di nuovi percorsi giurisprudenziali e legislativi più confacenti alle esigenze delle persone.

Occorre illustrare ora i capisaldi che caratterizzano la concezione post-riforma incentrata sull'assolutezza dello *“status unico di figlio”*.

Dopo un lungo iter legislativo, il Parlamento italiano, il 12 dicembre 2012, varava la legge n. 219 in tema di *“Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”*, che appunto modificando l'assetto giuridico della filiazione sulla base del principio secondo il quale *“tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”*, ha sostanzialmente disposto la sostituzione, nel codice civile e negli altri testi di legge, delle parole *“figli legittimi”* e *“figli naturali”* con la parola *“figli”*³⁰.

In realtà, l'obiettivo della riforma era la totale equiparazione dei figli, senza più alcuna distinzione di *status* giuridico, fossero essi nati all'interno o al di fuori del matrimonio, depotenziando la centralità del vincolo coniugale e mettendo in primo piano i diritti dei figli.

Poi, in attuazione dell'art. 2 della suddetta legge, il 28 dicembre 2013 veniva completata la riforma, con l'emanazione del D.lgs. n. 154/2013, che provvedeva all'adeguamento delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, uniformando la disciplina e disponendo che al posto di *“potestà genitoriale”* si parli di *“responsabilità genitoriale”*, per richiamare il

Nozione Di Responsabilità Genitoriale, Ivi, P. 579 Ss.; G. De Cristofaro, Dalla Potestà Alla Responsabilità Genitoriale: Profili Problematici Di Una Innovazione Discutibile, In Nuove Leggi Civ., 2014, P. 782 Ss.

²⁹ Con la novella del 2012, pertanto, tutte le categorie presenti nel codice come *“legittimi”* e *“naturali”* sono state rimosse e sostituite, semplicemente, dalla parola *“figli”*.

³⁰ Pertanto, riveste un altissimo significato etico-sociale, in quanto ha definitivamente rimosso qualsivoglia pregiudizio circa lo *status*, l'identificazione e la qualificazione dei figli per *“categorie”*, in piena coerenza con i principi di uguaglianza (tra i figli) e pari dignità, così come è previsto dall'art. 3 Cost.

complesso di doveri dei genitori nei confronti dei figli ma anche quello dei diritti (cosa che non avveniva con la potestà).³¹

Andando più nel dettaglio della riforma, le innovazioni introdotte con la L. n. 219/2012, oltre alla eliminazione della differente terminologia usata per distinguere figli legittimi e figli naturali, sono state le seguenti.

In primo luogo, viene modificato l'art. 252 c.c., venendo meno l'istituto della "legittimazione" (che appunto disciplinava il passaggio del figlio da uno *status* all'altro); viene modificato l'art. 74 c.c.³² in tema di parentela in virtù della superata distinzione tra famiglia legittima e famiglia naturale; viene modificata la disciplina relativa al riconoscimento del figlio in ordine al consenso del minore e dell'altro genitore (art. 250 c.c.), per l'autorizzazione degli effetti del riconoscimento ai parenti del genitore da cui fu fatto (art. 258 c.c.), per la legittimazione passiva, prevista anche da curatore nominato dal giudice (art. 276 c.c.). Tra le modifiche più rilevanti, però, vi sono state a) l'integrale modifica dell'art. 315 c.c., che sancisce oggi la parità giuridica di tutti i figli; b) l'introduzione dell'art. 315-bis c.c. che regola nello specifico i diritti dei figli, tra cui il diritto all'ascolto; c) viene modificato l'art. 38 delle Disposizioni attuative del codice civile in ordine alla determinazione della competenza giurisdizionale che è in linea generale del Tribunale Ordinario, residuando in capo al Tribunale per i Minorenni la competenza sulle questioni *de potestate*, oltre alla procedura di azione e di tutela del minore.

È evidente come dalla L. n. 219/12 emerga la volontà del Legislatore di ricollegare il riconoscimento del figlio - soprattutto se nato fuori dal matrimonio - ad un diritto di matrice essenzialmente costituzionale. A tale diritto corrisponde un precipuo interesse del minore ad acquisire uno *status* familiare che, nel caso di concepimento all'interno del matrimonio, è soddisfatto *ipso iure* dall'appartenenza a quella famiglia, mentre, negli altri

³¹ C. Cerrai, S. Ciocchetti, P. La Vecchia, I.E. Pipponzi, E. Vargiu, *La tutela giuridica del Minore*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p.41-42.

³² L'attuale art. 74 c.c., infatti, equipara il vincolo che si instaura fra persone che discendono dallo stesso stipite, espressamente escludendo ogni differenza tra filiazione avvenuta all'interno o al di fuori del matrimonio o filiazione per adozione, restando ciò escluso solo nei casi di adozione di persone maggiori di età ex art. 291 c.c. ss.

casi, trova riscontro nel riconoscimento, in genere operato da entrambi i genitori o da uno solo al momento della nascita³³.

Il D.lgs. n. 154/2013, invece, a completamento dell'ondata di riforma iniziata con la legge di cui sopra, nell'ottica di unificazione, ha esteso a tutti i figli gli effetti successori nei riguardi di tutti i parenti; ha soppresso il diritto di commutazione³⁴ di cui all'art. 537 c.c.; ha sostituito il termine potestà genitoriale con quello di responsabilità genitoriale – di cui si tratterà più nel dettaglio nel paragrafo successivo –; ha introdotto il dovere dei genitori alla “assistenza morale” nei confronti dei figli di cui all'art. 315-*bis*; e infine ha previsto il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni e la conseguente possibilità per i nonni di agire in giudizio, in caso di limitazione o negazione dello stesso (art. 317-*bis*).

Permane, in ogni caso, la distinzione tra filiazione riconosciuta e filiazione non riconosciuta, atteso che solo il riconoscimento giuridico può costituire lo *status* giuridico di figlio, con conseguente acquisizione dei diritti connessi.

Residuano poi due ipotesi: quella del rapporto di adozione, disciplinato dalla L. n. 184/1983, rapporto che da sempre è stato equiparato alla filiazione legittima³⁵, pur operando in tal caso una *fictio iuris*; e l'ipotesi di fecondazione artificiale (di cui alla L. 40/2004), con cui viene riconosciuto lo stato di figlio a quelle coppie che hanno fatto ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita^{36,37}.

Di estrema rilevanza, infine, appare la possibilità, introdotta nel codice civile, del diritto dei genitori della possibilità di riconoscere il figlio non nato dal proprio coniuge (nuovo art. 250 c.c.), che ha fatto venir meno, tra l'altro, il precedente divieto di riconoscere i figli c.d. adulterini. Più specificamente, i figli nati fuori dal matrimonio possono essere riconosciuti

³³ Cfr. sul punto Cass. Civ. Sez. I, Sent., 30/07/2014, n. 17277.

³⁴ L'art. 573 c.c., oggi abrogato, prevedeva il diritto, riconosciuto ai soli figli legittimi, di ottenere quote di eredità attribuite ad uno a più figli naturali dal testatore, liquidando loro la quota in denaro o beni immobili.

³⁵ Tale equiparazione non opera però, ad esempio, nei casi di adozione non legittimante, adozione del maggiore di età *et similia*.

³⁶ Con l'espressa previsione che la madre non potrà ricorrere al diritto di anonimato e in caso di fecondazione eterologa effettuata *contra legem* (art. 3 della citata legge) è esclusa l'azione di disconoscimento di paternità e l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento.

³⁷ *Supra* nota 31, pp.43-44.

– secondo le modalità previste dall’art. 254 c.c. – sia dalla madre che dal padre “*anche se uniti con altra persona all’epoca del concepimento*” (art. 250 c.c.).

Si è giunti, pertanto, dinanzi ad una totale equiparazione tra i figli nati da matrimonio e figli naturali, giacché ha perso di significato la precedente distinzione giuridica e terminologica tra figli legittimi ed illegittimi³⁸.

In realtà, nonostante la riforma della filiazione di cui sopra abbia apportato delle notevoli e più garantiste modifiche circa l’equiparazione tra figli legittimi e naturali a livello sostanziale, persistono ancora delle sproporzionate differenze per quanto concerne gli aspetti di natura prettamente processuale.

In seguito alla riforma del 1975, nell’ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, le questioni attinenti all’affidamento e al mantenimento dei figli legittimi, nonché quelle relative al mantenimento dei figli naturali, spettavano al Tribunale Ordinario; il Tribunale per i Minorenni si occupava, invece, con competenza esclusiva, dell’affidamento dei figli naturali e della disciplina del loro rapporto con i genitori, dei procedimenti relativi alla potestà genitoriale di cui agli articoli 330 e 333 del codice civile e dei giudizi in tema di affidamento, adottabilità e adozione ai sensi della Legge n. 184 del 1983³⁹.

³⁸ La fine della discriminazione dei figli nati fuori dal matrimonio è stata accompagnata dalla messa in crisi della presunzione legale di legittimità sulla scorta della quale lo *status* di figlio legittimo si acquistava con la formazione dell’atto in cui risultava la nascita della madre coniugata.

³⁹ In tal modo, i genitori coniugati potevano accedere ad un sistema unitario di giustizia, che faceva capo al TO, mentre i genitori non coniugati, a seconda del tipo di tutela di cui avevano bisogno, dovevano necessariamente rivolgersi al TO ovvero al TM. Nello specifico, l’art. 38 disp. att. c.c., nel suo tenore originario affidava il processo innanzi al tribunale per i minorenni al rito camerale, per chiara previsione della norma. Innanzi al T.O, invece, in relazione alle competenze originariamente attribuite, i riti erano variabili: il rito sommario nella fase introduttiva sino al provvedimento interinale e nella fase successiva il rito a cognizione piena nelle forme ordinarie per i procedimenti di separazione e divorzio o per la tutela del contributo di mantenimento del figlio (oggi art. 316 – bis, 2° comma, c.c.), il rito camerale per i procedimenti per la revoca e modifica delle sentenze di separazione e divorzio (art. 710 c.p.c. e art. 9, 1° comma, legge n. 898 del 1970) e per i procedimenti *de potestate*, sino ad un rito a cognizione piena ordinario, per le azioni di stato, a tutela dei crediti per le spese straordinarie, alla pensione di reversibilità o alla quota del TFR, con peculiarità particolari per il giudizio di divisione, a seguito dello scioglimento della comunione patrimoniale tra coniugi.

Tale sistema, denominato “doppio binario”, non solo comportava notevoli rallentamenti e difficoltà, ma accentuava, sul piano processuale, le disparità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali⁴⁰.

Nel momento in cui il legislatore, con la L. n. 219/2012, è intervenuto eliminando ogni disparità di trattamento, anche lessicale, tra figli legittimi, legittimati e naturali, si è resa impellente l'esigenza di modificare l'articolo 38 disp. att. c.c.⁴¹

Tuttavia, ancora oggi le tutele processuali non sono le stesse: invero, la legge di riforma ha lasciato che l'amministrazione della giustizia minorile restasse affidata alla diarchia tra TO e TM, nonostante la volontà di introdurre un unico Tribunale per la famiglia e i minori con competenza esclusiva per tutti i procedimenti in materia.

Si è realizzata, in questo modo, una diaspora di riti e competenze, incredibilmente irragionevole per la unicità della materia e oltretutto foriera di discriminazioni dovuta alla regola per cui i figli nati nel matrimonio possono godere della tutela, anche anticipatoria e cautelare, più garantistica del rito ordinario, mentre i figli nati fuori dal matrimonio hanno a disposizione una tutela di tipo camerale autosufficiente, priva di regole e irriducibile ad una tutela interinale e anticipatoria. Neanche l'art. 96, I° co, lett. c), del D. lgs. n. 154 del 2013 ha migliorato questo assetto e anzi ha novellato l'art. 38 cit., con una soluzione che rende ancora più confusionaria la disciplina processuale: infatti, l'attuale norma che recita “*Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 ss. c.p.c.*” abroga apparentemente l'originario collegamento del TM con il rito camerale per destinarlo solo ai procedimenti in materia di affidamento e di

⁴⁰ In realtà, il riparto delle competenze, ex articolo 38 disp. att. c.c., superò il vaglio della Corte Costituzionale, la quale non ravvisò nel doppio binario una violazione dei principi di cui agli articoli 2, 3, 24 e 30 della Costituzione: *cfr. Corte Cost., 30 luglio 1980, n.135, in Foro It. 1980, I, 2961 ss; Corte Cost., 5 febbraio 1996, n. 23, in Foro it.,1997, I, 61 ss.; Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 451, in Giust. civ., 1998, I, 987.*

⁴¹ Già prima di ciò, a seguito della legge n. 54 del 2006 la competenza “per materia” del TM aveva subito, in via interpretativa, una notevole espansione. Dove, infatti, prima di tale riforma, si riteneva che, al giudice specializzato, spettassero solo le controversie relative al mantenimento della prole minorennata nata fuori dal matrimonio, restando quelle a contenuto patrimoniale di spettanza del giudice ordinario, a seguito della legge sul c.d. affidamento condiviso, che aveva inscindibilmente collegato, in rapporto di dipendenza, la questione del mantenimento rispetto a quella, la Cassazione era giunta a ritenere che anche le vicende relative, appunto, al mantenimento dei minori dovessero essere attribuite al giudice specializzato. In questo modo, si era attuata la concentrazione della competenza sulle controversie scaturenti dalla crisi di un'unione di fatto in capo al TM.

mantenimento dei minori: una apparente opzione restrittiva, rispetto al recente passato. Anche l'ultimo comma appare tecnicamente incerto (*"Fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero"*): norma che appare collegata esclusivamente al comma che precede.

A questo punto, gli interpreti hanno optato per la lettura più convincente del combinato disposto: ferma restando la diversità delle competenze tra TM e TO, appare essersi consolidata una generalizzazione del rito camerale come rito delle controversie di famiglie. L'art. 38 disp. att. c.c. di nuova formulazione pone una regola di carattere generale, si è formalizzata una competenza generale del TO, ogni qual volta che non sia contemplata espressamente una competenza speciale del TM. Tutto viene generalizzato sul modello delle forme della volontaria giurisdizione, il rito camerale appunto, prestato alla controversia sui diritti del minore, salvo deroga espressa, come nel caso dei procedimenti per separazione e divorzio in primo grado di giudizio e le azioni di stato.

Se dunque ha scarse probabilità di successo una questione che lamenti la incostituzionalità di un rito camerale a cui è affidata la tutela giurisdizionale dei diritti, di particolare rilievo come quelli di cui è titolare un minore, resta immutato lo stridente contrasto della soluzione dettata dall'art. 38, 2° e 3° comma, cit. con l'art. 3 Cost., ancor più oggi che sul piano sostanziale si è proceduto alla parificazione della disciplina del figlio nato nel matrimonio con il figlio nato fuori dal matrimonio.⁴²

Quest'ultimo rimane destinatario di una tutela esclusivamente camerale, con tutti i suoi limiti in termini di coerenza con la riserva di legge nella disciplina del processo e con le regole del giusto processo, solo che si pensi alla mancanza di una tutela interinale e

⁴² Sull'idoneità del modello camerale ad essere utilizzato nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti vi è da sempre un acceso dibattito: nel contesto che ci riguarda, in effetti, tale rito mostra tutti i suoi limiti ed impone agli interpreti e ai pratici di garantire al meglio i diritti processuali delle parti, rispetto all'azione e alla difesa e, in particolare, alla possibilità di difendersi provando. Le controversie relative alla responsabilità genitoriale e al mantenimento di minori, infatti, richiedono sovente l'espletamento di articolata attività istruttoria (ad esempio, per verificare le capacità genitoriali delle parti o per accertare i loro redditi e patrimoni effettivi). Spesso, dunque, il procedimento dovrà articolarsi su una serie di udienze successive, per consentire l'acquisizione del materiale istruttorio necessario, nell'ottica di una cognizione piena ed esaustiva (ancorché deformalizzata) e non certo sommaria (in quanto superficiale o parziale), nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento con i figli di genitori coniugati. Al riguardo, si pongono alcuni problemi.

anticipatoria; il primo solo gode delle forme anticipatorie e ordinarie dei procedimenti per separazione e divorzio.

Il legislatore avrebbe più ragionevolmente dovuto introdurre la riforma generale delle competenze e dei riti nelle controversie di famiglia, al fine di portare a compimento quella razionalizzazione e unificazione in conformità con il testo costituzionale. Tuttavia, persiste la grave lacuna e la diaspora delle competenze e dei riti che si consuma sulla identità di situazioni e diritti, a tutto pregiudizio del figlio nato fuori dal matrimonio.⁴³

Ritornando ai profili sostanziali della materia, la nuova disciplina stabilisce che ogni figlio ha diritto di crescere in famiglia, tuttavia l'art. 252 c.c., ai primi due commi, recita che *“qualora il figlio nato fuori dal matrimonio di uno dei due coniugi sia riconosciuto durante il matrimonio, il giudice, valutate le circostanze, decide in ordine all'affidamento del minore e adotta ogni provvedimento a tutela del suo interesse morale e materiale. L'eventuale inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori può essere autorizzato dal giudice qualora ciò non sia contrario all'interesse del minore e sia accertato il consenso dell'altro coniuge convivente e degli altri figli che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età e siano conviventi, nonché dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento [...]”*.

Pertanto, è indiscutibile il diritto, riconosciuto implicitamente ai figli legittimi, di convivere con i genitori, mentre è ancora oggi più contorto e discrezionale in relazione ai figli naturali, in relazione ai quali è necessario tenere in considerazione come parametro valutativo sempre il preminente interesse del minore.⁴⁴

Nell'ambito dei modelli familiari che attualmente hanno trovato pieno riconoscimento nell'ordinamento giuridico la parentela e l'affinità si costituiscono secondo modalità differenziate, dando vita ad un quadro assai articolato e complesso.

⁴³ C. Cecchella, *“Il rito camerale delle controversie di famiglia dopo la riforma della filiazione”*, all'indirizzo web https://www.osservatoriofamiglia.it/moduli/17506751_Cecchella.-Il-rito-camerale.pdf

⁴⁴ La *ratio* della norma richiamata trae la sua origine nella tutela che l'art. 30 Cost. riconosce alla famiglia legittima, con la conseguenza che il diritto del figlio naturale di convivere con il genitore, qualora entri in conflitto con i diritti della famiglia legittima, non avrà tutela e soccomberà inesorabilmente dinanzi al diritto di quest'ultima. Invero, la norma riconosce una totale supremazia al diritto del coniuge e dei figli legittimi e conviventi, mentre al figlio naturale non viene neppure data la possibilità di esprimere la propria opinione sull'eventuale convivenza neppure se ultra- sedicenne o con facoltà di discernimento.

Così, alla tradizionale visione della famiglia fondata sul matrimonio, caratterizzata per il sorgere di legami di parentela necessariamente basati sul ricorrere dei due presupposti rappresentati dal matrimonio e dalla discendenza biologica da cui si sviluppano i diversi legami di affinità, viene affiancata oggi un modello di famiglia fondata sulla generazione biologica del figlio nella quale i legami di parentela derivano da sole circostanze genetiche (o quasi) e non necessitano dell'elemento del matrimonio; una famiglia nella quale, al tempo stesso, proprio la mancanza del matrimonio determina l'assenza di vincoli di affinità tra i parenti dei c.d. "partners".

Infine, a seguito della recentissima riforma attuata dalla L. n. 76/2016⁴⁵, prendono corpo ulteriori modelli di famiglia fondati su un'unione giuridicamente rilevante della coppia (l'unione civile o la convivenza), che tuttavia non genera affinità tra i parenti della coppia stessa.

Nel complesso quadro delineatosi reclama con intensità crescente un riconoscimento anche la c.d. "famiglia degli affetti", la cui essenza può essere individuata in una rete di legami che, sebbene non cementati dal matrimonio di una coppia o dalla discendenza biologica, danno vita a relazioni che vengono percepite come significative, soprattutto se instauratesi tra un minore e il c.d. genitore sociale, ossia il *partner* del genitore biologico di quest'ultimo.⁴⁶

In definitiva, a seguito dell'odierna legge, la preminenza del vincolo coniugale rispetto alla filiazione e, quindi, alla configurazione legale della famiglia, già fortemente ridimensionato dall'introduzione del divorzio, dalla riforma del diritto di famiglia e dalla legge sull'affidamento condiviso, è ora definitivamente scemato, lasciando spazio ad una nuova prospettiva legale della famiglia, essenzialmente fondata sui legami di consanguineità fatti constare nei modi di legge.

⁴⁵ In tema di "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", GU Serie Generale n.118 del 21-05-2016.

⁴⁶ E.Al Mureden, "La famiglia ricomposta tra autonomia privata e diritti disponibili", in Liber Amicorum (a cura di) Pietro Rescigno, Vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 27-50. Cfr. anche sul punto Cass. Civ. Sez. I, sent. n. 19599/2016 laddove afferma la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti sicché al diritto "[...]spetta la tutela dei detti rapporti ma ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre riferimento, over ricorra, al prevalente interesse del minore".

Ecco come, pertanto, la nozione di famiglia legale nonché naturale, ad oggi, non risulta più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso. Può, quindi, affermarsi che esso dispiega effetti esclusivamente con riguardo al rapporto tra coniugi e non spinga sui rapporti giuridici della loro discendenza.

Ed anche a voler interpretare l'art. 29 Cost. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. come fattispecie aperta, volta a ricomprendere in essa i modelli familiari concretamente esistenti nella realtà sociale rimane egualmente il fatto che la disposizione non sembra affatto consentire di includervi relazioni senza matrimonio.

Ebbene, come più volte affermato *supra*, con il D. Lgs. n. 154/2013 ogni distinzione è stata fortunatamente definitivamente abolita.

Ad oggi, quindi, ciascun figlio ha parità di diritti e di doveri nei confronti dei propri genitori.

Allo stesso modo i genitori non possono sottrarsi al loro imprescindibile obbligo naturale derivante dalla procreazione, la responsabilità genitoriale⁴⁷.

2. Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale. Brevi cenni

La relazione illustrativa alla legge delega n. 219 del 2012 proclama l'uguaglianza giuridica di tutti i figli nel pieno rispetto dei principi costituzionali e degli obblighi imposti a livello internazionale, come quelli sanciti dalla Carta di Nizza⁴⁸, dal Trattato di Lisbona e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁹. In questo contesto, il principio di parità fra i genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale assume non solo rilevanza costituzionale (art. 30) ma appare

⁴⁷ Tale assunto viene sancito nel nuovo articolo 315-*bis*, che appunto dedica i primi tre commi all'elencazione dei diritti del figlio - punto di arrivo di istanze comunitarie a cui il legislatore italiano era da tempo sfuggito-, ed il successivo quarto comma al dovere dello stesso di rispettare i genitori, di contribuire al mantenimento della famiglia, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze ed al proprio reddito.

⁴⁸ V. l'art. 21, lì ove viene vietata ogni forma di discriminazione sulla nascita.

⁴⁹ Convenzione che, pur non prevedendo disposizioni specifiche in materia di filiazione, all'art. 8 tutela la vita privata e familiare e all'art. 14 vieta qualsiasi tipo di discriminazione.

anche in linea con quanto previsto dalla normativa sovranazionale circa l'omogeneità dei ruoli uomo-donna nell'ambito della famiglia⁵⁰.

La stessa relazione chiarisce che *“la scelta lessicale di abbandonare la nozione di “potestà genitoriale” e di sostituirla con “responsabilità genitoriale”, evidenziando che la seconda è già da tempo presente in numerosi strumenti internazionali, come il Regolamento CE n. 2201/2003⁵¹, è confacente alla necessità di dare risalto all’assunzione dell’obbligo che il genitore assume nei confronti del figlio attraverso l’esercizio della predetta responsabilità”*⁵². In quest’ottica, l’art. 2 del Regolamento citato definisce genericamente la responsabilità genitoriale come il complesso di *“diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita”* mentre la dottrina maggioritaria la definisce come *“l’ufficio⁵³ di diritto privato legalmente attribuito ai genitori di cura personale e patrimoniale del figlio”*⁵⁴.

La *“responsabilità genitoriale”* diviene, quindi, l’attestazione più evoluta, dal punto di vista giuridico, della relazione fra genitori e figli nonché nuovo strumento di coesione fra gli stessi: essa, in particolare, riassume i doveri, gli obblighi e i diritti - patrimoniali e non

⁵⁰ Cfr. art. 23 Conv. New York 19 dicembre 1966, rat. L. 25 ottobre 1977 n. 881; art. 5 Conv. New York 20 novembre 1979, rat. L. 14 marzo 1985 n. 132, su eliminazione discriminazione della donna; art. 18 Conv. New York 20 novembre 1989, rat. L. 27 maggio 1991 n. 176, sui diritti del fanciullo.

⁵¹ Trattasi del REGOLAMENTO (CE) n. 2201/2003 DEL CONSIGLIO del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000 GU [2003] L 338/1 e al cui art. 2, per l'appunto, introduce per la prima volta nell'ordinamento comunitario il concetto di responsabilità genitoriale. Questo regolamento, conosciuto come Bruxelles II o *bis*, in sostanza ha ad oggetto la regolamentazione delle competenze relative a controversie sorte in ambito familiare e internazionale; nello specifico, tale regolamento, crea un regime di tutela dei minori nell'ambito delle controversie c.d. *“transfrontaliere”*.

⁵² Relazione illustrativa alla L. 219/2012 consultabile all'indirizzo web http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/GI0087_0.pdf.

⁵³ Tale concezione è stata elaborata e condivisa anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte: cfr. Cass. 11 gennaio 1978 n. 83; Cass. 2 giugno 1983, n. 3776, in Dir. Fam. e Pers., 1984, I, p. 39 ss.; Cass. 14 aprile 1988, n. 2964; v. G. Ballarani, *“Potestà genitoriale e interesse del minore”*, in Affidamento condiviso, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 36.

⁵⁴ Cfr. Bianca, 343, Auletta, 370 in *Codice della Famiglia*, diretto da Di Marzio F., I codici commentati Giuffrè, Giuffrè Editore, Milano, 2018.

patrimoniali – derivanti per il genitore dalla filiazione, finalizzati alla educazione e alla protezione della prole⁵⁵.

Invero, tale concetto⁵⁶, introdotto più formalmente con il D.Lgs. n. 154/2013, ha definitivamente sostituito quello della potestà genitoriale⁵⁷, venendo incontro alle nuove istanze della coscienza sociale e conformandosi alla denominazione già da tempo presente nel quadro europeo: tale espressione, secondo il legislatore, definisce più compiutamente i contenuti dell’impegno genitoriale, non più da considerare come un “potere” sul figlio, bensì come una responsabilità nei confronti dello stesso, da esercitare entro limiti ben precisi e tenendo conto dell’interesse superiore della prole.⁵⁸

In virtù dell’unificazione dello *status* di figlio, l’istituto della responsabilità genitoriale si applica a tutti i casi in cui vi siano figli, prescindendo che essi siano nati all’interno o al di fuori di un contesto matrimoniale: si tratta di un istituto dall’ampia portata generale che si applica anche in caso di crisi della famiglia.⁵⁹

Occorre all’uopo evidenziare che, nella nuova concezione di responsabilità genitoriale, il legislatore non ha previsto un termine finale – che invece nella precedente formulazione dell’art. 316 c.c., in relazione alla potestà, era fissato al compimento della maggiore età o all’emancipazione del minore -, cosicché è principio pacificamente affermato che la cura che

⁵⁵ Definizione espunta dalla relazione illustrativa del D.Lgs. n. 154/2013.

⁵⁶ Il termine indica l’insieme dei diritti e dei doveri che interessano i genitori nei confronti dei figli minori, nonché dei figli maggiorenni portatori di handicap grave: a questi, infatti, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori, come espressamente previsto dall’art. 337-*septies* c.c. che ripropone senza modifiche il vecchio art. 155-*quinquies*.

⁵⁷ Secondo autorevole dottrina, inoltre, la potestà genitoriale è sempre stata intesa come quell’insieme di poteri attribuiti dall’ordinamento ai genitori in base alla funzione formativa che sono chiamati a svolgere e rispetto ai quali la prole era in stato di passiva soggezione; poi, con una inversione dei canoni di detta funzione, si è giunti ad intendere il profilo del dovere genitoriale come *prius* rispetto ai poteri, i quali vengono così intesi come strumenti per l’adempimento del summenzionato dovere. In tale ottica, l’esercizio della potestà genitoriale va ad inquadrarsi non già come diritto, bensì come un *munus* volto alla realizzazione degli interessi della prole. (Cfr. *ex multis* A.C. Pelosi, *La patria potestà*, Milano, 1965; A. Bucciante, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971; *La patria potestà dei genitori e l’emancipazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 4, Torino, 1982).

⁵⁸ *Supra*, nota 31, pp.135 ss. Nello stesso senso G. Ballarani, “Potestà genitoriale e interesse del minore”, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 35.

⁵⁹ *Id.*, pp. 135-136.

il genitore deve prestare al figlio, soprattutto in relazione all'obbligo di mantenimento, debba proseguire anche oltre il raggiungimento della maggiore età: l'orientamento della giurisprudenza vuole, indi, che i doveri sanciti con la responsabilità genitoriale proseguano e rimangano tali fino al conseguimento della indipendenza economica dei figli.⁶⁰

Più pragmaticamente, il legislatore è intervenuto riorganizzando all'interno del Titolo IX del Libro I le norme che regolano l'esercizio della responsabilità genitoriale ed ha introdotto significative modificazioni della disciplina previgente sotto più profili.

Bisogna considerare in primo luogo i due aspetti di novità più evidenti: il primo di natura lessicale e il secondo di natura sistematica.

Con riguardo al profilo lessicale, è lampante ed evidente la sostituzione del termine "potestà genitoriale" con quello di "responsabilità genitoriale"; innovazione che appunto comprova la mutata considerazione del rapporto tra genitori e figlio in cui i diritti di quest'ultimo prevalgono su quelli dei genitori.

Per quanto concerne il profilo sistematico, si riscontrano mutamenti in ragione dei quali le disposizioni che regolano i rapporti genitori-figlio in caso di crisi o fine del rapporto matrimoniale - in precedenza collocate nel contesto dei rapporti tra coniugi (artt. 155-155 *sexies* c.c.) - sono state ricollocate negli artt. 337-*bis* - 337-*octies* c.c.⁶¹, rendendo così più chiara la scelta legislativa di regolare in modo uniforme il rapporto genitori-figlio a prescindere dal tipo di unione che lega questi ultimi.

Ebbene, l'art. 1, comma 8, della L. 10 dicembre 2012, n. 219, ha introdotto quindi l'art. 315-*bis*⁶² che è divenuta la disposizione chiave destinata ad integrare il contenuto precettivo

⁶⁰ Tale obbligo ex art. 148 c.c. non cessa *ipso facto* con il compimento della maggiore età ma perdura immutato fintanto che il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia prova che il figlio abbia raggiunto la totale indipendenza economica, ovvero che il mancato raggiungimento di un'attività economica dipenda da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso (Cfr. sul punto Cass. Civ. Sez. I, 24 settembre 2008, n. 24018 in Guida al diritto n. 41/2008, 37 ss.; conforme, *ex plurimis* a Cass. Civ. Sez. I, 8 agosto 2013, n. 18974 in Massimario.it - 31/2014, cfr. nota di Vassallo).

⁶¹ Inseriti nel Capo II intitolato "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio").

⁶² Norma che detta appunto quell'insieme di diritti e doveri dei figli e quindi, *a contrario*, i doveri dei genitori verso i figli (meglio formulati nel successivo art. 316 c.c.) che recita: "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle

del tradizionale art. 147 c.c.⁶³ il quale sancisce, di converso, gli obblighi dei coniugi fra loro e nei confronti della prole e che oggi non impone più ai genitori di “tenere conto” ma di “rispettare” le aspirazioni del figlio.

Il figlio diventa, in sostanza, titolare di diritti fondamentali nonché di doveri, di modo che l’esercizio della potestà genitoriale non è più inteso come potere ma diventa funzionale al soddisfacimento dei diritti della prole, laddove la previgente disposizione (art. 315 c.c.) poneva l’accento solo sui doveri filiali⁶⁴.

Il nuovo articolo ribalta e sconvolge completamente quell’impostazione che riconosceva al genitore una posizione di supremazia modificando a tal fine anche la rubrica che è difatti oggi intitolata “dei diritti e doveri del figlio”: appare evidente che se il genitore deve rispettare le inclinazioni e aspirazioni naturali del figlio, tale rispetto non può non connotare le modalità attraverso le quali deve realizzarsi il dovere di istruire ed educare i figli. In questo senso, infatti, qualora il genitore non abbia riguardo delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio nell’esercizio del dovere di educazione ed istruzione, agirà non in conformità con il dettato normativo e in spregio del *best interest of the child*, che rimane sempre il principio informatore di tutta la materia familiare.

Si è quindi di fronte all’esercizio della responsabilità genitoriale non più intesa come prerogativa sulla persona sottoposta, bensì come strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio.

Infatti, nello specifico, il primo comma dell’art. 315-bis riprende il diritto del figlio ad essere mantenuto, educato ed istruito dai genitori, nel rispetto delle proprie inclinazioni naturali e delle proprie aspirazioni, già indicato, fra i doveri genitoriali, dall’art. 147 e

sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.”

⁶³ Articolo modificato ed integrato dal D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, in attuazione della delega contenuta nella l. n. 219/2012.

⁶⁴ Con la riforma del 2012, in sostanza, il fulcro normativo circa i doveri genitoriali si sposta dall’art. 147 c.c. riferito alla filiazione legittima, all’art. 315-bis, dettato per tutti i figli.

ribadito dal successivo art. 337-ter, quale diritto che deve essere preservato anche nelle situazioni di crisi familiare⁶⁵.

Il diritto al mantenimento è collegato all'assistenza materiale del figlio e sussiste nei confronti di entrambi i genitori che vi devono provvedere ai sensi dell'art. 316-bis, in virtù del dovere affidato ai genitori di concorrere al mantenimento della prole, in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro fino al momento del raggiungimento dell'autonomia economica del figlio.⁶⁶

Tra i profili di innovazione dell'art. 316 c.c., che elenca nel dettaglio l'oggetto della responsabilità genitoriale, poi, occorre richiamare anche l'intervenuta soppressione della parte in cui si prevedeva che venisse attribuita al padre una posizione di preminenza qualora fosse necessario adottare provvedimenti urgenti ed indifferibili in situazioni di incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio.

Tra le modifiche introdotte dalla riforma, invero, merita particolare attenzione il comma 4 del succitato articolo, laddove sancisce che *"il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui"* e che *"se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi"*. Come si può facilmente notare, indi, la portata innovativa di questo articolo risiede nella forza e nella legittimazione che viene attribuita al diritto di bigenitorialità oggi riconosciuto e attribuito al minore.

Con questa norma, infatti, la regola dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale assume una portata generale e si estende anche all'ipotesi in cui i genitori biologici non siano mai stati uniti né dal matrimonio, né da una convivenza *more uxorio*.⁶⁷

⁶⁵ La legge non determina dettagliatamente i contenuti della responsabilità genitoriale in quanto trattasi di concetto soggetto all'evoluzione storica, sociale e giuridica della società: sicuramente, però, non può esimersi dal ritenere fra gli stessi l'obbligo di custodia, guida e vigilanza sul minore nonché l'amministrazione del suo patrimonio e la sua rappresentanza legale. (Cfr. C. Cerrai, S. Ciocchetti, P. La Vecchia, I.E. Pipponzi, E. Vargiu, *La tutela giuridica del Minore*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 136).

⁶⁶ *Id.*, pp. 69-70.

⁶⁷ Si risolve, così, quell'incertezza interpretativa che si era posta successivamente all'entrata in vigore della L. n. 54/2006, relativa alla persistente vigenza della regola secondo cui nella famiglia di fatto la potestà spettava ad entrambi i genitori solo se entrambi avevano effettuato il riconoscimento ed avevano formato tra loro un'unione fondata sulla convivenza.

Delineati i tratti fondamentali della responsabilità genitoriale, giova, a questo punto, evidenziare che il II comma dell'art. 317 c.c. sottolinea che la responsabilità genitoriale non cessa a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, ma che la sua disciplina sarà, in queste ipotesi, regolata dal nuovo gruppo di norme contenute nel Capo II del Titolo IX di recente introduzione.

E infatti, nel nuovo Capo II⁶⁸ sono compendiate gli artt. 337 *bis* - 337 *octies* c.c. in cui è stata trasposta la disciplina dei rapporti genitori-figlio delineata dalla L. n. 54/2006 e collocata in precedenza negli artt. 155-155 *sexies* c.c., adesso abrogati.

Fondamentale appare il disposto dell'art. 337-*ter* secondo cui *“il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale”*, e per realizzare questo intento il legislatore ha affidato al giudice il compito di adottare tutti i provvedimenti necessari affinché venga sempre tutelato in via esclusiva e principale l'interesse del minore, con ciò a sottolineare che, lo stesso si è premunito di evitare al minore, soggetto debole, una situazione di difficoltà emotiva o contrasti con i membri della famiglia in un così particolare momento come la crisi familiare⁶⁹.

Si riscontrano, inoltre, significative modificazioni rispetto al contenuto delle norme previgenti. Indubbiamente, la più rilevante di esse è riscontrabile nell'art. 337-*quater* c.c., che sancisce la regola secondo cui l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale è circoscritto alla sola ipotesi in cui il figlio sia affidato in via esclusiva ad uno solo dei genitori; la stessa norma precisa che anche in tal caso, tuttavia, *“salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggior interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori”*.

⁶⁸ Capo intitolato *“Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”*.

⁶⁹ Per completezza espositiva occorre ricordare che, nel rispetto dei doveri che i genitori hanno nei confronti dei propri figli, qualora questi *“violino o trascurino”* i doveri scaturenti dalla responsabilità *de qua* o abusino dei relativi poteri con pregiudizio della prole, allora il giudice può pronunciare la decadenza o la sospensione dalla responsabilità o l'allontanamento del genitore in virtù degli artt. 330 e 333 c.c. Allo stesso modo, è concesso al giudice, ripristinatisi i presupposti per il suo corretto svolgimento nell'interesse del minore, reintegrare il genitore decaduto nella responsabilità genitoriale ex art. 332 c.c..

Indubbiamente la disposizione contenuta nell'art. art. 337-*quater* c.c., pone fine all'incertezza interpretativa che, a seguito dell'introduzione della L. n. 54/2006, vedeva contrapposti quanti ritenevano che, in caso di affidamento esclusivo, la potestà genitoriale dovesse essere esercitata dal solo genitore affidatario e quanti, invece, propendevano per l'esercizio congiunto anche nell'ipotesi dell'affidamento mono-genitoriale.

La regola generale è pertanto quella secondo cui *“la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”*; regola già contenuta nel previgente art. 155, comma 3, c.c., oggi collocata nell'art. 337-*ter*, comma 3, c.c.⁷⁰

Volendo trarre un'indicazione di carattere generale, si può affermare che l'estensione generalizzata della regola secondo cui la responsabilità genitoriale deve essere esercitata congiuntamente da entrambi i genitori ha determinato una considerevole espansione delle situazioni in cui i genitori sono chiamati a concordare l'indirizzo familiare relativamente ai profili che riguardano la vita del figlio, pur non essendo coniugati, pur non formando più una coppia unita e pur non avendola mai formata⁷¹.

La creazione di rapporti di parentela a prescindere dal matrimonio dei genitori e l'affermazione dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale a prescindere dalla convivenza di questi ultimi costituiscono profili autonomi che, nondimeno, appaiono collegati e in un certo senso si saldano intorno ad un'esigenza comune: quella di compensare la fragilità e l'instabilità che caratterizzano le unioni dei genitori attribuendo rilievo a nuove forme di responsabilità e coinvolgimento in capo ai genitori ed a nuovi legami di parentela⁷² all'interno del nucleo familiare inteso in senso *“esteso”*.⁷³

⁷⁰ Che, invero, contiene una significativa integrazione laddove, sancisce che *“le decisioni di maggior interesse per i figli relative all'istruzione, l'educazione, la salute [...] sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”*.

⁷¹ Si afferma la regola secondo la quale l'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale non presuppone la convivenza della coppia dei genitori e del figlio.

⁷² In ultimo, fondamentale innovazione ma poco rilevante ai fini di questa disquisizione, si ricordi che la nuova disciplina ha riconosciuto, per la prima volta, in capo agli ascendenti, *“il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni”* (art. 317-*bis*).

⁷³ E. Al Mureden, *“La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari”*, Famiglia e diritto 5/2014, pp. 466.

CAPITOLO II - The best interest of the child

1. Il minore: da oggetto a soggetto di diritto

La storia dell'infanzia dimostra come la società ha spesso guardato al soggetto in formazione in modo del tutto inadeguato.

Per lungo tempo, invero, *“il minore – ed è molto significativo l'uso di questo termine che sottolinea una condizione di minorità umana e quindi di assoluta incompiutezza e dipendenza da altri – è stato percepito più come un essere che solo attraverso l'itinerario educativo diviene persona, che come una persona umana già esistente e quindi portatrice di esigenze autonome e peculiari che devono trovare risposta e appagamento; più come cosa informe che deve essere dall'adulto plasmata, che come individualità significativa la cui identità va rispettata; più come bene in proprietà di qualcuno (dei genitori in primis) che come soggetto umano la cui personalità deve essere promossa perché la sua debolezza divenga forza con l'aiuto dell'adulto; più come suddito che deve obbedire e adempiere ai doveri di cui la società lo carica che come cittadino che deve essere chiamato a partecipare, sia pure in forme particolari legate alla sua incompiutezza, alla costruzione comune”*⁷⁴.

Ecco perché il legislatore ha sentito l'esigenza di creare un assetto normativo – sebbene non contenuto in un unico *codex* - volto a tutelare la categoria dei minori: il diritto minorile, in realtà, non è che quella branca del diritto che regola i diritti dei minori ovvero quel ramo giuridico che collega quell'insieme di diritti e doveri che, pur essendo in teoria propri di ciascun cittadino, assumono una particolare connotazione in relazione ad un soggetto che si trova in condizioni di particolare debolezza e perciò appare meritevole di una particolare considerazione, per vedere facilitato il suo itinerario maturativo e il suo progressivo inserimento nella comunità sociale.⁷⁵

In Italia, prima degli anni 70 del XX secolo, era assurdo concepire il fanciullo come soggetto di diritto: seppur sia evidente, infatti, che il minore è da sempre astrattamente titolare di diritti (anche se l'esercizio in concreto spetta al suo rappresentante⁷⁶), è stata

⁷⁴ A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Dossetti M., Moretti M., Moretti C. (a cura di), VI ed., Zanichelli, 2019, p.7.

⁷⁵ *Id.*, p. 11.

⁷⁶ V. paragrafo che precede.

comunque necessaria una presa di coscienza radicale per passare dalla concezione ancora largamente diffusa di minore come “cosa in proprietà” a minore soggetto di diritto.⁷⁷

In realtà, la teoria dei diritti del minore (*rectius*: del minore come titolare di diritti) viene a trovare il suo fondamento nel dettato Costituzionale, laddove, infatti, i padri costituenti avrebbero - ancorché indirettamente - delineato un vero e proprio statuto dei diritti del minore in base al dettato dell'art. 2 Cost. che garantisce i diritti inviolabili dell'individuo, tra cui da ricomprendersi il minore stesso, nonché l'art. 3 Cost. che impegna la Repubblica a rimuovere ogni ostacolo economico-sociale che si frapponga allo sviluppo della personalità dell'individuo; soccorrono, poi, gli artt. 30 e 31 Cost. che disciplinano il rapporto genitori-figli⁷⁸.

L'identità di un “ragazzo”, sul piano individuale come su quello sociale, si costruisce e si mantiene anche sulla base di appartenenze, perché si può essere autenticamente e compiutamente se stessi solo in quanto parte di un gruppo. Se infatti l'identità sul piano psicologico si radica sulla differenza del proprio io dagli altri io, sul piano sociologico l'identità esige un'appartenenza altrimenti l'uomo finisce con il divenire, e percepirsi, come corpo estraneo da qualsiasi relazione integrativa. Pertanto, il primo fondamentale gruppo di appartenenza è la famiglia⁷⁹.

La famiglia è divenuta una “*realtà plurale, molteplice, che si distingue al suo interno e si declina in relazioni di differenti intensità*” e comprende oggi “*accanto ai legami di coppia, tra fratelli, con i nonni, con le famiglie allargate e con le comunità di riferimento*” anche “*nuovi legami, per esprimere i quali non ci sono termini: con il padre/madre dei mie figli non più coniuge, convivente,*

⁷⁷ A.C. Moro, *Sui diritti del minore*, in Esp. Ried., 1973, I, p. 5 ss.

⁷⁸ Per un approfondimento, si veda paragrafo successivo.

⁷⁹ Aldo Bonomi ha parlato della famiglia, oggi, alternativamente come luogo sovraccaricato di simboli (iperluogo) o come luogo vuoto (come assenza): da una parte più fragile e incapace di trasmettere valore di legame alle nuove generazioni (A. Bonomi, *Agire nella zona grigia della famiglia delle moltitudini*, relazione presentata al Convegno dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia, Milano novembre 2009, dal sito ww.minoriefamiglia.it) mentre d'altra parte Umberto Galimberti parla della “morale della vicinanza” come luogo di isolamento della famiglia e di latitanza del sociale nel quale “*alla responsabilità, alla sensibilità morale, alla compassione, al senso civico, al coraggio, all'altruismo, al sentimento della comunità*” si sostituiscono “*l'indifferenza, l'ottundimento emotivo, la desensibilizzazione, la freddezza, l'alienazione, l'apatia, l'anomia e alla fine la solitudine di tutti nella vita della città*” (U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, Milano, 2009, p.20).

con i figli del mio compagno/a, e/o marito/moglie, con la famiglia allargata dell'ex moglie/marito" e che tra le competenze che oggi si richiedono dobbiamo comprendere "la flessibilità e la capacità di accogliere diverse tipologie di famiglie, superando la definizione tradizionale di nucleo familiare"^{80,81}

L'esperienza ha dimostrato l'essenzialità di un valido ambiente familiare per un'armonica crescita del minore, motivo per cui l'ordinamento vigente riafferma il diritto del minore a una famiglia anche assicurando a tutti i nuovi nati uno *status* familiare.

L'ordinamento giuridico riconosce espressamente il diritto del bambino alla propria famiglia: l'art. 1 della L. n. 149/2001⁸² ampliando la portata di una norma contenuta già nella legge n. 184/1983 proclama *"il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia"*. Si riconosce così al soggetto in formazione non solo un generale diritto soggettivo a poter vivere e crescere in un ambiente familiare ma anche, in via prioritaria, a poter crescere nel *proprio* ordinario ambiente di vita, e quindi nella famiglia.

Si ribalta quindi la vecchia normativa pre-costituzionale incardinata esclusivamente sui doveri dei genitori e sui loro obblighi verso i figli: oggi, il vero soggetto di diritto è il minore, il quale non ha solo il diritto di essere educato dai genitori ma anche di crescere con i suoi genitori.⁸³

Come ha riconosciuto un'importante sentenza della Cassazione (29 novembre 1988, n. 6452, in Giust. Civile, 1988, I, 2814) *"l'interesse del minore alla crescita nella famiglia di origine deve essere perseguito anche a costo di impegnare le strutture sociali in misure di sostegno di particolare intensità a favore del minore stesso e dei genitori, sempre che esse siano astrattamente idonee a consentire il superamento della situazione cui la procedura di adottabilità si collega. La ricerca di tali misure non può essere impedita da ragioni di difficoltà, e può essere omessa solo in*

⁸⁰ L. Migliorini, *Il benessere del minore nella trasformazione dei ruoli nella famiglia*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 62-69

⁸¹ P. Martinelli; J. Moyerson, *"L'interesse Del Minore: Proviamo A Ripensarlo Davvero"*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 10-11

⁸² *"Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile"*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001.

⁸³ *Cfr.* Risoluzione 2079/2015 del Consiglio d'Europa. *Cfr.* anche sull'evoluzione del diritto di famiglia, il Consiglio d'Europa con la Raccomandazione 874/1979 ove tratta i diritti del minore quale soggetto autonomo all'interno del nucleo familiare; poi, non diversamente dispone il Parlamento europeo con la Risoluzione A3-0172/1992 relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l'8 luglio 1992.

presenza di una pratica impossibilità di attuazione o solo quando, per il contenuto e la durata che vorrebbero assumere, verrebbero a risolversi in una completa supplenza del ruolo dei genitori”.⁸⁴

Tale concezione deve essere quindi parametrata alle crisi che possono compromettere o talvolta inficiare la serenità e la stabilità dei rapporti familiari e che quindi rischiano di avere un’influenza negativa sulla crescita dei minori.

La separazione coniugale costituisce un’area paradigmatica, nella quale trovano applicazione aspetti cardine della professione psicologica, quali l’accompagnamento di adulti e bambini in un percorso difficile dal punto di vista esistenziale ed emotivo, i cui esiti possono risultare più o meno tutelativi del benessere psichico dei minori. L’obiettivo da raggiungere è quindi quello di cogliere i bisogni dei minori riflettendo sulla fragilità degli adulti nello svolgimento del ruolo genitoriale.⁸⁵

Prima, però, di vedere come si concilia la tutela del minore nel contesto di crisi familiare, è d’uopo delineare un breve *excursus* sulla nascita dei diritti dei minori e sulla loro qualificazione all’interno dell’ordinamento nazionale e sovranazionale.

2. Il minore nel diritto interno e internazionale. Interpretazione applicativa e giurisprudenziale

L’area dei diritti delle persone minori di età e la loro tutela nella giurisprudenza comunitaria e nazionale è caratterizzata da una normativa in certi aspetti lacunosa, motivo per cui i *dicta* dei giudici sovranazionali costituiscono una preziosa fonte di integrazione. Di fatti, anche per la definizione del “miglior interesse del minore”, la giurisprudenza della CEDU fornisce importanti precisazioni⁸⁶, e nonostante riconosca alle Autorità Nazionali un margine di discrezionalità nella valutazione degli interessi in gioco, essa impone loro di attribuire sempre massima prevalenza al superiore e preminente interesse del minore.

⁸⁴ *Supra* nota 74, pp. 147-150.

⁸⁵ D. Cavanna e R. Rizzitelli, “I tribunali e gli interventi a misura del minore”, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 70-78.

⁸⁶ *Cfr.* Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sent. 25 gennaio 2007 def. Aprile 2007, ric. N. 21949/03, Eski c. Austria.

In tale ottica, la Corte Costituzionale, sfruttando il combinato disposto degli artt. 2 e 31 Cost., ha elevato il principio del superiore interesse del fanciullo a criterio di valutazione di costituzionalità delle leggi, indicandolo come “*fondamentale clausola generale dell’ordinamento*” per la tutela della personalità del minore.⁸⁷

Appare imprescindibile tracciare i passi che la giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha realizzato in materia minorile.

L'obiettivo della tutela dell'interesse del minore è riconosciuto, prevalentemente, in tutti i paesi occidentali: la famiglia è vista come l'ambiente ideale per la crescita del minore e l'intervento dello Stato, infatti, si impone solo nel momento in cui la situazione familiare non è corrispondente all'interesse del minore.

Il preminente l'interesse del minore trova la sua fonte primordiale nel diritto internazionale: piuttosto che con la Dichiarazione dei diritti dell’uomo⁸⁸, nello specifico è con la Dichiarazione dei diritti del fanciullo - approvata all’unanimità il 20 novembre 1959 - che si dà rilievo alla materia. Invero, nel preambolo viene evidenziato che i suoi articoli danno luogo a dei veri e propri diritti che devono essere riconosciuti ad ogni fanciullo senza distinzione alcuna.

Al fanciullo deve essere garantita una protezione tale da consentirgli di svilupparsi integralmente sia fisicamente che intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente in condizioni di libertà e dignità (v. art. 2): sebbene la Dichiarazione non fosse vincolante né per gli Stati né per i cittadini, l’autorevolezza della fonte e la solennità delle enunciazioni ne evidenziarono la notevole importanza nonché innovazione, tanto che esse costituiscono il fondamento di ogni ordinamento giuridico inteso come stato di diritto⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Corte Cost. 20 luglio 1990, n. 341; Corte Cost. 24 luglio 1996, n. 303; Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425; Corte Cost. 16 febbraio 2006, n. 61; Corte Cost. 30 luglio 2008, n. 308.

⁸⁸ Approvata dall’assemblea dell’ONU il 10 dicembre 1948, mostrava scarsa attenzione ai diritti dei minori (si vedano solo artt. 3, 25 II co, 26 I co, 26 II co.).

⁸⁹ Infatti, tali principi riconosciuti come validi dalla comunità e riaffermati come doverosi per le Nazioni e per i cittadini, rendevano espliciti valori che dovevano essere già insiti nei sistemi giuridici e così orientavano il legislatore, ma anche l’interprete del diritto, e imponevano prassi amministrative che non potevano essere in contrasto con essi. (v. A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Dossetti M., Moretti M., Moretti C. (a cura di), VI ed., Zanichelli, 2019, p. 12).

A trent'anni dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo, nel 1989 viene ratificata la Convenzione di New York sui diritti del bambino⁹⁰: si tratta di un vero e proprio statuto di diritti del minore, da cui emerge la figura di un fanciullo, e soprattutto di un adolescente, arbitro del proprio destino, in grado di far valere le proprie scelte esistenziali e di veder garantito il proprio interesse nei confronti di qualsiasi soggetto⁹¹.

La Convenzione prevede che gli Stati contraenti “*si impegnano a rispettare e far rispettare i diritti enunciati...per ogni bambino entro la loro giurisdizione*”, a prescindere “*da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza*” (art. 2). Ovviamente, anche in questo caso, il principio centrale della Convenzione, utilizzato alla stregua di un parametro di ordine generale in altri strumenti internazionali, è appunto il «*best interest of the child*».⁹²

Tra i diritti⁹³ elencati negli articoli della Convenzione, assume particolare rilievo l'art. 29 che - sottolineando le finalità che la stessa prevede di raggiungere - implicitamente

⁹⁰ La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo è stata adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, entrata in vigore il 2 settembre 1990 ed è in vigore attualmente per 193 Stati, tra cui l'Italia che l'ha ratificata il 5 settembre 1991 con L. 27 maggio 1991 n.176 (G.U.11 giugno 1991 n. 135). La Convenzione è composta da 54 articoli e da tre Protocolli; essa è divenuta riferimento costante dell'UNICEF per orientare la propria azione in quanto è stata costruita armonizzando differenti esperienze culturali e giuridiche. Prevede anche un meccanismo di controllo sull'operato degli Stati, che devono presentare a un Comitato indipendente un rapporto periodico sull'attuazione dei diritti dei bambini sul proprio territorio.

⁹¹ Occorre sottolineare che il *child* di cui parla la Convenzione, e secondo la traduzione italiana a cura dell'UNICEF “*il bambino*”, in realtà è inteso come “*ogni essere umano al di sotto dei diciotto anni, a meno che per le leggi del suo Stato abbia già raggiunto la maggiore età*” (art. 1).

⁹² C. Focarelli, “*La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*”, in Riv. Dir. int., 2010, 981 ss.;

⁹³ Tra i più importanti: l'art. 9, par. 1, vieta la separazione del bambino dai genitori contro la loro volontà, a meno che la separazione non risulti necessaria nel migliore interesse del bambino. L'art.9, par.3, impone agli Stati contraenti l'obbligo di rispettare il diritto del bambino separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non risulti nel suo miglior interesse; l'art. 18 attribuisce ai genitori (o, se del caso, ai suoi tutori legali) la responsabilità di allevare il bambino e di provvedere al suo sviluppo nel miglior interesse del bambino; l'art. 20, par. 1, impone

attribuisce ai genitori il compito di assicurare un armonico e compiuto sviluppo psico-fisico del fanciullo, i quali non possono però prescindere dal sostegno dei pubblici poteri che hanno l'obbligo di prendere le misure opportune anche con programmi di assistenza materiale e supporto⁹⁴, in quanto tutto il processo educativo deve tendere allo sviluppo della personalità del fanciullo, dei suoi talenti, delle sue abilità mentali e fisiche, assicurando al massimo la realizzazione delle sue potenzialità.⁹⁵

In sostanza, la Convenzione enuclea la necessità di dar voce al minore, chiarendo che per la sua realizzazione piena occorre che lo stesso mantenga una proficua relazione con entrambi i genitori, e quindi, per determinare il supremo interesse del minore, occorre avere specialmente cura delle esigenze affettive affinché il minore riceva adeguata educazione in ambito familiare: lo scopo è di assicurare ad ogni fanciullo formazione etica e acquisizione di autonomia e responsabilità decisionale⁹⁶.

Ebbene, si può affermare che la Convenzione ONU sui diritti del minore ha rivoluzionato il significato del termine "responsabilità genitoriale" con cui ha voluto *"sottolineare il mutamento dell'antica concezione dell'autorità spettante ai genitori e, in passato al capo della famiglia"*; concezione che, secondo autorevole dottrina⁹⁷, *"ha ormai lasciato il posto all'idea che i genitori sono titolari di un ufficio, che si deve esercitare nell'interesse della prole"*.⁹⁸

agli Stati contraenti l'obbligo di proteggere e assistere i bambini temporaneamente o definitivamente privati del loro ambiente familiare, o che non possono essere lasciati in tale ambiente, nel loro miglior interesse; l'art. 21 stabilisce il dovere degli Stati di dare «*the paramount consideration*» al miglior interesse del bambino nella loro legislazione sull'adozione; l'art.37, lett.c), impone agli Stati l'obbligo di separare i bambini privati della libertà personale dagli adulti, a meno che non sia nel loro miglior interesse il contrario. Infine, l'art. 40, par. 2, lett. b), iii), attribuisce al bambino il diritto ad alcune garanzie processuali, quali il diritto ad essere giudicato senza indugio, a meno che di nuovo non sia nel suo miglior interesse non goderne «a causa in particolare della sua età o della sua situazione», come avviene nel caso in cui sia più nell'interesse del bambino condurre un processo a porte chiuse in deroga al diritto ad un processo pubblico.

⁹⁴ V., nel nostro ordinamento, il combinato disposto degli attuali art. 147 c.c. e art. 155 c.c.

⁹⁵ Per approfondimenti v. M. Dogliotti, "Affidamento condiviso e diritti dei minori" pp. 23-38.

⁹⁶ Allo stesso fine, e nello specifico per quanto concerne l'esercizio dei propri diritti in ambito processuale, è stata poi redatta la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, ratificata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 entrata in vigore in Italia solo con L. 20 marzo 2003 n. 77.

⁹⁷ C. M. Bianca, Diritto civile, 2.1, La famiglia, Giuffrè, Milano, 2014, p. 343.

⁹⁸ E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. It.*, 2014, 5, p. 294.

Dovendosi considerare quindi i diritti dei minori parte integrante dei diritti dell'uomo, l'Unione Europea è tenuta a rispettarli in virtù dei trattati internazionali ed europei in vigore. Non può trascurarsi, infatti, il valore fortemente simbolico dei progetti di armonizzazione, ma neppure l'esigenza di fondare una competenza europea in materia di diritto di famiglia, che non è espressamente prevista né dai Trattati istitutivi, né da quelli modificativi. Ciò, infatti, ha reso necessario legittimare gli interventi europei⁹⁹, seppur timidi, veicolandoli attraverso il principio di libera circolazione delle persone, la tutela dei diritti fondamentali, il diritto internazionale privato comunitario e le norme in materia di immigrazione.¹⁰⁰

Nello specifico, per quanto concerne l'ambito comunitario, giova ricordare che fonti del diritto minorile sono sicuramente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁰¹ e la Carta

⁹⁹ Il riferimento è ai lavori della *Commission on European Family Law* (CEFL), istituita nel settembre 2001 a Utrecht. La Commissione è composta da esperti di diritto di famiglia e di diritto comparato, provenienti da tutti gli Stati dell'Unione Europea e da altri Paesi europei. «L'obiettivo primario della CEFL è quello di predisporre, a livello teorico e pratico, l'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. L'obiettivo prevede l'elaborazione di una relazione sullo stato attuale della ricerca comparativa concernente l'armonizzazione del diritto di famiglia nei singoli Stati Europei; lo scambio reciproco delle esperienze e coordinamento delle future attività di ricerca; l'individuazione di una base comune per risolvere i vari problemi giuridici, grazie ad un'analisi comparativa degli ordinamenti giuridici europei; la determinazione del ruolo rivestito da (potenziali) Stati membri futuri dell'UE nel processo di armonizzazione del diritto di famiglia. (Cfr. A. Pera, *Il diritto di famiglia in Europa*, Giappichelli, Torino, 2012).

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ I cui diritti fondamentali fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Poiché detta Convenzione è vigente nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, essa diviene, mediante le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, fonte di rinnovamento del diritto nazionale degli Stati membri. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, si è consolidata principalmente sia sull'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) che sugli art. 6 (Diritto ad un equo processo), 13 (Diritto al ricorso effettivo) e 14 (Divieto di discriminazioni).

di Nizza¹⁰² in cui vengono disciplinati alcuni fondamentali diritti nell'ambito della protezione familiare^{103,104}

Ad ogni modo, i diritti dei minori alla vita privata e familiare sono tutelati in via astratta e generale dall'art. 8¹⁰⁵ della CEDU firmata a Roma il 4 novembre del 1950, accompagnata dal Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio del 1994 ed entrato in vigore l'1° novembre 1998¹⁰⁶.

Laddove, dunque, l'art. 3 della Convenzione ONU sancisce che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente, nell'ordinamento giuridico italiano si introduce un principio cardine (sia come fondamento interpretativo delle singole norme, per superare eventuali loro ambiguità sia anche "*come criterio per l'espressione di una valutazione concreta degli elementi fattuali di una situazione sottoposta a giudizio*"¹⁰⁷), che però acquista un suo più preciso contenuto proprio con l'entrata in vigore della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza del 7 dicembre 2000, dove ritroviamo, nell'art.

¹⁰² Carta a cui, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2007, e nello specifico grazie all'art. 6.1, viene riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati.

¹⁰³ Si pensi al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7), al diritto all'istruzione (art. 14), ai diritti del bambino (art. 24), all'inserimento dei disabili (art. 26), al divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), al rispetto della vita familiare e vita professionale (art. 33).

¹⁰⁴ M. G. Ruo, "*The best interest of the child*" nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 39-40.

¹⁰⁵ Cfr. Risoluzione 2079/2015 del Consiglio d'Europa: "*L'Assemblea tiene a ricordare che il rispetto della vita familiare è un diritto fondamentale consacrato dall'articolo 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (STE no 5) e da numerosi strumenti giuridici internazionali. Lo stare insieme costituisce un elemento essenziale della vita familiare per un genitore e il proprio figlio. La separazione tra un genitore e il figlio ha effetti irrimediabili sulla loro relazione. Solo circostanze eccezionali e particolarmente gravi dovrebbero contro l'interesse del bambino dovrebbero poter giustificare una separazione, stabilita da un giudice.*"

¹⁰⁶ Per approfondimenti J.Long, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto italiano della famiglia", in *Trattato di dir.fam. a cura di P.Zatti, Aggiornamento, Milano, 2006*, 37; G. Ferrando, "Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia", in *Nova giur. civ. comm.*, 2005, II, 263.

¹⁰⁷ R. Rivello, "*L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*", in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, p. 25.

24, la precisazione che i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere.

Questo concetto di interesse del minore come benessere è concetto ben sviluppato in altre legislazioni come quella inglese (*welfare*) e francese (*bien-être*), più che nella nostra legislazione, la quale nell'articolo 30 della Costituzione mette al centro soprattutto la relazione con i genitori, che può, secondo le situazioni, risultare più o meno felice nel "mantenere, istruire ed educare" i figli.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in data 17 novembre 2010 ha adottato delle linee guida¹⁰⁸ che specificano di avere la funzione di "*servire come strumento pratico per gli Stati membri nella fase di adeguamento dei loro sistemi giudiziari e non giudiziari agli specifici diritti, interessi e necessità dei minorenni*", al fine di attuare una giustizia "amichevole" nei confronti dei minorenni. Il testo in questione accoglie espressamente tra i principi fondamentali quello relativo ai "migliori interessi" del minorenne (parte III, lett. B), desumendone la sua essenza, non solo dalle convenzioni internazionali in materia, fra cui quelle citate sopra, ma anche dalle pronunzie rilevanti (*relevant case law*¹⁰⁹) emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: è da qui che si inizia a utilizzare il concetto di giustizia amichevole nei confronti dei minori (*child-friendly justice*).¹¹⁰

¹⁰⁸ Edite in *Minorigiustizia*, 2011, 2, pp. 168-187, con introduzione di A. Margaria, "Le Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di bambino".

¹⁰⁹ Ad esempio, Nel caso *Gorgulu c. Germania*, ricorso n. 74969/01, conclusosi in data 26 maggio 20014, la CorteEDU qualifica l'interesse superiore del minore come il criterio per comprendere se eventuali misure di allontanamento o di limitazione del diritto di visita di un minore siano da considerarsi adeguate ai sensi dell'art. 8 co. 2 CEDU. Più in particolare, in materia di affidamento, la Corte sottolinea il margine di discrezionalità riconosciuto ai giudici interni, che resta soggetto tuttavia al giudizio della Corte la quale valuta le restrizioni previste al diritto di visita dei genitori in relazione al concreto rispetto della vita familiare da parte sia dei genitori sia dei figli. Rendendosi necessario un bilanciamento fra l'interesse del minore e quelli dei genitori, prevale il primo: ciò si nota anche allorquando si dispongono provvedimenti restrittivi volti alla salvaguardia della salute psicofisica del minore e del suo sviluppo. Per approfondimenti, oltre alla sentenza citata, v. *Moldovan e altri c. Romania*, ricorso n. 41138/98, sent. del 12 luglio 2005. Tra l'altro, da un punto di vista procedimentale, nel caso *Van Den Berg e Sarri c. Paesi Bassi*, sent. 2 novembre 2010, ricorso n. 7239/08, così come in altri simili casi, la Corte europea ha evidenziato come il superiore interesse del minore abbia una forza tale da dover richiedere indagini precise e valutazioni di merito approfondite, concrete e rigorose. Cfr. anche la sent. 12 luglio 2011, *Sneersone e Kampanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09.

¹¹⁰ *Supra* nota 81, pp. 7-9;

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), sottoscritta a Roma nel 1950, è, come si è detto, espressione di questo patrimonio di valori. Più nel dettaglio, sono gli artt. 8 e 12 i veri garanti del contesto familiare: infatti, essi tutelano rispettivamente, il diritto di fondare una famiglia ed il rispetto della vita familiare e il diritto di sposarsi. Tuttavia, il bene giuridico - rappresentato dalla vita familiare - tutelato dalla CEDU, secondo l'interpretazione offerta dalle Corti europee, va tutelato anche in assenza di un vincolo matrimoniale in senso stretto, essendo sufficiente un legame biologico ovvero una coabitazione stabile tra persone eterosessuali, tale da determinare un'unione seria e duratura.¹¹¹

La Carta di Nizza, invece, rappresenta la sintesi fra i principi contenuti nella CEDU e nelle Costituzioni europee e alcuni elementi di novità. In particolare, per quanto concerne la famiglia sono stati previsti diversi diritti fondamentali, quali il diritto di non subire discriminazioni in base alla nazionalità (art.4), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), il diritto di contrarre matrimonio e fondare una famiglia (art. 9), il divieto di discriminazioni anche rispetto alle tendenze sessuali (art 21), i diritti del bambino (art. 24), il diritto dei genitori di educare i figli secondo i propri convincimenti religiosi, i diritti delle persone anziane (art. 25).

La Carta è espressamente richiamata dal Trattato di Lisbona, per cui sul piano della gerarchia delle fonti e dei rapporti tra diritto interno e comunitario, possiamo affermare che non si tratta di un semplice catalogo di diritti, ma di una serie di principi capaci di influire sul diritto interno cosicché essa possa definirsi quale primo vero punto di partenza del

¹¹¹ L'art. 12, che garantisce il diritto di sposarsi e fondare una famiglia, nonostante tale enclitica, non riconosce solo la possibilità che la famiglia sia fondata sul matrimonio. Va chiarito che, seppure la Corte di Strasburgo abbia sempre riferito l'art. 12 al modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio, ciò non si è tradotto in un vuoto di tutela per le altre situazioni familiari non fondate sull'unione legittima di persone di diverso sesso. Infatti, a tutte quelle situazioni diverse dalla prima e meritevoli di tutela, si è dato spazio attraverso l'articolo 8, che garantisce il rispetto della vita privata e familiare.

processo di armonizzazione del diritto europeo delle relazioni familiari¹¹² e, insieme, strumento per dialogare con universi culturali diversi da quello europeo.¹¹³

In conclusione, sebbene manchi allo stato un unico codice della famiglia in cui sia espressamente contemplato e specificato il diritto minorile, sicuramente i nostri giudici stanno contribuendo alla formazione di nuove coscienze e alla creazione di un assetto di principi che soccorrono a tale lacuna normativa.

Infatti, nell'evoluzione giurisprudenziale in tema di tutela del nucleo familiare, occorre ricordare *ex multis* le seguenti pronunce: la sent. del 28 aprile 2010, 9-11, caso Moretti e Benedetti c. Italia, con cui la Corte europea ricorda che *“la nozione di “famiglia” prevista dall’art. 8 non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami “familiari” de facto, quando le parti convivono al di fuori di qualsiasi legame coniugale”*¹¹⁴ e che *“nelle relazioni de facto, la determinazione del carattere familiare delle relazioni deve tenere conto di un certo numero di elementi, come il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni nonché il ruolo assunto dall’adulto nei confronti del bambino”*. La Corte precisa anche che *“le disposizioni dell’art. 8 non garantiscono né il diritto di formare una famiglia né il diritto di adottare (E.B. c. Francia [GC], ricorso n. 43546/02). Il diritto al rispetto di una “vita familiare” non tutela il semplice desiderio di formare una famiglia; esso presuppone l’esistenza di una famiglia (Marckx c. Belgio, sent. del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74), o quanto meno di una potenziale relazione che avrebbe potuto svilupparsi, ad esempio, tra un padre naturale e un figlio nato fuori dal matrimonio (Nylund c. Finlandia, sent. del 29 giugno 1999), di una relazione nata da un matrimonio non fittizio, anche se una vita familiare non era stata ancora pienamente stabilita (Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, sent. del 28 maggio 1985), o ancora di una relazione nata da un’adozione legale e non fittizia (Pini e altri c. Romania, nn. 78028/01 e 78030/01)”*.

¹¹² Sull'evoluzione del diritto di famiglia si è espresso, *ex multis*, il Consiglio d'Europa con la Raccomandazione 874 del 1979 laddove precisa i diritti del minore quale soggetto autonomo all'interno del nucleo familiare. A livello di Unione europea, non diversamente dispone il Parlamento europeo con la Risoluzione A3- 0172/1992 relativa alla *Charte européenne des droits de l'enfant* adottata l'8 luglio 1992.

¹¹³ V. *supra* nota 99.

¹¹⁴ V. tra le altre, Johnston e altri c. Irlanda, sent. del 18 dicembre 1986; Keegan c. Irlanda, sent. del 26 maggio 1994; Kroon e altri c. Paesi Bassi, sent. del 27 ottobre 1994; X, Y e Z c. Regno Unito, sent. del 22 aprile 1997.

Ecco come, il tema dell'interesse del minore, anche attraverso la giurisprudenza comunitaria, viene a divenire parametro valutativo nella regolazione dei rapporti familiari, ai quali lo Stato è tenuto a garantire un sereno sviluppo.

In ultima analisi, per quanto concerne il diritto italiano, è d'uopo citare l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (AGIA)¹¹⁵ che ha da poco realizzato la prima Carta AGIA a tutela del fanciullo in particolari momenti della vita familiare.

Il documento promuove, infatti, la centralità dei figli proprio nel momento della crisi della coppia asserendo il diritto dei figli di continuare ad amare ed essere amati da entrambi i genitori. Si tratta, invero, in queste situazioni, di cogliere il punto di discriminazione in fatto di interesse del minore: se è vero che la giurisprudenza internazionale consolidatasi nel tempo ha dato prevalenza all'interesse del minore alla bi-genitorialità e alla sua tutela in tempi rapidi, non mancano anche recentissime pronunce che non hanno ravvisato la violazione dell'art. 8 nella sospensione del diritto di visita e quindi nell'allontanamento del minore dall'integrale nucleo familiare.¹¹⁶

¹¹⁵ Al fine di tutelare e promuovere i diritti delle persone di minore età, proclamati a livello internazionale dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, l'Italia ha adottato la legge n. 112 del 12 luglio 2011 che istituisce l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, le cui competenze, descritte all'art. 3 L. n. 112/2011, attengono sostanzialmente all'ascolto e partecipazione, promozione e sensibilizzazione, collaborazione, elaborazione di proposte, pareri e raccomandazioni. L'Autorità agisce innanzitutto per promuovere l'attuazione della Convenzione e degli altri strumenti internazionali in materia. Essa collabora costantemente sia con le reti internazionali dei garanti delle persone di minore età, sia con quelle regionali, ma anche con le organizzazioni e gli istituti internazionali di tutela e di promozione dei diritti dei minorenni e le organizzazioni no profit. Essa si occupa, inoltre, di promuovere iniziative per assicurare la piena tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, formulando, tra le altre cose, pareri, osservazioni e proposte che le permettono di influenzare le istituzioni e gli organismi che intervengono direttamente o indirettamente nell'ambito della tutela e della promozione dei diritti delle persone di minore età.

¹¹⁶ Ad esempio, nella sentenza Rytchenko c. Russia del 20 gennaio 2011 (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 20 gennaio 2011, ric. N. 22266/04, Rytchenko c. Russia), la Corte EDU ha specificato che, nella regolamentazione del diritto di visita, il criterio del "*best interest of the child*" assume ruolo centrale e determinante nella dinamica delle relazioni familiari, specie laddove siano in atto situazioni di crisi o di celata disfunzionalità. In particolare, laddove risulti accertato da esperti che gli incontri tra il genitore e il figlio minore possono acuire nel minore stesso (in presenza di un genitore abbandonico e che dimostri scarsa percezione del suo ruolo genitoriale) la costante paura di non essere amato, fino a degenerare in

Ebbene, prima di entrare nel cuore del problema, ovvero di inquadrare la posizione del minore nella crisi di coppia e gli interventi di riforma oggi proposti in questo ambito, occorre, per avere un quadro più completo, accennare brevemente ai diritti essenziali e ai doveri che ha il minore nei confronti dei genitori.

3. I diritti e i doveri del minore

Come si è visto, il minore non è più oggetto ma è oggi soggetto di diritto e, in quanto tale, l'ordinamento gli riconosce una vasta – seppur generica – gamma di diritti. Trattasi, sostanzialmente, di situazione giuridiche meritevoli di tutela attinenti alla sfera dei diritti della personalità: si pensi al diritto alla vita, alla identità, ai diritti di libertà, al diritto alla propria privacy, all'istruzione, alla salute, al diritto alla famiglia. Per quest'ultimo è da intendersi non solo il diritto ad essere inserito in un ambiente familiare ma anche il diritto a ricevere dai membri della famiglia tutte quelle sollecitazioni e aiuti necessari per la propria formazione personale.

Il diritto a crescere nella propria famiglia è un diritto che garantito dall'art. 1 della L. n. 149/2001 che proclama che *“il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia”*.

L'ordinamento stravolge quindi tutte quelle precedenti regole che fondavano il rapporto genitore-figlio solo sui doveri che i primi avevano nei confronti dei secondi: oggi al minore viene riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo ad *avere una famiglia* ed è proprio il minore che ha il diritto di essere educato dai suoi genitori nonché quello di crescere con loro.

Nell'ambito della famiglia non esistono diritti soggettivi contrapposti, ma comuni diritti relazionali che vanno attuati nell'interesse reciproco dei genitori e dei figli.¹¹⁷

Di conseguenza, al generale e ormai consolidato principio di cui all'art. 147 c.c. (alla luce delle recenti modifiche), secondo cui *“il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di*

comportamenti isterici, gli incontri stessi vanno sospesi. M. G. Ruo, *“The best interest of the child” nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 46-49.

¹¹⁷ Per approfondimento v. anche Bonilini G., *Manuale di diritto di famiglia*, VIII edizione, UTET GIURIDICA, Torino, 2018.

mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315-bis", sono derivate due conseguenze. In primo luogo, il distacco del bambino dalla propria famiglia è giustificabile solo se le carenze del nucleo familiare mettano in pericolo lo sviluppo del minore e, secondariamente, lo Stato deve intervenire per garantire sostegno alle famiglie nell'interesse dei minori.

Ebbene, com'è risaputo, dal mero fatto di essere nato, scaturiscono in capo al figlio una serie di diritti che il precitato art. 147 c.c. – nonché l'art. 30 Cost. – specificano consistere nel mantenimento, nell'istruzione e nell'educazione¹¹⁸: essi operano sia in caso di figlio legittimo che di figlio riconosciuto¹¹⁹ e a tali oneri provvedono entrambi i genitori in base al principio di proporzionalità e secondo le loro possibilità economiche (art. 148 c.c.).¹²⁰

I doveri di solidarietà inter-familiari non gravano solo sul genitore nei confronti del figlio ma anche su quest'ultimo nei confronti del primo. E' da rilevare, però, che mentre il binomio "diritti-doveri" è fortemente sottolineato sul versante dei genitori anche a livello costituzionale (art. 30 Cost.), non altrettanto può dirsi sul versante dei figli in cui è assai accentuato l'aspetto dei diritti e un po' trascurato quello dei doveri (art. 23).

La norma cardine che racchiude ed esplicita i diritti- doveri dei figli è l'art. 315-bis – il c.d. "statuto dei diritti del figlio"¹²¹ – che recita "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo

¹¹⁸ Per approfondimenti sui singoli diritti riconosciuti dall'art. 147 c.c. si veda A.C. Moro, pp. 190 ss.

¹¹⁹ Occorre specificare che tale diritto, come recita l'art. 279 c.c., è riconosciuto al minore anche nel caso in cui non sia avvenuto o non possa avvenire il riconoscimento della procreazione: esso opera automaticamente in virtù del rapporto biologico di discendenza. (c. Costanza, voce Filiazione naturale, in Enc. Giur. Treccani, XIV, Roma, 1989).

¹²⁰ Tali doveri genitoriali non sono correlati all'esistenza della responsabilità genitoriale, questa è solo strumentale all'esercizio dei doveri stessi.

¹²¹ G. F. Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, Trattato di diritto di famiglia, (diretto da) G. Bonilini, IV vol. Filiazione, Omnia trattati giuridici, UTET Giuridica, Milano, 2016, pp. 4045 ss.

riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa."

Come si può notare, il quarto comma dell'art. 315-bis racchiude un classico esempio di norma contemplante un precetto, prima che giuridico, etico-sociale, laddove stabilisce anzitutto che il figlio "deve rispettare i genitori": tipico dovere che dura per tutta la vita.

Nella sua versione originaria, tale norma prevedeva che "Il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori": la soppressione dell'obbligo di onorare i genitori è apparsa al legislatore della riforma più che opportuna, essendo legato, quell'obbligo, di matrice certamente religiosa, a una concezione autoritaria superata.

Peraltro, è condivisibile, che, sebbene non sia stato ripetuto l'inciso, il dovere di rispetto verso i genitori non abbia limiti di tempo, sicché perdura anche raggiunta la maggiore età da parte del figlio.

Appare intuitiva, quindi, la *ratio* della norma, che impone ai figli l'obbligo di rispetto, perpetuo, dei genitori. L'assenza di rispetto, non di meno, ove raggiunga manifestazioni esasperate, conosce sanzioni adeguate: ove vi sia stata commissione di uno degli atti contemplati dall'art. 463 c.c., insorge l'indegnità a succedere; non può escludersi inoltre che il genitore, in seguito al mancato rispetto del figlio, lo privi, attraverso manifestazione di volontà testamentaria, della quota disponibile.

Poi, in capo al figlio, quale espressione del principio solidaristico, sussiste anche l'obbligo di contribuire al mantenimento della famiglia - finché conviva con essa - in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito. Sino alla maggiore età, infatti, i frutti prodotti dai beni del figlio divengono automaticamente oggetto di usufrutto legale (art. 324 c.c.) in quanto destinati, oltre che all'istruzione e all'educazione dei figli, al mantenimento della famiglia; raggiunta la maggiore età, che estingue l'usufrutto legale dei genitori, il figlio, qualora continui a vivere all'interno della casa familiare, ha l'obbligo di contribuire al soddisfacimento delle varie esigenze familiari, altresì in relazione al suo reddito di lavoro.

I figli minori, infine, hanno il dovere di convivere con i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, o con quello dei genitori, che sia stato così detto collocatario, in caso di separazione o divorzio.¹²²

¹²² G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII edizione, UTET GIURIDICA, Torino, 2018, pp. 388-390.

3.1 L'ascolto del minore

Tra i diritti più importanti riconosciuti al minore nell'ambito della sfera familiare è il c.d. diritto all'ascolto, diritto di origine sovranazionale.

L'art. 12 della Convenzione di New York riconosce espressamente ed attribuisce al minore il diritto ad *“essere ascoltato, sia direttamente sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”* ma la ragione della presenza del minore è che lo stesso possa, finalmente, *“esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa”*.

Del resto, già dal 1988, in occasione della XVI Conferenza europea dei ministri della giustizia, fu adottata una Risoluzione che sottolineava l'importanza dell'ascolto del minore e che portò al varo della Raccomandazione n. 1121/1990 relativa ai diritti dei minori¹²³, volta all'adozione delle misure atte a consentire la pratica attuazione dei diritti riconosciuti ai minori dalla normativa internazionale.¹²⁴

Esso è un diritto che si aziona generalmente nell'ambito dei procedimenti di separazione o di divorzio o nelle procedure di affidamento, ovvero in quelle sedi ove la tutela del minore può essere garantita solo mediante il suo ascolto.

L'intero istituto dell'ascolto deve pertanto essere collocato tra gli strumenti di sostegno esterno alle genitorialità.

Tale diritto è stato introdotto nel nostro ordinamento mediante la riforma attuata dalla L. n. 219/2012 e dal D.Lgs. n. 154/2013 e nello specifico è disciplinato dall'art. 315-bis, dall'art. 336-bis, I co, dall'art. 337-octies nonché dall'art. 155-sexies, I co, c.c.

Lo scopo di questo gruppo di norme è quello di fare chiarezza sugli interessi, i desideri e i bisogni del bambino, puntando a far emergere gli aspetti buoni della relazione genitori-figli; a livello internazionale, invece, è previsto prevalentemente, come si è detto *supra* dall'art. 12 della Convenzione di New York e dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo.

¹²³ Adottata l'1° febbraio 1991 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa, con lo scopo di elaborare uno strumento giuridico in grado di completare a livello europeo i contenuti della Convenzione di New York.

¹²⁴ Fadiga, La Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli e la legge di ratifica (l. 20 marzo 2003 n.7) relazione all'incontro di formazione decentrata presso la Corte d'appello di Roma, 6 febbraio 2004, inedito, p.2 del dattiloscritto, v. P. Martinelli, F. Mazza Galanti, *L'ascolto del minore*, in M. Dogliotti, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 236, nota 8.

Fintanto che il minore è stato considerato oggetto di tutela e non soggetto di diritti, la questione circa l'accertamento di una sua eventuale maturità è stata sempre posta in secondo piano dal legislatore; solo con il riconoscimento della titolarità di diritti in capo al minore è stato possibile plasmare il principio del diritto all'ascolto.¹²⁵

In primo luogo, l'art. 12 della Convenzione di New York richiede agli Stati di garantire al fanciullo – capace di discernimento – il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessi, e che la sua opinione sia presa in seria considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità: a tal fine, viene riconosciuta al minore la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, conformemente alle regole di procedura delle legislazioni nazionali.

Conformemente, la Convenzione di Strasburgo all'art. 6 impone all'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione nei procedimenti relativi a minori, di valutare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali.

Anche l'art. 24 della Carta di Nizza proclama il diritto ad essere ascoltato, rappresentando questa una tappa imprescindibile per il riconoscimento del suddetto diritto in ambito comunitario.

In Italia, tali principi sono stati interamente recepiti: invero, con l'art. 315-*bis*, III co, c.c. viene riconosciuto espressamente il diritto del fanciullo – che abbia compiuto i dodici anni, o anche di età inferiore se capace di discernimento – ad essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano. L'art. 336-*bis* c.c., invece, dispone l'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo interessano, salvo il caso in cui l'ascolto sia in contrasto con il suo interesse o manifestamente superfluo. L'art. 337-*octies*, c.c., infine, è la norma che regola l'emanazione, anche meramente provvisoria, dei provvedimenti riguardo ai figli, di cui il giudice ne deve disporre la preliminare audizione.

¹²⁵ Per approfondimenti, cfr. M. Romano, *L'ascolto dei minori*, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006 pag.211-227.

Alla base del diritto di ascolto¹²⁶ c'è l'idea che qualora il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente¹²⁷, il giudice ha l'obbligo di assicurarsi che egli abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti e, se il caso lo richiede, consultarlo personalmente, se necessario anche in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario ai suoi interessi superiori, per consentirgli di esprimere la propria opinione e tenerla in debito conto¹²⁸.

4. L'interesse del minore (*ante* progetto di riforma "Pillon") nel conflitto genitoriale e nel regime di affidamento. Segue

Come si è visto, dall'esame relativo al preminente interesse del minore, non è emerso un significato certo ed assoluto da attribuire allo stesso.

E allora, alla luce di quanto asserito fino a questo punto, cosa bisogna intendere veramente per "*best interest of the child*"?

La traduzione dell'art. 3 della Convenzione ONU parla di "*protezione del miglior interesse del minore*", mentre in altri casi si preferisce utilizzare il termine "*superiore*", ovvero "*preminente*", piuttosto che il termine "*prevalente*", sempre in riferimento alla tutela dell'interesse del fanciullo: il tutto sta nel valore che si desidera conferire al concetto nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco. Ogni giudice, infatti, è obbligato a prendere le decisioni sottoposte al suo vaglio affinché l'interesse del fanciullo prevalga sempre oppure,

¹²⁶ Per approfondimenti, *cfr.* P. Martinelli, F. Mazza Galanti, L'ascolto del minore, in M. Dogliotti, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 235-260.

¹²⁷ Di tale capacità non è data dal legislatore una definizione precisa ma si ritiene che essa si sostanzia in quella di saper distinguere, cioè di saper scegliere. In particolare, la capacità di discernimento può essere definita come la capacità del minore di comprendere ciò che è utile per sé stesso, di operare scelte autonome senza subire l'influenza della volontà di altri soggetti, di saper distinguere. (v. DE LEONARDIS, 20, in *Codice della famiglia*, v. Art. 336-*bis*, pp. 1190)

¹²⁸ Ciò è stato ufficialmente riconosciuto con la sentenza interpretativa di rigetto n. 1/2002 della Corte Costituzionale, pubblicata in *Foro.it*, 2003, I, c. 423: essa ha effettivamente riconosciuto al minore la posizione di parte processuale all'interno del processo, consolidando quindi il suo diritto ad essere ascoltato.

al massimo, possa essere commisurato astrattamente con altri valori di pari dignità costituzionale¹²⁹.

Per la valutazione dell'interesse del minore, pertanto, è necessario seguire i quattro principi fondamentali della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: *a*) principio di non discriminazione (art. 2), secondo cui i diritti sanciti dalla Convenzione devono essere garantiti a tutti i minori, senza distinzione di razza, sesso, lingua, religione; *b*) principio del superiore interesse (art. 3): in ogni legge, provvedimento, iniziativa pubblica o privata e in ogni situazione problematica, l'interesse del fanciullo deve avere la priorità; *c*) rispetto del diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo del bambino (art. 6): gli Stati devono impegnare il massimo delle risorse disponibili per tutelare la vita e il sano sviluppo dei bambini, anche tramite la cooperazione tra Stati; *d*) principio dell'ascolto del minore (art. 12): prevede il diritto dei bambini a essere ascoltati in tutti i processi decisionali che li riguardano, e il corrispondente dovere, per gli adulti, di tenerne in adeguata considerazione le opinioni.

In tal senso, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che le "*indubbie qualità personali e l'attitudine per l'educazione dei bambini devono rientrare sicuramente nella valutazione del migliore interesse del bambino, una nozione chiave nello strumento internazionale pertinente*" (Corte europea dei diritti umani, 22 gennaio 2008, App. n. 43546/02, E. B. contro France, para. 95-96). La Corte EDU ritiene, per esempio, che la possibilità di godere della reciproca presenza, di quotidianità o, comunque, di continuità e assiduità di relazione costituisce per i figli e per i genitori uno degli elementi fondamentali del diritto alla vita familiare ex art. 8 della CEDU: infatti, il rapporto del figlio minore di età con i suoi genitori è da presumersi nell'interesse del primo salvo prova contraria. Questo giustifica la circostanza per cui ipotesi di allontanamento di un minore dalla sua famiglia, o ogni misura limitativa, sospensiva o

¹²⁹ L'applicazione più ricorrente del principio a tutela del *best interest of the child* da parte della Corte di Strasburgo è legato sempre all'art. 8 CEDU, in considerazione del rispetto del principio della vita familiare. La Corte Europea ha dichiarato che: "*la comunità nel suo complesso ha interesse a mantenere un sistema coerente di diritto di famiglia che ponga l'interesse del bambino in prima linea*" (Corte europea dei diritti umani, 22 aprile 1997, App. n. 21830/93, X. Y. e Z contro Regno Unito, para. 47). Tuttavia, l'approccio scientifico, giuridico, morale e sociale al tema è molto cambiato nel corso degli ultimi anni e la CEDU riflette questa evoluzione in due decisioni fondamentali: EB contro Francia e Shalk e Kopf contro Austria (Corte europea dei diritti umani, 24 giugno 2010, App. No. 30141/04, Schalk and Kopf contro Austria).

ablativa della responsabilità genitoriale, che vadano ad incidere in modo determinante su tale rapporto, debbano essere assunti con estrema prudenza ed esatta ponderazione degli interessi in gioco, accordando prioritaria tutela all'interesse del minore secondo quanto indicato all'art. 3 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989 e dall'art. 24 della Carta di Nizza del 2000; in caso contrario si attuerebbe, infatti, una indebita ingerenza¹³⁰ della pubblica autorità nella vita privata e familiare che è obiettivo primario dell'art. 8 della Convenzione evitare¹³¹.

Giova tenere a mente che il figlio minore è persona in età evolutiva: la valutazione del suo interesse deve essere operata in una prospettiva di maturazione complessiva nel lungo¹³² periodo.¹³³

Ebbene, l'interesse del minore riceve "preminente considerazione" nei procedimenti di separazione, divorzio e cessazione della convivenza nella prassi giurisprudenziale e dottrina finanche normativa, tanto da essersi oramai consacrato nel diritto alla bi-

¹³⁰ All'obbligo di astensione da ingerenze indebite nella relazione dei figli con i loro genitori sono correlati anche alcuni obblighi positivi, tra cui quello di implementare e di proteggere i rapporti e le relazioni tra i componenti della famiglia e di renderli effettivi. Sussiste l'obbligo positivo di riunire i figli e i genitori, di articolare a tal fine progetti e di attuarli con provvedimenti concreti ed efficaci: quello di vivere uniti e di essere ricongiunti se separati o comunque di godere di un rapporto stabile e significativo costituisce contenuto del diritto alla vita privata e familiare che figli e genitori vantano nei confronti delle pubbliche autorità ai sensi dell'art. 8, esigibile nei modi specificati dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹³¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 marzo 2007 def. 13 giugno 2007, ric. N. 39177/05, V.A.M. c. Serbia.

¹³² All'uopo, l'inutile decorso del tempo senza che il minore possa ricongiungersi ai propri genitori - se idonei - da addebitarsi alla lunghezza processuale o all'incongruità delle misure attuate, è di per sé contrario al suo interesse perché intrinsecamente inconciliabile con le sue tappe evolutive e, quindi, dannoso per il suo corretto sviluppo psico-fisico. Decisioni in materia di affidamento di figli minori, non eseguite in tempi rapidi, favoriscono il distacco, fino a cancellare la relazione tra genitore (alienato) e figlio, determinando il prevalere della pregiudizievole situazione di fatto su quella in concreto accertata come legittima e amplificando gli agiti inquadabili in una sindrome da alienazione parentale. E' quindi da stigmatizzare la mancata diligenza delle autorità nazionali anche quando le misure assunte - di per sé idonee e aderenti all'interesse del minore - non vengono attuate in tempi ragionevoli e rapidi, in quanto ciò comporta conseguenze irrimediabili per le relazioni tra il bambino e il genitore non affidatario, favorendo processi di alienazione.

¹³³ M. G. Ruo, "The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp.50-51.

genitorialità. Non vi è dubbio infatti che quando viene meno l'unità della famiglia, ovvero quando non c'è più comunanza di interessi, di sentimenti, di valori che avrebbero dovuto alimentare la vita familiare, risulta inutile imporre la persistenza del vincolo coniugale, da cui possono eventualmente derivare soltanto pregiudizi per i figli stessi. Appare infatti evidente che, quando sussistono elementi tali da rendere difficoltosa o penosa la convivenza dei genitori, contestualmente sussisterà pure un pregiudizio alla crescita del minore.

Ebbene, l'esclusivo interesse morale e materiale dei figli minori si configura come criterio guida di ogni decisione, così come imposto dalla specifica disciplina a tutela della prole, diretta a garantire che la disgregazione familiare possa arrecare il minor danno possibile ai figli.¹³⁴

L'art. 155 c.c. nella nuova formulazione – relativo agli effetti della separazione nei confronti dei figli- diventa norma di rinvio ai nuovi artt. 337-*bis* a 337-*octies* che riproducono, con qualche modifica, la disciplina contenuta attualmente agli artt. 155-155-*sexies* c.c. introdotti dalla L. n. 54/2006 in tema di affidato condiviso.

Nello specifico, l'art. 337-*bis* c.c. dispone che *“in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo”*: queste sono norme generali che regolano i rapporti genitori-figli in occasione della fine del matrimonio o dell'unione di fatto, e in presenza di figli nati fuori dal matrimonio.

Abbiamo visto, nei paragrafi che precedono, quali siano i diritti e i doveri dei genitori e dei figli all'interno di un nucleo familiare compatto: l'art. 337-*ter* individua, invece, i diritti dei figli verso i genitori dopo la separazione, il divorzio o la fine della convivenza dei genitori non sposati: tale norma prescrive il diritto per i figli di mantenere un rapporto equilibrato con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione ed assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

In questo senso, a seguito della cessazione della relazione affettiva e quindi della convivenza tra i genitori, il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e

¹³⁴ C. Cerrai, S. Ciocchetti, P. La Vecchia, I.E. Pipponzi, E. Vargiu, *La tutela giuridica del Minore*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 195.

continuativo con ciascuno dei genitori, e di ricevere cura ed educazione da entrambi. Di conseguenza, nel nuovo contrasto normativo, ciascun genitore deve continuare ad occuparsi dei figli e deve essere per essi un punto di riferimento costante senza interferire o ingerire – quanto meno negativamente – nel rapporto con l'altro genitore nell'intento comune di crescere ed educare i figli, superando rancori ed incomprensioni (v. art. 337-ter c.c.).

Nell'attuale assetto normativo, ancora non ufficialmente stravolto dalla riforma oggetto dell'odierno dibattito, il giudice valuta in prima battuta la possibilità di disporre l'affidamento congiunto, o cd. "condiviso" – che ora divenuta la regola a seguito della L. 54/2006 in virtù del principio di bi-genitorialità, potendo invece disporsi l'affidamento esclusivo (ex art. 337-*quater* c.c.) solo qualora quello condiviso contrasti con l'interesse del minore.

Attraverso il modello di affidamento condiviso, la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori al fine di garantire così la partecipazione di entrambi alla vita del minore. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relativi 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 le parti dovranno infatti rivolgersi al giudice; limitatamente, invece, alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente¹³⁵. E, qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà grave detto comportamento anche in relazione alla modifica delle modalità di affidamento (v. art. 337-ter c.c.).

L'affidamento esclusivo dei figli ad uno solo dei genitori, invece, può essere disposto dal giudice qualora ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore (v. art. 337-*quater* c.c.) e a ciascun genitore viene

¹³⁵ In caso di affidamento condiviso, entrambi i genitori hanno diritto a chiedere gli assegni familiari, con la conseguenza che diviene indispensabile un accordo tra gli stessi sul punto; se questo manca, tuttavia, a prevalere è il diritto del genitore collocatario. Nella prassi giurisprudenziale, tuttavia, nella maggior parte dei casi, i figli vengono materialmente collocati presso la madre a cui, in genere, viene anche assegnata la casa familiare, ma, in ogni caso, quando il giudice decide sulla residenza dei figli, determina anche tempi e modalità per garantire ai figli il diritto a mantenere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori.

riconosciuta la possibilità di opporsi. Il genitore affidatario esercita la responsabilità sui figli attenendosi alle condizioni determinate dal giudice ma nonostante ciò le decisioni di maggior interesse per i figli restano in capo ad entrambi i genitori. Il genitore a cui i figli non sono affidati “conserva” il diritto - nonché 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. I genitori possono in ogni tempo chiedere la revisione delle disposizioni circa l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo (v. art. 337-*quinquies* c.c.).¹³⁶ Infatti, l'eccezionalità dell'affidamento esclusivo è confermata dalla necessità di motivare il provvedimento indicando gli elementi che attestano il pregiudizio che il minore subirebbe se fosse affidato anche all'altro genitore¹³⁷.

L'art. 337-*quater* c.c. riconosce al genitore non affidatario un ruolo di rilievo nella crescita dei figli, disciplinando l'esercizio della responsabilità genitoriale nel caso di affidamento ad un solo genitore: invero, ferma restando la titolarità della responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, salvo diverso provvedimento del giudice, al genitore affidatario ne compete l'esercizio esclusivo pur nel rispetto delle condizioni prescritte dall'organo giudicante.¹³⁸

E' possibile, poi, che l'autorità giudiziaria, oltre a disporre l'affidamento esclusivo, ritenga necessario intervenire anche in merito alle decisioni relative alle questioni di maggiore interesse per il figlio. In questo caso bisogna chiedersi fino a quale punto il giudice

¹³⁶ C. Cerrai, S. Ciocchetti, P. La Vecchia, I.E. Pipponzi, E. Vargiu, *La tutela giuridica del Minore*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 202-206.

¹³⁷ Tale valutazione potrà essere effettuata sia all'inizio del procedimento, al momento, cioè, dell'adozione del provvedimento relativo ai figli di cui all'art. 337-*ter* c.c., sia successivamente, su impulso delle parti. In questo caso, però, dovranno verificarsi delle nuove circostanze che rendano necessario il mutamento del regime di affidamento e, ove la richiesta risulti essere palesemente infondata, ferma restando l'applicabilità dell'art. 96 c.p.c., il comportamento del genitore potrà peraltro essere oggetto di valutazione da parte del giudice ai fini della determinazione del provvedimento da adottare nell'interesse dei figli. Cfr. Bianca, 238 in *Codice della Famiglia*, diretto da Di Marzio F., I codici commentati Giuffrè, Giuffrè Editore, Milano, 2018.

¹³⁸ Quest'istituto ha superato il vaglio di legittimità anche della Suprema Corte, la quale più volte si è espressa favorevole all'emanazione di provvedimenti volti alla realizzazione di un affidamento di tipo esclusivo in virtù dell'interesse del minore (cfr. Cass. Sez. I, sent. n. 18559/2016; Cass. Sez. I, sent. n. 5108/2012, Cass. Sez. I, sent. n. 17191/2011).

possa disciplinare le modalità di assunzione delle decisioni di maggiore interesse e se, in particolare, possa escludere totalmente il genitore non affidatario da qualsivoglia decisione che riguardi il figlio.¹³⁹

La risposta positiva al quesito, già fornita dalla prevalente giurisprudenza di merito, assimila, in qualche modo, l'affidamento esclusivo ad un provvedimento di decadenza dall'esercizio di responsabilità genitoriale: ne conseguirebbe, però, che il genitore *“verrebbe completamente spogliato dall'esercizio della responsabilità genitoriale”*¹⁴⁰.

La giurisprudenza ammette tale possibilità attraverso il c.d. *“affido superesclusivo”* anche alla luce del nuovo art. 38 disp. att. c.c. e del principio della concentrazione delle tutele in esso contenuto, mentre in dottrina ancora ci sono espresse perplessità.

Nello specifico, la giurisprudenza di merito ritiene possibile escludere un genitore totalmente dalle decisioni riguardanti i figli: la magistratura, con la ormai nota pronuncia del Tribunale di Milano (decr. 20.03.2014 – Sez. IX Civ.) ha da qualche anno aperto la strada alla ipotesi, da applicarsi in via eccezionale e residuale, del cd. affidamento *“superesclusivo”* o *“esclusivo rafforzato”*.

Tale modalità di affidamento trova il proprio fondamento normativo nell'inciso di cui all'art. 337-*quater* c.c., laddove recita *“Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottare da entrambi i genitori”*.

In sostanza, il Tribunale meneghino¹⁴¹, nella pronuncia di cui sopra, ha ritenuto possibile riservare al genitore collocatario ed unico affidatario anche l'esercizio in via

¹³⁹ La dottrina infatti ritiene che la differenza tra affido condiviso ed esclusivo consista nel fatto che quest'ultimo è a *“geometria variabile”*, potendo essere attribuito l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su tutte le questioni, sia ordinarie che di maggiore interesse o, viceversa, solo su questioni ordinarie, mentre quelle di maggiore interesse essere necessariamente frutto di comune accordo.

¹⁴⁰ Cospite, 761, in *Codice della Famiglia*, diretto da Di Marzio F., I codici commentati Giuffrè, Giuffrè Editore, Milano, 2018, pp. 1216 ss.

¹⁴¹ Prima espressione dell'ipotesi di affidamento superesclusivo è stata la decisione di *Trib. Milano, 24 marzo 2014 - est. Dott. Giuseppe Buffone (in Nuova Giur. Civ.comm., 2014, 1182)*: il giudice, nell'ambito di un processo di separazione, ha disposto, a causa dell'inidoneità di uno dei genitori all'esercizio della responsabilità genitoriale, un affidamento di tipo mono-genitoriale escludendo completamente il padre da tutte le decisioni relative al figlio. Tale decisione fu frutto di gravi elementi probatori quali il mancato assolvimento dell'obbligo di mantenimento ma anche e soprattutto la mancanza di interesse del genitore nei confronti del figlio, nonché

esclusiva della responsabilità genitoriale con riferimento alle “decisioni di maggiore interesse”, ferma restando la titolarità in capo ad entrambi. Scelta che, seppur innegabilmente limitativa delle facoltà connesse all’esercizio della responsabilità genitoriale, non deve e non può essere intesa come intervento punitivo o sanzionatorio verso il genitore assente ma può essere adottata, nell’interesse esclusivo del o dei minori, laddove appaia “...necessario per evitare che, anche per questioni fondamentali, la macchina di rappresentanza degli interessi del minore... sia inibita nel funzionamento, a causa del completo e grave disinteresse del padre per la propria famiglia”¹⁴².

In conformità all’ordinanza del 20 marzo 2014 del Tribunale di Milano e alla successiva ordinanza del 5 giugno 2015 del Tribunale di Torino, occorre citare altri due più recenti provvedimenti emessi dai giudici capitolini: *in primis*, l’ordinanza del 15 luglio 2018 del Tribunale di Roma con la quale in corso di separazione veniva deliberato che “*le figlie minori (omissis) e (omissis) sono affidate in via esclusiva alla madre e stabilmente collocate presso la stessa ove è fissata la loro residenza, con la specificazione che alla madre spettano in via esclusiva anche tutte le decisioni di maggior importanza per le figlie afferenti l’educazione, l’istruzione, la salute e la scelta della residenza abituale, da assumere tenuto conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni delle figlie*”. Poi, parimenti, con il decreto n. 19986/2018 del 23 luglio 2018, sempre il Tribunale di Roma ha statuito che “*affida le minori (omissis) e (omissis) in modo esclusivo alla madre presso cui sono collocate, con la precisazione che alla stessa spetteranno tutte le decisioni su questioni di ordinaria e straordinaria amministrazione incluse quelle afferenti l’educazione, l’istruzione, la salute e la scelta della residenza abituale, da assumere tenuto conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni delle medesime*”. Nel primo caso, dirimente è stato l’atteggiamento ostativo e poco collaborativo del padre “*reso palese anche dalla mancata partecipazione agli incontri di coppia genitoriale fissati davanti al ctu, ha di fatto provocato un danno*

le condotte di maltrattamenti e minacce tra cui la paventata sottrazione del minore in caso di esito negativo delle modifiche delle condizioni di separazione.

¹⁴² Il regime di affidato “esclusivo rafforzato”, applicato allorquando il genitore non affidatario aveva residenza nota ma era di fatto irreperibile, può giustificarsi, a maggior ragione, qualora la persona in questione sia anche formalmente irreperibile (come nel caso deciso dal Tribunale di Ivrea con sentenza 926/2016), posto che ciò inibisce all’altro genitore anche il tentativo di concertazione sulle questioni di maggiore rilievo (in conformità Trib. Modena 02.03.2015 n. 350).

alle figlie, impedendo l'avvio dei progetti di aiuto e sostegno delineati nell'ordinanza del (omissis), oltre a rendere manifesta la totale assenza di consapevolezza da parte del padre delle reali condizioni psicofisiche delle minori e del disagio dalle stesse vissuto anche e soprattutto a causa della loro triangolazione nel conflitto genitoriale, agito in maniera distruttiva dall'(omissis);", nell'altro la personalità del genitore incidente in maniera negativa sul rapporto con le minori in quanto "l'eventuale affidamento condiviso si risolverebbe in un grave pregiudizio per le bambine conducendo al rischio concreto di una paralisi decisionale."

Pertanto, come è stato stabilito con il provvedimento del Tribunale di Padova (decreto del 21.11.2017) in applicazione dell'affidamento definito "super esclusivo", a differenza del modello previsto dall'art. 337-*quater*, III co, c.c., anche le decisioni di maggiore interesse per il minore possono essere assunte da un solo genitore senza la previa consultazione dell'altro genitore.

In definitiva, anche nell'ambito di un affidamento esclusivo in cui la responsabilità genitoriale spetta al genitore affidatario, le scelte più importanti spettano comunque ad entrambi i genitori. Vi è in ogni caso la "possibilità per il Giudice di disporre diversamente rispetto alla regola dell'esercizio congiunto [...] fino al punto di escludere il genitore non affidatario dall'esercizio della responsabilità genitoriale su tutte le questioni di maggiore interesse (c.d. affidamento superesclusivo) spogliandolo completamente in questo modo dell'esercizio della responsabilità genitoriale e determinando nella sostanza una sua decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330".¹⁴³

In conclusione, si può affermare che oramai la giurisprudenza ha tracciato il percorso da seguire al fine di individuare in concreto le ipotesi per una pronuncia di questa natura, come ad esempio in caso di evidente inidoneità educativa o di manifesta carenza di uno dei genitori.

In effetti il legislatore ha enucleato tutta la normativa sull'affidamento parametrandola costantemente al superiore interesse del minore: posto che l'interesse viene soddisfatto - in genere - mediante l'affidamento condiviso, è tuttavia possibile che si verifichino casi in cui sia più confacente l'applicazione di un regime di affidamento esclusivo, che comunque rimane una ipotesi ancora solamente residuale ma azionabile con le adeguate motivazioni.

¹⁴³ Cfr. Cian - Trabucchi, ed. XII sub. art. 337-*quater* c.c.

E infine, nell'alveo di possibilità di deroga all'affidamento condiviso, la giurisprudenza ha "inventato" il c.d. affidamento esclusivo rafforzato, che oggi trova sempre più campo all'interno delle dispute sui figli che sorgono in campo di crisi matrimoniale.

Siamo giunti al fulcro di questa indagine: la legge sull'affidamento condiviso affida al giudice il compito di determinare *"i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli."* Il giudice, che ha un ampio potere discrezionale in materia, ha comunque l'obbligo di prendere atto degli accordi intervenuti tra i genitori, obbligo che viene meno qualora l'organo giudicante rilevi un contrasto con l'interesse dei figli.

Tale modello di affidamento dei minori a seguito della crisi di coppia, secondo l'attuale governo, è poco garantista e anzi discriminatorio nei confronti della figura paterna, figura che da sempre soggiace alla decisione di affidare in via prioritaria i minori alla madre, la quale beneficia pertanto di un rapporto privilegiato con il minore e di assegni periodici da parte dell'ex marito in quanto genitore affidatario che deve prendersi cura delle esigenze quotidiane del minore. Il progetto di riforma, come si dirà meglio *infra*, prevede altresì la necessità di inquadrare i tempi di permanenza con il minore secondo delle regole più precise di modo da garantire ad entrambi i genitori lo svolgimento della responsabilità genitoriale - che come si è detto non viene meno in caso di crisi familiare - sostenendo la loro conformità al principio dell'interesse del minore.

Cheché se ne dica, ciò che rimane imprescindibile e necessario nel contesto familiare è che i figli non diventino trofei o strumenti di pressione psicologica: bisogna, in queste situazioni delicate, evitare di pregiudicare la crescita dei minori e al contempo di prevenire la c.d. sindrome di alienazione parentale.

Per questa ragioni, nell'ambito dei procedimenti separativi della coppia genitoriale, l'autorità nazionale - sia legislativa che giudiziaria - ha l'obbligo basilare di regolare prevalentemente i rapporti del figlio con il genitore non convivente, disciplinandoli con celerità e determinazione e senza discriminazioni di alcuna natura e tutte le decisioni

relative all' idoneità del genitore all' accudimento del figlio devono fondarsi esclusivamente su elementi obiettivi e ragionevoli che valgano a escluderla nel caso concreto.¹⁴⁴

Vige una presunzione di massima che l' interesse del minore sia realizzato qualora funzioni il rapporto con entrambi i genitori: la congruità del comportamento delle autorità nazionali ai sensi dell' art. 8 viene infatti valutata in base alla concreta funzionalità di tutti i passaggi posti in essere dalle stesse in un disegno teleologicamente strutturato e connesso in ogni sua parte alla riunificazione del nucleo familiare e/o all' implementazione con modalità adeguate dei rapporti del figlio con il genitore che non vive con lui.

Non è insomma sufficiente la previsione astratta di incontri: è necessario che " *step by step*" le autorità abbiano concretamente ideato prima, e efficacemente attuato poi, un progetto concreto e adatto al singolo caso.¹⁴⁵ Ciò ha un rilievo particolare per quel che riguarda il contenuto e l' esecuzione dei provvedimenti che prevedono la riunione dei genitori con i figli o il concreto svolgersi della loro relazione e del diritto di visita e frequentazione. Le misure debbono essere evidentemente adeguate in ragione anche della

¹⁴⁴ Secondo la giurisprudenza di legittimità appare evidente come il giudizio circa la valutazione dell' interesse del minore, ove si consideri anche la rilevanza del principio del contraddittorio e la delicatezza della materia, non possa non conseguire all' esito di un giudizio di cognizione piena (Cass. Civ., Sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767). La stessa Corte specifica che il bilanciamento, traguadato nell' ottica dell' interesse superiore del minore, non può costituire il risultato di una valutazione astratta: in proposito deve richiamarsi il costante orientamento della Corte di Cassazione in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell' interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all' esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale (Cass. Civ. Sez. I, sent. n. 26767/2016).

¹⁴⁵ Nella prassi delle Corti, il criterio è spesso richiamato in relazione alla bigenitorialità e l' affidamento del minore. A questo proposito, la giurisprudenza ha sostenuto che l' interesse superiore del minore, a cui occorre avere riguardo nel disporre l' affidamento dello stesso ai genitori in maniera condivisa o in via esclusiva, deve intendersi di portata non limitata al desiderio del medesimo di mantenere la bigenitorialità, bensì in funzione del soddisfacimento delle sue oggettive ed imprescindibili esigenze di cura, mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale, nonché della sua sana ed equilibrata crescita psicologica, morale e materiale. Se sussiste, quindi, un conflitto genitoriale in ordine al prevalente collocamento dei figli, il criterio "guida" rimane sempre e comunque il superiore interesse del minore non potendo trovare applicazione quello da alcuni definito come "*principio della maternal preference*" (nella letteratura di settore: *Maternal Preference in Child Custody Decisions*), poiché criterio interpretativo non previsto dagli artt. 337-ter ss. c.c. ed invero in contrasto con la stessa ratio ispiratrice della L. n. 54/2006 sull' affidamento condiviso.

loro frequenza e celerità, poiché il passaggio del tempo ha conseguenze irrimediabili per le relazioni tra il minore e il genitore non convivente.¹⁴⁶

Risiede in questo, fondamentale, l'oggetto principale della riforma di famiglia sottoposta attualmente al vaglio del legislatore: nel capitolo che segue, saranno ora esaminate nel dettaglio le modifiche presentate e le finalità che le stesse si propongono di raggiungere, tenendo sempre a mente che l'interesse perseguito, in via assoluta, permane sempre quello del soggetto debole coinvolto, ovvero del minore.

¹⁴⁶ M. G. Ruo, *“The best interest of the child” nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 42-44.

CAPITOLO III- Progetti di riforma (disegni di legge n. 735, 118, 768 e 45 del 2018)

1. La riforma del diritto di famiglia. Linee generali

I quattro disegni di legge che compongono insieme quella che viene definita oggi la riforma del diritto di famiglia in materia di affidamento e mantenimento a seguito di crisi matrimoniale sono il DDL n. 735/2018, il DDL n. 118/2018, il DDL n. 768/18 e il DDL n. 45/2018.

Il contenuto di tale proposte legislative sarà oggetto di approfondimento dei paragrafi seguenti: occorre, però, fare una doverosa premessa.

Sebbene i quattro DDL siano sostanzialmente collegati per materia nonché per bandiera politica, alcuni disciplinano i profili sostanziali della materia, altri invece quelli prettamente processuali.

Invero, il DDL n. 735 nonostante il titolo "*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*", è composto da tre macrocategorie di norme: il primo gruppo (artt.1-5) introduce l'istituto della mediazione familiare obbligatoria per i giudizi di separazione e divorzio laddove siano presenti figli minorenni, ne disciplina il procedimento e istituisce l'albo dei mediatori familiari; disciplina, poi, la innovativa figura nonché il compito del coordinatore genitoriale nelle controversie che riguardano la "gestione" della genitorialità; nel secondo gruppo (artt. 6-20) viene completamente modificata la disciplina di cui agli attuali artt. 337-ter ss. c.c.; il terzo gruppo, infine, artt. 20-24) elimina, in prevalenza, l'istituto dell'addebito e della norma incriminatrice della violazione degli obblighi di mantenimento non solo nei confronti dei figli - norma attualmente al vaglio della Corte Costituzionale, a seguito dell'Ordinanza di Corte d'App. Trento, 21 settembre 2018 - ma anche nei confronti del coniuge/ex coniuge.

Il DDL n. 768 apporta, invece, modifiche processuali alle norme regolatrici dell'affidamento dei figli a seguito della crisi della coppia e introduce, in determinate ipotesi, l'obbligo di rivolgersi, almeno per un primo incontro informativo, ai centri per la mediazione familiare.

Il DDL n. 118, poi, disciplina sostanzialmente l'istituto della mediazione familiare e la figura del mediatore familiare, precisando, in linea con le indicazioni della comunità

scientifica nazionale e internazionale, la sua non obbligatorietà; introduce il nuovo art. 708-bis c.p.c. volto a regolamentare le modalità dell'invito alle parti a rivolgersi agli organismi di mediazione familiare; infine modifica parzialmente l'art. 337-octies c.c. per quanto concerne le modalità dell'ascolto del minore.

Infine, il DDL n. 45 impone ai separandi, al fine di procedere al giudizio di separazione, l'obbligo di aver svolto un "percorso" in cui si sia tentato *"un effettivo e concreto tentativo di riconciliazione"* con conseguente *"presa di coscienza dei problemi scaturenti dalla separazione"*; introduce la pena accessoria della *"sospensione della potestà genitoriale"* nel caso di condanna per il reato di calunnia; modifica l'art. 570 c.p. prevedendo lo svolgimento dei lavori socialmente utili in luogo della reclusione e della multa; modifica l'art. 572 c.p. sui maltrattamenti in famiglia escludendo dal novero delle persone offese i conviventi, diminuendo le pene edittali e introducendo la possibilità di svolgimento di lavori socialmente utili in luogo delle pene detentive.

Se da un lato i quattro disegni di legge dimostrano l'accresciuta sensibilità del legislatore per il diritto delle relazioni familiari, dall'altra scontano una più concisa visione d'insieme, rischiando di sfociare nella promulgazione di una legislazione c.d. "patchwork" -ossia a mosaico - che, piuttosto che assurgere da rimedio e proporre concrete soluzioni per i problemi di coppia fornendo alla comunità dei pilastri all'interno di un quadro di riferimento ben delineato, ne aumenta il rischio di confusione. Ciò a ragione degli innumerevoli interventi legislativi che si sono susseguiti negli ultimi anni: si vedano, infatti, le già citate riforma dell'affido condiviso (L. n. 54/06), riforma della filiazione (L. n. 219/12 e D.lgs. n. 154/13), l'introduzione della negoziazione assistita familiare (L. n. 162/14), il divorzio breve (L. n. 55/15), le unioni civili e la disciplina delle convivenze (L. n. 76/16). Tutti questi citati interventi precariamente scoordinati tra di loro, non hanno che prodotto profonda e totale incertezza, incrementata altresì dai rivoluzionari interventi della Suprema Corte (Cass. Sent. Civ. Sez I, n. 11504/17 e Cass. SS.UU sent. n. 18247/19) sull'assegno divorzile.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Cfr. intervento dell'Avv. Simeone per l'AIAF - Associazione Italiana Avvocati per la famiglia e per i minori per l'audizione al Senato consultabile al sito web https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/000/662/AIAF_ASS._ITALIANA_AVVOCATI_PER_LA_FAMIGLIA_E_I_MINOR_L.pdf.

Nonostante questa consapevolezza, il legislatore non ha ancora scelto la via della chiarezza, che avrebbe potuto percorrere emanando un unico provvedimento contenente tutte le fattispecie oggetto di valutazione nelle ipotesi di conflitto all'interno della famiglia, realizzando così quella agognata codificazione del diritto di famiglia e prevenendo l'altrettanto agognato Tribunale della famiglia.

Nell'attesa che le commissioni parlamentari si pronuncino sui disegni oggetto di esame¹⁴⁸ nonché dello studio *de quo*, si vedano, nel proseguo, il contenuto dei singoli DDL a partire dal DDL. N. 735 definito anche "Decreto Pillon", per cercare di capire se gli stessi siano comunque informati alla effettiva realizzazione del superiore interesse del minore.

1.1 DDL n. 735/2018 di iniziativa del Senatore Pillon

Il DDL n. 735¹⁴⁹ è un atto del Senato della XVIII Legislatura di iniziativa del Senatore leghista Simone Pillon (L-SP-PSd'Az)¹⁵⁰ presentato in data 1° agosto 2018 e annunciato in Parlamento nella seduta n. 30 del 2 agosto 2018¹⁵¹ portante il titolo di *Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*.

¹⁴⁸ Tanto è vero che nella seduta del 28 novembre 2018, il Senatore Bressa ha ritenuto opportuno che "l'esame in sede consultiva dei disegni di legge n. 45 e connessi, in materia di riforma della disciplina dell'affido condiviso, in discussione presso la Commissione giustizia, sia svolto in sede plenaria, piuttosto che in quella ristretta della Sottocommissione per i pareri. La questione, infatti, presenta rilevanti profili di costituzionalità, in particolare con riferimento agli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione. Occorre tenere conto, inoltre, degli accordi internazionali in materia, nonché della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea". (cfr. intervento del 28 novembre 2018 contenuta nel doc. <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/50388.pdf>).

¹⁴⁹ Il cui testo è integralmente consultabile al sito web del Senato <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/50388.pdf>.

¹⁵⁰ E i cui cofirmatari sono Andrea Ostellari (L-SP-PSd'Az), Massimo Candura (L-SP-PSd'Az), Emanuele Pellegrini (L-SP-PSd'Az), Grazia D'Angelo (M5S), Elvira Lucia Evangelista (M5S), Alessandra Riccardi (M5S). Originariamente ne facevano parte anche Angela Anna Bruna Piarulli (M5S) e Mario Michele Giarrusso (M5S) i quali hanno però ritirato le firme rispettivamente in data 5 marzo 2019 e in data 28 marzo 2019.

¹⁵¹ L'esame del testo è stato assegnato alla 2a Commissione permanente (Giustizia) in sede redigente il 3 agosto 2018 (annuncio nella seduta n. 31 del 3 agosto 2018); sono stati richiesti i pareri delle commissioni 1a (Affari costituzionali), 5a (Bilancio), 6a (Finanze), 7a (Pubblica istruzione), 11a (Lavoro), 12a (Sanità), 14a (Unione europea), Questioni regionali (aggiunto il 23 gennaio 2019; annunciato nella seduta n. 82 del 23 gennaio 2019).

Come si legge nella relazione illustrativa, tale proposta è volta ad apportare *“alcune rilevanti modifiche normative idonee ad accompagnare questa delicata materia verso una progressiva de-giurisdizionalizzazione, rimettendo al centro la famiglia e i genitori e soprattutto restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei loro figli e lasciando al giudice il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo, ovvero di verificare la non contrarietà all'interesse del minore delle decisioni assunte dai genitori. Come soleva dire Arturo Carlo Jemolo, la famiglia è un'isola che il diritto può solo lambire¹⁵², essendo organismo normalmente capace di equilibri e bilanciamenti che la norma giuridica deve saper rispettare quanto più possibile. I criteri dettati dal contratto di governo sono sostanzialmente quattro: a) mediazione civile obbligatoria per le questioni in cui siano coinvolti i figli minorenni; b) equilibrio tra entrambe le figure genitoriali e tempi paritari; c) mantenimento in forma diretta senza automatismi; d) contrasto dell'alienazione genitoriale.”*

a) Artt. 1-5 – Mediazione obbligatoria

Il DDL n. 735 tenta di imporre la mediazione civile obbligatoria per tutte (o quasi) le controversie di natura familiare: all'art. 1 viene, infatti, istituito l'albo dei mediatori familiari a cui la Repubblica riconosce una fondamentale funzione sociale; il mediatore, nell'ambito della procedura, è tenuto a mantenere un obbligo di riservatezza (v. art. 2). Al successivo art. 3 viene disciplinato l'intero iter della mediazione: posto che in linea generale segue la disciplina della mediazione tradizionale¹⁵³, esso viene definito un procedimento informale e riservato a cui partecipano le parti e i rispettivi legali e dove è altresì prevista la partecipazione dei minori interessati se di anni superiore a dodici e solo se vi è il consenso di tutte le parti e, comunque, di entrambi i genitori.

La portata innovativa della norma sta nel fatto che, ai sensi del comma 3 dell'art. 3, *“la partecipazione al procedimento di mediazione familiare è volontariamente scelta dalle parti e può*

¹⁵² Jemolo, giurista del secolo scorso che si autodefiniva di natura "liberal-cattolica", definiva la famiglia come *“la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agli istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto”* cfr. A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, ora in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, 1957, pag. 241.

¹⁵³ Al comma 7 dell'art. 3 viene infatti stabilito che *“7. Si applicano gli articoli 8, 9, 10, 11, 13 e 14, commi 1 e 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”*.

essere interrotta in qualsiasi momento. L'esperimento della mediazione familiare è comunque condizione di procedibilità secondo quanto previsto dalla legge qualora nel procedimento debbano essere assunte decisioni che coinvolgano direttamente o indirettamente i diritti dei minori."

Viene poi stabilito, al comma successivo, che essa ha una durata massima non superiore a sei mesi, decorrenti dal primo incontro cui hanno partecipato entrambe le parti. Infine, l'accordo raggiunto in sede di mediazione, per avere efficacia, deve in ogni caso essere omologata dal tribunale.

Dunque, sebbene nella relazione illustrativa venga espressamente dichiarato che *"è tuttavia ben strano che sia stata imposta la mediazione preventiva in settori assai meno coinvolgenti la vita delle persone e invece si pongano forti limitazioni con riguardo alla materia del diritto di famiglia"*, in primo luogo, appare poco condivisibile l'equiparazione della mediazione familiare a quella civile/commerciale di cui al D.Lgs. n. 28/2010 attese le ontologiche differenze che le caratterizzano. Infatti, mentre in sede civile/commerciale la mediazione serve alle parti per comporre una lite già insorta tra di loro, giungendo ad un accordo che ha effetto pienamente novativo o estintivo delle obbligazioni poste a fondamento delle lite, con la mediazione di cui al DDL n. 735 si forniscono ai genitori gli strumenti per regolamentare il nuovo equilibrio familiare, ovverosia per dirimere anche i successivi e futuri conflitti che dovessero sorgere tra di loro a seguito di divergenze educative o comunque connesse all'esercizio della genitorialità. Inoltre, la mediazione civile e commerciale "termina" con la sottoscrizione dell'accordo tra le parti mentre quella familiare si proietta necessariamente oltre la sottoscrizione dell'accordo.

I senatori proponenti ritengono invero che l'applicazione dei meccanismi di *Alternative dispute resolution (ADR)* potrebbe evitare a molte famiglie la lite giudiziaria, di per sé autonoma espressione di fallimento e foriera di conseguenze personali e relazionali, le cui spese vengono in ogni caso pagate a caro prezzo dai molti minori coinvolti.

In realtà, l'orientamento che si sta consolidando di recente sulla questione è concorde nel ritenere che l'introduzione della mediazione familiare obbligatoria determini un aggravio di costi a carico dei separandi che si possono calcolare in almeno 77 milioni di euro all'anno rischiando di diventare uno strumento per rendere più difficile l'interruzione legale del rapporto di coppia. Infatti, l'assurdità sta nell'obbligatorietà della stessa nei casi delineati dall'articolo, obbligatorietà che il legislatore cerca di velare dietro il termine "volontaria" ma che poi svela allorché la impone quale condizione di procedibilità nei

procedimenti separativi, nonostante fosse già previsto un filtro al contenzioso familiare, quale la negoziazione assistita di cui alla L. n. 162/2014.

L'esperimento mediatorio rischia di addivenire un mero tentativo dilatorio per cercare, ancora una volta, di prevenire la crisi matrimoniale ponendo a carico dei coniugi – già infelici nel contesto relazionale – un ulteriore dispendio economico che potrebbe inibirli dal ricorrere alle procedure di separazione o divorzio.

C'è chi potrebbe pensare che, in virtù del pensiero politico prevalentemente tradizionale (o preistorico?) di chi ha proposto la riforma in esame, tale "imposizione" sia volta ad evitare lo sviluppo eccessivo di separazioni o divorzi a tutela dell'istituto del matrimonio nonché della famiglia c.d. "tradizionale".

Per le ulteriori riflessioni sul punto, si approfondirà nel paragrafo sul DDL n. 118/2018 appunto concernente *in toto* l'istituto della mediazione.

a-bis) Il coordinatore genitoriale (Co.Ge.)

Sempre a titolo di ADR, il legislatore, all'art. 5 del DDL n. 735, propone, quale elemento fondamentale del processo di risoluzione alternativa delle controversie fra genitori, la figura del coordinatore genitoriale.

Trattasi di un esperto qualificato con funzione mediativa, dotato di formazione specialistica in coordinazione genitoriale, iscritto all'albo di una delle professioni regolamentate di ambito sanitario o socio-giuridico.

Egli, operando nell'ambito delle disposizioni di natura legale e deontologica della rispettiva professione come terzo imparziale, ha il compito di gestire in via stragiudiziale le controversie eventualmente sorte tra i genitori di prole minorenni relativamente all'esecuzione del piano genitoriale. La sua attività è volta al superamento di eventuali ostacoli al corretto e sereno esercizio della co-genitorialità assistendo i genitori nell'attuazione del piano genitoriale, monitorandone l'osservanza e risolvendo tempestivamente le controversie. Il giudice, su richiesta dei genitori di incaricare un coordinatore genitoriale, ne dispone la nomina ove ritenuto necessario nell'interesse del minore.

Il ruolo del coordinatore genitoriale nasce negli anni '90 negli Stati Uniti ed ha avuto una notevole diffusione con creazione di specifiche figure professionali, circostanza non verificatosi in Italia laddove esso è sorto come figura di

matrice giurisprudenziale introdotta, originariamente, dai Tribunali di Civitavecchia, Milano e Roma¹⁵⁴.

Questa risulta una delle poche innovazioni positive nonostante le numerose siano le criticità. Tra queste, invero, non è previsto alcun obbligo formativo per i coordinatori genitoriali, ma solo un generico richiamo (art. 5, comma 2) a "*formazione specialistica in coordinazione genitoriale*"; poi, al pari del mediatore familiare (di cui all'art. 4), dovrebbe essere prevista l'introduzione dei parametri per la determinazione dei compensi professionali, anche nell'ottica di regolazione della concorrenza e, dunque, al fine di salvaguardare l'efficienza pratica dell'istituto; la normativa, inoltre, non prevede le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza da parte dei genitori delle indicazioni del coordinatore; e manca altresì un collegamento tra coordinatore genitoriale e Magistratura per tutte le ipotesi in cui l'incarico avvenga dopo la chiusura del procedimento (v. art. 337-*quinquies* c.c.).

Non è, poi, comprensibile il motivo per cui il Co.Ge. debba intervenire solo in sede di modifica (v. art. 13 che modifica l'art. 337-*quinquies* c.c.) e non anche in sede di "primo conflitto", laddove è dimostrato che la coordinazione genitoriale possa funzionare; parimenti non è comprensibile perché la coordinazione genitoriale (v. co 3 del modificato art. 337-*quinquies* c.c.) debba intervenire dopo il fallimento e/o il rifiuto della mediazione familiare: quesiti rimasti irrisolti e lacune che il legislatore dovrebbe sanare prima dell'entrata in vigore delle suddette leggi.

b) Modifiche processuali

L'art. 6 del DDL n. 735 modifica l'articolo 178 c.p.c. – circa il controllo del collegio sulle ordinanze - con l'aggiunta di un comma per stabilire che l'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei figli è impugnabile dalle parti, con reclamo immediato al collegio.

Il successivo art. 7, modifica poi l'art. 706 c.p.c per quanto riguarda la forma della domanda per la separazione sancendo che le coppie con figli devono procedere alla

¹⁵⁴ Da ricordare il decreto emesso da Tribunale di Milano, Sez. IX civ., decreto 29.07.2016, est. Buffone che ha fatto seguito ad una precedente sentenza del Tribunale di Civitavecchia del 20.05.2015; di recente, precisamente nel maggio del 2017, anche il Tribunale di Mantova (Trib. Mantova prima sezione civile 5 maggio 2017; Pres. Est. Bernardi).

mediazione obbligatoria per aiutare le parti a trovare un accordo nell'interesse dei minori, ricollegandosi quindi al precedente articolo in tema di mediazione. In ogni caso il mediatore familiare rilascia ai coniugi un'attestazione, sottoscritta dai coniugi medesimi, in cui si dà atto del tentativo di mediazione e del relativo esito.¹⁵⁵

Esso prevede anche l'obbligo di redazione di un piano genitoriale espressamente previsto al seguente art. 10.

L'art. 8, poi, di modifica all'articolo 708 c.p.c., circa il tentativo di conciliazione e i provvedimenti del presidente, stabilisce che all'udienza di comparizione il presidente, nel caso di conciliazione infruttuosa, debba informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare; qualora il giudice si trovi di fronte ad un caso in cui siano presenti figli minorenni, egli è tenuto a verificare anche d'ufficio il rispetto delle prescrizioni di cui sopra. Il presidente è altresì tenuto a valutare i rispettivi piani genitoriali assumendo con ordinanza i provvedimenti opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi, secondo quanto previsto dagli artt. 337-ter ss. c.c.

L'art 706 c.p.c viene altresì modificato dall'art. 4 del DDL n. 118 sulla falsariga di quanto indicato nel DDL n. 768 ma prevedendo che l'obbligo di rivolgersi a un centro sia successivo al deposito del ricorso e antecedente l'assunzione dei provvedimenti provvisori.

Per quanto concerne più nel dettaglio la modifica dell'art. 708 c.p.c. e soprattutto in relazione all'accoglimento del piano genitoriale, laddove i piani non siano convergenti, il Giudice accoglie le proposte dell'uno o dell'altro e se un coniuge non compare o non presenta un piano, il Presidente accoglie la decisione dell'altro "*se non contrarie all'interesse della prole*". Si osserva, sul punto, che quanto alla vincolatività del piano genitoriale, la norma pare contraddire il potere ufficioso del Giudice di assumere tutti i provvedimenti ritenuti opportuni nell'interesse della prole discostandosi dalle domande delle parti: infatti, la regola secondo cui in mancanza della proposta di un piano genitoriale da parte di uno dei due coniugi si applica il piano redatto dall'altro coniuge è un automatismo eccessivo,

¹⁵⁵ L'art. 7 modifica l'art. 706 c.p.c. (ricorso per separazione giudiziale) prevedendo l'obbligo "*a pena di improcedibilità*" di "*iniziare un percorso di mediazione familiare*" e quello di redigere il "*piano genitoriale*" a "*pena di nullità*". Non è però precisato se l'improcedibilità della domanda sia rilevabile d'ufficio e quali siano le effettive conseguenze, considerato il mancato raccordo con il novellato art. 708 c.p.c.; si osserva che la normativa sulla mediazione familiare, in cause che dovrebbero essere caratterizzate dalla speditezza, è ancora più stringente della normativa prevista per la mediazione civile e commerciale ex D.lgs n. 28/10.

dovendosi riconoscere il potere del Giudice di assumere le decisioni opportune anche sulla base dell'ascolto delle parti in udienza.

L'art. 9, in modifica dell'attuale art. 709-ter c.p.c. in tema di soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni, rende più incisivo il ricorso, in quanto la mera ammonizione si è rivelata un'arma spuntata e incapace di frenare gli atteggiamenti più pregiudicati dei genitori. Esso, dopo aver disciplinando le regole di competenza, prevede che *“a seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze, di manipolazioni psichiche o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, nonché in caso di astensione ingiustificata dai compiti di cura di un genitore e comunque in ogni caso ove riscontri accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate mosse contro uno dei genitori, il giudice valuta prioritariamente una modifica dei provvedimenti di affidamento ovvero, nei casi più gravi, la decadenza dalla responsabilità genitoriale del responsabile ed emette le necessarie misure di ripristino, restituzione o compensazione. Il giudice può anche congiuntamente: 1) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 3) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 600 euro a un massimo di 6.000 euro. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”*.

In realtà, il procedimento ex art. 709-ter c.p.c., che per sua natura dovrebbe essere snello, proprio per essere efficace, mal si presta all'accertamento dei presupposti per una misura così grave come la decadenza dalla responsabilità genitoriale, suggerita in concreto da valutazioni dei Servizi Sociali, rese in violazione del contraddittorio o senza alcuna tutela del diritto di difesa. Non si comprende, poi, dal punto di vista strettamente giuridico, cosa si intenda con misure di *“restituzione o compensazione”*. In più, la contrapposizione tra i genitori, derivante dall'uso dei termini sopra indicati, cancella il riferimento all'interesse del minore che diventa così un mero strumento di *“punizione”* o *“gratificazione”*: il minore risulterebbe l'unico a subire le conseguenze del comportamento illecito del genitore e, dunque, da soggetto di diritti diventa nuovamente strumento per la realizzazione dei diritti altrui.

Il riferimento, poi, alle *“accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate”* pone il Giudice civile in contrapposizione, in punto accertamento del fatto, con il

Giudice penale e le sanzioni “scattano” indipendentemente dall’elemento soggettivo del soggetto denunziante, il che potrebbe indurre i genitori a non prestare voce alle lamentele dei figli per paura di conseguenze nefaste proprio sul minore.

Poi, con l'art. 10, sostitutivo del vigente art. 711 c.p.c. in tema di separazione consensuale, si stabilisce che in tal caso i genitori di figli minori, a pena di nullità, devono indicare nel ricorso il piano genitoriale concordato, secondo quanto previsto dall'articolo 706, VI co c.c. e dall'art. 337-ter c.c. Ove riscontri che i coniugi non vi abbiano adempiuto, il presidente è tenuto ad esperire preliminarmente un tentativo di conciliazione. In caso positivo si procede come previsto dall'articolo 708, II, c.p.c. In caso negativo il presidente dà atto nel processo verbale del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole, come previste dal ricorso e dai piani educativo e di riparto delle spese. I coniugi che abbiano depositato ricorso congiunto per la separazione consensuale sono esentati dalla mediazione obbligatoria.

L’obbligo di presentazione del piano genitoriale anche nei procedimenti in cui si prende atto dell’accordo dei genitori costituisce, in verità, una sorta di interferenza illecita nella vita familiare, in contrasto con l’art. 8 CEDU e, in più, la sanzione della nullità connessa alla mancata presentazione del piano genitoriale appare esagerata, specialmente in poichè non sono previste sanatorie.

Con l'art. 20, poi, si modifica l'art. 6 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, al fine di stabilire che le parti e i rispettivi legali devono in ogni caso applicare le disposizioni di cui agli articoli 337-ter e seguenti del codice civile. Si tratta di norma che potrebbe essere foriera di innumerevoli problemi pratici¹⁵⁶ e che lede il diritto delle parti alla libera determinazione dei loro rapporti.

L’art. 22, infine, conferma la legge divorzile con le modifiche apportate agli artt. 706/708/711 c.p.c.

¹⁵⁶ Ad esempio, sorgono dubbi su chi proceda con l’ascolto del minore, se la negoziazione assistita debba essere preceduta dalla mediazione familiare, se i coniugi d’accordo tra di loro possano derogare alla regola dei 12 giorni o l’accordo poi sia nullo, se, qualora i coniugi fossero d’accordo, si possa prevedere un assegno perequativo non a tempo oppure l’assegnazione della casa al non proprietario, ecc.

c) *Nuove norme sull'affido condiviso*¹⁵⁷

Secondo la relazione illustrativa al DDL n. 735, la legge 8 febbraio 2006, n. 54 in tema di affidamento dei minori si è rivelata un fallimento, in quanto, nella classifica mondiale, l'Italia rimane uno degli ultimi Paesi del mondo industrializzato per quanto riguarda la co-genitorialità (c.d. *co-parenting*) delle coppie separate.

Nel mondo occidentale, come si è visto nei paragrafi che precedono, il principio della bigenitorialità, principio indefettibile da rispettarsi anche in caso di risoluzione dei conflitti sfociati nelle c.d. crisi matrimoniali, viene affermato e applicato a partire dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (NY) del 20 novembre 1989.

In realtà, però, presso alcune corti degli Stati Uniti già nel 1970 gruppi di magistrati avevano iniziato a redigere sentenze che prevedevano l'affido congiunto della prole in caso di divorzio dei genitori.

Dietro la locuzione *joint custody* si potevano celare differenti forme di affidamento: in molti casi dietro il concetto di pari responsabilità genitoriale si nascondevano forme di affidamento identiche a quelle normalmente previste in caso di affidamento esclusivo (si trattava della cosiddetta *joint legal custody*), mentre in altre a una suddivisione giuridico-formale si aggiungeva una condivisione materiale delle cure e dei tempi di permanenza (*joint physical custody*).

Nonostante in Italia si sia da un tempo ormai affermata come regola l'affidamento condiviso, la sua applicazione, secondo i proponenti del DDL in questione, è stata fallimentare.

Tre sono i dati particolarmente tenuti in considerazione dal legislatore: nel nostro paese l'affido a tempi *paritetici* è stimato intorno all'1-2%, mentre ad esempio in Belgio supera il 20%, in Quebec il 25%, in Svezia il 28%; in Italia l'affido *condiviso* (considerando tale una situazione nella quale il minore trascorre almeno il 30% del tempo presso il genitore non affidatario) riguarda il 3-4% dei minori, tasso fra i più bassi al mondo, in Belgio il 30%, in Quebec il 30%, in Svezia il 40%; l'affido esclusivo, invece, in Italia coinvolge oltre il 90% dei minori, in Belgio circa il 50%, in Quebec circa il 40%, in Svezia il 30%.

¹⁵⁷ I principi previsti per la separazione sono applicabili, in virtù dell'art. 22, anche alla legge sul divorzio.

Nel nostro Paese troviamo quindi una situazione estrema che sicuramente non rispecchia la volontà del legislatore e che è solo fonte di danni per lo sviluppo psicologico dei minori coinvolti.

Mediante le modifiche contenute nei seguenti articoli, il legislatore si propone di dare – a suo parere – concreta applicazione alla risoluzione n. 2079/2015 del Consiglio d'Europa che consiglia gli Stati membri di adottare leggi che assicurino l'effettiva uguaglianza tra padre e madre nei confronti dei propri figli, al fine di garantire ad ogni genitore il diritto di essere informato e di partecipare alle decisioni importanti per la vita e lo sviluppo del loro figlio, nel miglior interesse di quest'ultimo, consigliando altresì di introdurre nella legislazione il principio del doppio domicilio dei figli in caso di separazione, limitando le eccezioni ai casi di abuso o di negligenza verso un minore o di violenza domestica.

La risoluzione suggerisce di adottare tutte le misure necessarie a garantire la piena esecuzione delle decisioni relative alla residenza dei figli e agli incontri coi genitori, anche dando seguito a reclami relativi alla mancata frequentazione dei bambini, incoraggiando in ogni caso la mediazione all'interno delle procedure giudiziarie in materia familiare relativamente ai minori, istituendo un incontro informativo obbligatorio stabilito dal giudice: il tutto deve essere, ovviamente, sempre determinato secondo la specificità delle situazioni nell'interesse del minore.

E allora, nel dettaglio, il DDL Pillon con gli articoli 11, 12, 13, 14, 15 e 16 modifica integralmente i vigenti articoli 337-ter, 337-quater, 337-quinquies, 337-sexies, 337-septies e 337-octies.

L'art. 11 riguarda i provvedimenti concernenti i figli e modifica l'attuale articolo 337-ter c.c. istituendo, prevalentemente, il c.d. affidamento paritetico.

Esso prevede il diritto del minore al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con il padre e la madre, a ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambe le figure genitoriali e a trascorrere con ciascuno dei genitori tempi adeguati, paritetici ed equipollenti, salvi i casi di impossibilità materiale. Si garantiscono tempi paritari qualora anche uno solo dei genitori ne faccia richiesta, ma comunque deve essere assicurata la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre, salvo comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio in casi tassativamente individuati. Viene poi

sancito il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

L'articolo prevede inoltre che il giudice, nell'affidare in via condivisa i figli minori, debba stabilire il doppio domicilio del minore ai fini delle comunicazioni scolastiche, amministrative e relative alla salute.

Nel "piano genitoriale" così configuratosi i genitori devono indicare anche la misura e la modalità con cui ciascuno dei genitori provvede al mantenimento diretto dei figli, sia per le spese ordinarie sia per quelle straordinarie, anche attribuendo a ciascuno specifici capitoli di spesa, in misura proporzionale al proprio reddito e ai tempi di permanenza presso ciascun genitore secondo le esigenze indicate nel piano genitoriale, considerando sempre le esigenze del minore, il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore e le risorse economiche di entrambi i genitori. In mancanza di accordo, il giudice, sentite le parti, determina i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi dovrà contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli sulla base del costo medio dei beni e servizi per i figli¹⁵⁸.

Ebbene, preliminarmente occorre sottolineare che, in base al comma 1 dell'art. 11 in cui si legge che il minore ha diritto di "*mantenere un rapporto equilibrato, non più con i genitori, ma con il padre e con la madre*¹⁵⁹" nonché il diritto di "*trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici*", il legislatore commette una *fictio iuris* in quanto, in realtà quello del minore si configura più che come un diritto come un vero e proprio dovere. Ciò si appalesa anche dal successivo comma 2, dove appunto i tempi paritetici sono subordinati alla richiesta di uno dei genitori: ove fossimo in presenza del diritto del minore, il suo esercizio non dovrebbe

¹⁵⁸ Il calcolo sarà individuato su base locale alla luce del costo medio della vita come calcolato dall'ISTAT, individuando le spese ordinarie, le spese straordinarie e attribuendo a ciascun genitore specifici capitoli di spesa, dando applicazione al protocollo nazionale sulle spese straordinarie: Si sancisce infine che, ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice possa disporre un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.

¹⁵⁹ Il riferimento a "padre" e "madre", in luogo del termine "genitori" da sempre presente nel nostro ordinamento, pare destinato a produrre effetti nei confronti delle c.d. "famiglie arcobaleno" presumibilmente escluse dalla disciplina.

certo essere condizionato dalla volontà arbitraria di colui che dovrebbe eseguire la "prestazione" finalizzata alla realizzazione del diritto.

Per quanto concerne la modalità della suddivisione del tempo nelle procedure di affidamento condiviso, il comma 2 introduce l'obbligo dei tempi paritetici con un doppio registro: la divisione deve essere rigorosamente al 50% se lo richiede almeno uno dei genitori e se non sussistono "oggettivi elementi ostativi"; in questo caso si passa alla previsione delle 12 notti mensili, a sua volta derogabile solo in cinque casi tassativi: a) violenza; b) abuso sessuale; c) trascuratezza; d) indisponibilità di un genitore, e) inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore.

La norma *de qua* è certamente incostituzionale nella parte in cui non tiene conto del concreto interesse del minore, da valutarsi caso per caso¹⁶⁰ e viola persino la Convenzione di New York laddove non tiene conto del fatto che tutti i provvedimenti devono essere assunti in funzione del *best interest of the child* che, invece, con le nuove norme non è più il criterio cui il Giudice deve informarsi nel prendere le proprie decisioni: il minore torna così a essere "oggetto di diritti" e non "soggetto di diritti", anche in spregio all'art. 30 Cost.

Oltre a ciò, la norma appare anche in contrasto con la Risoluzione n. 2079/2015 che invita gli Stati a introdurre leggi in cui i tempi di permanenza sono adattati "*ai bisogni e gli interessi del bambino*", a riprova della necessità di evitare soluzioni standard uguali per tutti che mortificano la specificità di ogni storia familiare e di ogni bambino; bambino che deve essere considerato nella sua singolarità, con le sue caratteristiche, la sua storia e le sue abitudini che i genitori devono rispettare, posponendo i propri bisogni, a quelli del figlio.

Ad ogni modo, sull'opportunità o meno delle modifiche in esame si dirà successivamente nel capitolo IV, laddove appunto saranno riportate i pareri degli esperti del diritto.

L'art. 11 introduce anche il c.d. piano genitoriale, con cui ciascuno dei genitori indica al Giudice: luoghi abitualmente frequentati dai figli; scuola e percorso educativo del minore;

¹⁶⁰ Giova ricordare l'insegnamento della Corte Costituzionale sulla questione "*L'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale e questa Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito a tale radicamento*" (così Corte Cost. 272/17, nonché 7/13; 31/2012; 283/99; 303/96; 148/92; 11/1981).

eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative; frequentazioni parentali e amicali del minore; vacanze normalmente godute dal minore.¹⁶¹

Nel caso di conflitto tra i genitori, il Giudice esamina i rispettivi piani genitoriali, prende atto dell'eventuale accordo parziale e decide su quelle parti del piano sulle quali manca l'accordo (comma 8). Non è chiaro, invece, se i genitori possano liberamente modificare il piano genitoriale in pieno accordo tra di loro, considerato che si tratterebbe di una modifica mediante "scrittura privata" di un provvedimento giurisdizionale.

Si noti come tale proposta normativa costituisca un'inammissibile ingerenza dello Stato nella vita privata dei cittadini, specialmente laddove impone la previsione del piano genitoriale anche nelle ipotesi di accordo tra i genitori, in palese violazione dell'art. 8 CEDU.

Inoltre, il legislatore dimentica che le situazioni sottoposte al vaglio del giudice familiare sono estremamente delicate nonché ontologicamente differenti da caso a caso; parimenti, occorre ricordare che vi è la forte difficoltà di prevedere *ab initio* ogni questione relativa ai figli stante la mutevolezza delle vicende che li riguardano.

La norma presenta inoltre un probabile profilo di incostituzionalità per disparità di trattamento tra figli di genitori separati e figli di genitori conviventi: i secondi infatti mantengono intatto il diritto (art. 315 c.c.) di essere educati, istruiti e mantenuti tenendo conto delle loro inclinazioni, capacità naturali e aspirazioni; i primi invece dovrebbero essere educati tenendo conto di un regolamento fisso e rigido che non tiene conto delle evoluzioni connesse alla loro crescita e al loro sviluppo; è infatti evidente che le abitudini di un figlio (così come i luoghi abitualmente frequentati dai figli o le attività extrascolastiche o le vacanze) sono destinate a mutare con il crescere dell'età e non possono essere imbrigliate in un documento che è l'esatta negazione dei diritti del minore sanciti nell'art. 30 Cost., nonché nella Carta AGIA.

Si ritiene, quindi, che il comma 6 dell'art. 337-ter c.c. dovrebbe essere modificato mediante la previsione dell'obbligo di inserimento del piano genitoriale solo nelle ipotesi di conflitto, così da renderlo un valido strumento che possa orientare la scelta del Giudice¹⁶².

¹⁶¹ Il piano deve essere allegato anche alle separazioni consensuali/divorzi congiunti (art. 10 e art. 22) nonché agli accordi di negoziazione assistita (v. art. 20 che introduce il comma 3 bis all'art. 6 L. 162/14).

¹⁶² Di conseguenza, il comma 8 dovrebbe essere modificato mediante l'elisione della prima parte e la modifica della seconda, nel senso che il Giudice, nell'assumere i provvedimenti, tiene conto di quanto indicato dai genitori nei rispettivi piani genitoriali ma non è vincolato ad esso.

Con l'art.12, che sostituisce l'art. 337-*quater* c.c., si stabilisce che il giudice, nei casi di cui all'articolo 337-*ter*, secondo comma, possa disporre l'affidamento dei figli a uno solo dei genitori qualora ritenga che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore, garantendo sempre il diritto del minore alla bigenitorialità.

Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice, favorendo e garantendo in ogni modo la frequentazione dei figli minori con l'altro genitore, a meno che ciò non sia stato espressamente vietato dal giudice con provvedimento motivato. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono 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. Sono previsti casi di temporanea impossibilità ad affidare il minore ai propri genitori. In tali casi il giudice deve porre in essere ogni misura idonea al recupero della capacità genitoriale dei figli.

In sostanza, la norma prevede che l'affidamento esclusivo possa essere disposto solo nelle cinque ipotesi di violenza, abuso sessuale, trascuratezza, indisponibilità di un genitore, inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore e qualora non sia espressamente contrario all'interesse del minore. In tali ipotesi, poi, le decisioni di maggior interesse sono prese da entrambi i genitori, salvo il caso di diversa decisione del Giudice (affido superesclusivo o rafforzato di cui al cap. II) in cui comunque debbano sempre essere previsti "tempi adeguati" di frequentazione, indipendentemente dal pregiudizio che questi potrebbero arrecare al minore (non viene richiamato nella seconda parte del comma 1 il riferimento "all'interesse del minore" o al pregiudizio, inserito invece nella prima parte dello stesso comma).¹⁶³ L'idea di subordinare l'affidamento esclusivo solo a tassative ipotesi è limitativa, in quanto non vi rientrano per esempio tutti i casi di patologia psichiatrica di un genitore, quelle di dipendenza da alcol o deroga o viceversa pare eccessivo il ricorso all'affidamento esclusivo per ragioni economiche (v. deroga n. 5).

¹⁶³ L'affidamento esclusivo è comunque temporaneo e il Giudice deve indicare le "azioni concrete" per rimuovere le cause che hanno portato all'affidamento esclusivo. L'ultimo comma della norma poi, prevede l'affidamento intra o eterofamiliare, sulla falsariga di quanto previsto dalla Legge sulle adozioni.

E' invece pregevole la precisazione, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, che all'affido esclusivo si accompagna l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale; dovrebbe però esservi l'inversione delle regola attuale, come previsto dall'art. 2 lett. b) del DDL n. 768, con la previsione che l'affidatario esclusivo, salva diversa determinazione, è autorizzato ad assumere da solo tutte le decisioni, anche quelle di straordinaria importanza, che riguardano il minore, tranne quella sulla residenza. Invece, appare incomprensibile il riferimento alla temporaneità dell'affidamento esclusivo, considerato che i provvedimenti in materia sono *rebus sic stantibus*. Ciò comporterebbe comunque un aumento del contenzioso, in sede di modifica, esponendo il minore a continui "accertamenti".

La previsione, infine, delle azioni concrete per "*rimuovere le cause che hanno portato all'affidamento esclusivo*" potrebbe poi porsi in contrasto con l'art 32 Cost. (nel senso indicato da Cass. Civ. Sez., I, sent. n. 13506/15) e spalancare le porte a un massiccio intervento dei Servizi Sociali.

Pertanto, l'art. 12 dovrebbe prevedere che il genitore affidatario eserciti la responsabilità genitoriale in via esclusiva anche per le decisioni di maggiore importanza, eccezion fatta per la residenza e salvo diversa decisione del Giudice, nonché avere un richiamo all'art. 1 L. Ad., onde ribadire che l'affidamento etero-familiare è sempre *l'extrema ratio*.

L'art. 13, sostitutivo dell'articolo 337-*quinquies* c.c., reca la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e i casi di conflittualità genitoriale introducendo il secondo tentativo di mediazione e il coordinatore genitoriale (di cui sopra) quali estremi tentativi di restituire ai genitori la capacità di decisione autonoma, prima della definitiva decisione del giudice. I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, la revisione dei piani genitoriali e dei tempi di frequentazione con la prole, l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.

In pratica, il legislatore prevede che una volta fallita la mediazione, o rifiutata la stessa, il Giudice inviti a utilizzare il Coordinatore Genitoriale (comma 3)¹⁶⁴: sembra però privo di senso subordinare il ricorso al Co.Ge. al fallimento della mediazione familiare in quanto i

¹⁶⁴ Per il quale è prevista la ripartizione degli oneri della coordinazione - ma non della mediazione - al 50%, salvo diversi accordi (comma 4).

due strumenti devono essere presentati insieme e scelti, dai genitori, in funzione della peculiarità del caso.

c-bis) Domicilio e residenza

L'art. 14, sostitutivo dell'art. 337-*sexies*, istituisce disciplina la residenza del minore presso la casa familiare e le prescrizioni in tema di residenza. Il giudice, all'uopo, può stabilire nell'interesse dei figli minori che questi mantengano la residenza nella casa familiare, indicando in caso di disaccordo quale dei due genitori potrà continuare a risiedervi. Si stabilisce che non possa continuare a risiedere nella casa familiare il genitore non proprietario o non titolare di specifico diritto che non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio.

L'articolo, pertanto, elimina l'assegnazione della casa familiare e prevede che solo il comproprietario (o titolare del diritto di usufrutto, uso o abitazione, v. comma 2) possa abitarvi mentre l'occupante dovrà versare all'altro un "*canone di locazione computato sulla base dei correnti prezzi di mercato*".

I proponenti della modifica ritengono che, sull'assegnazione della casa familiare, si sia registrato il tradimento dello spirito della norma: i detrattori della L. n. 54/06 colgono nel segno quando assumono che la creazione della figura del genitore collocatario prevalente è stato lo strumento per privare uno dei genitori della casa familiare, anche quando ciò non corrispondeva all'interesse dei figli oppure, peggio ancora, quando l'assegnazione era contraria al loro interesse.

L'articolo introduce il comma 4, in forza del quale: a) il trasferimento di residenza e l'iscrizione a un istituto scolastico sono soggetti al preventivo consenso di entrambi i genitori, ovvero alla decisione del Giudice tutelare; b) in caso di trasferimento non autorizzato da entrambi i genitori o dal Giudice, l'Autorità di Pubblica Sicurezza, su segnalazione del genitore, debba "*adoperarsi per ricondurre immediatamente il minore alla sua residenza*".

Sul punto si dirà meglio *infra* al commento all'art. 2 del DDL n. 45.

c-tris) Disposizioni a favore dei figli maggiorenni

All'art. 15, che sostituisce l'art. 337-*septies* vertente su disposizioni in favore dei figli maggiorenni, si chiarisce che il giudice possa disporre in favore dei figli maggiorenni non

indipendenti economicamente, su loro richiesta, il pagamento di un assegno periodico a carico di entrambi i genitori, assegno che è comunque versato direttamente all'avente diritto.

In concreto, la norma riscrive completamente l'art. 337-*septies* c.c. e prevede che: a) i figli maggiorenni e non economicamente autosufficienti possano concordare con i genitori un "piano genitoriale"; b) il giudice, valutate le circostanze, possa disporre, su richiesta dei figli, che sia posto a carico di entrambi i genitori un assegno di mantenimento da versarsi solo a favore del figlio che poi a sua volta dovrà restituire parte della somma al genitore con cui convive, giusta il richiamo all'art. 315-*bis* c.c.; c) l'obbligo di mantenimento cessa inesorabilmente al compimento del 25esimo anno di età del figlio; può cessare anche prima qualora il figlio non abbia per sua colpa un'attività lavorativa oppure *"si dimostri la colpevole inerzia nel prorogare il proprio percorso di studi senza alcun effettivo rendimento"*.

Ad una più attenta lettura, invero, il combinato disposto tra mantenimento diretto del figlio minorenni e nuova formulazione dell'art. 337-*quinquies* c.c. porta ad immaginare che il figlio sia "obbligato" a far causa al genitore per ottenere un assegno; determinando un aumento del contenzioso e anche dei costi a carico dello Stato¹⁶⁵ e non tiene comunque conto della necessità di proteggere il soggetto non solo economicamente, ma anche psicologicamente più debole.

La norma priva altresì il figlio maggiorenne non autosufficiente di qualsivoglia forma di tutela, quantomeno nel periodo intercorrente tra il raggiungimento della maggiore età e il provvedimento determinativo dell'assegno; essa non chiarisce neanche i parametri in forza dei quali dovrebbe essere suddiviso l'onere di mantenimento dei genitori e né quale strumento processuale i figli dovrebbero utilizzare, con la conseguenza di dover optare per il rito ordinario monocratico con tutte le conseguenze sulle tempistiche.

La norma quindi appare palesemente incostituzionale nella parte in cui fissa il limite dei 25 anni per il mantenimento del figlio, giacché determina ancora un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori non separati che manterrebbero intatto il diritto di essere mantenuti anche oltre il limite temporale fissato per i figli di genitori separati. Sarebbe opportuno prevedere per il genitore dell'onere di provare lo stato di

¹⁶⁵ Giacché il figlio non economicamente autosufficiente necessariamente dovrà fruire del patrocinio a spese dello Stato.

disoccupazione o di inerzia "scolastica" e il figlio dell'onere di provare che la disoccupazione o lo scarso rendimento scolastico non sono a lui imputabili.

Bisognerebbe, piuttosto, introdurre un comma 3 all'art. 337-*septies* c.c., che stabilisca che il figlio maggiorenne può esercitare il diritto di cui al comma 1 intervenendo nel giudizio pendente tra i genitori, oppure, in caso contrario, con le forme di cui all'art. 316-*bis* c.c e introdurre un comma in più all'art 315 c.c. che stabilisca che il dovere di mantenimento cessi allorquando il figlio, economicamente non autosufficiente, non dimostri che lo stato di disoccupazione o lo scarso rendimento scolastico sono dovuti a causa allo stesso non imputabile.

c-quater) Ascolto del minore

L'art. 16¹⁶⁶, poi, che sostituisce l'articolo 337-*octies* c.c, prevede che il giudice disponga l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

L'ascolto del minore deve essere sempre svolto alla presenza del giudice e di un esperto da lui designato e deve essere videoregistrato. Le parti, che possono assistere in locale separato collegato mediante video, possono presentare domande per mezzo del giudice, ma sono vietate domande dirette a ottenere risposte relativamente al desiderio del minore di stare con uno dei genitori ovvero quelle potenzialmente in grado di suscitare preferenze o conflitti di lealtà da parte del minore verso uno dei genitori.

In breve, la norma, accorpando i vigenti commi 1 e 2 dell'art. 337-*octies*, prevede l'obbligatorietà dell'ascolto prima dell'assunzione dei provvedimenti provvisori e l'eliminazione della facoltà per il Giudice di non procedere all'ascolto se "*in contrasto con l'interesse del minore o manifestatamente superfluo*".

In realtà, non si comprende perché il legislatore non abbia modificato, piuttosto che l'art. 337-*octies*, l'art. 336-*bis* c.c. che riguarda l'ascolto del minore in "*tutti i procedimenti che lo*

¹⁶⁶ La disciplina dell'ascolto è oggetto anche dell'art 5 del DDL n. 118 che prevede l'obbligo del Giudice di prendere in considerazione l'opinione del minore tenendo conto dell'età e del grado di maturità e dell'art. 5 del DDL n. 768 che prevede l'obbligo del Giudice di valutare la fondatezza del rifiuto del minore di essere ascoltato nonché di procedere all'ascolto anche nell'ipotesi di accordo dei genitori, se il minore lo richiede.

riguardano"; ad ogni modo, è corretto chiarire l'obbligatorietà dell'ascolto prima dell'assunzione dei mezzi provvisori e che l'ascolto debba essere fatto dal Giudice: è opportuno anche lasciare al Magistrato la facoltà di farsi coadiuvare da un esperto nonché auspicabile il ricorso alla videoregistrazione anche se comporterebbe la creazione di strutture adeguate, oggi assenti in molti Tribunali.

È però erroneo prevedere che l'ascolto sia omissivo nelle ipotesi di accordo quando sia contrario all'interesse del minore o inutile; sarebbe opportuno tenere distinte le due ipotesi, così da escludersi automaticamente l'ascolto del minore nei procedimenti in cui si prende atto degli accordi tra i genitori e in tutti quei casi in cui l'incombente sia manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore. Come è erroneo prevedere il divieto delle domande *"in grado di suscitare conflitti di lealtà del minore"*: questa disposizione avrebbe l'effetto contrario a quello voluto (proteggere il minore); letta in combinato con l'art. 336-bis c.c. potrebbe essere interpretata nel senso di obbligare il Giudice ad ammettere tutte le domande formulate dalle parti tranne quelle *"in grado di suscitare conflitti di lealtà del minore"* (è preferibile dunque mantenere la formulazione attuale).

c-quinquies) Mantenimento diretto e assegnazione della casa coniugale

Infine, il DDL si propone di dare piena applicazione al principio del mantenimento diretto, pur astrattamente previsto dalla norma come modalità per provvedere alla prole.

Eppure, nella relazione illustrativa si legge che questo metodo, oltre ad essere costume esteso e inveterato di molti Stati progrediti, come rilevato da molte ricerche, contribuisce a una percezione nel minore di maggior benessere economico (non dovendo più il genitore veder mediato il proprio contributo da una persona - l'ex *partner* - in cui, a torto o ragione, non ha fiducia).

La norma oggi vigente manifesta la netta preferenza del legislatore verso un mantenimento diretto della prole a carico dei genitori, individuando l'assegno perequativo solo quale espediente residuale: ciò che nell'applicazione pratica doveva considerarsi residuale si è, nei fatti, trasformato in ordinario e sono davvero rarissimi i casi in cui nei provvedimenti di separazione, divorzio o di mantenimento di figli nati fuori dal matrimonio non si preveda un assegno mensile a carico dell'uno o dell'altro genitore.

Occorre, secondo il DDL n. 735, evidenziare la netta preferenza del legislatore per la forma diretta di mantenimento, anche in considerazione del fatto che, trascorrendo il

minore tempi sostanzialmente equipollenti con ciascuno dei genitori, è molto più agevole per questi ultimi provvedere direttamente alle esigenze della prole.

E dunque, i commi 7, 8, 9 introducono la regola del mantenimento diretto: ciascuno dei genitori deve provvedere al pagamento di "*specifici capitoli di spesa*" in misura "proporzionale al proprio reddito" *tenendo conto "delle attuali esigenze del figlio; delle risorse economiche dei genitori, della valenza dei compiti domestici e di cura"*. I costi dei singoli capitoli di spesa sono quelli indicati "*su base locale in ragione del costo medio della vita come calcolato dall'ISTAT*". Entrambi i genitori sono tenuti, quindi, al mantenimento in forma diretta, possibilmente individuando i costi *standard* e i capitoli di spesa.

Medesimo discorso va fatto anche in ordine a una delle componenti più significative della contribuzione economica dei genitori alle esigenze della prole: la assegnazione della casa familiare.

Non potendosi più identificare un genitore collocatario, ma dovendosi prendere atto che il bambino potrà finalmente fare conto su "due case", è opportuno riformulare in modo significativo nell'ambito del *corpus* normativo l'istituto «*monstrum*» dell'assegnazione che ha richiesto negli anni un continuo adeguamento giurisprudenziale a fini di coordinamento rispetto alle norme sulla proprietà, altri diritti reali nonché ai contratti per l'utilizzo degli immobili (si veda, in particolare, l'articolo 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392).

Lo stesso istituto dell'assegnazione, alla luce del raggiunto consenso scientifico sulla sostanziale irrilevanza dell'eventuale assegnazione ai fini del benessere della prole in relazione all'autentico significato e concetto sostanziale dell'affidamento condiviso, presenta forti dubbi di costituzionalità (rispetto all'art. 42 Cost.).

In caso di separazione, il conflitto tra i genitori nella sua più aspra declinazione giudiziale è statisticamente e positivamente determinato dall'interesse economico all'assegnazione della casa familiare piuttosto che da un reale scetticismo sull'idoneità dell'altro genitore, che inflaziona il processo con accertamenti peritali e altro.

Con il nuovo art. 337-*sexies* c.c., che impone la regola del doppio domicilio dei minori presso ciascuno dei genitori, il Giudice può stabilire nell'interesse dei figli minori che questi mantengano la residenza nella casa familiare ed indicare, ì quale dei due genitori continua a risiedervi.

Qualora, però, il genitore collocatario non sia il proprietario della "casa familiare", lo stesso sarà tenuto a versare un indennizzo pari al canone di locazione a prezzo di mercato:

non vi è pertanto assegnazione della casa coniugale secondo i criteri delle norme vigenti - ovvero sulla base, sempre, del preminente interesse del minore - ad uno dei genitori e tutte le questioni relative alla proprietà o alla locazione della casa familiare saranno risolte in base alle norme civilistiche vigenti in materia.

Con riferimento, invece, al caso statisticamente più frequente di casa familiare cointestata a entrambi i genitori, la proposta di modifica richiama la regolamentazione secondo le norme sulla comunione (di cui agli artt. 1100 ss. c.c.) che prevede il diritto a un corrispettivo da parte del comproprietario che utilizza il bene in via esclusiva, nelle more della divisione. In caso di proprietà esclusiva in capo a uno dei due genitori o a terzi, si dovranno in ogni caso applicare le vigenti norme in materia di proprietà, comodato d'uso, diritto di usufrutto o di abitazione e locazione.

Secondo la dottrina maggioritaria, la norma in questione abdica al perseguimento del superiore interesse del minore, il quale appunto soggiace alle logiche di mercato: l'assegnazione della casa familiare, invero, non viene visto più come istituto posto a tutela della serenità e stabilità nella crescita del minore ma diviene un mero strumento di diatriba economica fra gli oramai ex coniugi.

Per quanto riguarda, poi, l'assegno perequativo, esso viene stabilito solo "*ove strettamente necessario e solo in via residuale*" e per un "*periodo di tempo predeterminato dal Giudice*" che deve indicare anche le concrete iniziative che devono essere assunte per raggiungere l'obiettivo del mantenimento diretto.

Ebbene, il mantenimento diretto, nei termini indicati dal DDL, viene visto come l'esatta negazione del principio di bigenitorialità: esso di fatto, attribuisce il potere decisionale al genitore maggiormente abbiente, con conseguente negazione pratica del dovere di concertazione delle decisioni.

Eliminando il tenore di vita come parametro di determinazione del mantenimento, la norma è in contrasto con l'interesse del figlio a non subire pregiudizi economici dalla separazione dei genitori (art. 9 Carta AGIA): non si comprende perché un figlio che sino alla separazione dei genitori ha avuto determinate abitudini, debba trovarsi costretto modificarle. In più, essa non tiene nella dovuta considerazione il funzionamento del nostro sistema giudiziario: in caso di inadempimento dell'obbligo di mantenimento diretto, infatti, il genitore non inadempiente dovrebbe (qualora sia nelle sue possibilità) anticipare la spesa, poi agire con un decreto ingiuntivo (oltretutto opponibile, con conseguente e certa apertura

di un procedimento di merito) e poi, nel caso e ove possibile, ottenere quanto semmai anticipato in nome e per conto del genitore inadempiente; contemporaneamente dovrebbe agire per la modifica delle condizioni, chiedendo il passaggio al regime dell'assegno "perequativo provvisorio". Un incredibile ed inutile dispendio di tempo e danari!

In quel lasso di tempo non è dato sapere chi debba mantenere il minore, anche in considerazione dell'eliminazione del "deterrente" penale (art. 570-*bis* c.p.), comportando, il meccanismo proposto, dunque, un'esplosione del conflitto giudiziario.

Infine, la regola di nuova formulazione determina anche una palese disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori ancora sposati che hanno il diritto di mantenere "il tenore di vita" a differenza dei figli dei genitori separati che, in nome di un non meglio specificato egualitarismo, devono essere tutti mantenuti alla stessa maniera.

La normativa poi è inutile e dannosa nella parte in cui prevede l'introduzione dell'assegno a tempo, considerato che, come noto, i provvedimenti in materia di diritto alle relazioni familiari sono sottoposti alla regola *rebus sic stantibus* e, come tali sono rivedibili in qualunque momento.¹⁶⁷

Contemporaneamente dovrebbe essere estesa a tutto il territorio nazionale la prassi invalsa in molti Tribunali (p.e.: Milano, Roma, Bergamo, Verona; v. anche Protocollo elaborato dal CNF) di individuazione delle c.d. spese non preventivabili (scolastiche, mediche, sportive di vacanza) da porre a carico di ciascuno dei genitori, in una percentuale variabile a seconda delle rispettive condizioni economiche. In questo modo l'assegno perequativo sarebbe dovuto solo a copertura di un novero limitato di spese (quelle abitative, di trasporto, alloggio, di abbigliamento, quelle relative all'eventuale personale ausiliario).

Alla luce di quanto precede, si ritiene che i commi 7-8-9 debbano essere modificati prevedendo in primo luogo che, indipendentemente dai rapporti intercorrenti, il figlio conserva il diritto di essere mantenuto secondo i criteri indicati nell'art. 315-*bis* c.c. e che in caso di mancanza di convivenza tra i genitori, egli ha diritto di godere di contesti omogenei

¹⁶⁷ All'uopo, non si può negare che, in un discreto numero di casi, assistiamo a decisioni giudiziarie con l'imposizione di assegni perequativi pur in assenza dei relativi presupposti e solo in forza dell'individuazione di un genitore collocatario prevalente sebbene la Cassazione abbia chiarito da tempo che l'assegno perequativo sia svincolato dal collocamento. Sarebbe preferibile introdurre l'obbligo annuale di rendiconto dell'assegno perequativo versato da un genitore all'altro, che potrà essere disposto dal Giudice per l'intero ammontare oppure solo per una sua parte.

presso ciascuno dei genitori; e ancora che ciascuno dei genitori deve provvedere al mantenimento del figlio in proporzione alle proprie sostanze e alle proprie capacità di lavoro professionale e casalingo. In assenza di accordo, sarebbe poi opportuno che i genitori indicassero nei rispettivi atti difensivi i costi connessi al mantenimento del minore, suddividendoli in distinti capitoli di spesa; dopo di che il Giudice, con il proprio provvedimento - titolo esecutivo - pone a carico di ciascuno dei genitori una percentuale delle spese non preventivabili indicate dal Decreto del Ministro della Giustizia, in proporzione alle rispettive capacità economiche e pone a carico di un genitore l'obbligo di versare all'altro un assegno mensile, solo ove ciò sia necessario per permettere al figlio di godere di contesti di vita omogenei presso ciascuno di essi.

L'assegno dovrebbe essere calcolato tenendo conto delle capacità economiche e delle capacità, anche potenziali, di lavoro dei genitori, delle abitudini, del tenore di vita e delle esigenze dei figli, del valore dell'assegnazione della casa familiare. Il giudice può anche imporre a carico del percipiente l'assegno l'obbligo di redigere un rendiconto semestrale, anche parziale, in merito alla destinazione dell'assegno, con contestuale obbligo di restituzione delle somme percepite e non spese nell'interesse del figlio nonché imporre a un genitore il pagamento di un assegno perequativo comprensivo anche di tutte o di parte delle spese non preventivabili, in caso di rifiuto reiterato di concordare le spese o di rimborsarle.

d) Art. 17, 18 e 19 e condotte genitoriali

L'art. 17 modifica l'articolo 342-*bis* del codice civile - ordini di protezione contro gli abusi familiari-, aggiungendo un comma per prevedere da parte del giudice, su istanza di parte, l'adozione con decreto di provvedimenti nell'esclusivo interesse del minore, anche quando - pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori - il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo ad uno di essi.

L'art. 18 introduce il nuovo articolo 342-*quater* nel codice civile, con il quale si attribuisce al giudice il potere di ordinare al genitore che abbia tenuto la condotta pregiudizievole per il minore la cessazione della stessa condotta; si prevede inoltre che il giudice possa disporre con provvedimento d'urgenza la limitazione o sospensione della responsabilità genitoriale.

Il giudice può, in ogni caso, disporre l'inversione della residenza abituale del figlio minore presso l'altro genitore ovvero il collocamento provvisorio del minore presso apposita struttura specializzata, previa redazione da parte dei servizi sociali o degli

operatori della struttura di uno specifico programma per il pieno recupero della bigenitorialità del minore, nonché dell'indicazione del responsabile dell'attuazione di tale programma.

I due articoli in esame prevedono sostanzialmente l'applicazione degli ordini di allontanamento (*rectius*: della procedura prevista dagli artt. 342-*bis* e seguenti c.c.) anche durante e dopo il giudizio di separazione tutte le volte in cui *“la condotta di un genitore è di grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, ostacolando il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore”* ma anche nelle ipotesi in cui il minore, indipendentemente dai comportamenti di un genitore manifesti *“comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo a uno di essi”*.

In tutti questi casi, il Giudice può disporre o la limitazione o la sospensione della responsabilità genitoriale o l'“inversione” della residenza abituale del minore o il divieto di un genitore di avvicinarsi al figlio o la sospensione di ogni rapporto tra il figlio e il genitore nei confronti di cui il figlio non ha manifestato avversione o ancora il collocamento del minore in una comunità al fine della sua rieducazione alla bigenitorialità.

Nel disegno del legislatore, quindi, il figlio ha il dovere di stare con entrambi i genitori ma non ha alcun diritto di essere amato; d'altro canto la norma rende il diritto dei genitori di avere rapporti con il figlio, indipendentemente dal comportamento assunto, assoluto e preminente su quello dei figli.

Inoltre, la norma rende il c.d. diritto relazionale dei figli (che in questo contesto normativo si estrinseca nel diritto del genitore ad avere con sé il figlio) superiore addirittura al diritto all'incolumità personale del figlio e a crescere serenamente e obbliga, infatti, il figlio che ha subito violenza ad avere rapporti con il genitore abusante, pena il collocamento in comunità, dove può essere sottoposto a idonei trattamenti rieducativi in netto contrasto con le carte internazionali.

Inoltre, essa non tiene conto che in alcune ipotesi il minore possa manifestare rifiuto nei confronti di un genitore o di un parente, per motivi indipendenti dalla volontà dell'altro genitore ma per comportamenti imputabili al genitore “rifiutato”; anche in questi casi, infatti, il figlio può essere allontanato dal genitore con cui ha rapporti e obbligato a vivere (o a vedere) l'altro genitore.

Considerati i termini totalmente non tecnici utilizzati e quelli tecnici usati fuori contesto (“alienazione” o “estraniamento”) determinerà tempi tecnici di emissione dei provvedimenti

lunghissimi, in contrasto con l'esigenza di celerità che dovrebbe improntare i processi delle relazioni familiari e comportare un'alternativa abbastanza secca.¹⁶⁸

Si ritiene che entrambi gli articoli debbano essere soppressi e che, viceversa, debbano essere incentivati gli strumenti di promozione della bigenitorialità, mediante iniziative di carattere pubblico (*cf.* cap. successivo).

L'art. 19 dispone, poi, l'abrogazione del secondo comma dell'art. 151 c.c., in tema di separazione giudiziale, che attualmente prevede che il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.

L'articolo si limita a eliminare del tutto l'istituto dell'addebito, abrogando l'art. 151 comma 2 c.c., mentre l'abrogazione dell'addebito dovrebbe andare di pari passo con la revisione dell'art. 156 c.c. in materia di assegno di mantenimento e dell'art. 548 c.c. (*riserva a favore del coniuge separato*).

La mera eliminazione dell'addebito produrrebbe ingiustizie sostanziali, poiché il coniuge che ha violato ripetutamente i doveri discendenti dal matrimonio conserverebbe il diritto di essere mantenuto secondo il pregresso tenore di vita e manterrebbe comunque intatti i diritti successori.

e) Abrogazione condotte di reato di cui all'art. 570-bis c.p.

Con l'art. 21, quale logica conseguenza del principio del mantenimento diretto della prole, si procede ad abrogare l'articolo 570-bis del codice penale.

La norma abroga *in toto* l'art. 570-bis c.p. che incriminava chi non provvede al pagamento dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge (separato o divorziato) o per

¹⁶⁸ Infatti, il Giudice emette il provvedimento sulla base di una cognizione non piena ma basandosi solo sulle convinzioni e, dunque, svincolato dalle risultanze probatorie oppure delega al CTU o ai Servizi Sociali l'accertamento del presupposto per l'emissione della misura restrittiva/punitiva con conseguente allargamento delle ipotesi in cui il pregiudizio personale prevale sul resto. Poi, dal punto di vista processuale il richiamo all'art. 342-bis c.c. – che disciplina un rito monocratico – appare fuori luogo, sia per il rischio di duplicazione dei giudizi, sia per il conseguente conflitto di "competenza" tra diversi Giudici anche appartenenti al medesimo Tribunale, sia perché non tiene conto che, attualmente, i provvedimenti ex art. 342-bis e seguenti c.c. sono destinati a essere assorbiti dai provvedimenti della separazione.

il figlio (se nato all'interno del matrimonio), così come fissato in un provvedimento dell'Autorità giudiziaria.

Non si comprende, però, la ratio dell'eliminazione della norma incriminatrice per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge, considerato il bene tutelato dalla norma e preso atto dell'altissimo tasso di soggetti che non provvedono al pagamento del dovuto, anche se in possesso dei mezzi per poterlo fare.

In più, l'abrogazione è assai poco tutelante del diritto al mantenimento dei figli minori: togliere in un solo colpo la tutela esecutiva e anche la tutela penale significa legittimare il mancato assolvimento di un dovere fondamentale.

1.2 DDL n. 118/2018 di iniziativa del Senatore De Poli

Il DDL n. 118¹⁶⁹, di iniziativa del Senatore De Poli (UDC) e comunicato alla presidenza il 23 marzo 2018, definisce più correttamente ruolo e funzione della mediazione familiare e del mediatore familiare già introdotti agli artt. 1-5 del DDL n. 735, chiarendo ancora una volta che *“il percorso di mediazione familiare necessita del carattere della volontarietà per poter essere perseguito con la necessaria efficacia”*.

Sebbene se ne sia già ampiamente trattato nel paragrafo avente ad oggetto il DDL Pillon e ripreso anche in alcuni articolo del DDL n. 45 (laddove la definisce come condizione per la trattazione del ricorso), giova, a questo punto, ripercorrere brevemente l'*excursus* seguito dal legislatore per la proposta di tale istituto.

La mediazione familiare, nata e sviluppatasi negli Stati Uniti d'America negli anni '80 e introdotta anche in Europa a partire dagli anni '90, negli ultimi anni è diventata una prassi usuale anche in Italia, rivendicando una propria autonomia professionale e scientifica rispetto alle discipline psicologiche, sociali e giuridiche e proponendosi come attività di sostegno alla famiglia e alla coppia, nell'interesse precipuo dei figli minori nei momenti di crisi della relazione personale, specialmente in caso di rottura del rapporto coniugale o di convivenza.

¹⁶⁹ Consultabile al sito web <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/337448.pdf>.

Tale materia, a parere del legislatore, sebbene attualmente normata nel l'articolo 337-*octies* c.c., necessita di una regolamentazione più dettagliata che tenga conto anche del parere degli esperti e dell'esperienza maturata nelle aule giudiziarie.

La prima caratteristica emersa è che, seppur il percorso di mediazione familiare necessiti del carattere della volontarietà per poter essere perseguito con la necessaria efficacia, è pur vero che difficilmente la coppia accederà alla mediazione senza un'adeguata informazione sulla stessa (a titolo di esempio, è comune una sua confusione con il tentativo di mera conciliazione, ormai vissuto come meramente formale o comunque non gradito).

L'art. 1 del presente disegno di legge, pertanto, dà una nuova definizione della mediazione familiare, ontologicamente distinta dalla mera conciliazione, in quanto è il tentativo di ripresa di un dialogo interrotto fra le parti, al fine di conseguire una riorganizzazione della loro vita e di quella dei figli minori, mediante il conseguimento di un accordo, volontario, condiviso sugli aspetti personali - principalmente la gestione concreta della bigenitorialità- e su quelli patrimoniali. L'accordo mediatorio attribuisce priorità assoluta, anche ai sensi di quanto previsto dalla legge 8 febbraio 2006, n.54, all'affidamento condiviso, ai bisogni e agli interessi dei figli, specialmente se minori, prevedendo una configurazione della professionalità del mediatore familiare pienamente autonoma e complementare rispetto a quella dell'avvocato e dello psicologo.

All'art. 1, infatti, è data la definizione propria di mediazione familiare, per tale da intendersi *"l'attività, svolta da un mediatore familiare (un professionista qualificato e terzo rispetto alle parti) per ristabilire le comunicazioni fra i coniugi o i conviventi al fine di pervenire a un accordo tra le parti avente per contenuto un progetto condiviso, equilibrato, concretamente realizzabile e duraturo, di organizzazione delle relazioni personali, genitoriali, nel caso di presenza di figli, e materiali, dopo la chiusura del rapporto di coniugio o di convivenza."*

Nella redazione dell'accordo, infatti, i mediatori familiari devono dare primaria priorità agli interessi e ai bisogni degli eventuali figli: *"I mediatori - precisa la disposizione- devono essere "professionisti particolarmente e specificatamente esperti nelle tecniche di mediazione, di negoziazione e di problem solving, in possesso di conoscenze approfondite in diritto, in psicologia e in sociologia con particolare riferimento ai rapporti familiari e genitoriali"*.

A livello procedurale, l'art. 1, comma 2, lett. i) del DDL n. 735, connesso a quest'ultimo per materia, prevede che *"il mediatore familiare ha un obbligo informativo in favore delle parti circa la possibilità di avvalersi della consulenza matrimoniale al fine di salvaguardare per quanto*

possibile l'unità della famiglia, come previsto dall'art. 708 c.p.c."; l'art. 1 DDL n. 45 prevede invece che le parti debbano effettuare un percorso che attesti "l'effettivo e concreto tentativo di riconciliazione, la presa di coscienza dei problemi scaturenti dalla separazione riguardo ai figli e l'elaborazione di modalità di sostegno per i figli minori".

Si tratta di una gravissima involuzione del diritto delle relazioni familiari, che realizza un'ingiustificata ingerenza nella vita familiare in violazione dell'art. 8 CEDU e che viola il diritto di autodeterminazione, tutelato a livello costituzionale e sovranazionale: tali norme, infatti, violano incredibilmente i diritti personali dei coniugi e dei figli, e tradiscono una totale sfiducia nei confronti del cittadino che, viceversa, deve essere rispettato nella sua libera scelta di porre fine a una relazione.

Sostanzialmente, come già ritenuto nel paragrafo precedente, esse sono norme destinate a rendere complesso il procedimento di separazione; ancora più difficile nelle ipotesi di violenza, anche solo psicologica o economica.

L'art. 2, poi, disciplina un aspetto fondamentale per il buon esito del percorso mediativo: viene imposta, invero, l'assoluta riservatezza del percorso di mediazione familiare. Con riguardo al procedimento di mediazione familiare, appunto, si prevede che esso debba avere carattere informale e riservato: i mediatori familiari sanno perfettamente che solo in presenza di un ambiente che fornisca la massima garanzia di riservatezza le parti si lasciano andare a rivelare informazioni delicate e confidenziali che, opportunamente e professionalmente utilizzate dal mediatore, possono facilitare il raggiungimento di un accordo.

L'art. 3 stabilisce specifici requisiti per l'esercizio dell'attività di mediazione familiare¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Per l'accesso all'esercizio della professione si prevede l'obbligatorietà della laurea specialistica in determinate discipline, con l'aggiunta di specifici corsi biennali post universitari della durata di almeno 350 ore. In via transitoria, fino alla data di entrata in vigore della legge potranno accedere alla professione anche i soggetti in possesso di una laurea specialistica e di un diploma rilasciato a seguito della partecipazione ad un corso annuale di almeno 500 ore riconosciuto dalle regioni di residenza. È previsto, altresì, che il possesso del titolo di mediatore familiare e la conseguente abilitazione all'esercizio della professione, siano accertati mediante l'obbligo, posto a carico delle regioni, di istituire elenchi pubblici degli organismi di mediazione familiare e dei mediatori professionisti.

L'art. 4, invece, che introduce nel codice di procedura civile l'art. 708-*bis*, viene regolamentata la procedura che rende obbligatorio, ai fini della prosecuzione del processo, l'invito alle parti interessate a ricorrere alla mediazione familiare.¹⁷¹

Conformemente a quanto già espresso nel DDL n. 735, il cui art. 3 disciplina il procedimento di mediazione, viene prevista la partecipazione al procedimento di mediazione dei minori che abbiano almeno 12 anni, senza la previsione delle cautele previste per l'ascolto del minore ex art. 336-*bis* c.c.; in questo modo il minore partecipa al conflitto, seppure nell'ottica di una sua soluzione; la norma diventa palesemente lesiva del suo interesse, in spregio alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e con la Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori (soprattutto punti 2 e 7).

Ciò che è fortemente oggetto di dibattito è, però, la natura dell'esperimento mediatorio: al comma 3 dell'art. 3 del DDL n. 735, si legge che *"la partecipazione al procedimento di mediazione è volontariamente scelta dalle parti e può essere interrotta in qualsiasi momento"*, in contrasto con quanto affermato nella riga successiva per cui *"l'esperimento della mediazione familiare è comunque condizione di procedibilità"*. Tale norma, per come è scritta, sembra voler obbligare le parti non solo a partecipare al primo incontro di mediazione (come nell'ipotesi della mediazione civile obbligatoria) ma pare imporre la conclusione di un intero ciclo, con evidente ricaduta in termini di tempi e di costi.

Sul punto non è dirimente il richiamo, ex comma 7, all'art. 8 D.Lgs n. 28/10, giacché non è richiamato l'art. 5 comma 2-*bis* (che considera sufficiente, ai fini dell'avveramento della condizione, il primo incontro); né è dirimente l'art. 706 c.p.c. (*"I genitori di prole minorenni che vogliono separarsi devono, a pena di improcedibilità, iniziare un percorso di mediazione familiare"*)¹⁷².

¹⁷¹ Si ricorda che al comma 3 dell'art. 1 del DDL n. 735, viene imposto altresì l'obbligo di rivolgersi a un mediatore che eserciti nel Tribunale competente per territorio sulla domanda; si tratta di norma foriera di estrema confusione; considerato, ad esempio, che in caso di separazione, il Tribunale competente per territorio sulla domanda ex art 711 c.p.c. potrebbe essere diverso da quello competente per la domanda contenziosa, si corre il rischio di rendere nullo l'esperimento della mediazione familiare, fatta sul presupposto della separazione consensuale (e dunque nella residenza di uno dei due coniugi, ad esempio) poi fallita.

¹⁷² Tra l'altro, il comma 7 estende alla mediazione familiare gli artt. 8 ,9, 10, 11 e 13 del D.Lgs n. 28/10. L'estensione del meccanismo proposta/conciliatore/rifiuto/spese processuali potrebbe inquinare lo scopo della mediazione familiare, inducendo alla sottoscrizione di accordi per non correre il rischio di pagamento delle spese processuali o, peggio ancora, per non correre il rischio che il rifiuto della proposta possa essere valutato ai fini del regime di affidamento.

Potrebbero dunque porsi problemi di contrasto con l'art. 24 Cost., seppur nei limiti indicati dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. sent. n. 162/16).

Per quanto concerne le tempistiche, poi, i commi 4, 5 e 6 prevedono che la mediazione abbia una durata massima di 6 mesi, il che non si adatta a casi particolarmente complessi; sarebbe, piuttosto, preferibile concedere alle parti la facoltà di chiedere una proroga congiunta¹⁷³.

Non può che osservarsi, in linea generale, la contraddittorietà insita nel sistema misto previsto dal DDL in cui il mediatore assomiglia molto di più a un arbitro (nel senso processualcivilista del termine), cosicché la sua funzione e il suo ruolo rischiano di essere snaturati. In altre parole sarebbe preferibile che il mediatore familiare, come è adesso, svolgesse il suo compito in maniera separata, fornendo alle parti gli strumenti per dirimere il conflitto.

La legge non disciplina specificatamente i casi in cui il Tribunale possa non omologare l'accordo, rimanendo poco chiaro se ciò possa accadere solo in caso di vizi di forma, qualora i patti stridano con l'interesse dei figli, oppure in tutti i casi di violazione di diritti indisponibili.

La presenza del comma 8 stride poi con l'estensione alla mediazione dell'art. 11, comma 3, circa la trascrivibilità degli atti: in caso di approvazione delle nuove norme, infatti, gli accordi di separazione e divorzio non sarebbero titolo esecutivo ma sarebbero "trascrivibili" anche prima dell'intervento dell'omologa, con il rischio di trasferimenti immobiliari fatti in forza di accordi di separazione/divorzio non esecutivi¹⁷⁴.

L'art. 5, infine, modificando l'articolo 337-*octies* del codice civile, delinea in maniera più puntuale l'obbligo, per il giudice, di tenere conto dell'opinione dei figli minori, descrivendone specifiche modalità operative e logistiche per la loro audizione.

¹⁷³ Nel campo delle relazioni familiari il tempo è un elemento fondamentale da considerare e usare in maniera differente rispetto a quanto accade nelle altre situazioni; in determinate situazioni sono necessari interventi tempestivi, in altri, invece, le parti hanno la necessità di "metabolizzare" le nuove situazioni.

¹⁷⁴ Inoltre, il comma 9 prevede che il Tribunale provveda entro 15 giorni dalla richiesta - termine di natura prettamente ordinatoria e priva di efficacia reale. Non sono neanche disciplinate le conseguenze del rigetto dell'omologa e sarebbe opportuno prevedere quantomeno la facoltà del Tribunale di convocare le parti, in analogia con l'art. 6 L. n. 162/14 (*negoziazione assistita*).

I disegni di legge così come proposti, pertanto, prevedono l'introduzione della mediazione familiare obbligatoria, come condizione di procedibilità della domanda (DDL 735) e comunque come condizione per la trattazione del ricorso (v. anche art. 1 DDL 45), riservando al mediatore l'obbligo fondamentale non di conciliare le parti ma di suggerire loro di rivolgersi a centri specializzati nella consulenza matrimoniale per risolvere “i problemi di coppia”: essa assume quindi uno scopo preventivo per evitare procedimenti di separazione e divorzio.

Come anticipato nel paragrafo di analisi del DDL n. 735, sono tante le criticità sull'istituto della mediazione familiare: allarmante è che le previsioni sono in forte contrasto con la Raccomandazione R. n. 98 del Consiglio d'Europa, che sollecita gli Stati a promuovere la mediazione familiare ma afferma che essa non deve essere, in linea di principio, obbligatoria¹⁷⁵; la stessa Raccomandazione esclude che il mediatore possa imporre accordi, il che parrebbe in contrasto, anche se non diretto, con quella parte del DDL n. 735 che, applicando il D.Lgs. n. 28/10, concede al mediatore il potere di formulare proposte transattive, il cui rifiuto può essere valutato dal Giudice, anche ai fini della liquidazione delle spese.

Infine, non è chiaro se la condizione di procedibilità si intenda avverata con la semplice partecipazione al primo incontro di mediazione, come previsto nella mediazione civile e commerciale, oppure no.

Ebbene, si ritiene che l'introduzione della mediazione obbligatoria avrebbe l'effetto di disincentivare (per non dire estinguere) il ricorso alla negoziazione assistita familiare che pure ha avuto in questi primi anni un grande successo come strumento alternativo di risoluzione delle controversie: infatti, la mediazione familiare, intesa come condizione di procedibilità, non sarebbe uno degli strumenti di composizione del conflitto ma diventerebbe *de facto* l'unico, assorbendo tutti gli altri.

¹⁷⁵ Si veda punto II, lett. a) dei Principi della Mediazione, Raccomandazione R. n. 98 del Consiglio d'Europa.

1.3 DDL n. 768/2018 di iniziativa dei Senatori Gallone, Modena, Malan, Ronzulli, Toffanin, Damiani, Galliani, Giammanco, Papatheu e Moles

Il DDL n. 768¹⁷⁶ di iniziativa dei Senatori Gallone (FI-BP), Modena (FI-BP), Malan (FI-BP), Ronzulli (FI-BP), Toffanin (FI-BP), Damiani (FI-BP), Galliani (FI-BP), Giammanco (FI-BP), Papatheu (FI-BP) e Moles (FI-BP) è stato presentato in Senato il 7 agosto del 2018 reca il titolo *“Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso dei figli e di mediazione familiare”*.

La relazione al DDL n. 768 evidenzia a largo spettro le criticità emerse nell'applicazione dell'affidamento condiviso ex L. n. 54/06, proponendosi di introdurre norme dirette all'eliminazione di quelle storture pratiche che si sono rilevate nel corso degli ultimi anni, senza indulgere in approcci di natura ideologica, che rischierebbero di creare sterili contrapposizioni foriere di uno stallo che, invece, dovrebbe essere superato.

Essa, in sostanza, reca modifiche al codice civile e a quello di rito in materia di affidamento condiviso dei figli e di mediazione familiare e si compone di 14 articoli seguendo un parallelismo con il già analizzato DDL n. 735.

Più nel dettaglio l'art. 1 reca - al pari dell'all'art. 11 del DDL n. 735 - una serie di modifiche all'art. 337-ter c.c., volte a riaffermare il principio della bi-genitorialità nella gestione dei figli in caso di separazione.

La disposizione, nello statuire il diritto del minore al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ambedue i genitori, prevede precisi obblighi temporali di permanenza presso ciascun genitore. Analogamente al DDL n. 735, si sancisce infatti come forma principale di mantenimento della prole, il principio del mantenimento diretto, che dovrà essere stabilito ogniqualvolta sia chiesto, anche da un genitore solo, rimettendo al giudice la divisione degli oneri economici, ove non concordata.

L'art. 2 - similmente all'art. 12 del DDL n. 735 - modifica l'art. 337-quater c.c. in materia di affidamento ad un solo genitore, fra le altre, sanzionando con l'esclusione dall'affidamento chi si sia reso colpevole di ripetute violenze fisiche e psichiche e chiarendo

¹⁷⁶ Consultabile all'indirizzo web <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/339501.pdf>.

che, anche in caso di affidamento esclusivo, il mantenimento diretto della prole è la forma da privilegiare.

L'art. 3 - conformemente all'art. 14 del DDL n. 735 - apporta modifiche all'art. 337-*sexies* c.c. in materia di assegnazione della casa familiare.

L'articolo *de quo* sottolinea con forza il valore economico dell'assegnazione e, come rovescio della medaglia, la necessità di garantire al genitore privo di mezzi un contributo "a fini abitativi" per ospitare i figli. Si ritiene che la norma dovrebbe essere modificata nel senso di prevedere che il Giudice debba assumere tutti i provvedimenti necessari a garantire al minore la disponibilità di soluzioni abitative idonee presso ciascuno dei genitori.

A tal fine può anche assegnare il godimento della casa familiare a favore del genitore che non sia titolare di alcun diritto reale o personale su di esso. Il Giudice è obbligato a tenere conto del valore dell'assegnazione della casa familiare nell'assunzione dei provvedimenti di cui all'art. 337-*ter* c.c. Nel caso di mancata assegnazione della casa familiare (DDL n. 768) il giudice può stabilire un contributo a fini abitativi a favore del genitore privo di sufficienti mezzi per garantire alla prole un'adeguata sistemazione nei tempi di permanenza presso di lui.

L'art. 4 - di concerto con l'art. 15 del DDL n. 735 - modifica l'art. 337-*septies* c.c. attribuendo al figlio maggiorenne la titolarità dell'eventuale assegno stabilito per il suo mantenimento e prevedendo che questi debba concordare con il genitore il proprio contributo alle spese e alle cure domestiche.

L'art. 5 - similmente all'art. 16 del DDL n. 735 - riconosce ai figli il pieno diritto all'ascolto.

L'art. 6 completa l'introduzione del doppio domicilio, modificando l'art. 45 c.c.

L'art. 7, poi, modifica l'art. 316 c.c., riprendendo la definizione di responsabilità genitoriale più largamente accettata a livello internazionale ed eliminando il riferimento al concetto di residenza abituale.

L'art. 8 dispone l'abrogazione dell'art. 317-*bis* c.c. relativo ai rapporti con gli ascendenti.

Ulteriori soppressioni "di coordinamento", conseguenti alle modifiche apportate alla disciplina relativo all'affidamento, sono apportate dagli artt. 9 e 10 rispettivamente all'art. 336-*bis* c.c. e all'art. 6 della legge sul divorzio.

L'art. 11 introduce nel codice civile e disciplina la mediazione familiare. Tale disciplina riprende in parte (con previsioni ben più sintetiche) quanto previsto dal DDL n. 735.

Esso, di concerto con le disposizioni degli altri DDL già esaminati, in modifica dell'art. 706 c.p.c., prevede che *“prima di rivolgersi al Giudice”* e *“salvi i casi di assoluta urgenza e imminente pregiudizio per i minori”* le parti si rivolgano, almeno per un primo colloquio informativo a un organismo di mediazione familiare per acquisire informazioni.

Gli artt. 12 e 13 rendono possibile il reclamo avverso i provvedimenti sia presidenziali che del giudice istruttore, unificando le relative procedure mediante il ricorso all'articolo 669-terdecies c.p.c.

L'art. 14, infine, similmente all'art. 9 del DDL n. 735, modifica l'art. 709-ter c.p., in materia di soluzione delle controversie insorte tra i genitori.

1.4 DDL n. 45/2018 di iniziativa dei Senatori De Poli, Binetti, Saccone

Il DDL n. 45¹⁷⁷ di iniziativa dei Senatori De Poli (Udc), Binetti (FI-BP), Saccone (FI), presentato alla Presidenza il 23 marzo 2018, ha ad oggetto *“Disposizioni in materia di tutela dei minori nell'ambito della famiglia e nei procedimenti di separazione personale dei coniugi”*.

Esso si compone in totale di cinque articoli e si propone di completare la riforma in materia di affidato condiviso nell'ottica di una piena affermazione del principio della bigenitorialità.

In base alla Relazione illustrativa del DDL n. 45, infatti, tale proposta di legge si presenta incentrata sulla repressione del fenomeno della PAS¹⁷⁸: viene sancito pertanto l'obbligo del legislatore e del magistrato di dare attuazione alla Convenzione sui diritti del fanciullo e quindi, in sostanza, al diritto alla bigenitorialità.

¹⁷⁷ Consultabile all'indirizzo [web del Senato](https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/336347.pdf)
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/336347.pdf>.

¹⁷⁸ I frequenti casi di sindrome di alienazione genitoriale (PAS), documentati dagli studi di Richard A. Gardner, confermano la necessità di dare concreta attuazione al primordiale diritto di ogni bambino ad avere accanto entrambe le figure genitoriali, ciascuna delle quali ha un ruolo diversificato ma complementare per una corretta evoluzione psicofisica della personalità infantile e adolescenziale. Di tale fenomeno si parlerà più approfonditamente nel capitolo IV di questo elaborato.

Pertanto, lo scopo del disegno di legge in questione è quello di completare e armonizzare la disciplina dell'affidamento condiviso garantendo una divisione dei tempi secondo un principio paritetico per far sì che nessuno dei due genitori si senta "escluso" dalla vita del minore.

Analizzando le singole norme, l'art. 1 (conformemente all'art. 7 del DDL n. 735) modifica l'art. 706 c.p.c., relativo alla domanda di separazione personale: viene nuovamente previsto, nell'ambito della presentazione della domanda di separazione personale, l'inserimento della documentazione che attesti lo svolgimento di un percorso, intrapreso da ambedue i genitori, attestante l'effettivo e concreto tentativo di riconciliazione, la presa di coscienza dei problemi scaturenti dalla separazione e l'elaborazione di modalità di sostegno per i figli.

L'art. 2 affronta la questione relativa alla fissazione della residenza del minore di cui all'articolo 145 c.c.: essa prevede che in caso di affidamento condiviso la residenza anagrafica dei figli minori deve essere fissata presso entrambi i genitori; nei casi di disaccordo in ordine alla residenza o "altri affari essenziali"¹⁷⁹, compete al giudice decidere con provvedimento non impugnabile la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dei figli minori, privilegiando il luogo ove questi sono sempre vissuti. Tuttavia, l'attribuzione al Giudice Tutelare del potere di autorizzare il trasferimento di residenza non è molto condivisibile nel caso di conflitto fra genitori poiché la scelta della residenza è una delle scelte di maggior interesse del figlio, motivo per cui gli eventuali contrasti tra i genitori dovrebbero essere risolti con le forme di cui all'art. 709-ter c.p.c.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Dovrebbe, secondo alcuni, essere prevista l'inefficacia non solo del "trasferimento di residenza" ma anche dell'iscrizione all'istituto scolastico in assenza del consenso di entrambi i genitori, con conseguente onere risarcitorio anche a carico del terzo in caso di violazione della norma. La norma avrebbe più senso qualora venisse modificata nel senso di prevedere l'inefficacia di ogni atto compiuto da un solo genitore in materia di trasferimento di residenza abituale o iscrizione scolastica; occorrerebbe prevedere, altresì, la competenza del T.O. per l'autorizzazione al trasferimento del minore, quanto meno nella fase successiva all'emissione di un provvedimento di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale.

¹⁸⁰ Inoltre, nel caso in cui uno dei genitori ricorra all'Autorità di Pubblica Sicurezza per il rientro del minore potrebbe porsi in contrasto con l'interesse del minore stesso: dovrebbe, in queste circostanze, essere il Giudice a ordinare il rientro immediato, provvedendo anche sulle relative modalità e applicando l'art. 614- bis c.p.c. mediante provvedimento provvisorio da emettersi – anche *inaudita altera parte* – e che, allo stato attuale, dovrà essere emesso secondo il rito di cui all'art. 709-ter c.p.c.; a seguito del rientro il Giudice verificherà la rispondenza del trasferimento all'interesse del minore ma nelle more del giudizio il minore deve rientrare nel

Tale norma, inoltre, potrebbe essere tacciata di incostituzionalità, per violazione dell'art. 16 Cost.: in virtù dell'art. 2 del DDL in questione, infatti, il Giudice tutelare potrebbe imporre a uno dei coniugi il mantenimento della residenza in un determinato luogo, con conseguente lesione della libertà di circolazione. In questo modo piuttosto che imporre il mantenimento della residenza del minore "nel luogo dove è sempre vissuto", il giudice rischierebbe di imporre a un coniuge di vivere in un determinato luogo, senza che siano intervenuti a suo carico provvedimenti limitativi della libertà personale ad opera del Giudice penale.¹⁸¹ Inoltre, in questo caso, verrebbe a costituirsi un duplicato di competenza in quanto il TO rimarrebbe l'organo competente per il procedimento di separazione mentre al GT verrebbe devoluta la questione circa la residenza del minore.

L'art. 3, integrando l'art. 368 c.p., prevede come pena accessoria "la sospensione della potestà genitoriale" in caso di calunnia da parte di un genitore o di un soggetto esercente la stessa a danno dell'altro.

Le critiche appaiono di facile formulazione: innanzitutto, la potestà genitoriale non esiste più dal 2012 (*cfr.* Cap. I, par. 2), essendo stata sostituita dalla responsabilità genitoriale; secondariamente - avendo ormai messo al centro del dibattito l'interesse del minore - l'art. 368 c.p. diviene una pena accessoria che colpisce non l'autore del reato ma i suoi figli, i quali invero verrebbero così privati di un genitore, in spregio al principio di bigenitorialità promosso dal DDL stesso.¹⁸²

L'art. 4, poi, di modifica dell'art. 570 c.p., oltre a riaffermare il concetto che l'educazione dei figli costituisce un diritto ma anche e soprattutto un dovere, estende le sanzioni previste per il genitore che si sottrae agli obblighi di assistenza, cura ed educazione dei figli minori

luogo da cui è stato "spostato"; e ciò al fine di evitare le sempre più frequenti decisioni in forza delle quali il Giudice ritiene illecito il trasferimento ma non dispone il rientro sul presupposto che, nel frattempo il minore si sia "radicato" nel luogo in cui è stato trasferito.

¹⁸¹ *Cfr.* intervento dell'Avv. Simeone per l'AIAF - Associazione Italiana Avvocati per la famiglia e per i minori per l'audizione al Senato consultabile al sito web https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/000/662/AIAF_ASS._ITALIANA_AVVOCATI_PER_LA_FAMIGLIA_E_I_MINORI.pdf.

¹⁸² Si tratta, sicuramente, di pena accessoria slegata rispetto al bene giuridico costituzionalmente tutelato: essa sarebbe applicabile, ad esempio, per tutte le volte in cui la "falsa" denuncia abbia a oggetto non i rapporti genitoriali ma i rapporti coniugali; la norma parla infatti di denuncia per calunnia per qualsivoglia reato.

anche a quello che attua comportamenti tali da privarli dell'apporto educativo dell'altra figura genitoriale.

La nuova norma introduce ulteriormente la possibilità per il giudice di irrogare la sanzione del lavoro di pubblica utilità previsto dalla normativa vigente quale competenza del g.d.p., al fine di consentire l'individuazione di sanzioni che abbiano una funzione educativa nei confronti del genitore che si è sottratto agli obblighi di assistenza.

Sul reato di maltrattamenti interviene infine anche l'art.5: tale disposizione, oltre ad ampliare l'ambito di applicazione della fattispecie delittuosa, disciplinata dall'art. 572 c.p., prevede, soltanto nei casi di minore gravità, la possibilità per il giudice di irrogare la sanzione del lavoro di pubblica utilità.

Essa prevede infatti che il reato sia configurato solo nell'ipotesi di condotte "sistematiche" e solo nei confronti di componenti della "famiglia" (determinando l'esclusione dalla tutela pena dei conviventi nonostante l'intervento della L. n. 76/16 e creando problemi di coordinamento con il D. Lgs. n. 6/17¹⁸³); ne riduce la cornice edittale (da 6 a 5 anni; da 2 a un anno) e prevede la possibilità, nei casi meno gravi, di sostituire la reclusione con i lavori socialmente utili: ciò riduce pertanto la possibilità di un efficace contrasto del fenomeno delle violenze intrafamiliari che suscitano notevole allarme sociale.

Per concludere, la norma annulla altresì l'art. 574- *ter* c.p.¹⁸⁴ con la conseguente possibilità di non configurabilità della fattispecie criminosa nell'ipotesi di unione civile tra persone dello stesso sesso.

Ebbene, nonostante il testo del disegno di legge sia composto da più articoli modificativi, dalla lettura della relazione illustrativa al DDL n. 45, si può facilmente notare che il centro della riforma, rispetto agli altri tre DDL, è la prevenzione dei fenomeni di alienazione parentale.

¹⁸³ Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76.

¹⁸⁴ Esso prevede che il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso anche per ciò che concerne gli effetti della legge penale. Pertanto, quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. La norma equipara poi il termine matrimonio alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

In verità, la natura della cosiddetta PAS è molto controversa: la comunità scientifica internazionale, infatti, ha precisato che non esiste alcuna sindrome di alienazione parentale, tanto che della stessa non si fa menzione del DSM IV ed è stata esclusa, in quanto ritenuta teoria priva di base scientifica, dal DSM-V.¹⁸⁵

La teoria venne originariamente elaborata da Richard Gardner nel 1985, cosicché difficilmente i dati che i promotori del DDL dicono di voler utilizzare, potrebbe definirsi attuali e dunque utilizzabili¹⁸⁶. Per quanto concerne i responsi giurisprudenziali, persino la Suprema Corte di Cassazione ha precisato che la PAS non è una sindrome vera e propria e non ha valenza scientifica ed infatti non esistono dati su casi e ipotesi di alienazione genitoriale.

Tuttavia, non può prescindersi da una considerazione, secondo cui, superando la concezione nominalistica dell'alienazione genitoriale e dando maggior rilievo al dato oggettivo, si nota come in molti casi si presenti il fenomeno del rifiuto manifestato dal minore in ordine a qualsiasi forma di relazione con uno dei genitori. Che si tratti di alienazione, estraniamento o avversità, esse rappresentano di per certo delle condizioni che inaspriscono il corretto e armonico sviluppo psicofisico del minore.

Nell'ambito dei rapporti all'interno della famiglia, e in particolare nelle relazioni tra genitori e figli, si parla di una nuova categoria di diritti che la recente riflessione sociologica ha definito con la locuzione di diritti relazionali o diritti alla relazione: essi rappresentano i diritti specifici di ogni relazione umana nella sua dimensione affettiva ed emotiva.

Per tutelare questa vasta gamma di diritti c.d. relazionali, il legislatore dovrebbe attivarsi non paventando sindromi di varia natura ma implementando l'assetto normativo che regoli le relazioni interpersonali tra ambedue i genitori e il minore preservando, prima fra tutti, il suo interesse alla bigenitorialità.

¹⁸⁵ Il DSM è il Manuale Diagnostico e statistico dei Disturbi Mentali: derivante dall'originario titolo dell'edizione statunitense *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, è uno dei sistemi nosografici per i disturbi mentali o psicopatologici più utilizzati da psichiatri, psicologi e medici di tutto il mondo, sia nella pratica clinica sia nell'ambito della ricerca. Nel corso degli anni il manuale, arrivato ora alla 5ª edizione, è stato redatto tenendo in considerazione l'attuale sviluppo e i risultati della ricerca psicologica e psichiatrica in numerosi campi, modificando e introducendo nuove definizioni di disturbi mentali.

¹⁸⁶ La stessa relazione introduttiva al DDL n. 735 chiarisce che non si deve parlare di PAS ma, semmai di comportamenti alienanti di un genitore nei confronti dell'altro.

Il problema della rottura dei rapporti tra genitori e figli non può risolversi mediante “trasferimenti coatti” dei figli o improbabili campi di rieducazione. Gli strumenti processuali per prevenire eventuali comportamenti alienanti già esistono (art. 709-ter c.p.c., art. 614-bis c.p.c.); se ne dovrebbe promuovere meglio l’applicazione, anche attraverso la creazione del Giudice specializzato che ben saprebbe come e quando utilizzarli per realizzare appieno il superiore interesse del minore.

Sul punto si osserverà più nel dettaglio nel capitolo IV par. 1.4.

2. Considerazioni. Segue

Le quattro proposte di legge appena descritte capziosamente nei paragrafi che precedono, sono ancora oggi sottoposte al vaglio dei nostri Parlamentari.

Ciò che sta a cuore, però, agli operatori del diritto è la realizzazione di un progetto riformatorio che abbia come scopo, più di qualsiasi altro fine, quello di garantire il rispetto dei diritti del minore, che comunque è deputato, per legge nonché per tradizione, ad assumere ruolo centrale all’interno del nucleo familiare e soprattutto nelle circostanze di conflitti e crisi di coppia.

Nel capitolo che segue, pertanto, verranno riportate le considerazioni, le criticità, le aspettative e le proposte di modifica avanzate dall’opinione pubblica e da tutti gli altri operatori del diritto.

CAPITOLO IV - L'interesse del minore e le nuove proposte di legge. Riflessioni

1. Nuovi progetti di riforma e la tutela del minore

Come si è detto nel corso dei capitoli precedenti, l'interesse del minore riceve assoluta considerazione nei procedimenti di separazione, divorzio o cessazione della convivenza al punto da tradursi nel c.d. diritto alla bigenitorialità.

Infatti, venendo meno l'unità della famiglia - ovvero venendo meno quella comunanza di interessi, sentimenti e valori che alimentavano in precedenza la vita familiare - appare inopportuno alimentare il vincolo coniugale che in questi casi potrebbe esclusivamente divenire fonte di pregiudizi per i minori ivi coinvolti.

La normativa ad oggi vigente appare, sebbene non unificata e per questo un po' confusionaria, comunque completa, in quanto disciplina ogni aspetto della crisi genitoriale e in particolar modo la gestione del futuro dei minori compromessi, che in queste circostanze sono in fondo le vere vittime.

Ebbene, come si conciliano i nuovi disegni di legge con l'attuale normativa nel rispetto del preminente interesse del minore?

Apprezzabile è l'idea di rimettere al centro del diritto di famiglia il rapporto genitori/figli per condurre la materia verso una più capillare degiurisdizionalizzazione, percorso già intrapreso mediante la novella della negoziazione assistita; similmente condivisibile appare l'intento di evitare di delegare a terzi le decisioni concernenti la relazione genitori-figli dopo la separazione e sul loro futuro in applicazione del principio di bigenitorialità e di autodeterminazione.

Tuttavia, il *modus* con cui si prevede l'attuazione di tali pregevoli obiettivi appare nel testo dei DDL sopra esaminati estremamente rigido, basato su un concetto di bigenitorialità consistente in uguaglianza "materiale" di tempi, piuttosto che nella più necessaria suddivisione di pari responsabilità nella gestione del ruolo genitoriale: tali automatismi

sembrano infatti mirare ad una direzione di natura adultocentrica ed in contrasto con la Convenzione di New York e la CEDU.¹⁸⁷

Molte sono state le critiche¹⁸⁸ mosse a questi disegni di legge, sia all'interno del Parlamento sia da parte di giuristi, psicologi ed altri esperti di diritto di famiglia.

Il rischio più pericoloso temuto da costoro è che si possa, con la proclamazione di norme di questo tenore, "tornare indietro" per quanto riguarda il ruolo del minore: infatti, secondo molti, il minore tornerebbe ad essere trattato come un oggetto del diritto piuttosto che come soggetto.

Tra le critiche più rilevanti vi è poi l'aumento dei costi della separazione per l'obbligatorietà del mediatore familiare, che potrebbe ulteriormente scoraggiare molti coniugi dall'affrontare un giudizio per gli elevati costi procedurali.

Un'ulteriore critica viene poi rivolta anche alla disciplina della bigenitorialità: nonostante il buon proposito di rafforzare l'affido condiviso, i DDL sembrano realizzare un irrigidimento delle relazioni familiari.

Il disegno di legge è categorico riguardo ai tempi che il figlio deve trascorrere con i genitori che appunto vengono definiti paritetici, ai quali è concessa, solo in casi particolari, una deroga sebbene debba *"in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non di meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre"*.

Si è detto che i tempi e le attività svolte dal figlio vengono organizzati in precedenza dai genitori con la creazione del piano genitoriale. La modifica dell'articolo 337-ter c.c. è rigorosa sul rispetto del piano, ma non tiene conto che spesso le attività del bambino cambiano nel

¹⁸⁷ P. Rossi, M. Santini, intervento al Senato della Repubblica del 21 novembre 2018 - *Considerazioni e criticità dei ddl 735-45-768- 118* - Progetto famiglia, minori ed immigrazione - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

¹⁸⁸ Il "Decreto Pillon" è stato contestato da molti: oltre al movimento femminista e transfemminista *Non una di meno*, che a novembre 2018 ha dichiarato lo stato di agitazione permanente e ha fatto della contestazione del DDL uno dei punti fondamentali della propria protesta contro le politiche di governo, si sono espressi contro i centri anti violenza, *Arci*, *Arcigay*, *Arcidonna*, le organizzazioni sindacali e professionali, comitati cittadini nati ad hoc, associazioni di operatori sociali, avvocati, giuristi e psicologi che si occupano di infanzia, e persino personalità politiche e fazioni all'interno delle stesse istituzioni. Anche le relatrici speciali delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne si sono dichiarate preoccupate che l'iniziativa di legge aggravi la disuguaglianza e la violenza di genere, oltre a intralciare la tutela di donne e bambini vittime di violenza domestica.

corso del tempo e un piano genitoriale così rigido annullerebbe la libertà di scelta del figlio; e in aggiunta a tutto ciò, l'obbligo di doppio domicilio contribuisce a dividere il figlio tra i due genitori e a farlo "rimbalzare" tra due case diverse.

Sebbene a forte impatto critico siano stati anche i progetti di riforma aventi ad oggetto le modifiche di natura processuale, in realtà le questioni maggiormente dibattute e i principali contenuti del disegno di legge riguardano quindi gli strumenti di attuazione del principio di bigenitorialità nel contesto della crisi della coppia genitoriale, fra cui i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie in materia giusfamiliare (mediazione familiare e coordinazione genitoriale), le modalità e i tempi di frequentazione dei figli, il mantenimento diretto della prole e la sorte della casa familiare, la lotta al fenomeno dell'alienazione parentale, nonché gli istituti posti tutela del minore e del genitore "lasciato".

1.1 Percorsi di sostegno alla genitorialità e piano genitoriale

Forti critiche riguardano i percorsi di sostegno alla genitorialità nella crisi di coppia, ovvero alla figura del mediatore familiare e il coordinatore genitoriale, sebbene l'intento sia quello di favorire una pacifica, condivisa ed equa regolamentazione sia dei rapporti tra coniugi, ex coniugi o conviventi, sia, soprattutto, tra questi e i loro figli.

C'è chi crede nell'intento solutorio dei due rimedi introdotti dalla discussa riforma, ritenendo infatti che il mediatore familiare, quale professionista terzo e imparziale, assiste e coadiuva i componenti della coppia genitoriale nella ricerca di un accordo per la risoluzione della controversia familiare, aiutandoli a ripristinare i canali di comunicazione interrottisi e responsabilizzandoli a ricercare liberamente un accordo volto alla miglior cura e protezione dei figli, senza mai assumere decisioni in luogo delle parti. Anzi, il mediatore viene additato dal futuro legislatore come la figura più idonea ad aiutare i genitori nella redazione del "piano genitoriale", e cioè del progetto relativo alle future scelte educative della prole.

Il percorso di mediazione familiare perseguendo come obiettivo il raggiungimento di un accordo tra i genitori che sia il più possibile rispettoso dell'interesse dei figli minori, dei loro bisogni e diritti fondamentali, fra cui, anzitutto, quello alla bigenitorialità, ossia a mantenere una relazione equilibrata e continuativa con il proprio padre e con la propria

madre anche dopo la separazione o il divorzio, si perfeziona nella realizzazione di un accordo rispettoso delle esigenze primarie dei minori, giacché il mediatore familiare aiuta le parti a comprendere l'importanza dei propri distinti e complementari ruoli genitoriali, avendo speciale riguardo agli interessi della prole.

Per costoro quindi la mediazione familiare, di cui dunque viene reso obbligatorio il primo incontro informativo, diviene pertanto uno strumento necessario e ineludibile in queste circostanze, al fine di prevenire, elidere o attenuare la conflittualità tra le parti, trasformandola in una rinnovata capacità di raggiungere accordi e di collaborare quali genitori responsabili dell'educazione, della crescita equilibrata e della salute psico-fisica dei propri figli.

Rendendo obbligatorio solo ed esclusivamente il primo incontro informativo, viene garantita la corretta funzionalità dell'istituto in quanto scevro da condizionamenti, posto che i genitori sono liberi di intraprendere o proseguire tale percorso, avendo ciascuno di essi la facoltà di porvi fine in qualsiasi momento.

Viene quindi vista come un efficace deterrente all'instaurarsi e/o protrarsi indefinito di conflitti tra i genitori e, per altro verso, l'occasione per affrontare la controversia in modo riservato e pacifico, con l'ausilio di un esperto dei conflitti, il quale aiuterà i genitori a raggiungere un accordo che realmente soddisfi gli interessi di entrambi e, in special modo, quelli della prole. E ciò, in quanto è meglio evitare, finché sia possibile, di intraprendere o proseguire un giudizio, con tutte le conseguenze negative, in termini di costi economici ma soprattutto umani, che questo può comportare per la famiglia e in particolare per i soggetti più deboli, ossia i minori, che troppo spesso finiscono per diventare oggetto di contesa e di continue rivendicazioni tra i genitori in perenne conflitto.¹⁸⁹

Secondo altri, sarebbe la stessa natura obbligatoria della mediazione familiare a rappresentare fonte di preoccupazione per i mediatori familiari, i quali da sempre ritengono

¹⁸⁹ Questo documento è stato redatto dal prof. Pierluigi Mazzamuto, dall'avv. Carlo Piazza, dall'avv. Marcello Adriano Mazzola e dal dott. Vittorio Vezzetti, con il coordinamento e la supervisione del prof. Arturo Maniaci contenente osservazioni in replica al documento redatto in data 30 ottobre 2018 dagli avv.ti Daniela Bianchini, Margherita Prandi Borgoni e Eva Sala per conto del Centro Studi Livatino, consultabile al sito <https://www.altalex.com/documents/news/2019/01/15/affido-condiviso-ragioni-a-sostegno-della-riforma-pillon>.

che la procedura, per funzionare, necessiti di una adesione spontanea e, dunque, della volontarietà.

Le previsioni afferenti l'obbligatorietà risultano essere in contrasto con la Raccomandazione R. n. 98 del Consiglio d'Europa, che sollecita gli Stati a promuovere le mediazione familiare ma, al contempo, afferma che essa non deve essere, in linea di principio, obbligatoria¹⁹⁰; inoltre, la stessa Raccomandazione esclude che il mediatore possa imporre accordi, il che parrebbe in contrasto con la norma che concede al mediatore il potere di formulare proposte transattive, il cui rifiuto può essere valutato dal Giudice, anche ai fini della liquidazione delle spese.

La introduzione della obbligatorietà della mediazione potrebbe inoltre condurre a un detrimento dei ricorsi alla negoziazione assistita familiare, malgrado il suo grande successo come ADR.¹⁹¹

Notevole criticità poi si presentano in termini di costi aggiuntivi¹⁹²: invero, la mediazione affidata a privati secondo molti esperti implicherà un aumento considerevole delle spese per chi vorrà divorziare o separarsi.

E' vero che la prima seduta sarà gratuita, ma è anche vero che quelle successive eventualmente necessarie saranno a pagamento; per quanto riguarda poi le ipotesi di violenza domestica, anche le vittime saranno obbligate a ricorrere alla mediazione con il coniuge violento, con ciò violando l'art. 48 della Convenzione di Istanbul che impone il divieto di fare ricorso ad ADR; in più appare inverosimile il divieto di ricorrere a un avvocato durante la mediazione, con conseguente violazione del diritto di difesa.

In molti ritengono, infine, che l'imposizione della mediazione sia, oltre che inopportuna, anche incostituzionale per violazione degli artt. 2 e 3 Cost.

¹⁹⁰ Si veda il punto II, lett. a) dei Principi della Mediazione.

¹⁹¹ In questo modo infatti, la mediazione familiare, intesa come condizione di procedibilità, non sarebbe uno degli strumenti di composizione del conflitto ma diventerebbe l'unico, assorbendo tutti gli altri e quindi anche la negoziazione assistita.

¹⁹² La mediazione familiare prevede, in media, da sei a dieci incontri con costo variabile da 50 a 100 Euro a incontro; valutando i dati Istat sulle percentuali di separazione o divorzio si può presupporre che ben 77mila coppie possono rivolgersi ai mediatori familiari con una spesa annuale sino a 77 milioni di Euro; orbene tale spesa graverà sui soggetti stessi perchè nel DDL non è previsto alcun piano finanziario a carico dello Stato.

Sempre in merito alla mediazione obbligatoria ritiene che essa contrasti con l'art. 48 della Convenzione di Istanbul¹⁹³ che vieta ai Paesi sottoscrittori il ricorso a forme di mediazione in situazioni in cui possano esservi state violenze domestiche.

Evidenzia, poi, le gravi criticità in merito al problema economico dal momento che solo il primo incontro di mediazione sarebbe gratuito mentre i costi degli incontri successivi resterebbero a carico dei coniugi.

Anch'essa esprime, poi, perplessità in merito ai costi economici della mediazione, costi economici che ricadranno ancora una volta sulla parte più debole del rapporto.

La mediazione familiare viene quindi intesa come strumento per diminuire il potere decisionale dei tribunali e attribuirlo a pagamento a soggetti privati senza particolari competenze: tale imposizione rischia di burocratizzare le relazioni, deresponsabilizzando, passivizzando e patologizzando le parti.

Il problema, pertanto, non sembra essere tanto il raggiungimento di accordi o provvedimenti che possono anche formalmente maturare, quanto piuttosto l'effettiva esecuzione e la durata nel tempo delle decisioni raggiunte.

Infatti, in assenza di un consenso e di un'intesa autentica, l'accordo raggiunto rischia di inserirsi in una contrattazione in cui le dinamiche relazionali potrebbero indurre il coniuge più debole, *non necessariamente la moglie*, ad accettare condizioni sfavorevoli.

Per quanto concerne invece la figura del coordinatore, il DDL n. 735, all'art. 5, ne formalizza il ruolo come figura introdotta dai tribunali.

In astratto, la novità potrebbe essere definita positiva ancorché non sia previsto alcun obbligo formativo per i coordinatori genitoriali, ma solo un generico richiamo (art. 5, comma 2) a "formazione specialistica in coordinazione genitoriale" e manchino dei parametri per la determinazione dei compensi professionali; anche limitare il ruolo del coordinatore

¹⁹³ La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul) è una convenzione del Consiglio d'Europa contro la violenza sulle donne e la violenza domestica, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 ed aperta alla firma l'11 maggio 2011 a Istanbul (Turchia). Il trattato si propone di prevenire la violenza, favorire la protezione delle vittime ed impedire l'impunità dei colpevoli. È stato firmato da 32 paesi e il 12 marzo 2012 la Turchia è diventata il primo paese a ratificare la Convenzione, seguito dai seguenti paesi nel 2015: Albania, Portogallo, Montenegro, Moldavia, Italia, Bosnia-Erzegovina, Austria, Serbia, Andorra, Danimarca, Francia, Finlandia, Spagna, Svezia.

genitoriale alla sola "esecuzione del piano genitoriale" (comma 3) sembra essere riduttivo delle possibili potenzialità della figura professionale e inoltre la normativa non prevede le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza da parte dei genitori delle indicazioni del coordinatore. Manca, inoltre, il collegamento tra coordinatore genitoriale e Magistratura per tutte le ipotesi in cui l'incarico avvenga dopo la chiusura del procedimento, e, non essendo il coordinatore neppure pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, egli non ha alcun obbligo di segnalazione all'Autorità di eventuali situazioni pregiudizievoli dei minori.

Non è poi comprensibile il motivo per cui il coordinatore genitoriale debba intervenire soltanto in sede di modifica (v. art. 13 che modifica l'art. 337-*quinquies* c.c.) e non anche in sede di "primo conflitto", laddove è dimostrato che la coordinazione genitoriale possa funzionare; parimenti non è comprensibile perché la coordinazione genitoriale (v. comma 3 del modificato art. 337-*quinquies* c.c.) debba intervenire dopo il fallimento e/o il rifiuto della mediazione familiare.¹⁹⁴

La Coordinazione Genitoriale, quindi, viene visto come un intervento centrato sul minore, rivolto a genitori separati o divorziati, la cui perdurante elevata conflittualità costituisce un rischio di danno psicologico per i figli della coppia esposti al conflitto.

Rappresenta un nuovo processo non antagonistico il cui obiettivo è quello di minimizzare l'impatto di forti conflitti nelle controversie separative/divorzili attraverso l'educazione dei genitori, la mediazione e la gestione dei conflitti, appositamente strutturato per aiutare i bambini e i loro genitori ad affrontare le sfide legate ai processi separativi altamente conflittuali.

Pertanto, la CoGe presenta degli indubbi vantaggi per le famiglie che consistono principalmente nell'imparare a risolvere le dispute senza richiedere continuamente l'intervento del giudice per dirimere le controversie: essa non solo permette di evitare le possibili conseguenze dannose del conflitto sui figli, ma permette di aumentare la cooperazione tra i genitori e di ridurre le liti.

Tali vantaggi, che si riflettono a livello generale su tutto il sistema, consistono in una serie di risparmi di risorse: abbassano il costo che le famiglie altamente conflittuali

¹⁹⁴ P. Rossi, M. Santini, intervento al Senato della Repubblica del 21 novembre 2018 - *Considerazioni e criticità dei ddl 735-45-768- 118* - Progetto famiglia, minori ed immigrazione - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

costituiscono per il sistema giudiziario, il sovraccarico di lavoro e le attese dei tribunali e conseguentemente consentono un migliore accesso alla giustizia per tutti i cittadini.¹⁹⁵

Si può quindi concludere che, sebbene la figura di un terzo estraneo quale il coordinatore genitoriale sia visto con favore dalla maggioranza degli operatori, quest'ultimi non credono nel potere della mediazione, come condizione di procedibilità, volta a diminuire il contenzioso ma anzi la reputano solo strumento volto ad inibire il contenzioso familiare ma non perché questo cessi di esistere ma perché le coppie, sempre più economicamente deboli, non potranno sopportare anche le spese di tal procedimento e preferiranno "rimanere insieme" il tutto a scapito della prole che sarà costretta a vivere in un contesto familiare turbolento.

1.2 Affidamento paritetico

Il cuore pulsante del DDL Pillon è rappresentato dal principio di bigenitorialità, la cui effettività esso intende garantire e tutelare: come si è detto, ogni figlio ha il diritto di instaurare e soprattutto di mantenere una relazione con il proprio genitore, indipendentemente dalla sussistenza di una relazione o dal tipo di relazione che si instaura fra i genitori.

Invero, è proprio in attuazione del dettato costituzionale nonché della normativa europea e sovranazionale che i quattro disegni di legge, e in particolare il DDL n. 735, dettano regole relative ai tempi di frequentazione tra il figlio e ciascuno dei genitori in caso di crisi di coppia, ritenendo, i fautori del disegno di legge, indispensabile garantire l'espressione della bigenitorialità con tempi congrui ed adeguati, da trascorrere con l'uno e con l'altro genitore per una corretta ed equilibrata crescita del minore.

Il DDL Pillon prevede, quindi, una precisa divisione della vita privata e sociale dei figli minorenni tra i due genitori: in base al nuovo art. 337-ter c.c., novellato dall'art. 11 del DDL

¹⁹⁵ C. Piccinelli, S. Mazzoni, D.K. Carter, *La Coordinazione Genitoriale, Dagli Usa Un Nuovo Intervento Di Supporto Per Le Coppie In Separazione/Divorzio Ad Elevata Conflittualità Cronica* in *Diritto della Famiglia e dei Minori* del 15 dicembre 2014.

n. 735, il figlio minore deve trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici o equipollenti, salvi i casi di impossibilità materiale.

Secondo alcuni opinionisti, una suddivisione paritaria o paritetica dei tempi di permanenza del figlio presso la casa di ciascun genitore non appare causare traumi o stress peggiori di quelli provocati dagli spostamenti fisici che sino ad oggi hanno comportato separazioni e divorzi con figli. Anzi, un affidamento condiviso della prole che contempra settimane alterne per ciascun genitore (50%, salvi i periodi delle vacanze, in cui l'alternanza può essere anche per un tempo maggiore, per esempio ogni mese) comporterebbe all'incirca 49 spostamenti all'anno per il minore, laddove l'attuale prassi, basata su due fine settimana alterni e sei contatti infrasettimanali al mese, comporta spostamenti del minore superiori di circa tre volte. In più, per tutte quelle ipotesi di spostamento fisico del minore che addiverrebbero fonte di pregiudizio psico-fisico a carico del minore ovvero accentuerebbero il trauma della separazione come ad esempio lo sradicamento dal luogo in cui era abituato a vivere inteso come trasferimento in altra città e quindi in altro istituto scolastico, infatti, richiede il consenso di entrambi i genitori o, in mancanza, l'autorizzazione del giudice tutelare (v. art. 14 DDL n. 735).

Per altri studiosi del diritto, la teoria dei tempi paritetici appare una soluzione che risulta totalmente avulsa dalla realtà e quotidianità dei minori, i quali, a differenza dei genitori, subiscono sempre la separazione coniugale come soggetti passivi e, nella stragrande maggioranza dei casi, senza comprenderne le ragioni.

Per questo il loro diritto a ritrovare un equilibrio ed una serenità interrotta deve prevalere su quello dei genitori, sulle loro paure e sulle loro rivendicazioni: e dunque chiedere ai bambini di sommare al trauma della separazione anche la perdita di ogni riferimento, cambiando casa ogni 12 giorni, abitudini alimentari, modalità di accudimento, equivarrebbe a postporre ogni loro interesse alle esigenze organizzative dei genitori.

Ebbene, questa imposizione paritaria ma rigida dei tempi di frequentazione - sebbene sia volta idealmente al mantenimento della bigenitorialità - non tiene conto dei bisogni e dei desideri di minori coinvolti: al minore, infatti, non è data la possibilità di scegliere con chi vivere o come trascorrere il tempo. Tra l'altro, si deve considerare che i tipi di attività svolte dai minori cambiano nel corso del tempo e ciò potrebbe determinare dei contenziosi tra i genitori e portare all'apertura di nuove fasi di mediazione con un ulteriore dispendio di denaro.

Orbene, è per tali ragioni che gli avvocati matrimonialisti nonché gli psicologici interpellati sulla questione, ritengono che la valutazione circa il tempo e le modalità di affidamento sarebbe invece da effettuarsi nelle specifiche e concrete fattispecie, ove devono necessariamente essere presi in considerazione al fine di determinare le modalità di attuazione del principio della bigenitorialità variabili come età del figlio, interessi, distanza tra le abitazioni di ciascuno dei genitori. Ulteriore elemento che è d'uopo verificare consiste nella volontà del figlio a non vedersi stravolgere la propria quotidianità già pregiudicata dalla decisione dei genitori a separarsi: la stabilità di relazioni e di un punto di riferimento abitativo diventa indispensabile per superare il momento separativo tra i genitori e il disagio che inevitabilmente ne consegue.

Però, per la nuova normativa, il minore non potrà esprimersi ed essere ascoltato, ritornando ad essere da soggetto un oggetto di diritto. In tal modo, la previsione, così come formulata, viola la Convenzione NY, laddove non tiene conto del fatto che tutti i provvedimenti devono essere assunti in funzione del *best interest of the child* che, invece, con le nuove norme non è più il criterio cui il Giudice deve informarsi nel prendere le proprie decisioni; altresì viola la Convenzione EDU, che in più di un'occasione ha condannato l'Italia proprio per avere previsto meccanismi "stereotipati" di attuazione del diritto di visita (cfr. *ex plurimis* Lombardo c. Italia) ed è in netto contrasto con la Risoluzione n. 2079/2015 che invita gli Stati a introdurre leggi in cui i tempi di permanenza sono adattati "ai bisogni e gli interessi del bambino", a riprova della necessità di evitare soluzioni standard uguali per tutti che pregiudicano la specificità di ogni storia familiare e di ogni bambino.¹⁹⁶

L'art. 12 del DDL 735, poi, modifica l'articolo 337-*quater* c.c. esclusivo prevedendo una delega al Giudice laddove gli riconosce il potere di promuovere "*azioni concrete per rimuovere le cause che hanno portato all'affidamento esclusivo*", legittimando un eccesso di potere inammissibile in capo all'organo giudicante.

Ebbene, l'unica determinazione "oggettiva" effettuata dal DDL è la previsione secondo cui dovrà essere garantita alla prole la permanenza presso ciascuno dei genitori "*di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti*" con unica deroga derivante da un "*comprovato*

¹⁹⁶ La norma è, altresì, incostituzionale nella parte in cui tralascia di considerare l'interesse del minore che deve essere accertato, secondo la Corte Costituzionale, caso per caso (sentenze n. 272/2017; 7/2013; 31/2012, ed altre).

e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio minore in caso di violenza, abuso sessuale, trascuratezza, impossibilità di un genitore ed inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore".

Ci si interroga, però, su come tale deroga potrà trovare applicazione, in quanto la nuova legge tace se sarà sufficiente la presentazione di un atto di querela o denuncia per i reati di cui sopra o sarà necessario un decreto di rinvio a giudizio, una sentenza di condanna o qualche altro provvedimento. Ed ancora, le cinque ipotesi, seppure tassative, utilizzano una terminologia non chiara: non si capisce, invero, contro chi deve realizzarsi la violenza, se trattasi di violenza psicologica o di quella economica. Analoghe domande si pongono poi con riferimento all'ipotesi dell'abuso sessuale, che peraltro insieme all'ipotesi di violenza dovrebbero condurre, salvo la prova dell'insussistenza del pregiudizio, alla sospensione delle visite e il passaggio al regime di affidamento esclusivo, proprio nell'interesse del minore.

Poi, analizzando attentamente il testo del DDL, il punto 5 dell'elenco intitolato "*Inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore*" è inaccettabile sia per la genericità della formulazione sia perché subordina il diritto del minore alla bigenitorialità alle condizioni economiche dei genitori.

L'intera disciplina, pertanto, tradisce, ancora di più, la visione della persona di età minore come un oggetto, in spregio al punto 1 della Carta AGIA, e all'art. 3 della Convenzione di NY nonché all'art. 8 CEDU, e alla Convenzione europea dei diritti relativa all'esercizio dei diritti del minore, scontrandosi quindi con la realizzazione dell'interesse del minore e con il rispetto delle sue abitudini di vita.

In conclusione, in linea generale si ritiene che tale previsione conduca inevitabilmente ad un aumento del conflitto, laddove è realtà quotidiana la impossibilità per i genitori di concordare qualsiasi scelta educativa o formativa del figlio, soprattutto perché nella varie fasi di sviluppo dei minorenni le loro esigenze cambiano anche rispetto alla relazione con le figure genitoriali, in base all'età o al percorso individuale e familiare, nonché in base alla qualità delle relazioni tra i membri della famiglia che si modificano nel tempo.

La previsione parrebbe presentare altresì un profilo di incostituzionalità per una disparità di trattamento tra figli di genitori coniugati e figli di genitori separati, avendo i primi il diritto ex art. 315 c.c. di essere educati, mantenuti, istruiti secondo le inclinazioni ed aspirazioni ed i secondi, invece, secondo l'applicazione di un rigido schema che non tiene conto della crescita del soggetto e dei mutamenti relativi.

I genitori, inoltre, sono tenuti alla stretta osservanza del piano genitoriale e le eventuali sue modificazioni, anche mediante l'intervento del coordinatore genitoriale o del mediatore familiare (art. 13), devono essere sottoposte al Giudice (art. 337-*quinquies* c.c.); non è chiaro, invece, se i genitori possano liberamente modificare il piano genitoriale in pieno accordo tra di loro, considerato che si tratterebbe di una modifica a mezzo "scrittura privata" di un provvedimento giurisdizionale.

Ebbene, si evince chiaramente e non può non concordarsi sul fatto che la proposta normativa costituisca una inammissibile ingerenza dello Stato nella vita privata dei cittadini e, per evitare ciò, i commi 1 e 2 dell'art 11 del DDL n. 735 dovrebbero dunque essere completamente modificati prevedendo il mantenimento dell'attuale primo comma dell'art. 337-*ter*; poi sembra più opportuno lasciare al Giudice la regolamentazione dei tempi di permanenza del minore presso ciascuno dei genitori in modo da garantire una frequentazione equilibrata, anche sotto il profilo quantitativo, con ciascuno di essi tenendo conto della concreta situazione e delle abitudini e dell'evoluzione del minore, secondo un giudizio di carattere prognostico nonché dei tempi che ciascuno dei genitori ha a disposizione per assolvere ai compiti di cura del minore e delle diverse organizzazioni domestiche di ciascuno dei genitori a seguito della rottura del rapporto di coppia.¹⁹⁷

La soluzione proposta dai quattro DDL, pertanto abdica quindi a tutti i canoni di stabilità di vita sociale e degli affetti del minore, criteri da sempre prescelti in questa area in adesione ai principi di psicologia giuridica.

1.2.1 Mantenimento diretto e eliminazione dell'addebito

Altra critica mossa ai summenzionati disegni di legge concerne la previsione del mantenimento diretto come forma privilegiata di mantenimento in caso di separazione e divorzio, diametralmente opposta all'attuale modalità di mantenimento in forma indiretta, che avviene attraverso la corresponsione di una somma periodica di denaro da un genitore

¹⁹⁷ P. Rossi, M. Santini, intervento al Senato della Repubblica del 21 novembre 2018 - *Considerazioni e criticità dei ddl 735-45-768- 118* - Progetto famiglia, minori ed immigrazione - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

in favore dell'altro (c.d. assegno di mantenimento), che nel testo del DDL n. 735 assume carattere residuale ed eccezionale (v. art. 11, comma 7 e 9).

Su questa ripartizione paritaria del tempo si basa anche una ripartizione delle spese: al posto dell'assegno di mantenimento in favore del genitore presso cui il minore risiede – soluzione con cui, secondo discutibili stereotipi di genere, le *“ex-mogli sanguisughe”* svenano *“poveri padri lavoratori”* per soddisfare segretamente capricci e vendette personali – il DDL n. 735 prescrive una nuova forma di mantenimento diretto: tramite la previsione dettagliata di un piano di spese ordinarie e straordinarie da stabilirsi sempre con il mediatore, il mantenimento verrà suddiviso in base al reddito e al tempo trascorso coi figli.

In verità, la forma diretta di mantenimento della prole è già prevista dall'attuale legislatore come quella prioritaria: il quarto comma dell'attuale art. 337-ter c.c. prevede, infatti, che ciascuno dei genitori *“provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito”* e che il giudice stabilisce, ma soltanto ove necessario, la corresponsione di *“un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità”*. La disposizione si combina con quella del primo comma del medesimo articolo, secondo cui ciascun genitore assume una parte dei compiti di cura, educazione, istruzione e assistenza morale dei figli, restando obbligato a dedicare il proprio tempo per provvedere direttamente ai loro bisogni.

Secondo alcuni, tale principio non abdica affatto a una prospettiva solidaristica, che anzi viene valorizzata.

Proponendosi di rendere effettiva la regola del mantenimento diretto, infatti, esso stabilisce che ciascun genitore provvede direttamente al pagamento delle spese necessarie ai bisogni del figlio per capitoli di spesa: soluzione, quest'ultima, che responsabilizza maggiormente i genitori, sia perché il mantenimento diretto esplica una funzione educativa, relazionale e psicologicamente gratificante, sia perché favorisce una più corretta osservanza degli obblighi di mantenimento, diminuendo conseguente il tasso di potenziale conflittualità.

In ogni caso, il DDL si preoccupa dell'esigenza per cui, nel mantenimento diretto dei figli, che realizza *“in natura”* le effettive esigenze di questi, venga sempre osservato il principio di proporzionalità alla situazione reddituale ed economica complessiva di ciascuno dei genitori, di cui anche il piano genitoriale è espressione; tant'è che, nelle situazioni di più forte squilibrio reddituale ed economico fra genitori, trova ancora ingresso lo strumento residuale dell'assegno periodico a carico di uno dei genitori in favore dell'altro,

salvo sempre il diritto del genitore economicamente più debole di chiedere all'altro il mantenimento per se'.

In realtà, secondo altri, il contributo c.d. "diretto", introdotto dai commi 7, 8 9 dell'art. 11, prevedendo la cessazione del versamento di una somma a titolo di contributo al mantenimento del figlio, comporta inevitabilmente una disparità di posizioni, laddove un genitore con più disponibilità economiche può provvedere più adeguatamente dell'altro alle esigenze del figlio, divenendo spesso il c.d. genitore "preferito".

Inoltre la previsione che nel piano genitoriale debbano essere indicate le spese ordinarie e quelle straordinarie, attribuendo a ciascun genitore specifici capitoli di spesa, pone un problema sulla possibilità che le scelte dei figli debbano essere invariabili e fisse nel tempo mentre esse sono strettamente collegate alla valutazione del figlio ed al mutamento delle sue esigenze di vita e di formazione.

Sembra, quindi, che sul piano pratico tali previsioni porterebbero ad esasperare la conflittualità tra le parti piuttosto che diminuirla ed a creare notevoli difficoltà da un punto di vista concreto per quei genitori che non hanno reddito alcuno o, comunque, detengono reddito esiguo.

La soluzione potrebbe essere quella di attuare il protocollo per le spese straordinarie redatto dal CNF, mentre per il mantenimento periodico, qualora non sia possibile quello diretto per evidenti diversità reddituali e di patrimonio, sarebbe più opportuno valutare le capacità economiche dei genitori, il reale reddito percepito e l'assegnazione della casa familiare.

Il mantenimento diretto, nei termini indicati dal DDL, è quindi l'esatta negazione del principio di bigenitorialità in quanto esso, di fatto, attribuisce il potere decisionale al genitore maggiormente abbiente, con conseguente esclusione dell'altro dalla concertazione delle decisioni riguardanti il figlio.

Inoltre, l'eliminazione del tenore di vita quale parametro di determinazione del mantenimento è in contrasto con l'interesse del figlio a non subire pregiudizi economici dalla separazione dei genitori (art. 9 Carta AGIA), costringendo quindi il figlio a modificare quelle abitudini che sino alla separazione ha avuto.

Anche in tal senso viene a determinarsi una palese disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori ancora sposati che hanno il diritto di mantenere "il tenore di vita" a differenza dei figli dei genitori separati che, in nome di un non meglio specificato

egualitarismo, devono essere tutti mantenuti alla stessa maniera; inoltre, la parte in cui prevede l'introduzione dell'assegno a tempo è ultronea, considerato che, come noto, i provvedimenti in materia di diritto alle relazioni familiari sono sottoposti alle regola *rebus sic stantibus* e, come tali sono sottoposti a modifica in qualunque momento.

Per ciò che concerne, invece, l'istituto dell'addebito, l'art. 19 ne propone l'eliminazione al fine di sottrarre al giudizio di separazione la trattazione e l'istruzione della questione, non solo per motivi di celerità del giudizio, ma di diminuzione della conflittualità nell'interesse della prole.

Alcuni infatti, abbracciando questa scelta, ritengono che la domanda di addebito richieda accertamenti lunghi e complessi, nonché il coinvolgimento nei giudizi di separazione di terzi soggetti nella veste di testimoni ed inoltre ritengono che lo stesso abbia scarse possibilità di accoglimento (atteso che la giurisprudenza richiede presupposti sempre più rigorosi e stringenti); se la domanda è proposta dal coniuge economicamente più debole, il suo eventuale accoglimento presenta, ad ogni modo, vantaggi assai limitati consistenti sostanzialmente nella perdita dei principali diritti successori da parte del coniuge economicamente più forte.

Si suggerisce, pertanto, o di eliminare l'articolo *in toto* oppure di sostituire l'art. 156, c.c. comma 1 prevedendo che il giudice, pronunciando la separazione e tenendo conto delle ragioni di essa, stabilisca a vantaggio del coniuge economicamente più debole il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

Viene, infine, modificato anche il principio dell'assegnazione della casa familiare, che difende il diritto dei minori a non vedere stravolte le proprie abitudini.

Qualora in sede di mediazione i coniugi non raggiungano un accordo, allora sarà il giudice a stabilire dove collocare la residenza dei minori, così come chi dei due genitori potrà continuare a vivere nella casa di famiglia, imponendo però a chi resta il versamento di un canone per chi è costretto ad andarsene¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Questo qualora la casa sia cointestata, perché altrimenti sarà automaticamente escluso dalla residenza chi non è proprietario o titolare di qualche diritto di uso o locazione, come pure chi la lascia per andare a vivere da solo, a convivere con un nuovo partner o si risposa.

Ebbene, anche in questo caso, le conclusioni addotte dalla riforma *de qua* appaiono poco condivisibili in quanto, qualora si adottasse una generale regola di mantenimento diretto, si produrrebbero inevitabilmente delle diseguaglianze sostanziali fra l'apporto economico sostenuto dai due genitori separati in base alle esigenze momentanee richieste dal minore: la suddivisione di spese ordinarie e straordinaria fin ora posta in essere in giudizio, pertanto, sembra ancora la soluzione più congrua e più volta a garantire continuità nel tenore di vita dei minori che vivono una separazione o un divorzio dei genitori.

1.3 Violenze domestiche

Si è visto al capitolo precedente che l'art. 21 del DDL n. 735, infine, propone l'abrogazione dell'art. 570-*bis* c.p., semplicemente perché il presupposto della condotta ivi incriminata è rappresentata dall'assegno di mantenimento, istituto che il disegno di legge intende circoscrivere ad ipotesi eccezionali. In ogni caso, per la violazione degli obblighi familiari, rimangono in vigore tutte le altre misure e tutele (penali e risarcitorie) già previste dall'ordinamento giuridico.

Secondo le associazioni che si occupano di violenza maschile sulle donne, uno dei problemi del DDL n. 735 nonché del DDL n. 45 è che si cerca di cancellare le denunce di violenza domestica.

In sostanza si impone che la violenza debba essere comprovata senza spiegare nemmeno in che modo; è altresì previsto che se una donna lascia la casa familiare con i suoi figli per essere accolta da un centro antiviolenza, l'altro genitore può chiedere l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza, che, su mera segnalazione del genitore, può prendere il minore e riportarlo nella casa di famiglia in cui vive il genitore violento.

Il DDL n. 45, inoltre, prova a modificare il reato di maltrattamenti verso un familiare e un convivente di cui all'articolo 572 c.p., non ritenendolo più un reato abituale, ma soffermandosi sulla necessità che sia abituale.

Secondo l'Istat il 37% delle donne separate ha subito una violenza da parte del partner: più di una su 3! Pillon ha affermato davanti ai giornalisti¹⁹⁹ che “*se si mettesse un emendamento*

¹⁹⁹ Al sito web https://www.open.online/primo-piano/2019/03/11/news/ddl_pillon_cosa_e_e_perche_viene_criticato-161478/.

che dice la mediazione obbligatoria non si applica a donne che hanno subito violenza non servirebbe a nulla: l'88% non denuncia e non lo dice neanche ai giudici".

Maria Virgilio, presidente della associazione GIUDIT, Giuriste d'Italia, sostiene che *"le donne che hanno subito violenza domestica sono decisamente minoritari i casi in cui le donne denunciano falsamente. Semmai è il contrario: anche quando le donne che mi chiedono di sostenerle nella separazione assumono la decisione di interrompere, con il ricorso al giudice civile, una relazione violenta, anche in quei casi scelgono di non esternare al giudice gli atti di violenza subita. Pur di separarsi e porre fine alla relazione violenta. Di quella sessuale non vogliono parlare. Di quella fisica non hanno chiesto la documentazione. Quella psicologica e quella economica fanno fatica a riconoscerla e a nominarla come tale. Eppure l'iniziativa giudiziale delle separazioni è prevalente da parte delle donne. Il disegno di legge Pillon le intimidisce, le tacita, le ostacola, soprattutto nei casi di contesti violenti sia verso la partner sia verso i figli/e"*²⁰⁰.

Inoltre appare una evidente discrasia nella previsione, laddove, sempre all'art. 12, si dispone che nei casi di cui all'articolo 337-ter c.c II co si debba in ogni caso garantire in diritto alla bigenitorialità, disponendo tempi adeguati di frequentazione dei figli minori con il genitore non affidatario.

Ebbene, anche in presenza di violenza e di abusi, accertati se nel caso con condanna, è necessario che il giudice rilevi un comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psicofisica del minore, in assenza del quale, anche il genitore maltrattante può frequentare il figlio maltrattato o vittima di violenza assistita.

Il tutto appare poco coerente e assolutamente in contrasto con la tutela del minore che rimane, in questo modo, costretto a vivere in prima persona o come spettatore violenze ed abusi in casa.

²⁰⁰ Al sito web <http://espresso.repubblica.it/attualita/2018/10/09/news/una-vergogna-chiamata-pillon-1.327626>.

1.4 Il fenomeno della PAS²⁰¹

La legge sull'affidamento condiviso affida al giudice – qualora non vi siano accordi dei genitori o qualora questi accordi fossero in contrasto con l'interesse del minore - il compito di determinare tempi e modalità di visita presso ciascun genitore nonché i limiti della contribuzione spettante a quest'ultimi per il mantenimento dei minori, il tutto per evitare quelle situazioni in cui la crescita dei figli venga a subire un pregiudizio e soprattutto per evitare il cd. fenomeno della PAS già introdotto *supra*.

L'alienazione parentale, di dubbia scientificità, sarebbe prodotta da una sorta di "programmazione" dei figli dal genitore c.d. "alienante" mediante l'uso di espressioni denigratorie, false accuse di trascuratezza, violenza o abuso riferite all'altro genitore c.d. "alienato".

La costruzione di una falsa realtà familiare di terrore e vessazione genera nei figli profondi sentimenti di diffidenza e odio verso l'altro genitore e al contrario questi diventano dipendenti dal genitore alienante ed iniziano ad appoggiare la sua visione della realtà.

Ovvio risultato è quindi la distruzione totale della relazione figli-genitore alienato, che può sfociare anche in un totale rifiuto per qualsiasi tipo di contatto con lo stesso.²⁰²

In realtà, più che un fenomeno scientifico esso è un fenomeno di matrice giurisprudenziale: si evidenzia all'uopo la sentenza della Cassazione Penale n. 26810/2011 secondo cui costituisce reato il comportamento del coniuge affidatario che strumentalizza il rifiuto del minore di vedere l'altro.

Chiare ed esaustive sembrano in proposito le parole utilizzate nelle Relazione di accompagnamento a due Disegni di Legge presentati negli ultimi anni, ovvero il DDL n. 957 del 2008 ed il successivo DDL n. 2454 del 2010, le quali facevano espresso riferimento alla PAS ed alla necessità di dare maggiore attenzione e chiarezza al fenomeno. Invero, nella

²⁰¹ "... a disorder that arises almost exclusively in the context of child-custody disputes. In this disorder, one parent (the alienator, the alienating parent, the PAS-inducing parent) induces a program of denigration against the other parent (the alienated parent, the victim, the denigrated parent). However, this is not simply a matter of 'brainwashing' or 'programming' in that the children contribute their own elements into the campaign of denigration..." (R. A. Gardner, *Recent trends in divorce e custody litigation*, in *The Academy Forum*, n. 29, 1985, New York, p. 3 ss.)

²⁰² C. Cerrai, S. Ciocchetti, P. La Vecchia, I.E. Pipponzi, E. Vargiu, *La tutela giuridica del Minore*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 212

relazione al DDL n. 2454 del 2010 si legge che: *"il nuovo intervento normativo, inoltre, ha dovuto ancora tenere conto della necessità di porre fine a quei frequenti tentativi di manipolazione da parte di un genitore [...]. miranti ad eliminare completamente l'altro dalla vita dei figli, inducendo in essi il rifiuto di ogni contatto, un malessere indotto che va sotto il nome di Sindrome di alienazione genitoriale [...]. A prescindere dall'ufficializzazione o meno della PAS – e dai riconoscimenti del mondo accademico – sono ormai ampiamente riconosciuti nel mondo giuridico i problemi legati alla manipolazione dei figli, quale che ne sia il titolo e la definizione tecnica, e i gravissimi danni che provocano nei figli, soprattutto quando arrivano ad indurre il rifiuto degli incontri con il genitore alienato..."*. Seppur tali DDL non abbiano concluso positivamente il loro iter parlamentare divenendo legge tuttavia ci permettono di comprendere che il legislatore italiano, oltre a molti operatori del diritto, giudici o avvocati che siano, hanno mostrato in passato e mostrano tuttora particolare attenzione al fenomeno.

Infatti, è proprio nelle aule giudiziarie italiane che si è fatto spesso riferimento alla PAS a partire da una pronuncia del Tribunale di Alessandria (sentenza n. 318, del 1999), poi confermata dalla Corte d'Appello di Torino, nella quale veniva deciso di affidare un bambino di 10 anni alla madre, nei cui confronti presentava forte avversione, riscontrandosi nello stesso la PAS attivata dal padre.²⁰³

Nella pronuncia della Suprema Corte - sentenza n. 7041, pronunciata il 06 marzo 2013-, si evidenzia proprio quella difficoltà di inquadrare definitivamente e chiaramente la PAS quale patologia rilevante in ambito giuridico, a causa dell'assenza di un effettivo, condiviso e formale riconoscimento della stessa nel settore medico-scientifico. Gli Ermellini, infatti,

²⁰³ Altro provvedimento che si può richiamare è quello del Tribunale di Matera, del 11 febbraio 2010, che individuava nella minore la sindrome in questione innescata dalla madre collocataria. Tra i casi più recenti viene immediatamente in mente poi quello del bambino di Cittadella (PD) che nell'ottobre 2012, veniva forzosamente prelevato da scuola al fine di dare esecuzione al provvedimento della Corte d'Appello di Venezia (decreto del 02.08.2012). Quest'ultima, nello specifico, ne disponeva l'affidamento al padre con inserimento all'interno di un'apposita struttura residenziale educativa dove potesse incontrare i genitori seguendo, altresì, un apposito ed accurato programma psicoterapeutico. Tale decisione modificativa della situazione preesistente, che vedeva il minore affidato ai servizi sociali e collocato presso la madre decaduta dalla potestà, si fondava essenzialmente se non esclusivamente sui risultati della CTU, la quale aveva riscontrato nel minore la "Sindrome da alienazione genitoriale" attivata dalla figura materna. La vicenda è giunta fino in Cassazione la quale, con la recentissima sentenza n. 7041, pronunciata il 06 marzo 2013, ha accolto il ricorso e cassato il decreto impugnato con rinvio alla Corte d'Appello di Brescia.

sottolineano come *“venga in considerazione una teoria non ancora consolidata sul piano scientifico, ed anzi, come si vedrà, molto controversa”* ed inoltre, richiamando le censure mosse dalla madre alla validità scientifica di tale disturbo ed alla sua eventuale sussistenza nel caso di specie, mette in rilievo *“le perplessità del mondo accademico internazionale, al punto che il Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) non la riconosce come sindrome o malattia”*¹, oltre ad altri studi di esperti del settore.²⁰⁴

Pertanto *“il termine alienazione genitoriale [...] non integra una nozione di patologia clinicamente accertabile, bensì un insieme di comportamenti posti in essere dal genitore collocatario per emarginare e neutralizzare l'altra figura genitoriale; condotte che non abbisognano dell'elemento psicologico del dolo essendo sufficiente la colpa o la radice anche patologica delle condotte medesime.”*

La Cassazione dunque non nega, l'esistenza generale di questo disturbo in ambito scientifico e conseguentemente giuridico ma conclude con la chiara affermazione che: *“di certo non può ritenersi che, soprattutto 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 scongiurarsi”*.²⁰⁵

Altra parte della giurisprudenza, invece, ne esclude la rilevanza, argomentando che l'esistenza di una sindrome non è scientificamente dimostrata sebbene la comunità scientifica è concorde nel ritenere che la alienazione di un genitore non rappresenti di per sé un disturbo individuale a carico del figlio ma piuttosto un grave fattore di rischio evolutivo per lo sviluppo del minore stesso.

Anche la Corte EDU invece si è pronunciata sulla questione, condannando tutti quegli Stati che non hanno adeguatamente tutelato il rapporto genitore-figlio, per violazione dell'art. 8 CEDU²⁰⁶; le varie sezioni della Corte EDU infatti già dal 1994 hanno riconosciuto

²⁰⁴ M. Santini, *La Cassazione frena sulla Sindrome di alienazione parentale (Pas)* in Guida al Diritto consultabile al sito web <https://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/civile/famiglia/primiPiani/2013/04/la-cassazione-frena-sulla-sindrome-di-alienazione-genitoriale-pas.php?preview=true>.

²⁰⁵ *Supra* nota 213.

²⁰⁶ In particolare, gli Stati membri sono tenuti a rispettare gli obblighi positivi che derivano dal sopra citato articolo 8 della Convenzione, con predisposizione di tutte quelle misure preparatorie per permettere ad un genitore di esercitare, in modo immediato e senza il ricorso a strumenti coercitivi, un effettivo e concreto diritto di visita.

il diritto dei bambini a venire protetti dall'Alienazione Genitoriale, condannando gli Stati che non hanno posto in essere le misure necessarie (quali l'allontanamento dal genitore alienante) e/o hanno agito in ritardo.

Alla luce della trattazione svolta, dunque, non può che concludersi asserendo che in un settore così importante come quello della tutela dei minori, dei loro diritti ed interessi, primo tra tutti il loro diritto alla bigenitorialità, il richiamo a fenomeni dai confini e contenuti ancora poco certi come la PAS non può essere utilizzato quale motivo esclusivo di provvedimenti così rilevanti come l'affidamento esclusivo ad un genitore o ai servizi sociali, l'allontanamento da una delle due figure genitoriali e quant'altro.

E' innegabile che nell'ambito di molti giudizi di separazione, divorzio e di affidamento sia diffuso il fenomeno consistente nell'atteggiamento di un genitore che tenta, in buona o cattiva fede, di allontanare il figlio dall'altro genitore addossando a quest'ultimo una serie di colpe e di responsabilità, vere o presunte, che possono trovare la loro giustificazione, al massimo, in sede processuale ove è possibile un approfondimento istruttorio e un riscontro probatorio finalizzato alla verifica dell'idoneità o meno del genitore accusato e di quello accusante; giammai, tale tentativo di "esclusione" e di "demonizzazione" deve essere rivolto unilateralmente nei confronti del minore affinché questi sia indottrinato su come comportarsi nei confronti dell'altro genitore o, ancora peggio, sulla natura delle risposte da fornire alla domande del Giudice, in sede di audizione, sovraccaricando il minore di ulteriori momenti stressanti e costringendolo ad erigersi quale "arbitro" dei conflitti e delle frustrazioni degli adulti.²⁰⁷

L'alienazione genitoriale rimane, pertanto, ancora oggi un serio e grave problema di salute pubblica, che compromette l'equilibrio psico-fisico della persona del minore, con gravi disagi interpersonali e verso l'intera collettività.

Come detto, il DDL Pillon si propone di contrastarla, in particolare, con l'art. 17 che prevede che si possa intervenire quando *"la condotta di un genitore è causa di grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, ostacolando il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale"*, consentendo al giudice, *"su istanza di parte"*, di *"adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui agli artt. 342-ter e 342-quater"*

²⁰⁷ *Supra* nota 213.

(...) nell'esclusivo interesse del minore, anche quando, pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori, il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo ad uno di essi".

Dalla prima lettura del testo della disposizione *de qua* si desume che non sussiste alcun automatismo, posto che la lotta al fenomeno dell'alienazione genitoriale presuppone l'esercizio di un potere discrezionale del giudice e che tale esercizio è subordinato ad una istanza di parte; in più devono essere accertate almeno due condizioni (un grave pregiudizio per i diritti relazionali del figlio; una condotta ostacolante un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore o rapporti significativi con gli ascendenti) e infine, per la fattispecie che contempla la "assenza di evidenti condotte di uno dei genitori", si richiede comunque una forma manifesta di alienazione passiva.

Non è, quindi, sufficiente lamentare un'asserita condotta di alienazione genitoriale per ottenere un intervento da parte del Giudice, ma è necessario allegare e documentare una situazione rappresentata da condotte che siano fonte di alienazione genitoriale.

Il DDL si preoccupa, poi, di contrastare l'alienazione genitoriale con la previsione di ulteriori strumenti, e cioè attraverso un ordine, rivolto al genitore che abbia tenuto una condotta pregiudizievole per il minore, di cessazione della condotta medesima, un provvedimento d'urgenza con cui si dispone la limitazione o sospensione della responsabilità genitoriale, ovvero l'inversione della residenza abituale del figlio minore presso l'altro genitore, oppure la limitazione dei tempi di permanenza del minore presso il genitore inadempiente, ovvero, in via del tutto residuale, il collocamento provvisorio del minore presso apposita struttura specializzata previa redazione da parte dei Servizi Sociali o degli operatori della struttura di uno specifico programma per il pieno recupero della bigenitorialità del minore (art. 18 del DDL).

La previsione è quindi da valutare positivamente, attesa l'impunità che ancora oggi fomenta il fenomeno dell'alienazione genitoriale, con conseguente violazione del diritto alla bigenitorialità.²⁰⁸

²⁰⁸ In giurisprudenza, è ormai nutrito il numero di decisioni di condanna al risarcimento del danno a carico di uno dei genitori che con il suo comportamento renda difficoltosa (o frapponga ostacoli alla frequentazione del figlio da parte dell'altro genitore (cfr. ad es. Cass. 7 aprile 2016, n. 6790; Trib. Roma, 11 ottobre 2016, n. 18799; Trib. Roma, 18 settembre 2015, n. 18475; Trib. Milano, Sez. IX, decr. 7 gennaio 2018).

Non basta, quindi, che in sede di separazione venga astrattamente disciplinato a favore del coniuge non affidatario il relativo diritto di visita del figlio minore con conseguente predisposizione dei giorni e degli orari di visita, ma è anche e soprattutto necessario che le autorità competenti tutelino concretamente sia il diritto del minore a conservare un rapporto stabile con entrambi i genitori, sia il diritto del genitore non affidatario a conservare un legame affettivo con il figlio.

Proprio sotto quest'ultimo profilo, la Corte di Cassazione (sentenza 04/10/2003 n° 37814) ha stabilito che il coniuge affidatario di figli minori ha il dovere di adottare i comportamenti indispensabili a consentire l'esercizio effettivo del diritto di visita dell'altro genitore, con la conseguenza che integra il reato di cui all'art. 388 del c.p. la condotta del genitore che non fornisce, sul piano materiale ed affettivo, quell'apporto necessario in termini di coordinamento e cooperazione per garantire l'esecuzione secondo buona fede dei provvedimenti del giudice civile concernenti i minori.²⁰⁹

2. L'adultocentrismo e lo svilimento dei diritti del minore

A questo punto della trattazione si può dire che molti hanno definito il movente dei quattro DDL "adultocentrico": infatti il minore viene poche volte menzionato e tenuto in considerazione tanto che neanche l'età assurge ad elemento vincolante per la disciplina da applicarsi; egli viene infatti quasi costretto a vivere in due abitazioni anche probabilmente lontane, con conseguenti disagi che minano alla prosecuzione di una vita anche sociale serena all'interno di un'abitazione principale - come ha tentato invece di tutelare per anni la giurisprudenza.

Sebbene, in teoria, il DDL n. 735 valorizzi l'istituto dell'ascolto del minore, prevedendo modalità idonee a garantire l'autenticità e la genuinità della volontà manifestata, nonché l'istituto degli ordini di protezione previsti dagli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c., volto a interdire condotte genitoriali che, sia nel corso del giudizio di separazione sia successivamente, si rivelino lesive dei "diritti relazionali" del minore, ostacolando rapporti familiari, parentali

²⁰⁹ *Supra* nota 213.

e affettivi (v. art. 16 DDL n. 735²¹⁰), trattasi di un attacco senza precedenti alla disciplina sull'affidamento, precorritrice del principio della bigenitorialità e dell'affido condiviso, mantenendo la sottesa idea di fondo che il matrimonio sia qualcosa di indissolubile.

La senatrice Ginetti²¹¹ conferma a suo avviso l'impossibilità di procedere ad un'attività emendativa dei disegni di legge e insiste nel chiederne il ritiro; ne paventa invero l'incostituzionalità sotto diversi profili quali innanzitutto la violazione del principio di parità tra coniugi di cui all'art. 29 Cost., la violazione della Convenzione di Istanbul sulla mediazione, la violazione della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989.

La stessa denuncia nei presenti disegni di legge e in particolare nel DDL n. 735 una visione burocratica, adultocentrica che non considera affatto il miglior interesse del minore e di confondere la bigenitorialità con la cogestione paritaria dei tempi e del minore, accusandolo altresì di ignorare le difficoltà delle donne rispetto all'accesso al lavoro fuori casa.

Infatti esso non terrebbe conto delle difficoltà e delle disparità economiche tra uomo e donna finendo per il rendere l'elemento economico una discriminante rispetto alla libertà dell'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione, finendo poi con l'aggravare la burocratizzazione della fine del matrimonio a pregiudizio dei soggetti più deboli.²¹²

Non può tacersi che il DDL Pillon esce dalla logica del minore come soggetto con dei diritti, ma torna a considerarlo un oggetto che i genitori devono tagliare in due, per gestirlo al 50% a testa, imponendo delle regole rigidissime cosicché un bambino passi metà del tempo con il padre e metà con la madre.

È vero che, statisticamente, in Italia esistono un numero molto elevato di padri che si trovano in difficoltà economica a termine di un procedimento di divorzio, ma non è di certo con la rigidità dell'iter che porta alla dissoluzione del matrimonio che tale problema può

²¹⁰ La disciplina dell'ascolto è oggetto anche dell'art 5 DDL n.118 (che prevede l'obbligo del Giudice di prendere in considerazione l'opinione del minore tenendo conto dell'età e del grado di maturità") e dell'art. 5 DDL n. 768, che prevede l'obbligo del Giudice di valutare la fondatezza del rifiuto del minore di essere ascoltato nonché di procedere all'ascolto anche nell'ipotesi di accordo dei genitori, se il minore lo richiede.

²¹¹ Di cui all'intervento in Senato, alla seduta del 28 novembre 2018.

²¹² Ricorda in proposito che ad ottobre 2018 un rapporto dell'Onu ha espresso perplessità sul disegno di legge in questione che comporterebbe a suo dire una regressione della condizione della donna alimentando le disuguaglianze di genere e azzerando le conquiste femminili degli ultimi decenni.

essere risolto, perché essendo la materia variopinta e a sé stante nei differenti casi specifici, non si può pensare che dettare una normativa unica ed uguale per tutti i casi possa esserne la soluzione definitiva.

E' vero anche che in Italia si è usata prevalentemente la regola dell'affido condiviso con residenza prevalente del minore presso la casa di uno dei due genitori, tendenzialmente della madre, ma ciò non in virtù di regole o forzature a favore della figura materna e a discapito di quella paterna, come vuol far credere Pillon sostenuto dalle associazioni di padri divorziati, ma per ragioni pratiche dettate dalle singole fattispecie; così come non è la norma che nella maggioranza delle separazioni l'assegno di mantenimento sia corrisposto dal padre, visto che in Italia molte donne non lavorano o hanno dovuto interrompere la carriera con la nascita del primo o del secondo figlio.

A creare disordini e paure, inoltre, contribuisce il DDL n. 45 laddove sostituisce la definizione di "sistematicità" di un comportamento violento con quella di "abitualità", affinché esso sia punibile realizzando una pericolosissima negazione del fenomeno posto che in un rapporto violento gli abusi sono sempre intervallati a momenti di pace.

Pertanto, il minore viene un po' oscurato dalle figure genitoriali in virtù della descritta rigidità delle previsioni ivi contenute.

Al contrario, c'è chi ritiene che le critiche mosse verso la fissazione di tempi di frequentazione non sia fondata, considerato che oggi si registra una standardizzazione pressoché assoluta, basata su una indimostrata nocività dell'affidamento materialmente condiviso. Inoltre, in molti sono dell'idea che la perdita genitoriale e la forte conflittualità nel nucleo familiare rappresentino alcune fra le più gravi "*childhood adversity*", con tale espressione intendendosi nella nomenclatura pediatrica quelle situazioni che possono causare gravi danni organici latenti come deficit ormonali, deficit cromosomici, malattie neoplastiche, malattie infiammatorie croniche, malattie cardiovascolari, malattie psichiatriche come la depressione o altro. Per tali ragioni, alla luce di tali risultati medico-scientifici e al precipuo scopo di preservare un sano ed equilibrato sviluppo del minore, il decreto Pillon ha fissato un limite tendenziale minimo di permanenza del figlio con uno dei genitori, pari almeno a 12 giorni in ragione di mese, vista come una sorta di "soglia di sicurezza" per la salute psico-fisica del minore.

Anzi, è proprio questa novità che viene portata come norma di carattere eminentemente puerocentrico che rappresenta l'approssimazione maggiormente rispondente agli scopi

della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, anche perché non deve essere letta come rigida e automatica come finora si è voluto indurre a ritenere sulla base di una lettura superficiale del testo del DDL, considerato che è lo stesso DDL a far salvi sia gli eventuali diversi accordi fra i genitori, sia quelle situazioni in cui sussiste un serio pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del minore idoneo a giustificare una deroga a quella regola, come nelle ipotesi di violenza o abuso sessuale.

Cheché se ne dica, in una prima approssimazione non si può negare l'assenza di una prospettiva volta ad attribuire valore centrale alla tutela dell'interesse del minore.

Invero, emerge una visione adultocentrica dei problemi ed una posizione nettamente rivendicativa di un genitore sull'altro, che penalizza il partner più debole e strumentalizza i figli nel tentativo di realizzare un utopistico equilibrio.

Le reazioni degli operatori del diritto e degli osservatori sono state molto forti e le critiche molto puntuali: ecco perché sono state disposte circa 120 audizioni calendarizzate in commissione Giustizia del Senato, certamente perché è lo stesso legislatore a rendersi conto della necessità di rivedere il testo, in primo luogo per risolvere alcuni sollevati dubbi di incostituzionalità soprattutto in riferimento all'ascolto del minore, completamente privato della sua funzione o con riferimento alla obbligatorietà della mediazione, che la Convenzione di Istanbul del 2011 esclude per tutte le forme di violenza. Inoltre, perché appare impraticabile la previsione di tempi paritari di convivenza dei figli nell'abitazione dell'uno e dell'altro genitore, senza peraltro operare alcuna distinzione tra le esigenze dei minori.

Tante sono, come si è detto *supra*, le conseguenze dell'applicazione di tale principio: la previsione sul mantenimento diretto della prole è fortemente penalizzante non solo per il genitore più debole, ma anche per il bambino, il quale sarà costretto a due stili di vita diversi in relazione alle possibilità economiche dell'uno e dell'altro genitore; inoltre, 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 ciò più evitando la deflazione processuale che in realtà il DDL si propone di realizzare.

Dubbi forti sono riferiti anche all'abolizione dell'assegnazione della casa familiare: nella relazione illustrativa del DDL questo istituto giuridico viene definito un "monstrum", mentre 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, la struttura fisica della casa garantisce nel loro immaginario infantile la stabilità e la conservazione del luogo degli affetti.

La previsione secondo cui 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.

Non c'è dubbio che la separazione impoverisca entrambe le parti, obbligandole a far fronte a nuove spese e a gestire separati obblighi familiari, e non c'è nemmeno dubbio che il fatto di perdere la propria abitazione abbia pesanti ricadute sul fronte economico, oltre che sul piano simbolico, però il problema non si risolve negando ai figli di continuare a vivere nell'ambiente che ha accompagnato la loro crescita, perché l'interesse dei minori deve rimanere prevalente.

E infine, a fronte di atteggiamenti dei figli che rifiutano di avere rapporti con uno dei genitori che scaturiscono la c.d. sindrome di alienazione parentale - analizzata dal punto di vista del genitore alienato e non del minore - 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 perverso della alienazione parentale. Deve essere il giudice, con l'aiuto degli esperti, a individuare le cause del problema e a trovare le soluzioni più adeguate al suo superamento, modulando le risposte di giustizia in relazione alla specificità delle singole situazioni. Con la riforma i poteri discrezionali del giudice vengono radicalmente ridimensionati e ciò esprime una forte diffidenza nei confronti della giurisdizione e l'opzione verso previsioni rigide e imposizioni dirette a disciplinare in modo ossessivo il rapporto dei genitori con i figli.²¹³

Ebbene, i disegni di legge non tengono essenzialmente conto delle concrete esigenze del minore, secondo un caleidoscopio di situazioni che questa legge vuole ridurre a un unico modello non superabile se non per volontà del genitore che dovrebbe tenere con sé il figlio

²¹³ F. Landolfi, G. Luccioli, *"Del ddl Pillon non si salva nulla, va cancellato"* al sito web <https://alleyoop.ilsole24ore.com/2018/10/25/gabriella-luccioli-del-ddl-pillon-non-si-salva-nulla-va-cancellato/>.

per almeno 12 giorni; *viola espressamente il diritto dei figli di "conservare intatti i loro affetti [...]di continuare a frequentare... gli amici"* (Punto 1 della Carta AGIA; v. anche punto 8); viola espressamente l'art. 6 della CEDU, che prevede che le decisioni sui minori siano sempre assunte tenendo conto del superiore interesse di questi.

Pertanto, tutta la normativa interna e internazionale esprime il principio per cui i diritti dei figli prevalgono su quelli dei genitori mentre il DDL invece inverte le polarità e prevede che siano i figli ad adattarsi ai genitori.

Conclusioni

Risulta chiaro a questo punto come il principio del superiore interesse del minore sia devoluto a riconoscere al minore diritti propri, costituendo al contempo una clausola generale positivamente predisposta al fine di consentire al giudice la valutazione concreta delle peculiarità della situazione sottoposta al suo esame affinché adotti la decisione che a suo giudizio realizzi il miglior interesse del minore.

Il legislatore, pertanto, mira ad individuare questo interesse nella tutela del suo benessere psico-fisico, inteso – in ragione della sua età evolutiva – non certo come conservazione dello *status quo*, ma come tutela delle migliori condizioni per il suo sviluppo.

Vi sono situazioni – la effettività della relazione con i genitori, la rapidità delle decisioni e della loro esecuzione – nelle quali si presume che tali migliori condizioni di sviluppo siano in linea di massima assicurate.

In questa prospettiva *the best interest of the child* diviene criterio di priorità di tutela, quasi una gerarchia tra i diritti da attuare e garantire: sempre prima di tutto quelli della persona minore di età come soggetto vulnerabile.

I diritti degli adulti saranno sacrificati se non è possibile la loro tutela contestuale a quelli del minore. Tutti gli altri suoi diritti saranno tutelati se e in quanto coincidenti con quello, che è centrale, cui gli altri sono collegati in un nesso di funzionalità: così il diritto alla relazione con i genitori o con i nonni, i tempi processuali e di esecuzione celeri e veloci.

Si pone, pertanto, al centro la specifica personalità in età evolutiva e si esige che tutto ciò che la contorna sia sottoposto al severo vaglio della funzionalità al suo benessere, nella prospettiva di una tutela prioritaria del pieno sviluppo futuro dell'uomo che è *in nuce*.²¹⁴

Chi rifiuta i progetti di riforma è perché, secondo loro, questi hanno l'intento di contrastare divorzi e separazioni, in particolare per i meno abbienti o anche per via dei provvedimenti a dir poco ambigui nei casi di violenza domestica, tolti dalle mani dell'autorità giudiziaria e affidati alla gestione privata e discrezionale di figure non competenti in materia, ma, soprattutto, per l'approccio giuridico nei confronti dei minori

²¹⁴ M. G. Ruo, "The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 53-54.

che, ha dichiarato anche il Coordinamento italiano per i servizi maltrattamento all'infanzia, invece di venire ascoltati e tutelati nella stabilità, nella continuità e nella protezione, passano in secondo piano rispetto alle diatribe e alla volontà degli adulti.

In un contesto simile, pertanto, i minori rischiano di diventare beni da spartirsi in una contesa materiale, in cui ha vita più facile chi è più potente economicamente.

Sarebbe opportuno, per rientrare nell'ottica puerocentrica, che il Giudice regolamenti i tempi di permanenza del minore presso ciascuno dei genitori in modo da garantire una frequentazione equilibrata, anche sotto il profilo quantitativo, con ciascuno di essi tenendo conto dell'attuale situazione e delle abitudini del minore e della sua evoluzione secondo un giudizio di carattere prognostico.

Non bisogna dimenticare che trattasi, come noto, del periodo più delicato della vita della famiglia separata, in cui l'assenza di regole precise si ripercuote sempre negativamente sul minore.

Contemporaneamente il legislatore dovrebbe intervenire sulle norme processuali limitando il più possibile il potere del Giudice di disporre Consulenze Tecniche d'Ufficio o indagini dei Servizi Sociali, spesso delegati in caso di conflitto tra i genitori ad individuare il calendario di permanenza. In sostanza, così facendo, il Magistrato delega a un soggetto terzo una decisione che ha contenuto essenzialmente giuridico, con contestuale snaturamento del ruolo e della funzione della Consulenza Tecnica.

In alcuni casi, poi, il CTU applica ancora il criterio della *maternal preference*, così come, in altri, il calendario dei tempi di permanenza come il regime di affido è plasmato non nell'interesse del figlio ma come "cura" del genitore più fragile.

La norma tradisce, ancora di più, la visione della persona di età minore come un oggetto, in spregio al punto 1 della Carta AGIA secondo cui "*L'amore non si misura con il tempo ma con la cura e l'attenzione*".

La previsione, dunque, dovrebbe essere eliminata, oppure subordinata alla realizzazione dell'interesse del minore e al rispetto delle sue abitudini di vita.

I figli non sono un bottino di guerra o un'arma di vendetta né tantomeno di rivendicazione.

Entrambi i genitori devono avere pari dignità anche in Italia come avviene in tutti i Paesi dell'Europa occidentale.

Il diritto di famiglia deve sempre mettere al centro i diritti dei figli che devono avere rapporti costanti e significativi con entrambi i genitori tuttavia non si possono abrogare i capisaldi del nostro diritto di famiglia: l'assegnazione della casa coniugale e l'assegno di mantenimento in favore dei figli soprattutto se c'è una sperequazione economica tra i genitori.

Per la Garante per l'infanzia Filomena Albano la divisione paritetica dei tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore risulta in contrasto con l'interesse del bambino perché stravolge le sue abitudini pregresse.

C'è chi ritiene che il testo riporti indietro il diritto di famiglia a prima della riforma, quando si parlava di potestà e non di responsabilità genitoriale, che mette invece al centro il benessere dei minori.

Per molti insomma l'impostazione culturale della Riforma Pillon è un salto indietro nel medioevo, per altri il timore è che si tratti di un primo passo per smontare decenni di diritti sociali, compromettendo anni di battaglie.

Per altri il minore e il genitore debole diventerebbero bersaglio del genitore forte, in posizione autorizzata di debolezza.

C'è chi ritiene che la proposta ostacoli e renda più oneroso l'accesso alla separazione e al divorzio, non tuteli la libertà di scelta del minore, introduca un'equiparazione astratta tra i genitori e obblighi al ricorso a un mediatore a pagamento nelle separazioni con figli minori.

Sulla vicenda circa l'affido condiviso è intervenuta anche la prima sezione civile della Cassazione precisando che non esiste "una proporzione matematica" in base alla quale dividere a metà il tempo da trascorrere con i figli: il principio di "bigenitorialità", alla base dell'affido condiviso, "si traduce nel diritto di ciascun genitore ad essere presente in maniera significativa nella vita del figlio", ma non nella "parità dei tempi di frequentazione del minore". Insomma, non esiste nessun automatismo, ma il giudice deve tenere conto del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, della loro capacità di attenzione e delle abitudini.

Si pensa che, per il Senatore Pillon e i suoi adepti, la riforma della materia del regime di separazione e dell'affido condiviso è solo il primo passo verso una più grande ristrutturazione normativa; invero, la loro battaglia andrà – presumibilmente – avanti sulla L. n. 194/1978 volta all'abolizione dell'aborto e poi sulle unioni civili, su cui ancora molti rimangono scettici.

La soluzione, come ha suggerito il Vicepresidente del Consiglio Di Maio²¹⁵, è che i DDL vengano riscritti, anche insieme alle opposizioni, in quanto *"quando parliamo dei figli l'unica strada percorribile è quella del buon senso, evitando qualsiasi tipo di forzatura. Un figlio non è un diritto, né un oggetto. Un figlio è un atto d'amore ed è dovere della politica mettere in condizione i suoi genitori affinché gli possano dare il meglio. Quindi pensiamoci bene, perché se si sbaglia sui figli poi tornare indietro è difficile. Sediamoci al tavolo, riscriviamo la legge, facciamolo anche con le opposizioni e pensiamo solo a una cosa: a tutelare il futuro dei nostri figli!"*

²¹⁵ Al sito web <https://www.globalist.it/politics/2019/04/10/di-maio-prende-tempo-sul-decreto-pillon-va-riscritto-insieme-alle-opposizioni-2039960.html>.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden E., *“La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari”*, *Famiglia e diritto* 5/2014, pp. 466-479

Al Mureden E., *“La famiglia ricomposta tra autonomia privata e diritti disponibili”*, in *Liber Amicorum* (a cura di) Pietro Rescigno, Vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 27-50

Ansaldo A., *“Il divorzio”*, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 173-187

Ardizzone A., *“Rapporto di parentela e profili successori alla luce della riforma sulla filiazione”*, *Jus Civiel*, 12, 2014

Ballarani G., *“Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti”*, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 29-54

Ballarani G., Sub art. 155, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2010, p. 20 ss.

Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2012;

Bartole S., Conforti B., Raimondi G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2001;

Bartolini, F., *La Riforma Della Filiazione*, Collana *Tribuna Juris*, La Tribuna, Piacenza, 2014;

School of Law

Basini G.F., I diritti-doveri dei genitori e dei figli, Trattato di diritto di famiglia, (diretto da) G. Bonilini, IV vol. Filiazione, Omnia trattati giuridici, UTET Giuridica, Milano, 2016;

Berretta G., Introduzione, in Filiazione. Commento al decreto attuativo, in Bianca M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, XVII;

Bianca C.M., Diritto civile, 2.1, La famiglia, V ed., Giuffrè, Milano, 2014;

Bonilini G., *Manuale di diritto di famiglia*, VIII edizione, UTET GIURIDICA, Torino, 2018;

Bonomi A., Agire nella zona grigia della famiglia delle moltitudini, relazione presentata al Convegno dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia, Milano novembre 2009, dal sito ww.minoriefamiglia.it;

Carrano R., in Filiazione. Commento al decreto attuativo, in Bianca M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, XVII;

Carta europea dei diritti del fanciullo (*Charte européenne des droits de l'enfant*), Risoluzione A3-0172/92 adottata l'8 luglio 1992;

Carta dei diritti dei figli nella separazione dei genitori (Carta AGIA - Autorità garante per l'infanzia e per l'adolescenza), Settembre 2018;

Casonato M., Mazzola M.A., *Alienazione genitoriale e sindrome da alienazione genitoriale*, Key, Frosinone, 2016;

Cavanna D., Rizzitelli R., "I tribunali e gli interventi a misura del minore", in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011;

Cecchella C., "Il rito camerale delle controversie di famiglia dopo la riforma della filiazione", all'indirizzo [web https://www.osservatoriofamiglia.it/moduli/17506751__Cecchella.-Il-rito-camerale.pdf](https://www.osservatoriofamiglia.it/moduli/17506751__Cecchella.-Il-rito-camerale.pdf);

Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, UNICEF, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, al sito https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf;

Cerrai C., Ciocchetti S., La Vecchia P., Pipponzi I.E., Vargiu E., La tutela giuridica del Minore, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019;

Danovi F., *"L'affidamento condiviso: le tutele processuali"*, in Dir. fam. e pers., 2007, p. 1883 ss.;

De Cristofaro G., *"Il Contenuto Patrimoniale Della Potestà"* In Tratt. Dir. Fam., Diretto Da Zatti, II Ed., I, 1, Giuffrè, Milano, 2011, 1356 Ss.;

Del Fante A.M., *"Affidamento Condiviso E Diritti Dei Figli: Le Rationes Decidendi Nella Giurisprudenza"*, Annali Della Facoltà Giuridica Dell'università Di Camerino - N. 4/2015, al sito http://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it.afg/files/DelFante_affido_condiviso.pdf;

Di Gravio Valerio, *"Gli accordi tra genitori in sede di separazione"*, in Affidamento condiviso, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 55-68;

Di Lorenzo N., *"Il superiore interesse del minore sottratto supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980"*, al sito <https://www.unikore.it/index.php/it/numero-4/di-lorenzo-nadia>;

Di Lorenzo N., *"Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari"*, al sito http://www.cde.unict.it/sites/default/files/files/N_%20Di%20Lorenzo_%20Il%20principio%20del%20superiore%20interesse%20del%20minore%20all%27inetrno%20delle%20relazioni%20familiari.pdf;

Dogliotti M., *"La potestà dei genitori e l'autonomia del minore"*, in Trattato di Diritto Civile, diretto da Cicu A., Messineo F., Mengoni L., continuato da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 2007;

Dogliotti M., “*Principi generali e linee di tendenza*”, in Affidamento condiviso, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2-12;

Dossetti M., Moretti M., Moretti C., “*La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali. L.10 dicembre 2012, n. 219*”, Strumenti del diritto, Zanichelli, Bologna, 2013;

Falletti E., “*Diritto dei minori: il best interest of child*”, Articolo tratto da In Pratica Famiglia al sito <https://www.altalex.com/documents/biblioteca/2018/09/24/diritto-dei-minori-il-best-interest-of-child>;

Fernandez Del Moral Dominguez L., “*La mediazione familiare*”, in Affidamento condiviso, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 229-266;

Ferrando G., “*Il contributo della Corte europea dei diritti dell’uomo all’evoluzione del diritto di famiglia*”, in Nova giur. civ. comm., 2005, II, 263;

Figone A., Profili processuali, in AA.VV., Affidamento condiviso e diritti dei minori, a cura di M. Dogliotti, Giappichelli, Torino, 2008, p. 228;

Focarelli C., “*La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*”, in Riv. Dir. int., 2010, 981 ss.;

Freedman D., “*Funciones normativas del interés superior del niño*”, JURA GENTIUM Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2005;

Galimberti U., I miti del nostro tempo, Feltrinelli, Milano, 2009;

Gardner R. A., Recent trends in divorce e custody litigation, in The Academy Forum, n. 29, 1985, New York;

Gorassini A., *“La responsabilità genitoriale”*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, in Bianca M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 91 ss.;

Irti C., *“L’affidamento esclusivo”*, in Patti e Rossi Carleo (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Comm. Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli - *Il Foro Italiano*, Bologna - Roma, 2010;

Lamarque E., *“Prima I Bambini. Il Principio Dei Best Interests Of The Child Nella Prospettiva Costituzionale”*, Franco Angeli, Milano, 2016;

Long J., *“La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto italiano della famiglia”*, in *Trattato di dir.fam.* a cura di P.Zatti, Aggiornamento, Milano, 2006, 37;

Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 92-93, nota 33;

Martinelli P. - Moyerson J., *“L’interesse Del Minore: Proviamo A Ripensarlo Davvero”*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 7-14;

Mazzamuto P., *La mediazione nella tutela della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 11 ss.;

Mazzola M.A., *Il danno da deprivazione genitoriale*, Key, Frosinone, 2018;

Migliorini M., *Il benessere del minore nella trasformazione dei ruoli nella famiglia*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011;

Montuoro N., *“Il supremo interesse del minore nella famiglia non tradizionale: dalla CEDU al recente ritorno ai criteri di legge”*, *Ordines*, ISSN 2421-0730, Numero 2 - 12/2016;

Morineau J., *“La mediazione umanistica. Un altro sguardo sull’avvenire: dalla violenza alla pace”*, Erickson, Trento, 2018;

Moro A.C., Manuale di diritto minorile, Dossetti M., Moretti M., Moretti C. (a cura di), VI ed., Zanichelli, 2019;

Mowbray A., *“Cases, materials and commentary on the European Convention of human rights”*, Oxford, 2012;

Novello F., *“Il coordinatore genitoriale: un nuovo istituto nel panorama giuridico italiano?”*, in *Famiglia*, 2018, p. 361 ss;

Patti S., *“Rilievi introduttivi”*, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-12;

Pera A., *Il diritto di famiglia in Europa*, Giappichelli, Torino, 2012;

Piccinelli C., Mazzoni S., Carter D.K., *“La coordinazione genitoriale, dagli USA un nuovo intervento di supporto per le coppie in separazione/divorzio ad elevata conflittualità cronica”*, in *Diritto della famiglia e dei minori*, 15 dicembre 2014, su www.ilcaso.it;

Rivello R., *“L’interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità”*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011;

Romano M., *“L’ascolto dei minori”*, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 211-228;

Rossi P., Santini M., intervento al Senato della Repubblica del 21 novembre 2018 - Considerazioni e criticità dei ddl 735-45-768- 118 - Progetto famiglia, minori ed immigrazione - Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma;

Rossi Carleo L., *“I “rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti” tra riconoscimento e omissioni”*, in *Affidamento condiviso*, (a cura di) S. Patti e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 139-162;

Ruo M. G., *“The best interest of the child” nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo*, in *MinoriGiustizia*, N. 3/2011, pp. 39-54;

Russo D., *L’interesse del minore tra affidamento e responsabilità genitoriale*, *Famiglia e Diritto* n. 2/2017;

Santini M., *La Cassazione frena sulla Sindrome di alienazione parentale (Pas)* in *Guida la Diritto consultabile al sito web*
<https://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/civile/famiglia/primiPiani/2013/04/la-cassazione-frena-sulla-sindrome-di-alienazione-genitoriale-pas.php?preview=true;>

Santosuosso F., *“Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo”*, In *Iust.*, 1997, pp.371 ss.;

Savi G., *“L’esercizio dell’azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c.”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 547 ss.;

Saulle M.R. (a cura di), *La convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano*, E.S.I., Napoli-Roma, 1994;

Scalisi V., *Il Superiore Interesse Del Minore - Ovvero Il Fatto Come Diritto*, *Rivista di Diritto Civile* n. 2/2018;

Schabas W., *“The European Convention of human rights: a commentary”*, Oxford University Press, 2015;

Sesta M., *Diritto di famiglia*, II. Ed, Padova, 2005;

Sesta M., *Filiazione, adozione e alimenti*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da Bessone M., IV, Giappichelli, Torino, 2011;

Sesta M., Arcieri A. (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET Giuridica, Torino, 2011;

Sesta M., *“L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari”*, FAMIGLIA E DIRITTO, vol. 3/2013, pp. 231-241;

Sicolo M., *“La tutela dell'interesse del minore nell'affidamento dei figli”*, al sito <https://www.studiocataldi.it/articoli/30081-la-tutela-dell-interesse-del-minore-nell-affidamento-dei-figli.asp>

Speciale R., *“Il principio del migliore interesse del minore: come si traduce nel nostro ordinamento”*, al sito <http://www.salvisjuribus.it/il-principio-del-migliore-interesse-del-minore-come-si-traduce-nel-nostro-ordinamento/>;

Tommaseo F., *“L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso”*, in *Fam. e dir.*, 3/2006, pp. 291-299;

Tommaseo F., *“La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali”*, in *Fam. e dir.*, 2/ 2015, pp. 157-163;

Vannoni Gaia, *“L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione”*, *ConsultaOnline*, 2017, fasc. 2,

Velletti M., *“La nuova nozione di parentela”*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2013, 441 ss.;

Velletti M., *Riparto di competenza (TO e TM): i provvedimenti di affido e di limitazione o decadenza della responsabilità genitoriale, nel corso “I minori nella famiglia in crisi e non accompagnati. Ascolto ed intervento del giudice”*, Palazzo di Giustizia di Milano, Milano, 15 giugno 2015.

