



Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia

Aderente alla "Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille"

Osservazioni sul testo C. 66 ed abbinati

("Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli" – testo approvato in Commissione Giustizia nella seduta dell'8.2.05)

1 - Va, in primo luogo, espresso apprezzamento per i principi di civiltà affermati, in quanto:

- viene sancito il superamento dell'affidamento esclusivo (che costituisce attualmente la modalità di gran lunga prevalente per la regolamentazione delle separazioni coniugali) in favore del principio della bigenitorialità;
- viene affermato che l'affidamento dei figli minori e l'esercizio della potestà compete ad entrambi i genitori e tale normativa si estende anche alle famiglie di fatto;
- viene in tal modo riconosciuto ai figli minori il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, ricevendo cura, educazione ed istruzione da entrambi;
- viene, in conclusione, rispettato il disposto dell'art. 9, ultimo comma, della Convenzione ONU sui diritti del minore, che tale diritto afferma.

2 - Pur dopo la soppressione dell'art. 709 bis cpc che prevedeva la obbligatorietà della mediazione prima di adire il giudice (scelta quanto mai opportuna perché la mediazione, per sua natura, non può che fondarsi sul consenso dei soggetti in conflitto e prevederla come obbligatoria significherebbe negarne un caposaldo), permangono alcune criticità e insufficienze. Si segnalano, in particolare, i seguenti punti e i possibili interventi emendativi:

- a) Una implicita ispirazione adultocentrica del testo potrebbe essere corretta a cominciare dal titolo: invece che parlare di "separazione dei coniugi" sarebbe meglio dire: "*separazione dei genitori*" allo scopo di accentuare l'attenzione e l'oggetto principale dell'intero ordito normativo sulla condizione genitoriale e sulla responsabilità che ne consegue nei confronti dei figli a carico di entrambi i genitori pur dopo la separazione.
- b) La esclusione dell'affidamento condiviso, limitata solo alle ipotesi di cui agli artt. 330-333 c.c. (ancorché non abbiano dato luogo ai relativi provvedimenti) ovvero al caso che da un genitore – se affidatario – possa derivare pregiudizio al minore, appare troppo limitativa. Ad esempio, la persistenza del conflitto è in sé un pregiudizio e dovrebbe essere preveduta dall'art. 155 bis come ostativa all'affidamento condiviso ("*la conflittualità fra i genitori costituisce grave pregiudizio per i figli, in presenza del quale il giudice può escludere uno dei due genitori dall'affidamento*").
- c) A tale ultimo proposito, occorrerebbe incentivare, quale alternativa alla mediazione, in tutti i casi in cui questa risulti impraticabile perché non accettata

consapevolmente dagli interessati, il ricorso a un nuovo servizio, denominato “luogo neutro”, che consente ad operatori qualificati di monitorare per alcuni mesi le modalità di gestione degli incontri fra genitori e figli, incanalandole su un binario adeguato a realizzare i diritti dei minori.

- d) E' assolutamente necessario, per garantire il positivo impatto della nuova legge, una normativa specifica che disciplini lo statuto professionale del mediatore e fissi le caratteristiche peculiari dei servizi di mediazione e dei servizi di luogo neutro. Per quanto riguarda in particolare la mediazione – che è sicuramente una risorsa fondamentale, opportunamente prevista nel testo attuale all'art. 155 sexies – la sottrazione della stessa all'improvvisazione e all'estemporaneità è presupposto indispensabile per la sua valorizzazione.
- e) L'ascolto del minore non può essere rimesso alla valutazione discrezionale del giudice (“il giudice *può* assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, salvo che particolari ragioni lo sconsiglino, l'audizione del figlio minore”: attuale testo dell'art. 155 sexies). Ciò contrasta con i principi affermati dalla Convenzione di Strasburgo e, in qualche modo, con quelli sanciti dalla sentenza 1/2002 della Corte Costituzionale. Invero, il minore *deve* essere sempre ascoltato, se capace di discernimento, e il suo punto di vista *deve* essere tenuto in debito conto nella decisione.

E' inoltre molto ambiguo che l'ascolto del minore (peraltro facoltativo) sia previsto con riferimento all'esercizio dei poteri istruttori del giudice e praticamente equiparato all'assunzione dei mezzi di prova. E' estremamente pericoloso considerare le dichiarazioni del minore come fonte di prova, magari “a carico” dell'uno o dell'altro genitore. Ciò potrebbe trasmettere un messaggio quanto mai forviante per una corretta gestione delle controversie separative, cagionare grave pregiudizio al minore e, soprattutto, assumerne in modo molto riduttivo e distorto il ruolo nel processo, disattendendone la qualità - sia pure da intendersi in modo “speciale” – di “parte” (vedi sentenza n.1/2002 Corte Costituzionale).

Sarebbe molto meglio introdurre una norma a parte (*art.155 septies*) in cui si dica: “Il minore capace di discernimento ha diritto di essere ascoltato dal giudice.

Il giudice provvede d'ufficio all'ascolto del minore, anche avvalendosi dell'assistenza di esperti dal lui nominati” (che lo affiancano, ma non lo sostituiscono perché il minore ha diritto di essere ascoltato dal *suo* giudice).

- f) E' opportuno consentire al giudice, inoltre, un'ampia possibilità di interventi sugli accordi intercorsi fra i genitori, non nel senso di sostituirsi a loro nelle decisioni, ma di prospettare soluzioni diverse, più confacenti all'interesse del minore. In altri termini, sembra molto limitante ridurre il potere di intervento del giudice solo ai casi in cui gli accordi siano “*palesamente* contrari” all'interesse dei figli (art.155 secondo comma): ciò accentua in modo eccessivo la facoltà di “negoiazione” e disposizione dell'interesse dei figli da parte dei genitori e rischia di ridurre la garanzia costituita dalla valutazione giudiziale a una semplice e formale presa d'atto.
- g) Ovviamente, tutto questo rende indispensabile che il giudice della separazione abbia una specializzazione che oggi manca. Egli sarà chiamato infatti, in caso di disaccordo dei genitori, o – come si auspica – anche quando l'accordo appare incongruo, a svolgere un attivo ruolo sollecitatorio ovvero a formulare il progetto sui futuri assetti familiari, ad ascoltare i figli, a valutare se vi siano condizioni che legittimino l'affidamento esclusivo, a procedere, in caso di violazione, ad ammonire il genitore inadempiente, ad infliggergli sanzioni, a condannarlo al risarcimento dei danni: tutte competenze che esigono specializzazione. E' un

problema che certo non può essere risolto con questa legge, ma qualche indicazione, almeno, per così dire, “di indirizzo” si potrebbe dare.

- h) Deve necessariamente prevedersi la nomina di un curatore del minore da parte del giudice, almeno nei casi in cui quest'ultimo ravvisi una situazione di conflitto con i genitori: ciò peraltro in linea con quanto previsto nella legge 149/01 e nel ddl sulla difesa di ufficio nei procedimenti di adottabilità e “de potestate”.
- i) Andrebbe aggiunto (*magari quale ultimo comma dell'art. 2*) che “*i provvedimenti a contenuto patrimoniale sono immediatamente efficaci*”.
Alla *lettera d dell'art.2* la parola “pena” va sostituita con la parola “*sanzione*”.
- l) Suscita perplessità il mantenimento in forma diretta dei figli da parte di ciascuno dei genitori (art.155 quarto comma): a parte le intrinseche possibili valenze “diseducative”, una forma siffatta di mantenimento appare, con ogni evidenza, in contrasto con le ragioni ispiratrici dell'affidamento condiviso.

Il Consiglio Direttivo