

DOCUMENTO

DELL'OSSERVATORIO NAZIONALE SUL DIRITTO DI FAMIGLIA

SULLE PROPOSTE DI MODIFICA DELL'AFFIDAMENTO CONDIVISO

Premessa

Dal febbraio 2011 è in discussione nella Commissione Giustizia del Senato il disegno di legge n. 957 che propone le seguenti modifiche dell'assetto stabilito nella riforma del 2006.

Il disegno di legge n. 957/S di modifica della normativa sull'affidamento condiviso è articolato in modo da ipotizzare alcune modifiche tendenti ad una ritenuta maggiore rispondenza del quadro normativo all'interesse dei figli minori.

Nella relazione illustrativa al disegno di legge (cosiddetto affidamento condiviso bis) si legge che le proposte di modifica si fondano "su uno studio dell'associazione nazionale Crescere Insieme, che dopo avere partecipato alla stesura della legge ne ha monitorato le disfunzioni applicative ed elaborato i correttivi".

Le proposte di modifica attingono, quindi, alla riflessione dei movimenti associativi che nel corso degli ultimi decenni hanno trattato il tema della paternità e del rapporto tra padri e figli dopo la separazione.

Testo vigente	Proposte di modifica (disegno di legge 957)	
Art. 155 - (Provvedimenti riguardo ai figli). 1. Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.	Art. 155 - (Provvedimenti riguardo ai figli). 1. Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi pariteticamente, salvi i casi di impossibilità materiale e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.	[1]
2. Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì	2. Per realizzare la finalità di cui al primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi dispone che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, salvo quanto stabilito all'articolo 155-bis. L'età dei figli, la distanza tra le abitazioni dei genitori e il tenore dei loro rapporti non rilevano ai fini del rispetto del diritto dei minori all'affidamento condiviso, ma solo sulle relative modalità di attuazione.	[2]

<p>la misura ed il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.</p>	<p>Determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, stabilendone il domicilio presso entrambi, salvi accordi diversi dei genitori, e tenendo conto della capacità di ciascun genitore di rispettare la figura e il ruolo dell'altro. Fissa altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.</p>	
	<p>Agli ascendenti è data facoltà di chiedere al giudice che sia riconosciuta e disciplinata la propria possibilità di contatto con i minori</p>	<p>[3]</p>
<p>3. La potestà sui figli è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.</p>	<p>3. La potestà sui figli è esercitata da entrambi i genitori. salvo quanto disposto all'articolo 155-bis le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.</p>	<p>[4]</p>
<p>4. Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) le attuali esigenze del figlio; 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. 	<p>4. Salvo accordi diversi delle parti, ciascuno dei genitori provvede in forma diretta e per capitoli di spesa al mantenimento dei figli in misura proporzionale alle proprie risorse economiche. Le modalità sono concordate direttamente dai genitori o, in caso di disaccordo, sono stabilite dal giudice. Il costo dei figli è valutato tenendo conto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) delle attuali esigenze del figlio; 2) delle attuali risorse economiche complessive dei genitori. <p>Quale contributo diretto il giudice valuta anche la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.</p>	<p>[5]</p>
	<p>5. Ove necessario al fine di realizzare il suddetto principio di proporzionalità, il giudice può stabilire la corresponsione di un assegno perequativo periodico.</p>	<p>[6]</p>
<p>5. L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.</p>	<p>6. L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT, in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.</p>	<p>[7]</p>
	<p>7. Qualora un genitore venga meno, comprovatamente, al dovere di provvedere alle necessità del figlio nella forma diretta per</p>	<p>[8]</p>

	la parte di sua spettanza, il giudice stabilisce, a domanda, che provveda mediante assegno da versare all'altro genitore.	
6. Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.	ABROGATO	[9]
Art. 155-bis (<i>Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso</i>). 1. Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga, con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.	Art. 155-bis (<i>Esclusione di un genitore dall'affidamento e disciplina dell'affidamento esclusivo</i>). 1. Il giudice può escludere un genitore dall'affidamento, con provvedimento motivato, qualora ritenga che da quel genitore, se affidatario, possa venire pregiudizio al minore. In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità, in un istituto di educazione	[10]
2. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvo, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.	2. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvo, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.	[11]
	3. Il genitore cui sono affidati i figli ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate congiuntamente da entrambi i coniugi. Il cambiamento di residenza dei figli costituisce decisione di maggiore interesse e deve essere concordato. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.	[12]
	4. Le norme sul mantenimento dei figli di cui	[13]

	al quinto comma dell'articolo 155 si applicano a prescindere dal tipo di affidamento; parimenti, la posizione fiscale dei genitori è la stessa	
Art. 155-ter (<i>Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli</i>). 1. I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.	Art. 155-ter (<i>Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli</i>). 1. I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.	[14]
Art. 155-quater (<i>Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza</i>). 1. Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva <i>more uxorio</i> o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643.	Art. 155-quater (<i>Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza</i>). 1. Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Nel caso in cui l'assegnatario della casa familiare non vi abiti o cessi di abitarvi stabilmente o contragga nuovo matrimonio o conviva <i>more uxorio</i>, la sua assegnazione in godimento, a tutela dell'interesse dei figli a conservare intatto il luogo di crescita, perde efficacia e il giudice dispone, a domanda, secondo i criteri ordinari Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643.	[15]
2. Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici.	2. Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici.	[16]
Art. 155-quinquies (<i>Disposizioni in favore dei figli maggiorenni</i>). 1. Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto.	Art. 155-quinquies (<i>Disposizioni in favore dei figli maggiorenni</i>). Dell'assegno perequativo eventualmente stabilito per il mantenimento del figlio, o degli assegni che entrambi i genitori siano obbligati a versare in un conto corrente comune a favore del figlio, è titolare quest'ultimo quando diventa maggiorenne; il figlio maggiorenne è altresì tenuto a collaborare con i genitori e a contribuire alle spese familiari, finché convivente. Ove il genitore obbligato si	[17]

	renda inadempiente, in caso di inerzia del figlio è legittimato ad agire anche l'altro genitore, come persona che ne subisce un danno.	
	2. Nel caso in cui un figlio sia già maggiorenne al momento della separazione personale dei genitori, ma non ancora autosufficiente economicamente, può essere chiesta l'applicazione del quinto comma dell'articolo 155 del codice civile dauno qualsiasi dei genitori o dal figlio	[18]
2. Ai figli maggiorenni portatori di <i>handicap</i> grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.	3. Ai figli maggiorenni portatori di <i>handicap</i> grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.	[19]
Art. 155-sexies. - (<i>Poteri del giudice e ascolto del minore</i>). 1. Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.	Art. 155-sexies. - (<i>Poteri del giudice e ascolto del minore</i>). 1. Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento e prende in considerazione la sua opinione, tenendo conto dell'età e del grado di maturità. Il giudice può disporre che il minore sia sentito con audizione protetta, in locali a ciò idonei, anche fuori dell'ufficio giudiziario, e che la medesima, oltre che verbalizzata, sia registrata con mezzi audiovisivi	[20]
2. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.	ABROGATO	[21]
Art. 317 bis c.c. (<i>Esercizio della potestà</i>) 1. Al genitore che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui. 2. Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano	Art. 6 Art. 317 bis c.c. (<i>Esercizio della potestà</i>) 1. Al genitore che ha riconosciuto il figlio naturale spetta la potestà su di lui 2. Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente a entrambi qualora siano	[22]

<p>conviventi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 316. Se i genitori non convivono l'esercizio della potestà spetta al genitore col quale il figlio convive ovvero, se non convive con alcuno di essi, al primo che ha fatto il riconoscimento. Il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può disporre diversamente; può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore.</p> <p>3. Il genitore che non esercita la potestà ha il potere di vigilare sulla istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio minore.</p>	<p>conviventi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 316. Se i genitori non convivono l'esercizio della potestà è regolato secondo quanto disposto dagli articoli da 155 a 155-sexies.</p>	
<p>Articolo 178 c.p.c. - Controllo del collegio sulle ordinanze.</p> <p>1. Le parti, senza bisogno di mezzi d'impugnazione, possono proporre al collegio, quando la causa è rimessa a questo a norma dell'articolo 189, tutte le questioni risolte dal giudice istruttore con ordinanza revocabile.</p>	<p>Art. 7.</p> <p>Articolo 178 c.p.c. - Controllo del collegio sulle ordinanze.</p> <p>1. Le parti, senza bisogno di mezzi d'impugnazione, possono proporre al collegio, quando la causa è rimessa a questo a norma dell'articolo 189, tutte le questioni risolte dal giudice istruttore con ordinanza revocabile</p> <p>2. L'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e affidamento dei figli è impugnabile dalle parti con reclamo al collegio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza, o altrimenti decorrente dalla comunicazione dell'ordinanza medesima..</p>	<p>[23]</p>
	<p>Art. 8.</p> <p>1. Dopo l'articolo 709.bis del codice di procedura civile è inserito il seguente:</p> <p>«Art. 709-bis.1. - (Mediazione Familiare). – In tutti i casi di disaccordo nella fase di elaborazione del progetto condiviso le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvi i casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori, di acquisire informazioni sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione familiare, rivolgendosi a un centro pubblico o privato, i cui operatori abbiano formazione specifica ed appartengano ad albi nazionali specifici pubblici o privati registrati nell'apposito elenco del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.</p> <p>Ove l'intervento, che può essere interrotto in qualsiasi momento, si concluda positivamente, le parti presentano al presidente del tribunale il testo dell'accordo raggiunto. Gli aspetti economici della</p>	<p>[24]</p>

	<p>separazione possono far parte del documento finale, anche se concordati al di fuori del centro di cui al primo comma. In caso di insuccesso le parti possono rivolgersi al giudice, ai sensi dell'articolo 709-ter.</p> <p>In ogni caso la parte ricorrente deve allegare al ricorso la certificazione del passaggio presso il centro di cui al primo comma o concorde dichiarazione circa l'avvenuto passaggio.</p> <p>In caso di contrasti insorti successivamente, in ogni stato e grado del giudizio o anche dopo la sua conclusione, il giudice segnala alle parti l'opportunità di rivolgersi ad un centro di mediazione familiare, di cui al primo comma. Se la segnalazione trova il consenso delle parti, il giudice rinvia la causa ad altra data in attesa dell'espletamento dell'attività di mediazione».</p>	
<p>Art. 709-ter.cpc – (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni).</p> <p>1. Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.</p> <p>2. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:</p> <p>1) ammonire il genitore inadempiente;</p> <p>2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;</p> <p>3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;</p> <p>4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.</p> <p>3. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.</p>	<p>Art. 9.</p> <p>Art. 709-ter.cpc – (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni).</p> <p>1. Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.</p> <p>2. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, il giudice emette prioritariamente provvedimenti di ripristino, restituzione o compensazione. In particolare, nel caso in cui uno dei genitori, anche se affidatario esclusivo, trasferisca la prole senza il consenso scritto dell'altro genitore in luogo tale da interferire con le regole dell'affidamento, il giudice dispone il rientro immediato dei figli e il risarcimento di ogni conseguente danno, valutando tale comportamento ai fini dell'affidamento e delle sue modalità di attuazione. Il giudice, inoltre, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:</p> <p>1) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;</p> <p>2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di</p>	<p>[25]</p>

	<p>uno dei genitori, nei confronti dell'altro;</p> <p>3) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.</p> <p>3. Il comprovato condizionamento della volontà del minore, in particolare se mirato al rifiuto dell'altro genitore attivando la sindrome di alienazione genitoriale, costituisce inadempienza grave, che può comportare l'esclusione dall'affidamento.</p> <p>4. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.</p>	
<p>26</p> <p>Art. 4. legge 54/2006 (<i>Disposizioni finali</i>)</p> <p>1. Nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge.</p> <p>2. Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.</p>	<p>Art. 10.</p> <p>Art. 4. legge 54/2006 (<i>Disposizioni finali</i>)</p> <p>1. Nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge.</p> <p>2. Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. La competenza è attribuita in ogni caso al tribunale ordinario».</p>	<p>[26]</p>

UNA VALUTAZIONE DEL DISEGNO DI LEGGE 957

[I NUMERI TRA PARENTESI QUADRA ALL'INIZIO DEI CAPOVERSI FANNO RIFERIMENTO AI NUMERI CON I QUALI SONO STATI SOPRA CONTRASSEGNAI I DIVERSI PUNTI DEL DISEGNO DI LEGGE]

Le proposte di modifica possono essere valutate in modo differenziato.

A. MODIFICHE PROCESSUALI E ORDINAMENTALI

Alcuni punti del disegno di legge – sia pure non incidenti sul regime sostanziale dell'affidamento condiviso – tendono ad una modifica dell'assetto processuale e ordinamentale. Si tratta di proposte di modifica intorno a cui il dibattito tra i giuristi è attualmente aperto e che si sostanziano nella proposta di introdurre la possibilità di reclamo al collegio avverso le ordinanze del giudice istruttore e nella proposta di attribuzione al giudice ordinario della competenza sui procedimenti di affidamento dei figli naturali.

[23] La proposta di introdurre per il processo di separazione la possibilità di **reclamo al collegio avverso i provvedimenti del giudice istruttore** si presenta come innovativa rispetto all'attuale art. 178 c.p.c. che non prevede in linea generale il reclamo al collegio se non avverso i provvedimenti del giudice istruttore che dichiarano l'estinzione del processo. Si discuteva molto più plausibilmente di questo mezzo di impugnazione prima della riforma che nel 2005 ha introdotto nel processo di separazione il reclamo alla Corte d'appello avverso i provvedimenti presidenziali provvisori e urgenti (attuale art. 708 ultimo comma c.p.c.), colmando una lacuna effettivamente presente rispetto alle ordinanze anticipatorie del merito. L'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. sembra oggi essere un mezzo sufficiente di tutela. Introdurre anche la possibilità di reclamare al collegio le ordinanze del giudice istruttore (modificative per motivi sopravvenuti delle ordinanze presidenziali) rischia di appesantire eccessivamente il contenzioso di separazione.

[26] La disposizione che attribuisce al **tribunale ordinario** la competenza su tutti i provvedimenti in materia di affidamento condiviso, ivi compresi quelli relativi al contenzioso tra genitori non coniugati, si fonda sulla constatazione che una differenziazione delle competenze fondata sul diverso status e sulla diversa origine della filiazione è un retaggio del passato e non ha alcuna ragionevole motivazione. Si tratta di una proposta di modifica, quindi, del tutto condivisibile.

B. PROPOSTE DI MODIFICA CONDIVISIBILI (E IN QUALCHE CASO MIGLIORABILI)

[3] Alla separazione dei genitori si accompagna spesso la marginalizzazione per i figli minori delle **figure parentali di ciascun ramo genitoriale**. L'enfasi particolare che la riforma del 2006 aveva dato al tema del diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti, non ha prodotto prassi applicative significative. Il bilancio su questo aspetto è quindi certamente negativo e la proposta di un intervento di modifica va apprezzata.

Verosimilmente, tuttavia, la proposta del disegno di legge di attribuire ai nonni una facoltà di intervento nel processo per la disciplina dei loro contatti con il minore (esclusa in questi ultimi anni da qualche decisione di merito) introduce il rischio di un contenzioso allargato i cui benefici potrebbero essere più modesti delle tensioni che l'intervento verrebbe a produrre.

Una soluzione migliore potrebbe essere cercata in un'altra direzione.

Se è vero, infatti, che l'attuale procedimento di separazione consente certamente ai genitori (e al Pubblico Ministero) di introdurre nel processo il problema del rapporto tra i minori e gli ascendenti, è anche vero che questo spesso non avviene o potrebbe non avvenire per disinteresse da parte degli stessi genitori. Pertanto non sarebbe inopportuno prevedere espressamente che il giudice esamini doverosamente anche il tema delle garanzie nel rapporto tra i figli minori e gli ascendenti. Un tema da inserire nel processo di separazione, al pari degli altri temi tradizionalmente discussi in queste cause.

Il problema del rapporto dei figli minori con i nonni può anche certamente essere sollevato come un problema di contrasto sull'esercizio della potestà, e perciò potrebbe essere introdotto dai genitori in corso di causa attraverso il ricorso al procedimento di cui all'art. 709-ter c.p.c. o, successivamente, attraverso il procedimento di modifica delle condizioni della separazione.

Diverso è il caso in cui essendo venuto a mancare uno dei genitori, i nonni che lamentino la perdita di contatto con il nipote potrebbero agire nell'ambito dei procedimenti *de potestate* per ottenere dal tribunale per i minorenni un provvedimento che ponga fine a quell'ostruzionismo.

[4] Condivisibile è certamente la proposta di modificare il terzo comma dell'art. 155 c.c. nella parte in cui – per una lacuna evidente del testo originario della riforma, che aveva dato sul punto spazio ad interpretazioni discordanti – disponeva che la potestà è esercitata da entrambi i genitori senza distinguere tra affidamento condiviso e affidamento esclusivo. Il disegno di legge di riforma chiarisce, del tutto ragionevolmente, che la potestà è esercitata da entrambi solo in caso di affidamento condiviso.

[13] Sebbene non si è mai dubitato del fatto che da un punto di vista delle obbligazioni di mantenimento nessuna diversità sussiste tra i genitori nell'ipotesi di affidamento condiviso ed in quella di affidamento esclusivo, la previsione di una norma che estende anche al caso dell'affidamento esclusivo i principi in materia di mantenimento nel caso di affidamento condiviso può essere considerata una precisazione opportuna, anche relativamente al punto della parificazione fiscale tra i genitori (che tuttavia le regole della detrazione fiscale già consentono di ritenere esistente, come attestato dalle istruzioni per la compilazione delle dichiarazioni dei redditi dove si prevede che, in mancanza di accordo contrario, la detrazione avvenga in caso di affidamento condiviso nella misura del 50% per ciascun genitore).

[19] La norma sull'**audizione del minore** potrebbe apparire sufficientemente chiara nel testo della legge attuale, anche se nei tribunali nel loro complesso è stata finora interpretata in modo riduttivo. Bisogna, però, ammettere che non c'è stato ancora nella prassi giudiziaria e nella cultura giuridica un approfondimento sufficiente su questo punto. Anche l'approfondimento delle questioni relative allo stesso inquadramento giuridico dell'audizione e alle conseguenze della sua omissione è ancora in fase di elaborazione come

dimostrano le sentenze della Cassazione che si sono specificamente occupate finora di questo aspetto (Cass. 22238/2009, 7282/2010)

La proposta di inserire, con riferimento all'audizione del figlio minore, l'indicazione che "*il giudice prende in considerazione la sua opinione*" appare certamente condivisibile. D'altro lato la stessa Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996 (legge 77/2003) lo prevede espressamente all'art. 6 lettera c, dove è scritto che l'autorità giudiziaria deve "*tenere in debito conto l'opinione del minore*". E' compito, perciò, del giudice, caso per caso, valutare in che modo dare seguito alle indicazioni fornite dal minore nel corso della audizione.

[24] Il disegno di legge 957 vorrebbe introdurre una norma nel codice di procedura civile (art. 709-bis 1) dove si prevede l'obbligo, per i genitori in disaccordo sulla regolamentazione del regime di affidamento, prima di adire il tribunale con il ricorso di separazione, di accedere a centri di **mediazione familiare**. L'accordo eventualmente raggiunto è presentato al giudice mentre in caso di insuccesso sarà lo stesso giudice, con la procedura di cui all'art. 709 ter c.p.c. a dare indicazioni per risolvere il contrasto. Analogamente ove in corso di causa o successivamente si presentasse un contrasto tra i genitori, il giudice segnalerà alle parti l'opportunità di una mediazione familiare rinviando ad altra data in attesa dell'esito della mediazione.

L'introduzione di una ipotesi di mediazione familiare obbligatoria è in contrasto con i principi che gli stessi mediatori familiari ritengono invalicabili. La mediazione familiare non è solo lo strumento di negoziazione di un accordo (come la mediazione civile), bensì un vero e proprio processo teso al cambiamento personale che presuppone la spontaneità dell'accesso. L'esperienza della mediazione familiare di questi ultimi anni dimostra che la mediabilità di una coppia è direttamente proporzionale alla volontarietà dell'accesso alla mediazione. La mediazione familiare è, quindi, una risorsa che va lasciata alla libera decisione delle parti.

E' condivisibile l'impulso ad una maggiore diffusione della cultura e dei centri di mediazione familiare non ancora regolamentati da nessuna normativa di settore.

Il legislatore dovrebbe però congegnare la norma in modo diverso, prevedendo, cioè che in tutte le cause in cui è in discussione l'affidamento dei minori il giudice indica alle parti l'esistenza di centri e servizi di mediazione familiare e l'opportunità che in qualunque momento del procedimento [non necessariamente all'inizio quando le motivazioni spesso traumatiche o molto conflittuali della separazione possono ostacolare un condivisione su questo obiettivo] chiedere una sospensione del procedimento per consentire l'accesso concordato al procedimento di mediazione. In tal caso al termine della mediazione o quando essa si riveli impossibile le parti possono chiedere al giudice di fissare l'udienza per la prosecuzione della causa.

C. PROPOSTE DI MODIFICA IN LINEA CON L'EVOLUZIONE DELLA PRASSI INTERPRETATIVA E FORSE PLEONASTICHE

Alcune modifiche che il disegno di legge propone appaiono forse pleonastiche perché sono in linea con l'evoluzione dell'interpretazione della normativa sull'affidamento condiviso. Sugli aspetti specifici toccati da queste proposte di modifica il dibattito, anche in giurisprudenza, è orientato verso un'applicazione del tutto ragionevole e condivisibile della normativa attuale che non rende necessaria, pertanto, alcuna modifica.

[2] L'elencazione all'interno dell'art. 155 secondo comma c.c. delle specifiche situazioni che non consentono di derogare all'affidamento condiviso è superata dal diritto vivente che ha ormai relegato pacificamente i **casi di affidamento esclusivo** a concrete situazioni di inidoneità genitoriale. Una elencazione è pertanto inopportuna dovendo l'affidamento esclusivo fondarsi sempre e soltanto ormai sull'unico criterio dell'inidoneità genitoriale.

[10] La previsione - già contenuta nella originaria formulazione dell'art. 155 c.c. - che il giudice possa ordinare per gravi motivi che il minore sia collocato presso terzi o presso quello che impropriamente viene chiamato nel disegno di legge "istituto di educazione" (e cioè presso strutture in genere individuate dai servizi socio-sanitari competenti), è già ampiamente utilizzata dai giudici ordinari a tutela dei figli nel contenzioso di separazione. Si tratta di misure di protezione (in genere collegate ad un provvedimento di "affidamento del minore ai servizi sociali") adottate non più soltanto dal giudice minorile (come provvedimento di limitazione della potestà) ma anche dal giudice ordinario, sulla base di un potere di intervento sull'esercizio della potestà, a riprova della avvenuta sostanziale equiparazione dell'intervento giudiziario rispetto al problema delle forme della tutela.

D. PROPOSTE NON PLAUSIBILI

Le rimanenti proposte di modifica appaiono, invece, non plausibili, fondandosi su un errore di prospettiva.

La condivisione delle responsabilità genitoriali verso i figli deve rimanere – e in questo la legge 54/2006 ha avuto una funzione promozionale fondamentale – l'obiettivo di qualsiasi separazione. Per raggiungere questo obiettivo l'unica strada percorribile è quella di individuare caso per caso l'assetto più adeguato, senza pregiudizi (da cui sono indubbiamente affetti spesso provvedimenti presidenziali affrettati e sentenze poco motivate) ma anche senza interferenze ideologiche. Compito dei genitori e del giudice è mettersi dal punto di vista del bambino, nelle condizioni specifiche che lo riguardano, e valutare le sue esigenze e le sue necessità oltre che le risorse dei genitori e le loro potenzialità. La legislazione attuale contiene tutti i principi sufficienti per costruire l'assetto migliore relativo all'affidamento.

L'impegno responsabile dell'avvocatura e della magistratura saprà adeguare la prassi a questi obiettivi. E poiché non sembrano esservi i segnali di quell'inquietante disapplicazione dei principi dell'affidamento condiviso che i proponenti del disegno di legge paventano, non vi è nemmeno la necessità di un intervento del legislatore. Al contrario alcune riforme, nel loro rigido confezionamento delle soluzioni proposte, darebbero spazio ad un inutile contenzioso.

[1] La previsione che l'educazione dei figli deve essere una funzione assolta **pariteticamente** da entrambi i genitori si presenta carica di ideologia. Il concetto di **pariteticità**, anzi, è confusivo ed ambiguo. Si collega alla cultura della **parità** degli anni Settanta, allorché la bigenitorialità veniva letta nel quadro dei principi di uguaglianza e di parità tra coniugi, ampiamente superata negli anni successivi dal principio che è l'interesse del minore, e non la parità tra i genitori, che impone la condivisione delle responsabilità. Pertanto il problema centrale non sta nella pariteticità (dei tempi), cioè sostanzialmente nella divisione dei tempi al 50%, ma in una distribuzione delle responsabilità genitoriali da individuare nel caso concreto come maggiormente corrispondente al benessere dei figli.

Ugualmente va detto per il **domicilio dei figli presso entrambi i genitori** (cosiddetto doppio domicilio) che può essere escluso in ragione della constatazione che l'indicazione di un (solo) domicilio del minore corrisponde alla tutela delle esigenze di habitat, stabilità e di rassicurazione psicologica di qualsiasi persona, a maggior ragione di una persona minore di età. Il "doppio domicilio" avrebbe soltanto ricadute di destabilizzazione psicologica e organizzativa per il figlio. Non è dato comprendere in che modo i diritti di un figlio sarebbero mortificati dalla domiciliatura presso solo uno dei due genitori. Sembra prevalere, anche in questo caso, la filosofia della parità formale tra genitori.

[5 - 8] Il **mantenimento dei figli** "in forma diretta e per capitoli di spesa" potrebbe essere una soluzione in concreto adottabile ove l'età dei figli e lo spirito di collaborazione tra i genitori lo consentano e sempre che sussistano le risorse economiche a disposizione di ciascuno dei genitori.

E' da escludere che tale modalità possa essere prevista in via generale come regola per tutte le separazioni, secondo il capovolgimento che la proposta di riforma propone tra regola generale (mantenimento diretto) ed eccezione (mantenimento a mezzo di assegno perequativo). L'esperienza insegna, infatti, che qualsiasi obbligazione di natura economica – soprattutto nella dinamica della separazione coniugale - rappresenta un fattore ad alto rischio di utilizzazione strumentale. Il contenzioso che ne deriverebbe sarebbe drammatico e difficilmente gestibile, considerata anche l'inesigibilità di prestazioni obbligatorie non determinate nel loro ammontare pecuniario.

Irragionevole è, poi, l'abolizione che il disegno di legge propone - ai fini della determinazione dell'ammontare del mantenimento - del criterio costituito dal **tenore di vita del figlio**. Tale abolizione

rappresenta un ritorno al passato, quando l'unico parametro era costitutivo dai "bisogni alimentari" del minore. Il parametro invece del "tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori" – introdotto espressamente con la riforma del 2006 – ha valorizzato il principio che, ove i genitori abbiano durante il matrimonio garantito al figlio un certo tenore di vita (ed una più fortunata socializzazione), questo tenore di vita deve tendenzialmente continuare dopo la separazione anche per il figlio. Eliminare questo diritto per ripristinare il solo criterio alimentare (cui fa riferimento il criterio delle "attuali esigenze del figlio") mortifica la condizione del figlio di persone che si separano. Sarà il giudice o la concorde volontà dei genitori a garantire, nella determinazione dell'ammontare del mantenimento per il figlio, la correlazione tra l'obbligazione e il principio di necessaria proporzionalità rispetto alle risorse economiche di ciascun genitore (art. 148 c.c.).

[9] Inaccettabile è anche la parte del disegno di legge 957 che elimina la previsione del tutto ragionevole relativa alla possibilità di accertamenti tributari sulle condizioni economiche dei genitori, ove le informazioni fornite da essi al riguardo non siano sufficientemente documentate.

[12] In palese contraddizione con la proposta [sopra 4] di modificare il terzo comma dell'art. 155 c.c. come riformato del 2006, nella parte in cui dispone che la potestà è esercitata da entrambi i genitori senza distinguere tra affidamento condiviso e affidamento esclusivo, il disegno di legge prevede di introdurre un terzo comma all'art. 155-*bis* secondo il quale entrambi i genitori, anche in caso di affidamento esclusivo, devono adottare congiuntamente le decisioni di maggiore interesse per i figli. Si tratta evidentemente di un lapsus del disegno di legge.

Ed in effetti, in caso di affidamento esclusivo, l'unico potere ragionevole attribuibile al genitore non affidatario è quello di richiedere l'intervento del giudice qualora ritenga che siano state adottate dall'altro genitore decisioni pregiudizievoli per il figlio (secondo lo schema del previgente art. 155 c.c. di cui correttamente, infatti, viene proposta la reintroduzione espressa nella parte finale del nuovo terzo comma dell'art. 155-*bis*).

[15] La proposta di una riformulazione dell'art. 155-*quater* c.c. nel senso contrario alla ragionevole interpretazione data al problema dalla Corte costituzionale (sentenza 308/2008) è inaccettabile. La disposizione introdotta nel 2006 prevede che in caso di nuovo matrimonio o instaurazione di una convivenza *more uxorio* del genitore assegnatario "il diritto al **godimento della casa familiare** viene meno" ma la Corte aveva escluso ogni automatismo attribuendo al giudice un potere di valutazione caso per caso dell'opportunità o meno, in relazione all'interesse del minore, di modificare l'assetto determinato dall'assegnazione. Ora il disegno di legge 957 – in dissonanza rispetto alle indicazioni della Corte costituzionale – reintroduce l'automatismo (...l'assegnazione... perde efficacia") e prevede, con disposizione

poco chiara, che in tal caso “il giudice dispone secondo i criteri ordinari”. La norma non è di intellegibile interpretazione che sembra riproporre il primato della legge della proprietà su quelle dell’interesse del minore.

[17 - 18] L’art. 155-*quinquies* c.c. – nel testo introdotto nel 2006 - si occupa dei **figli maggiorenni** non indipendenti economicamente, prevedendo che il contributo di mantenimento dei genitori nei loro confronti “salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all’avente diritto”. A modifica di queste indicazioni il disegno di legge 957 propone che al compimento del diciottesimo anno di età il figlio diventa automaticamente titolare del credito di mantenimento e prescrive (correttamente ma ideologicamente) che egli sia tenuto a contribuire alla spese familiari finché convivente. Egli sarà, altresì, legittimato ad agire, in caso di inerzia dei genitori allorché l’obbligato si dovesse rendere inadempiente. La norma legittima quindi il figlio maggiorenne – in concorso con i genitori – ad agire nella causa di separazione. Il figlio maggiorenne, perciò, diventa di fatto con questo progetto di modifica, parte del procedimento di separazione, potendo perfino, quindi, anche ad essere legittimato ad azionare un procedimento di modifica delle condizioni di separazione. Una situazione inaccettabile che tra l’altro non considera che un ragazzo di 18 anni è, sì maggiorenne, ma ancora adolescente, con tutto ciò che consegue rispetto alle dinamiche familiari che questa norma, già nel testo attuale, può essere in grado di scatenare. Proprio sulla base di queste considerazioni i giudici nel loro complesso non sono stati propensi, in questi primi cinque anni di applicazione della normativa sull’affidamento condiviso, ad attribuire ai figli maggiorenni la titolarità diretta del diritto al mantenimento. La proposta di modifica si presenta largamente inaccettabile.

[22] L’esercizio della potestà da parte dei genitori non coniugati è attualmente regolamentato dall’art. **317-bis c.c.**. Con la modifica che il disegno di legge 957 propone si vorrebbe eliminare la disposizione – contenuta all’interno dell’art. 317-*bis* - che attribuisce *ex lege* al genitore con cui il figlio convive l’esercizio esclusivo della potestà, fino a diverso provvedimento del giudice pronunciato su ricorso dell’altro genitore.

La proposta di modifica appare incomprensibile. Ed in effetti non si vede per quale motivo, non essendo necessario per i genitori non coniugati ricorrere al giudice per la loro separazione, la disciplina della normativa in materia di affidamento condiviso debba essere applicata automaticamente e senza il ricorso del genitore che desidera una regolamentazione. Attivata la procedura il giudice applicherà, naturalmente, la disciplina dell’affidamento condiviso.

[25] Inaccettabile è la proposta di modifica dell’art. 709-*ter* c.p.c. – disposizione introdotta proprio dalla riforma del 2006 ma che non ha avuto ancora l’applicazione che meriterebbe – nella parte a) in cui si attribuiscono al giudice non meglio specificati poteri di “ripristino, restituzione e compensazione”; b) in cui si prevede l’ordine di rientro immediato dei figli nella originaria residenza nel caso di trasferimento di

residenza del minore senza il consenso dell'altro genitore;c) in cui si abolisce l'ammonimento; d) in cui si sanzionano espressamente comportamenti tesi al rifiuto dell'altro genitore.

La giurisprudenza aveva accolto nel 2006 l'articolo 709-ter c.p.c. con un certo scetticismo determinato, però, soprattutto dalla novità della norma. L'applicazione di queste disposizioni, in molti tribunali, è ancora piuttosto ridotta o eccessivamente prudente. E' quindi certamente prematuro indicare linee di riforma di un istituto che non ha ancora un'applicazione chiara. In ogni caso le modifiche proposte non sono certamente necessarie considerato che il contenuto precettivo dell'art. 709-ter c.p.c. è oggi abbastanza chiaro.

*