

**Osservazioni sul disegno di legge C. 66 ed abb. “Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli “
(testo della Commissione Giustizia del 15.9.2004)**

dott.ssa Magda Brienza, Presidente del Tribunale per i minorenni di Roma

Con l'art. 1 (Modifica e introduzione di articoli nel codice civile) viene sostituito l'art. 155 c.c. e vengono aggiunti gli artt. 155 bis, 155 ter, 155 quater, 155 quinquies e 155 sexies.

Il nuovo art 155 del codice civile – dopo aver affermato il diritto del minore a mantenere dopo la separazione dei genitori un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, dispone che i figli siano affidati ad entrambi i genitori ("il giudice che pronuncia la separazione o il divorzio dispone"). Il giudice deve tener conto delle modalità concordate dai coniugi e motivatamente espresse nel **progetto di affidamento condiviso obbligatoriamente allegato alla domanda di separazione**. Gli accordi sono vincolanti per il giudice che ne prende atto, se non risultano **palesemente** contrari all'interesse dei figli. Se i coniugi non sono concordi debbono formulare le loro proposte su: tempi e modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, misura e modo di contributo al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli.

La potestà è esercitata da entrambi i genitori.

Il modello di affidamento previsto in via generale dalla legge è stato fino all'entrata in vigore della legge sul divorzio, quello monogenitoriale. In tema di separazione l'art.155 prevede che il giudice "dichiari a quale dei coniugi i figli sono affidati". La legge sul divorzio ripete la stessa formula, ma aggiunge che "ove il tribunale lo ritenga utile nell'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato". Si ritiene che detta disposizione possa essere applicata in via analogica anche in sede di separazione dei coniugi e dei genitori naturali. E' anche previsto l'affidamento a terze persone per gravi motivi o, nell'impossibilità, il collocamento dei figli in istituto di educazione. Nella legge sul divorzio è previsto l'affidamento familiare per l'ipotesi di temporanea impossibilità di affidare i figli ad uno dei genitori.

Abbiamo quindi già nel nostro ordinamento vari tipi di affidamento, ma il modello largamente più praticato rimane ancora oggi quello dell'affidamento ad un solo genitore, modello che, si dice, alimenta la conflittualità.

Si ritiene che ciò dipenda dalla diffidenza dei magistrati verso gli istituti dell'affidamento congiunto e di quello alternato, diffidenza alimentata dall'accesa conflittualità delle parti in sede giudiziaria.

Siamo a quanto pare in un circolo vizioso: la conflittualità dei genitori fa ritenere impraticabile i nuovi modelli di affidamento; l'affidamento monogenitoriale non favorisce il venir meno della conflittualità perché favorisce la possibilità di prevaricazione di un genitore sull'altro.

In verità non può dirsi che il modello dominante sia stato capace di facilitare la corresponsabilità di entrambi i genitori dopo la frattura della coppia ed il venir meno della convivenza. Gli studi più recenti degli psicologi sottolineano la necessità di evitare l'emarginazione di un genitore. La nuova tecnica di mediazione familiare non può che tendere verso un modello che veda i genitori separati comunque partecipi in maniera paritaria all'esercizio dei diritti ed all'osservanza dei doveri del proprio ruolo.

Il progetto di legge in esame propone come regola generale l'affidamento condiviso, relegando in un ambito residuale l'affidamento ad un solo genitore, da attuare solo nel caso che la gestione congiunta della funzione genitoriale non sia possibile. I fautori di tale nuovo modello partono dalla constatazione

che quello vigente è ispirato ad una distinzione tra i ruoli materno e paterno che appartiene ormai al passato. Quella cioè che affidava alla madre il peso di una presenza affettiva e materiale continua, mentre il ruolo paterno era caratterizzato da un certo disinteresse per le cure quotidiane verso il figlio e dal potere invece di prendere le decisioni più significative in determinate circostanze della vita. Si muove dalla constatazione che questa distinzione di ruoli è nella realtà scomparsa o fortemente attenuata anche in ragione della crescita del ruolo delle donne in ambito lavorativo e nella vita sociale e di pari passo la figura paterna si è progressivamente arricchita di funzioni materne e quindi vi è oggi una certa commistione dei ruoli.

Questo arricchimento del ruolo del padre anche nel quotidiano – si sostiene – aggrava le conseguenze che in caso di rottura della convivenza familiare derivano dalla vera e propria scomparsa della figura paterna che è l'effetto pratico del modello di affidamento monogenitoriale.

Tali considerazioni sono certamente condivisibili. La scomparsa della figura paterna è certamente un grave pregiudizio per un equilibrato sviluppo psichico e per un buon inserimento del minore nella società. Tuttavia la proposta di affidamento condiviso a mio parere pecca di astrattezza perché la sua caratteristica fondamentale è quella di invertire il rapporto tra legge e costume. Sembra infatti che il legislatore voglia sovrapporsi al comune sentire e imporre (ideologicamente) le proprie scelte per determinare (artificiosamente) un mutamento di costume. Si trascura che non sono molto numerosi i casi in cui i padri chiedono di occuparsi quotidianamente dei figli e anche quando lo fanno non sempre sono in grado di organizzarsi senza delegare completamente ad altri l'educazione dei figli. Si trascura che in ogni caso occorre tener conto delle intuitive esigenze di stabilità della vita del bambino che, salvo casi particolari, inducono a ritenere preferibile il collocamento presso uno solo dei genitori. E' questa la ragione per la quale non ha trovato pratica applicazione l'affidamento alternato. Si trascura inoltre di considerare che la situazione di cui discutiamo è quella – che è la norma dell'esperienza giudiziaria – del perdurare della conflittualità tra i genitori anche dopo la separazione: il che in genere dipende dal fatto che restano irrisolti i nodi personali che sono stati alla base della crisi della coppia. In questo contesto l'attribuire al genitore con il quale il bambino non convive la potestà di interloquire nelle più varie e minute scelte della vita quotidiana o in quelle relative al normale modo di esplicarsi di questa (ad esempio la scelta dell'asilo nido, dell'istituto scolastico, della palestra ecc.) significa nel concreto consentirgli di interferire nella quotidianità della vita dell'altro genitore e questo il più delle volte finisce per moltiplicare i motivi e le occasioni della conflittualità già esistente e quindi per rendere permanente e sempre incombente la crisi.

Secondo la nuova formulazione della norma le decisioni di maggiore importanza relative all'educazione, istruzione e salute sono assunte, **ove possibile**, congiuntamente. L'attuale formulazione dell'art. 155 dice che le decisioni di maggiore interesse per i figli sono **adottate da entrambi i coniugi**. Per quanto riguarda il **mantenimento** è previsto che salvo diversi accordi sottoscritti, ciascuno dei genitori provvede *in forma diretta al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito*. E' poi previsto un **assegno perequativo** periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità.

Art. 155-bis Il giudice può escludere un genitore dall'affidamento condiviso se considera che ricorrono i presupposti per provvedimenti limitativi della potestà o comunque che da tale affidamento possa derivare un pregiudizio al minore. Ciò può fare anche se non sono stati già pronunciati provvedimenti limitativi: Il giudice della separazione diventa così anche giudice della potestà, in concorrenza con il Tribunale per i minorenni. E' evidente il rischio che siano emanati provvedimenti contrastanti, se contemporaneamente viene proposto giudizio innanzi al T. M.

Se la domanda di esclusione dell'altro genitore dall'affidamento condiviso appare manifestamente infondata, il fatto di averla proposta viene valutato ai fini dei provvedimenti da assumere nell'interesse dei figli (con possibilità di escludere dall'affidamento condiviso il genitore istante?). Si applica l'art. 96 cpc (responsabilità aggravata per le spese e risarcimento del danno se la parte ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave).

Anche questa volta il legislatore perde una buona occasione per risolvere il grave problema della sovrapposizione delle competenze e per riunire sotto la competenza di un solo giudice i provvedimenti riguardanti i figli minori resi necessari dalla separazione personale dei coniugi e dalla scissione della coppia di fatto.

Attualmente il Tribunale per i minorenni non è competente a determinare l'ammontare dell'assegno di mantenimento, né può disporre riguardo all'assegnazione della casa familiare. "Ai figli di genitori non coniugati" però saranno applicabili le norme degli artt. 155, 155bis, 155 ter, 155 quater e 155 quinque, in virtù dell'art. 4 comma 2. La formula usata difficilmente potrà essere interpretata come modificativa della competenza.

Occorre anche considerare che una minuziosa e quindi rigida regolamentazione dei rapporti, soprattutto se disposta dal giudice, non farà che aggravare la conflittualità tra i genitori. Così come non gioverà in alcun modo a risolvere o attenuare il conflitto la prescrizione della mediazione come obbligatoria. Il ricorso obbligatorio e preventivo alla mediazione, così come previsto, rischia di ridursi a mera formalità.

Art. 155-ter (assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza). Come in passato nell'assegnare la casa coniugale si deve tener conto dell'interesse dei figli. La novità è che è detto espressamente che di tale assegnazione si deve tener conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, tenuto conto dell'eventuale titolo di proprietà. Si decade dall'assegnazione se non si abita la casa stabilmente. E' bene che sia precisato che il cambiamento di residenza o di domicilio da parte di uno dei due genitori, che interferisce gravemente (quando si considera grave l'interferenza?) con le modalità di esercizio della potestà, dà facoltà a chiedere la ridefinizione delle regole dell'organizzazione familiare, compresi gli aspetti economici. Nessuno comunque ne dubitava con l'attuale normativa.

Art. 155-quater (violazione degli obblighi di mantenimento). In caso di inadempienza agli obblighi di mantenimento diretto, il giudice dispone, relativamente al coniuge inadempiente, la loro sostituzione tramite corrispondente assegno da versare all'altro genitore. In caso di inadempienza rispetto ad obblighi di mantenimento indiretto si applica quanto previsto dall'art. 8 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni

Art. 155-quinquies (Disposizioni in favore dei figli maggiorenni) Si fa riferimento al 4° comma dell'art. 155, che è quello che prevede che "Salvo diversi accordi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede in forma diretta al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce la corresponsione di un assegno perequativo periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando: a) le attuali esigenze del figlio; b) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; c) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; d) le risorse economiche di ciascun genitore; e) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Ove le informazioni di carattere economico fornite da uno dei 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."

Ove debba essere disposto il pagamento di un assegno periodico, esso deve essere versato direttamente al figlio, salvo che il giudice, valutate le circostanze, non disponga diversamente. Disposizione opportuna.

Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave (L.104/92) si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei minori.

Art. 155-sexies (Poteri istruttori del giudice). Il giudice può assumere d'ufficio o ad istanza di parte i mezzi di prova, ivi compresa l'audizione dei figli. Norma mal formulata: L'audizione non è obbligatoria ("può assumere"). Il giudice non può disporla ove particolari ragioni la sconsigliano. Non si comprende perché non si sia fatto riferimento a quanto disposto dall'art. 12 della convenzione di New York che sancisce il diritto del minore con capacità di discernimento ad essere sentito, come fa invece il progetto di legge S 3048 approvato dalla Camera dei deputati il 15 luglio 2004 (Camera n. 4294), "Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli artt. 336 e 337 c.c. in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni". **Va osservato che secondo il progetto 3048 nei procedimenti minorili (tra cui quelli ex art. 317/bis c.c.) il minore è legittimato passivo e quindi parte, mentre nel giudizio di separazione dei genitori non è parte.**

Buona la disposizione che prevede la possibilità per il giudice di non emettere i provvedimenti provvisori e rinviare il processo, quando abbia acquisito il consenso delle parti alla mediazione familiare per raggiungere un accordo con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. Può farlo però solo "Ove ne ravvisi la **necessità**". Non bastava l'opportunità? Occorre ovviamente il consenso dei coniugi. La norma avrà scarsa applicazione se si considera che prima di adire il giudice le parti si sono già obbligatoriamente rivolte ad un centro di mediazione pubblico o privato ai sensi dell'art. 709 bis cpc. Si consideri poi che ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 709 bis cpc, in caso di contrasti successivamente insorti il giudice segnala **l'opportunità** di rivolgersi ad un centro di mediazione familiare.

Con l'art. 2 il progetto introduce nuovi articoli nel codice di procedura civile.

Dopo l'art. 709 cpc sono inseriti i seguenti:

Art. 709/bis cpc. Questa norma prevede come obbligatorio il tentativo di **mediazione**. L'intervento del centro di mediazione può essere (come è ovvio) interrotto in qualsiasi momento. Il ricorso alla mediazione diventerà con ogni probabilità una mera formalità. Basterà procurarsi un'attestazione o rendere una dichiarazione congiunta (la norma parla di certificazione da allegare alla domanda di separazione o concorde dichiarazione sull'avvenuto passaggio dal centro di mediazione.)

OppORTUNA appare invece la prevista possibilità di rinviare il giudizio per consentire ai coniugi di rivolgersi alla mediazione familiare, ove lo desiderino. Il giudice segnala **l'opportunità**, ma è da ritenere che possano gli stessi coniugi a farne richiesta.

La norma andrebbe armonizzata con quella di cui all'art. 155 sexies, secondo la quale il giudice può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. per consentire che i coniugi (consenzienti) tentino la mediazione per raggiungere un accordo nell'interesse dei figli. In questo caso infatti il rinvio è previsto solo in caso di **necessità**.

Art. 709/ter (Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni). La competenza è del tribunale della separazione, se questa è in corso, del Tribunale del luogo di residenza dei minori negli altri casi. Il giudice convoca le parti e dà i provvedimenti opportuni. Non si comprende quale sia il rapporto tra tale norma e l'art. 337 c.c. di competenza del giudice tutelare. Anche quando le inadempienze sono gravi o comunque siano di pregiudizio per il minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità

dell'affidamento condiviso, il giudice (si badi bene il Tribunale ordinario e anche il tribunale per i minorenni per i procedimenti ex art. 317/bis in virtù dell'art. 4) può modificare i provvedimenti in vigore sia in ordine al modello che alle modalità di affidamento, o può, in alternativa comminare alcune sanzioni: 1) Ammonire il genitore inadempiente. E' quello che fa spesso il giudice tutelare. Con questa legge l'art. 337 c.c. viene sostanzialmente svuotato di contenuto se non implicitamente abrogato. Niente di grave probabilmente, se si considera che l'attività ex art. 337 c.c. veniva svolta effettivamente solo presso i più grandi uffici giudiziari (preture di Roma, Milano, Napoli, Torino, Genova), ma il legislatore avrebbe potuto essere più chiaro, anche perché l'art. 337 prevede la vigilanza del G.T. sui provvedimenti relativi all'amministrazione dei beni, oltre che su quelli relativi all'esercizio della potestà. 2) disporre il risarcimento del danno al minore o all'altro genitore (E' da ritenere che si ricorrerà a tale sanzione quando il danno sia facilmente accertabile e quantificabile). 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una pena pecuniaria da 75 a 5000 euro a favore della cassa delle ammende. Sarà quest'ultima la sanzione preferita?

Poiché si tratta di sanzioni è da ritenere che il giudice possa scegliere a suo piacimento, senza dover motivare la scelta.

Con l'art. 3. contiene disposizioni penali.

La mancata corresponsione dell'assegno per oltre tre mesi è punibile ai sensi dell'art. 570 c.p. (Violazione degli obblighi di assistenza familiare). Secondo tale norma colui che si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 103 a euro 1.032. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che il comportamento consista nel far mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti minorenni, nel qual caso si procede d'ufficio.

Considerato che la mancata corresponsione anche di una sola mensilità dell'assegno può configurare sottrazione agli obblighi di assistenza, dobbiamo ritenere che il legislatore intende considerare la mancata corresponsione di tre mensilità come idonea a configurare automaticamente, senza possibilità di prova contraria, un modo di far mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore (art. 570, co. 2 n. 2?).

E' lecito dubitare dell'opportunità di tale norma, tanto più che sono già previste sanzioni amministrative. La norma non farà che incrementare le denunce penali e quindi il moltiplicarsi dei giudizi, fonte di conflittualità.

L'art. 4 contiene norme di attuazione.

Il primo comma prevede la possibilità per coloro che sono già separati di richiedere, nei modi previsti dall'art. 710 cpc o dall'art. 9 della legge 898/70, l'applicazione della presente legge. E' prevedibile una moltiplicazione di giudizi.

Il secondo comma prevede l'applicabilità degli artt. 155, 155 bis, 155 ter, 155 quater e 155quinquies c.c. e degli art. 709bis e 709 ter cpc ai procedimenti di scioglimento del matrimonio e cessazione degli effetti civili (L.898/70) **nonché ai figli di genitori non coniugati** (qui non si fa riferimento al tipo di procedimento che può riguardarli: proc. ex art. 261, 279 c.c. per ottenere il mantenimento o art. 317 bis c.c. per la regolamentazione dell'esercizio della potestà).

Ciò vuol dire che passa al T.M. la competenza a decidere sul mantenimento dei figli di genitori naturali, che attualmente spetta al Tribunale ordinario? Oppure è il Tribunale ordinario che dovrà applicare queste norme in occasione del giudizio relativo? Credo si debba propendere per la seconda soluzione.

Non si comprende se sia stata consapevolmente esclusa l'applicabilità dell'art. 155 sexies (che si riferisce a: 1. assunzione dei mezzi di prova, 2. audizione dei minori, 3. rinvio per consentire la

mediazione) ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Il legislatore non ha considerato il procedimento ex art. 317/bis, che si svolge innanzi al Tribunale per i minorenni, nel corso del quale possono ugualmente essere adottati provvedimenti provvisori e urgenti. Soprattutto in materia di audizione dei minori, come già si è detto, sarebbe stata buona l'occasione per unificare la disciplina al riguardo.

Ai figli di genitori non coniugati si applicano comunque gli art. 709 bis (mediazione familiare) e 709 ter. Ne dobbiamo dedurre che anche i genitori naturali prima di proporre un ricorso ex art. 317/bis debbono rivolgersi ad un centro di mediazione familiare, allegando la relativa certificazione o la concorde dichiarazione relativa al passaggio presso detto centro. L'ultimo comma dell'art. 709 bis prevede la possibilità per il giudice di segnalare alle parti in ogni stato e grado del giudizio l'opportunità di rivolgersi ad un centro di mediazione familiare e di rinviare la causa se ottiene il consenso delle parti.