



DISEGNO DI LEGGE

d'iniziativa dei senatori PORETTI e PERDUCA

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 16 NOVEMBRE 2010

Nuove norme sull'affidamento condiviso
dei figli di genitori separati

ONOREVOLI SENATORI. – Questo disegno di legge nasce dall’osservazione della giurisprudenza relativa agli oltre quattro anni dall’introduzione della legge 8 febbraio 2006, n. 54 e si fonda 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 (cfr. M. Maglietta, *L’affidamento condiviso. Come è, come sarà*, F. Angeli, 2010; e *Affido condiviso: una revisione necessaria per abbattere le resistenze*, Editoriale in *Guida al Diritto – Famiglia e Minori*, (10) 2010, pp. 7-9). Il testo, in particolare, rappresenta l’evoluzione aggiornata delle indagini precedentemente sviluppate dall’associazione.

Come è noto, nel mondo occidentale il principio della bigenitorialità viene affermato e applicato con sempre maggior vigore e incisività, a partire dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176. Nel nostro Paese, tuttavia, solo assai faticosamente, con un lavoro di quattro legislature, si è riusciti a far passare come forma privilegiata l’affidamento condiviso. E, analogamente, la sua concreta applicazione incontra sensibili ostacoli, non a causa di una cattiva risposta dell’utenza (ad esempio di un dilagare del contenzioso che, si sosteneva, avrebbe dovuto paralizzare i tribunali), bensì a causa di resistenze culturali degli «operatori», peraltro favorite in alcuni casi da oggettive difficoltà di lettura del testo, mancando in alcuni fondamentali passaggi la diretta e inequivoca prescrittività delle norme.

In effetti, il primo periodo di applicazione della nuova legge ha consentito di osservare una estesa disomogeneità dei provvedimenti,

che non riguarda soltanto gli aspetti in cui la norma può effettivamente presentare delle ambiguità, ma si presenta anche là dove il messaggio del legislatore, pur essendo limpido, si pone in contraddizione con gli orientamenti giurisprudenziali in precedenza maggioritari. Non va dimenticato, infatti, che l’affidamento condiviso ha ribaltato la scala di priorità adottata per decenni nei tribunali italiani, ove si era abituati a considerare l’affidamento a un solo genitore come la forma da privilegiare, perché più adatta a limitare i danni che i figli subiscono dalla separazione dei genitori: adatta, in particolare, a contenere la conflittualità. Un concetto discutibilissimo: sembra logico ritenere, al contrario, che sia proprio l’affidamento esclusivo a non poter essere stabilito quando il conflitto è acceso, poiché prevede che le decisioni del quotidiano siano assunte dal genitore affidatario anche quando i figli si trovano presso l’altro: nulla di più provocatorio e intrinsecamente adatto a creare rancori, anche dove non ve ne fossero. Tuttavia, tale radicato pregiudizio ha comportato a suo tempo che l’alternativa all’affidamento esclusivo, l’affidamento congiunto, venisse adottato solo in un numero assai ridotto di casi, ossia quando la conflittualità medesima era bassa. L’affidamento condiviso avrebbe dovuto risolvere tale limitato ricorso a forme di affidamento ad entrambi i genitori, sia per la esplicita priorità ad esso assegnata prevedendo che un genitore possa essere escluso dall’affidamento solo per sue personali e comprovate carenze, pericolose per il figlio, sia in quanto, a differenza dell’affidamento congiunto, prevede anche l’esercizio separato della potestà per le decisioni ordinarie, che elimina ogni preoccupazione per i casi di elevata conflittualità. Tuttavia, così non è

stato, quanto meno per quanto riguarda gli aspetti sostanziali dei provvedimenti.

Infatti, dal momento in cui è entrata in vigore la nuova normativa si è assistito al proliferare di sentenze in cui l'affidamento condiviso veniva illegittimamente negato per motivi non direttamente attribuibili al soggetto da escludere, ma esterni, come la reciproca conflittualità, l'età dei figli o la distanza tra le abitazioni. E una volta aperta una così grave falla sul piano della legittimità ne sono seguite prevedibili conseguenze sul piano del merito, come negare l'affidamento condiviso per una distanza di 12 chilometri (tribunale di Locri, ordinanza del 27 luglio 2006) e stabilirlo con il padre che vive in Spagna e la madre in Abruzzo (tribunale dei minori dell'Aquila, decreto del 26 marzo 2007). Con il che il danno torna ad assumere un carattere generale: la perdita per il cittadino della certezza dei diritti.

Allo stesso modo è stato travisato, o non compreso, un altro essenziale e qualificante aspetto della legge: il mantenimento diretto, nel quale i due genitori, entrambi affidatari, sono entrambi impegnati a fornire personalmente al figlio i beni e i servizi che gli abbisognano. È questo lo strumento essenziale per rendere effettivo il diritto dei figli a un contatto significativo con entrambi i genitori, appartenente alla quotidianità. È anche lo strumento per gratificare il figlio rassicurandolo sull'interesse che ciascuno di essi ha per lui attraverso l'assolvimento di compiti di cura a contenuto economico, nonché per liberargli gli spazi ricreativi che altrimenti sarebbe costretto a riservare all'incontro con uno dei genitori. Di tutto questo, purtroppo, la giurisprudenza non si sta ricordando e sono rarissimi, eccezionali, i provvedimenti che prendono in considerazione la valenza relazionale e sociale del mantenimento diretto (vedi ad esempio decreto del tribunale di Catania del 25 settembre 2009). Al di fuori di questi pochi si rimane all'assegno, un sistema che può far comodo, nella migliore delle ipotesi, solo agli adulti. Il giu-

dice risparmia lo sforzo di individuare e ripartire compiti di cura e, conseguentemente, capitoli di spesa; il genitore che lo riceve può farne quello che vuole; e l'obbligato, se non ha a cuore i figli, se la cava dando *una tantum* una disposizione alla banca. Ragioni che scavalcano nella nostra giurisprudenza i motivi relazionali contrari già visti, ai quali è da aggiungere la scarsissima propensione dell'obbligato a versare all'aborrito *ex partner*, come lui affidatario, un contributo che non deve a lui, ma ai figli. Con il risultato di una altissima percentuale di inadempienze, a danno anche queste essenzialmente della prole. E tutto ciò, si osservi, a dispetto della evidente indicazione del legislatore, il quale non a caso al primo comma dell'articolo 155 ha sostituito al termine «mantenimento», presente come diritto-dovere di entrambi i genitori nell'articolo 30 della Costituzione, quello di «cura», visibilmente più ampio, e al quarto comma ha lasciato all'assegno una funzione solo integrativa o perequativa, laddove recita: «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». Logica impone che se il mantenimento indiretto, mediante assegno, è sistema straordinario, al quale si ricorre solo limitatamente al rispetto della proporzione tra oneri e risorse, ciò vuol dire che la via ordinaria è il mantenimento diretto. Un ragionamento, purtroppo, non compreso uniformemente neppure dalla Suprema Corte la quale, dopo averlo più volte ammesso (vedi ad esempio la sentenza della Cassazione 23411 del 2009, I Sezione Civile, Presidente Luccioli, estensore Dogliotti «...*l'assegno per il figlio*» può essere disposto «*in subordine, essendo preminente il principio del mantenimento diretto da parte di ciascun genitore*») stravolge l'indicazione del legislatore (sentenza n. 22502 del 2010, I Sezione

Civile, Presidente Luccioli, estensore Felicetti) sostenendo l'incredibile tesi che la differenza nei tempi della frequentazione è sufficiente a determinare la necessità di un assegno. Evidentemente non si è capito che il contributo mediante assegno ha una mera funzione integrativa nell'ipotesi in cui la contribuzione diretta non rispetti la proporzionalità. In altre parole, i parametri, tra cui il tempo, che il legislatore elenca al comma 4 per quantificare l'entità dell'assegno entrano in gioco soltanto *dopo* che se ne è verificata la necessità. Non è la differenza dei tempi della frequentazione a determinare l'esigenza di un assegno, ma di essa si tiene conto nel caso in cui per altri motivi l'assegno si sia reso necessario. La ragione è evidente: il genitore che passa meno tempo con il figlio può benissimo compensare le minori spese legate alla convivenza con la maggiore pesantezza di quelle esterne (affitto, abbigliamento, istruzione, mensa, salute, svaghi, sport, mezzi di trasporto, ecc.; non è difficile).

Così pure, in molti tribunali si considera inevitabile per il giudice l'omologazione di affidamenti esclusivi concordati tra le parti senza che vi siano indicate le ragioni di pregiudizio a carico del genitore da escludere. Si tratta di una evidente violazione del diritto indisponibile del minore a un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori di cui al primo comma dell'articolo 155; ma in molti casi è sfuggito.

Forse, tuttavia, la più insidiosa forma di non applicazione della legge 8 febbraio 2006, n. 54, consiste nello stabilire nominalmente l'affidamento condiviso, al quale però vengono dati contenuti pressoché identici a quelli di un affidamento esclusivo, soprattutto attraverso l'introduzione della figura del «genitore collocatario», di origine esclusivamente giurisprudenziale. Si può vedere un esempio, *ex multis*, di questo orientamento nella sentenza del tribunale di Napoli (16 gennaio 2007, estensore Casaburi) che così configura un affidamento «condiviso»:

«Resta fermo che i minori devono risiedere stabilmente presso solo uno dei genitori (cosiddetta «residenza privilegiata»), con conseguente necessità di stabilire le modalità di incontro con l'altro genitore (sicché, in definitiva, l'affido condiviso non è realmente diverso da un ben strutturato affido monogenitoriale). Pertanto, [...] va disposto che i figli minori, affidati congiuntamente ai genitori, risiederanno in via privilegiata presso la madre. [...] Il padre potrà vederli e tenerli con sé a fine settimana alterni, dalle 10 del sabato (o dalla fine della scuola) alle 21 della domenica: un pomeriggio infrasettimanale, dalla fine della scuola alle 21 [...], una settimana consecutiva nel periodo natalizio [...], ad anni alterni per le intere vacanze pasquali, 3 settimane consecutive d'estate». Dove si rileva che il modello dell'affidamento esclusivo non solo è riprodotto nei fatti – come nella quantificazione dei tempi di contatto o nella facoltà, anziché nell'obbligo, dei contatti padre-figli, ma ne viene esplicitamente e con compiacimento esibita la teorizzazione. In questo modo, dunque, si riproduce l'antico modello del «genitore affidatario», con all'incirca le sue stesse funzioni e opportunità. Ciò, evidentemente, è l'esatto contrario di ciò che si è proposta la riforma del 2006, introdotta per sostituire al modello monogenitoriale quello bigenitoriale, mediante una legge che evita accuratamente di distinguere i genitori sotto il profilo della convivenza con i figli. Si pensi al primo comma dell'articolo 155: «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi [genitori]». Una chiarissima enunciazione di principio, dal carattere anche prescrittivo, ribadita al secondo comma, dove si dice che il giudice «...determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore...», anziché «stabilisce presso quale dei genitori i figli vivranno». Eppure, la preferenza per i vecchi schemi è così pertinace da resistere tuttora, a dispetto perfino dello specifico in-

tervento della Cassazione (sentenza n. 16593 del 2008).

La ragione di questo *favor* giurisprudenziale per il modello esclusivo sembra risiedere essenzialmente in una non corretta comprensione della *ratio* della riforma, che riposa in una personale lettura del concetto di «interesse del minore». In pratica, si tende a contrapporre e sostituire al concetto di bigenitorialità, privilegiato dal legislatore quale elemento fondante di tale interesse e garante della «stabilità affettiva», il concetto di «stabilità fisica», che attribuisce la medesima funzione all'unicità della collocazione abitativa, e così facendo si giustificano gli esigui tempi di contatto stabiliti per il genitore «esterno». Una tesi ampiamente e convincentemente contestata in dottrina. Si veda, ad esempio, la posizione di Pierfrancesco Casula, presidente del tribunale di Rimini (relazione presentata ad Ancona il 4 dicembre 2006 presso il Corso di perfezionamento in Diritto di Famiglia): «In sostanza l'interesse del minore rileva unicamente nell'ambito della regola di bigenitorialità e quindi non esiste un interesse del minore *tout court* puro e semplice: l'interesse del minore è la bigenitorialità, questo dice il nostro legislatore, questo è l'interesse del minore, nell'ambito di questo codificato e giuridicamente cogente principio legislativo di definizione dell'interesse del minore». E stessi concetti esprimono A. Ceniccola e A.F. Sarracino (in *L'affidamento condiviso*, Halley Editrice, 2007, p. 49). Una tesi, infine, («il figlio non è un pacco postale, sballottabile da una casa all'altra»), oltre che illegittima, del tutto priva di logica pratica, ove si rifletta banalmente che le «due case» sono insopprimibili – risiedendo i due genitori separatamente e frequentandoli il figlio comunque regolarmente entrambi – anche nell'affidamento esclusivo, e con lo stesso numero di spostamenti. L'unico risultato ottenibile, se si fa in modo che il figlio si senta «a casa» in una sola abitazione, è che non abbia voglia di essere «spedito» (come un pacco) in quel-

l'altra, dove si sentirà a disagio come un ospite. È questo che si vuole?

Del resto, commenti negativi alla prassi di cui sopra giungono coralmemente anche dall'universo femminile. In perfetta sintonia con le posizioni dell'Associazione donne separate (Genova), molto concretamente la presidente di Arcidonna, Valeria Ajovalasit, ha criticato «l'inadeguatezza della legislazione in materia di affidamento dei figli di genitori separati, che tende a produrre un rapporto asimmetrico tra i genitori circa i compiti di cura verso i loro bambini. Asimmetria che si ripercuote negativamente sulla crescita e sull'educazione dei minorenni [...]. È innegabile, infatti, che ancora oggi i carichi familiari continuino a gravare in gran parte sulle spalle delle donne, tanto per la cura della casa che per quella dei figli [...]». Per concludere che «la normativa sull'affidamento dei figli va rivista equilibrando diritti e doveri dei padri e delle madri» (comunicazione al convegno «Affidamento condiviso dei figli e pari opportunità genitoriali», Palermo 21 e 22 maggio 2008).

In aggiunta, un'accoglienza del nuovo indirizzo così parziale e disomogenea pone l'Italia in serio imbarazzo di fronte alla tendenza che si manifesta con sempre maggiore evidenza negli altri paesi del mondo occidentale, nei quali i principi della bigenitorialità vengono affermati e applicati con crescente vigore e incisività. Si veda, ad esempio, il caso del Belgio dove, per iniziativa del vice primo ministro, Madame Laurette Onkelinx, è stato introdotto e privilegiato addirittura l'affidamento paritetico: legge 18 luglio 2006, basata sulla doppia residenza, ispirata agli stessi concetti della legge francese n. 2002-305 del 4 marzo 2002, sulla *résidence partagée* (residenza alternata), ma più avanzata di questa, poiché prevede, in più, che i tempi di permanenza presso i due genitori siano circa uguali. È questo un tema assai delicato, che in Italia è stato finora decisamente mal compreso. Si è sostenuto spesso, infatti, in sede giurisprudenziale

ziale, che il bilanciamento dei tempi di permanenza del figlio presso le due abitazioni dei genitori avrebbe condotto l'affidamento condiviso a coincidere con quello alternato e che quest'ultimo sarebbe stato messo al bando «dagli psicologi» per i gravi scompensi che produrrebbe nei figli. Le cose stanno invece ben diversamente. Appare pacifico che nel momento in cui si intende trarre conclusioni operative di notevole peso sul piano giuridico, come il rifiuto di una forma di affidamento introdotta nel nostro ordinamento con la legge 6 marzo 1987, n.74, non si può fare riferimento a mere opinioni espresse a titolo personale da singoli soggetti, ma ai risultati di ricerche condotte con rigore scientifico, su campioni affidabili. Con questa premessa, l'unica indagine che abbia condotto gli autori a conclusioni parzialmente negative è quella di J. Solomon e C. George (*Development of attachment in separated and divorced families*, in *Psychology Selection, Attachment and Human Development*, Vol. 1, No. 1. pp. 2-33, 1999). Tuttavia, è questo uno studio che si limita a considerare un solo parametro, l'attaccamento, e la cui evidenza è talmente bassa da non essere valida in campo statistico. Viceversa, a fronte di esso si colloca tutto il resto della letteratura, che ha evidenziato i danni da collocazione esclusiva, così come i numerosi e inconfutabili vantaggi della residenza alternata. In tal senso a titolo di esempio si può ricordare l'ampia indagine di M. K. Pruett, R. Ebling e G.M. Insabella (*Critical aspects of parenting plans for young children: Interjecting data into the debate about overnights*, in *Family Court Review*, 42 (1), pp. 39-59, 2004). Alla luce di quanto esposto, la proposta di introdurre in Italia il doppio domicilio, salvo diversi accordi, appare assolutamente ragionevole.

Analoga riflessione è stata svolta a favore della mediazione familiare, uno strumento di supporto alla coppia che ovunque nel mondo sta guadagnando consensi, ma che il Parlamento italiano aveva virtualmente eliminato

dal progetto iniziale nella definitiva stesura, riducendolo ad una blanda possibilità di segnalazione, ad ostilità già iniziate. Si pensi, viceversa, ai brillantissimi risultati ottenuti in Argentina rendendo obbligatorio un passaggio preliminare informativo presso un centro di mediazione familiare, modalità che ha fornito un picco di composizioni amichevoli delle liti altrimenti impensabile. In parallelo, d'altra parte, anche l'Unione europea si è mossa a favore della risoluzione alternativa delle controversie con la direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, che intende facilitare l'accesso ad essa e promuoverla mediante il ricorso alla mediazione, che viene incoraggiato, garantendo anche un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. E si pensi alle ragioni che hanno portato alla recente introduzione della mediazione (civile) finalizzata alla conciliazione, nella quale la mediazione familiare non ha trovato posto solo a causa delle sue specificità, ma che non di meno, data la delicatissima materia che tratta, merita una opportunità in più di soluzione pacifica.

Il nuovo intervento, inoltre, ha dovuto anche tenere conto della necessità di porre fine a quei frequenti tentativi di manipolazione da parte di un genitore - di regola quello che ha maggiori spazi di convivenza - 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 (PAS, *Parental Alienation Syndrome*: cfr. Gardner R.A., *Recent trends in divorce and custody litigation. The Academy Forum*, 29 (2) pp. 3-7. New York: The American Academy of Psychoanalysis; in lingua italiana, cfr. Buzzi L., *La sindrome di alienazione genitoriale*, in *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, a cura Cigoli V., Gullotta G., Santi G., Milano, Giuffrè 1997). A prescindere dalla 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 siano il titolo e la definizione tecnica, e i gravissimi danni che provocano nei figli, soprattutto quando arrivano fino ad indurre il rifiuto degli incontri con il genitore alienato. Altrettanto concordi si è nel riconoscere come suo principale rimedio quello di togliere potere al genitore condizionante, fino a negargli l'esercizio della potestà (vedi, ad esempio, la sentenza del tribunale di Alessandria n. 318 del 24 giugno 1999, confermata dalla corte di appello di Torino, fino alla sentenza del tribunale di Matera, 11 febbraio 2010).

Per quanto attiene alle novità di tipo processuale (ma solo apparentemente solo di tal tipo), si è voluto rendere possibile reclamare i provvedimenti del giudice istruttore, a volte decisamente inopportuni e tali da creare situazioni invivibili, ma che per essere modificati occorre attendere la sentenza, anche per anni. Allo stesso tempo è apparso opportuno modificare anche l'articolo 708 del codice di procedura civile, quarto comma, che rende attualmente possibile solo il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali provvisori ed urgenti secondo una procedura che rinvia la decisione alle corti d'appello. Queste, infatti, nella più che quadriennale esperienza, hanno inteso sposare una linea di estremo rigore, in forza della quale sogliono valutare i reclami «*allo stato degli atti*», ponendosi nella stessa posizione in cui si trovava il Presidente al momento dell'udienza presidenziale e non accettando alcun *novum* allegativo ed istruttorio: ne deriva una percentuale altissima di rigetti dei reclami, frustrando le aspettative e le necessità dei ricorrenti, spesso più che legittime. Per tale motivo è stata cercata un'altra via, comune alle due possibilità di reclamo, certamente più logica una volta affermata la natura cautelare dei provvedimenti *de quibus*: ossia attraverso l'articolo 669 *terdecies* del codice di procedura civile.

Si è voluto, con ciò, tenere conto delle riforme attuate dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, in tema di processo societario (articolo 23) e, soprattutto, dal decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 (articolo 669 *octies*, commi 6 e 7 del codice di procedura civile), nell'ambito del rito cautelare uniforme. È caduto infatti l'ostacolo più consistente che era stato frapposto, a livello teorico, per negare la natura cautelare dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e la conseguente applicabilità della disciplina cosiddetta uniforme degli articoli 669 *bis* e seguenti del codice di procedura civile (mancanza di carattere strumentale e conseguente ultrattività all'estinzione del processo), tenuto conto che – a seguito della novella processuale – l'ultrattività caratterizza anche una parte dei provvedimenti cautelari (cosiddetti anticipatori o a strumentalità attenuata: quelli previsti dal sesto comma dell'articolo 669 *octies* del codice di procedura civile), i quali sono in grado di sopravvivere all'estinzione del processo essendo venuta meno la strumentalità strutturale rispetto al giudizio di merito. Pertanto, l'esistenza di caratteristiche identiche (mancanza di strumentalità e presenza di ultrattività) ha fatto ritenere indispensabile attribuire anche alle ordinanze in materia di famiglia natura cautelare e reclamabilità. D'altra parte, una volta valutata l'opportunità, per non dire la necessità, di riconoscere reclamabili anche le decisioni del giudice istruttore (non avendo le parti possibilità di trasferire la questione ad altro giudice, come accade invece a fronte dell'ordinanza presidenziale), è apparso indispensabile sottoporre ad identica disciplina sia le ordinanze presidenziali che quelle del giudice istruttore in materia di separazione ed affidamento dei figli, non giustificandosi differenti regimi alla luce dell'identità di natura delle stesse (che non muta nel passaggio dal presidente al giudice istruttore).

In definitiva, è apparso necessario non solo rendere del tutto impossibile una interpretazione riduttiva della normativa e la sua sostanziale disapplicazione, ma al tempo stesso cogliere l'occasione per completare la riforma, per introdurre quelle novità, assolute o relative, che possono dare maggiore compiutezza alla rilettura del 2006 delle norme sulla separazione.

Passando ad un'analisi puntuale dell'articolato, osserviamo che la lettera *a)* dell'articolo 1 intende mettere fine alla non circoscritta tendenza, sopra accennata, a concedere l'affidamento condiviso svuotandolo al contempo dei suoi essenziali requisiti, come il diritto del minore ad un rapporto effettivamente equilibrato con entrambi i genitori, in modo che ciascuno di essi si impegni quanto l'altro nel fornirgli «cura» oltre che educazione e istruzione: condizioni che evidentemente non si realizzano se il figlio trascorre con uno di essi poco più di due fine-settimana al mese, o se in sentenza si omette di stabilire per entrambi equivalenti compiti di accudimento. E si faccia ben attenzione: si tratta di una pariteticità che non è affermata per i tempi, fiscalmente e rigidamente, (sarebbe del resto assurdo pretendere lo stesso numero di pernottamenti avendo il doppio dei pomeriggi, e viceversa), ma invoca pari responsabilità e paritetica assunzione di concreti doveri. L'attenuazione «per quanto possibile» va intesa, ovviamente, come dovuta alla necessità di considerare quei casi in cui condizioni di salute, allattamento o particolari impegni lavorativi dei genitori rendano materialmente impossibile una gestione paritaria; ma ciò non toglie che ovunque realizzabile questa debba essere assicurata al figlio.

La stessa lettera *a)*, lungi dal voler attribuire agli ascendenti il diritto di contatto con i minori, si preoccupa di rendere effettivo il diritto dei figli a mantenere rapporti significativi con i due ambiti parentali al completo, ovviando al problema di una lettura dell'articolato che sembrava voler riser-

vare ai nipoti la possibilità di tutelare il rapporto con i nonni a condizione di essere loro stessi ad attivarsi; cosa a dir poco problematica, visto che manca loro la capacità di agire, nonché le risorse economiche per farlo. È per questo che è affermata la legittimazione degli ascendenti ad attivarsi affinché il giudice si pronunci su un diritto che resta in capo ai minori.

La lettera *b)* sostituisce interamente il secondo comma dell'articolo 155 del codice civile. I primi due periodi del comma così novellato esprimono più efficacemente la priorità dell'opzione bigenitoriale, quale mantenimento il più possibile inalterato delle condizioni antecedenti la separazione, e rende più evidenti e inderogabili i limitati ambiti di applicazione dell'affidamento esclusivo (articolo 155-*bis*). Ciò avviene anche attraverso l'eliminazione del generico riferimento all'interesse del minore, del tutto fuori posto e fuorviante laddove una norma direttamente prescrittiva si propone di assicurare al figlio l'affidamento ad entrambi i genitori, visto come aspetto prioritario della realizzazione del suo diritto e del suo interesse («Per realizzare la finalità di cui al primo comma...»). La modifica - o meglio, come detto più avanti, il ripristino sul punto della formulazione del vecchio codice - assume particolare rilievo, tanto da apparire indispensabile, ove si osservi che tale illogica collocazione dell'interesse del minore costituisce attualmente in giurisprudenza la prevalente giustificazione formale della non applicazione dell'affidamento condiviso a favore dell'esclusivo: ossia della mancata attuazione della riforma. Allo stesso modo e nel medesimo spirito viene precisata l'irrelevanza di circostanze estranee alle caratteristiche dei genitori singolarmente considerati e si elimina la possibilità di negare ai figli la tutela di uno dei genitori quale coaffidatario, utilizzando circostanze che non possono porsi a suo carico.

Il terzo periodo del comma novellato si articola in due parti. Nella prima, alla pari del

primo comma, sviluppa e rende effettiva la doppia tutela a vantaggio dei figli. Poiché gli inconvenienti attuali sono conseguenza diretta dell'attribuzione ai figli di un'unica appartenenza domiciliare, la nuova formulazione evidenzia la scelta a favore di due case, purché ciò permetta di continuare ad avere due genitori. Nella seconda disincentiva la conflittualità all'interno della coppia, stabilendo che il giudice nel decidere le modalità della frequentazione e nell'assegnare i compiti di cura a ciascun genitore deve tenere conto della propensione di ciascuno a rispettare l'altro, dando la preferenza, in nome dell'interesse della prole, a quel «*fair parent*», genitore corretto e leale, nel quale la giurisprudenza anglosassone già da tempo individua quello meglio in grado di allevare i figli. Tutto questo dovrebbe scoraggiare quella aggressività, soprattutto processuale, quella tendenza a denigrare gratuitamente l'altro che i precedenti orientamenti viceversa premiavano allorché il giudice, di fronte a memorie vivacemente polemiche presentate ad arte da chi non gradiva l'affidamento ad entrambi i genitori, concludeva che il livello di conflittualità registrato non permetteva formule bigenitoriali e affidava i figli esclusivamente all'aggressore.

L'ultimo periodo del comma novellato ripropone il riferimento all'interesse del minore, collocandolo correttamente nell'ambito delle scelte non prevedibili, per le quali è logico che il giudice sia guidato da un principio aspecifico. Questa, del resto, era esattamente la formulazione precedente alla riforma del 2006, che prima prescriveva tassativamente l'affidamento esclusivo e poi, per le decisioni secondarie e particolari, dava al giudice un criterio generale e generico, invitandolo ad adottare «ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa».

La lettera c) è destinata a precisare che nei casi di affidamento esclusivo la potestà sarà

esercitata solo dal genitore affidatario; un aspetto che aveva fatto molto discutere.

La lettera c) precisa inoltre che il genitore che decide il proprio trasferimento non per questo è legittimato a spostare quando e ovunque creda la residenza del figlio, sradicandolo dall'*habitat* di crescita.

La lettera d), a sua volta, rende del tutto inequivoca, e quindi ineludibile, la prescrizione a favore 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. Inoltre, mette ordine nell'elenco dei parametri di cui il giudice deve tenere conto per fissare un eventuale assegno. La norma attuale, infatti, mescola ciò che serve a stabilire il costo totale del figlio con quanto serve a scalare dall'assegno perequativo, se stabilito, forme dirette di contribuzione (come il lavoro di cura). Viene anche eliminato il parametro relativo al tenore di vita antecedente la separazione poiché tale evento ha, ovviamente, sconvolto il sistema economico familiare.

La lettera e) stabilisce, infine, che in caso di trascuratezza da parte di uno dei genitori questi perda la possibilità del mantenimento diretto e sia obbligato a versare un assegno all'altro.

L'articolo 2, nel primo comma novellato dell'articolo 155-*bis*, afferma in termini prescrittivi che solo ove si verificano determinate condizioni, l'onere della cui prova spetta all'accusa, si può escludere un genitore dall'affidamento. Pertanto resta fuori discussione che al giudice non è data facoltà di scegliere a sua discrezione tra due istituti, l'affidamento condiviso e quello esclusivo, ma solo di proteggere il minore da uno dei genitori, ove essere a lui affidato possa arrecargli pregiudizio.

La lettera b) determina le modalità di attuazione dell'affidamento esclusivo precisando, e si chiarisce definitivamente che il mantenimento diretto è la forma da privilegiare anche in caso di affidamento esclusivo

e che i genitori hanno diritto, qualitativamente, al medesimo trattamento in termini di detrazioni, assegni familiari e agevolazioni fiscali di ogni genere, a prescindere dal tipo di affidamento e dalla qualifica di genitore affidatario o non.

L'articolo 3, precisato che il problema si pone solo in caso di assegnazione dell'abitazione al non proprietario, coerentemente con l'orientamento della Corte di cassazione, (sentenza n. 26574 del 17 dicembre 2007), stabilisce che il cessato uso della casa familiare come abitazione, o l'introduzione in essa di un soggetto estraneo al nucleo originario, fa venire meno quei requisiti di «nido», di *habitat* consueto dei figli che in via del tutto eccezionale permette di superare le normali regole di godimento dei beni immobili. Pertanto, a domanda dell'interessato, il giudice accerterà le nuove circostanze e assumerà le varie decisioni che competono alle diverse situazioni di locazione, comodato o proprietà del genitore non assegnatario. La proposta non ignora, ovviamente, la pronuncia 308 del 2008 della Corte costituzionale, ma ritiene che, una volta riaffermato e rispettato l'equilibrio anche abitativo nel rapporto del figlio con ciascun genitore cadano automaticamente pure le preoccupazioni per la presunta «sottrazione della casa al minore» su cui ruota tutto il ragionamento della pronuncia suddetta. Se il figlio frequenterà più o meno simmetricamente i due genitori sarà per lui indifferente se nella casa familiare abiterà il genitore proprietario o l'altro. Anzi, nei casi ordinari non ci sarà più motivo, fino dalla prima decisione, per assegnare l'abitazione al non proprietario. Con enorme alleggerimento dei motivi di contenzioso, piaccia o dispiaccia.

L'articolo 4 risolve un'altra questione oggetto di intenso dibattito: l'attribuzione al figlio maggiorenne della titolarità dell'eventuale assegno che fosse stato stabilito per il suo mantenimento, quale che ne sia la modalità, ossia considerando anche l'ipotesi che esso non sia perequativo, ma risulti dall'ob-

bligo gravante su entrambi i genitori di versare una certa somma in un conto corrente comune. La formulazione proposta permette di tutelare gli eventuali danni subiti dal genitore prevalentemente convivente, ove esista, legittimando anche lui, in concorrenza con il figlio, ad attivarsi in caso di inadempienza dell'altro. Al tempo stesso lo tutela disciplinando anche i rapporti con il figlio, prevedendo che questi debba concordare con il genitore il proprio eventuale contributo alle spese e alle cure domestiche.

L'articolo 5 al comma 1, lettera a) rafforza la posizione del figlio minore, esaltando il peso delle sue parole ogni volta che è disposto l'ascolto. Stabilisce anche le modalità consigliabili per procedere all'ascolto del medesimo. Il comma 1 lettera b) permette di spostare le norme sulla mediazione dal codice civile a quello di procedura civile (articolo 8).

L'articolo 6 completa l'introduzione del doppio domicilio, modificando l'articolo 45 del codice civile. In effetti si tratta di una precisazione che avrebbe dovuto essere ultra-nea, se nell'applicazione il messaggio della legge 54 fosse stato correttamente inteso e se ne fossero rispettate le prescrizioni: difatti nell'affidamento condiviso il figlio frequenta equilibratamente i due genitori e «vive» con entrambi.

L'articolo 7 aggiorna alla nuova legge la formulazione dell'articolo 317-*bis*, secondo comma, del codice civile relativo all'esercizio della potestà su figli di genitori non coniugati, curando che non esistano vuoti di disposizioni alle quali attenersi neppure nei periodi intermedi, come quando la convivenza è cessata ma non sono stati ancora emessi provvedimenti del giudice.

L'articolo 8 restituisce alla mediazione familiare il riconoscimento pieno che aveva ricevuto nella penultima stesura della legge 8 febbraio 2006 n. 54, da parte della Commissione Giustizia della Camera. L'impoverimento di tale strumento è stato concordemente biasimato da tutti gli operatori del set-

tore, che hanno reiteratamente segnalato i vantaggi di prevedere una informazione obbligatoria sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione prima di qualsiasi contatto con la via giudiziale. L'articolo, formulato in modo da prevenire la possibilità di false dichiarazioni per evitare il passaggio informativo, colloca, inoltre, più appropriatamente la norma all'interno della fase pregiudiziale, dopo l'articolo 706 del codice di procedura civile.

Gli articoli 9 e 10, come sopra descritto, rendono possibile il reclamo avverso i provvedimenti sia presidenziali che del giudice istruttore, unificando le relative procedure mediante il ricorso all'articolo 669-terdecies. La scelta del reclamo al collegio tiene conto anche delle difficoltà logistiche che si potrebbero incontrare in talune zone optando per il reclamo in corte d'appello.

L'articolo 11, integrando la precedente previsione dell'articolo 709-ter del codice di procedura civile, interviene alla lettera *a*) in tutte quelle situazioni in cui un genitore compie unilateralmente atti che richiedono l'accordo con l'altro (ad esempio, cambiando residenza e portando il figlio con sé, oppure iscrivendo il figlio ad istituti scolastici di propria esclusiva scelta), azzerando tali iniziative, ovvero nel caso in cui abbia costruito ad arte situazioni ostative al contatto del figlio con l'altro genitore. In questo caso si è ritenuto che non sia sufficiente la previsione di un meccanismo punitivo o risarcitorio del danno, ma che andasse prioritariamente di-

sposto, ove possibile, il ripristino dello stato antecedente, ovvero interventi mirati alla restituzione o compensazione di quanto indebitamente sottratto o negato (si pensi, ad esempio, a giorni di frequentazione saltati). Inoltre viene soppressa la possibilità di semplice ammonizione: poiché si tratta di infrazioni gravi, se la segnalazione è falsa è da perseguire il denunciante, e se è corretta limitarsi ad ammonire non può essere sufficiente.

La lettera *b*), di notevole portata innovativa, intende scoraggiare e bloccare quelle frequenti sottili manovre e denigrazioni strumentali volte a indurre nei figli innaturali e autolesivi rifiuti del contatto con l'altro genitore. Una manipolazione che, a prescindere dalla forma e dalla tipologia scientifica, andava comunque sanzionata.

L'articolo 12, infine, risolve il dilemma dell'attribuzione della competenza per l'affidamento dei figli di genitori non coniugati, inizialmente in dubbio tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni e che una ordinanza della prima sezione civile della Cassazione (n. 8362 del 3 aprile 2007) ha attribuito al secondo. L'indicazione è a favore del primo, in quanto si ritiene preferibile che il dibattito si svolga in luoghi più facilmente accessibili agli utenti (il rapporto numerico è 165:29) e ove sono più ampie le garanzie per le parti: una precauzione che appare necessaria, atteso il principio del rispetto dell'interesse del minore che informa tutti i provvedimenti in materia.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. All'articolo 155 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«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, salvo i casi di impossibilità materiale, e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, ai quali è data facoltà di chiedere al giudice di disciplinare il diritto dei minori al rapporto con essi.»;

b) il secondo comma è sostituito dal seguente:

«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. Determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, stabilendone il domicilio presso entrambi, salvo 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.»;

c) al terzo comma, al primo periodo dopo le parole: «da entrambi i genitori» sono inserite le seguenti: «salvo quanto disposto dall'articolo 155-bis»; dopo il secondo periodo è inserito il seguente: «Il cambiamento di residenza dei figli costituisce decisione di maggior interesse e richiede l'accordo dai genitori.»;

d) il quarto comma è sostituito dal seguente:

«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 e i capitoli di spesa sono concordati direttamente dai genitori; in caso di disaccordo sono stabiliti dal giudice. Il costo dei figli è valutato tenendo conto:

- 1) delle attuali esigenze del figlio;
- 2) delle attuali risorse economiche complessive dei genitori»;

e) dopo il quarto comma sono inseriti i seguenti:

«Quale contributo diretto il giudice valuta anche la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

Ove necessario al fine di realizzare il suddetto principio di proporzionalità, il giudice può stabilire la corresponsione di un assegno perequativo periodico. L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT, in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Qualora un genitore venga meno, comprovatamente, al dovere di provvedere alle necessità del figlio nella forma diretta per la parte di sua spettanza, il giudice stabilisce, a domanda, che provveda mediante assegno da versare all'altro genitore.»;

f) Al quinto comma le parole: «L'assegno è automaticamente» sono sostituite dalle seguenti: «L'eventuale assegno perequativo è automaticamente».

Art. 2.

1. All'articolo 155-*bis* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«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 una comunità di tipo familiare.»;

b) dopo il secondo comma sono aggiunti, in fine, i seguenti:

«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 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.

Le norme sul mantenimento dei figli di cui al quinto comma dell'articolo 155 si applicano a prescindere dal tipo di affidamento; parimenti, la posizione fiscale dei genitori è la stessa.»;

c) la rubrica è sostituita dalla seguente: «*Esclusione di un genitore dall'affidamento e disciplina dell'affidamento esclusivo*».

Art. 3.

1. All'articolo 155-*quater* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, le parole: «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 *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio.» sono sostituite dalle seguenti: «Nel caso in cui l'assegnatario della casa familiare, che non ne sia il proprietario, non vi abiti o cessi di abitarvi stabilmente o contragga nuovo matrimonio o conviva *more uxorio*, la sua assegnazione in godimento, a tutela dell'interesse dei figli a conservare intatto il luogo di crescita, viene revocata e il giudice dispone, a domanda, secondo i criteri ordinari.»;

b) al secondo comma, le parole: «l'altro coniuge» sono sostituite dalle seguenti: «ciascuno di essi».

Art. 4.

1. All'articolo 155-*quinquies* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

«Dell'assegno perequativo eventualmente stabilito per il mantenimento del figlio, o delle somme eventualmente versate dai genitori in favore del figlio quale contribuzione per il suo mantenimento, 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 renda inadempiente, in caso di inerzia del figlio è legittimato ad agire anche l'altro genitore.»;

b) dopo il primo comma è inserito il seguente:

«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 da uno qualsiasi dei genitori o dal figlio».

Art. 5.

1. All'articolo 155-*sexies* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «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.»;

b) il secondo comma è abrogato.

Art. 6.

1. All'articolo 45, secondo comma, del codice civile, dopo le parole: «il minore ha il domicilio del genitore con il quale convive» sono aggiunte, in fine, le seguenti: «, ovvero di entrambi se l'affidamento è condiviso».

Art. 7.

1. All'articolo 317-*bis* del codice civile, il secondo comma è sostituito dal seguente:

«Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente a entrambi qualora siano 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*, anche in assenza di provvedimenti del giudice».

Art. 8.

1. Dopo l'articolo 706 del codice di procedura civile è inserito il seguente:

«Art. 706-*bis*. - (*Mediazione familiare*). - In tutti i casi di disaccordo nella fase di elaborazione di un affidamento 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.

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 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 706.

In ogni caso la parte ricorrente deve allegare al ricorso la certificazione della acquisizione di informazioni presso il centro di cui al primo comma o concorde dichiarazione in tal senso; analogo obbligo incombe sulla parte resistente.

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».

Art. 9.

1. Il quarto comma dell'articolo 708 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

«Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, nel termine e nelle forme di cui all'articolo 669 *terdecies* del codice di procedura civile».

Art. 10.

1. All'articolo 709 del codice di procedura civile, dopo il quarto comma è aggiunto, in fine, il seguente:

«Avverso i provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi emessi dal giudice istruttore è ammissibile il reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, ai sensi dell'articolo 669-*terdecies* del codice di procedura civile».

Art. 11.

1. All'articolo 709-*ter* del codice di procedura civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al secondo comma:

1) l'alinea è sostituito dal seguente: «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:»;

2) il numero 1) è abrogato;

b) dopo il secondo comma è inserito il seguente:

«Il comprovato condizionamento della volontà del minore, in particolare se mirato al rifiuto dell'altro genitore, costituisce inadempienza grave, che può comportare l'esclusione dall'affidamento».

Art. 12.

1. All'articolo 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «La competenza è attribuita in ogni caso al tribunale ordinario».

