

CAMERA DEI DEPUTATI N. 53

PROPOSTA DI LEGGE

D'INIZIATIVA DEI DEPUTATI

BRUGGER, ZELLER, NICCO

Nuove disposizioni in materia di affidamento condiviso dei figli

Presentata il 29 aprile 2008

ONOREVOLI COLLEGGHI! — Con la presente proposta di legge si intende riprendere l'iter già iniziato nella XV legislatura per introdurre modifiche considerate utili all'attuale disciplina dell'affidamento condiviso dei figli contenute nella legge 8 febbraio 2006, n. 54.

La presente proposta di legge si fonda prevalentemente su uno studio dell'associazione nazionale « Crescere Insieme », che ha monitorato le disfunzioni applicative evidenziate dopo l'entrata in vigore della citata legge n. 54 del 2006 (Marino Maglietta, « *Quelle interpretazioni sull'affidamento condiviso che rischiano di pregiudicarne le finalità* », Editoriale di Guida al diritto, (11) 2006, pagina 11, e « *L'affidamento condiviso dei figli. Guida alla nuova legge* », Franco Angeli editore, Milano, 2006).

Come è noto, nel mondo occidentale il principio della bigenitorialità viene affer-

mato e applicato con sempre maggiori vigore e incisività poiché contiene in primo luogo l'affermazione di un diritto del minore, del quale il minore stesso può essere privato solo in casi assolutamente eccezionali e circoscritti. In Italia faticosamente, con un lavoro di quattro legislature, si è riusciti a far passare come forma privilegiata l'affidamento condiviso; ciò nonostante la sua concreta applicazione continua a incontrare sensibili ostacoli, non a causa di una cattiva risposta dell'utenza (ad esempio di un dilagare della conflittualità 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 inequivoca prescrittività delle norme.

In effetti, il primo anno 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 ritenuta più adatta a limitare i danni che i figli subiscono dalla separazione dei genitori: adatta, in particolare, a contenere la conflittualità.

L'affidamento condiviso avrebbe dovuto risolvere tale limitato ricorso a forme di affidamento a entrambi i genitori, ma così non è stato.

L'affidamento condiviso, diversamente da quanto sostenuto in qualche sentenza di merito, è ben diverso dall'affidamento congiunto; basti considerare che, proprio allo scopo di poter conservare ai figli un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori anche in assenza di collaborazione tra di essi, esso prevede l'esercizio separato della potestà dei genitori, limitatamente all'ordinaria gestione. D'altra parte, non è neppure vero che l'affidamento congiunto veniva sempre negato quando il conflitto era esplosivo. Una corrente di pensiero, minoritaria, ma in decisa crescita, ha infatti sostenuto che in tali circostanze è l'affidamento esclusivo che non può essere stabilito, poiché le profonde discriminazioni che introduce tra i genitori non possono far altro che accentuare i rancori. Ne era derivata una serie di sentenze che proprio sulla base dell'elevata conflittualità stabilivano l'affidamento congiunto (affidamento congiunto terapeutico). Trasferire automaticamente la giurisprudenza per l'affidamento congiunto all'affidamento condiviso significa ignorare che con la legge n. 54 del 2006 si può escludere un genitore dall'affidamento solo per sue gravi e dimostrate

carenze, che risultino di potenziale pregiudizio per il figlio. Si deve dimostrare, ad esempio, che si tratta di soggetto violento o psicolabile, alcolista o tossicodipendente. Viceversa, nell'anno 2006, a partire dall'entrata in vigore della nuova normativa, si è assistito al proliferare di sentenze in cui l'affidamento condiviso è stato negato per motivi non direttamente attribuibili al soggetto da escludere, ma esterni, come la reciproca conflittualità o l'età dei figli.

Allo stesso modo è stato travisato, o non compreso, un altro essenziale e qualificante aspetto della legge n. 54 del 2006: il mantenimento diretto. È questo lo strumento essenziale per rendere effettivo il diritto dei figli a un contatto significativo con entrambi i genitori. Esso è anche lo strumento per gratificare il figlio, rassicurandolo sull'interesse che ciascuno dei genitori 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, addirittura eccezionali, i provvedimenti che prendono in considerazione la valenza relazionale e sociale del mantenimento diretto. Al di fuori di questi pochi casi si rimane fermi all'assegno, un sistema pensato per la comodità degli adulti. Così pure in molti tribunali si considera inevitabile per il giudice l'omologazione di affidamenti esclusivi concordati tra le parti, senza che 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 del codice civile; ma in molti casi tale violazione è sfuggita all'attenzione degli organi competenti. Allo stesso modo è risultata frequente nella giurisprudenza la tendenza di alcuni tribunali a stabilire l'affidamento condiviso con modalità pressoché identiche a quelle dell'affidamento esclusivo. La ragione sembra risiedere essenzialmente in una non

corretta lettura della *ratio* della riforma, che si basa su una personale lettura del concetto di « interesse del minore ». In pratica, si tende a sostituire al concetto di bigenitorialità, privilegiato dal legislatore quale elemento fondante di tale interesse, il concetto di stabilità, 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, questa, ampiamente contestata in dottrina.

È dunque, nella presente proposta di legge, apparso necessario non solo rendere del tutto impossibile un'interpretazione riduttiva della normativa e la sua sostanziale disapplicazione, ma anche cogliere l'occasione per completare la riforma, per introdurre quelle novità, assolute o relative, che possono dare maggiore compiutezza alla recente rilettura del diritto di famiglia, non per ultimo riproponendo anche la mediazione familiare, strumento di supporto alla coppia che ovunque sta guadagnando consensi, che il Parlamento italiano aveva tolto dal progetto di legge iniziale nella definitiva stesura.

Passando ad un'analisi puntuale dell'articolato della presente proposta di legge, si osserva che la lettera *a*) del comma 1 dell'articolo 1 esprime 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* del codice civile).

La lettera *b*) del medesimo comma tende a risolvere la non circoscritta tendenza, emersa in giurisprudenza, a concedere l'affidamento condiviso svuotandolo al contempo dei suoi essenziali requisiti, come il diritto del minore a un rapporto « equilibrato e continuativo con entrambi i genitori » e a ricevere « cura », oltre che educazione e istruzione, da ciascuno di essi: condizioni che evidentemente non si realizzano se il figlio trascorre con uno di essi poco più di due fine-settimane al mese. Poiché tale limitazione è conseguenza diretta dell'attribu-

zione ai figli di un'unica appartenenza domiciliare, la nuova formulazione evidenzia la scelta a favore di due case, pur di continuare ad avere due genitori.

Il comma 2 si preoccupa di rendere effettiva la tutela del 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 riservare ai nipoti la possibilità di tutelare il loro rapporto con i nonni a condizione di essere loro stessi ad attivarsi: cosa alquanto difficile, visto che manca loro la capacità di agire, nonché le risorse economiche per farlo.

Il comma 3 è destinato a precisare che nei casi di affidamento esclusivo la potestà sarà esercitata solo dal genitore affidatario; un aspetto che aveva fatto molto discutere.

Il comma 4 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. 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'eventuale assegno forme dirette di contribuzione (come il lavoro di cura).

L'articolo 2, sia nella rubrica che nel primo comma novellato dell'articolo 155-*bis* del codice civile, 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, qualora l'essere a lui affidato possa arrecargli pregiudizio. Il comma 2 determina le modalità di attuazione dell'affidamento esclusivo.

L'articolo 3 precisa la mancanza di automatismi nella decadenza eventuale dalla titolarità della casa familiare, qualora il genitore assegnatario si risposi o

conviva *more uxorio*. In questo modo sarà valutato caso per caso se al figlio conviene o meno l'ingresso nella casa familiare di un nuovo adulto.

L'articolo 4 risolve un'altra questione oggetto d'intenso dibattito: l'attribuzione al figlio maggiorenne della titolarità dell'eventuale assegno che è stato stabilito per il suo mantenimento. La formulazione proposta permette di tutelare gli eventuali danni subiti dal genitore prevalentemente convivente, legittimando anche lui, in caso di inerzia del figlio, ad attivarsi contro l'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 opinioni ogni volta che è disposto l'ascolto. Stabilisce anche le modalità consigliabili per procedere all'ascolto del medesimo. La lettera *b*) del medesimo comma 1 permette di spostare le norme sulla mediazione dal codice civile a quello di procedura civile (articolo 6).

L'articolo 6 restituisce alla mediazione familiare il riconoscimento pieno che aveva ricevuto nella penultima stesura del progetto di legge in materia da parte della Commissione Giustizia della Camera dei deputati nella XIV legislatura.

L'impovertimento di tale strumento è stato concordemente biasimato da tutti gli operatori del settore, mentre il passaggio preliminare a puro scopo informativo sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione ha già dato ottime prove nell'esperienza di altri Paesi, come la Norvegia. La modifica, del resto, è in accordo con il parere degli operatori del settore,

che hanno reiteratamente segnalato i vantaggi di porre il passaggio informativo prima di qualsiasi contatto con la via giudiziale.

L'articolo 7, integrando la precedente previsione dell'articolo 709-ter del codice di procedura civile, interviene 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 sia prioritariamente disposto, ove possibile, il ripristino dello stato antecedente, ovvero interventi mirati alla restituzione o alla compensazione di quanto indebitamente sottratto o negato (si pensi, ad esempio, a giorni di frequentazione saltati).

L'articolo 8 aggiorna, in conformità alla legge n. 56 del 2006, la formulazione dell'articolo 317-bis, secondo comma, del codice civile, relativo all'esercizio della potestà sui figli di genitori non coniugati.

L'articolo 9, infine, risolve il dilemma dell'attribuzione della competenza per l'affidamento dei figli di genitori non coniugati, in dubbio tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni. L'indicazione è a favore del primo, in quanto si ritiene preferibile che il dibattito si svolga in una sede 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.

PROPOSTA DI LEGGE

ART. 1.

1. Al secondo comma dell'articolo 155 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) le parole da: « Valuta prioritariamente » fino a: « i figli sono affidati » sono sostituite dalle seguenti: « Dispone che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, salvo quanto previsto dall'articolo 155-*bis* »;

b) dopo le parole: « determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore » sono inserite le seguenti: « fissandone il domicilio presso entrambi, salvo accordi diversi dei genitori, e ».

2. Dopo il secondo comma dell'articolo 155 del codice civile è inserito il seguente:

« Agli ascendenti è data facoltà di chiedere al giudice che sia riconosciuta e disciplinata la propria possibilità di contatto con i minori ».

3. Al terzo comma, primo periodo, dell'articolo 155 del codice civile, dopo le parole: « da entrambi i genitori » sono aggiunte le seguenti: « , salvo quanto disposto all'articolo 155-*bis* ».

4. Il quarto comma dell'articolo 155 del codice civile è sostituito dai seguenti:

« Salvo accordi diversi delle parti, ciascuno dei genitori provvede in forma diretta e per capitoli di spesa al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito. Le modalità del mantenimento sono concordate direttamente dai genitori o, in caso di disaccordo, dal giudice. Il costo dei figli è valutato tenendo conto:

1) delle attuali esigenze del figlio;

2) delle risorse economiche complessive dei genitori;

3) del tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.

Ai fini di cui al quinto comma, 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 principio di proporzionalità previsto dal quinto comma, il giudice può stabilire la corresponsione di un assegno perequativo periodico ».

ART. 2.

1. Il primo comma dell'articolo 155-*bis* del codice civile è sostituito dal seguente:

« Il giudice può escludere un genitore dall'affidamento, con provvedimento motivato, qualora ritenga che l'affidamento a quel genitore sia contrario all'interesse del minore. In ogni caso il giudice può, per gravi motivi, ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità di tale soluzione, presso un istituto di educazione ».

2. All'articolo 155-*bis* del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente comma:

« Il genitore cui sono affidati i figli ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, 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 ».

3. La rubrica dell'articolo 155-*bis* del codice civile è sostituita dalla seguente: « Esclusione di un genitore dall'affidamento e disciplina dell'affidamento esclusivo ».

ART. 3.

1. Al primo comma dell'articolo 155-*quater* del codice civile, le parole: « Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che » sono sostituite dalle seguenti: « L'assegnazione della casa familiare viene riconsiderata, a domanda, nel caso in cui ».

ART. 4.

1. Il primo comma dell'articolo 155-*quinquies* del codice civile è sostituito dai seguenti:

« Dell'assegno perequativo eventualmente stabilito per il mantenimento del figlio è titolare quest'ultimo quando diventa maggiorenne ed egli è altresì tenuto a collaborare con i genitori e a contribuire alle spese familiari, finché convivente con essi. Ove il genitore obbligato si renda inadempiente, in caso di inerzia del figlio, è legittimato ad agire anche l'altro genitore, come persona che ne subisce un danno.

Nel caso in cui i figli siano già maggiorenni al momento della separazione personale dei genitori, ma non ancora autosufficienti economicamente, può essere chiesta l'applicazione del quinto comma dell'articolo 155 da uno qualsiasi dei genitori o dei figli ».

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 deve prendere 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. Dopo l'articolo 709 del codice di procedura civile è inserito il seguente:

« ART. 709.1. — (*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 salvo i casi di assoluta urgenza o di grave e 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 e siano iscritti ad albi nazionali specifici, pubblici o privati, registrati nell'apposito elenco del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.

Ove l'intervento di mediazione, che può essere interrotto in qualsiasi momento, si concluda positivamente, le parti presentano al presidente 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 mediazione familiare. In caso di insuccesso le parti possono rivolgersi al giudice, ai sensi dell'articolo 709-ter.

In ogni caso la parte ricorrente deve allegare al ricorso la certificazione del passaggio presso il centro di mediazione familiare o concorde dichiarazione circa l'avvenuto passaggio.

In caso di contrasti insorti successivamente, in ogni stato e grado del giudizio di separazione o anche dopo la sua conclusione, il giudice segnala alle parti l'opportunità di rivolgersi ad un centro di mediazione familiare che abbia i requisiti indicati 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. 7.

1. All'alinea del secondo comma dell'articolo 709-ter del codice di procedura civile,

le parole: « 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 » sono sostituite dalle seguenti: « 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 adotta prioritariamente, ove possibile, provvedimenti di ripristino, restituzione o compensazione. Inoltre, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente ».

ART. 8.

1. Il secondo comma dell'articolo 317-*bis* del codice civile 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 ai sensi di quanto disposto agli articoli da 155 a 155-*sexies*. Il giudice, nell'interesse del figlio, può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore ».

ART. 9.

1. Al comma 2 dell'articolo 4 della legge 8 febbraio 2006, n. 54, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: « La competenza è attribuita in ogni caso al tribunale ordinario ».

ART. 10.

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

PAGINA BIANCA

PAGINA BIANCA

€ 0,35



16PDL0003550