

ancora un maggiore rilievo le Consulenze Tecniche d'Ufficio, con la possibilità di offrire al giudice elementi utili per attuare decisioni a quel punto non più mediabili.

PARERE DELL'ESPERTO

DISEGNO DI LEGGE (N. 957) SULLE MODIFICHE AL CODICE CIVILE E DI PROCEDURA CIVILE IN MATERIA DI AFFIDAMENTO CONDIVISO IN CALENDARIO DI DISCUSSIONE AL SENATO DELLA REPUBBLICA

di
Pompilia Rossi

Avvocato, Foro di Roma
Esperta in diritto di famiglia
e diritto minorile

Il regime dell'affidamento condiviso, come noto, è statuito in una legge relativamente recente (8.2.2006 n. 54) ed il primo periodo di applicazione della normativa ha consentito di osservare una disomogeneità dei provvedimenti giudiziari emessi, nonché una "non applicazione" in concreto del messaggio del legislatore che, a volte, appare addirittura in contrasto con gli orientamenti giurisprudenziali.

Si è assistito al proliferare di sentenze in cui il regime del condiviso veniva negato per motivi non direttamente attribuibili al soggetto da escludere, ma per fattori esterni, quali la reciproca conflittualità, l'età dei figli o la distanza tra le abitazioni. E' stato altresì travisato un altro qualificante aspetto della legge: il mantenimento diretto dei figli inteso dalla maggior parte della dottrina quale strumento essenziale per rendere effettivo il diritto dei figli ad un contatto significativo con entrambi i genitori, appartenente alla quotidianità o strumento per gratificare il figlio. Tutto ciò è trascurato dalla giurisprudenza e sono rari, quasi eccezionali, i provvedimenti che prendono in considerazione la valenza relazionale e sociale del mantenimento diretto.

Inoltre, in molti tribunali italiani si considera inevitabile per il Giudice la

omologazione di affidamenti esclusivi concordati tra le parti senza che vi siano indicate le ragioni di pregiudizio a carico del genitore da "escludere". Per molti la più insidiosa forma di non applicazione della legge consiste nello stabilire nominalmente l'affidamento condiviso, al quale vengono dati contenuti identici a quello di un affidamento esclusivo, attraverso soprattutto la introduzione del genitore "convivente", che rappresenta un istituto esclusivamente giurisprudenziale che sembra risiedere in una non corretta interpretazione della ratio della riforma. Si tende in pratica a contrapporre e sostituire al concetto di bigenitorialità e garante della "stabilità affettiva", quello di stabilità fisica, intesa quale unicità della collocazione abitativa del minore, divenendo ciò fonte di una sorta di rapporto asimmetrico tra i genitori. Si è espressa una notevole esigenza di modificare l'assetto creatosi in questi quattro anni di applicazione della norma aderendo anche ad una tendenza che si manifesta negli altri Paesi del mondo occidentale (es. Belgio) introducendo il doppio domicilio, salvo diversi accordi tra i genitori, quale concreta attuazione del principio di bigenitorialità.

Vi è l'esigenza di intervenire con modalità più incisive nello strumento della mediazione familiare prevedendo espresso ricorso ad esso, non soltanto come blanda possibilità di segnalazione ed ostilità già iniziate; si è voluto altresì tener conto della necessità di porre fine ai frequenti tentativi di manipolazione da parte di un genitore miranti ad eliminare l'altro dalla vita dei figli inducendo la creazione di una PAS.

In considerazione di tali esigenze, un gruppo di senatori ha presentato un disegno di legge (il n. 957) in modifica del codice civile e procedura civile in materia di affidamento condiviso, recependo le argomentazioni sopra dettagliate. Al momento in cui si scrive la discussione del disegno di legge è ancora in calendario, pur essendo il governo sull'orlo della crisi.

Andiamo ad esaminare il progetto di legge nei distinti articoli.

Articolo 1:

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

a) al primo comma, dopo le parole: «di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi» sono inserite le seguenti: «pariteticamente, salvi i casi di impossibilità materiale»;

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, salvi accordi diversi dei genitori, e tenendo conto della capacità di ciascun genitore di rispettare la figura e il ruolo dell'altro. Fissa altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.»;

c) dopo il secondo comma 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.»;

d) al terzo comma, dopo le parole: «da entrambi i genitori» sono inserite le seguenti: «salvo quanto disposto all'articolo 155-bis»;

e) il quarto comma 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 alle proprie risorse economiche. Le modalità sono concordate direttamente dai genitori o, in caso di disaccordo, sono stabilite dal giudice. Il costo dei figli è valutato tenendo conto:

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

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) il quinto comma è abrogato.

La lettera a) dell'art. 1 intende mettere fine alla tendenza, già accennata, a concedere l'affidamento condiviso svuotandolo al contempo dei suoi essenziali requisiti. L'attenuazione "per quanto possibile" va intesa come dovuta alla necessità di considerare quei casi in cui condizioni di salute, allontanamento o particolari impegni lavorativi dei genitori rendono impossibile una gestione paritaria. La lettera b) sostituisce interamente il secondo comma dell'art. 155 c.c.. I primi due periodi del comma così novellato esprimono la priorità dell'opzione bigenitoriale, e rende più inderogabili i limitati ambiti di applicazione dell'affidamento monogenitoriale (art. 155 bis c.c.).

Il terzo periodo del comma novellato si articola in due parti; nella prima, sviluppa e rende effettiva la doppia tutela a vantaggio dei figli. La nuova formulazione evidenzia la scelta a favore di due case, purchè ciò permetta di continuare ad avere due genitori. Ciò con la finalità di attenuare la conflittualità all'interno della coppia, poichè il Giudice, nel decidere le modalità di frequentazione, dovrà tener conto della propensione di ciascuno e rispettare l'altro, dando la preferenza a quel "fair parent", genitore corretto e leale (nel quale la giurisprudenza anglosassone da tempo individua quella meglio in grado di allevare i figli).

L'ultimo periodo del comma novellato ripositiona il riferimento all'interesse del minore, collocandolo correttamente nell'ambito delle scelte non prevedibili (questa era, esattamente, la formu-

lazione precedente alla riforma del 2006).

Nella precisione della lettera c) il legislatore si preoccupa di rendere effettivo il diritto dei figli a mantenere rapporti significativi con i due ambiti parentali al completo.

La lettera d) precisa che nei casi di affidamento esclusivo, la potestà sarà esercitata solo dal genitore affidatario. La lettera e) rende ineludibile la prescrizione a favore del mantenimento diretto, che dovrà essere stabilito ogni volta che sia chiesto, anche da un genitore solo. Tale prescrizione mette, altresì, ordine nell'elenco dei parametri di cui il giudice deve tener conto per fissare un'eventuale assegno; viene eliminato il parametro relativo al tenore di vita antecedente la separazione e stabilisce 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.

Articolo 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 un istituto di educazione.»;

b) dopo il secondo comma sono aggiunti 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 cambiamento di residenza dei figli costituisce decisione di maggiore interesse e deve essere concordato. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse. Le norme sul mantenimento dei figli di cui al quinto comma dell'articolo 155 si appli-

cano 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».

L'articolo n. 2 afferma in termini prescrittivi che solo ove si verificano determinate condizioni (e l'onere della prova spetta "all'accusatore"), si può escludere un genitore dall'affidamento. Al Giudice, quindi, non è data facoltà di scegliere a sua discrezione tra i due istituti (affidamento condiviso e quello esclusivo) ma solo di proteggere il minore da uno dei genitori, qualora essere affidato a lui possa arrecargli pregiudizio. Inoltre, e non è circostanza da poco, si prevede espressamente la possibilità di disporre il collocamento del minore in istituto.

La lettera b) determina le modalità di attuazione dell'affidamento esclusivo precisando, tra l'altro, che il genitore affidatario non per questo è legittimato a trasferire quando ed ove crede la residenza del minore, sradicandolo dal suo ambiente. Si chiarisce altresì definitivamente che il mantenimento diretto è la forma da privilegiare anche in caso di affidamento esclusivo e che i genitori hanno diritto al medesimo trattamento in termini di detrazioni, assegni familiari e agevolazioni fiscali, a prescindere dal tipo di affidamento e dalla qualifica di genitore affidatario e non.

Articolo 3:

1. All'articolo 155-quater del codice civile, 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 contraiga nuovo matrimonio» sono sostituite dalle seguenti: «Nel caso in cui l'assegnatario della casa familiare non vi abiti o cessi di abitarvi stabilmente o contraiga nuovo matrimonio o conviva more uxorio, la sua assegnazione in godimento, a tutela dell'interesse dei figli a conservare intatto il luogo di crescita, perde efficacia e il giudice dispone, a domanda, secondo i criteri ordinari».

Tale articolo stabilisce che il cessato uso della casa familiare come abitazione, o l'introduzione in essa di un soggetto estraneo al nucleo originario,

comporterà che il Giudice, a domanda dell'interessato, dovrà accertare le nuove circostanze ed assumerà decisioni "secondo i criteri ordinari" cioè secondo le norme che attengono alla locazione, al comodato o alla proprietà.

Articolo 4:

1. All'articolo 155-quinquies del codice civile il primo comma è sostituito dai seguenti: «Dell'assegno perequativo eventualmente stabilito per il mantenimento del figlio, o degli assegni che entrambi i genitori siano obbligati a versare in un conto corrente comune a favore del figlio, è titolare quest'ultimo quando diventa maggiorenne; il figlio maggiorenne è altresì tenuto a collaborare con i genitori e a contribuire alle spese familiari, finché convivente. Ove il genitore obbligato si 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 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».

L'articolo sopra citato risolve un'altra questione oggetto di intenso dibattito: l'attribuzione al figlio maggiorenne della titolarità dell'assegno che sia stato stabilito per il suo mantenimento. La formulazione proposta permette altresì di tutelare gli eventuali danni subiti dal genitore prevalentemente convivente legittimando anche lui, in concorrenza con il figlio, ad attivarsi in caso di inadempienza dell'altro. Nel contempo lo tutela disciplinando anche i rapporti con il figlio, prevedendo che questi (concetto assolutamente nuovo) debba concordare con il genitore il proprio eventuale contributo alle spese familiari.

Articolo 5:

1. All'articolo 155-sexies del codice 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 audizio-

ne 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».

L'articolo così come formulato rafforza la posizione del figlio minore, esaltando il peso delle parole e della sua opinione espressa ogni volta che è disposto l'ascolto; si stabiliscono anche le modalità consigliabili per procedere all'ascolto del minore. Il comma 2 trasferisce le norme nella mediazione dal codice civile a quello di procedura civile (v. successivo art. 8).

Articolo 6:

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».

L'articolo aggiorna alla nuova legge sull'affidamento condiviso la formulazione dell'art. 317 bis c.c., secondo comma, relativo all'esercizio della potestà sui figli naturali, nati cioè da genitori non coniugati.

Articolo 7:

1. All'articolo 178 del codice di procedura civile, dopo il primo comma è inserito il seguente: «L'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e affidamento dei figli è impugnabile dalle parti con reclamo al collegio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrenti dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza, o altrimenti decorrente dalla comunicazione dell'ordinanza medesima».

L'articolo attiene alla reclamabilità dei provvedimenti emessi dal giudice istruttore dinanzi il collegio entro dieci giorni; la innovazione riguarda l'organo dinanzi il quale proporre reclamo (Tribunale e non Corte di Appello) e sembra riguardare anche la tipologia del provvedimento da impugnare (provvedimento del giudice istruttore e non ordinanza provvisoria ed urgente emessa dal Presidente).

Articolo 8:

1. Dopo l'articolo 709-bis del codice di procedura civile è inserito il seguente:

«Art. 709-bis.1. - (Mediazione Familiare). - In tutti i casi di disaccordo nella fase di elaborazione del progetto condiviso le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvi i casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori, di acquisire informazioni sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione familiare, rivolgendosi a un centro pubblico o privato, i cui operatori abbiano formazione specifica ed appartengano ad albi nazionali specifici pubblici o privati registrati nell'apposito elenco del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro».

La formulazione dell'articolo restituisce all'istituto della mediazione familiare il pieno riconoscimento che aveva ricevuto nella penultima stesura della L. 54/06 da parte della Commissione Giustizia della Camera.

Si prevede la obbligatorietà da parte dei coniugi di acquisire informazioni sulla natura ed effetti di un percorso di mediazione familiare e ciò prima di adire il Giudice, tranne nei casi di assoluta urgenza o di grave pregiudizio per i minori; gli operatori di tale centro dovranno avere formazione specifica ed appartenere ad albi nazionali pubblici o privati registrati nell'apposito elenco del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro.

Le parti devono allegare al ricorso introduttivo del giudizio la certificazione del loro passaggio presso il centro. Il percorso può essere interrotto in qualsiasi momento e se si conclude positivamente, le parti presentano il documento firmato e si possono introdurre (elemento nuovo) in tale documento gli aspetti economici che possono essere concordati anche al di fuori del percorso di mediazione.

In ogni caso la parte ricorrente deve allegare al ricorso la certificazione del passaggio presso il centro di cui al primo comma o concorde dichiarazione circa l'avvenuto passaggio. 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 se-

gnalazione trova il consenso delle parti, il giudice rinvia la causa ad altra data in attesa dell'espletamento dell'attività di mediazione».

L'ultimo comma non introduce gravi elementi di novità se non la previsione che il Giudice rinvii il giudizio a data successiva al termine del percorso di mediazione (per attenuare il conflitto giudiziale).

Articolo 9:

1. All'articolo 709-ter del codice di procedura civile sono apportate le seguenti modificazioni: a) al secondo comma, l'alinnea 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: » e 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 attivando la sindrome di alienazione genitoriale, costituisce inadempienza grave, che può comportare l'esclusione dall'affidamento».

La formulazione di questo articolo integra la precedente previsione dell'art. 709 ter c.p.c. e rende più concrete le possibili iniziative in caso di violazione al principio della bigenitorialità posta in essere da uno dei genitori: si è ritenuto che non sia sufficiente un meccanismo punitivo e risarcitorio del danno (come è attualmente) ma che vada disposto, ove possibile, il ripristino dello stato antecedente. Ciò con interventi mirati alla restituzione o compensazione di quanto indebitamente sottratto o negato (es. giorni di fre-

quentazione saltati). La lettera 4) dell'articolo è di notevole portata innovativa avendo inteso il legislatore bloccare quelle frequenti sottili manovre e denigrazioni strumentali volte ad indurre nei figli la sindrome di alienazione genitoriale (tra l'altro è la prima volta che la PAS viene citata espressamente all'interno di una previsione una normativa sull'affidamento di minori).

Art. 10:

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

L'articolo risolve il dilemma della attribuzione della competenza per l'affidamento dei figli dei genitori non coniugati decidendo per il Tribunale Ordinario (a differenza di quanto affermato dalla Suprema Corte con la nota ordinanza n. 8362 del 3.4.2007).

La discussione su questo progetto di modifica sarà sicuramente ampia, ma la portata innovativa di alcune statuizioni non possono di certo passare inosservate, costituendo tra l'altro che espressioni di un malcontento, neppure tanto celato, conseguente a quella che è stata la interpretazione ed attuazione finora avuta della L. 54/06 oggetto di difformi decisioni giurisdizionali.

LA MEDIAZIONE FAMILIARE NEI PROCEDIMENTI DI FAMIGLIA

*L'esperienza romana e le modalità
di invio in mediazione*

di

Francesca Paulucci Baroukh

*Avvocato, Foro di Roma
Presidente Centro Studi "Epikeia"
Mediazione e Tutela dei Diritti*

La mediazione familiare è utilizzata ormai da diversi anni come un intervento di aiuto per la coppia che intende intraprendere un percorso per la

riorganizzazione delle relazioni familiari.

Tale percorso si realizza attraverso l'intervento di un professionista, il mediatore familiare, neutrale ed imparziale, che opera come facilitatore delle relazioni della coppia.

L'etimologia di questo termine deriva dal verbo facilitare che nel suo significato più preciso vuol dire: rendere facile l'accordo, il passaggio, le trattative, rimuovere gli ostacoli come se niente fosse, senza disagi e con facilità.

Tale intervento di aiuto ormai da molti anni viene svolto non solo privatamente ma soprattutto in Centri Pubblici ove l'accesso per l'utente è gratuito o si prevede il pagamento di un ticket. I pionieri della mediazione familiare, almeno nell'esperienza romana, sono stati i giudici tutelari.

Prima dell'entrata in vigore della legge 54/2006 che ha novellato completamente l'art.155 c.c. introducendo l'affidamento condiviso, si ricorreva frequentemente, ex art. 337 c.c., al giudice tutelare affinché esercitasse il potere di vigilanza sull'osservanza delle condizioni stabilite dal tribunale per l'esercizio della potestà genitoriale.

Il giudice tutelare, dopo aver sentito i coniugi congiuntamente e averli invitati a collaborare tra loro sulle modalità di frequentazione con i figli minori, non potendo modificare i provvedimenti emessi dal tribunale, invitava la coppia ad intraprendere un percorso di mediazione familiare.

Tale percorso veniva svolto dalla coppia in una stanza attigua a quella del giudice tutelare ove un assistente sociale, formatosi come mediatore, svolgeva un'azione di controllo sulla coppia, relazionava sull'andamento della mediazione, sull'esito ed in caso di interruzione degli incontri era tenuto a relazionare al giudice su chi dei due ex coniugi aveva deciso di interrompere il percorso.

Vi era un'assoluta mancanza di *setting* in quanto il Tribunale di Roma dispone di aule e non di stanze di mediazione arredate secondo precisi criteri volti a facilitare il dialogo tra la coppia ed il mediatore.

Oggi la situazione è notevolmente cambiata e si è evoluta positivamente dopo l'entrata in vigore della L. 54/2006.