

AFFIDAMENTO CONDIVISO

nota di Franco Occhiogrosso

1. I recenti orientamenti nella riforma che introduce l'affidamento condiviso.

Gli orientamenti della riforma relativa alla disciplina riguardante l'affidamento dei figli in caso di separazione coniugale sono tuttora fluidi, perché nel marzo scorso il testo unificato (cd. proposta Paniz), che era stato tratto da varie proposte presentate in Parlamento e che proponeva come sostanzialmente obbligatorio l'affidamento condiviso (con la sola eccezione del caso di grave pregiudizio per il figlio, nel quale era previsto il ricorso all'affidamento esclusivo ad uno dei genitori), è stato sostituito da un nuovo testo di sintesi molto più breve. Questo testo conferma l'attuale art.155 cod.civ. (con disciplina dell'affidamento monogenitoriale), ma gli affianca i successivi artt.155 bis e 155 ter cod.civ. che introducono l'affidamento condiviso, che resta obbligatorio se vi è consenso di entrambi i genitori (ed è revocabile per gravi ragioni), ma è invece facoltativo, se uno dei due dissente. In tal caso il provvedimento deve anche indicare un centro o un esperto di mediazione che seguirà la vicenda: la decisione del giudice deve comunque avere come parametro l'esclusivo interesse della prole e la preferenza tendenziale per la realizzazione della bigenitorialità.

Sulla base di questa premessa, entriamo nel merito del problema, proponendo anzitutto una breve analisi delle principali proposte di legge presentate negli ultimi due anni e facendo in tal modo il punto sui concetti di affidamento condiviso, affidamento congiunto e affidamento esclusivo. Passeremo poi alle osservazioni critiche da proporre alla comune riflessione.

2. Le principali proposte di riforma (Tarditi, Lucidi, Mantini) ed i due testi unificati (cd. proposte Paniz).

Le principali proposte di legge in materia varate nell'ultimo biennio sono quella di cui è primo firmatario l'On. Tarditi – FI - (presentata alla Camera il 30.5.01); quella dell'on. Lucidi (DS), presentata il 29.01.02, e quella dell'on. Mantini (Margherita) del 26.03.02. Da esse, e anzitutto da quella Tarditi, che è la più documentata nella relazione introduttiva, si può trarre sinteticamente il nocciolo del problema.

Partendo dalla considerazione che gli affidamenti dei figli, a seguito di separazione coniugale, sono effettuati nella stragrande maggioranza dei casi (90,9 % nel 1998) in favore delle madri, si è rilevato che il rapporto del figlio con il padre finisce per realizzarsi in tempi e secondo modalità tali da ridurne il ruolo a genitore del tempo libero (e non del quotidiano), quando non avviene che per effetto di un ulteriore elemento, quello costituito spesso dall'elevata conflittualità che si crea tra i genitori, il padre finisce per non avere più nessun rapporto con il figlio.

Di qui il tentativo di superare il vigente modello di affidamento, qualificato come esclusivo o monogenitoriale, alla ricerca di una diversa soluzione, quella dell'affidamento condiviso, che risulta già realizzato in molti Paesi europei e che punta ad affermare la bigenitorialità. Ciò vuol dire che l'affidamento dei figli viene fatto in favore di entrambi i genitori, che “restano responsabili nei confronti dei figli e restano investiti dei compiti di educazione e cura, a prescindere dall'evoluzione dei loro rapporti interpersonali”.

L'affidamento condiviso si differenzia dall'affidamento congiunto, che ha trovato un'applicazione modesta finora (il 3,9% del casi nel 1998), perché, attribuendo la potestà genitoriale ad entrambi i genitori, senza ulteriore suddivisione di compiti, e quindi interpretando l'affidamento congiunto come esercizio della potestà, comporta che anche le decisioni di minimo livello devono avere il nulla osta contemporaneo di entrambi i genitori, con la conseguenza che esso è stato ritenuto applicabile solo ai casi di separazione con bassissima conflittualità.

Nell'affidamento condiviso, invece, per evitare gli inconvenienti dell'affidamento congiunto, solo le decisioni più importanti, come la scelta del medico e della scuola, saranno obbligatoriamente congiunte: per il resto il giudice dovrà valutare "se il grado di conflittualità esistente permette un esercizio congiunto della potestà oppure conviene assegnare a padre e madre compiti distinti e, quindi, facoltà decisionali separate".

Per agevolare il compito dei giudici, i progetti propongono anche l'istituzione di centri polifunzionali familiari con il compito di esperire il tentativo di conciliazione e formulare un progetto per realizzare un nuovo assetto familiare.

Si prospetta anche l'idea di realizzare il "mantenimento diretto", in base al quale entrambi i genitori sono chiamati a contribuire per far fronte alle necessità economiche: il giudice dovrà attribuire a ciascuno dei genitori distinti capitoli di spesa, lasciando all'assegno solo una funzione perequativa per il caso in cui il contributo diretto di ciascuno dei genitori risulti inadeguato.

L'affidamento esclusivo viene limitato ai soli casi d'indegnità o incapacità dei genitori.

Quanto all'assegnazione della casa coniugale, viene eliminato il possibile vantaggio economico che ciò comporta, esigendosi la valutazione economica della disponibilità della casa, di cui si deve tener conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori.

In caso di violazione delle disposizioni è prevista un'azione inibitoria per evitare il ripetersi di tali violazioni ed il risanamento del danno in favore del minore. Lo stesso regime è previsto anche per le famiglie di fatto.

I progetti Lucidi e Mantini attribuiscono al giudice la facoltà di ascoltare il minore nell'istruttoria.

Il progetto Mantini propone peraltro l'affidamento condiviso nei casi di volontaria collaborazione tra i genitori separati, mentre vede nella condivisione imposta in situazioni conflittuali il pericolo che venga scaricata sui figli la permanente conflittualità dei genitori. Non impone perciò "un regime di divisione quotidiana del minore tra i genitori in conflitto, stabilendo che, in assenza di un accordo dei genitori, la decisione compete al giudice e che il genitore convivente possa assumere le decisioni non dilazionabili, salva la facoltà dell'altro di ricorrere al giudice tutelare".

Un profilo particolarmente interessante, suggerito dal progetto Tarditi, riguarda l'analisi critica del ruolo del giudice. Egli infatti, impegnato in una rapidissima udienza presidenziale, è chiamato a decidere al buio l'affidamento senza essere in possesso di elementi di giudizio per una scelta consapevole. Il suo provvedimento provvisorio rimane poi fermo per troppo tempo per poter essere modificato significativamente in seguito (salvo situazioni gravi). L'affidamento condiviso avrebbe il vantaggio di realizzare un sistema che mantiene entrambi i genitori in contatto con i figli; non crea né vincitori né vinti, e quindi non produce spirito di "rivincita". Esso comporta la scelta caso per caso delle soluzioni. Da tutto ciò si deve dedurre (anche se non è esplicitamente detto) che il giudice deve essere specializzato, deve aver tempo a disposizione e che il processo non deve tendere alla ricerca di colpe o addebiti che siano: in conclusione, specializzazione, tempo pieno e superamento della ricerca di colpe e colpevoli sono il presupposto dell'affidamento condiviso.

In seguito, sulla base dei progetti suindicati, si è pervenuti ad un primo testo unificato (cd. progetto Paniz) che prevede come regola generale l'affidamento condiviso, consentendo quello esclusivo solo in caso di pericolo di grave pregiudizio per il figlio (art. 155 ter). Seguiva poi nella massima parte gli orientamenti del progetto Tarditi con una più articolata previsione di provvedimenti da assumere in caso di violazioni delle disposizioni previste (art. 709 bis). Esso è stato sostituito di recente da un nuovo testo di sintesi (progetto Paniz 2) che lascia invece fermo, come si è detto, l'attuale art. 155 del cod. civ. e quindi l'affidamento esclusivo, fondando l'affidamento condiviso sul consenso dei coniugi e lasciando al giudice la facoltà di disporlo in tutti i casi in cui sia possibile "avendo come parametro l'esclusivo interesse della prole e la preferenza tendenziale per la realizzazione della bigenitorialità". E' previsto poi l'intervento di un centro di mediazione o di un esperto di mediazione familiare in ogni caso di affidamento condiviso non consensuale.

Vengono esclusi interventi sulla procedura, essendo annunciata una proposta governativa in merito. E' confermata infine una disciplina sanzionatoria che interviene in caso di violazioni, oltre all'estensione di tale regime alle famiglie di fatto.

3. Un articolato di Piercarlo Pazè sulla prima proposta Paniz.

Il compito di svolgere un'analisi di questa materia, allo scopo di consentire al Consiglio Direttivo dell'Associazione di confrontarsi su di esso e di elaborare una propria linea, è stato affidato a Piercarlo Pazè ed a me.

Piercarlo mi ha fatto pervenire un suo articolato, preparato con riferimento al primo testo unificato Paniz e utilizzato per la proposizione di emendamenti. Questo testo è redatto in maniera completa e molto puntuale. Pertanto io non ho ritenuto di dover condividere il suggerimento di Pazè, che mi consigliava di utilizzarlo solo come base per un'ulteriore elaborazione, perché ritengo che tale articolato, solo che si eliminino i riferimenti ai tribunali per i minorenni (che sembrano attualmente superati dalla loro prevista soppressione), è per il resto assolutamente valido. Pertanto ho ritenuto opportuno allegarlo a questa mia nota in forma integrale, facendovi riferimento ogni volta che l'ho ritenuto necessario. Penso che il lettore possa trarre vantaggio dalla lettura di tale documento. All'articolato Pazè ha poi aggiunto come allegato 2 il nuovo testo unificato proposto dall'on. Paniz, che talora viene indicato sinteticamente come Paniz 2.

4. L'affidamento condiviso: una nuova cultura da condividere e qualche proposta.

Il primo punto da valutare, entrando nel merito della proposta riforma, è se sia da condividere il passaggio dall'attuale regime dell'affidamento dei figli in caso di separazione, regime definito dell'affidamento esclusivo o monogenitoriale, all'affidamento condiviso.

4.1. La mia idea è che, se anche vi è il rischio che insorgano tensioni ulteriori per i genitori e che il figlio possa venire a trovarsi in maggiore difficoltà nell'eventualità in cui i genitori attuassero i compiti loro specificamente attribuiti in modo da far emergere orientamenti educativi del tutto opposti, tuttavia è necessario accogliere la nuova cultura dell'affidamento condiviso e quindi realizzare una disciplina normativa di carattere promozionale in tal senso che favorisca la bigenitorialità. Il vantaggio, che ne deriva, interessa sicuramente i genitori, in quanto li responsabilizza entrambi, facendo venir meno quella distinzione tra genitore del quotidiano e genitore del tempo libero, che ha grandemente nuociuto finora alla partecipazione di uno dei genitori alla vita dei figli. Esso realizza inoltre una più adeguata tutela dei figli, realizzando il loro pieno diritto ad entrambi i genitori.

4.2. E' anche da condividere la linea a cui si ispira il secondo testo unificato Paniz che, pur privilegiando l'affidamento condiviso, non lo propone come obbligatorio o quasi, come faceva il primo che prevedeva l'affidamento esclusivo solo in caso di pregiudizio derivante ai figli dalla condotta del genitore. E' tuttavia da sottolineare che suscita perplessità l'attuale formulazione del testo normativo proposto, che lascia immutato l'attuale art. 155 cod. civ. proponendolo come primo articolo in tema di disciplina dell'affidamento dei figli e dando l'impressione al lettore che sia mantenuta ferma l'attuale disciplina dell'affidamento esclusivo, salvo introdurre con i successivi artt. 155 bis e 155 ter proposti una disciplina che capovolge la logica iniziale e indica come privilegiato l'affidamento condiviso, che diventa anzi obbligatorio, quando vi sia il consenso dei genitori.

Mi sembra che questa articolazione sia troppo contorta e che debba essere rivista. Proprio perché più lineare e coerente mi sembra preferibile il testo dell'articolato Pazè negli artt. 155, 155 bis.

Condivido anche l'idea che venga introdotto, come propone Pazè, un art. 152 cod. civ. che afferma il diritto del figlio a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori in tutte le situazioni.

A questa, suggerisco di aggiungere un'altra proposta. Traggo spunto dall'osservazione già fatta e contenuta nella relazione del progetto Tarditi che propone per il procedimento di separazione la prospettiva di un giudizio "senza vincitori né vinti" impostato nella logica di reperire nuovi assetti familiari, per condividere pienamente questo punto di vista e sottolineare la necessità che il giudizio di separazione cambi definitivamente rotta, evitando di occuparsi più del passato e quindi della ricerca di torti e ragioni riguardo al fallimento matrimoniale, ma puntando solo a reperire equilibrate soluzioni – possibilmente concordate – per il futuro.

In questa prospettiva suggerisco quindi l'abolizione del secondo comma dell'art. 151 cod. civ., per il quale il giudice, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, dichiara a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio. Ricordo che, nella relazione svolta nel corso del nostro convegno di Salerno nel 2002, Cristina Canziani ebbe ad evidenziare che è proprio l'indagine relativa all'addebito a fornire un contributo rilevante per il protrarsi dei tempi di questi processi per lunghi anni. Sono convinto che l'abolizione della ricerca relativa all'addebito renderebbe più brevi e snelli questi giudizi.

5. La separatezza delle riforme in cantiere ed altri rilievi critici.

Un ulteriore profilo da porre in luce è la circostanza che il Parlamento sta procedendo a riformare vari profili di questa materia con iniziative separate e prive di coordinamento tra loro, mentre sarebbe importante che una connessione vi fosse.

5.1. Intendo fare riferimento all'assoluta separatezza che si va registrando tra riforma dell'affidamento in tema di separazione coniugale e riforma della giustizia minorile, nell'ambito della quale sono singolarmente inserite anche disposizioni sul giudizio di separazione che restano estranee al dibattito in corso sull'affidamento condiviso. Come già detto è poi essenziale per l'affidamento condiviso un giudice specializzato e impegnato a tempo pieno: l'ascolto dei coniugi e quello dei figli (ignorato dal testo Paniz), la determinazione eventuale dei compiti da attribuire a ciascun genitore, quella, anch'essa eventuale, relativa alle modalità di articolazione del contributo di mantenimento tra i genitori esigono professionalità specifica e ampia disponibilità di tempo. A mio avviso sarebbe essenziale che anche in questi giudizi venisse prevista la presenza di un giudice onorario, sul modello di quello minorile, almeno per procedere all'ascolto dei figli minori (eventualmente insieme al giudice professionale).

5.2. Un altro profilo rilevante riguarda il collegamento da realizzare tra giudizio di separazione e servizio sociale chiamato ad intervenire. Il primo testo unificato Paniz prevedeva l'istituzione di centri familiari polifunzionali, chiamati a svolgere attività di mediazione ma anche a formulare un progetto educativo comune da presentare al giudice ed in generale un'attività di accompagnamento della famiglia nel corso del travaglio per la ricerca di nuovi equilibri.

L'art. 709 bis c.p.c. proposto dal nuovo testo unificato non parla più di centri familiari polifunzionali, ma li sostituisce con la "camera di mediazione" e dice che le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvo casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori, di rivolgersi, per la risoluzione dei conflitti insorti tra esse in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità dell'affido condiviso, al centro o alla persona indicata.

La stessa disposizione precisa, al primo comma, che in tutti i casi in cui, pur nel dissenso di uno dei genitori, è disposto l'affidamento condiviso, nel relativo provvedimento deve essere inserito d'ufficio o su comune indicazione dei coniugi il nominativo di un centro o di un esperto di mediazione familiare.

Si conclude infine affermando che, ove la mediazione non produca risultati, le parti possano rivolgersi al giudice.

Sono qui necessarie alcune osservazioni.

a) Anzitutto quella del mediatore è una delle poche figure professionali tuttora prive di disciplina normativa e diventa quindi indispensabile pensare con urgenza a colmare questo vuoto, tanto più che la proposta contenuta nel Paniz 2 fa riferimento alla mediazione familiare e comporta quindi l'individuazione dapprima della categoria "mediazione" e poi, nell'ambito di questa, della "mediazione familiare" (al pari poi di quella penale, sociale, penitenziaria, ecc.). Nel contesto attuale, nel quale una disciplina di tal genere manca, occorrerebbe in ogni caso prevedere una normativa transitoria che fissi dei requisiti minimi per garantire la qualità del servizio e quindi dell'intervento. In questa prospettiva condivido l'indicazione del C.R.I.S.I. che suggerisce di limitare il riferimento "ai centri di mediazione pubblici e privati riconosciuti a livello europeo, che prestino la loro attività da almeno cinque anni ed i cui operatori siano in possesso del titolo di mediatore, nel rispetto degli standard formativi dettati dal Forum europeo di formazione e ricerca sulla mediazione familiare".

b) Ho inoltre grandi perplessità sulla figura dell' "esperto di mediazione familiare". Mi risulta infatti che la mediazione familiare venga abitualmente espletata da almeno due mediatori che intervengono contemporaneamente nella vicenda. Nel modo in cui invece si propone l'attribuzione dell'incarico ad un esperto vi è il rischio che il mediatore diventi uno dei tanti consulenti tecnici.

c) Occorre poi tener conto del fatto che i servizi di mediazione sono distribuiti in modo diversificato sul territorio nazionale e che è necessario fare capo agli enti locali (come propone anche Pazè) per un monitoraggio dei bisogni (quante domande di separazione in un anno, quante richieste di revisione, quante domande ex L. 14/2001, che prevede anch'essa il ricorso alla mediazione, ecc.) per un programma di più equa distribuzione di tali servizi sul territorio.

5.3. Ritengo anche necessario che il centro di mediazione sia collegato ad un servizio sociale comunale o ad un consultorio familiare o che, in ogni caso o almeno nei casi in cui la mediazione non ha una conclusione positiva, sia in grado di fornire al Tribunale un minimo di informazioni sulla famiglia che si separa, in modo da evitare che l'udienza presidenziale si svolga al buio, come avviene oggi.

5.4. E' necessario, infine, realizzare un collegamento normativo ulteriore di questa materia con la L.154/2001 di contrasto alla violenza nelle relazioni familiari. Ciò al duplice scopo di assicurare al giudice una conoscenza globale della vicenda e che sia eventualmente lo stesso giudice ad occuparsi di tutte.

6. Un possibile percorso operativo prima del giudizio di separazione.

Prospetto conclusivamente un possibile percorso operativo da proporre per l'iter del giudizio di separazione, tenendo conto del fatto che tra proposizione della domanda di separazione ed udienza presidenziale vi è un intervallo di tempo spesso lungo alcuni mesi, che è pericolosissimo per il

futuro della separazione, perché, in assenza di qualunque disciplina, le tensioni ed i conflitti tra i genitori aumentano a dismisura. Non a caso non raramente i separandi tentano percorsi alternativi, rivolgendosi ai tribunali minorili, perché intervengano con una disciplina temporanea in attesa dell'udienza presidenziale.

La mia proposta si articola nei seguenti punti: A) non appena proposto il ricorso per separazione, il presidente del tribunale dovrebbe inviare all'ufficio per la mediazione una richiesta di convocare ed ascoltare i coniugi separandi allo scopo di favorire la presa di coscienza da parte loro della necessità di una condivisione nella decisione sulle modalità della separazione e per preparare insieme un progetto educativo; ma anche allo scopo di consentire la redazione di un'inchiesta psico-sociale, che consenta al giudice di disporre al momento dell'udienza presidenziale delle informazioni-base (composizione familiare, eventuali attività lavorative dei genitori, età dei figli, i loro impegni, l'impiego del tempo libero, ecc.) per la decisione sull'affidamento provvisorio. I coniugi possono rifiutarsi di collaborare e non si potrà far luogo alla mediazione, ma l'ufficio richiesto dovrà in ogni caso trasmettere tempestivamente la relazione psico-sociale. B) Contemporaneamente all'invio della richiesta indicata al capo A) il presidente fisserà la data dell'udienza presidenziale, di cui darà notizia anche al servizio per la mediazione, che dovrà rispondere alle richieste viste almeno 15 giorni prima di tale data. Se dalle indagini espletate il servizio dovesse trarre la convinzione che è urgente fissare l'udienza presidenziale, ne darà notizia al presidente che anticiperà la data dell'udienza presidenziale anche d'ufficio. Analoga iniziativa verrà ovviamente assunta anche su istanza di parte.

7. La Convenzione di Strasburgo ed il ruolo del figlio minore nel giudizio di separazione.

Passando ora ad esaminare il ruolo del figlio minore nella proposta Paniz, bisogna convenire che esso è deludente, perché l'impressione generale è che la proposta stessa sia ispirata piuttosto ad una cultura adultocentrica tesa a riequilibrare i rapporti tra i genitori e, quindi, ad un adulto-centrismo illuminato, perché ispirato alla bigenitorialità, che non ad una revisione del ruolo del figlio minore. Lo conferma il fatto che i rapporti genitori-figlio continuano a rientrare nell'ambito del concetto di potestà dei genitori sul figlio e, quindi, di una soggezione del figlio a tale potestà e non in quello di responsabilità genitoriale. Inoltre non si parla affatto dell'ascolto del figlio minore e si ignorano i principi fondamentali affermati dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 1/2002, per i quali il minore è parte del processo, deve essere ascoltato ed il suo punto di vista deve essere tenuto in debito conto nella decisione.

7.1. Va poi aggiunto che, com'è noto, con la legge 20 marzo 2003 n. 77 (pubblicata nel suppl. ord. alla Gazzetta Ufficiale del 18/4/03) è stata data esecuzione in Italia alla Convenzione europea di Strasburgo del 25/1/1996 sull'esercizio dei diritti dei minori a decorrere dal primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi decorrente dalla data di deposito dello strumento di ratifica. L'art. 1, comma 4, di questa Convenzione stabilisce che, al momento della firma o al momento del deposito dello strumento di ratifica, ogni Stato deve indicare almeno tre tipi di procedimenti familiari davanti ad un'autorità giudiziaria ai quali essa sarà applicata.

E' necessario sapere quali procedimenti siano stati o saranno indicati, ma sarebbe davvero grave che tra essi non ci fosse il giudizio di separazione tra coniugi. Ciò tanto più in quanto il precedente terzo comma dello stesso articolo dispone che, ai fini della Convenzione, i procedimenti giudiziari che riguardano i bambini sono i procedimenti familiari, segnatamente quelli che riguardano l'esercizio della responsabilità dei genitori ed in particolare la residenza ed il diritto di visita ai bambini. Il che comporta, mi sembra, un esplicito riferimento al procedimento di separazione coniugale, a quello di divorzio ed a quello ex art. 330 - 333 cod. civ. .

Se così è, questa riforma potrebbe essere l'occasione, perché la Convenzione di Strasburgo, ratificata con un testo di legge troppo sintetico e sbrigativo, possa trovare un più ampio inserimento nel nostro ordinamento giuridico.

In questa prospettiva alcune modificazioni ed integrazioni normative sono indispensabili:

7.1.1. Occorre anzitutto che, come propone anche Pazè e come risulta dalla Convenzione di Strasburgo (art. 1, comma 3) che accenna all'esercizio della responsabilità dei genitori, il termine "potestà" scompaia dalla proposta di riforma e sia sostituito dal termine "responsabilità".

7.1.2. E' poi indispensabile che sia espressamente previsto l'ascolto del figlio minore. In proposito bisogna tenere presente che, mentre il testo unificato Paniz non ne fa alcun riferimento, invece l'art. 15 bis del testo governativo contenente emendamenti al testo unificato di riforma della giustizia minorile (A.C. 2517) parla a proposito della riforma dell'art. 336 cod. civ. di "ascolto del minore di anni quattordici in forma protetta".

Bisogna invece tener conto di quanto dispone la Convenzione di Strasburgo che, all'art. 6, lettere b e c, stabilisce che l'Autorità giudiziaria, prima di prendere una decisione, deve accertare che il bambino, considerato dalla legge come avente sufficiente discernimento, abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti e deve poi consultarlo, nei casi che lo richiedano, "di persona, se necessario in privato oppure tramite persone o organismi, in forma adeguata al suo discernimento, a meno che ciò non sia manifestamente contrario all'interesse superiore del bambino, e permettergli di esprimere la sua opinione", e inoltre "tener nel debito conto l'opinione da lui espressa". Avrei quindi qualche dubbio sull'opportunità di introdurre qui l'ascolto protetto del minore (auspicato invece, se non erro, da Pasquale Andria con riferimento al citato art. 15 bis). Richiamo qui l'articolato di Pazè allegato con riferimento ai testi da lui proposti dell'art. 155 cod. civ. e dell'art. 336 cod. civ. .

Aggiungo anche che, a mio avviso, sarebbe opportuno che la previsione contenuta nella Convenzione che l'autorità giudiziaria può consultare il bambino di persona in privato, se necessario, oppure tramite persone o organismi in forma adeguata al suo discernimento, fosse esplicitamente introdotta nella legge di riforma.

7.1.3. L'art. 8 della Convenzione di Strasburgo stabilisce che "nei procedimenti che riguardano un minore l'autorità giudiziaria ha il potere, nei casi gravi determinati dalla legge nazionale, nei quali il benessere del bambino sia minacciato, di procedere d'ufficio". Ritengo che, alla luce di questa disposizione, vada tenuto fermo, nel testo riformato, il disposto dell'attuale art. 336, terzo comma, cod. civ. per il quale "in caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio" e che, anzi, la previsione dell'iniziativa officiosa vada estesa all'intero procedimento di decadenza dalla responsabilità di genitore e non limitata ai soli provvedimenti temporanei ed urgenti, in conformità alla disposizione della convenzione. Si deve ritenere infatti che la tutela dei diritti dei minori debba essere, in casi tanto gravi, privilegiata rispetto al principio dell'iniziativa di parte, sia pure di parte pubblica.

In questa sede deve essere affrontato anche un altro problema determinatosi in giurisprudenza e che merita l'attenzione del legislatore. Il problema è quello riguardante le situazioni "comunque pregiudizievoli" per il figlio minore, previste dall'art. 333 cod. civ. Com'è noto, è orientamento affermato dalla Cassazione che, in pendenza di giudizio di separazione coniugale e anche dopo la definizione di un tale giudizio, il tribunale per i minorenni adito per un intervento tutorio debba dichiarare la propria incompetenza: sarà il tribunale ordinario, in sede di giudizio di separazione, a provvedere anche a questo riguardo e, probabilmente, se il giudizio di separazione dovesse essere stato già definito, con la promozione di un giudizio di revisione delle condizioni della separazione. Se è vero che con l'eventuale abolizione dei tribunali per i minorenni viene meno il possibile conflitto di competenza, è tuttavia anche vero che comunque, perpetuandosi in tali casi la competenza del giudice della separazione, il minore sarebbe meno tutelato. Infatti in tal caso l'iniziativa giudiziaria competerebbe solo alle parti private, cioè a quei genitori che hanno dato luogo alla situazione di pregiudizio in danno del figlio e che, ovviamente, potrebbero non avere alcun interesse (o non avere le condizioni economiche) per dar vita ad un ennesimo giudizio.

Perciò è qui necessaria una specifica disciplina normativa, che ripristini l'iniziativa del p.m. per tutti i casi di situazioni pregiudizievoli per i minori, anche nel caso in cui vi sia stato o vi sia un giudizio di separazione tra i genitori.

7.1.4. Altra questione non modesta riguarda la sede in cui tali procedimenti debbano aver luogo. Sarebbe in sostanza necessario che la sede delle sezioni specializzate per minori e famiglia (nel caso dell'istituzione del tribunale per la famiglia e per il minore il problema non esisterebbe) sia distinta da quelle delle altre attività del tribunale ordinario, per evitare la promiscua presenza di bambini da ascoltare in questi giudizi (o di processi penali a carico di minorenni) e quella di malavitosi, per i quali, nella stanza accanto, si svolge il giudizio in corte d'assise per gravi delitti.

7.1.5. Va anche inserita nel testo della riforma una disposizione che imponga al giudice di procedere rapidamente ed evitare inutili ritardi e che assicuri una rapida esecuzione delle decisioni, come dispone l'art. 7 della Convenzione di Strasburgo. Ciò comporta anche lo studio del problema dell'esecuzione delle decisioni: se cioè esse debbano essere lasciate all'iniziativa delle parti private anche quando – pur nell'ambito del giudizio di separazione – comportino interventi a tutela di minori in situazione di pregiudizio, oppure se la loro esecuzione debba essere d'ufficio ed effettuarsi sotto la direzione del giudice del procedimento, quando il giudizio sia pendente, o del giudice tutelare, quando il giudizio si sia concluso.

7.1.6. Deve trovare spazio anche una disposizione che attui l'art. 4 della Convenzione di Strasburgo, in modo che sia consentito al minore di chiedere la nomina di un curatore speciale, quando vi sia un conflitto d'interessi tale da renderlo necessario, e che una tale nomina possa essere effettuata in tali casi anche direttamente dal giudice (art. 9).

7.1.7. L'art. 13 della Convenzione prevede il ricorso alla mediazione per risolvere i conflitti e raggiungere l'accordo. Così è previsto nel nuovo testo unificato proposto dall'on. Paniz, ma è limitato al solo giudizio di separazione, mentre andrebbe esteso a tutti i giudizi familiari.

7.1.8. L'art. 14 della Convenzione prevede quella forma moderna di gratuito patrocinio che è l'aiuto giudiziario. Essa deve trovare spazio nella riforma anche in attuazione di quanto dispone l'art. 5 della stessa Convenzione, che riconosce il diritto ai minori di esercitare le prerogative derivanti dall'essere parte in questi procedimenti ed il diritto di chiedere personalmente o tramite altre persone (curatore speciale) la nomina di un avvocato (art. 5 lett. b. e d.).

Non è possibile che sia riconosciuto al minore il diritto di essere assistito da un difensore a spese dello Stato nei procedimenti ex art. 336 cod. civ. e non in quelli di separazione tra coniugi, quando la Corte Costituzionale riconosce al figlio minore anche per questi giudizi il ruolo di parte processuale.

8. Il problema dell'assegnazione della casa coniugale e quello del mantenimento diretto.

Per quanto riguarda il problema relativo all'assegnazione della casa coniugale, mi riporto alle indicazioni di Piercarlo Pazè, salvo stabilire o no che il giudice, ai fini della determinazione dell'obbligo di mantenimento, debba tenere conto di tale assegnazione. In proposito ricordo che, mentre il primo testo unificato Paniz prevedeva che "...il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'esigenza di rendere minimo il disagio dei figli....". Il vantaggio che ne consegue per l'assegnatario deve essere adeguatamente valutato nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori...", il nuovo testo unificato Paniz non fa alcun riferimento a questa questione.

Per quanto riguarda la disciplina del mantenimento, condivido l'articolato Pazè.

9. Il regime delle sanzioni in caso d'inadempienza.

Condivido la previsione di un regime di sanzioni per l'inadempienza delle disposizioni che disciplinano la separazione ed in particolare quelle del pagamento di una pena pecuniaria a carico dell'inadempiente. Ritengo solo di dover aggiungere che esiste il rischio che il sistema delle impugnazioni possa ritardare e nella sostanza vanificare l'efficacia della disposizione. E' perciò necessario prevedere che le impugnazioni siano decise entro un termine molto breve.

Credo opportuno, anche, che vada prevista con puntualità la sanzione da infliggere nel caso in cui l'inadempiente, condannato al pagamento di un'ammenda, non provveda a versare la somma a cui è stato condannato: ritengo che sarebbe opportuno sottolineare il carattere penale della sanzione, aggiungendo al testo Paniz (art. 709.....): " nel caso in cui la pena dell'ammenda non sia eseguita, si applicano le disposizioni degli artt. 102 e segg. L. 24/11/1981 n. 689". Penso infine che l'entità dell'ammenda sia molto modesta e che la somma di 5.000 euro prevista come sanzione massima andrebbe congruamente aumentata.

Allegato 1: articolato redatto da Piercarlo Pazè sul testo unificato Paniz 1

PROPOSTE DI EMANDAMENTI AL TESTO UNIFICATO ELABORATO DAL RELATORE DI NUOVE NORME IN MATERIA DI SEPARAZIONE E AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI

Emendamenti all'art. 1 del testo unificato

Dopo l'art. 151 del codice civile è introdotto il seguente articolo

Art. 152. - (Mantenimento delle funzioni parentali)

Il figlio ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Per realizzare tali finalità anche dopo lo scioglimento del matrimonio o la separazione personale dei coniugi o quando i genitori naturali non convivono l'esercizio della responsabilità genitoriale di norma è attribuita ad entrambi i genitori. Nell'interesse del minore e per evitare condizioni di pregiudizio tale esercizio può essere attribuito ad uno solo dei genitori o, in ipotesi di inadeguatezza grave di entrambi i genitori, anche a un terzo scelto di preferenza fra i parenti entro il terzo grado del minore.

Si propone di spostare, in una sede più propria e con una formulazione più adeguata, il contenuto dei primi due commi dell'art. 155 del testo unificato.

In questo modo si evidenziano dei principi che valgono per tutte le situazioni, di genitori conviventi o che non convivono (separazione giudiziale, separazione consensuale, divorzio, separazione di fatto, genitori naturali non conviventi).

L'art. 155 del testo unificato è sostituito dal seguente testo:

Art. 155. – (Provvedimenti riguardo al figlio).

Il giudice, pronunciando la separazione, dispone per l'attribuzione della responsabilità genitoriale e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valutati gli accordi intercorsi fra i genitori e l'opinione del figlio che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore in considerazione della sua età di discernimento.

Il giudice statuisce sull'esercizio della responsabilità conformemente a quanto è prescritto nell'art. 152, dispone i tempi e le modalità della presenza del figlio presso ciascun genitore e determina la misura e il modo con cui ciascun genitore deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione del figlio.

I fratelli, salvo gravi ragioni, non devono essere divisi fra loro.

Il giudice, quando l'esercizio della responsabilità è condiviso fra entrambi i genitori, dispone circa l'amministrazione dei beni del figlio e il godimento dell'usufrutto legale.

Il giudice può attribuire l'esercizio della responsabilità a un terzo solo dopo averlo sentito ed avere acquisito il suo consenso. Si applica per la responsabilità del terzo l'art. 5, commi 1 e 5, della legge 4 maggio 1983, n. 184..

Oltre ad una migliore formulazione, il testo proposto:

- a. impone al giudice di ascoltare il figlio e di tenere conto della sua opinione, salva la possibilità di deliberare diversamente, come dispone l'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989;*
- b. esprime l'esigenza che di norma i fratelli non siano divisi;*
- c. impone al giudice di ascoltare sempre il terzo che potrebbe assumere la responsabilità del figlio in caso di grave inadeguatezza di entrambi i genitori.*
- d. esclude la possibilità di un affidamento, con caratteri tendenziali di definitività, ad una comunità di tipo familiare, privando il figlio del diritto a crescere in una famiglia;*

Emendamenti all'art. 2 del testo unificato

Il testo dell'art. 155-bis del testo unificato è sostituito dal seguente testo:

Art. 155-bis. – (Modalità di attuazione della responsabilità condivisa)

Quando la responsabilità è condivisa fra entrambi i genitori, le decisioni di maggiore importanza sono sempre assunte congiuntamente. Per questioni specifiche il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità separatamente, disciplinandone l'attribuzione tenuto conto delle loro specifiche attitudini e capacità, del grado di collaborazione ipotizzabile fra di loro, delle abitudini consolidate nel periodo della convivenza e dell'opinione del figlio.

Qualsiasi sia il regime della responsabilità genitoriale, i genitori devono concordare fra di loro le iniziative riguardanti la salute e le scelte scolastiche ed educative. In caso di urgente necessità il genitore presente esprime il consenso informato per il figlio per i trattamenti sanitari che lo richiedono.

In caso di disaccordo fra i genitori, si applica l'art. 316, comma 4°.

Ciascuno dei genitori mantiene l'ordinaria responsabilità di mantenimento, istruzione ed educazione per il tempo in cui il figlio è presente con lui ed ha l'obbligo di astenersi da atti o comportamenti volti a impedire, ostacolare o limitare i contatti del minore con l'altro genitore quali disciplinati.

Il comma 1° del testo unificato è soppresso perché superfluo.

Il comma 3° del testo unificato è soppresso per il suo inaccettabile contenuto maschilista oltre che per la difficile applicabilità che può alimentare ancora di più i conflitti.

Per sede sono inoltre trasferiti qui alcuni dei contenuti dell'art. 155 quinquies del testo unificato e si è introdotta una specificazione per il consenso informato per trattamenti sanitari indifferibili.

L'art. 155-ter del testo unificato è soppresso.

L'art. 155-ter, oltre ad essere logorroico nella forma, è inutile perché in corso di causa le parti possono già proporre in ogni momento le loro istanze e il giudice può in ogni momento modificare le precedenti deliberazioni.

L'art. 155-quater del testo unificato è così sostituito

Art. 155-quater (Assegnazione della casa familiare)

In caso di disaccordo, il giudice provvede alla assegnazione della casa coniugale determinando il termine entro il quale il coniuge non assegnatario deve lasciarla.

L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al coniuge presso cui il figlio, anche maggiore di età, ha la residenza principale o, in caso in cui non vi siano figli conviventi, al coniuge economicamente più debole.

Le modifiche:

- a. aboliscono l'obbligo di mantenere la dimora di un coniuge vicino a quella dell'altro, che appare di dubbia costituzionalità in relazione all'art. 16 della Costituzione e di difficile applicabilità (chi dei coniugi deve avvicinarsi all'altro? non è più possibile un trasferimento per motivi di lavoro o per stare con il nuovo compagno o compagna?);*
- b. generalizzano l'obbligo del giudice di provvedere, in caso di disaccordo, per l'assegnazione della casa coniugale, che oggi la giurisprudenza ritiene possibile solo in presenza di figli, con la conseguenza che spesso i coniugi separati continuano a convivere perché nessuno di essi si allontana.*

L'art. 388, comma 2°, cod. pen. è così sostituito:

La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerne l'obbligo del coniuge di lasciare la casa coniugale o l'affidamento di minori o di altre persone incapaci ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

La modifica si impone, perché lo strumento penale rafforzi l'effettività dell'adempimento dell'obbligo del coniuge non assegnatario di lasciare la casa coniugale, senza che si debba ricorrere a costose procedure esecutive. La procedibilità a querela consente la sua remissione quando l'altro coniuge adempia.

L'art. 155-quinquies del testo unificato è soppresso

Le sue prescrizioni essenziali sono già contenute nel testo proposto qui sopra dell'art. 155, mentre per il resto la norma è inutile.

L'art. 155-sexies del testo unificato è così sostituito

Art. 155-sexies (Obblighi di mantenimento)

Nel determinare la misura e il modo con cui un coniuge corrisponde un contributo all'altro coniuge per il suo mantenimento e per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio si tiene conto del costo del mantenimento valutato su base oggettiva in relazione alle responsabilità attribuite, del reddito di ciascun coniuge, dell'età e dei bisogni di ciascun figlio, dei periodi di presenza del figlio con ciascun coniuge e del vantaggio che consegue per un coniuge dall'assegnazione della casa coniugale.

Nel fissare la misura dell'assegno di mantenimento relativo al figlio il giudice determina anche un criterio di adeguamento automatico dello stesso, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria.

Il giudice, su richiesta del coniuge cui spetta la corresponsione periodica di un assegno per se o per il figlio, dispone che i terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme al coniuge obbligato versino direttamente l'importo dell'assegno al coniuge cui questo spetta. Si applica l'art. 8, commi da 4 a 7, della legge n. 898/1970.

Il nuovo testo:

- a. esclude la distinzione fra mantenimento diretto e indiretto, che può dare origine a nuove conflittualità;*
- b. specifica i criteri principali per la determinazione dell'assegno di mantenimento e, in particolare, indica che del vantaggio del godimento della casa coniugale, specie se è di proprietà dell'altro coniuge, deve tenersi conto agli effetti delle determinazioni di mantenimento;*
- c. dispone che a richiesta il coniuge più debole ottenga la corresponsione dell'assegno di mantenimento direttamente dal datore di lavoro dell'altro coniuge, evitando passaggi diretti dell'assegno fra i coniugi nei periodi più conflittuali della separazione e della post-separazione, con i relativi inadempimenti;*
- d. introduce, come per il divorzio, l'obbligo della clausola di adeguamento automatico alla rivalutazione.*

L'art. 155-septies del testo unificato è soppresso.

Si tratta di una norma inutile.

L'art. 155-octies del testo unificato è soppresso.

E' importante prevedere l'estensione delle norme sulla responsabilità verso i figli e, in particolare, sul loro mantenimento alla filiazione naturale, ma non è corretto applicare per questo la procedura della separazione personale fra coniugi. Si propone perciò su tale punto una disciplina più spedita, ma più garantita rispetto a quella attuata oggi del tribunale per i minorenni, che preveda lo spostamento della competenza al tribunale ordinario e la vigilanza del giudice tutelare, negli emendamenti all'art. 6 del testo unificato (vedi oltre) degli artt- 317 bis, 336 e 337 e dell'art. 38 disp. att. cod. civ.

L'art. 155-novies del testo unificato è soppresso e al suo posto si propone l'art. 316-bis

Art. 316 bis. – (Doveri dei genitori verso il figlio oltre la maggiore età).

I genitori devono continuare a mantenere il figlio, ad accoglierlo nella loro casa e a provvedere per la sua istruzione anche oltre l'età maggiore e fino a che il figlio sia autonomo e in ogni caso quando il figlio non sia autosufficiente o lo diventi.

La disposizione sull'obbligo di mantenimento del figlio maggiore di età non economicamente autonomo deve essere sistematicamente collocata nell'art. 316 bis. Non è accettabile come regola la corresponsione dell'assegno direttamente al figlio maggiore di età mentre oggi questo è già possibile.

Emendamenti all'art. 3 del testo unificato

L'art. 709, comma 1°, codice procedura civile rimane nell'attuale testo e le norme dell'art. 709 del testo unificato si agguinano come commi successivi dello stesso art.

La norma attuale è corretta e non si vede perché dovrebbe essere soppressa.

L'art. 709-bis, comma 1, del testo unificato è così sostituito.

Art. 709-bis. – (Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni).

In caso che nel corso del giudizio risultino inadempienze o violazioni gravi o ripetute da parte di un genitore delle modalità relative all'esercizio della responsabilità stabilite dal presidente o dal giudice istruttore o qualora uno dei genitori attui comportamenti volti a impedire, limitare o ostacolare i contatti del minore con l'altro genitore, il giudice, su istanza dell'altro genitore, dispone la comparizione personale delle parti e del figlio che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore in considerazione della sua età di discernimento e adotta, all'esito, i necessari provvedimenti.

Oltre ad una correzione terminologica, si introduce l'obbligo di sentire il figlio come è disposto dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

L'art. 709-ter del testo unificato è sostituito dalla modifica dell'art. 337 del codice civile

Art. 337. – (Vigilanza del giudice tutelare)

Il giudice tutelare deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale ordinario o il tribunale per i minorenni abbiano stabilito per l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Quando viene a conoscenza di violazioni gravi e ripetute da parte di un genitore delle modalità relative all'esercizio della responsabilità genitoriale stabilite dal tribunale o concordate con la separazione consensuale o qualora uno dei genitori attui comportamenti volti ad impedire, limitare o ostacolare i contatti del minore con l'altro genitore, e non pende un giudizio per la modifica delle modalità determinate o convenute per lo svolgimento della responsabilità genitoriale, il giudice tutelare, di ufficio o su ricorso di uno dei genitori o del pubblico ministero, dispone la comparizione dei genitori avanti a sé per un tentativo di conciliazione.

Ove la conciliazione non riesce, egli adotta alcuni dei provvedimenti di cui ai capi a), c), d) e) dell'art. 709 bis del codice di procedura civile. Inoltre informa il pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni quando le violazioni riguardino un provvedimento del tribunale per i minorenni.

Più che introdurre un articolo 709-ter, si tratta di specificare e modificare una disposizione che già esiste, l'art. 337 codice civile; raccogliendo per il resto il contenuto del testo unificato non è però possibile che il giudice tutelare modifichi anche le modalità di affidamento, quasi come giudice di appello della separazione.

Al comma 1° dell'art. 710 del codice di procedura civile è aggiunto il seguente comma 1-bis
Nel caso che la responsabilità del figlio sia stata attribuita ad un terzo e questi per qualsiasi causa non possa proseguire nel suo compito, la modifica dei provvedimenti relativi alla responsabilità del figlio, anche il terzo affidatario o il pubblico ministero possono chiedere, con le forme dei provvedimenti in camera di consiglio, la modifica della disciplina della responsabilità per il figlio.

La disposizione è rivolta a consentire la revisione delle disposizioni sui figli la cui responsabilità sia stata attribuita a terzi, per gravi negligenze dei genitori, quando i genitori non si attivino.

Il comma 2° dell'art. 710 del codice di procedura civile è così sostituito
Il tribunale, sentite le parti, l'eventuale terzo affidatario e il figlio che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore in considerazione della sua età di discernimento, provvede all'eventuale ammissione e assunzione dei mezzi istruttori e, all'esito, adotta i necessari provvedimenti.

La disposizione introduce l'ascolto del terzo affidatario e del figlio.

Il comma 5 dell'art. 711 codice procedura civile, quale proposto dal testo unificato, è soppresso.

Si tratta di una disposizione pletorica ed inutile, perché in ogni caso il giudice deve verificare che la separazione consensuale corrisponda ai principi di cui all'art. 152 (nella formulazione sopra proposta)

Emendamenti all'art. 4 del testo unificato

Occorre specificare chi istituisce i centri familiari polifunzionali (enti locali? Loro consorzi? Stato?) e su quale capitolo del bilancio devono essere finanziati.

Emendamenti all'art. 5 del testo unificato

L'art. 147 del testo unificato è sostituito dal seguente

Art. 147. – (Responsabilità verso i figli)

Dalla filiazione discende la responsabilità di entrambi i genitori in ordine al loro diritto e dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni degli stessi.

La proposta adegua l'art. 147 all'art. 32, comma 1°, della Costituzione, dichiarando che la responsabilità di mantenere, istruire ed educare i figli è diritto e dovere dei genitori. La dottrina giuridica evidenzia che nel nostro ordinamento dalla potestà sui figli si è passati alla responsabilità verso i figli. Come momento conclusivo di questo percorso deve essere introdotto espressamente nella legislazione il termine responsabilità, che è più corretto rispetto a quello di potestà ereditato dalla tradizione romanistica. Questa affermazione generale di una responsabilità dei genitori è particolarmente importante per quando, per varie cause, i genitori non convivono più.

Emendamenti all'art. 6 del testo unificato

Il titolo IX del libro I è così sostituito: “Della responsabilità dei genitori”.

Negli artt. 317, 318, 320, 321 e in tutte le altre disposizioni del codice civile, del codice penale e delle leggi speciali la parola potestà riferita alla potestà genitoriale è sostituita dalla parola responsabilità.

Si propone la sostituzione della nozione di potestà genitoriale con quella di responsabilità genitoriale; sulle ragioni vedi sopra sub art. 147.

L'art. 316 è così sostituito

Art. 316. – (Esercizio della responsabilità dei genitori).

I genitori esercitano la responsabilità sul figlio sino all'età maggiore o all'emancipazione.

La responsabilità è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori.

(I commi 3° e 4° rimangono immutati)

Il giudice sentiti i genitori e il figlio che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore in considerazione della sua età di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio o dell'unità familiare. Se il contrasto permane, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

Si tratta di un adeguamento dell'ascolto del figlio alla disposizione dell'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

L'art. 317-bis del testo unificato è sostituito dal seguente testo:

Art. 317 bis – (Esercizio della responsabilità sul figlio naturale)

I genitori che hanno riconosciuto il figlio naturale hanno la responsabilità su di lui.

Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della responsabilità spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi. Si applica la disposizione dell'art. 316.

Se i genitori non convivono, essi si accordano perché l'esercizio della responsabilità spetti congiuntamente ovvero al genitore con cui il figlio convive. In caso di disaccordo fra loro il giudice disciplina l'esercizio della responsabilità sul figlio e il contributo per il suo mantenimento secondo quanto disposto per la separazione personale negli artt. 152 e e 155.....(vedi norme di richiamo nel testo definitivo)

Si tratta di un adeguamento dell'art. 317-bis ai principi nuovi stabiliti dalla legge di riforma.

In particolare viene abrogata la disposizione (in sostanza disapplicata) che quando si esclude dall'esercizio della potestà entrambi i genitori naturali si provvede alla nomina del tutore, che è anacronistica perché:

- a. *figura solo quando si affidano a terzi i figli naturali e non quando si affidano a terzi i figli di persone legate (o già legate) dal vincolo del matrimonio; invero anche il testo originario dell'art. 6, comma 3, legge n. 898/1970 prevedeva che nel divorzio, in determinate condizioni, il tribunale ordinario potesse nominare al minore un tutore "indipendentemente dal verificarsi di fatti che costituiscano motivi di decadenza dalla patria potestà", ma tale disposizione è stata abrogata con la riforma della legge 6 marzo 1987 n. 74;*
- b. *in questo unico caso la nomina del tutore (e l'apertura della tutela) conseguono all'esclusione dall'esercizio della potestà del genitore, mentre la nomina del tutore consegue negli altri casi alla decadenza o sospensione dalla titolarità della potestà;*
- c. *è inaccettabile che per il figlio naturale il giudice possa procedere a nomina di tutore al di fuori di ogni criterio, come continua a ripetere anche il testo unificato che modifica il secondo comma dell'art. 317;*
- d. *non è assolutamente necessario procedere a nomina di tutore perché, quando la responsabilità del figlio è attribuita a terzi (nella separazione personale, nel divorzio, nell'affidamento del figlio naturale) i terzi hanno già i poteri degli affidatari, mentre i genitori dall'esterno mantengono le relazioni familiari, nello spirito e nel contenuto dell'attuale riforma.*

L'art. 336 del codice civile è sostituito dal seguente testo:

Art. 336. – (Procedimento)

I provvedimenti di cui agli artt. 317 bis e da 330 a 335 sono adottati su ricorso al giudice competente per territorio di uno dei genitori, del figlio che abbia compiuto gli anni sedici, dei parenti o del pubblico ministero.

Nel ricorso sono indicati il nome e cognome e la residenza dei genitori, dell'eventuale tutore e dei figli, sono esposti i fatti su cui la domanda è fondata e i testi che si chiede di sentire, sono elencati i documenti eventualmente allegati.

Il presidente fissa con decreto in calce al ricorso udienza di comparizione delle parti e delle persone che devono essere ascoltate avanti al tribunale. Il decreto deve contenere l'informazione che le parti private hanno diritto di farsi assistere da un difensore, di indicare persone informate e di produrre documenti e che possono in qualsiasi momento prendere conoscenza degli atti del procedimento.

Il ricorso con il decreto del presidente è notificato a cura della cancelleria del giudice che procede ai genitori e al figlio che abbia almeno sedici anni e comunicato al pubblico ministero. Il presidente può disporre che la notifica sia fatta dall'autorità di polizia.

Il tribunale sente in camera di consiglio entrambi i genitori, il figlio che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore in considerazione della sua età di discernimento, le persone informate indicate dalla parti e, se vi sono, il tutore, il curatore speciale, l'affidatario e il responsabile della comunità che accoglie il figlio. Può inoltre disporre l'ascolto di altre persone informate o degli operatori del servizio sociale locale.

Le parti possono conoscere e avere in copia ogni atto del procedimento

Il tribunale, sentiti il pubblico ministero e i difensori nominati dalle parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato.

In caso di urgente necessità il tribunale può adottare nell'interesse del figlio, prima della notifica del ricorso e dell'udienza di comparizione delle parti, provvedimenti cautelari temporanei, determinandone la durata. Il tribunale deve entro trenta giorni confermare, modificare o revocare tali provvedimenti, dopo avere sentiti in camera di consiglio le parti interessate e il figlio che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore in considerazione della sua età di discernimento e, se vi sono, il tutore, il curatore speciale, l'affidatario e il responsabile della comunità che accoglie il figlio e assunte eventualmente informazioni da persone informate o dal servizio sociale locale. I provvedimenti cautelari temporanei decadono al trentesimo giorno dal deposito se entro tale termine non sono confermati, modificati o revocati.

I decreti di cui ai commi che precedono sono comunicati alle parti e al pubblico ministero con la motivazione.

Questa modifica:

- a. si impone per introdurre delle regole minime per i procedimenti di cui all'art. 317-bis;*
- b. costituisce un adeguamento alle regole minime stabilite nella sentenza n. 1/2002 della Corte costituzionale per le procedure del tribunale per i minorenni alle regole del processo giusto, che*

L'art. 38 disposizioni di attuazione codice civile è così modificato

Art. 38 - Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli artt. 250, 252, 330 e 333.

Sono di competenza del giudice tutelare i provvedimenti contemplati dagli artt. 84, 262, 316.

La modifica è rivolta a:

- a. l'attribuzione ad un unico giudice, il tribunale ordinario, delle decisioni sulla responsabilità dei genitori naturali per i figli mentre oggi i genitori naturali devono adire il tribunale per i minorenni ex art. 317 bis per la disciplina della potestà e il tribunale ordinario per la disciplina del mantenimento;*
- b. l'unificazione nel tribunale ordinario dei procedimenti in materia di responsabilità per i figli quando i genitori non convivono (separazione o divorzio o loro modifiche, attribuzione delle responsabilità per il figlio naturale);*
- a. il trasferimento dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario dei procedimenti di ordine patrimoniale e di stato delle persone relativi al figlio;*
- b. il trasferimento dal tribunale per i minorenni al giudice tutelare, più prossimo al territorio e dotato di una specializzazione già esercitata per competenze altrettanto importanti (autorizzazione delle minorenni all'interruzione anticipata della gravidanza, tutele dei minorenni, mediazione giudiziaria dle conflitto coniugale ex art. 317 bis) , dei procedimenti di ammissione anticipata dei minori al matrimonio, di attribuzione del cognome al figlio naturale, di controversia fra i genitori nell'esercizio della responsabilità sul figlio legittimo o naturale.*

Rimangono al tribunale per i minorenni, per la sua specifica competenza, i procedimenti di limitazione della potestà in situazioni di pregiudizio, di affidamento familiare, di riconoscimento di figlio naturale e di adottabilità.

Allegato 2: proposta testo unificato Paniz 2

AFFIDAMENTO CONDIVISO

(nuovo testo di sintesi)

Art. 1

Dopo l'art. 155 cod. civ., sono inseriti i seguenti:

Art. 155 bis (Prestazione del consenso)

Qualora uno dei coniugi chieda l'affidamento condiviso dei figli, il giudice interroga l'altro, per acquisire il suo consenso.

Ove il consenso sia prestato, il giudice provvede in conformità, applicando l'art. 155 ter.

Nel caso in cui il consenso sia negato, il giudice decide se disporre o meno l'affidamento condiviso, avendo come parametro di riferimento l'esclusivo interesse della prole e dando preferenza, in tutti i casi in cui ciò sia possibile, alla più ampia e piena realizzazione della bigenitorialità.

Il consenso, una volta prestato, è irrevocabile. L'affidamento condiviso può essere revocato dal giudice per gravi ragioni.

Art. 155 ter (Affidamento condiviso)

Con l'affidamento condiviso, la potestà genitoriale è esercitata congiuntamente dai genitori.

Ove ne ravvisi l'opportunità, il giudice può attribuire a ciascuno di essi sfere di competenze distinte, tenuto conto delle rispettive attitudini, delle abitudini pregresse e delle esigenze dei figli.

Nel provvedimento di affido, il giudice indica il luogo o i luoghi di abitazione dei minori affidati e stabilisce, in caso di necessità, i tempi e le modalità di presenza, accanto ad essi, di ciascun genitore.

Il giudice stabilisce altresì le modalità di mantenimento dei minori, privilegiando forme di mantenimento diretto e per capitoli di spesa.

Art. 2

Dopo l'art. 709 c.p.c., sono inseriti i seguenti:

Art. 709 bis c.p.c. (Camera di mediazione)

In tutti i casi in cui, pur nel dissenso di uno dei genitori, è disposto l'affidamento condiviso, nel relativo provvedimento deve essere inserito, d'ufficio o su comune indicazione dei coniugi, il nominativo di un centro o di un esperto di mediazione familiare

Le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvo i casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori, di rivolgersi, per la risoluzione dei conflitti insorti tra esse in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità dell'affido condiviso, al centro o alla persona indicata.

Ove la mediazione non produca risultati, le parti possono rivolgersi al giudice, come previsto dal successivo art. 709 ter.

Art. 709 ter c.p.c.

La competenza per la soluzione dei conflitti insorti tra i genitori in ordine all'esercizio della genitorialità spetta, qualora vi sia procedimento in corso, anche ex art. 710 c.p.c., al giudice dello stesso. In caso contrario essa spetta al giudice tutelare del luogo di residenza del minore.

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti ed adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o impediscano il corretto svolgimento dell'affidamento condiviso, egli può modificare i provvedimenti in vigore, sia in ordine al modello, che alle modalità di affidamento o può, in alternativa, applicare le seguenti sanzioni:

- a) ammonire il genitore inadempiente;
- b) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori nei confronti del minore;
- c) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro;
- d) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una pena pecuniaria, da un minimo di 25 euro, ad un massimo di 5000 a favore della Cassa delle Ammende..

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.

I provvedimenti assunti dal giudice tutelare nelle ipotesi di sua competenza possono essere impugnati con ricorso alla sezione per i minorenni della Corte d'Appello territorialmente competente.

Art. 3

Disp. att.

Gli articoli 155 bis e ter e gli articoli 709 bis e ter si applicano anche alle fattispecie di scioglimento del matrimonio o cessazione degli effetti civili di esso, di cui alla legge 898/70, nonché ai figli nati da coppie di fatto.