

# SENATO DELLA REPUBBLICA

— XIV LEGISLATURA —

**N. 1276**

## **DISEGNO DI LEGGE**

**d’iniziativa del senatore BUCCIERO**

**COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 21 MARZO 2002**

---

Nuove norme riguardanti il controllo del genitore non affidatario sulla prole minore nei procedimenti di separazione e divorzio. Regolamentazione dell’esecuzione coattiva dei provvedimenti di affidamento e regime di visite della prole minore con ampliamento delle funzioni del giudice tutelare

---

ONOREVOLI SENATORI. - Sin dalle precedenti legislature, vari progetti di legge presentati alle Camere, anche a seguito dalle istanze di autorevoli associazioni operanti su base nazionale, hanno proposto l'introduzione più o meno generalizzata dell'affidamento congiunto della prole minore per ordine del giudice, nei procedimenti di separazione personale o divorzio. La dottrina, la giurisprudenza ed anche l'avvocatura familiarista hanno però da tempo rilevato l'impraticabilità di tale opzione affidativa, ove sussista anche una seppur minima conflittualità tra i genitori, nonchè evidenziato come l'affidamento congiunto, laddove non scelto liberamente dalle parti, possa comportare l'effetto perverso di accentuare la conflittualità tra i genitori, anzichè attenuarla.

Nella corrente legislatura, in aggiunta alla riproposizione di siffatti progetti (cfr. atto Camera n. 2233, d'iniziativa degli onorevoli Lucidi e altri), se ne sono aggiunti altri, che, cercando di superare le preclusioni poste all'affidamento congiunto, hanno cercato di «costruire a tavolino», come soluzione affidativa generalizzata l'istituto dell'«affidamento condiviso» (in particolare cfr. atto Camera n. 66, d'iniziativa degli onorevoli Tarditi e altri).

Tuttavia tale istituto, proprio per essere nato da elaborazioni concettuali ed aprioristiche di operatori del metagiuridico, piuttosto che dalla realtà concreta e quindi dalla prassi giurisprudenziale, si connota come ambiguo, farraginoso e di difficilissima, se non utopica, applicazione pratica.

Infatti l'«affidamento condiviso», «*monstrum*» giuridico a metà tra il già bocciato affidamento congiunto e l'ancor più «famigerato» affidamento alternato, si rivela *ictu*

*oculi* come soluzione chimerica destinata *ab origine* al fallimento.

Tra l'altro chi propugna l'affidamento condiviso come soluzione generalizzata dei conflitti genitoriali dimostra di ignorare sia i principi istituzionali del diritto di famiglia, sia orientamenti giurisprudenziali ben consolidati.

L'affidamento del minore, nella separazione e nel divorzio, nasce infatti dall'esigenza, per lo Stato, in ossequio a principi fondamentali costituzionali di tutela del minore, di individuare con la massima esattezza il soggetto affidatario, che proprio verso lo Stato deve rispondere delle cure, dell'educazione, della condotta del minore.

Pretendere di «spezzare» l'esercizio della potestà in piccoli «segmenti» temporali ed operativi, da ripartirsi tra i due genitori, significa alimentare la confusione e la microconflittualità coniugale, a tutto danno del minore stesso.

Pretendere di abolire l'assegno per il concorso sul mantenimento del minore è un'aberrazione, perchè non si vede chi possa realmente controllare l'erogazione diretta delle varie contribuzioni, ripartite per «capitoli di spesa», per il minore.

Pretendere di introdurre a livello endoprocessuale centri di mediazione familiare o «centri familiari polifunzionali», che dir si voglia, significa disattendere - in omaggio a modaiole concessioni ad un dilagante «psicologismo» - i suggerimenti e le istanze da tempo espresse dall'avvocatura familiarista, che ha già più volte chiarito che la mediazione familiare può essere solo atto di libera scelta tra i coniugi e comunque mai endoprocessuale, perchè contrariamente rischia di creare pericolosi ricatti psicologici a carico del coniuge più debole («se non ti accordi

sei dalla parte del torto») e comunque di disattendere esigenze di giustizia veloce ed immediata, tanto che alla fin fine ben si giustificano fenomeni come l'introduzione della più o meno «pleonastica» recente legge 5 aprile 2001, n. 154 («Misure contro la violenza nelle relazioni familiari»).

Per tali motivi la citata proposta di legge-Tarditi è già stata ampiamente bocciata dall'avvocatura e dalla magistratura familiarista.

Il presente disegno di legge, già presentato il 26 novembre 1998, nel corso della XIII legislatura (atto Senato n. 3671), ed oggi ripresentato con alcune modifiche che non ne alterano la struttura, si sforza invece di fornire una risposta più pacata, meditata e responsabile alle istanze che hanno portato all'elaborazione dei detti progetti di legge in tema di affidamento congiunto o condiviso e che per lo più provengono da associazioni di genitori di sesso maschile. Tali istanze non vanno certo aprioristicamente sottovalutate.

Vi è primariamente da censurare la prassi giurisprudenziale che riduce a percentuali risibili gli affidamenti del minore al genitore di sesso maschile: percentuali che, tra l'altro, come da ultime statistiche, risultano essersi ulteriormente ridotte nell'ultimo quindicennio.

Ma nello specifico entra piuttosto in giuoco un profilo di necessaria sensibilizzazione dei giudici preposti, che parta da un rispetto delle «pari opportunità» in direzione diametralmente opposta a quella con il quale si intende tale locuzione, e cioè nel senso di fornire eguali possibilità al genitore di sesso maschile, in sede di scelta dell'opzione affidativa.

Inoltre si denuncia da più parti la difficoltà del genitore non affidatario nell'esercitare i poteri di controllo sull'andamento della vita del minore, che pure la legge gli attribuisce. Infatti l'attuale formulazione codicistica (articolo 155, terzo comma, del codice civile ed articolo 6, comma 4, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come modificato dalla legge 6 marzo 1987, n. 74), secondo quella

che è stata anche l'interpretazione giurisprudenziale, consente al più, in caso di disaccordo circa le decisioni riguardanti il minore, al medesimo genitore di adire il tribunale ordinario in camera di consiglio.

Tale procedimento, secondo la corrente interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, non può allo stato sfociare tuttavia in alcuna pronuncia che abbia carattere cogente, stante l'attuale formulazione dell'articolo 155 del codice civile, che attribuisce ordinariamente all'affidatario l'esercizio esclusivo della potestà genitoriale. Così come è congegnato, il combinato normativo scoraggia evidentemente il non affidatario dall'esercitare i suoi legittimi poteri, stante che il procedimento eventualmente avviato non può che concludersi con un mero invito all'affidatario, sprovvisto di ogni effetto coercitivo e positivo.

Vi è da chiedersi se l'esercizio esclusivo della potestà genitoriale non possa essere, seppur temporaneamente, disgiunto dall'affidamento e se, in altri termini, il collegamento necessariamente esistente tra l'esercizio esclusivo della potestà e l'affidamento non sia dogma suscettibile di essere superato, pur limitatamente a casi particolari e con carattere di temporaneità.

A parere del proponente la risposta può essere positiva, considerato che l'articolo 155, terzo comma, del codice civile, a ben vedere, consente al giudice di derogare a tale ordinario principio («salva diversa disposizione del giudice», ivi si legge).

Il tutto non è in contraddizione con le considerazioni negative già espresse sull'affidamento condiviso. Quivi si ritiene che la deroga agli ordinari principi che fanno coincidere l'affidamento con l'esercizio esclusivo della potestà debba avere carattere di «eccezionalità» e di «temporaneità».

A parte ciò, ulteriore problema lamentato dai non affidatari è quello della difficoltà di esercitare puntualmente il regime di visite sul minore, come regolamentato dal giudice

della cognizione, in mancanza di alcuna certezza del diritto sul punto.

L'ambigua formulazione dell'articolo 6, comma 10, della citata legge n. 898 del 1970, e successive modificazioni, che attribuisce al giudice del merito l'«attuazione» dei provvedimenti riguardanti la prole, non ha superato la diaspora giurisprudenziale sul punto, già preesistente all'innovazione. Tra l'altro l'ambigua dizione della norma non chiarisce se per «attuazione» debba intendersi esecuzione in senso stretto, come taluni giuristi hanno inteso, o invece semplice regolamentazione delle modalità attuative del provvedimento, senza alcuna incidenza sull'esecuzione vera e propria.

In costanza di tale equivoca formulazione, per quanto riguarda specificamente l'esecuzione coattiva dei provvedimenti riguardanti l'affidamento ed il regime di visite del minore, si è ritenuto, a secondo dell'estro del giudice adito, che competente potesse essere il medesimo giudice del merito (per esempio vi è una forte tendenza dei tribunali per i minorenni a rivendicare a se medesimi tali attribuzioni, in relazione a provvedimenti dagli stessi emessi), il giudice tutelare (che però, *rebus sic stantibus*, non ha per antica giurisprudenza il potere di intervenire in maniera cogente), ed ancora il pretore quale giudice dell'esecuzione che, secondo talune decisioni, andrebbe effettuata nella «forma per consegna».

In tale cervellotica congerie di organi giudicanti, il non affidatario si dibatte il più delle volte senza alcun positivo esito, di talchè può sovente solo sperare in un tempestivo intervento del giudice penale, adito ai sensi dell'articolo 574 del codice penale (ma d'altro canto, considerati anche i tempi ristretti che le particolari situazioni richiedono, è evidente che il ricorso sistematico a tale strumento è improponibile), o adoperare lo strumento indiretto della richiesta al tribunale per i minorenni di un provvedimento coercitivo o limitativo della potestà genitoriale, ove tali episodi vadano a ripetersi

sistematicamente (il che però è uno strumento processuale *ictu oculi* improprio, e di rara efficacia).

Conseguentemente a quanto sopra, non vi è dubbio che il combinato disposto delle norme in questione vada seriamente ripensato. Proporre l'affidamento congiunto come opzione affidativa generalizzata (assolutamente improponibile per i motivi già esposti), si appalesa come la disperata ricerca della soluzione di un problema che andrebbe invece affrontato «in radice», e cioè approntando strumenti processuali che permettano al non affidatario di esercitare i poteri/doveri sul minore, che gli competono, con efficacia e tempestività.

Il presente disegno di legge si sforza di fornire una risposta propositiva, ma anche giuridicamente corretta, alle predette istanze degne di accoglimento.

Si individua inequivocamente nel giudice istruttore, in corso di causa, e nel tribunale riunito in camera di consiglio, a procedimento esaurito, l'organo preposto alla decisione su ogni questione che proponga il non affidatario, riguardante l'esercizio dei suoi poteri di controllo sulle cure del minore.

Si prevede anche, in caso di eccezionale urgenza, la possibilità di adire in via cautelare il presidente del tribunale, salvo successivo reclamo al collegio.

Si stabilisce poi che il giudice possa disporre in capo al non affidatario il temporaneo esercizio della potestà in relazione al compimento di un singolo atto (si pensi ad esempio alla necessità di sottoporre il minore ad un'operazione chirurgica, di iscriverlo ad una scuola, anzichè ad un'altra, eccetera).

Il tutto va considerato un'applicazione concreta della deroga incidente sul principio generale riguardo all'esercizio esclusivo della potestà in capo all'affidatario, che l'articolo 155, terzo comma, del codice civile già prevede.

La seconda parte del disegno è dedicata ad un ampliamento delle funzioni del giudice tutelare, che - incidendo su norme già esi-

stenti e riconducendo *ad unum* l'attuale confusionario combinato di norme eterogenee - viene espressamente individuato come l'organo normalmente preposto ad ogni provvedimento riguardante l'esecuzione delle pronunce in materia di affidamento e di regime di visite del minore.

A tal fine anche il comma 10 dell'articolo 6 della legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987, viene dettagliatamente riformulato, specificamente prevedendo - e così superando ogni attuale diaframma esistente in dottrina e giurisprudenza sull'interpretazione della norma - che, se il giudice del merito è comunque competente a stabilire le modalità attuative del provvedimento, organo preposto all'esecuzione in senso stretto della stessa è il giudice tutelare.

Con l'introduzione nel codice civile dell'articolo 337-*bis*, si chiarisce che il medesimo giudice possa anche incidere coattivamente, con le opportune garanzie a tutela della salvaguardia psicologica del minore, ed avvalendosi delle facoltà fornitegli dall'articolo 344, secondo comma, del codice civile.

Attraverso l'introduzione di un procedimento «atipico» di esecuzione per consegna, considerata la delicatezza di ogni questione riguardante l'intervento sul minore, si prevede che il giudice tutelare possa avvalersi dell'intervento degli ufficiali giudiziari, delle

forze dell'ordine, ma anche e soprattutto degli assistenti sociali dei servizi competenti.

L'individuazione del giudice tutelare come organo unico dell'esecuzione coattiva dei provvedimenti di cui trattasi, oltre che in ossequio a principi di certezza del diritto e di definitiva risoluzione di contrasti giurisprudenziali in atto, trova la sua *ratio* nelle forme processuali snelle e veloci attribuite dal nostro ordinamento a tale organo giudicante.

Trattasi infatti di organo monocratico, che deve presupporre ovviamente esperto in problematiche minorili, attesi i compiti che già la legge all'uopo gli attribuisce, e che può essere adito senza particolari formalità e fuori da tortuosi schematismi processuali (articolo 43, secondo comma, delle disposizioni di attuazione del codice civile).

È l'organo ideale, dunque, per ottemperare con la necessaria tempestività in particolare alla delicata questione della regolare osservanza del regime di visite da parte del genitore non affidatario o di terzi stabiliti dal giudice (si pensi ad esempio ai nonni paterni o materni).

È doveroso dare atto che il presente disegno di legge è stato elaborato in collaborazione con la Presidenza dell'associazione *no profit* «Kramer contro Kramer» - iscritta all'albo delle associazioni a carattere solidaristico - ed in particolare con il contributo giuridico del suo presidente, avvocato Gerardo Grazioso.

## DISEGNO DI LEGGE

---

### Art. 1.

1. Dopo l'articolo 155 del codice civile, è inserito il seguente:

«Art. 155-bis. - (*Esercizio del potere di controllo sul minore da parte del genitore non affidatario*). Il genitore non affidatario propone il ricorso previsto dall'articolo 155, terzo comma, nonchè dall'articolo 6, comma 3, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, al giudice istruttore, ove sia pendente la causa di merito, ed al tribunale, in camera di consiglio, in tutti gli altri casi.

Il giudice istruttore provvede sul ricorso con ordinanza, modificabile o revocabile in corso di causa. Il tribunale, riunito in camera di consiglio, provvede con decreto, impugnabile ai sensi dell'articolo 739 del codice di procedura civile.

In caso di eccezionale urgenza, e quando non sia pendente il giudizio di merito, il ricorso è proposto al presidente del tribunale, il quale provvede con ordinanza, previa convocazione delle parti in udienza da fissarsi entro il quindicesimo giorno dal deposito del ricorso, ai sensi dei commi quarto e quinto, o anche, ove ritenuto opportuno, assunte sommarie informazioni, con decreto motivato contenente contestuale fissazione di altra udienza avanti a se medesimo per il prosieguo. A tale udienza provvede con ordinanza per la conferma, revoca o modifica. Nella medesima ordinanza fissa altra udienza avanti al tribunale in camera di consiglio per la trattazione. L'ordinanza è soggetta a reclamo ai sensi dell'articolo 669-terdecies del codice di procedura civile.

Il giudice, sentite le parti ed anche ascoltato il minore, ove ritenuto opportuno,

emette i provvedimenti ritenuti idonei nell'interesse del minore.

Il giudice può anche disporre il temporaneo esercizio esclusivo della potestà in favore del genitore non affidatario, in funzione del compimento di singoli atti, disponendo contestualmente le modalità di attuazione del provvedimento e ripartendo le relative spese in relazione alla capacità economica delle parti.

Ai fini dell'esecuzione delle misure di carattere non patrimoniale contenute nel provvedimento, il giudice trasmette copia dello stesso al giudice tutelare».

#### Art. 2.

1. Il comma 10 dell'articolo 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, è sostituito dai seguenti:

«10. Il giudice del merito, nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento ed al regime di visite della prole minore, determina, ove opportuno, anche le relative modalità di attuazione.

10-bis. All'esecuzione dei provvedimenti di cui al comma 10, nonché delle misure emesse dal giudice del merito in deroga all'ordinario esercizio della potestà genitoriale, nei casi previsti dalla legge, provvede il giudice tutelare, nelle forme di cui agli articoli 337 e 337-bis del codice civile».

#### Art. 3.

1. Dopo l'articolo 337 del codice civile è inserito il seguente:

«Art. 337-bis. - (*Procedimenti riguardanti l'affidamento di minori*). - Il giudice tutelare è giudice dell'esecuzione per i provvedimenti di cui all'articolo 337, nonché per ogni altro provvedimento del giudice del merito riguardante l'affidamento del minore o il relativo regime di visite da parte del genitore

non affidatario o di terzi. Può in particolare ordinare all'ufficiale giudiziario o alle forze dell'ordine di provvedere alla consegna del minore, preferibilmente disponendo il contestuale intervento degli operatori dei servizi sociali competenti».