

L'AFFIDAMENTO CONDIVISO

avv. Gianfranco Dosi

La sfida della corresponsabilità dei genitori

Dunque, l'affidamento condiviso è legge dello Stato. Non più ipotesi della dottrina o di movimenti di opinione, ma legge dello Stato. Una legge che, quindi, dovremo ora tutti cercare di applicare nel migliore dei modi.

Come già era avvenuto lungo tutto l'iter parlamentare, riemergono, nei primi commenti dopo l'approvazione della riforma, consensi e dissensi: preoccupazioni nel movimento femminile, entusiasmo nei movimenti dei padri, critiche in una parte dell'avvocatura e scetticismo nella magistratura. Una varietà di punti di vista che lascia presagire che le indicazioni del legislatore non avranno vita facile. La comunità scientifica nel suo insieme ha espresso, invece, un largo consenso verso gli obiettivi della legge, che consistono nell'indicazione di una necessaria corresponsabilizzazione dei genitori nei compiti e nelle funzioni educative anche dopo la scissione e la separazione della coppia coniugale.

La condivisione delle responsabilità non avviene spesso neanche quando i genitori vivono insieme. Per questo la legge ha un contenuto promozionale che sembra andare oltre i compiti del legislatore. E' proprio questa, però, la sfida che la società civile deve raccogliere. La famiglia e le relazioni familiari si confermano il luogo primario in cui l'educazione dei figli deve essere vissuta in modo condiviso dai padri e dalle madri. Una sfida di altissima qualità che va raccolta e che non può essere né ignorata, né banalizzata.

La legge prevede l'*affidamento ad entrambi i genitori* e la potestà esercitata da *entrambi i genitori* come modalità attraverso le quali realizzare le corresponsabilità educative attribuendo, però, al giudice il potere di imprimere correzioni al regime di affidamento laddove la situazione specifica o il mancato accordo dei genitori rendano opportune altre strade.

La prassi giuridica dovrà ora indicare, quindi, le modalità concrete per attuare il principio di corresponsabilità. Inaccettabile sarà che tutto rimanga come è adesso.

Un compito che non si presenta semplice ma che viene a cadere nel momento giusto. Il prossimo primo marzo entreranno, infatti, in vigore le nuove norme della fase di avvio del processo di separazione e di divorzio che hanno valorizzato la fase presidenziale come momento nel quale ai genitori si richiede uno sforzo massimo

di concentrazione sui problemi dei figli nella prospettiva di un accordo che rimane sempre l'esito più auspicabile del contenzioso nella separazione.

Un rammarico. Il legislatore ha discusso per anni su questa riforma. E' veramente deprecabile, quindi, che il testo della legge si presenti in molte parti confuso e di non facile lettura. La fretta di fine legislatura e la pressione dei media e dei movimenti di opinione hanno imposto alcune approssimazioni e alcune ambiguità di cui non si può fare a meno di dolersi. E' lo scotto da pagare per una riforma che non poteva, forse, essere più rinviata.

L'esercizio congiunto della potestà prima della separazione

La riforma regolamenta l'affidamento dei figli e l'esercizio della potestà da parte dei genitori dopo la loro separazione.

Prima della separazione, cioè durante la convivenza della coppia genitoriale, nulla è innovato in tema di esercizio della potestà. La potestà è in tal caso esercitata *congiuntamente* da parte dei genitori come espressamente si prevede per la famiglia legittima nell'art. 316 c.c. (dove si afferma che la potestà durante la convivenza coniugale è esercitata di comune accordo) e per la famiglia naturale nell'art. 317 bis (dove si afferma che l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi i genitori qualora siano conviventi). L'esercizio congiunto della potestà è, quindi, una modalità di cogestione delle responsabilità genitoriali che il legislatore ritiene compatibile con il fatto di vivere insieme.

Questa considerazione aiuta a comprendere come mai l'*affidamento congiunto* dei figli (introdotto per il divorzio con la legge n. 74 dell'87 ed esteso alla separazione dalla prassi e dalla giurisprudenza) sia stato sistematicamente sottoposto a critiche, certamente pertinenti, non riuscendosi a capire come possano due genitori che vivono *separati* continuare ad esercitare *congiuntamente* una responsabilità educativa. Il valore dell'affidamento congiunto è stato, quindi, in questi anni soprattutto simbolico riuscendo a richiamare l'attenzione sulla più che giusta necessità della perenne condivisione delle responsabilità genitoriali.

La riforma oggi in materia di affidamento condiviso si riferisce all'esercizio della potestà dopo la separazione, sia dei genitori legittimi che di quelli naturali. E, come si dirà, non usa più la locuzione criticata di affidamento congiunto.

In caso di contrasti sull'esercizio della potestà durante la convivenza genitoriale continuerà a trovare applicazione il procedimento, desueto e quasi scomparso nella prassi, di cui all'art. 316 c.c. che attribuisce al tribunale per i minorenni (art. 38 disp. att. c.c.) la competenza a risolvere i contrasti su questioni di particolare

importanza prescrivendo che il giudice possa indicare, ma non adottare, la soluzione che ritiene più utile per il figlio e in via eventuale attribuire al genitore che ritiene più idoneo il potere di decisione.

Il diritto del minore alla bigenitorialità

La legge (nuovo testo dell'art. 155, comma 1) ribadisce in primo luogo che il figlio minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori anche dopo la loro separazione. Si tratta della riaffermazione del principio già da tempo introdotto nel nostro ordinamento con la legge 27 maggio 1991, n. 176 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei minori che all'art. 9, comma 3 prevede il diritto alla bigenitorialità.

La riforma ribadisce e amplia ora il contenuto di questo diritto, estendendolo alla conservazione da parte del minore di rapporti significativi anche con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Con ciò facendo emergere figure che nella vita quotidiana sono molto importanti ma che la prassi giuridica della separazione ha sempre negletto se non ignorato del tutto. A differenza di quanto avviene nei tribunali per i minorenni dove sono abbastanza frequenti procedimenti *de potestate* in cui si reclama il diritto dei minori al rapporto con i nonni.

E' presto per dire come avverrà l'attuazione pratica di questi diritti che viene rimessa agli accordi dei genitori o al provvedimento del giudice.

Certamente né i nonni, né i parenti assumono in virtù della nuova legge la qualità di litisconsorti nel processo di separazione. Sebbene il diritto che la legge tutela in via diretta sia quello dei minori non è, però, del tutto da escludere che la prassi giudiziaria possa riconoscere ai nonni e ai parenti quanto meno un interesse da esercitare mediante l'intervento nel processo di separazione (art.105 c.p.c.). Certamente il presidente e il giudice avvalendosi dei loro poteri potranno, però, se ritenuto opportuno o necessario provocarne l'audizione.

L'affidamento ad entrambi i genitori come modalità prioritaria di affidamento dei figli

Il principio cardine della riforma (nuovo testo dell'art. 155, comma 2) sta nel fatto che il giudice, in difetto di accordo sul punto dei genitori, deve valutare in via prioritaria la possibilità per i figli di restare affidati ad entrambi i genitori. Spetterà al giudice, cioè, il compito di valutare se i genitori appaiono capaci di occuparsi dei loro figli senza necessità di un espresso affidamento dei figli all'uno o all'altro.

La locuzione usata dalla legge di riforma (*affidamento ad entrambi i genitori*) è senz’altro diversa, oltre che più appropriata, di quella di *affidamento congiunto* anche se è difficile prevedere se incontrerà il favore della prassi o se nel linguaggio comune le due locuzioni finiranno per confondersi e sovrapporsi. Era stato proposto nel corso dei lavori preparatori di non usare la parola *affidamento* e di indicare soltanto l’attribuzione dell’esercizio della potestà ad entrambi i genitori. Il termine *affidamento* evoca, infatti, la custodia fiduciaria di un minore attribuita ad un genitore e in questo senso sembra poco compatibile con la condizione di due persone che vivono separate. Sebbene, inoltre, ne richiami tutte le caratteristiche simboliche, non si tratta di una forma di *affidamento congiunto* – così come l’esercizio ad entrambi della potestà non è esercizio congiunto della potestà – altrimenti il legislatore avrebbe ripetuto questa espressione (che scompare, invece, ora, insieme all’affidamento alternato, dal lessico giuridico della separazione e del divorzio pur essendo, s’intende, l’alternanza nella collocazione dei figli uno dei criteri che i genitori possono continuare a prevedere).

L’espressione non può essere nemmeno del tutto sovrapposta a quella di *affidamento condiviso* che compare nella intitolazione della legge. L’*affidamento condiviso*, infatti, costituisce, una sintesi dell’insieme dei principi che il legislatore ha voluto introdurre con la riforma e non denota, quindi, soltanto la specifica modalità di *affidamento ad entrambi i genitori*. Anche l’affidamento esclusivo, infatti, comporta obblighi di condivisione.

La locuzione significa, perciò, che il giudice non esprime preferenze mantiene in capo ad entrambi i genitori, ove possibile, la responsabilità di continuare ad occuparsi insieme dei figli anche dopo la separazione.

Se i genitori appaiono capaci di ridurre la loro conflittualità nell’interesse dei figli minori il giudice potrà “affidare i figli ad entrambi i genitori” altrimenti il legislatore mette a disposizione del giudice l’alternativa dell’affidamento ad uno soltanto di essi. Questa alternativa costituisce, perciò, la principale valvola di sicurezza del nuovo sistema. Si tratta, quindi, di una inversione del sistema precedente fondato sulla previsione in via prioritaria dell’affidamento esclusivo ad un genitore soltanto e sulla previsione in via eccezionale di altre modalità di affidamento.

Il fatto che nel contenzioso giudiziario (soprattutto nelle separazioni giudiziali) siamo abituati a vedere soprattutto emergere conflitti tra i genitori che si separano non significa che la condivisione educativa sia uno stile comportamentale necessariamente assente o non perseguitabile tra le persone che si separano.

Affermare il contrario significa enfatizzare il dato che emerge da molte procedure giudiziali e trascurare quello delle moltissime separazioni anche consensuali in cui, a dispetto dei loro problemi personali, i genitori si sforzano di mantenere verso i figli una condivisione il più possibile consapevole negli atteggiamenti educativi riuscendo a tenere separate per quanto possibile la sfera della coniugalità da quella della genitorialità.

L'art. 155 presenta una certa confusione grammaticale e sintattica che complica, in punto di affidamento, l'interpretazione del testo.

La legge prevede, infatti, che il giudice “valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori *oppure* [si noti la disgiuntiva] stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, [si noti la virgola] determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli.”. I predicati verbali fondamentali sono tre: “valuta..., determina... , fissando altresì...”. Quindi al giudice sono attribuiti tre poteri: il potere di “valutare” se l'affidamento ad entrambi i genitori appare plausibile, il potere di “determinare” il collocamento del minore e il potere di “fissare” le modalità di contribuzione. Si tratta, però, non di obblighi ma di poteri.

La disgiuntiva *oppure* sembra riferirsi alla semplice alternativa tra l'affidamento ad entrambi e l'affidamento ad uno solo dei genitori (senza essere introduttiva di tutta la frase successiva fino al punto finale), mentre la virgola al termine della frase successiva lascia intendere che viene indicata un'altra attribuzione oltre a quella della verifica tra i due tipi di affidamento. Quindi il dato testuale fa ritenere che al giudice è attribuito il potere di determinare le modalità di permanenza dei figli presso l'uno o l'altro e di fissare il contributo di mantenimento anche quando abbia ritenuto che la modalità migliore di affidamento possa essere quella dell'affidamento ad entrambi i genitori.

Se si esaminano i lavori preparatori è facile convincersi che questa sia l'interpretazione giusta. Ad una condizione, anch'essa emergente dai lavori preparatori: che l'intera frase sia collegata a quanto si afferma subito dopo (“Prende atto, se non contrari agli interessi dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori”) secondo quanto in precedenti versioni della proposta di legge era molto chiaramente indicato. Con la conseguenza che il giudice, solo in difetto di accordi convincenti tra le parti, potrà dare proprie indicazioni sull'affidamento, sulla determinazione della collocazione del minore e sul mantenimento.

La potestà è sempre esercitata da entrambi i genitori

Il principio dell'*affidamento ad entrambi i genitori* cioè una delle modalità con cui si attua la condivisione, appunto, delle responsabilità nell'educazione dei figli si accompagna nella riforma ad un altro principio fondamentale. Al principio, cioè, che la potestà continua ad essere esercitata da entrambi i genitori anche dopo la separazione, e questo anche quando il giudice o le parti dovessero scegliere l'alternativa dell'affidamento esclusivo dei figli ad uno solo dei genitori e, s'intende nell'ambito dei confini eventualmente indicati dal giudice.

L'esercizio pieno della potestà da parte di ciascuno dei genitori (nuovo testo art. 155, comma 4, prima parte) costituisce perciò l'altra grande novità della riforma, uno dei pilastri del nuovo sistema. Una rivoluzione copernicana se si considera che l'esercizio della potestà è stato per oltre sessant'anni nel nostro codice smembrato tra il genitore affidatario (che ne aveva la pienezza) e il genitore non affidatario (che aveva solo poteri di controllo).

Il nucleo giuridico della potestà esercitata da entrambi i genitori sta nel fatto che ciascuno dei genitori potrà ora continuare ad esercitare la potestà pienamente. Ciascun genitore – ma senza invadere la sfera dell'altro genitore e, perciò, nel rispetto della riservatezza e degli spazi di ciascuno dei due dopo la separazione - avrà la possibilità di decidere e di attuare quanto ritiene giusto per il figlio. Con una precisazione importante: non si tratta di un esercizio congiunto della potestà ma, appunto, di un esercizio condiviso. L'esercizio della potestà da parte di entrambi, cioè, è autonomo sia pure condizionato dalla necessaria condivisione educativa. Il che comporta che i genitori siano in grado di percepire la necessità di assumere nei confronti dei figli il più possibile posizioni convergenti. Esercitare di comune accordo la potestà significa, quindi, esercitarla pienamente ma non congiuntamente all'altro, come quando si vive sotto lo stesso tetto.

E' l'applicazione in materia di affidamento dei figli dopo la separazione della regola primaria dell'*accordo* contenuta nell'art.144 c.c. ("I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare... A ciascuno spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato").

La riforma prevede anche in materia di esercizio potestà una valvola di sicurezza costituita dalla possibilità per il giudice, ove manchi un accordo dei genitori o ove la situazione concreta lo dovesse richiedere, di prevedere che la potestà relativamente all'ordinaria amministrazione, cioè alla vita quotidiana, sia esercitata separatamente (nuovo testo dell'art. 155, comma 3, seconda parte). Considerato che le decisioni di maggiore interesse devono essere sempre necessariamente

concordate tra i genitori (perché sono connesse alla titolarità della potestà), la riforma prevede che il giudice – sia in caso di affidamento dei figli ad entrambi che in caso di affidamento ad uno solo dei genitori - può decidere di limitare l'esercizio della potestà di uno di essi indicando che le decisioni diverse da quelle di maggiore interesse (così va interpretata la locuzione “questioni di ordinaria amministrazione”) vengano assunte solo da un genitore o che i genitori le assumano comunque separatamente. Il che, per esempio, sarà inevitabile quando i genitori abitino in città diverse o vi sia una alta conflittualità.

In questo caso all'esercizio pieno della potestà da parte di entrambi i genitori si sostituisce un esercizio della potestà definito dal giudice. Ampliato per uno dei genitori e limitato per l'altro o distribuito per incarichi differenziati.

Il mantenimento dei figli

Costituisce applicazione dei principi in materia di condivisione delle responsabilità educative anche l'affermazione legislativa secondo cui salvo accordi diversi liberamente sottoscritti “ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito” (nuovo testo art. 155, comma 4), previsione che – come già detto - il giudice è chiamato ad attuare dando indicazioni sulla misura e sulle modalità di contribuzione e stabilendo anche, ove necessario, un assegno perequativo.

Il legislatore fornisce alcune indicazioni per realizzare il principio di proporzionalità, peraltro già presente nel codice civile (art. 148 c.c.). Si tratta di parametri attraverso i quali determinare l'assegno. Nella prassi l'indicazione dell'ammontare del contributo di mantenimento non è legata a parametri precisi e costituisce spesso la risultante di approssimazioni e punti di vista del giudice e delle parti. La legge prevede ora parametri chiari tra i quali, insieme alle esigenze del figlio e al tenore di vita della famiglia (quindi al diritto del figlio a mantenere quel tenore di vita) va evidenziato che uno dei criteri è costituito dai tempi di permanenza del figlio presso i rispettivi genitori, e soprattutto dalla “valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore”. Con il che l'accudimento dei figli - che la prassi giudiziaria ha finora ignorato circoscrivendo l'ammontare dell'assegno alle sole esigenze del figlio - entra a pieno titolo tra le mansioni da retribuire.

Non si deve confondere il criterio di proporzionalità con l'attribuzione degli obblighi di mantenimento per capitoli separati, come alcune originarie proposte di legge avevano voluto prevedere. L'attribuzione per capitoli separati degli obblighi

di mantenimento non è prevista nella legge. Il che non significa che se i genitori lo desiderano non possa essere attuata.

Lo speciale procedimento monitorio di cui all'art. 148 c.c. resterà di competenza del tribunale ordinario e potrà essere azionato, così come potrà essere azionato una causa ordinaria di mantenimento, soltanto ove in sede minorile non fosse stato già adottato un provvedimento di natura economica insieme ai provvedimenti in materia di affidamento e di potestà.

L'affidamento esclusivo ad uno dei genitori

Il legislatore ha espressamente previsto nella riforma, come sopra detto, che il giudice, fermo l'esercizio della potestà in capo ad entrambi (con la valvola di sicurezza della possibilità di indicare spazi separati di gestione delle responsabilità quotidiane), possa sempre disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori.

Ciò può avvenire in due diverse circostanze. 1) Innanzitutto quando il giudice stesso si rende conto che *l'affidamento ad entrambi i genitori* contrasta con l'interesse del figlio; in tal caso con decreto motivato – in sede presidenziale o successivamente - può disporre l'affidamento del figlio ad uno di essi. 2) In secondo luogo quando sia uno dei genitori a richiederlo evidenziandone i motivi.

E' presto per dire se all'affidamento esclusivo i giudici continueranno a fare ricorso anche dopo questa riforma, come molti temono. Potrebbe prevalere, di fronte alle novità, un atteggiamento prudente, realista o conservatore. Tuttavia la strada della condivisione delle responsabilità genitoriali deve restare l'obiettivo di qualsiasi separazione. E in questo senso la legge di riforma ha un contenuto promozionale che i giudici dovrebbero fortemente valorizzare.

La legge, come detto, prevede che ciascuno dei genitori possa sempre richiedere l'affidamento esclusivo del figlio quando l'affidamento ad entrambi si presenta nel corso della sua attuazione contrastante con gli interessi del minore (art. 155 bis). La norma pone, però, a carico del genitore richiedente le conseguenze di una manifesta infondatezza della domanda attribuendo al comportamento consapevolmente temerario del genitore conseguenze anche sul terreno della responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

Il principio di modificabilità di tutte le decisioni

Nel codice civile nell'ultimo comma del previgente art. 155 è previsto il principio di modificabilità di tutte le decisioni in materia di rapporti tra genitori e figli. Si

tratta di un principio generale che trova poi applicazione processuale nelle norme che consentono in corso di causa di richiedere sempre la modifica dei provvedimenti (art. 709, comma 3, c.p.c. e art. 4, comma 8, seconda parte, della legge sul divorzio nei testi riformati in vigore dal prossimo 1° marzo) e, dopo il giudicato, nelle norme che prevedono le procedure di revisione di cui all'art. 710 c.p.c. e all'art 9, comma 1, della legge sul divorzio.

Il testo dell'art. 155 *ter* riproduce questo principio generale.

L'assegnazione della casa familiare

L'assegnazione costituisce oggetto di un accordo tra i coniugi in sede di separazione consensuale o di una decisione accessoria del giudice nelle ipotesi di affidamento dei figli ad entrambi i genitori o ad uno di essi.

Non cambia il presupposto dell'assegnazione costituito dall'interesse dei figli minori (art. 155 *quater*).

Si afferma espressamente, invece, in conformità all'orientamento della giurisprudenza, che dell'assegnazione il giudice deve tener conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori (cioè nella previsione e nella quantificazione dell'assegno di separazione o divorzile), considerando l'eventuale titolo di proprietà. Si legittima perciò la prassi di considerare, ai fini della determinazione dell'assegno, rilevante la diminuzione di reddito che deriva al genitore proprietario dalla circostanza che la casa familiare sia assegnata all'altro per accordo tra le parti o per decisione del giudice.

Si prevede, inoltre, nella riforma che il provvedimento è trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 c.c. e non più, quindi, ai sensi dell'art. 1599 c.c. (come precisato nell'art. 6, comma 6, della legge sul divorzio esteso alla separazione dalla giurisprudenza) con la conseguenza che nel conflitto tra l'assegnatario e l'eventuale terzo acquirente è destinato a prevalere chi per primo trascrive il proprio titolo e non più l'assegnatario quanto meno per nove anni, anche in assenza di trascrizione, come la giurisprudenza ha imposto in questi ultimi anni.

Previsione molto forte è quella, infine, dettata sempre nell'articolo 155 *quater* dove si prevede che il diritto al godimento della casa familiare viene meno non solo quando (indicazione del tutto condivisibile) l'assegnatario cessi di abitare stabilmente nella casa familiare ma anche quando “conviva *more uxorio* o contragga un altro matrimonio”, situazioni che, se è vero che possono imporre una nuova sistemazione degli aspetti economici tra le parti, non dovrebbero essere, però, considerati rilevanti rispetto all'assegnazione disposta nell'interesse dei figli.

Revocare l'assegnazione alla madre che intraprende una convivenza *more uxorio* ha un ingiusto carattere solo sanzionatorio, non corrisponde necessariamente all'interesse dei figli, reintroduce una misura punitiva azionata dai mariti al tempo in cui la Cassazione ammetteva il mutamento del titolo della separazione. Una disposizione incostituzionale perché antepone interessi terzi rispetto all'interesse cui l'assegnazione è preordinata.

La riforma prevede anche la possibilità, a richiesta di parte, di una modificazione delle modalità dell'affidamento e dei provvedimenti economici ove uno dei genitori cambi la residenza o il domicilio rendendo più difficoltoso l'esercizio della potestà all'altro.

I figli maggiorenni

Un aspetto della riforma che è stato già oggetto di qualche osservazione critica nei primi dibattiti è quello concernente i figli maggiorenni nella parte in cui la legge prevede (art. 155 *quinquies*) che il contributo di mantenimento *possa* (ma non *debba*) essere loro versato direttamente dal genitore che è onerato dell'obbligo.

La prassi e la giurisprudenza già ammettono che l'assegno sia dovuto oltre la minore età e fino all'autosufficienza economica e che il figlio maggiorenne possa pretenderlo *iure proprio* - agendo in un giudizio ordinario - anche al posto del genitore che lo abbia ottenuto nel giudizio di separazione o divorzio e che sopporta le spese del mantenimento. In tali casi il genitore che versa all'altro il contributo di mantenimento disposto in sede di separazione e che viene condannato al pagamento diretto in favore del figlio deve necessariamente richiedere al tribunale di eliminare la previsione del suo debito di mantenimento nei confronti dell'altro genitore. Altrimenti sarebbe gravato da due previsioni di condanna.

Ebbene la legge ora consente al giudice di disporre, nello stesso giudizio di separazione (è questa la novità) che l'assegno venga versato direttamente al figlio maggiorenne.

Poiché il figlio, sia pure maggiorenne, non è parte nel processo di separazione è evidente che sarà il genitore gravato dall'obbligo di pagamento di un assegno che dovrà chiedere al giudice il pagamento diretto. Il giudice potrà procedere all'audizione del figlio e deliberare anche in corso di causa trattandosi di una modifica dei provvedimenti vigenti.

Le conseguenze di questa previsione – che, come avviene anche per l'assegnazione della casa familiare, mette i figli adolescenti in una difficile posizione di ago della bilancia nel contenzioso tra i genitori - forse sono state sottovalutate dal momento

che se il figlio maggiorenne vive con l'altro genitore quest'ultimo si troverà costretto a dover richiedere al figlio una contribuzione per le spese sopportate nella coabitazione comune.

L'ultima previsione contenuta nell'art. 155 *quinquies* indica una giusta parificazione dei figli maggiorenni portatori di handicap ai figli minori per ciò che concerne i loro diritti. La giurisprudenza, per esempio in tema di assegnazione della casa familiare, aveva già ammesso questa parificazione.

Poteri del giudice in materia di prova.

L'art. 155 *sexies* attribuisce espressamente al giudice – anche in sede presidenziale - poteri anche d'ufficio di assunzione di mezzi di prova prima di adottare “provvedimenti di cui all'art. 155”.

Si legittima così la prassi, seguita ormai in molti tribunali, di disporre anche in sede presidenziale per esempio una CTU psicologica ove necessaria al fine di stabilire modalità di affidamento adeguate.

Poiché costituiscono provvedimenti concernenti i figli anche quelli di natura economica in ordine al loro mantenimento, si conferma anche la tesi che autorizza il giudice in sede presidenziale a richiedere accertamenti sui redditi degli obbligati se la documentazione depositata dalle parti con il ricorso e con le memorie difensive non consente una decisione in proposito.

I difensori delle parti naturalmente – se pure il contraddittorio (come previsto dalle nuove norme processuali) non si è ancora compiutamente realizzato – potranno contraddirre anche con propri consulenti di parte. Non si tratta, tuttavia, di una vera e propria anticipazione della prova (una sorta di incidente probatorio civile) dal momento che in sede contenziosa le parti avranno tempo fino all'udienza di prima comparizione e trattazione (e con i termini ivi previsti) per articolare tutte le loro richieste. Si tratta semplicemente di un potere correlato all'adozione di provvedimenti urgenti che esaurisce le sue conseguenze con l'adozione dei medesimi provvedimenti.

L'audizione del minore

La Convenzione di New York del 28 novembre 1989 sui diritti dei minori ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, prevede all'art.12 che il minore ha diritto di esprimere la sua opinione e di essere ascoltato nelle procedure che lo riguardano. Anche la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con la legge 10 marzo 2003, n. 77,

prevede l’audizione del minore che abbia sufficiente discernimento nelle procedure che lo riguardano.

La giurisprudenza ha più volte fatto applicazione di queste norme per richiamare l’esigenza che il diritto del minore ad essere ascoltato abbia applicazione effettiva.

La legge sull’adozione prevede espressamente che nel corso delle procedure di adozione il minore debba essere ascoltato obbligatoriamente dal giudice minorile quando ha superato i 12 anni e possa essere sempre ascoltato anche quando di età inferiore. Anche il giudice ordinario spesso già procede all’audizione del minore nelle procedure di separazione e divorzio sia pure al di fuori di indicazioni procedurali sul punto. In sede penale l’audizione del minore vittima di reati ha da tempo precise regole (l’audizione protetta) e un proprio *setting*.

Ora la riforma in materia di affidamento dei figli in sede di separazione e divorzio stabilisce all’art. 155 *sexies* che prima dell’emanazione dei provvedimenti anche presidenziali “il giudice dispone l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”.

Si tratta di un obbligo (“Il giudice *dispone...*”) anche se non è escluso che la norma possa essere interpretata nella prassi nel senso che il giudice ha l’obbligo di disporre l’audizione del minore ma non ha l’obbligo egli stesso di ascoltarlo, potendo farlo ascoltare da terzi (per esempio da un consulente o da operatori dei servizi sociali). Difficilmente la prassi dell’audizione indiretta sarà sostituita nel prossimo futuro nelle cause di separazione e di divorzio da una opzione massiccia dei giudici verso forme di audizione diretta dei minori nelle aule di giustizia, per lo meno finché il legislatore non avrà chiarito le modalità con le quali procedere nel corso di una causa all’audizione del minore.

Sarà, quindi, soprattutto la prassi ad indicare le modalità e i contenuti dell’audizione. Di certo l’ascolto del minore – anche considerando le necessarie differenziazioni determinate da età diverse - non è necessariamente nel processo civile un’audizione mirata (come in sede penale) ma soprattutto l’opportunità per il giudice di dare al minore voce nel procedimento per consentirgli di esprimere la propria opinione.

I genitori sono assistiti dai propri difensori, anche nell’intera fase presidenziale (così impone il nuovo testo degli articoli 707, comma 3, cp.p.c. e 4, comma 7 della legge sul divorzio).

Il minore non è, invece, parte nel procedimento – a differenza di quanto avviene nei procedimenti *de potestate* (Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1) - e, secondo una

lontana ma condivisibile considerazione della Corte costituzionale (Corte cost. 14 luglio 1986, n. 185) è del tutto legittimo che non abbia un curatore speciale o un proprio difensore. D'altro lato è opportuno che nel processo di separazione siano i genitori ad occuparsi dei loro figli. Si pone, perciò, il problema se i genitori (e i loro difensori) devono essere ammessi all'audizione del minore o se il giudice debba procedere a tale adempimento senza la loro presenza. L'assenza dei genitori (e dei loro difensori) se, da un lato, potrebbe preoccupare il minore che si può sentire disorientato dalla loro mancata presenza all'audizione, dall'altro potrebbe rendere più spontanee le sue dichiarazioni. Il tema non potrà, comunque, essere eluso e nei prossimi mesi l'avvocatura e la magistratura dovranno impegnarsi per definire anche in sede civile, come in sede penale, un *setting* di audizione che sia adeguato rispetto ai fini che l'ascolto del minore si propone e rispettoso delle esigenze e dei diritti di tutti i protagonisti del processo civile.

La mediazione familiare

Non poteva mancare in una legge sulla condivisione delle responsabilità genitoriali il riferimento alla opportunità che i genitori possano avvalersi dell'aiuto di mediatori familiari per raggiungere accordi adeguati e il più possibile stabili nel tempo. La riforma prevede proprio che l'adozione dei provvedimenti da parte del giudice possa essere rinviata qualora le parti chiedano concordemente di avvalersi, appunto, di servizi di mediazione familiare per raggiungere un accordo (art. 155 *sexies*, comma 2).

La reclamabilità dei provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore in corso di causa

La riforma contiene anche una disposizione processuale destinata a rivoluzionare il processo di separazione (ed anche quello divorzio in forza del rinvio che l'art. 4 comma 2).

A distanza di pochi mesi dalla riforma processuale che entrerà in vigore il 1° marzo 2006 viene introdotto un ultimo comma all'art. 708 c.p.c. dove si prevede che contro i provvedimenti di cui al terzo comma – cioè contro i provvedimenti del presidente e di quelli in corso di causa del giudice istruttore – “si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

Non viene chiarito a chi spetti la notificazione ma, considerato che si tratta di reclami in corso di causa sarebbe logico ritenere che la notifica debba avvenire a cura della cancelleria ai sensi degli articoli 137 e 170 c.p.c. e non a cura di parte ex art. 285 c.p.c. riferibile al termine breve per l'impugnazione e nemmeno ai sensi dell'art. 739 c.p.c. che si riferisce ai provvedimenti camerali.

Il reclamo introduce un subprocedimento davanti alla Corte d'appello ma, non essendovi una norma apposita, non comporta la sospensione del processo con la conseguenza che la causa può procedere per la trattazione.

La norma mette riparo ad una situazione che la dottrina e la prassi hanno sempre considerato preoccupante trattandosi dell'unico caso in cui un provvedimento del giudice, sia pur modificabile, non è soggetto ad alcun rimedio impugnatorio immediato. Come è noto, infatti, la giurisprudenza, salvo rari casi, non ha mai ritenuto che i provvedimenti in questioni abbiano natura cautelare escludendo che avverso gli stessi sia, perciò, esperibile il rimedio del reclamo al collegio. La previsione perciò dell'impugnazione appare molto opportuna.

Naturalmente si tratta di una norma che rischia di mettere in crisi il sistema giudiziario. Come potrà una Corte d'appello assorbire il carico di impugnazioni di provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore adottati nelle cause di separazione e di divorzio in tutti i circondari del distretto?

In una prospettiva di effettività della giustizia sarà, quindi, necessario che siano riviste le piante organiche delle corti d'appello per garantire che i procedimenti di impugnazione di cui si discute – di cui è facile prevedere largo uso - possano essere trattati e definiti in termini ragionevoli.

Previsione di difficile attuazione anche in considerazione della disposizione finale della legge di riforma che incredibilmente non prevede impegni di spesa per l'attuazione della nuova normativa introdotta.

La tutela penale delle obbligazioni di mantenimento

Con l'art. 3 della legge, la riforma dichiara applicabile alle violazioni delle obbligazioni di mantenimento verso figli l'art. 12 *sexies* della legge sul divorzio. Con la conseguenza che il genitore che si sottrae agli obblighi di corresponsione del contributo di mantenimento o che comunque non assolve alle obbligazioni di natura economica alle quali è tenuto si applicano le pene previste nell'art. 570 del codice penale (al comma 2 n. 2 : reclusione fino ad un anno e multa).

L'indicazione normativa appare opportuna, considerata la gravità del comportamento e, purtroppo, la frequenza della violazione. Finora, in assenza di

una norma come quella contenuta nella legge sul divorzio, doveva farsi applicazione per intero, e non solo *quoad poenam*, alla violazione penale di cui all'art. 570 c.p. e occorreva dimostrare che il mancato adempimento dell'obbligazione di mantenimento determinava il venir meno dei mezzi di sussistenza. Ora questo non sarà più necessario e le violazioni potranno essere perseguite più facilmente con il risultato che la riforma, su questo punto, ha un importante effetto di prevenzione generale.

La soluzione delle controversie, la scomparsa della competenza del giudice tutelare e il risarcimento dei danni

In linea con le indicazioni che da anni i giuristi e la prassi vanno facendo in ordine alle problematiche relative all'attuazione dei provvedimenti e nella direzione già a suo tempo indicata dalla legge sul divorzio ma ignorata del tutto (art. 6, comma 10: all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito...”), la riforma prevede che la soluzione delle controversie tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà, sono risolte dal “giudice del procedimento in corso” su ricorso di uno dei genitori (art. 709 *ter* c.p.c.). Se la controversia insorge, invece, dopo il giudicato, il genitore interessato potrà azionare le consuete procedure di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio (rispettivamente art. 710 c.p.c. e art. 9, comma 1, legge sul divorzio) e la competenza sarà del tribunale. Quindi la riforma sembra attribuire anche dopo il giudicato al tribunale la funzione di risoluzione delle controversie; non più solo delle modifiche e delle revisioni.

In caso di ricorso al giudice del merito nel corso della causa, si apre un subprocedimento nel quale il giudice risolverà il contrasto adottando le misure opportune potendo anche – come prevede la riforma espressamente - modificare i provvedimenti in vigore.

Salvo prassi orientate in modo diverso dovrebbe venir meno, quindi, la competenza del giudice tutelare che in base all'art. 337 c.c. ha la vigilanza “sulle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà”. La tradizionale funzione risolutiva delle controversie attribuita al giudice tutelare passa al giudice del merito o al tribunale ex art. 710 c.c. dopo il giudicato. La decisione del giudice istruttore modificativa dell'assetto vigente e la decisione del tribunale nel processo di revisione potranno essere reclamate davanti alla Corte d'appello.

Il giudice non si limiterà, però, alla sola soluzione della controversia portata alla sua attenzione. Qualora egli riscontri gravi inadempienze o atti che arrecano pregiudizio al minore potrà anche adottare provvedimenti di tipo sanzionatorio.

La riforma introduce con l'art. 709 *ter* c.p.c. un vero e proprio rebus processuale. Una vistosa eccezione – verosimilmente destinata a creare più di un problema - alla regola secondo cui i provvedimenti di condanna sono adottati dal giudice all'esito di un giudizio ordinario e nel contraddittorio tra le parti. Qui tutto questo è ignorato e il procedimento prevede solo la fase decisoria con l'ammonizione del genitore inadempiente o con la possibile condanna al risarcimento dei danni in favore dell'altro genitore o del minore ovvero di una sanzione che può giungere fino a 5000 euro a favore della Cassa delle ammende.

A dire il vero la previsione del risarcimento dei danni è anche contenuta, per il caso in cui il trasferimento di residenza di un genitore ostacoli i diritti dell'altro genitore, nell'ultimo comma dell'art. 6 della legge sul divorzio ma non ha mai trovato applicazione.

Anche se è previsto che la decisione possa essere impugnata nei modi ordinari, cioè con l'appello nelle forme consuete, non è chiaro come possa il legislatore aver ritenuto che questa inusuale procedura sommaria possa reggere di fronte a più che prevedibili eccezioni di illegittimità costituzionale.

L'affidamento dei figli naturali

La riforma troverà applicazione anche nelle procedure camerali di regolamentazione dell'affidamento dei figli naturali (art. 4, comma 2, della legge di riforma), cioè nei procedimenti previsti nell'art. 317 *bis* del codice civile.

Il legislatore non ha voluto trasferire ai tribunali ordinari la competenza in materia di filiazione naturale perché non ha modificato l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile (dove si attribuiscono espressamente alla competenza del tribunale per i minorenni i procedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c.).

La competenza ad occuparsene rimarrà, perciò, del tribunale per i minorenni con gli adattamenti necessari a rendere compatibili le previsioni delle nuove norme con la struttura del processo civile minorile. Così, mentre saranno applicabili tutti i principi contemplati nella riforma in materia di affidamento e di esercizio della potestà (i figli sono tutti uguali), non potranno trovare applicazione le norme di rito modellate sul processo di separazione e di divorzio: per esempio non sono previsti provvedimenti provvisori o anticipatori (non è prevista in tribunale per i minorenni

l'udienza presidenziale e non è previsto un giudice istruttore) e non si porrà, quindi, il problema della reclamabilità in appello dei provvedimenti provvisori.

Il processo civile minorile attende ancora la sua riforma (pronta in Senato ma evidentemente ritenuta meno urgente di quella sull'affidamento condiviso) e finché non vi saranno regole processuali adeguate che disciplinano il rito camerale minorile non sarà possibile l'equiparazione processuale.

Un problema di una certa rilevanza pratica è costituito dal dilemma se il tribunale per i minorenni acquisisce con la riforma anche la competenza ad emettere provvedimenti di natura economica o se questa competenza debba rimanere un'attribuzione dei tribunali ordinari. Con la conseguenza di riproporre il tema della duplicazione di giudici competenti su uno stesso minore: quello minorile in materia di affidamento e quello ordinario in materia economica.

Riterrei che in base alla previsione esplicita contenuta nell'art. 4 comma 2 della legge di riforma il tribunale per i minorenni acquisisca anche la competenza ad adottare provvedimenti in materia economica. La contraria opinione potrebbe far leva sul fatto che l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile non è stato modificato sul punto non avendovi il legislatore aggiunto un esplicito riferimento all'art. 155 c.c.

Mi pare, tuttavia, che l'art. 4, comma 2, della riforma sia molto esplicito sul punto ed è ragionevole pensare che il legislatore non abbia ritenuto di dover modificare l'art. 38 att, che però, per evitare fraintendimenti nella prassi, sarebbe opportuno che venisse integrato quanto prima. D'altro lato, la circostanza che i provvedimenti del tribunale per i minorenni abbiano forma di decreto non mi pare ostativo alla loro possibile esecutività, considerato che anche i provvedimenti del tribunale ordinario (per esempio in tema di modifiche della separazione o di revisione del divorzio) hanno natura camerale e vi è, tuttavia, apponibile la formula esecutiva.

Pertanto il decreto del tribunale per i minorenni che conclude il giudizio, quando non più impugnabile (art. 741, comma 1, c.p.c.) o quando sia stato reso provvisoriamente esecutivo (art. 741, comma 2, c.p.c.), potrà essere munito della formula esecutiva e portato in esecuzione.

Ne risulterà anche attribuita ai tribunali per i minorenni non solo la competenza ad emettere provvedimenti di natura economica ma anche ad emettere i provvedimenti in ordine all'assegnazione della casa familiare (resi possibile in sede di filiazione naturale in seguito a Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166)..

Continuerà, però, anche, la peregrinazione dei genitori e dei loro avvocati dalle sedi periferiche di residenza verso i lontani capoluoghi distrettuali ove sono collocati i

tribunali per i minorenni. E continuerà a rimanere incomprensibile come mai il legislatore non abbia ritenuto di attribuire al giudice ordinario competenza in una materia che è identica a quella trattata nelle procedure di separazione e di divorzio.

L'affidamento dei minori in sede di divorzio e di nullità del matrimonio

La riforma troverà applicazione anche nei procedimenti di divorzio e nei procedimenti davanti ai tribunali ordinari conseguenti alla nullità del matrimonio e concernenti l'affidamento dei figli minori.

Ne risulta abrogato di fatto l'intero articolo 6 della legge sul divorzio le cui disposizioni vengono ora sostituite da quelle introdotte dalla riforma. Il giudice del divorzio si atterrà, quindi, per ciò che riguarda i provvedimenti sui figli, alla normativa prevista nella legge di riforma.

Come si è sopra accennato, salvo a voler ritenere che il legislatore abbia inteso introdurre una differenziazione irragionevole tra il processo di separazione e il processo di divorzio, in virtù del rinvio generale operato dall'art. 3 della legge – ed anche in difetto di un espresso riferimento ai provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore contemplati nell'art. 4, comma 8, della legge sul divorzio – saranno applicabili in sede divorzile, le disposizioni che prevedono il reclamo, entro dieci giorni dalla notificazione, avverso i provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore emanati nella causa di divorzio.

Analogamente avverrà nel giudizio conseguente alla nullità del matrimonio. Infatti nei giudizi relativi alla separazione personale dei coniugi in pendenza del giudizio di nullità (art. 126 c.c.) e per l'adozione dei provvedimenti relativi ai figli (art. 129, comma 2, c.c. per il matrimonio civile ma anche per il matrimonio concordatario sulla base del rinvio a tale disposizione operato dall'art. 8, comma 2, della legge 25 marzo 1985, n. 121) è anche prevista una fase presidenziale (Cass. sez. I, 15 novembre 1974, n. 3618) e, pertanto, oltre a trovare piena applicazione le disposizioni della riforma in tema di affidamento, può trovare anche piena applicazione la normativa sulla reclamabilità in appello di tutti i provvedimenti provvisori di natura anticipatoria.

Le norme transitorie

La riforma sarà applicata nei giudizi in corso ove le parti potranno richiederne l'applicazione.

Ove sia stata, invece, già omologata la separazione o pronunciata sentenza di separazione o di divorzio o altro tipo di provvedimento che regolamenti

l'affidamento dei figli, l'art.. 4 della riforma ammette gli interessati a richiedere al giudice competente con le procedure di cui all'art. 710 c.p.c. e di cui all'art. 9 della legge sul divorzio le modifiche necessarie per applicare le nuove norme.

* * *