

Il provvedimento della Corte d'appello di Napoli individua il fondamento ed i limiti dell'esercizio dei poteri officiosi di indagine attribuiti dalla legge n. 54/2006 al Presidente del Tribunale prima dell'emanazione, in via provvisoria, dei provvedimenti di affidamento di cui all'art. 155 c.c.

Sul punto, se è vero che l'ordinanza presidenziale, ex art. 708 c.p.c., è finalizzata a dettare una regolamentazione temporanea e provvisoria dei rapporti familiari (in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio), deve ritenersi parimenti vero che il Presidente del Tribunale, prima di emanare tali provvedimenti, può assumere, anche di ufficio, mezzi di prova (così come previsto dall'art. 155-sexies c.c.), con la conseguenza che, in tema di provvedimenti relativi ai minori, «*la giurisdizione non può mai fermarsi sulla soglia della realtà rappresentata dalle parti. Ma è tenuta a perseguire il reale interesse del minore, indagando – se e quando è necessario – sulle relazioni con le principali figure di riferimento, la cui strutturazione positiva ed appagante consente un adeguato e sereno sviluppo del soggetto debole da tutelare in maniera preminente*

Secondo la Corte d'appello di Napoli, l'esercizio dei poteri istruttori, anche di ufficio, da parte del Presidente del Tribunale, trova ulteriore conferma nel rinvio operato dall'art. 708 c.p.c. alle regole del rito camerale, che consente al Giudice di «*assumere informazioni*» (sul significato da attribuire a tale locuzione, si veda, in chiave sistematica, Corte cost. 27 giugno 1975, n. 202).

Ne discende che, nel pronunciare i provvedimenti provvisori della «fase presidenziale», il Giudice non può esimersi dal valutare la praticabilità dell'affidamento condiviso, e, prima di escluderlo, «*è tenuto ad esercitare i sia pur limitati poteri di indagine che l'art. 155 sexies gli attribuisce*» (così il decreto in esame), con la precisazione che «*stante il carattere discrezionale dell'esercizio di tali poteri – il giudice non potrà esimersi – a fronte della richiesta delle parti – dall'esporre i motivi che gliene hanno sconsigliato l'esercizio*» (in tal senso il citato decreto).

In applicazione di tali principi di diritto, la Corte d'appello ha riformato l'ordinanza presidenziale, mediante la quale il Presidente del Tribunale aveva ritenuto di rinviare l'adozione dei provvedimenti in tema di affidamento della prole all'esito della fase istruttoria espletata nella causa di divorzio (così appiattendosi sui provvedimenti adottati in sede di separazione personale); in tal modo, ignorando la regola prioritaria dell'affidamento condiviso, nonché omettendo di esercitare i poteri officiosi di indagine (tra cui l'audizione dei minori, che, secondo i Giudici di seconde cure, conserva una rilevante «*valenza probatoria*», quale fonte di preziose informazioni sull'andamento della vita familiare), al fine di realizzare – sebbene in via provvisoria – l'affidamento più conveniente nel preminente interesse della prole.

Sulla rilevanza dell'audizione del minore, si veda, in chiave sistematica, la c.d. «*Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II*» (ossia, il Regolamento CE n. 2201/2003), secondo cui: «*l'audizione del minore persegue obiettivi diversi secondo il tipo e lo scopo di procedimento. In un procedimento relativo al diritto di affidamento essa ha in genere l'obiettivo di determinare l'ambiente meglio adeguato al bambino ...*».

In dottrina, si veda M.F. Pricoco, *Sull'ascolto del minore*, in www.affidamentocondiviso.it.

In tema di applicazione della regola generale dell'affidamento condiviso, deve evidenziarsi il principio di diritto espresso dalla Corte d'appello di Napoli, in base al quale: «*una certa conflittualità di rapporti tra gli ex coniugi ed una inevitabile diversità di scelte educative rientrano nella fisiologia delle relazioni post-familiari e non consentono di superare la scelta della soluzione preferenziale operata dal legislatore della legge 54*» (in senso conforme, si veda App. Bologna 17 maggio 2006, in www.affidamentocondiviso.it).

Carmelo Padalino

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
Sezione per la famiglia

Riunita in camera di consiglio in persona dei magistrati:

1. Vincenzo Trione	Presidente
2. Maria Lidia de Luca	Consigliere rel.
3. Matteo Sirignano	Consigliere

Nel procedimento iscritto al n. 1863/07, tra

D.L. F., elettivamente domiciliato in Napoli alla via ..., presso lo studio dell'avvocato P.F., che lo rappresenta e difende come da mandato a margine del ricorso – reclamante

E

A.T., elettivamente domiciliata in Napoli alla via ..., presso lo studio dell'avvocato M.P., che la rappresenta e difende come da mandato a margine della comparsa di costituzione – reclamata e controreclamante

Nonché

Il Pubblico Ministero, in persona del sostituto procuratore generale dr Antonio Maresca – interventore necessario

Ha pronunciato il seguente

DECRETO

Nel giudizio di divorzio promosso da D.L. F. nei confronti di A.T., il Presidente del Tribunale di Napoli pronunciava ordinanza riservata, depositata l'8.5.07 e così provvedeva: *ritenuto che le questioni proposte dai coniugi (affidamento condiviso da parte del padre ed aumento dell'assegno di mantenimento da parte della madre) vanno risolte dopo un'ampia istruttoria, p.q.m. rigetta allo stato le richieste avanzate dai coniugi e nomina G.I. la dott.ssa D'Andrea (...)*

Avverso la menzionata ordinanza, notificata il 21.5.07, D.L. F. ha proposto reclamo, con ricorso ai sensi dell'art 708 IV comma c. p. c., depositato il 30.5.07, chiedendo:

- la revoca o la modifica dell'ordinanza presidenziale nella parte in cui ha confermato i provvedimenti resi nella sentenza di separazione e per l'effetto disporsi l'affidamento condiviso delle due figlie minori D.L. G., nata il ...98 e D.L. E., nata il ...2000 con residenza privilegiata presso la madre e disciplina dei rapporti con esso padre, secondo il progetto di frequentazione esposto nel ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio
- la riduzione dell'assegno di mantenimento in ragione di € 400 mensili ovvero nella misura ritenuta equa alla luce della documentazione patrimoniale esibita da esso reclamante

A.T. si è costituita con memoria del 2.7.07, con la quale ha chiesto il rigetto del reclamo ed ha proposto reclamo incidentale, chiedendo – a parziale modifica dell'ordinanza impugnata – l'accoglimento di tutte le richieste da essa formulate nella memoria difensiva ex art 4 l. 898/70:

- confermarsi l'affidamento esclusivo delle figlie minori con lievi modifiche del progetto di frequentazione formulato dal D.L.
- porsi a carico del D.L. un assegno di mantenimento delle figlie dell'importo di almeno € 1.500,00 nonché un assegno di mantenimento in favore di essa A. di almeno € 1.000,00
- con vittoria di spese, diritti ed onorari di giudizio

Il Pubblico Ministero è intervenuto ed ha concluso per l'affidamento condiviso delle minori, con adesione al progetto di frequentazione formulato dal padre e con la precisazione che “per ogni circostanza debba essere sempre preavvertita la madre”.

Va brevemente premesso che il reclamo in esame è ammissibile avverso l'ordinanza presidenziale - pronunciata ex art 4 legge 898/70 - in forza dell'art 4 legge n 54/06, secondo il quale tutte le disposizioni, dettate dalla legge stessa in materia di separazione personale dei genitori, sono applicabili ai casi di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

L'ordinanza in esame si caratterizza per il totale rinvio di ogni compito di indagine alla “fase istruttoria”, con il conseguente appiattimento sui provvedimenti adottati nella sentenza di separazione personale del 14.10.04.

Vale la pena allora chiarire quale sia, secondo questa Corte, l'estensione del potere - dovere di decidere, attribuito dal legislatore della legge n 54 al presidente nella fase di giudizio che gli compete ed al giudice del reclamo ex art 708 IV comma c.p.c.

L'ordinanza presidenziale, emessa ai sensi dell'art 708 c.p.c., è indubbiamente, come già altre Corti hanno puntualizzato, un provvedimento avente natura ed efficacia meramente incidentale ed è fondata su ragioni di provvisorietà ed urgenza. Essa è infatti finalizzata ad una regolamentazione temporanea e provvisoria dei rapporti familiari nella pendenza del giudizio di separazione o – per quel che riguarda il caso in esame – di cessazione degli effetti civili del matrimonio ed è destinata ad essere assorbita nella decisione finale.

La delibazione sommaria, che caratterizza necessariamente l'emissione di tali provvedimenti, a carattere provvisorio ed interinale, deve però fare i conti con i poteri officiosi di indagine attribuiti al giudice ex art 155 sexies c.c., che letteralmente recita: *prima dell'emanazione anche in via provvisoria dei provvedimenti ex art 155 c.c. il giudice può assumere ad istanza di parte o anche di ufficio mezzi prova.*

Ed in effetti da tutto il contesto del nostro ordinamento giuridico si ricava il principio che, quando è chiamata ad assumere provvedimenti che riguardano minori, **la giurisdizione non può mai fermarsi sulla soglia della realtà rappresentata dalle parti**. Ma è tenuta a perseguire il reale interesse del minore, indagando - se e quando è necessario - sulle relazioni con le principali figure

di riferimento, la cui strutturazione positiva ed appagante consente un adeguato e sereno sviluppo del soggetto debole da tutelare in maniera preminente.

Sulla stessa strada conduce anche il rinvio operato dal nuovo articolo 708 c.p.c. alle regole del procedimento camerale, che consentono al giudice di assumere informazioni. Informazioni, che, lo si ripete, trovano “nella fase presidenziale” un limite – temporale e qualitativo - imposto dalla urgenza e dalla provvisorietà del provvedimento rispetto alla decisione finale, che farà seguito ad una completa ed approfondita istruttoria.

Poiché, com’è noto, al giudice del reclamo competono gli stessi poteri del giudice del provvedimento reclamato, l’impugnativa di cui al IV comma art 708 c.p.c. conduce al riesame di quanto statuito dal presidente ed alla censura dei vizi della decisione rilevabili a mezzo dei poteri di indagine sopra descritti. Ne consegue che – stante il carattere discrezionale dell’esercizio di tali poteri – il giudice non potrà esimersi – a fronte della richiesta delle parti - dall’esporre i motivi che gliene hanno sconsigliato l’esercizio.

Tanto premesso si può ritenere la parziale fondatezza del reclamo.

Il provvedimento in esame ha invero ignorato del tutto i principi di bigenitorialità e condivisione dell’esercizio della potestà genitoriale che caratterizzano in forza della legge n 54/06 l’affidamento dei figli in caso di rottura dell’unità familiare.

Ai sensi dell’art 155 II comma c.c., come modificato dalla citata legge, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi o la cessazione degli effetti civili del matrimonio deve valutare **prioritariamente** – al fine di realizzare il diritto del figlio a mantenere un rapporto continuativo ed equilibrato con ciascuno dei genitori – la possibilità che i figli restino affidati ad entrambi. L’affidamento condiviso, con esercizio congiunto della potestà parentale ai sensi del terzo comma della stessa disposizione di legge, costituisce attualmente “la regola”, cui è necessario attenersi nel disciplinare i rapporti genitori-figli della famiglia in crisi. Pertanto anche nel pronunciare i provvedimenti provvisori della “fase presidenziale”, il giudice deve - per così dire - prendere le mosse da tale tipo di affidamento, che è stato ritenuto in sede legislativa come quello che meglio realizza l’interesse del minore. In vista di tale priorità e preminenza, in altre parole, il giudice non può esimersi dalla valutazione della praticabilità dell’affido condiviso anche in sede di provvedimenti provvisori. E - prima di escluderla – è tenuto ad esercitare i sia pur limitati poteri di indagine che l’art 155 sexies gli attribuisce.

Con l’ordinanza in esame, invece, il presidente ha ignorato “la regola prioritaria dell’affido condiviso”, introdotta dalla legge 54, ha omesso di esercitare i poteri officiosi di indagine al fine di realizzare – sia pure in via temporanea – l’affidamento più conveniente ed opportuno nel preminente interesse delle minori ed ha infine escluso - senza alcuna motivazione sul punto - l’audizione delle minori richiesta dal ricorrente. Audizione che, seppure improntata - in sintonia a quanto previsto dall’art 12 della Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo del 1989, esecutiva in Italia dal 1991 – al fine principale di rendere il minore protagonista del suo processo di tutela, conserva pur sempre una rilevante **valenza probatoria** come fonte di preziose informazioni sull’andamento della vita familiare.

Ritiene nel merito la Corte, nell’esercizio del suo potere di riesame ed in adesione al parere formulato dal P.M., che non sussistano allo stato motivi ostativi all’affidamento condiviso delle minori, con residenza privilegiata presso la madre ed esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori.

Le due minori, G. ed E., rispettivamente di nove e sette anni, risultano entrambe avere un buon rapporto con il padre, come del resto ha ammesso anche la madre, che ha aderito – con leggere modifiche - al progetto di frequentazione formulato dal D.L. Nè le ragioni opposte dalla A. – coinvolgimento delle minori nelle questioni personali dei genitori operato dal D.L. ed azione educativa dello stesso improntata a criteri di permissività – hanno consistenza tale da escludere la praticabilità dell’affido condiviso. Una certa conflittualità di rapporti tra gli ex coniugi ed una

inevitabile diversità di scelte educative rientrano nella fisiologia delle relazioni post-familiari e non consentono – a parere di questa Corte – di superare la scelta della soluzione preferenziale operata dal legislatore della legge 54.

La richiesta di affidamento condiviso può pertanto essere accolta. Le minori avranno dunque residenza privilegiata presso la madre e frequenteranno il padre secondo il progetto da costui formulato nel ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Con la modifica, proposta dalla A. nella memoria difensiva ex art 4 legge 898/70, concernente il prelevamento delle minori da parte del padre al termine dell'orario scolastico ed il riaccompagnamento delle stesse presso essa madre, nei giorni in cui non è previsto il pernottamento, non oltre le ore 21.

Per quanto concerne le questioni economiche va premesso che con la sentenza di separazione personale, che ha recepito l'accordo raggiunto sul punto dalle parti, è stato fissato in euro 650,00 mensili, annualmente rivalutabili secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo, l'assegno di contributo al mantenimento delle figlie a carico del padre – oltre al versamento del 50% delle spese mediche non coperte dal SSN, scolastiche e sportive.

Con il ricorso introduttivo del giudizio di divorzio e con il reclamo in esame, il D.L. ha chiesto la riduzione dell'assegno di mantenimento ad € 400 mensili, dovendosi, a suo dire, detrarre dall'importo di € 650,00 mensili la somma relativa al servizio di baby sitter, del quale le figlie “non usufruirebbero più per evidenti motivi di età”.

Tale richiesta, avanzata dal D.L., può essere – allo stato – rigettata.

Risulta, invero, dall'attestato di servizio, prodotto dalla A., che costei lavora - dal lunedì al venerdì - dalle ore 8 alle ore 15,12. Orario che rende certamente necessaria la collaborazione di una baby sitter, che la sostituisca presso le figlie, ancora bisognose - in ragione della loro età - di vigilanza continuativa, nelle ore e nei periodi non coperti da attività scolastica. Il costo medio di tale servizio può essere – per comune esperienza – quantificato in € 400,00 mensili, che andranno per la metà corrisposti dal D.L. in aggiunta all'assegno di € 650,00 mensili già fissato dal giudice della separazione.

A.T., dal canto suo, ha chiesto al giudice del divorzio e con il controreclamo a questa Corte di aumentare l'importo dell'assegno per il mantenimento delle figlie e di costituire un assegno per il mantenimento di essa A., “in considerazione dell'elevato tenore di vita del D.L.”. Costui di fatti sarebbe socio, assieme ai due fratelli, della s.r.l. D.C., finalizzata alla produzione di inchiostri da stampa, con raggio di azione a livello internazionale. Laddove essa reclamante incidentale godrebbe soltanto del reddito da lavoro dipendente, quale cancelliere presso l'Ufficio del ... di Napoli, documentato in atti, decurtato per l'effetto del pagamento delle rate del mutuo contratto ai fini della ristrutturazione dell'appartamento destinato ad abitazione familiare.

Osserva sul punto la Corte che la A. ha prodotto – a sostegno della propria tesi – documentazione consistente nella descrizione, ai fini pubblicitari dell'attività della D.C., esposta nel sito internet della stessa società e che il D.L. ha prodotto, al riguardo, la dichiarazione sostitutiva di atto notorio del fratello, D.L. A. - legale rappresentante della menzionata società - attestante la mancata distribuzione di utili negli anni 2003, 2004 e 2005. La complessità delle indagini necessarie per accertare la reale situazione patrimoniale del D.L., alla luce di tale documentazione e le reali, effettive risorse economiche di entrambi i genitori – onde adeguare il regime del mantenimento delle minori al principio di proporzionalità dettato dal nuovo testo dell'art 155 c.c. - esorbitano con ogni evidenza dai limitati poteri istruttori del giudice del reclamo. Onde correttamente l'ordinanza presidenziale ha rinviato la definizione di tali questioni all'ampio potere di indagine del giudice istruttore.

Nulla per le spese stante il carattere incidentale di questa fase.

p.q.m.

La Corte

Accoglie parzialmente il reclamo proposto da D.L. F. avverso l'ordinanza del Presidente del Tribunale di Napoli, depositata l'8.5.07 e per l'effetto **dispone l'affidamento condiviso delle minori D.L. G., nata il ...98 e D.L. E., nata il ...2000, con residenza privilegiata presso la madre A.T. e disciplina dei tempi di permanenza presso il padre come da parte motiva**

Accoglie parzialmente il reclamo incidentale, proposto da A.T., disponendo che il D.L. versi oltre all'assegno per il mantenimento delle figlie dell'importo di € 650,00 mensili ed al 50% delle spese mediche non coperte dal SSN, scolastiche e sportive, la somma di € 200,00 mensili per il servizio di baby sitter

Nulla per le spese.

Così deciso in Napoli il 13.7.07

IL Consigliere relatore

IL Presidente