

*Piero Calabrò
Magistrato
Giudice presso il Tribunale di Monza*

**ULTERIORI PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE
ED APPLICATIVE DELLA LEGGE N.54/2006**

SOMMARIO

1. Affidato condiviso e collocamento del minore - 2. Esercizio e attribuzione della potestà genitoriale - 3. Ascolto dei figli minori - 4. Le impugnazioni dei provvedimenti del Presidente, del G.I. e del Collegio

1. Affidato condiviso e collocamento del minore

Il nuovo principio che, secondo molti commentatori, ha ispirato l'intera normativa di cui alla legge n.54/2006 è la espressa previsione del diritto dei figli minori alla ***bigenitorialità***, individuato dall'art.155 comma I° Cod.Civ. come conservazione di “*un rapporto equilibrato e continuativo*” con entrambi i genitori onde riceverne “*cura, educazione e istruzione*”.

Strumento per l'attuazione di tale diritto è (o, almeno, dovrebbe essere) l'affido condiviso dei figli minori in ipotesi di separazione o divorzio dei genitori.

Il principio, in tal modo inteso, è stato ribadito dalla Suprema Corte in una delle prime e rare pronunzie emesse sino ad oggi in relazione alla novella legislativa (Cass.19.6.2008 n.16593).

La Corte di Legittimità ha, infatti, individuato come prioritaria, da parte del giudice, l'opzione dell'affido condiviso, dovendosi motivare la sua contrarietà all'interesse dei minori nel caso di una diversa scelta.

Purtroppo, però, in una moltitudine di casi concreti la bandiera dell'affidamento condiviso è stata agitata in modo palesemente strumentale e surrettizio, magari quale mezzo di contrasto della avversaria strategia difensiva o al solo fine di cogliere migliori risultati e condizioni sul versante dei rapporti economici.

Sovente, infatti, la richiesta di suddivisione paritaria del tempo di permanenza dei figli minori con i genitori ha automaticamente introdotto nel processo una quasi simmetrica domanda di eliminazione ovvero di drastica riduzione del contributo per il loro mantenimento, versato all'altro coniuge con cadenza periodica.

Altrettanto spesso, il cedimento anche solo parziale sul fronte dell'assegno di mantenimento ha comportato un repentino abbandono dei buoni propositi di condivisione reale ed effettiva degli oneri personali e temporali connessi con la cura e l'educazione dei figli, con buona pace del principio di bigenitorialità precedentemente sbandierato e invocato.

Non solo, ma in moltissime altre ipotesi la formale domanda di affido condiviso non è stata neppure sorretta da una seria richiesta di suddivisione di tempi ed oneri dell'affidamento dei minori, essendosi limitato il genitore richiedente alla pura e semplice indicazione di momenti (un pomeriggio la settimana, week-end alternati, qualche settimana durante le vacanze o ferie estive, qualche giorno a Natale e Pasqua) da lungo tempo noti alla modulistica di studi legali e Tribunali.

In altri termini, viene troppo spesso riproposto, sotto la diversa -ed in tal caso astratta- figura giuridica dell'affido condiviso, il medesimo regime di limitata condivisione dell'affidamento dei figli per decenni concretamente rivestito dell'*habitus* giuridico dell'affidamento esclusivo, con la riedizione sotto mentite spoglie della figura del cosiddetto “*genitore del tempo libero*” (ove per tempo libero si intende quello del genitore e non quello del minore).

E' perfino ovvio sottolineare come un simile *modus operandi* si ponga in palese contrasto con le esigenze di tutela dei figli minori e, pertanto, con gli stessi principi recentemente stabiliti in tema di affido condiviso dalla Suprema Corte (Cass.16593/08, cit.).

La ***bigenitorialità*** è, infatti, innanzitutto l'oggetto di un diritto dei figli minori e in quanto tale non è, in realtà, mai stata negata neppure dalla normativa previgente : è sufficiente allo scopo rammentare quanto disposto dall'art.6 comma I° della legge 898/1970, laddove è riaffermata la permanenza dei doveri genitoriali persino “*nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori*”.

L'art.155 Cod.Civile novellato ribadisce e rafforza tale diritto dei minori, estendendolo anche alle relazioni con altri familiari, essendo prevista la conservazione di “*rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*”.

Dunque, mentre genitori e parenti appaiono titolari di un interesse rafforzato e tutelato, il suo esercizio non può essere considerato come la soddisfazione di un mero intento egoistico, bensì quale concreta attuazione del corrispondente diritto del minore.

Ma, al di là delle sacrosante petizioni di principio, fondamentale per chi deve decidere è una seria ed approfondita analisi e conoscenza delle dinamiche familiari antecedenti il momento della separazione o del divorzio.

In altri termini, quel genitore che nel processo rivendica il proprio diritto alla bigenitorialità e la applicazione dell'affidamento condiviso, quali rapporti (da conservare) teneva con i figli minori, in che misura ne condivideva gli interessi ed i bisogni, come partecipava ai loro tempi e modi di vita?

Il modello di famiglia *partecipativa* che traspare dalla novella legislativa non può, in effetti, materializzarsi come per incanto, soprattutto dopo la rottura dell'unità familiare.

La serietà delle istanze attinenti la condivisione dell'affidamento dei minori (compito ancor più difficile per genitori separati) può ed anzi deve essere vagliata alla luce di quanto nei fatti dimostrato nell'intera storia di quella famiglia : un genitore che, prima della separazione, non abbia mai significativamente partecipato alla “*cura, educazione e istruzione*” dei figli, in che misura è credibile allorchè ne invoca astrattamente l'affido condiviso, magari riproponendo anche in sede processuale i limitati schemi di condivisione cui s'è fatto cenno?

Una seria e concreta risposta a questi interrogativi appartiene all'imprescindibile dovere del Giudice, chiamato in questa delicatissima materia ad adottare provvedimenti svincolati dalla comoda applicazione di astratti principi normativi ed il più possibile ancorati al mondo reale ed alla complessità degli interessi in gioco.

La piena realizzazione del diritto del minore alla *bigenitorialità* necessita, dunque, non solo di una valutazione di *non contrarietà* ai suoi interessi dell'affido condiviso, ma ancor prima di un positivo vaglio di conformità di tale soluzione alle sue istanze di persona in formazione e di vero soggetto debole nell'ambito della contesa giudiziaria.

Lo stesso Legislatore ne è pienamente cosciente laddove, con una norma di chiusura idonea a indirizzare qualunque determinazione del Giudice, ha espressamente previsto che qualsiasi provvedimento relativo alla prole dev'essere adottato “*con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*” (art.155 comma II° Cod.Civ.).

In definitiva, riaffermata l'opzione prioritaria dell'affido condiviso, compito del Tribunale sarà quello di verificarne la reale corrispondenza all'interesse morale e materiale dei minori, non tanto alla luce dell'eventuale situazione di conflitto tra i genitori (considerata, prima della novella, quale elemento ostativo della concessione del c.d. affido congiunto : Cass.20.1.2006 n.1202, ora smentita da Cass.19.6.2008 n.16593), quanto piuttosto in considerazione della reale e concreta volontà dei genitori -vagliata anche con riferimento ai loro comportamenti in epoca antecedente la separazione- di porre in essere un serio e circostanziato progetto di condivisione dei tempi, degli impegni, delle incombenze, degli interessi e di quant'altro attenga alla vita dei figli ed alla loro quotidiana cura, educazione ed istruzione.

E' del tutto evidente che ad un simile progetto non possa apparire estranea la problematica, spesso sottovalutata, del collocamento dei figli.

Il Legislatore ha affrontato in modo sinceramente generico questo aspetto, semplicemente prevedendo che sia il Giudice a determinare quanto ai figli minori “*i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore*” (art.155 comma II° Cod.Civ.).

Nella realtà quotidiana, invece, la scelta attinente il collocamento dei figli è determinante in relazione a numerosi aspetti della loro vita: è sufficiente in questa sede rammentare che, anche solo per effetto delle risultanze anagrafiche conseguenti a tale opzione, nel mondo del minore subentreranno determinate conseguenze (ad esempio, nell'ambito scolastico e sanitario).

Il materiale collocamento dei figli, poi, si interseca inevitabilmente con il loro affidamento, soprattutto nelle ipotesi che vedono i genitori logisticamente distanti (si pensi al caso, non del tutto raro, che uno di essi abbia a trasferirsi in un'altra Città o addirittura in un altro Paese).

In estrema sintesi, dunque, le tematiche dell'affidamento e del collocamento dei figli minori non posso essere liquidate con petizioni di principio, con astratti riferimenti normativi ovvero con deleterie pregiudiziali ideologiche: compito e dovere del Giudice è contemperare le norme ed il diritto positivo con la realtà familiare, pregressa ed attuale, senza alcuna preclusione di natura dogmatica ma avendo quale esclusivo riferimento e faro orientativo, nella adozione dei propri provvedimenti, il preminente “*interesse morale e materiale*” dei figli minori.

2. Esercizio e attribuzione della potestà genitoriale

La struttura normativa della novella del 2006 ha offerto non poche occasioni di discussione e perplessità, soprattutto in relazione a ciò che, in materia di affidamento dei figli minori, può considerarsi inderogabile ed a ciò che, invece, è stato riservato alla valutazione del magistrato. I dubbi non riguardano tanto la possibilità per il giudice di disporre l'affidamento esclusivo, essendo tale eventualità subordinata alla sola adozione di un provvedimento motivato dalla contrarietà dell'affidamento condiviso agli interessi del minore (art.155bis II° comma C.C.), quanto piuttosto le problematiche sottese all'esercizio della **potestà**.

Come per la problematica attinente il collocamento dei figli, anche quella relativa alla potestà pare essere stata collocata in secondo piano, pur di fronte alle importanti conseguenze che ne derivano sullo *status* dei minori.

Le difficoltà interpretative, indotte da una non certo perfetta formulazione del testo di legge, appaiono invece molteplici e non secondarie.

Da alcuni si sostiene, in effetti, che in tutte le ipotesi di affidamento la legge avrebbe previsto:

- che la **potestà genitoriale** permanga in capo ad entrambi i genitori;
- che possa essere esercitata separatamente solo se così stabilito dal giudice e limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione. (art.155 comma III° C.C.);

-che, in ogni caso, entrambi i genitori debbano assumere, di comune accordo, le decisioni di maggiore interesse relative all'educazione, istruzione e salute dei figli minori;

-che solo in ipotesi di loro disaccordo su tali aspetti la decisione è rimessa al Giudice.

La tesi muove dalla constatazione che, mentre l'art.155 C.C. nulla dispone in relazione alla applicabilità del principio della potestà comune alla sola ipotesi dell'affidamento congiunto, l'art.155bis C.C. (laddove disciplina in modo specifico l'ipotesi di affidamento esclusivo dei figli ad uno soltanto dei coniugi) nulla dice in tema di attribuzione dell'esercizio della potestà. Invece, l'art.155ter C.C. parrebbe aprire un varco alla possibilità di assegnare in via esclusiva la potestà, laddove prevede il diritto di ciascun genitore di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti *“l'attribuzione dell'esercizio della potestà”*: ma i fautori della tesi contraria potrebbero obiettare che la revisione consentita dall'anzidetta norma abbia quale unico oggetto le sole *“decisioni su questioni di ordinaria amministrazione”*, rispetto alle quali l'art.155 C.C. già prevede il potenziale esercizio separato della potestà.

Come si vede, permangono i dubbi interpretativi riconducibili alla assenza di qualsivoglia chiara e netta distinzione tra le diverse modalità dell'affidamento (*“la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”*: art.155 C.C.).

Ma proprio il tenore letterale dell'art.155ter C.C. (che prevede la revoca delle condizioni concernenti *“l'attribuzione dell'esercizio delle potestà”*), consentirebbe di sostenere:

-che, poiché revocabile è un precedente provvedimento di *“attribuzione dell'esercizio”* della potestà genitoriale, l'unica possibilità di modificazione sarebbe quella di operare un mutamento dalla attribuzione congiunta alla attribuzione esclusiva (o viceversa);

-che, pertanto, nella ipotesi di affidamento esclusivo il giudice, tenuto conto del preminente interesse dei figli minori, potrebbe attribuire in via esclusiva al genitore (unico) affidatario anche l'esercizio della potestà.

La porta parrebbe, dunque, aperta a domande fondate sulla asserita inderogabilità del principio dell'attribuzione congiunta dell'esercizio della potestà genitoriale o, al contrario, a richieste di affidamento esclusivo nonché di esercizio altrettanto esclusivo della potestà.

La soluzione di un simile dilemma interpretativo mal si concilia con la peculiare delicatezza di una materia esiziale per gli interessi dei minori, meritevoli di risposte certe e condivise.

E che tale amara considerazione non sia il frutto di vuoti esercizi dialettici è dimostrato dalle concrete problematiche riconducibili all'esercizio della potestà genitoriale (su tutte, le scelte scolastiche, sanitarie, educative e logistiche), direttamente ed immediatamente influenzate dai provvedimenti giurisdizionali e che, pertanto, dovrebbero essere sorrette dalla certezza del diritto che le regola in astratto.

Un sicuro aiuto giunge dall'art.155 II°c.C.C., vero faro direzionale dell'azione del magistrato laddove gli attribuisce il potere di adottare *“ogni altro provvedimento relativo alla prole”*.

Ne discende che, poiché le stesse ragioni che sconsigliano l'attribuzione dell'affidamento condiviso normalmente contrastano con l'opportunità dell'esercizio comune della potestà, il Giudice (il quale, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, deve obbligatoriamente avere *“esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale di essa”*) ben potrà disporre che anche la potestà sia esercitata in via autonoma dal genitore affidatario esclusivo dei figli.

E che tale ultima opzione sia del tutto legittima è dimostrato dalla persistente ed incontestabile possibilità di affidamento dei figli minori anche a soggetti terzi (ad esempio, ai Servizi Sociali territorialmente competenti) qualora l'affidamento all'uno o all'altro dei genitori contrasti gravemente e palesemente con il loro preminente interesse: in tale estrema ipotesi, appare perfino ovvia la negazione del principio dell'obbligatoria attribuzione congiunta della potestà genitoriale.

L’opinione contraria poggia sull’osservazione che nella nuova formulazione dell’art.155 C.C. non è riproposto il vecchio comma VI° (che così disponeva: “*in ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o nell’impossibilità in un istituto di educazione*”), alla quale potrebbe contrapporsi l’argomento della permanente vigenza dell’art.6 comma VIII° legge 898/70 (che ancora così dispone: “*in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore a uno dei genitori, il Tribunale procede all’affidamento familiare di cui all’art.2 della Legge 4.5.1983 n.184*”).

Ed è proprio nella Legge n.184/1983 che possono e debbono essere individuati i presupposti in forza dei quali il Giudice, avuto “*esclusivo riferimento all’interesse materiale e morale*” del minore e nell’esercizio del dovere di adottare “*ogni altro provvedimento relativo alla prole*”, può disporre l’affidamento a terzi, motivando i gravi motivi atti a sorreggere tale misura di carattere eccezionale e tenendo conto del c.d. “*divieto di istituzionalizzazione*” (vale a dire, di ricovero presso un istituto di assistenza pubblico o privato) saggiamente introdotto dalla Legge 28.3.2001 n.149 oltre il limite temporale del 31 dicembre 2006.

Non può, invece, condividersi la tesi, sostenuta da alcuni autorevoli giuristi, secondo la quale l’esclusione di uno dei genitori dall’esercizio della potestà, poichè necessariamente motivata nel preminente interesse della prole, sia equiparabile all’ipotesi della decadenza disciplinata dall’art.330 Cod.Civ.

Anche al di là, in effetti, dei ben diversi presupposti ai quali tale norma subordina la sanzione della decadenza, è fin troppo agevole osservare che, prima della novella del 2006 e nella vigenza della norma di cui all’art.330 Cod.Civ., l’art.155 dello stesso Codice espressamente attribuiva “*l’esercizio esclusivo della potestà*” al genitore affidatario dei figli minori, in tal modo prevedendo una forma di titolarità *affievolita* della potestà in capo all’altro genitore, ben diversa dalla sua caducazione, anche temporanea.

E’ invece perfino superfluo ribadire che in caso di affidamento condiviso anche l’attribuzione dell’esercizio della potestà dovrà essere congiunta (salva, ovviamente, la possibilità per il Giudice di stabilire l’esercizio separato “*limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione*” : art.155 comma III° Cod. Civ.).

3. Ascolto dei figli minori

In questo primo significativo periodo di applicazione delle nuove norme, forti contrasti sono insorti in relazione alla obbligatorietà o meno dell’audizione dei figli minori, nonché alle sue concrete modalità.

L’art.155sexies C.C. prevede che “*prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’articolo 155*” il giudice disponga “*l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*”.

L’utilizzazione del termine “*audizione*” sembrerebbe imporre al magistrato un adempimento processuale ben preciso: la presentazione del minore innanzi al giudice, che lo interroga senza vincoli formali e, se lo ritiene opportuno, verbalizza anche sommariamente quanto affermato in sua presenza.

L’utilizzazione del predicato verbale “*dispone*” sembrerebbe imporre al Giudice l’audizione del minore ultradodicesimo in qualsivoglia occasione nella quale debbano essere adottati i provvedimenti previsti dall’art.155 C.C.

Quindi, non solo sin dall’udienza presidenziale (primo momento di “*emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’articolo 155*”), ma anche allorquando il Giudice

Istruttore sia chiamato ad apportare sostanziali mutamenti alle condizioni in precedenza (dal Presidente o dallo stesso G.I.) stabilite.

La *ratio* della norma codicistica in esame deve essere individuata in stretta correlazione con altri principi riguardanti la figura del minore, riscontrabili non solo nella novella legislativa, ma anche nelle Convenzioni Internazionali che l'hanno, in tutta evidenza, ispirata.

Sia la “Convenzione dei diritti del fanciullo” stipulata a New York il 20.11.1989 (ratificata dall'Italia con Legge 27.5.1991 n.176), sia la “Convenzione di Strasburgo” del 25.1.1996 (ratificata dal nostro Paese con Legge 20.3.2003 n.77) prevedono, in effetti, che il minore sia “*ascoltato*” nei procedimenti giudiziari che lo riguardano.

L'utilizzazione del termine “*ascolto*”, in luogo della parola “*audizione*” (di mera ed arida valenza procedurale), pone il minore nella condizione di titolare di un vero e proprio diritto ad esporre le proprie esigenze ed i propri *desiderata* nel momento in cui debbano essere adottati provvedimenti che incidono direttamente sulla sua vita e sulle sue condizioni personali.

Il vero e proprio soggetto debole delle controversie di famiglia, in tal modo, non viene escluso dal momento conoscitivo dei fatti e delle circostanze che condurranno alla decisione, ma ne diviene uno dei protagonisti, pur con tutte le cautele doverosamente riconducibili alla giovane età ed all'esigenza di tutela dei suoi preminenti interessi e del suo equilibrio psicologico.

In tale ottica, l'*ascolto* del minore (e non, quindi, la sua mera *audizione*) potrà avvenire con le modalità, anche temporali, più consone ai suoi stessi interessi, non dovrà trasformarsi in adempimento suscettibile di essere utilizzato in via strumentale dall'uno o dall'altro genitore e non sarà, pertanto, meccanicamente riproponibile in ogni occasione nella quale le parti del processo si rivolgano al giudice al solo scopo di reiterare istanze già ampiamente sviscerate.

Può, pertanto, ritenersi che il dovere di *ascolto* dei figli minori debba essere esercitato dal giudice nei tempi e nei modi ritenuti prudenzialmente più opportuni, con il conseguente suo possibile differimento alla fase contenziosa del processo, assai più compatibile (rispetto alla udienza presidenziale) con un adempimento talmente importante e delicato.

Se, in effetti, la cognizione sommaria dei fatti e delle circostanze utili ai fini dell'adozione dei provvedimenti provvisori è giustificata dalla loro *temporaneità* ed *urgenza* (art.708 CPC), le problematiche introdotte dalla necessità di un reale ed effettivo *ascolto* dei figli minori mal si conciliano con il rito presidenziale e con le tempistiche ad esso oggettivamente connesse.

Basterà, a tal fine, osservare:

-che l'orientamento giurisprudenziale prevalente consente, anche di fronte alla nuova norma di cui all'art.155sexies C.C., la distinzione tra *ascolto diretto* ed *ascolto indiretto* del minore (vale a dire, a mezzo di uno o più esperti nominati dal giudice), con l'ovvia dilatazione dei tempi che quest'ultima possibilità inevitabilmente comporta;

-che, nell'ipotesi di un accordo tra i genitori non contrario all'interesse dei figli (giusto quanto previsto dallo stesso art.155 C.C.), l'*audizione* si risolverebbe in un ingiustificato ed inutile loro coinvolgimento nelle già gravose vicende della separazione.

Altrettanto scontato, peraltro, è il dovere del Presidente di procedere comunque all'*ascolto* dei minori in situazioni estreme, caratterizzate da conflitti di portata tale da indurre l'adozione di provvedimenti (pur provvisori) che potrebbero incidere in modo significativamente negativo sulla vita dei figli e sul loro delicato equilibrio.

In tal caso, anche in stretta correlazione con la situazione di conflitto e con le sue modalità più percepibili, sarà compito del Presidente procedere all'*ascolto* del minore avvalendosi, in modo prudenziale, delle (non positivamente regolate) regole di disciplina dell'udienza, stabilendo se possa ritenersi opportuna la presenza dei genitori e/o dei loro difensori ed avvalendosi delle peculiarità del rito camerale (al quale, come è noto, non sono simmetricamente applicabili le

regole proprie del processo contenzioso: Cass.7.2.1996 n.986) e segnatamente della facoltà di “*assumere informazioni*” prevista dall’ultimo comma dell’art.738 CPC (non assimilabile ad un vero e proprio momento probatorio) : perfino banale deve considerarsi la precauzione della raccolta a verbale del previo consenso delle parti all’ascolto del minore in loro assenza. Tali principi possono ritenersi applicabili anche all’ascolto del minore da parte del G.I.

4. Le impugnazioni dei provvedimenti del Presidente, del G.I. e del Collegio

Prima della riforma introdotta dalla Legge n.54/2006 le problematiche attinenti la possibilità di impugnazione dei provvedimenti provvisori, emessi dal Presidente o dal Giudice Istruttore, ha rappresentato l’oggetto di accese discussioni, favorite dal vuoto normativo sino ad allora persistente.

La novella legislativa ha solo in parte ovviato a tale deprecabile situazione.

Dall’art.708 quarto comma CPC è ora prevista la possibilità di proporre **reclamo** alla Corte d’Appello avverso i (soli) provvedimenti presidenziali provvisori.

E’opportuno ricordare anche l’art.709 CPC, che all’ultimo comma dispone che il G.I. possa **revocare o modificare** i provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal Presidente.

Tale ultima disposizione non richiama più l’art.177 CPC (come, invece, l’art.708 CPC ante novella), secondo il quale non possono essere né revocate né modificate le ordinanze assunte su accordo delle parti.

Deve, perciò, reputarsi che, anche qualora i provvedimenti presidenziali siano stati adottati col previo accordo dei coniugi, innanzi al G.I. possa esserne richiesta, in ogni tempo, la revoca o la modificazione.

Il nuovo testo dell’art.709 CPC appare, peraltro, difficilmente coordinabile con il quarto comma dell’art.708 CPC, laddove è prevista, come s’è detto, la possibilità per le parti di proporre reclamo alla Corte d’Appello avverso i (soli) provvedimenti presidenziali provvisori, entro il “*termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento*”.

Se i provvedimenti presidenziali sono reclamabili entro un termine definito “*perentorio*” (vale a dire, a pena di decadenza dalla facoltà di chiederne la revoca o la modificazione), di difficile comprensione è il mantenimento della possibilità, non soggetta a forme e termini particolari, di chiederne al G.I. proprio la revoca o la modificazione.

Non solo, ma poiché la *ratio* dell’imposizione di un simile termine decadenziale è certamente riconducibile alla necessità di dare stabilità e certezza alle statuizioni presidenziali adottate in via provvisoria, l’averne prevista la decorrenza “*dalla notificazione del provvedimento*” non offre, come si vedrà, sicure garanzie interpretative ed applicative ed aggiunge, di conseguenza, ulteriori motivi di incertezza.

I problemi interpretativi da risolvere appaiono, dunque, i seguenti:

- quale sia la decorrenza del termine per il reclamo nell’ipotesi, spesso ricorrente, di adozione dei provvedimenti nell’ambito della stessa udienza presidenziale;
- quali siano i profili rispetto ai quali potrà essere utilizzato il rimedio del reclamo alla Corte d’Appello avverso i provvedimenti presidenziali;
- quali ulteriori impugnazioni possano eventualmente esperirsi avverso la decisione del giudice del reclamo;
- quali siano, se sussistono, i limiti entro i quali il G.I. potrà revocare o modificare l’ordinanza presidenziale ed i provvedimenti provvisori non reclamati (ovvero confermati o modificati in sede di reclamo dalla Corte d’Appello);
- quali siano, se sussistono, le possibilità di impugnazione o reclamo delle ordinanze del G.I.

A soli tre anni dall'entrata in vigore della novella legislativa, le risposte ai quesiti anzidetti non sono, inevitabilmente, suffragate da molteplici e consolidate pronunzie giurisprudenziali. Il primo quesito può essere considerato come l'esemplificazione della discutibile tecnica nel legiferare, purtroppo ormai consolidatasi in ogni materia.

Come è noto, regola generale è che i provvedimenti adottati dal magistrati in udienza non siano suscettibili di ulteriori comunicazioni alle parti presenti (art.134 CPC e Cass.10.3.2004 n.4929), mentre il Cancelliere è tenuto ad effettuarne la comunicazione alle parti a norma del comma II° dell'art.136 CPC solo allorchè siano emessi fuori udienza.

Parrebbe, pertanto, inspiegabile, incongruo e contrario ai principi di celerità del procedimento, imporre ad una delle parti un onere procedurale (la notificazione) relativo a un provvedimento già noto all'altra parte (perché emesso in udienza ovvero comunicato dal Cancelliere ai sensi dell'art.136 CPC).

Più razionale e corretto è, pertanto, ritenere che il termine “notificazione” sia stato utilizzato tecnicamente dal legislatore in luogo del termine “comunicazione” con esclusivo riferimento ai soli provvedimenti pronunziati fuori udienza.

L'applicazione letterale della norma condurrebbe, in effetti, a conseguenze aberranti.

Posto che nessuna norma impone alla Cancelleria la “notificazione” alle parti di ordinanze pronunziate fuori udienza (tantomeno di quelle emesse in presenza delle parti), nell'ipotesi in cui nessuno degli interessati provveda a notificare alla controparte i provvedimenti provvisori l'ordinanza presidenziale potrebbe essere reclamata *sine die*, non potendosi ritenere maturata la decadenza comminata dall'ultimo comma dell'art.708 CPC.

Il tutto, con buona pace delle ragioni ispiratrici del rimedio *ex novo* approntato dal Legislatore (che, tra l'altro, ha previsto un termine di reclamo più breve rispetto a quello -di giorni 15- generalmente previsto in materia cautelare dall'art.669terdecies CPC) e delle esigenze di certezza del diritto e dei provvedimenti giudiziari.

Deve, a mio parere, essere pertanto ribadita la soluzione interpretativa, alla stregua della quale l'ordinanza presidenziale deve essere impugnata nel termine di gg.10 dalla udienza nella quale è stata emessa o dalla ricezione della comunicazione di cancelleria.

I dubbi procedurali non si esauriscono certo con il primo dei problemi affrontati.

La Suprema Corte, anche recentemente, ha ribadito la sostanziale natura cautelare attribuibile ai provvedimenti presidenziali provvisori, essendo gli stessi destinati ad assicurare i diritti dei figli e dei coniugi fino all'accertamento definitivo che può derivare solo dal giudicato (vedi : Cass. 12.6.2006 n.13593).

Di qui, la sostanziale correttezza, anche formale, del rimedio del **reclamo** previsto dal quarto comma dell'art.708 CPC.

Proprio per questo, però, dovrebbe escludersi la riproposizione “*tout court*” delle questioni esaminate dal Presidente, non apparendo concepibile una mera rivisitazione (pur da un diverso e superiore punto di vista) della materia trattata.

La cognizione della Corte d'Appello dovrà, invece, essere limitata ai soli profili di palese ed erronea interpretazione ed applicazione di norme di diritto, ovvero di manifesta incongruenza dei provvedimenti rispetto alle situazioni di fatto, così come risultanti dagli atti del giudizio, non apparendo congruo né opportuno che il processo debba proseguire ed essere eterodiretto, in primo grado, semplicemente sulla scorta di valutazioni diverse dell'oggetto del contendere, provenienti da una istanza di giustizia superiore.

In questo senso si sono sostanzialmente espressi, ad esempio, le Corti d'Appello di Bologna (ordinanza 17.5.2006 e decreto 8.5.2006) e di Trento (ordinanza 28.4.2006) ed Tribunale di Trani (decreto 28.4.2006).

Avverso la decisione della Corte d'Appello dovrà, invece, considerarsi come esperibile il rimedio di cui all'art.111 Costituzione, avuto riguardo alla “*natura sostanziale di sentenza riconoscibile a siffatto decreto, in quanto incidente su diritti/doveri dei genitori, emesso a conclusione di un procedimento contenzioso e, pertanto, caratterizzato dagli elementi della decisorietà e della definitività, da riferire alla situazione esistente al momento della decisione, a prescindere dalla suscettibilità dello stesso ad essere oggetto di revisione in ogni tempo, ai sensi dell'ultimo comma dell'art.155 C.C.*” (Cass.28.8.2006 n.18627).

Assai meno agevole è la problematica sottesa agli ultimi due quesiti.

Si è già detto che, essendo i provvedimenti presidenziali reclamabili entro un termine definito “*perentorio*” (vale a dire, a pena di decadenza dalla possibilità di chiederne la revoca o la modificazione), di difficile comprensione è il mantenimento della possibilità, non soggetta a forme ed a termini particolari, di chiederne al G.I. proprio la revoca ovvero la modificazione (art.709 ultimo comma CPC).

Nel silenzio della norma, potrebbe sostenersi la tesi, sorretta dal suo tenore letterale, che il G.I. possa, in ogni tempo e senza alcun limite particolare, revocare o modificare quanto già stabilito dal Presidente e non fatto oggetto di tempestivo reclamo, oppure quanto statuito dalla Corte d'Appello ex art.708 ultimo comma CPC.

Questa interpretazione finirebbe, però, con l'attribuire ai provvedimenti presidenziali un ruolo precario e limitatissimo nel tempo ed al potere di revoca o modifica del G.I. il carattere di un semplice diverso opinamento sulle circostanze discusse tra le parti.

Se così fosse, non si comprende il motivo per il quale non sia stata prevista e disciplinata la eventuale reclamabilità anche dei provvedimenti del G.I., che sarebbe stata giuridicamente giustificata dalla medesima natura che li accomuna a quelli presidenziali.

Ed invece, la giurisprudenza prevalente esclude qualsivoglia rimedio -diverso rispetto ad una richiesta di *révirement* rivolta allo stesso G.I. avverso le sue ordinanze provvisorie- sia ai sensi dell'art.708CPC che dell'art.669*terdecies* CPC (in tema: Tribunale di Monza 18.1.2007; Corte d'Appello di Milano 6.7.2006; Corte d'Appello di Trento 21.9.2006; Corte d'Appello di Cagliari 18.7.2006; in senso favorevole invece: Corte d'Appello di Napoli 5.3.2007).

La miglior soluzione interpretativa può considerarsi quella che limita i poteri di revoca ovvero di modifica del G.I. alla sola opportunità di adeguare i provvedimenti presidenziali, resi dopo una sommaria delibazione dei fatti, all'eventuale mutamento delle circostanze ovvero a nuove e diverse risultanze della fase istruttoria e della piena cognizione del *thema decidendum*.

In tal modo, verrebbe vanificato ogni dubbio di costituzionalità riguardo alla non reclamabilità dei provvedimenti del G.I., non sufficientemente escluso dalla sola possibilità (non concessa, invece, al Presidente) di revoca o di modificazione da parte dello stesso magistrato che li ha pronunziati.

Più estemporanea appare l'opinione di chi (Tribunale di Modena 5.10.2006) considera come consentita la richiesta al G.I. di modificazione o revoca dei soli provvedimenti presidenziali non reclamati innanzi alla Corte d'Appello.

Non meno suscettibile di dubbi interpretativi è, infine, la formulazione del comma III° della norma di cui all'art.709*ter* CPC, che così dispone: “*i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari*”.

Anche in questo caso, l'accusa di attecnicismo giuridico sollevata nei confronti del Legislatore non pare certo infondata.

Il tenore letterale della norma è, in effetti, non solo ambiguo, ma appare difficilmente e non razionalmente compatibile con la tipologia dei provvedimenti (ordinanze o decreti) utilizzabili nella maggior parte dei casi dal magistrato ai sensi dell'art.709*ter* CPC.

Mezzo “ordinario” di “impugnazione” di un provvedimento emesso da un giudice di primo grado è, infatti, quello previsto dall’art.324 CC, vale a dire l’appello.

Anche qui, al di là delle parole equivocamente utilizzate nel delineare il testo normativo (basti pensare, ancora, al termine “*modi*” di impugnazione, riferito ai rimedi procedurali offerti avverso un provvedimento del giudice), soccorre il contesto delle altre disposizioni di legge applicabili alla fattispecie in esame.

Se, ad esempio, il provvedimento ex art.709ter CPC sarà stato adottato nell’ambito del rito camerale disciplinato dall’art.710 CPC, il “*modo ordinario*” di impugnazione dovrà reputarsi quello del **reclamo** di cui all’art.739 CPC.

Meno agevole è, invece, individuare il “*modo ordinario*” per impugnare un provvedimento adottato dal giudice del procedimento di merito (di separazione o di divorzio).

L’art.709ter CPC, oggetto in questo Convegno di un’ampia e separata relazione, consente al giudice l’adozione di una serie di provvedimenti che potrebbero assumere contenuto e forma diversi con riferimento alle stesse tempistiche del processo.

Ed infatti, mentre il contenuto di alcune determinazioni non è dissimile da quello degli stessi provvedimenti provvisori ordinariamente assumibili dal Giudice Istruttore (modificazione di quelli “*in vigore*” e adozione di quelli più “*opportuni*”) ovvero assume natura tipicamente non decisoria (“*ammonimento*” del genitore inadempiente), altre decisioni del magistrato hanno indubbia valenza sanzionatoria o decisoria (la condanna al pagamento di una “*sanzione amministrativa*” ovvero al “*risarcimento dei danni*” in favore del minore o dell’altro genitore) e, come tali, dovrebbero rivestire la forma tipica dell’ordinanza o anche della sentenza.

Tale ultima necessità appare ancor più evidente laddove i provvedimenti *de quibus* siano stati adottati dal Collegio in sede di decisione dell’intera controversia.

Nelle ipotesi sopra distintamente esaminate, nel silenzio della legge, dovrebbe ritenersi non solo praticabile il rimedio della modifica o della revoca dell’ordinanza da parte del Giudice Istruttore che l’ha emessa, ma anche quello del **reclamo** al Collegio dei provvedimenti aventi natura non decisoria e della impugnazione mediante **appello** di quelli aventi sostanziale natura decisionale o addirittura adottati mediante sentenza.

L’attuale produzione giurisprudenziale non è certo di grande aiuto all’interprete: non risultano al momento, in effetti, significativi pronunciamenti su tali questioni, che però non tarderanno a venire.

Parafrasando una celebre frase di natura storico-letteraria potrebbe concludersi che, anche su questo versante, il disordine regna sovrano.

LE NORME ESAMINATE NELLA PRESENTE RELAZIONE

Art. 155 C.C.

PROVVEDIMENTI RIGUARDO AI FIGLI

“Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, 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 la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, 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. Prende atto, se non contrari all’interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1)le attuali esigenze del figlio;*
- 2)il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;*
- 3)i tempi di permanenza presso ciascun genitore;*
- 4)le risorse economiche di entrambi i genitori;*
- 5)la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.*

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi”.

Art. 155bis C.C.

AFFIDAMENTO A UN SOLO GENITORE E OPPOSIZIONE ALL’AFFIDAMENTO CONDIVISO.

“Il giudice può disporre l’affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l’affidamento all’altro sia contrario all’interesse del minore. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l’affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l’affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell’articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell’interesse dei figli, rimanendo ferma l’applicazione dell’articolo 96 del codice di procedura civile”.

Art. 155ter C.C.

REVISIONE DELLE DISPOSIZIONI CONCERNENTI L’AFFIDAMENTO DEI FIGLI.

“I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l’affidamento dei figli, l’attribuzione dell’esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo”.

Art. 155sexies C.C.

POTERI DEL GIUDICE E ASCOLTO DEL MINORE.

“Prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Qualora ne ravvisi l’opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti di cui all’articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli”.

Art.330 C.C.

*“Il giudice può pronunciare la **decadenza dalla potestà** quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.*

In tal caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l’allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l’allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore”

Art. 708 C.P.C.

TENTATIVO DI CONCILIAZIONE E PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE

“All’udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione. Se i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere il processo verbale della conciliazione.

Se la conciliazione non riesce, il presidente, anche d’ufficio, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell’interesse della prole e dei coniugi, nomina il giudice istruttore e fissa udienza di comparizione e trattazione davanti a questi. Nello stesso modo il presidente provvede se il coniuge convenuto non compare, sentiti il ricorrente ed il suo difensore.

Contro i provvedimenti di cui al terzo comma 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”.

Art. 709 C.P.C.

NOTIFICAZIONE DELL’ORDINANZA E FISSAZIONE DELL’UDIENZA.

“L’ordinanza con la quale il presidente fissa l’udienza di comparizione davanti al giudice istruttore è notificata a cura dell’attore al convenuto non comparso, nel termine perentorio stabilito nell’ordinanza stessa, ed è comunicata al pubblico ministero.

Tra la data dell’ordinanza, ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella dell’udienza di comparizione e trattazione devono intercorrere i termini di cui all’articolo 163-bis ridotti a metà.

Con l’ordinanza il presidente assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all’articolo 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6), e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio. L’ordinanza deve contenere l’avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all’articolo 167 e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d’ufficio.

I provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente con l’ordinanza di cui al terzo comma dell’articolo 708 possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore”.

Art. 709ter C.P.C.

SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E PROVVEDIMENTI IN CASO DI INADEMPIENZE O VIOLAZIONI

“Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell’affidamento è competente il giudice del procedimento in corso.

Per i procedimenti di cui all’articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- 1) ammonire il genitore inadempiente;*
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;*
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell’altro;*
- 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.*

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

Vigevano, 22.5.2009

Piero Calabrò