

**“Problematiche insorte nella prassi applicativa  
nell’adozione di provvedimenti a tutela dei figli naturali  
in caso di scioglimento della famiglia di fatto”**

Salerno 14 maggio 2009

**Dott. Vincenzo Starita**

(Magistrato del Tribunale per i Minorenni di Salerno)

Lo scioglimento della famiglia c.d. di fatto, in seguito alla cessazione della convivenza more uxorio nel caso di presenza nel nucleo familiare di prole generata dai conviventi, ha trovato finalmente una più compiuta disciplina in seguito al richiamo operato dall’art.4 comma II della l. n.54/06 al novellato art.155 c.c. ed alla successiva interpretazione giurisprudenziale. L’estensione in tal modo alla famiglia in questione di molti istituti tipici previsti a tutela della famiglia legittimo ha fatto sostenere ad alcuni in dottrina, con toni trionfalistici, che l’agognata equiparazione tra i figli legittimi e quelli naturali, affermata in via di principio dal legislatore della riforma del ’75, aveva trovato finalmente una integrale attuazione.

Orbene, se è vero, per quanto di seguito verrà evidenziato, che l’affermazione appena riportata non può essere integralmente condivisa, è altrettanto innegabile che la riforma del 2006 ha inciso in maniera diretta sulle modalità di esercizio della potestà genitoriale al di fuori della famiglia legittima.

Ante riforma, invero, l’applicazione dell’art.317-bis c.c. determinava un vero e proprio automatismo nell’attribuzione dell’esercizio della potestà genitoriale utilizzando come unico criterio quello della convivenza tra genitore e figlio naturale, demandando in capo all’altro genitore non convivente, esclusivamente poteri-doveri di vigilanza e di controllo. In buona sostanza, la cessazione della convivenza con il figlio causava una automatica *diminutio* della responsabilità genitoriale e ciò, in evidente contrasto, sia con i principi costituzionali ( quello evincibile ex art.30 della Cost. e quelli ad esso collegati ex artt.2 e 3 Cost.), sia con le disposizioni delle convenzioni internazionali (in particolare, da ultimo reg.CE 2201/03) attuate anche in Italia. Ma, soprattutto, si poneva in contrasto con la tutela piena riconosciuta nella riforma del diritto di famiglia ai figli naturali che presupponeva una equiparazione diritti-obblighi rispetto ai figli tra genitori coniugati e non, e, quindi, l’attribuzione in capo agli stessi della medesima potestà.

La novella del 2006 non poteva non prendere atto del mutato angolo prospettico rispetto al quale i giuristi devono porsi nel qualificare il concetto di esercizio della potestà, non più ancorato all’esaltazione ( risalente al diritto romano classico) della titolarità di un diritto da esercitare sui figli, ma al riconoscimento della natura funzionale del potere attribuito dall’ordinamento, potere che è ontologicamente collegato a garantire il diritto sovraordinato dei figli al mantenimento, alla cura, all’istruzione ed all’educazione. L’attenzione si è spostata allora sulla responsabilità genitoriale che è divenuta un vero e proprio officium (stante le implicazioni anche pubblicistiche che l’esercizio di tale responsabilità comporta), fonte di poteri-doveri da esercitare per i figli. Nel mutamento della preposizione utilizzata ( non più sui ma per i figli!) si coglie come inevitabile sia allora garantire che l’esercizio della stessa sia disancorata dalla sussistenza della convivenza. Il diritto del figlio naturale o legittimo alla bigenitorialità rimane integro anche se il genitore con lui più non convive e presuppone la possibilità concreta che su ciascuno dei genitori gravi la responsabilità delle decisioni di maggior interesse per la sua vita, con l’unico limite, anch’esso di natura funzionale, che tali decisioni tengano in debito conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle legittime aspirazioni dei figli (art.147 c.c.) Se in merito ad esse vi è disaccordo tra i genitori allora sarà necessario l’intervento del giudice ma ciò non toglie che l’esercizio della potestà debba essere tendenzialmente condiviso ad eccezione delle decisioni di ordinaria amministrazione che per tenuità di materia e, per esigenze pratiche, potranno essere assunte anche separatamente. Il venir meno della convivenza non incide in modo automatico sull’esercizio della potestà, essendo possibile su istanza di parte l’adozione di una diversa disciplina favorita dal legislatore.

Questa rivoluzione copernicana in merito alla modulazione della potestà genitoriale per attuare i diritti preminenti del minore incontra per i figli naturali un rilevante limite rappresentato dalla non obbligatorietà

del controllo giurisdizionale sulla disciplina relativa all'affidamento dei figli predisposta dai genitori non coniugati. E' noto, infatti, che nella disgregazione della famiglia di fatto, in attuazione del principio di autonomia negoziale, non essendovi da disciplinare i diritti e gli obblighi scaturenti dal vincolo matrimoniale, l'ordinamento interviene solo se interessato, ergo, nella fattispecie in esame, è necessario il ricorso da parte di uno dei genitori perché il giudice minorile possa intervenire e valutare, in primis, se sia applicabile l'affidamento condiviso. Di conseguenza l'attivazione dell'autorità giudiziaria è condizionata all'assenza di un accordo da parte dei genitori senza che sia possibile alcun controllo esterno alla famiglia naturale volto ad evitare che si possano realizzare situazioni pregiudizievoli per i figli. Sul punto, nessuna innovazione è stata apportata dalla novella del 2006. L'interpretazione esegetica e sistematica della disciplina codicistica in tema di esercizio della potestà genitoriale, rimasta invariata dalla sua introduzione nel '75, dimostra in maniera inequivocabile che, laddove ha voluto (come nel caso di interventi ablativi o limitativi della potestà), il legislatore ha ampliato il novero dei soggetti legittimati ad agire, estendendolo al P.M. ed ai parenti.

L'equiparazione effettiva tra disciplina relativa ai figli legittimi e figli naturali potrà realizzarsi solo quando si attuerà anche per questi ultimi la garanzia del controllo giurisdizionale che tuteli i loro diritti di fronte alla crisi della famiglia di fatto.

Controllo giurisdizionale che ad oggi viene attuato non solo con modalità diverse, essendo obbligatorio solo laddove occorre sciogliere il rapporto di coniugio, ma anche innanzi ad autorità giurisdizionali diverse e secondo regole procedimentali difformi.

La dicotomia giudice ordinario-giudice minorile, a seconda che lo scioglimento riguardi la famiglia legittima o di fatto, confermato dalla Suprema Corte anche in seguito alla riforma del 2006, comporta l'attuazione di due procedimenti. Quello separativo ha, come finalità preminente, lo scioglimento del vincolo matrimoniale ed è scandito da norme procedurali rigide, quello introdotto ex art. 317-bis c.c. ha ad oggetto il solo esame di provvedimenti inerenti ai figli, ergo, è caratterizzato da un'ottica puerocentrica incentrata sull'attenzione esclusiva da parte di un giudice specializzato dei bisogni del minore. Tale procedimento, nonostante gli sforzi di una giurisprudenza illuminata volta ad adeguarne la struttura ai principi del contraddittorio e del giusto processo, rimane disciplinato dalle scarse forme del rito camerale.

In merito a questi aspetti il legislatore dovrà intervenire dando concreta definitiva attuazione al principio espresso dalla Corte delle Leggi nella nota sent. nr. 167/98 secondo cui il matrimonio non può costituire il discrimen tra i figli legittimi e quelli naturali, essendo identico il contenuto dei diritti e doveri dei genitori verso i figli in quanto scaturente dal disposto dell'art. 30 Cost..

I tempi ormai possono considerarsi maturi per completare la riforma avviata tre anni orsono. Completamento che, per realizzare un disegno organico, non può prescindere dalla creazione di un unico tribunale specializzato che, avvalendosi dell'apporto della indispensabile componente onoraria, possa trattare, secondo metodologie uniformi, la delicata materia familiare. Con rammarico non può non constatarsi che recenti progetti di legge tendono a finalità diametralmente opposte attraverso la mera abrogazione dell'art. 317-bis c.c. oppure delegando la competenza, in merito a tutte le questioni anche di status relative ai figli naturali, al Tribunale ordinario.

Accantonati questi rilievi di criticità rispetto al sistema vigente deve comunque sottolinearsi che l'entrata in vigore della legge sull'affido condiviso ha prodotto il rilevante effetto di uniformare, in via tendenziale, la competenza su tutti gli aspetti che attengono alla disciplina della filiazione naturale, in caso di scioglimento della convivenza, in capo al Tribunale per i minorenni. Tale risultato è stato raggiunto solo all'esito di un lungo e travagliato dibattito giurisprudenziale relativo alle modalità con cui operare l'osmosi dei principi della legge nr.54/06 negli angusti limiti operativi del 317-bis c.c.. Con riferimento a tale ultima norma la Suprema Corte aveva, infatti, a più riprese (da ultimo sentt. nn.3427/02 e 3898/02) circoscritto i profili procedurali attraverso il richiamo alla competenza funzionale del T.M. ex art. 38 disp. att. c.c. ed all'utilizzo del rito camerale ex art.336 c.c.. Dalla natura inderogabile di tale competenza scaturiva la necessaria scissione tra i profili che riguardavano l'affidamento e quelli strettamente economico-patrimoniali che permanevano, in assenza di disciplina contraria, in capo al Tribunale Ordinario. A fronte di tanto, l'inconciliabilità di alcune norme del procedimento separativo, dettate dalla novella legislativa, aveva determinato in una parte della giurisprudenza di merito la convinzione che anche l'affidamento condiviso di figli di non coniugati rientrasse nella competenza del G.O.. Altri giudici, rifacendosi alla circostanza che l'art. 38 disp. att. c.c. non era stato abrogato ed alla dizione letterale del richiamato art. 4 co.II l. nr.54/06 (

nel suo riferimento ai “procedimenti relativi ai figli naturali”), continuavano ad applicare innanzi al TM le norme della legge sull'affido condiviso, previa valutazione di compatibilità. L'inevitabile insorgenza di conflitti di competenza ha determinato l'intervento della Suprema Corte che nella nota ordinanza nr.8362/07, non si è limitata ad accogliere la validità della seconda opzione ermeneutica sovra riportata, ma si è sforzata di realizzare la unitarietà nella trattazione dei procedimenti de quibus. E lo ha fatto attraverso una forzatura interpretativa che ha dato adito a rilevanti critiche e che ha determinato l'insorgenza di questioni di legittimità costituzionale.

Senza entrare nei dettagli del ragionamento della Corte, il quale costituisce patrimonio ormai di comune conoscenza, deve qui evidenziarsi che l'unico richiamo veramente innovativo è costituito dall'interpretazione fornita dell'art. 155 c.c., così come modificato, in quanto si afferma che tale norma impone al giudice di valutare in maniera omogenea ed uniforme il nuovo assetto degli obblighi genitoriali di mantenimento, di istruzione e di educazione connessi al nuovo regime di affidamento.

La cognizione globale richiamata nel dictum in esame è stata fortemente ridimensionata dalla successiva ordinanza nr.21755/08 nella quale la Suprema Corte ha precisato che tale cognizione incontra il grosso limite della necessaria sussistenza della connessione tra le domande di natura economica e quella di affidamento, in assenza della quale nessuna *vis ac trativa* può operare e si deve tornare al vecchio dualismo di competenze.

Prima di esaminare in maniera più dettagliata alcune tipologie di provvedimenti inerenti ai figli naturali da cui scaturiscono rilevanti questioni dogmatiche è interessante prestare l'attenzione ad alcuni rilievi sollevati al sistema così come scaturito dall'interpretazione della Cassazione.

In proposito, appaiono particolarmente calzanti quelli mossi da Danovi in famiglia e diritto nr.6/08. Quest'autore - commentando l'ordinanza dell'1-1-08 del Trib. di Siena avente ad oggetto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 co.II legge citata nell'interpretazione fornita dalla Cass. nell'ordinanza nr. 8362/07 per violazione degli artt. 3-24 e 111 Cost. - ha posto l'accento sulla irragionevolezza che caratterizza il regime pluralistico non eliminato ma addirittura amplificato dalla Suprema Corte che lo ha ancorato non più a criteri oggettivi, quali la natura dei diritti controversi, ma alla prospettazione della domanda formulata dal genitore cioè *secundum instantiam*. Una surrettizia richiesta inerente all'affidamento comporta, infatti, l'individuazione della autorità giudiziaria competente sulla domanda di mantenimento.

Inoltre, sottolinea il Danovi, un ulteriore profilo di illegittimità potrebbe riguardare l'ingiustificabile diversità di disciplina processuale con cui dovrebbero essere esaminate due domande di mantenimento relative a due fratelli, uno minore e l'altro maggiorenne, con inevitabile duplicazione di giudizi innanzi ad autorità diverse.

Per completezza occorre aggiungere che le delicate questioni poste dal tribunale senese non sono state nel merito esaminate dalla Corte Costituzionale che con ordinanza nr.47/09 ha dichiarato l'inammissibilità della questione per mancata compiuta specificazione del petitum della questione rimessa, non essendo chiaro, secondo la Corte, se lo stesso concerneva l'attribuzione al G.O. delle controversie relative ai figli naturali oppure si limitava all'attribuzione al G.O. dei soli aspetti economici.

Accanto ai rilievi di criticità appena accennati, la pronuncia della Corte in commento ha sollevato una serie notevoli di problematiche nella prassi operativa afferenti sia a questioni di natura procedurale che di diritto sostanziale.

In primis, ovviamente sono stati analizzati gli effetti che detta pronuncia poteva produrre sul rito da utilizzare.

Al riguardo sono stati agevolmente superati gli sforzi, operati da una parte della dottrina, volti ad applicare alla materia de qua le norme dettate per il procedimento separativo dal momento che, trattandosi di un settore specialistico, non era possibile il ricorso all'analogia. La tesi accolta, quindi, è stata quella della permanenza dell'ossatura del rito camerale, che consente ampi poteri istruttori al giudice (anche nello svolgimento dei necessari accertamenti tributari che la nuova disciplina richiede), seppure temperando tale rito con garanzie per la difesa proprie del procedimento a cognizione piena, in modo che venga assicurato quel *minimum* di contraddittorio essenziale laddove vi sia controversia su diritti soggettivi delle parti (tali sono certamente i diritti economico-patrimoniali in gioco). Si è venuto così a delineare nella pratica applicazione un procedimento a natura mista, in osservanza dell'indirizzo, ormai prevalente sul punto, della Corte Suprema.

L'adozione di questo peculiare rito- in un procedimento, è bene ribadirlo, che coinvolge anche diritti economico-patrimoniali - ha comportato inevitabili conseguenze sulla tipologia dei provvedimenti emanabili dal giudicante durante il suo svolgimento.

Si è posto innanzitutto il quesito riguardante la possibilità di adottare provvedimenti temporanei ed urgenti. Alcuni autori hanno ritenuto che, in seguito alla riforma del 2006, sia divenuto possibile modellare il procedimento in esame sulla falsariga di quello separativo con sdoppiamento, quindi, dello stesso in due fasi ( la prima, nel corso della quale dopo l'audizione presidenziale, il Collegio deve emettere i provvedimenti temporanei, reclamabili in appello ex art.739 c.p.c. – la seconda, davanti al Giudice delegato all'istruttoria che rimette gli atti al Collegio per la decisione finale). Altri autori hanno ritenuto ammissibile nel rito minorile quello cautelare uniforme, da cui discende la possibilità di emettere provvedimenti urgenti ex art.700 c.p.c. sussistendone i presupposti di legge, attesa la strumentalità di tali provvedimenti a qualsivoglia decisione di merito. A ben vedere entrambi gli orientamenti in parola si prestano alla critica di carattere generale, già messa in risalto, secondo la quale sostanzialmente si verrebbero ad applicare in via analogica normative dettate dal legislatore per procedimenti aventi natura e finalità diverse da quello minorile. La soluzione che appare preferibile è quella che consente l'adozione dei provvedimenti interinali urgenti attraverso il richiamo alla disciplina dettata per i procedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, cioè attraverso il richiamo all'art.336 co.III c.c. .

In tal modo si avrebbe l'attuazione del principio dell'effettività della tutela e si garantirebbe la reclamabilità del decreto urgente con il rimedio generale dell'art.669-terdecies c.p.c..

La richiamata necessità, perché operi la *vis actrativa*, della connessione della domanda di tipo patrimoniale a quella inerente l'affidamento determina, inoltre, l'applicazione di provvedimenti tipici della connessione. *Quid iuris, infatti*, se innanzi al G.O. adito solo per aspetti patrimoniali venga, in via riconvenzionale, proposta domanda di affidamento? Orbene, la ritenuta connessione, non può che produrre una declaratoria di incompetenza funzionale con fissazione del termine ex art. 50 c.p.c. per la riassunzione innanzi al T.M. Nel diverso caso in cui, pendente giudizio innanzi al G.O. vertente sugli aspetti economici, venga autonomamente proposto innanzi al T.M. ricorso contenente anche le richieste già formulate all'autorità ordinaria, al G.O. non resterà, al fine di evitare possibili contrasti tra giudicati, che dichiarare la continenza delle cause con fissazione di termine perentorio innanzi al giudice specialistico.

Altra interessante questione attiene alla possibilità di richiedere al T.M. provvedimenti di modifica o revoca di provvedimenti relativi ad aspetti economico-patrimoniale che lo stesso giudice ha emesso in sede di cognizione piena. La rigorosa applicazione dei principi espressi dalla Suprema Corte dovrebbe comportare la competenza del G.O.. Ciò nonostante è interessante richiamare una innovativa decisione del T.M. di Campobasso del 6-11-08 che, partendo dal presupposto che la *vis actrativa* deve essere applicata con ponderazione ed elasticità, è arrivato sostanzialmente a disapplicarla, allorquando sia ancora pendente innanzi al T.M. il procedimento principale nel corso del quale sono stati decisi gli aspetti economico-patrimoniali di cui si richiede la revoca. Il sacrificio del principio su richiamato è possibile in attuazione dei più rilevanti principi della effettività e concentrazione della tutela nonché della ragionevole durata del procedimento. Del resto, la richiesta di modifica verrebbe in tal modo ad essere esaminata dalla stessa autorità che procede in virtù del disposto dell'art. 742 c.p.c..

Ancora si è posto di recente il problema relativo alla possibilità, nel rito che si è venuto a delineare, di una pronuncia sulle spese giudiziarie. La tradizionale tesi negativa fondata sulla natura di volontaria giurisdizione del procedimento ex art.317 bis c.c. è stata di recente superata ( T.M. Catania del 5-11-08) da una parte della giurisprudenza di merito che statuisce anche sulle spese ex art.90 c.p.c., sulla base della considerazione che, l'estensione agli aspetti patrimoniali, ha determinato la prevalenza della natura contenziosa del procedimento con tutte le statuizioni consequenziali. Il tribunale etneo richiama nella suindicata decisione anche l'art.155-bis c.c. che in tema di affido esclusivo fa riferimento alla disciplina dell'art. 96 c.p.c..

La tesi in esame, non priva di fascino, qualora applicata, comporterebbe rilevanti conseguenze anche in materia di impugnazioni. Dalla prevalente natura contenziosa del giudizio dovrebbe discendere l'idoneità della decisione a divenire *res iudicata* e, quindi, la possibilità di una ricorribilità immediata in Cassazione nonché la necessità che anche in tale rito venga sempre garantita la difesa tecnica alle parti..

L'allargamento del contenuto dei provvedimenti del T.M. ad aspetti economico-patrimoniali ha fatto porre l'inevitabile problema relativo alla efficacia esecutiva di tali decreti; esecutività che sembra, in via di

principio, esclusa dalla dizione letterale dell'art. 474 c.p.c.. Il T.M. di Milano con decisione del 14-12-07 ha sostenuto che l'esecutività può desumersi dall'interpretazione sistematica. La dottrina e la giurisprudenza, in modo unanime, hanno infatti riconosciuto tale natura al decreto di omologa della separazione consensuale ex art.711 c.p.c. ed al provvedimento sull'assegno alimentare ex art.446 c.c., nonostante tali provvedimenti non siano ricompresi nella qualificazione dell'art.474 c.p.c.. Ebbene i decreti del T.M. hanno ad oggetto diritti ed interessi identici a quelli che i figli legittimi ottengono in questi provvedimenti tipici del procedimento separativo, dotati di efficacia esecutiva. Sul punto è intervenuto il Presidente del T.M. di Bologna con decreto del 2-4-08, il quale ha escluso l'applicabilità della interpretazione sistematica, stante il divieto di analogia, ed è giunto a sostenere, comunque, l'esecutività attraverso una interessante interpretazione storica ed estensiva. Il ragionamento parte da una premessa: l'ostacolo principale all'estensione è determinato dall'utilizzo da parte del legislatore per i provvedimenti emessi ex art.741 c.p.c., all'esito della camera di consiglio, del termine di efficacia e non di esecutività nonché dall'applicazione nei procedimenti in questione della disciplina della modificabilità dei decreti propria del rito camerale. In realtà, nota l'illustre interprete, l'utilizzo di detto termine è dovuto ad un eccesso di tecnicismo del legislatore che ha voluto in tal modo sottolineare le peculiarità esecutive di tali provvedimenti diverse da quelle tipiche dell'esecuzione coatta. Il fatto che i decreti siano modificabili non significa che non debbano trovare effettiva tutela i diritti soggettivi in essi esaminati; tant'è che in altri casi, pur nella modificabilità, la Cassazione ha riconosciuto la possibilità di un ricorso immediato alla stessa Suprema Corte. L'opzione interpretativa in parola è ulteriormente confermata proprio dall'estensione agli aspetti economici dei provvedimenti in esame. Altri elementi a conforto si desumono aliunde: l'art. 669 duodecies c.p.c. utilizza il termine attuazione ma nessuno nega che i provvedimenti emessi sulla base di tale norma siano esecutivi; il sub-procedimento ex art. 709 ter c.p.c. regola proprio l'esecuzione coatta in caso di inadempienza ai provvedimenti di cui si discute dell'esecutività.

Di recente è interessante rilevare che sulla questione di specie è stata sollevata questione di legittimità costituzionale da parte del Presidente del T.M. di Roma ( ordinanza del 20-1-09) con riferimento ad una presunta violazione degli artt. 3-25 e 111 Cost. da parte dell'art.1 u.c. della l. nr.54/06 laddove tale disposizione non prevede la natura di titoli esecutivi dei provvedimenti in parola. Il deducente sostiene che tutte le interpretazioni sin qui propugnate introducono in maniera più o meno surrettizia l'analogia in una materia in cui la stessa è vietata, aggiungendo che, allo stato della disciplina legislativa, sia sempre necessario ricorrere al G.O. per ottenere la qualifica esecutiva anche dei provvedimenti di mantenimento.

V'è da evidenziare che nonostante il pregio delle argomentazioni contenute nell'ordinanza appena riportata la maggioranza dei Tribunali per i Minorenni è orientata ad apporre la formula esecutiva sui decreti emessi contenenti disposizioni di tipo economico-patrimoniale.

Inevitabilmente si è posto allora nella prassi, stante l'inapplicabilità innanzi al giudice minorile del procedimento monitorio ex art.148 co.III c.c. , di approntare delle forme di tutela del credito di mantenimento attraverso misure eterogenee aventi anche natura coercitiva.

Così di recente il T.M. di Catania con decreto del 2-5-08 ha ritenuto possibile l'emanazione di un ordine di pagamento diretto da parte del terzo obbligato nei confronti del genitore tenuto alla corresponsione dell'assegno di mantenimento ( nella specie datore di lavoro). La premessa metodologica per giungere a tale conclusione è rappresentata sempre dalla immanenza nel nostro sistema del principio della responsabilità genitoriale ex art.30 Cost. di cui costituiscono attuazione normativa sia l'art.269 c.c., che parifica i doveri dei genitori verso i figli naturali riconosciuti, sia gli artt. 147 e 148 c.c., che sanciscono la regola dell'obbligo al mantenimento in proporzione con le capacità economico-patrimoniali. Così intesa la responsabilità genitoriale ne discende che la tutela effettiva del diritto del minore non può che avvenire con ogni strumento possibile, ergo, anche con quelli esecutivi che rendano immediatamente efficaci gli obblighi di mantenimento, allorquando venga accertato l'inadempimento del genitore ad essi tenuto. E' di palmare evidenza che la competenza del T.M. si radica solo se la domanda in questione sia contestuale a quella riguardante l'affidamento e che, inoltre, l'ordine di pagamento costituisce titolo esecutivo nei confronti del terzo.

Sulla stessa linea d'onda si è mosso anche il T.M. abruzzese ( decreto del -4-08) il quale, ritenendo applicabile all'ipotesi in esame i principi dettati dalla Corte Cost. con la sent. nr.99/97 in riferimento al procedimento di dichiarazione giudiziale di paternità naturale, è giunto alla conclusione che possano trovare ingresso nel giudizio ex art.317-bis c.c. tutti i provvedimenti emanabili ex art. 156 co.VI c.c., ivi

compreso, in caso di inadempienza dell'obbligato e su domanda dell'avente diritto, il sequestro preventivo di parte dei beni del genitore obbligato.

Secondo un interessante orientamento dottrinario dovrebbe rientrare nella competenza del T.M., sempre in caso di contestualità con la domanda di affidamento, quella rivolta ad ottenere ex art. 146 co.III c.c. il sequestro dei beni del genitore convivente allontanatosi dalla residenza familiare e ciò a garanzia del credito di mantenimento dei figli. È noto che la norma in commento disciplina il fenomeno della separazione di fatto tra coniugi ma la stessa può essere applicata in via estensiva, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata (in quanto espressione del principio dettato dall'art.30 Cost.), anche a tutela della posizione dei figli naturali. L'effettività della tutela per questi ultimi si amplierebbe in maniera considerevole ove si consideri che tale misura può essere adottata in via d'urgenza e, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, in ogni ipotesi di allontanamento non solo in quello ingiustificato (l'art. 146 co.III c.c. non richiama la giusta causa richiesta dal co.I). La ratio legis è, infatti, quella di approntare una misura coercitiva avente la funzione di coazione psicologica all'adempimento dell'obbligo di mantenimento. Ne consegue che il giudice potrà adottare questo sequestro avente natura conservativa solo se in seguito a prudente accertamento avrà ritenuto che i comportamenti posti in essere dal genitore che si allontana siano rilevatori del pericolo concreto di un futuro inadempimento dell'obbligo in questione.

Le problematiche connesse alla disciplina della separazione della famiglia di fatto ineriscono anche ad aspetti diversi da quelli di natura economico-patrimoniali sin qui esaminati.

Tralasciando tutti quelli inerenti alla evoluzione giurisprudenziale in tema di affidamento condiviso, già trattati in precedenti lezioni di questo corso in quanto comuni con il procedimento separativo, può essere utile focalizzare l'attenzione su alcune peculiarità specifiche che si pongono nei giudizi minorili.

In primo luogo, si è posta la questione di individuare correttamente il presupposto che consente l'esperimento del ricorso ex art. 317-bis c.c.. Tale norma nel suo scarno contenuto si limita a disciplinare ed a regolare l'esercizio della potestà sui figli naturali tra genitori conviventi nonché tra genitori che non convivono. La competenza del TM ex art. 38 disp.att. c.c. è quindi strettamente connessa alla verifica della vicenda separativa cioè alla cessazione della convivenza. Ma quid iuris se, pur cessando la convivenza, permane nella coppia di fatto il requisito della coabitazione? Giurisprudenza di merito consolidata (vd. T.M. di Bologna del 5-4-01 in famiglia e diritto nr. 6-02 e T.M. Torino 18-7-06 conf. Corte d'Appello sez. Minorenni Torino del 16-11-06) ha sempre sostenuto che "il presupposto della cessazione della convivenza tra i genitori di un figlio naturale riconosciuto da entrambi, che legittima l'intervento del T.M. ex art. 317-bis co.II c.c., deve essere inteso quale effettivo venir meno della comunione di vita." L'orientamento maggioritario non ha subito alcun mutamento per effetto dell'entrata in vigore dell'art. co.II legge nr.54/06. Accanto all'ostacolo dell'interpretazione letterale dell'art. 317-bis c.c., appena enunciata, si è infatti evidenziato che, non essendo estensibili analogicamente alla famiglia di fatto le regole previste per la famiglia legittima (ex sent. Corte Cost. nr.166/98), non può operare il principio che consente ai genitori uniti in matrimonio di ricorrere al giudice della separazione senza che la parte che assume l'iniziativa debba necessariamente lasciare l'abitazione familiare.

Questa opzione ermeneutica è stata, però, di recente (T.M. Torino decreto del 22-5-08), in modo molto puntuale, fortemente criticata. Il collegio piemontese si è posto il problema del difetto di tutela effettiva in cui in alcuni casi concreti poteva trovarsi la parte più debole sotto il profilo non solo economico ma anche psicologico ed alle inaccettabili condizioni di disparità in cui veniva a trovarsi tale parte in caso di mera convivenza rispetto alle analoghe condizioni tra coniugi. È il caso in cui lo stato di soggezione del convivente non era così grave da legittimare una richiesta di ordine di protezione oppure un ricorso ex artt.330 o 333 c.c., uniche strade percorribili per ottenere l'allontanamento dall'abitazione familiare dell'altro convivente avente condotta vessatoria e gravemente pregiudizievole. In buona sostanza, non potendo realizzare ius iudicis la cessazione della convivenza nessuna azione ex art. 317 bis c.c. diveniva esperibile.

Orbene, nella fattispecie in esame, secondo il decreto appena indicato, occorre individuare uno spazio residuale in cui è possibile una forzatura interpretativa della norma. Tale spazio è costituito dalla intervenuta prova rigorosa (il cui onere grava sulla parte deducete) che al dato anagrafico della mera utilizzazione in comune dell'immobile non corrisponda in alcun modo la condivisione di un progetto familiare che è in sé della famiglia di fatto. Del resto la diversità ontologica del concetto di coabitazione rispetto a quello di convivenza è ben conosciuto dalla Suprema Corte (ad es. in materia di

ricongiungimento dei cittadini stranieri). Anche per la famiglia di fatto, nei casi difficili in cui si alternano nella crisi familiare fasi di riavvicinamento con altre di allontanamento, sarà possibile utilizzare le linee guida espresse dalla giurisprudenza in tema di riconciliazione tra coniugi per le quali, come è noto, non basta la semplice ripresa della convivenza c.d. sperimentale ma occorre la ripresa dei rapporti materiali e spirituali tipici della vita coniugale ( ex plurimis, Cass. sez. I sent. nr.12427 del 7-7-04).

La soluzione in commento appare non solo validamente ispirata da un senso di giustizia sostanziale ma anche idonea ad evitare sospetti di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza tra figli legittimi e naturali.

Superato questo delicato presupposto che radica la competenza è interessante rilevare come, al fine di dare certezza e stabilità all'eventuale accordo raggiunto sulla disciplina relativa ai figli, i genitori nella prassi siano soliti richiederne la c.d. omologazione al T.M.; omologazione non disciplinata testualmente dal legislatore. In giurisprudenza, superato un originario orientamento negativo ( TM Palermo del 18-2-87), fondato sul più volte ripetuto divieto di analogia con il fenomeno separativo coniugale, il ricorso de quo è stato sempre considerato ammissibile e tale tesi sembra maggiormente rafforzata dal regime della legge sull'affido condiviso che espressamente non solo invita il giudice a facilitare il raggiungimento di accordi ma prevede espressamente che lo stesso "prenda atto" degli accordi intervenuti se conformi all'interesse del minore.

Ma, quid iuris se il T.M. ritiene che l'accordo, così come raggiunto dalle parti, anche in merito agli spetti economici, non sia conforme all'interesse del minore o lo sia solo parzialmente? Può il giudice rifiutare in toto o parzialmente l'omologa ed emettere sentenza costitutiva che modifichi gli accordi adeguandoli all'interesse del minore?

La risposta in ogni caso, se non vi è espressa comune decisione da parte dei genitori di richiedere l'omologa dopo averla modificata secondo le segnalazioni del giudice, non può che essere univoca. In conformità a quanto accade nella famiglia legittima ex art. 158 co.II c.c., il giudice può solo rifiutare, allo stato, l'omologa, in quanto contraria all'interesse dei figli. Anche per la famiglia di fatto vale, infatti, il principio generale secondo cui il giudice non può mai procedere a modifiche o integrazioni d'ufficio delle clausole pattizie, pena la nullità assoluta del decreto di omologa.

Da ultimo, si ritiene utile, dato il taglio pratico del corso, prendere in considerazione la problematica relativa alla delicata individuazione del giudice competente nel caso in cui, come spesso accade nella prassi, vengano presentati dai genitori in fase di separazione ricorsi al T.M., ex art. 333 c.c., per ottenere provvedimenti limitativi della potestà genitoriale ed al giudice della separazione per ottenere la modifica dell'affido; in entrambi i casi sul presupposto della sussistenza di condotte pregiudizievoli tenute dall'altro genitore.

Ebbene, prima dell'entrata in vigore della novella del 2006, la Suprema Corte in numerosi dicta ( ex plurimis Cass. Civ. SS.UU. sentt.nn. 1151 e 1152/83 – 3159/97) aveva delineato in maniera nitida la linea di demarcazione del confine di competenza tra T.M. e T.O.. Dopo aver chiarito che il riparto non poteva avvenire in maniera generica sulla base della prospettazione del petitum né, tantomeno, sulla base della sussistenza del mero pregiudizio che nella fase separativa vi è sempre, il Massimo Collegio, passando all'esame del contenuto testuale dell'art.155 co.I c.c., secondo cui " il giudice della separazione deve adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole" utile per tutelarla, aveva individuato quali presupposti applicativi di tale disposizione sia l'esistenza del rapporto di coniugio che la cessazione della c.d. diarchia nella gestione del menage familiare oppure l'instaurazione di un procedimento a ciò diretto. Di conseguenza l'art.333 c.c. che radicava la competenza del T.M. aveva un raggio di azione residuale in quanto richiamabile, oltre che per la famiglia naturale, cessata la convivenza, anche per la famiglia legittima, se non interessata da vicende separative.

La chiarezza del sistema operativo delineato in tal modo dalla Cassazione si prestava però a rilevanti critiche che non tardarono ad arrivare. Si sottolineò così che l'ottica che fondava l'intervento dei due giudici de quibus era profondamente diversa atteso che il giudice della separazione individuava il coniuge affidatario senza valutare l'assenza di pregiudizio del minore al punto che la sua decisione era scevra da qualsivoglia giudizio di idoneità del coniuge affidatario, essendo finalizzata ad individuare soltanto la migliore idoneità all'educazione secondo i bisogni del minore. Questa valutazione era ontologicamente diversa e, pertanto, non escludeva l'intervento del T.M. volto a limitare l'esercizio della potestà del coniuge affidatario in caso di sussistenza di comportamento genitoriale gravemente pregiudizievole,

trattandosi di aree estranee al giudizio di separazione che coinvolgevano dinamiche diverse, spesso di natura psicologico-relazionale, in cui di estrema rilevanza era il ruolo della magistratura onoraria. Del resto la rilevanza dell'emersione di queste situazioni era palesata dal legislatore anche attraverso l'ampiezza di soggetti legittimati al ricorso ex art.333 c.c., tra cui la parte pubblica.

Proprio tenendo conto questi rilievi la Cass. Civ. nella sent. del 4-2-00, pur senza modificare nella sostanza l'orientamento delle sezioni unite, finiva con l'allargare il criterio distintivo della competenza fondandolo sulla sussistenza di un nesso eziologico provato e diretto tra il comportamento genitoriale ed il paventato pregiudizio.

Il riparto in esame richiede un necessario profondo ripensamento in seguito all'introduzione con la legge nr.54/06 dell'art. 709-ter c.p.c. che prevede la competenza del "giudice del procedimento in corso in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento", potendo tale giudice modificare il provvedimento in vigore ed assumere altri provvedimenti sanzionatori e risarcitori.

Recente giurisprudenza di merito (TM Catania del 7-6-06 e TM Potenza del 20-12-06) ha, infatti, sostenuto che la dizione letterale di quest'ultima disposizione rende adesso pienamente possibile che vengano proposte dinnanzi ai due giudici diversi due azioni aventi ad oggetto identica causa petendi ( stessa condotta pregiudizievole al figlio) ed identico petitum (limitazione dell'esercizio della potestà genitoriale). Le conseguenze procedurali sono di palmare evidenza e lucidamente esposte dall'estensore del provvedimento catanese ( M.F. Pricoco, riportate anche in "La tutela sommaria e camerale nel diritto di famiglia e nel diritto minorile – Giappichelli ed.): a) se la stessa azione viene proposta prima al T.O. ex art. 709-ter c.p.c. e poi al T.M. ex art. 333 c.c., quest'ultimo dovrà dichiarare la litispendenza ex art. 39 co.I c.p.c. con sentenza ed ordinare la cancellazione della causa dal ruolo; b) se viene adito prima il T.M. permarrà la competenza di tale giudice sino all'instaurazione del procedimento di separazione, in ossequio ai principi di cui Cass. SS.UU. sent. nr.3159/97, successivamente a tale instaurazione, si dovrà radicare la competenza del T.O.. In questo caso, però, non potendosi dichiarare l'incompetenza per la regola della perpetuatio iurisdictionis, dovrà comunque dichiararsi la continenza di causa al fine di evitare possibili contrasti di giudicati, essendo il giudizio di separazione di contenuto più ampio. Ovviamente permarranno le competenze dei due giudici in parola se le azioni hanno contenuto diverso, oppure se quella ex art.333 c.c., pur avendo lo stesso contenuto, viene proposta da legittimati diversi dai genitori.

Noncurante del ragionamento appena riportato, di recente, la Suprema Corte è nuovamente intervenuta ( Cass. Civ. sez. I ord. nr.25290 del 25-9-08), per dirimere un conflitto di competenza, e, rifacendosi agli orientamenti delle sezioni unite, ha evidenziato che il discrimen della competenza non è costituito dal rapporto di coniugio ma dal petitum e dalla causa petendi. Ergo, saranno di competenza del T.M. tutte le domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari e temporanei idonei a rimuovere le situazioni pregiudizievoli mentre rientreranno nella competenza del T.O. tutte le pronunce di affidamento che prescindono da tali situazioni e mirino solo ad individuare quale dei due genitori sia più idoneo alla cura dei figli.

La decisione in commento non apporta, pertanto, alcun contributo alla tematica in argomento, in quanto non esamina affatto la situazione in cui davanti al giudice della separazione sia stata proposta successivamente una domanda ex art. 709 ter c.p.c. fondata proprio sull'esercizio della stessa situazione pregiudizievole posta a fondamento dell'azione preventiva ex art. 333 c.c.. Non può essere dimenticato, infatti, che incidendo sulle modalità dell'affidamento la stessa situazione comporta una inevitabile conseguenza sull'esercizio della potestà genitoriale con parimenti inevitabile possibile proposizione delle problematiche che la giurisprudenza di merito ha sollecitamente evidenziato.