

## ***Riforma dei procedimenti speciali in materia di famiglia***

Il diritto di famiglia è stato modificato, oltre che dalla legge sull'affido condiviso, che esamineremo in seguito specificamente e più dettagliatamente, anche da un pacchetto contenuto nella più ampia riforma del processo civile entrata in vigore il 1° marzo 2006.

Le novità riguardano le disposizioni del c.p.c. dedicate al procedimento speciale della separazione personale dei coniugi (libro IV, titolo II, capo I, artt. 706 e segg.).

Modificate anche le norme procedurali della legge sul divorzio, n. 898/70, contenute nell'art. 4, con una disciplina pressoché uguale a quella dettata per la separazione.

I due i procedimenti, quindi, possono essere esaminati insieme.

La domanda di separazione, ai sensi dell'art. 706 c.p.c., si propone con ricorso che deve contenere l'esposizione dei fatti su cui si fonda la domanda.

Nel ricorso deve essere indicata l'esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio.

Il ricorrente inoltre deve allegare alla domanda l'ultima dichiarazione dei redditi presentata.

Giudice competente è il Tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi oppure, in mancanza, del luogo ove il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio.

E', questa, una disposizione innovativa in quanto il vecchio art. 706 prevedeva, quale criterio di competenza generale, esclusivamente il foro del convenuto, richiamando il principio dell'art. 18 c.p.c. sul foro generale delle persone fisiche.

Con la riforma tale foro ha solo funzione sussidiaria rispetto a quella dell'ultima residenza comune.

Se il convenuto risiede all'estero o è irreperibile, Giudice competente è il Tribunale del luogo dove il ricorrente ha la residenza o il domicilio e se anche il ricorrente è residente all'estero, Giudice competente è qualunque tribunale della Repubblica. Anche questa è una novità, ma solo per il procedimento di separazione, la norma, infatti, è stata mutuata dal vecchio art. 4 della legge sul divorzio.

Tornando al procedimento, il Presidente del Tribunale, entro cinque giorni dal deposito del ricorso in cancelleria, fissa con decreto la data di comparizione dei coniugi davanti a sé, nella cosiddetta udienza presidenziale che deve essere tenuta entro novanta giorni dal deposito della domanda. Anche questa è una novità rispetto al passato quando mancava ogni indicazione sul termine entro cui tenere l'udienza presidenziale.

La norma punta ad abbreviare i tempi del processo ormai insostenibili in molti tribunali.

Il Presidente, con il decreto, fissa: il termine per la notificazione del ricorso e del decreto, nonché il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare una memoria difensiva e documenti.

La legge specifica che il convenuto, con la memoria difensiva, deve depositare l'ultima dichiarazione dei redditi. Considerato che la predetta memoria è facoltativa, la disposizione - tenuto conto di quella analoga prevista per il ricorrente - deve essere intesa nel senso che il convenuto, indipendentemente dal deposito o meno della memoria difensiva, deve comunque presentarsi all'udienza con l'ultima dichiarazione dei redditi (l'onere era già previsto dall'art. 9 della legge sul divorzio e valeva anche per le separazioni).

L'art. 707 c.p.c., riprendendo integralmente quanto contenuto nella versione precedente, prevede che, se il coniuge ricorrente non si presenta o rinuncia, la domanda non ha effetto. Se non si presenta il convenuto, il

Presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione ordinando la rinnovazione della notificazione del ricorso e del decreto.

Il medesimo art. 707 prevede, poi, che i coniugi devono comparire di persona all'udienza presidenziale con l'assistenza di un difensore. La presenza del legale, novità rispetto alle disposizioni previgenti, sembra essere stata introdotta a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 151/71 che aveva dichiarato illegittimi gli artt. 707 e 708 dove "ai coniugi comparsi dinanzi al Presidente del Tribunale era inibito di essere assistiti dai rispettivi difensori".

Con la vecchia disciplina l'udienza presidenziale si svolgeva in due fasi: durante la prima il Presidente sentiva i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentando la conciliazione e, solo in caso di fallimento, secondo le indicazioni della Consulta, sentiva anche i difensori per poi assumere i provvedimenti provvisori.

Oggi, dal momento che i coniugi devono comparire con l'assistenza di un legale, non dovrebbe più essere consentita l'audizione separata a meno che la parte non sia disponibile.

Se la conciliazione riesce, il Presidente ne fa redigere verbale. Ciò vale sia per il tentativo di evitare la separazione, sia per la transazione. In tal caso il verbale contiene le condizioni della separazione consensuale che deve essere poi omologata dal tribunale.

Se la conciliazione dei coniugi o della causa non riescono, il Presidente, sentiti i coniugi e i difensori, assume con ordinanza i provvedimenti provvisori temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse dei figli e dei coniugi. Questi possono essere modificati o revocati dal G.I. del giudizio successivo.

Una disposizione contenuta nella nuova legge sull'affidamento condiviso, che esamineremo di qui a breve, prevede che i provvedimenti provvisori, nella parte che riguarda l'affidamento della prole, possono essere impugnati entro dieci giorni con reclamo dinanzi alla Corte di Appello.

Con la medesima ordinanza il Presidente nomina il G.I. e fissa l'udienza di trattazione e comparizione dinanzi a questi.

L'ordinanza viene emessa anche se il convenuto non compare, sentito il ricorrente e il suo difensore. In tal caso il provvedimento, da comunicare anche al P.M., è notificato al coniuge a cura del ricorrente entro il termine perentorio stabilito dal Presidente.

La nuova disciplina chiarisce, inoltre, il passaggio dalla fase sommaria e urgente dinanzi al Presidente e la successiva fase istruttoria che si svolge secondo le norme che disciplinano l'ordinario giudizio di cognizione.

La normativa è contenuta nell'art. 709 c.p.c.: il Presidente, con l'ordinanza con cui dispone i provvedimenti temporanei e urgenti, assegna al ricorrente un termine per il deposito di una memoria integrativa il cui contenuto è disciplinato dall'art. 163, comma 3, nn. da 2 a 6 c.p.c. (tutto tranne l'avviso di costituzione e l'indicazione dell'udienza).

In pratica la memoria integrativa è l'atto in cui il ricorrente dovrà, a pena di decadenza, svolgere tutte le sue difese, indicare i fatti posti a fondamento della domanda ed allegare tutti i mezzi di prova.

La novità va rinvenuta nell'onere incombente sul ricorrente di allegare tutti i mezzi di prova di cui intende avvalersi subito, nel ricorso; la riforma, infatti, ha modificato la formulazione dell'art. 184 c.p.c. che prevedeva la possibilità di dedurre nuove prove dopo lo svolgimento della fase presidenziale. Ora, pertanto, verranno espletate nella seconda fase solo le istruttorie già richieste nell'atto introduttivo, con conseguente abolizione delle memorie istruttorie e di replica previste dalla normativa previgente.

Identiche regole valgono per il convenuto. Anche per questi, infatti, il Presidente fissa un termine per la costituzione ai sensi degli art. 166 e 167, commi 1 e 2, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

L'art. 167 è stato modificato ed ora indica che il convenuto deve effettuare anche le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio nella comparsa di risposta, mentre in precedenza poteva differirle ad una fase successiva.

L'ordinanza del Presidente conterrà anche l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il termine assegnatoli comporterà le decadenze i cui all'art. 167 c.p.c..

L'udienza di comparizione e la trattazione davanti al G.I. sono disciplinate dall'art. 709 bis introdotto dalla riforma che richiama le disposizioni degli artt. 180 e 183, commi 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 c.p.c., nella nuova formulazione.

In sostanza, al pari del giudizio ordinario, viene effettuata la sola trattazione orale (redigendone processo verbale) e l'attività indicata dai precedenti artt. 180 e 183, viene concentrata in una sola udienza; il G.I. può fissare una nuova trattazione solo se assume i provvedimenti che, nel precedente regime normativo, potevano essere assunti all'udienza di prima comparizione ex art. 180 c.p.c..

La ratio è quella di concentrare tutto in un'unica udienza per passare immediatamente all'assunzione dei mezzi di prova. Infatti solo in via del tutto eccezionale è possibile articolare nuove istruttorie che non siano state già indicate nel primo atto costitutivo. Anche il G.I. può disporre, d'ufficio, nuovi mezzi di prova; in questo caso le parti hanno diritto di depositare, nel termine perentorio all'uopo fissato, una memoria per indicare i mezzi di prova che si rendessero necessari in relazione a quelli disposti dal Giudice, nonché una memoria di replica entro un successivo termine, anch'esso perentorio.

Il G.I., se richiesto, può concedere alle parti i seguenti termini perentori:

\*un termine di ulteriori 30 gg. per il deposito di memorie limitate alle sole modificazioni o precisazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già formulate;

\*un termine di ulteriori 30 gg. per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate ex adverso, nonché per proporre le eccezioni che siano conseguenza delle domande medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;

\*un termine di ulteriori 20 gg. per le sole indicazioni di prova contraria.

Il G.I. provvede con ordinanza in udienza ovvero fuori udienza (nei 30 gg. successivi) fissando l'udienza per l'assunzione delle prove (nuova formulazione in luogo dell'udienza di ammissione) ex art. 184 c.p.c..

L'art. 709 bis prevede, infine, la possibilità di emettere sentenza non definitiva (non definisce il processo che continua per questioni accessorie) di separazione nel caso in cui il processo, accertata la sussistenza dei presupposti della separazione, debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento della prole ovvero per le questioni economiche.

Avverso la sentenza non definitiva di separazione è possibile solo esperire un appello immediato in mancanza del quale, una volta pronunciata la sentenza definitiva, non è più possibile mettere in discussione la separazione.

Identiche disposizioni sono previste per il giudizio di divorzio, tranne insignificanti differenze.

Totalmente innovando rispetto alla precedente disciplina il Legislatore ha previsto come regola il principio dell'affidamento condiviso e, come eccezione da motivare adeguatamente, quello esclusivo a uno dei coniugi.

Sino ad oggi, per effetto della disciplina previgente, a seguito della separazione, nella generalità dei casi si realizzava, ancorché non voluta, anche la separazione di uno dei genitori dai figli. Il genitore non affidatario (più frequentemente il padre), per quanto fossero ampie le possibilità di visita e di intrattenersi con i figli, il più delle volte veniva a essere emarginato con tutte le conseguenze del caso.

L'art. 1 della legge n. 54/06 pone le premesse per il superamento della situazione sopra esposta.

Come per il passato i provvedimenti relativi alla prole, anche in forza dell'attuale formulazione dell'art 155 c.c., devono essere adottati con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

In armonia con il diritto che è attribuito dal nuovo art. 1 della legge n. 184/83, come sostituito dall'art. 1 della l. n. 149/01, al minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia e a tutti i diritti previsti in favore dei fanciulli dalle convenzioni internazionali, il nuovo art. 155 c.c. prevede il diritto del minore, in caso di separazione personale dei genitori, a conservare rapporti continuativi non solo con entrambi i genitori, ma anche con gli ascendenti e, in genere, con i parenti di entrambi i genitori.

Ribaltando quello che era il precedente regime, attualmente non solo esiste il diritto dei genitori di avere rapporti con i figli, ma un tale diritto è garantito anche ai figli.

Ne consegue che mentre prima era sufficiente che il giudice e i genitori valutassero in genere quello che era l'interesse dei minori, oggi non possono prescindere dall'attuazione del detto diritto spettante ai minori stessi.

Connesso al diritto del minore ad avere rapporti continui ed equilibrati con entrambi i genitori è la previsione del nuovo art. 155 sexies.

Già in precedenza i provvedimenti sull'affidamento dei figli dovevano essere emessi dopo l'assunzione dei mezzi di prova.

Attualmente il Giudice, specie nell'ipotesi in cui non esista accordo tra le parti, può disporre attività istruttoria anche prima dell'emanazione in via provvisoria dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c..

Ha inoltre l'obbligo di audizione del minore che abbia compiuto i dodici anni e anche di età inferiore, ove capace di discernimento.

Con il consenso delle parti, poi, qualora ne ravvisi l'opportunità, può rinviare l'adozione dei provvedimenti sull'affidamento in attesa che i coniugi stessi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo circa l'affidamento.

Detto ultimo intervento, peraltro, non deve essere imposto dal Giudice ma deve essere consentito dalle parti stesse .

La fase più delicata dell'attuazione della legge n. 54/06 è quella relativa al contenuto del provvedimento che dispone l'affido condiviso.

Al riguardo l'art. 155 co.2 prevede che il giudice, dopo aver valutato positivamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori: \*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 ed alla educazione dei figli;\* prendendo atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori; \*adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

Mentre con la disciplina previgente il giudice esauriva la propria funzione nello scegliere il coniuge affidatario e nel fissare le modalità di visita e di contribuzione, oggi - in pratica - organizza la vita quotidiana della prole.

E' evidente pertanto la rilevanza data dalla legge sia agli accordi intervenuti tra i genitori, sia alla possibilità per gli stessi di tentare una mediazione per raggiungere un accordo. Perché il sistema introdotto funzioni è, quindi, indispensabile la collaborazione dei genitori.

Imponendo il matrimonio ad entrambi i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole (art. 147 c.c.) e dovendo adempiere a tale obbligazione in ragione delle proprie sostanze e secondo le loro capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 148, co. 1, c.c.), il nuovo comma 4 dell'art. 155 prevede che, salvo accordi diversi sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provveda al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito.

Se per effetto dell'affidamento condiviso entrambi i coniugi devono prendersi cura della prole, è evidente che lo stesso principio debba valere con riguardo al profilo economico.

L'intento del legislatore è stato quello di evitare da un lato ingiustificate rendite di posizione e, dall'altro, fughe dalle proprie responsabilità genitoriali.

Gli elementi da prendere in considerazione da parte del Giudice sono: \*le esigenze attuali del figlio: la statuizione relativa all'obbligo a carico di un coniuge di corrispondere all'altro un assegno periodico è, per sua natura, soggetta a revisione nell'ipotesi di sopravvenienza di nuovi elementi di fatto; si è escluso pertanto che l'assegno sia commisurato a future esigenze del figlio; \*il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; \*i tempi di permanenza presso ciascun genitore (si evitano così i pagamenti dell'assegno al coniuge affidatario anche per i periodi che il minore trascorreva con l'altro genitore); \*le risorse economiche di entrambi i genitori (l'espressione è generica, ma è evidente che vanno valutati reddito e patrimonio); \*la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore (la previsione ricalca ancora una volta il dettato dell'art. 148 c.c.).

Va sottolineato che, sebbene la disposizione esaminata sembri dettata esclusivamente con riguardo all'eventualità che sia disposto un affidamento condiviso, in realtà la stessa trova sempre applicazione, anche quindi nell'ipotesi in cui sia disposto un affidamento esclusivo.

Inoltre (art. 4, co. 2, della novella) le disposizioni predette vanno applicate anche nei procedimenti di divorzio e in quelli relativi ai figli di genitori non coniugati.

Diversamente da quanto disposto dall'art. 6, co. 11, l. n. 898/70 (il tribunale determina un criterio di adeguamento automatico almeno con riferimento agli indici ISTAT), oggi l'assegno di mantenimento è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altri parametri indicati dalle parti o dal Giudice.

Ciò per evitare che il silenzio serbato dal Giudice nella pronuncia impedisca la revisione dell'assegno. In pratica sia le parti che il Giudice possono prevedere criteri di incremento dell'assegno; in difetto soccorre l'art. 155, ult. co., cod.civ..

Quanto al regime transitorio va evidenziato che, rimasto immutato l'art. 6, co. 11, l. n. 898/70, dovrebbero essere soggetti a rivalutazione automatica solo gli assegni liquidati in provvedimenti emessi dopo l'entrata in vigore della riforma. Ne consegue che per ottenere tale clausola, ove non prevista, dovrebbe farsi ricorso all'art. 4, co. 1 della novella e instaurare un procedimento alternativemente a norma dell'art. 710 c.p.c. e dell'art. 9 l. n. 898/70.

L'ultimo comma dell'art. 155 cod. civ. prevede, infine, che ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il Giudice dispone un accertamento da parte della Polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi sebbene previa presentazione di elementi presuntivi che facciano ritenere fittizia l'intestazione.

Con la novella si è disposto, ex art. 706 c.p.c., l'obbligo di allegare alla memoria difensiva depositata nel procedimento per la separazione personale le ultime dichiarazioni dei redditi presentate ed inoltre si è dato anche al giudice della separazione il potere di far eseguire verifiche tramite la Polizia tributaria (anche se solo al fine di determinare il contributo economico dovuto per i figli).

Tornando al provvedimento di affidamento, va meglio analizzato ciò che spinge il Giudice a disporre l'affidamento esclusivo dei figli.

L'art. 155 bis, co. 1, detta che l'affidamento esclusivo possa essere disposto solo qualora il Giudice ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del minore.

Perché sussista detta contrarietà non appare sufficiente la sola intollerabilità reciproca tra i genitori, ma qualcosa di più grave e profondo.

Sebbene in ogni separazione ci siano dissapori tra i coniugi, sarebbe insufficiente invocare l'esistenza di contrasti perché verrebbe sminuita la volontà della novella.

Deve sussistere, quindi, una situazione di fatto che, per la sua oggettiva gravità, sconsigli l'affidamento condiviso (residenze distanti).

Ovviamente dal momento che l'affidamento condiviso può essere contrario agli interessi del minore anche per il verificarsi di fatti successivi, è previsto che ciascun genitore, in ogni momento, possa chiedere l'affidamento esclusivo.

Va precisato, però, che le infondate richieste di affidamento esclusivo possono costituire condotta rilevante al fine di modificare (in danno del-l'istante) le condizioni della separazione in quanto ai rapporti con la prole.

Ricollegandosi al disfavore per l'affido esclusivo, la previsione dell'art. 155 quater, co. 2, cod. civ., intende paralizzare la fuga di uno dei genitori (generalmente quello con cui convivono i figli) in una località lontana in modo da rendere impossibile o, comunque, scoraggiare la continua presenza dell'altro genitore.

In particolare, qualora il cambiamento di residenza o domicilio da parte di uno dei coniugi è tale da interferire con le modalità dell'affidamento, l'altro può ricorrere al Giudice per la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici.

Il legislatore ha voluto affermare che lo stato di separato con figli minori non è ostativo al cambiamento di residenza o domicilio garantito anche dalla Costituzione, ma - ove possa incidere sulle modalità di attuazione dell'affidamento - giustifica l'adozione di nuovi provvedimenti. Questi ultimi, peraltro, non possono prescindere dal valutare se si è in presenza di una necessità (trasferimento per lavoro) o una scelta operata esclusivamente in odio all'altro coniuge.

L'abitazione nella casa familiare, prevedeva il precedente co. 4 ell'art. 155 cod. civ., spetta di preferenza e ove sia possibile, al coniuge affidatario.

Per effetto della novella si prevede che il godimento della casa coniu-gale è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli.

Nulla, pertanto, è mutato quanto al criterio che il Giudice deve seguire nel decidere in merito all'assegnazione dell'abitazione. Come per il passato, infatti, il

Giudice dovrà evitare che al trauma della separazione dei genitori per i figli segua l'ulteriore abbandono dell'abitazione.

Il Giudice, considerato il titolo di proprietà, deve tenere conto dell'assegnazione della casa familiare ai fini della disciplina dei rapporti economici tra i coniugi.

Il detto godimento, infatti, costituisce da un lato un incremento di reddito (per la mancata spesa per la locazione di un altro alloggio) e, dall'altro, una perdita per il costo della disponibilità di un'altra abitazione o per non poter conseguire reddito dall'appartamento occupato dal coniuge.

Quanto alla previsione dell'ultima parte del co. 1 dell'art. 155 quater, secondo cui il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili ed opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643 cod. civ., è in linea con quanto già affermato dalla Giurisprudenza e dall'ordinamento a seguito della sentenza n. 154/89 della Corte Cost. (che dichiarava l'illegittimità dell'art. 155, co. 4, cod. civ. perchè non prevedeva la trascrizione ai fini dell'opponibilità a terzi).

Va ricordata anche l'eventualità in cui non venga adottato alcun provvedimento circa l'assegnazione della casa familiare. In questo caso l'immobile continuerà ad essere abitato dalla prole, alternandosi in essa i genitori.

La novità dell'art. 155 quater, cod. civ., è nella circostanza che il diritto di godimento verrà meno non solo (come prima) nel caso in cui l'assegnatario non abiti o cessi di abitare nella casa familiare o contragga nuovo matrimonio, ma anche nel caso in cui il coniuge assegnatario instauri in detta casa una convivenza *more uxorio* con una terza persona (occorrono elementi di fatto che dimostrino l'abituale dimora).

La novella (art. 155 quinquies) è innovativa anche riguardo la tutela dei figli maggiorenni.

Nel passato il genitore separato o divorziato affidatario del figlio era legittimato *jure proprio* ad ottenere il pagamento dell'assegno di mantenimento anche quando il minore avesse raggiunto la maggiore età, ma non

l'autosufficienza economica, purché ancora convivente ed in assenza di richiesta di mantenimento da parte del figlio.

La novella, di contro, prevede che il Giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico a loro versato direttamente.

Restando, quindi, immutato il dovere dei genitori di provvedere alle esigenze dei figli, anche maggiorenni ma non indipendenti, ora l'assegno di mantenimento deve essere chiesto *jure proprio* dal figlio maggiorenne.

Nel silenzio della legge in ordine al modo in cui il figlio maggiorenne possa richiedere il pagamento diretto dell'assegno, dovrebbe concludersi che, da un lato, è inapplicabile al giudizio conseguente alla richiesta del predetto assegno la disciplina fissata dagli artt. 706 e segg. c.p.c. (essendo parti del giudizio di separazione e divorzio esclusivamente i coniugi) e, dall'altro, che tale giudizio è autonomo rispetto a quello di separazione o divorzio con ogni conseguenza del caso.

Per evitare un inutile proliferare di giudizi sarebbe preferibile, per effetto dell'art. 155 quinquies, cod. civ., che al figlio venisse riconosciuta un'autonoma legittimazione a partecipare al giudizio di separazione o divorzio.

Non può infatti tacersi che il Giudice può disporre il versamento dell'assegno al genitore con cui convive il figlio ed è palese che tale provvedimento deve comunque adottarsi nel contraddittorio di tutti e tre i soggetti interessati.

Quanto alla disciplina transitoria, mancano elementi per affermare che per effetto del nuovo art. 155 quinquies, co. 1, cod. civ., tutti i provvedimenti emessi in precedenza in favore del genitore già affidatario di prole minorenni, successivamente divenuto maggiorenne ma non ancora autosufficiente, possono leggersi nel senso che gli stessi siano privi di efficacia. Deve pertanto farsi riferimento all'eventualità che trovi applicazione il co. 1 dell'art. 4 della novella secondo il quale, nei casi in cui sia già intervenuta, alla data di entrata in vigore

della legge, una pronuncia di separazione o divorzio, è facoltà di ciascuno dei coniugi richiedere - nei modi previsti dall'art. 710 c.p.c o dall'art. 9, L.D. - l'applicazione delle disposizioni della novella.

Va ricordato che, mentre in generale le modifiche ai provvedimenti i separazione o divorzio richiedono l'allegazione e la prova del mutamento delle circostanze giustificative del precedente provvedimento, nel caso pre-visto dall'art. 4 della nuova legge sarà sufficiente allegare la volontà di applicare al proprio caso la normativa.

L'art. 708 c.p.c. prevede la reclamabilità dei provvedimenti adottati dal Presidente del Tribunale all'udienza di comparizione dei coniugi nel procedimento di separazione personale.

L'attribuzione alla Corte di Appello della competenza a pronunciare sul reclamo potrebbe risultare quanto meno originale se letta in riferimento alla disposizione dell'art. 669 terdecies, co. 2, c.p.c. (la competenza è del collegio composto con esclusione del Giudice che ha emanato il provvedimento).

Ma la scelta operata dal Legislatore appare condivisibile perché elimina alla radice ogni possibilità di imbarazzo dei magistrati del tribunale a dover pronunciarsi in sede di *revisio prioris instantiae* sul provvedimento emanato dal Capo dell'Ufficio cui sono addetti.

Inoltre la predetta disposizione porta ad escludere la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali con conseguente inapplicabilità degli artt. 696 bis e segg. c.p.c..

Ciò appare evidente se si pensa alla previsione dell'art. 708, co. 4, c.p.c., in ordine al termine, definito perentorio, entro cui il reclamo deve essere proposto, stabilito in dieci giorni dalla notifica del provvedimento (diverso da quello di 15 gg. stabilito dall'art. 669 terdecies).

In difetto di notificazione, secondo recente giurisprudenza, è da ritenersi applicabile il termine di decadenza di un anno dal deposito del provvedimento in cancelleria, ex art. 327 c.p.c..

Va ritenuto, comunque, che - nei casi di lacuna legislativa - possa essere applicata ex art. 12, co. 2, delle Preleggi, la disciplina prevista per il procedimento cautelare uniforme ove compatibile.

Ciò consente di risolvere le questioni (in ordine a cui l'art. 708 c.p.c. tace) in tema di efficacia dell'ordinanza presidenziale e dell'ammissibilità del reclamo anche avverso i provvedimenti che pronunciano sull'istanza di revoca o modifica.

Deve pertanto ritenersi che (in analogia all'art. 669 terdecies, ult. co. c.p.c.) la proposizione del reclamo non sospenda l'esecuzione del provvedimento presidenziale; tuttavia il Presidente della Corte di Appello, quando per motivi sopravvenuti l'ordinanza presidenziale possa arrecare gravi danni, può disporre - con ordinanza non impugnabile - la sospensione dell'esecuzione dell'Ordinanza.

Per verificare l'ammissibilità del reclamo anche ai provvedimenti di revoca o modifica dell'ordinanza presidenziale occorre partire dalle disposizioni dell'art. 709, co. 4, c.p.c., applicabili esclusivamente ove l'istanza di revoca o modifica sia proposta in pendenza del giudizio di separazione. Qualora l'istanza venga avanzata dopo l'estinzione del processo, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., dovrebbero seguirsi le forme proprie del procedimento in camera di consiglio. Di conseguenza avverso il decreto motivato reso dal tribunale ex art. 710 c.p.c. sarebbe esperibile il reclamo ex art. 739 c.p.c..

Può concludersi per l'ammissibilità del reclamo alla Corte di Appello anche avverso i provvedimenti con cui il G.I. pronunci sull'ordinanza di modifica o revoca dei provvedimenti presidenziali. Conclusione confermata dalla disciplina del procedimento cautelare uniforme.

Riconosciuta l'ammissibilità del reclamo, va sottolineato che l'istanza di revoca o modifica non può essere proposta in pendenza del procedimento di reclamo e che la circostanza e i motivi che legittimerebbero la proposizione

dell'inammissibile istanza, sopravvenuti al momento della presentazione del reclamo, devono essere allegati nel relativo procedimento di impugnazione.

Attraverso lo strumento dell'analogia è possibile colmare alcune lacune normative.

La forma della domanda è espressamente individuata dall'art. 708, ult.co. c.p.c., in quella del ricorso che deve presentare tutti gli elementi imposti dall'art. 125 c.p.c., nonché l'indicazione specifica dei motivi di reclamo.

Il procedimento deve svolgersi in camera di consiglio, avanti al collegio, con la partecipazione obbligatoria del P.M. qualora i provvedimenti riguardino la prole.

Con riferimento particolare all'ipotesi di reclamo avverso i provvedimenti che interessano i minori (anche in forza dell'equiparazione operata dal nuovo 155 quinquies, co. 2, cod. civ.), ai sensi del nuovo art. 155 sexies, deve ritenersi che anche la Corte di Appello possa assumere mezzi di prova, ad istanza di parte o d'ufficio, nonché disporre l'audizione dei figli.

Assai delicata è l'interpretazione coordinata degli artt. 2, co.1 (che disciplina il reclamo dei provvedimenti presidenziali in sede di separazione) e 4, co.2, secondo cui le disposizioni della legge n. 54/06 si applicano anche in caso di scioglimento, cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Nessun problema appare sussistere per il divorzio che segue un procedimento pressoché identico a quello della separazione.

In ipotesi di processo per annullamento del matrimonio ex art. 117 e segg., cod.civ., devono seguirsi le forme del giudizio ordinario di cui agli artt. 163 e segg. c.p.c..

Benché nel processo ordinario di competenza del tribunale non sia previsto una fase iniziale necessaria avanti il Presidente, secondo la previsione dell'art 126 cod. civ., il tribunale - su istanza di uno dei coniugi - può ordinare la loro separazione temporanea durante il giudizio e, quindi, può assumere

provvedimenti dal contenuto sostanzialmente identico a quelli presi-denziali promanati ex artt. 708 c.p.c. e 4, l. n. 898/70.

In questo caso dovrebbe essere applicabile l'ordinaria disciplina dettata per il procedimento cautelare uniforme ammettendo, quindi, il reclamo.

In ordine ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati va considerata soprattutto l'ipotesi dell'insorgere della questione giudiziaria a seguito di crisi o rottura della convivenza dei genitori.

In presenza di figli maggiorenni il genitore che vive con tutta o parte della prole può chiedere di ricevere un assegno di mantenimento per i figli conviventi, ovvero di continuare ad abitare la casa di proprietà o condotta dall'altro.

A tutela di ciò che precede potrà esperire la procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c., con conseguente applicabilità della disciplina prevista per il procedimento cautelare uniforme.

In presenza di figli minori: a) per le reciproche pretese di contenuto patrimoniale tra i genitori, di competenza del tribunale ordinario, possono essere richiesti i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.; b) per l'affidamento, l'esercizio della potestà genitoriale, la vigilanza sull'istruzione, l'educazione e le condizioni di vita della prole, competente a decidere è il tribunale per i minorenni. Ma deve ritenersi che le parti possano chiedere l'adozione dei provvedimenti d'urgenza con la particolarità che, avverso i provvedimenti del tribunale per i minorenni, ex art. 38, co. 4, disp. att. Cod. Civ., il reclamo va proposto dinanzi alla Corte di Appello, sezione per i minorenni.

- L'altra modifica apportata al c.p.c. dalla novella n. 54/06 è costituita dall'inserimento di un nuovo articolo: il 709 ter (soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni).

L'ambito di applicazione della norma è da intendersi ampio e relativo a tutti i casi (separazione, divorzio, annullamento, procedimento relativo a figli di genitori non coniugati).

L'art. 709 ter non appare, però, destinato ad essere applicato in assenza di prole ovvero in caso di prole maggiorenne, posto il dettato dell'art. 316 c.p.c. (potestà termina con maggiore età), mentre risulta applicabile ai casi in cui la prole maggiorenne sia portatrice di handicap, in quanto equiparata ai figli minori.

Il combinato disposto degli artt. 709 ter e 4, co. 2, l. n. 54/06, inoltre, presuppone l'assenza di un vincolo di coniugio ovvero la pendenza di un processo relativo alla validità, attenuazione (separazione) o allo scioglimento dello stesso.

Infine, in relazione alle controversie insorte tra genitori per l'esercizio della potestà parentale, l'applicazione dell'art. 709 ter è condizionata dalla precedente emanazione di un provvedimento di affidamento, tuttora in vigore.

L'applicabilità va estesa anche alle ipotesi di provvedimenti di affidamento emanato nel corso del giudizio promosso per ottenere la pronuncia della decadenza dalla potestà del genitore coniugato, indipendentemente dalla pendenza di un procedimento per separazione o divorzio.

Atteso che il nuovo art. 709 ter c.p.c. si limita a stabilire la competenza per lo speciale provvedimento facendo rinvio al giudice "del procedimento in corso", deve concludersi che - per stabilire l'organo giudiziario competente - occorre far riferimento alle norme già in vigore.

Pertanto: a) in caso di separazione e divorzio è competente il tribunale ordinario ex art. 706, co. 1 e 2, c.p.c. e art. 4, co. 1, l. n. 898/70; b) in caso di giudizio di nullità del matrimonio è competente il tribunale ordinario del luogo di residenza del convenuto ex artt. 9 e 18 c.p.c.; c) in caso di giudizio per la decadenza della potestà genitoriale (coniugati o meno) è competente il tribunale per i minorenni del luogo di residenza del minore ex artt. 332 cod. civ. e 38, disp. att. cod. civ..

Qualora il giudizio di cognizione penda in secondo grado, ex art. 709 ter c.p.c., il procedimento in esame è di competenza del giudice investito dell'appello.

Quanto allo svolgimento del procedimento ex art. 709 ter c.p.c., va precisato che la domanda va presentata con ricorso, con l'assistenza necessaria di un legale.

Stando alla lettera della norma solo i genitori sono investiti della legittimazione ad instaurare il procedimento, dovendo escludersi la possibilità che sia nominato un curatore speciale al minore interessato dal provvedimento di affidamento.

Sono altresì da escludere sia l'azione del P.M., sia il suo intervento necessario, non previsto tassativamente, potendosi solo riconoscere l'ammissibilità dell'intervento ex art. 70, ult. co., qualora si ravvisi la sussistenza di un pubblico interesse.

Se l'istanza viene formulata nel corso del procedimento pendente, è ammissibile la proposizione in udienza, ovvero fuori udienza con conseguente necessaria notifica alla controparte.

Ricevuto il ricorso, il Giudice competente con decreto convoca i genitori in un'udienza di c.p.. Sebbene non esplicitamente previsto, nel rispetto dei principi costituzionali il Giudice dovrebbe ordinare la notifica di ricorso e decreto al convenuto personalmente e concedere a questi un termine per le proprie difese.

Nulla viene stabilito, dall'art. 709 ter, in materia di istruzione probatoria e, pertanto, può ritenersi applicabile la medesima disciplina prevista per i procedimenti nei quali sono adottati i provvedimenti in materia di affidamento e potestà (art. 155 sexies cod.civ.).

In ogni caso il Giudice potrà svolgere gli atti istruttori indispensabili per la soluzione delle controversie, ovvero per verificare le violazioni o le inadempienze. La rilevanza di queste ultime va accertata tenendo presente la

possibilità di pregiudizio per il minore, ovvero la possibilità di ostacolare il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento.

Diversamente che nel caso di controversie, in presenza di inadempienze o di violazioni l'art. 709 ter, c.p.c. indica analiticamente i possibili contenuti dei provvedimenti che possono essere adottati: a) modificazione dei provvedimenti già emanati (co. 2) che consente - ad esempio - di sostituire l'affidamento condiviso con quello esclusivo al genitore che non ha tenuto la condotta che ha dato luogo al procedimento ex art. 709 ter c.p.c; b) ammonimento e condanna del genitore inadempiente (co. 2, n.1) la cui funzione è quella di semplice avvertimento al genitore di astenersi per il futuro dal reiterare la condotta costituita da inadempimento o violazione, dietro la minaccia di incorrere in sanzioni più gravi; c) risarcimento danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore - d) e/o dell'altro (co. 2, nn. 2 e 3) qualora, rispettivamente, si sia verificato un nocumento per il minore, ovvero si sia ostacolato lo svolgimento corretto delle modalità dell'affidamento; e) condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa (da € 75,00 a € 5.000,00) a favore della cassa delle ammende (co. 2, n.4).

Tale ultimo provvedimento può essere assunto d'ufficio dal Giudice, indipendentemente dalla domanda formulata dall'altro genitore.

Solo a questo provvedimento la legge attribuisce una funzione punitiva a carico del genitore inadempiente (solo per fatti successivi all'entrata in vigore della novella).

L'attività che il Giudice compie nel procedimento ex art. 709 ter, c.p.c. è di contenuto cognitivo o dichiarativo, ma funzionale alla corretta esecuzione dell'affidamento.

Da ultimo va esaminato l'art. 709 ter, ult. co., c.p.c., secondo cui i provvedimenti assunti dal Giudice sono impugnabili nei modi ordinari.

Di conseguenza il procedimento ex art. 709 ter può essere instaurato:

a) per l'esame dei provvedimenti presidenziali, nella pendenza del giudizio di primo grado di separazione, avanti al G.I. della causa e questi può pronunciare:

\*Provvedimento di integrazione o modifica dell'ordinanza presidenziale, reclamabile ai sensi dell'art. 708, ult. co., c.p.c. dinanzi alla Corte di Appello;

\*Provvedimento contro il genitore inadempiente di ammonizione, di condanna al risarcimento del danno, di irrogazione di sanzione amministrativa, reclamabili dinanzi al collegio ex art. 170 c.p.c. e, quindi, decisi con la sentenza che definisce il giudizio;

b) per l'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza di primo grado, avanti al collegio della Corte di Appello investita dell'impugnazione; tutti i provvedimenti emessi dalla Corte di Appello sono suscettibili solo di un controllo in sede di pronuncia della sentenza che definisce il giudizio di secondo grado;

c) per l'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza di appello, nella pendenza dei termini per la proposizione del ricorso in Cassazione, avanti alla Corte di Appello la quale può pronunciare: \*Provvedimenti di integrazione o modifica in materia di potestà o di affidamento che, essendo sempre modificabili o revocabili e non incidendo direttamente su diritti soggettivi, sono da considerarsi non impugnabili; \*Provvedimenti, contro il genitore inadempiente, di ammonizione, di condanna al risarcimento del danno, di irrogazione di una sanzione amministrativa che - avendo natura decisoria e definitiva - sono da ritenersi suscettibili di ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost.;

d) per l'esecuzione dei provvedimenti presidenziali, ma dopo l'estinzione del giudizio di primo grado di separazione, dei provvedimenti contenuti nella sentenza di primo grado e di appello, già passate in giudicato; dei provvedimenti pronunciati in sede di revisione dei provvedimenti indicati, avanti il tribunale del

luogo di residenza del minore. Tutti i provvedimenti pronunciati in questa ipotesi sono esclusivamente reclamabili dinanzi alla Corte di Appello.

I provvedimenti in sede di reclamo, infine, sono impugnabili con ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost, solo se decisori.

Va da ultimo precisato che è da escludersi l'opponibilità ex art. 22 e segg. del provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa per evitare l'assurda situazione per cui il G.P. possa conoscere della legittimità di provvedimenti emessi dalla Corte di Appello.