

1. CRISI CONIUGALE ED INTERVENTO GIUDIZIARIO

Allorché divampa la crisi della coppia, esplode il conflitto coniugale, gli ex compagni si rivolgono all'avvocato chiedendo un pronto intervento giudiziario.

In questa fase il lavoro di mediazione legale che possono svolgere i difensori, quando adeguatamente preparati, direttamente o affiancati da consulenti esperti, è spesso il migliore rimedio alla crisi, ma l'accesa conflittualità impedisce il più delle volte di mettere a fuoco i problemi e le soluzioni.

Non basta che il difensore sia preparato e pronto ad affrontare la specificità del caso, occorre la disponibilità del cliente a farsi guidare.

Spesso il cliente, accecato da rivendicazioni e propositi di vendetta, pretende di sfidare l'ex compagno sul terreno giudiziario, come in un improprio agone pubblico.

1a. Le coppie coniugate

Con riferimento a coppie coniugate, il primo strumento di tutela immediata è rappresentato dal ricorso per separazione che introduce una prima fase, cosiddetta presidenziale, molto simile ad un procedimento cautelare.

Lo scopo dell'ordinanza presidenziale emanata in via provvisoria è quello di dettare una regolamentazione dei rapporti tra coniugi in via di urgenza.

Non c'è accordo in dottrina sulla natura volontaria o cautelare o mista dell'ordinanza presidenziale, quel ch'è certo è che la parte ricorrente chiede al Presidente un provvedimento incidentale, a cognizione sommaria, con funzione prevalentemente esecutiva.

Il dibattito sulla natura dell'ordinanza può sembrare accademico, esso ha però delle conseguenze: l'applicabilità o meno delle disposizioni sul procedimento cautelare, la cui riforma aveva fatto sorgere il dubbio della loro applicabilità anche ai procedimenti di famiglia.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 54/2006,

2) Tribunale di Genova, Ordinanza del 2/05/06

si è espresso nel senso della inapplicabilità delle norme sul processo cautelare uniforme di cui agli artt. 669-bis e segg. c.p.c.

Il collegio del tribunale genovese ha sostenuto l'autonomia del sistema di norme applicabili ai procedimenti in materia di famiglia, per avere la legge introdotto:

- art. 708, ultimo comma cpc: la reclamabilità dei provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal presidente;
- art. 709-ter ultimo comma cpc: impugnabilità nei modi ordinari dei provv. ivi contemplati;
- i provv. di modifica ex art. 709 ult. comma cpc sia del Presidente sia del G.I. sono impugnabili e possono sopravvivere all'estinzione del processo.

Data l'analogia natura dei suddetti provvedimenti, il Trib. Genovese ha sostenuto la loro impugnabilità con ricorso alla Corte d'Appello.

¹ Relazione tenuta dall'avv. Cesare Fossati all'incontro di studi del 3 marzo 2010 presso la Biblioteca Berio a Genova, nell'ambito del programma formativo 2010 della sezione di Genova.

Udienza presidenziale

Il sistema di intervento giudiziario apprestato con le norme sull'udienza presidenziale, sui poteri del presidente e sull'ordinanza presidenziale ha dato all'atto pratico tutto sommato buona prova di efficienza: esso è sufficientemente snello, garantista, in grado di dare risposte in tempi ragionevoli.

Probabilmente molti avvocati sono insoddisfatti per il mancato utilizzo da parte del presidente di tutti i poteri d'indagine e istruttori che la legge espressamente gli conferisce.

La discrezionalità delle norme in questa fase è decisamente ampia:

il meccanismo di regolamentazione dell'udienza presidenziale prevede:

- all'art. 708 cpc che 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"
- all'art. 155-*sexies* c.c. che: "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».
- all'art. 148 II comma c.c. che: "il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole".

Si tratta di meccanismi che da un lato scontano un certo grado di ambiguità ma che dall'altro consentono di dare risposte in tempi tendenzialmente brevi.

In dottrina vi è chi ha sostenuto che il Presidente non solo "non ha limiti nel ricercare altre risultanze, ma avrebbe il dovere di svolgere tutte le indagini ritenute utili per l'adozione dei provvedimenti"².

1b. Le coppie non coniugate

Le disparità. L'affido.

Con riferimento alla crisi della coppia non coniugata, vengono in rilievo gli effetti della crisi sul rapporto genitori-figli: il problema principalmente dell'affido.

2. Scorza, l'udienza presidenziale, Maggioli, 2006.

Emergono e vanno ancora una volta stigmatizzate le disparità tuttora esistenti tra figli legittimi e naturali. Non è un caso che in parlamento siano giacenti progetti di legge diretti ancora una volta ad eliminare le distorsioni del sistema che vede sovrapposizione di competenze tra diversi organi giudiziari e di fatto differenti strumenti di tutela, diritti di difesa e contraddittorio negati, soprattutto tempi e modalità di intervento molto diversi tra figli naturali e figli legittimi, in palese violazione del disposto dell'art. 30 Cost. che sancisce il principio di assoluta parità di trattamento: "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio", principio ribadito dagli artt. 155-155-sexies c.c. introdotti dalla l. 54/06.

Di fatto le differenti autorità giudiziarie chiamate a pronunciarsi, le differenti regole (rito camerale, udienza presidenziale, giudice istruttore e collegio) determinano tutt'oggi rilevanti ed ingiustificabili disparità.

Anche le misure normativamente previste si sovrappongono e pongono non pochi problemi di coordinamento sia in termini di competenza, sia in termini di scelta dello strumento più adatto al caso concreto, tenuto conto che si interviene in una materia decisamente delicata, restia ad essere sottoposta a rigide categorie dogmatiche.

Principio espresso nella maggior parte delle sedi giudiziarie è quello secondo cui "la conflittualità fra i genitori non esclude l'applicazione dell'affido condiviso, essendo diritto del minore giovare continuamente della presenza di entrambi i genitori".

Quando la conflittualità è limitata al rapporto di coppia e non incide sul legame genitori-figli, si parla di fisiologia della crisi familiare.

3) Tribunale di Bologna, sentenza 24 novembre 2006 n. 2683

"In presenza di contrasti (anche giudiziari) o difficoltà nella relazione personale e nella comunicazione tra i coniugi separati, spetta ai genitori, che assumono una precisa responsabilità verso i figli minori, tenere distinti i due rapporti: quello della coppia coniugale e quello della coppia genitoriale. Il conflitto tra gli adulti non deve pregiudicare il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori".

Gli esperti delle scienze psicologiche insistono su questa distinzione di sfere come indice di prevenzione e salvaguardia del rapporto genitoriale.

Al contrario quando il conflitto tra ex conviventi viene ad interferire con il rapporto filiale diventa elemento di disgregazione e fonte di conseguenze gravi, rispetto alle quali l'ordinamento è chiamato ad apprestare delle difese.

In questo caso l'escalation assume caratteri patologici.

L'ordinamento si pone il problema di come intervenire in situazioni di crisi che coinvolgono sia l'interesse privato, sia quello pubblico alla tutela dell'infanzia.

Uno degli strumenti a disposizione oggi a disposizione dopo l'entrata in vigore della legge 54/2006 è dato proprio dal regime di affido.

Il mutamento del regime di affido può essere utilizzato come rimedio alla crisi.

Abbiamo così esempi di provvedimenti sull'affido adottati come strumento

sanzionatorio a fini di responsabilizzazione.

4) Tribunale Modena - Ordinanza del 17 settembre 2008

“In tema di affidamento dei figli, la modifica del regime di affidamento (da condiviso a esclusivo), una volta verificato che non sia percorribile la via di una adeguata corresponsabilizzazione dei genitori, può assumere un significato sanzionatorio, e anzi può risultare il provvedimento più efficace e idoneo non soltanto per prevenire, ma anche per sanzionare altre inadempienze e violazioni da parte dei genitori, consentendo a questi ultimi di riflettere sulle conseguenze dei propri comportamenti nel rapporto con la prole, e incrementando il senso di responsabilità che deve accompagnarsi all'esercizio dei doveri genitoriali”.

5) TRIBUNALE DI FIRENZE, ordinanza 11 febbraio 2008³

In un quadro di grave carenza genitoriale della madre, la quale, deliberatamente ed ingiustificatamente, ostacola i rapporti tra padre e figlia con comportamenti pregiudizievoli per la minore e senza alcun impegno per diminuire il conflitto esistente che Lei stessa alimenta, sussistono i presupposti per l'ammonizione di cui all'art 709 ter c.p.c. e per il mutamento di regime da condiviso ad esclusivo.

2. IL PROCEDIMENTO MONITORIO ex art. 148 c.c.

Simile al sistema d'intervento dell'udienza presidenziale è il procedimento d'ingiunzione di cui all'art. 148 c.c.: norma che prevede la possibilità di emissione di un decreto ingiuntivo atipico a contraddittorio anticipato: in caso di inadempimento all'obbligazione di mantenimento dei figli, chiunque vi abbia interesse può ricorrere al presidente del tribunale, il quale convoca le parti e, sulla base delle sommarie informazioni assunte, emette il provvedimento più opportuno, tenuto conto dei rispettivi redditi.

Secondo la giurisprudenza si tratta di un provvedimento sommario non cautelare volto ad assicurare una tutela privilegiata ai crediti di mantenimento sia per i figli legittimi sia per quelli naturali, benché ricompreso tra le norme sui doveri matrimoniali. Il pieno contraddittorio si instaura solo a seguito dell'eventuale opposizione che apre una causa ordinaria.

Recentemente vi sono segnali di applicazione di tali forme di tutela anticipata anche da parte dei tribunali minorili (occorre precisare che sono esempi ancora minoritari):

6) Tribunale per i minorenni di Bari, decreto 1 luglio 2009.

In tema di mantenimento dei figli naturali, le norme che prevedono l'ordine di pagamento diretto (art. 148, comma 2, cod. civ.) ed il sequestro dei beni del genitore inadempiente (art. 156, comma 6, cod. civ.), rappresentando una forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale devono ritenersi applicabili anche dal giudice minorile il quale ha contestualmente emesso le disposizioni in ordine al suo affidamento, alla determinazione dell'assegno e quant'altro ritenuto opportuno per il suo sostentamento, istruzione ed

³ Famiglia e diritto n. 2 / 2009, pag. 167.

educazione.

Nello stesso senso:

7) Tribunale per i minorenni di Catania, decreto 23 maggio 2008

«In tema di famiglia di fatto e nell'ipotesi di cessazione della convivenza "more uxorio", in caso di accertato inadempimento di uno dei genitori, il tribunale per i minorenni può applicare, in via diretta e non analogica, le disposizioni relative all'ordine di pagamento diretto da parte del terzo tenuto a corrispondere periodicamente somme di denaro all'obbligato (art. 148, comma 2, cod. civ.). Tale possibilità deve ritenersi corollario del riconoscimento del diritto al mantenimento del figlio naturale, a seguito dell'interruzione della convivenza tra i genitori, con conseguente attribuzione della competenza in capo al giudice che ha "contestualmente" emesso le disposizioni in ordine al suo affidamento, alla determinazione dell'assegno e quant'altro ritenuto opportuno per il suo sostentamento, istruzione ed educazione.

3. L'ADDEBITO

Addebito della separazione come rimedio alla violazione degli obblighi che derivano dal matrimonio?

Dobbiamo constatare come l'addebito sia uno strumento obsoleto ed inadeguato a dare risposta alle esigenze di tutela del soggetto debole.

Si considerino le difficoltà ad ottenere una pronuncia di addebito.

I tribunali sono sempre più restii ad accogliere le domande.

L'art. 151 (II comma) prevede che la separazione personale possa essere addebitata al coniuge che ha tenuto comportamenti contrari ai doveri che derivano dal matrimonio; la pratica ci rende consapevoli delle notevoli difficoltà ad ottenere l'accoglimento della domanda.

8) Tribunale di Napoli, sentenza 2 luglio 2007

Requisiti - Pronuncia - Addebito - Esclusione - Genericità capitolati prova - Inammissibilità - Conflittualità - Affidato condiviso.

Le reciproche richieste di addebito formulate dai coniugi nell'ambito del giudizio di separazione vanno disattese quando non sono sufficientemente provate non essendo possibile l'individuazione della condotta causante l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e l'attribuzione della stessa all'uno o all'altro coniuge. È inammissibile la prova per testi genericamente formulata senza alcun riferimento cronologico o a fattispecie. Lo stato di elevata conflittualità tra i coniugi non può costituire pregiudizio per la realizzazione del diritto dei figli alla bigenitorialità e alla conseguente pronuncia di affidato condiviso, ma può essere valutata discrezionalmente l'opportunità di disciplinare il diritto di visita con il genitore non convivente.

Gli effetti dell'addebito sono poi limitati e sono solo effetti sfavorevoli per il coniuge nei confronti del quale viene pronunciato, mentre non si hanno effetti positivi per l'altro.

Gli effetti sono:

1) viene meno l'obbligo del mantenimento, ma solo nei rari casi in cui il

soggetto al quale viene addebitata la separazione poteva essere beneficiario di un assegno, in quanto titolare di una condizione economica inadeguata a far fronte alle proprie esigenze; si consideri però che non viene meno l'obbligo alimentare (art. 156, comma 3) e da questo punto di vista la portata delle conseguenze dell'addebito è fortemente limitata;

- 2) il coniuge separato con addebito a seguito di sentenza passata in giudicato prima dell'apertura della successione è escluso da quest'ultima e perde la qualità di erede. Può però aver diritto ad un assegno vitalizio alimentare che assume il carattere di un legato. Se è titolare di assegno alimentare il coniuge separato con addebito ha poi diritto alla pensione di reversibilità (ed è anche in questo caso equiparato al coniuge separato senza addebito).

Al coniuge incolpevole non viene offerto un rimedio risarcitorio in conseguenza dell'addebito.

Solo se i fatti che hanno determinato la dichiarazione di addebito costituiscono di per sé illecito aquiliano, quindi in forza delle norme sulla responsabilità civile (2043 c.c.) o perché costituiscono violazione di diritti fondamentali tutelati dai precetti costituzionali, il danneggiato potrà trovare ristoro.

Di qui la constatazione dell'inutilità dell'addebito nell'attuale sistema, della necessità di un superamento della sua logica verso un sistema di protezione dei soggetti deboli. C'è chi⁴ ha parlato di misura asimmetrica in quanto affittiva per il solo coniuge debole.

4. ART. 709-TER C.P.C. - MISURE SANZIONATORIE AI CONFLITTI GENITORIALI.

9) Titolato: *Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*

Applicabile alle condotte dei genitori in generale (quindi solo in presenza di figli): benché inserita nelle norme sulla separazione la disposizione è invocabile anche in sede di divorzio, nullità del matrimonio o procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati (in forza del richiamo espresso dell'art. 4 L. 54/06).

Secondo la dottrina presuppone la preesistenza di un provvedimento relativo alla gestione dei figli, trattandosi di norma strumentale alla migliore attuazione dell'affido condiviso e alla tutela del diritto del minore alla bigenitorialità.

Prevede 2 procedimenti:

- 1) un primo rivolto alla soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà: il giudice tenta la conciliazione, ovvero indica ai genitori la soluzione, non diversamente da quanto previsto dagli artt. 316 e 155 comma 3 cc.

Qui il giudice è chiamato ad intervenire per supplire alla incapacità delle parti di realizzare la finalità indicata dalla legge 54/06: vale a dire il diritto del minore alla bigenitorialità.

- 2) l'altro deputato ad intervenire in occasione di gravi inadempienze o di atti che rechino pregiudizio al minore: l'intervento in questo caso è sanzionatorio di un comportamento pregiudizievole già tenuto da uno dei genitori.

⁴ Enrico Al Mureden, Nuove prospettive di tutela del coniuge debole, Ipsa, 2007.

Secondo la giurisprudenza sino ad oggi edita sul tema, le misure sono riconducibili alla categoria dei danni punitivi o sanzioni private (in questo senso Trib. Messina, est. Russo sentenza 20/03/2007 e decreto 5/04/07; C.A. Firenze, decreto 29/08/07; Trib. Palermo, 2/11/07): a questa conclusione sono giunti i giudici considerando che la misura del risarcimento è determinata non rispetto al danno subito bensì rispetto alla gravità della condotta, avendo lo scopo non di riparare il torto, quanto di infliggere una sanzione.

In dottrina tale ricostruzione è più contrastata e vi è chi viceversa sostiene la riconducibilità delle misure al paradigma della risarcibilità civile del danno.

Data la funzione cui assolvono i provvedimenti ex art. 709-ter sono stati giudicati come una sorta di incidenti di esecuzione che possono sorgere sia in corso di causa sia successivamente al passaggio in giudicato della sentenza.

Sono misure efficaci?

Occorre premettere che a 4 anni dalla loro entrata in vigore sono ancora pochi gli esempi di applicazione: come è stato denunciato⁵, la cattiva tecnica di confezionamento della norma ha determinato uno stato di oggettiva incertezza negli operatori.

La formula che conferisce la competenza al giudice del procedimento in corso ha creato non pochi problemi, e si segnalano pronunce che hanno ritenuto la competenza del collegio, altre del G.I.

Si contrappongono da un lato esigenze di più ponderata e garantita valutazione da parte del collegio; dall'altra esigenze di intervento immediato (in analogia con quanto decise la Corte Cost. con la sentenza 258 del 19 luglio 1996 nella quale decise la possibile adozione del sequestro ex art. 156 c.c. da parte del G.I.).

10) TRIBUNALE DI MESSINA, sentenza 20 marzo 2007⁶

idoneità genitoriale e momento attuativo

- La riconosciuta possibilità di ricorrere, anche nelle relazioni familiari, al paradigma di cui agli artt. 2043 e 2054 richiede l'accesso alle comuni regole processuali, ciò che risulta incompatibile con la struttura dell'art. 709-ter ma anche con il processo di separazione e divorzio, la cui più eclatante difformità dal processo ordinario è data dal rito camerale previsto per il secondo grado.

- I provv. riguardanti i minori non sono provv. di condanna in senso proprio, non vedono una contrapposizione di interessi tra due parti, ma tendono a realizzare un regolamento di vita nell'interesse prevalente di un terzo rispetto al soggetto obbligato.

- più che di obbligazione in senso tecnico è più adeguato parlare di un generale dovere di entrambi i genitori di attenersi a comportamenti soddisfattivi dell'interesse del minore

- se il provvedimento non funziona perché uno o entrambi genitori tengono un comportamento oppositivo il giudice non può disporre l'esecuzione forzata in forma specifica, può invece ricorrere alla coazione indiretta mediante applicazione di sanzione.

⁵ Fiorini, L'applicazione dell'art. 709-ter cpc, Famiglia e minori, 2010, 2.

⁶ Diritto & Giustizia

5. PROCEDIMENTI DE POTESTATE – ARTT. 330 333 C.C.

E' uno degli ambiti di intervento rimasti di esclusiva competenza del Tribunale per i Minorenni, nonostante l'intento del legislatore della legge 54 fosse quello di riordinare ed uniformare le prassi.

Sono norme che prevedono un sistema rimediabile che va a sovrapporsi agli altri strumenti, a fronte di condotte genitoriali molto simili, accomunate dal carattere pregiudizievole per i figli.

Oggi più che parlare del concetto di potestà dei genitori nei confronti dei figli è più corretto fare riferimento alla nozione di **responsabilità genitoriale** già da tempo utilizzata in ambito europeo.

Prevista dall'articolo 30 della Costituzione come diritto-dovere dei genitori (cosiddetto *munus*) che trova nell'interesse della prole la sua funzione e il suo limite, non come libertà personale dei genitori.

Ciò significa che i figli non sono assoggettati a un potere assoluto e incontrollato dei genitori, ma vantano il diritto ad un pieno sviluppo della loro personalità, il diritto alla bigenitorialità, a cui sono collegati i doveri che ineriscono all'esercizio della potestà parentale.

Art. 330 c.c. Decadenza dalla potestà sui figli.

Il giudice può pronunciare la decadenza dalla potestà quando il genitore viola o trascura i doveri (147 cc; 570 c.p.) ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. In questi casi, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare.

Proprio perché è prima di tutto un diritto del minore quello di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori la violazione o trascuratezza che possono dar luogo ad una pronuncia di decadenza devono essere particolarmente gravi e qualificati.

- Tribunale per i minorenni di Torino, decreto 7-21 luglio 2009.

In tema di potestà genitoriale, la condanna per il reato di tentato omicidio ai danni della madre del minore costituisce motivo sufficiente per la declaratoria della decadenza dalla potestà, in quanto la particolare natura del reato incide, di per sé, sul ruolo genitoriale, per la potenziale ed estrema gravità del pregiudizio al quale il minore è stato esposto, consistente nella definitiva perdita di un genitore per l'azione volontaria dell'altro.

11) Tribunale per i minorenni di Catania Decreto 4 giugno 2009 Presidente rel. Pricoco

Ai fini della declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale in danno di uno dei genitori occorre accertare, non soltanto la sussistenza di inequivocabili circostanze volte a cagionare al minore un grave pregiudizio, ma anche che la pronuncia richiesta sia effettivamente corrispondente all'interesse del figlio.

La procedura veniva avviata con ricorso dal padre (A) della minore nata dall'unione coniugale con la cittadina colombiana (B) con il quale chiedeva a questo Tribunale l'affidamento esclusivo della figlia nonché provvedimenti di limitazione o decadenza della potestà genitoriale materna. I nonni paterni con il medesimo ricorso chiedevano a questo t.m. la conferma del provvedimento a sé della nipote avviato a seguito dell'intervento dei

C.C. ex art. 403 c.c. intervenuti in via d'urgenza.

Il pubblico ministero intervenuto chiedeva ex art. 333 cc provv. limitativi della potestà nei confronti sia del padre che della madre.

La domanda di affidamento e quella di limitazione della potestà avanzate dal padre sono di competenza del giudice della separazione viste le innovazioni introdotte dalla legge n. 54 del 2006,

la domanda per la dichiarazione di decadenza della potestà genitoriale, anche quando proposta dall'altro genitore, oltre che dagli altri soggetti legittimati, è di esclusiva competenza del giudice specializzato per espressa previsione dell'art. 38 delle disp. di att. come modificato dalla legge n. 184 del 1983.

Per quanto riguarda la procedura promossa dai parenti entro il sesto grado e dal pubblico ministero, legittimati ai sensi dell'art. 336 c.c., al fine di tutelare l'interesse del minore dalla condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori, la competenza appartiene al tribunale minorile non solo nell'ipotesi di richiesta di decadenza della potestà ma anche in quella di richiesta di mera limitazione.

La madre nello specifico per mantenere le figlie ha dovuto fare ricorso allo svolgimento di altra attività lavorativa e non ha negato di aver ripreso a prostituirsi.

Ciò che appare preoccupante è che a causa di tale situazione la madre, come risulta dagli accertamenti compiuti, è solita allontanarsi dalla abitazione familiare e lasciare le figlie da sole in casa.

Tuttavia, come spesso accade, il legame con la madre, appare comunque intenso e la bambina, pur necessitando di protezione e tutela, ha bisogno di «sentire» presente ed interessata la genitrice e di non vedere diminuita la sua capacità di intervenire attivamente nel suo processo di crescita e di assumere le decisioni del caso per le questioni di maggior interesse che attengono alla sua educazione ed istruzione.

Sotto quest'ultimo profilo, non appare corrispondente all'interesse della minore la pronuncia di ablazione della potestà parentale materna, anche se, appare opportuno limitarne l'esercizio.

Al fine di garantire la protezione e salvaguardia della serenità psico fisica della minore e del suo regolare processo di crescita è necessario che, non solo la potestà della madre, ma anche quella del padre sia sottoposta alle opportune limitazioni del caso così come richiesto dal pubblico ministero.

Ed invero il diritto del figlio minore nell'attuale modifica dell'art. 155 c.c. è quello di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione istruzione da entrambi. Per il riconoscimento di tale diritto è necessario che il giudice adotti i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

In ragione, quindi, della condizione attuale della madre e del comportamento del padre appare opportuno, in limitazione della potestà genitoriale mantenere l'affidamento della minore al servizio sociale.

La collocazione presso i nonni, allo stato, pare quella più rispondente all'interesse della minore, anche perché l'abitazione dei predetti è un luogo conosciuto dalla piccola e costituisce un habitat qualificato per il suo percorso di crescita, atteso che vi ha vissuto per periodi prolungati insieme ai genitori durante la vita coniugale.

Non può peraltro tralasciarsi di considerare che l'enunciazione della legge attuale prevede, tra l'altro, che il diritto del figlio al mantenimento di rapporti familiari equilibrati e continuativi si esprime con riferimento alla famiglia allargata con il diritto a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Il problema è quello di coordinare i provvedimenti adottati nella presente sede in limitazione della potestà genitoriale con quelli di competenza del giudice della separazione che, nel caso di filiazione legittima ha competenza esclusiva in materia di affidamento, di regolamentazione dei rapporti tra il minore ed i genitori ed in tema di mantenimento

Secondo la giurisprudenza affermata dalla Suprema Corte tali provvedimenti potranno o dovranno essere tenuti in conto dal giudice della separazione, come fatto (accertato o) sopravvenuto, per l'eventuale (emissione o) modifica dei provvedimenti provvisori in ordine all'affidamento e modalità di incontro con i figli.

12)

Ricostruiti i provvedimenti in limitazione della potestà genitoriale quali **provvedimenti provvisori sulla modulazione dei rapporti tra i genitori separati ed i figli**, al fine di stabilirne l'efficacia può analogicamente applicarsi l'art. 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile secondo il quale l'ordinanza del presidente o del giudice con la quale vengono dati i provvedimenti temporanei o urgenti, reputati opportuni nell'interesse della prole, conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo finché non sia sostituita con altro provvedimento adottato dal giudice della separazione a seguito di presentazione del ricorso ovvero di ulteriore corso del procedimento già avviato, come nel caso di specie, ove risulta che il giudice ordinario ha rinviato la decisione in attesa dell'esito del presente giudizio.

P.Q.M.

Visto l'art. 333 c.c.

In accoglimento della richiesta avanzata dal Pubblico Ministero

Accoglie la domanda del pubblico ministero ed in limitazione della potestà di entrambi i genitori della minore, fermo restando l'affidamento al Servizio Sociale, con compiti di vigilanza sull'educazione, istruzione e cura della detta minore, ne dispone l'immediato collocamento presso l'abitazione dei nonni paterni, così parzialmente accogliendosi anche la domanda presentata da questi ultimi (...)

Art. 333 c.c.

Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque **pregiudizievole al figlio**, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.

Tribunale di Brescia, decreto 18 marzo 2009.

Separazione personale - Modifica delle condizioni - Figli minori - Provvedimenti in tema di affidamento - Situazione pregiudizievole per i figli - Competenza - Tribunale per i minorenni - Sussistenza. (Cc, articoli 155 e 333; disposizioni di attuazione al Cc, articolo 38)

La competenza a decidere l'affidamento dei figli minori di coniugi separati spetta al Tribunale per i minorenni nei casi in cui debbano adottarsi

provvedimenti urgenti, idonei a porre rimedio all'accertata situazione pregiudizievole per i minori, ai sensi dell'articolo 333 del Codice civile⁷.

6. IL RUOLO DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE

La negoziazione o stipula di accordi in vista della separazione o del divorzio, può avere un ruolo importante nel prevenire e deflazionare il contenzioso in materia familiare.

E' un ambito d'intervento ancora poco esplorato e praticato in Italia.

E' salito alle cronache ed è stato pubblicato sulla rivista Famiglia e minori un caso di regolamentazione puntuale e sanzionatoria ratificato dal Tribunale di Milano

la rivista ha titolato: Cinquecento euro di multa per la consegna ritardata⁸

Tribunale di Milano - Verbale di conciliazione 20 gennaio 2009

(Presidente Servetti)

13) Le parti sono concordemente giunte alla determinazione di volere conciliare e definire il presente giudizio (...)

premesso che: - (...)

- la novella legislativa ha introdotto l'art. 709 ter c.p.c che ha tipizzato e/o spostato gli inadempimenti genitoriali in danno dei figli da elemento squisitamente psicologico a inequivocabile lesione dei diritti dei minori e dell'altro genitore;

- è insegnamento della giurisprudenza che «le disposizioni del giudice sull'affidamento del figlio minore non possono essere violate dal genitore e chi lo fa va incontro alle sanzioni previste dalla legge» (Corte Appello Firenze sez. feriale 29/8/2007⁹);

- le varie interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali attribuite all'art. 709 ter c.p.c. presentano un comune denominatore rappresentato dal risarcimento c.d. sanzionatorio (Tribunale di Padova sez. I 3/10/2008; Tribunale di Palermo 2/11/2007; Tribunale di Messina sez. I, 25/9/2007; in dottrina D'Angelo, il risarcimento del danno come sanzione?¹⁰);

Tutto ciò premesso e ritenuto, i signori (A) e (B), nell'interesse supremo del loro figlio (C) hanno determinato:

Sistema delle penali:	
- se la madre non consegna il figlio o il padre non lo riconsegna	€100 per ogni giorno di ritardo
- se viene impedita la vacanza	€500 per ogni giorno di ritardo
- impegno a consentire le com. telef.	€25 per ogni giorno di ritardo
- in caso di ritardo nel pagamento dell'assegno sup. a 5 gg.	€50 per ogni giorno di ritardo succ. al 5°

7 Famiglia e Minori, 2010, 2.

8 Famiglia e Minori, 2009, 3.

9 Redazione Giuffrè 2007

10 in Familia, 2006, 1048

Sistema delle penali:	
Le somme sono espressamente dichiarate liquide, certe ed esigibili e devono essere versate entro 10 gg. dalla semplice richiesta	
Il verbale ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi degli artt. 185 e 474 cpc ¹¹	

7. Misure penali

nel segno di una maggiore reazione dell'ordinamento agli inadempimenti l'art. 3 della legge 54/2006 ha sancito l'applicazione dell'art. 12-sexies della legge sul divorzio (L. 898 del 1/12/1970) "in caso di violazione degli obblighi di natura economica": al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno si applicano le pene previste dall'art. 570 c.p.

Secondo questo sistema di rimandi normativi quest'ultima norma prevede due figure di reato:

- 1) chi si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti la potestà dei genitori;
- 2) chi fa mancare i mezzi di sussistenza

1) quanto agli obblighi di assistenza, essi non si limitano al soddisfacimento dei bisogni materiali, ma comprendono tutte quelle esigenze legate, nei confronti dei figli, all'educazione, all'istruzione, al sostegno morale.

Si noti che alla decadenza dalla potestà non consegue la perdita dei doveri inerenti la qualità di genitori, doveri che rappresentano il contraltare dei diritti dei figli, come tali non riducibili, né rinunciabili

2) quanto al comma 2 (chi fa mancare i mezzi di sussistenza), una recente pronuncia chiarisce i contorni della fattispecie:

Cass. Pen. 14/05/2009 n. 20386¹²

il ricorrente lamentava la sua impossibilità a far fronte ai suoi obblighi di assistenza familiare, dimostrata a suo dire, dalla documentazione prodotta attestante il fallimento della sua impresa, le procedure esecutive e la mole di debiti.

La Corte ha espresso il seguente principio: le dimostrate difficoltà economiche dell'imputato non giustificavano in ogni caso il protrarsi per lungo tempo del suo completo e pervicace inadempimento dell'obbligazione impostagli dal Trib. nei confronti dei figli. La pur saltuaria attività lavorativa avrebbe dovuto consentirgli, magari parzialmente e di tanto in tanto, di contribuire al mantenimento della prole.

Altra norma invocabile in seguito a reiterati inadempimenti alle prescrizioni inerenti l'affido ed il diritto del minore alla bigenitorialità, vale a dire all'accesso ad entrambi i rami genitoriali, è l'art. 388 c.p.

Corte di cassazione - Sezione VI penale - Sentenza 8 luglio 2009 n.

¹¹ Art. 474 cpc come modificato dalla Legge 263 del 28/12/2005.

¹² In "Le Leggi d'Italia", De Agostini.

27995

La madre che rifiuta di far trascorrere del tempo al figlio insieme all'ex marito commette reato. Più precisamente è colpevole di "**mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice**" (art. 388 c.p.)

Con sentenza n. 27995 del 8 luglio 2009 la Corte di Cassazione ha sancito che il genitore affidatario del figlio minore deve consentire al coniuge separato di vedere la prole nei tempi e nei modi stabiliti dal giudice al tempo della separazione. A nulla varrebbe la giustificazione di eventuali traumi che complicherebbero l'equilibrio psicologico del piccolo.

Nel caso specifico, la madre si era opposta a far trascorrere le vacanze insieme a marito e figlio, aveva spiegato che il minore avrebbe sofferto nell'allontanarsi dall'ambiente familiare.

La Suprema corte ha ribadito che entrambe le funzioni genitoriali sono centrali e determinanti e nessuno dei due può tentare di escludere l'altro dalla vita dei figli.