

**ASSEMBLEA NAZIONALE DEGLI OSSERVATORI
SULLA GIUSTIZIA CIVILE**

GENOVA- 29-30-31 MAGGIO 2015

La giurisdizione delle relazioni familiari in Italia e in Europa

REPORT GRUPPO FAMIGLIA

Il tema del Gruppo famiglia di quest'anno si è incentrato, alla luce degli interventi legislativi recenti volti ad accelerare la risoluzione ai numerosi conflitti familiari con strumenti sia all'interno che al di fuori della giurisdizione, su quattro macro argomenti:

1. il riparto di competenza tra TM e TO in materia di procedimenti de potestate, ovvero i proc. In limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale;
2. il divorzio breve, un accenno all'importanza della giurisprudenza europea all'interno dei procedimenti familiari
3. uno sguardo sulla necessità della formazione di avvocati e magistrati sulla giurisprudenza europea;
4. infine uno spot su pratica collaborativa e rito partecipativo.

1) RIPARTO TRA TM E TO IN MATERIA DI PROCEDIMENTI DE POTESTATE (ART.38 D.A.C.C.)

Com'è si è soliti fare a quest'incontro annuale ci siamo riallacciati lì dove ci eravamo lasciati l'anno scorso: il nuovo art.38 d.a.ac.c. in materia di riparto tra TM e TO e la sua interpretazione con la ricognizione tra i vari fori presenti, avendo ben presenti le due direttrici della Corte di Cassazione, ordinanza 1349/15, est. Acierno e la successiva del 2015, est. Bisogni e i principi di diritto ivi indicati.

Cass. 1349/15 Acierno (ordinanza): principio di diritto in materia di riparto, tra TM e TO:

“ in merito alle azioni dirette ad ottenere provv limitativi o ablativi della resp gen, la Corte ha affermato , con riguardo all'interpretazione del nuovo alrt.38 dacc (come modificato dalla legge 219/12), che la competenza appartiene in via

generale al Tribunale per i minorenni ma quando sia in corso un giudizio di separazione o divorzio o 316 c.c., anche in pendenza di termini per le impugnazioni e nelle altre fasi di quiescenza, fino al passaggio in giudicato,- e le azioni siano state proposte successivamente e richieste con un unico atto introduttivo dalle parti, in DEROGA a tale attribuzione, la competenza spetta al giudice del conflitto familiare (Tribunale o Corte di Appello).

Con quest'ordinanza si conferma il principio della concentrazione delle tutele : pendente iudicio separativo, senza distinzione tra fasi e grado, le domande limitative o ablativo 330 o 333 sono di competenza del TO (SI SUPERANO LE TESI ATOMISTICHE).

Effettività ed uniformità della tutela giudiziaria, con devoluzione allo stesso giudice, anche se proposte le domande limitative o ablativo siano proposte direttamente in appello (né la differenza di riti, né le fasi, né il grado costituiscono limite alla vis attrattiva del TO o Corte di Appello)

Conseguentemente, sono di competenza del TM:

I procedimenti di potestà ex 330 o 333 avviati in via autonoma innanzi al TM sono di competenza del TM: in assenza di conflitto tra i genitori, rimangono di competenza del TM, del giudice specializzato (a differenza dell'ipotesi in cui ci sia il conflitto tra i genitori ovvero sia pendente un giudizio di separazione, o divorzio, o modifica o 337 ter).

Si tratta dei procedimenti di decadenza attivate dal PM minorile , con la contumacia dei genitori, innanzi al TM , riguarda all'80% situazioni gravissime che sfociano in situazioni abbandoniche (anche se non si apre un fascicolo di adottabilità-i c.d. AB) , che di norma giungono ad una decadenza di entrambi i genitori.

Sono di competenza del TO

Invece in deroga alla regola generale: le domande ex art. 330 o ex 333 c.c. con domanda congiunta di separazione o divorzio o 316 in una a domande di ablazione o limitazione di responsabilità, anche se promosse dal PM, **sono del giudice del conflitto (TO), in qualunque grado di trovino.**

Cass 4773/15 est Bisogni: principio di diritto

principio della concentrazione conciliato con criterio della prevenzione o della perpetuatio iurisdictionis ex art.5 cpc.

Il caso: avvio proc. ex 330 o 333 presso TM e successivamente proposizione di una domanda di separazione al TO: il TM si dichiara incompetente a favore del giudice del conflitto. Il PM presso il TM propone regolamento di competenza.

Premesse le due pronunce della S.C., siamo partiti da un minisondaggio sul riparto di competenza tra TO e TM alla luce dell'applicazione del *nuovo art.38 d.a.c.c.*: disposizione oscura che porta a decisioni differenti, che si possono raggruppare sotto le due direttrici delle ordinanze recenti della SC (Acierno n. 1349/15 e la successiva Bisogni):

1. Torino Bologna e Catania : il TM si dichiara incompetente in ordine al 330 a favore del TO quando sorge un conflitto genitoriale (se sorge dopo l'avvio del 330, la competenza decisoria sul 330 si ritiene che sia quella del tribunale ordinario);
2. Brescia e Milano: se la domanda è di decadenza assoluta la competenza TM mentre (se ci sono altre domande ritengono vada al TO).
3. Bologna: provvedimento del **Tribunale per i Minorenni di Bologna** del 02.03.2015,est. Donati . Il provvedimento ha ad oggetto il **riparto sul 330**.

Il caso: domanda al TM non qualificata ma assimilabile ad un 333: affidamento ai SS dei figli) .Successivamente avvio di giudizio separativo. Il presidente, all'udienza presidenziale, invita il TM a pronunciarsi sulla competenza per la trattazione del procedimento.

Il TM si dichiara incompetente ritenendo competente il TO in quanto con l'avvio di un giudizio separativo il TO è competente "in tutte le ipotesi 333 o 330 , è competente il TO" superando così il principio della prevenzione.

Conclusioni

Le ambiguità e l'oscurità dell'art.38 dacc offrono interpretazioni differenti: le due posizioni sembrano legittime ma dovrebbe essere il legislatore a dirimere il conflitto.

Ai sensi del 111 cost il processo deve essere regolato dalla legge e nonostante gli sforzi del legislatore, si ritiene che sul 330 se non c'è conflitto la competenza sia del TM.

Anche la Cassazione ritiene se non c'è conflitto familiare, quindi se è un 330 puro, è del TM.

Così a Bologna, se la domanda di decadenza proposta davanti al TM è una domanda "pura" la competenza rimane al TM.

Quando, invece, invece c'è anche un conflitto genitoriale, tra i genitori, emerso in un *simultaneus processus* innanzi al TO (separativo, divorzile o di modifica la competenza è del TO. Segue dichiarazione di incompetenza del TM (333 o 330).

Proposta al Ministro: indipendentemente dalla scelta legislativa adottata dal ns legislatore è indispensabile **armonizzare i procedimenti e il raccordo di interventi tra TO e TM** affinché ci sia sempre una tutela per i minori. Ad esempio nel caso di emissione di provvedimenti provvisori da parte del TM, andrebbe mantenuto in vita a garanzia della effettività della tutela finché non intervenga il Tribunale, tenendo presente che ci deve essere sempre una continuità di tutela per i minori.

Camere minorili : finché non ci sarà la modifica legislativa, occorrerà trovare una soluzione. Potrebbe essere di ausilio distinguere il fatto in questi termini :

- se la condotta pregiudizievole nasce nella relazione col bambino (TM)
- se la condotta pregiudizievole nasce dalla conflittuale tra i genitori, TO.

Pres Civinini ha sottolineato come non si possa parlare di incompetenza, semmai di litispendenza o continenza, in quanto con una pronuncia di incompetenza si vanificherebbe il lavoro dei giudici del TM (330 rimane TM).

Ed ancora si sottolineava come l'incompetenza sopravvenuta non esiste: c'è il principio della *perpetuatio iurisdictionis* art. 5, eventualmente si dovrebbe parlare di litispendenza o continenza (perché altrimenti si vanificherebbe il lavoro del giudice che ha cominciato prima).

Al di là del problema interpretazione sulla competenza, il vero problema, come ha osservato il Pres. Civinini, è il coordinamento tra TM e TO. Per evitare vuoti di tutela sarebbe opportuno stabilizzare il lavoro di chi si è già espresso (TM e TO), garantendo così la sua continuità . Infine, per non vanificare il lavoro prezioso fatto del giudice specializzato (TM) sarebbe opportuno confermarli in sede di giurisd.ordinaria (se si verte in un conflitto genitoriale, 337 ter c.c. o presidenziale se si verte in un conflitto familiare separativo o divorzile o modifica)

Ciò che conta è che i minori abbiano tutela, al di là della targatura del Tribunale.

E allora potremmo darci delle regole: potremmo utilizzare le direttrici della S.C. , seguendo i principi della Cassazione (Casadonte): seguire i principi della Cassazione e tenendo in piedi la competenza del TM sul 330 “puro” in assenza di conflitto, mentre pendente iudicio separativo (sep e div e modifica), intendendo con ciò anche i 337 ter l’ affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio , passando tutto al TO, al giudice del conflitto familiare.

- Un’altra questione è il coordinamento tra il TM e To.

Si è detto che se c’è già un provv del TM, il TO dovrebbe confermare in assenza di circostanze nuove. A quel punto il TM trasmette gli atti al tribunale ordinario e chiude il procedimenti.

Emerge la necessità che il TM e TO si parlino e collaborino : l’effettività della tutela non deve dipendere dalla targatura del tribunale.

2) Divorzio breve

Il dibattito sulla recentissima miniriforma entrata in vigore lo scorso 26 maggio (**legge 6 maggio 2015, n. 55**) si è incentrato sull’analisi dei tempi in quanto la disciplina transitoria prevista dall’art.3 della legge 55/15 estende l’applicazione anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge (26 maggio scorso) .

Si è evidenziato quanto segue:

se è vero che in astratto la legge riduce i tempi, è anche vero che applicandosi ai giudizi pendenti all’entrata in vigore, essa costituisce un potenziale moltiplicatore delle cause (e quindi un aggravio ulteriore dei ruoli, con la conseguenza negativa sui tempi di risposta del giudice).

Un'occasione perduta è stato il mancato approdo al divorzio c.d diretto e la mancanza di coraggio del ns legislatore.

In ogni caso, la riduzione dei tempi dei procedimenti separativi e divorzili, tutta da accertare sul piano pratico nei prossimi anni, farà bene ai figli in quanto è assodato come la lungaggine di un contenzioso familiare faccia solo male ai figli.

Altra riflessione.

Un'altra possibilità per la riduzione dei tempi è di purgare il procedimento di separazione , riducendo al minimo la durata del processo, lasciando lo spazio processuale alla tutela degli interessi più rilevanti (lasciando fuori le domande di addebito che appesantiscono il procedimento e gravano sulla durata).

Dobbiamo chiederci se vogliamo davvero procedimenti MONSTRUM (Canziani), dove tra le d. addebito e di risarcimento del danno endofamiliare , il tempo per la tutela dei diritti fondamentali rimane davvero poco o se, invece, vogliamo restituire al procedimento la priorità della tutela dei d. fondamentali.

Un primo punto: la circolare della IX Sezione di Milano: il giudice della separazione diventa il giudice del divorzio. Il fascicolo del divorzio viene assegnato al giudice del proc. Separazione ancora pendente. Questo favorisce la celerità e l'effettività perché è lo stesso giudice che conosce la causa.

Le preoccupazioni di Milano restano i tempi che, a differenza di quanto accadeva ante miniriforma, le fissazioni di udienze per le consensuali erano 40 gg e meno di tre mesi per le giudiziale. Milano ritiene che con la riforma i proc. Si triplicheranno.

Giudice Ortolan: sui tempi normativi e i tempi di ruolo, si vedrà l'effettività.

Il dialogo processuale del giudice che conosce i fatti in sede di separazione dovrebbe essere utile per il giudice del divorzio ma dobbiamo interpretare la novità legislativa in modo pragmatico.

La circolare milanese , si precisa, riguarda solo l'assegnazione del fascicolo e non la riunione dei procedimenti.

Sulla possibilità pratica di una riunione dei procedimenti separativi e divorzili pendenti è stata sottolineata la " pericolosità" perchè i giudice si susseguono e

non è detto che il giudice sia sempre sia lo stesso (potrebbe non esserci più e ci si potrebbe dimenticare di analizzare tutte le domande di entrambi i giudizi).

Si parla SOLO DI ASSEGNAZIONE ALLO STESSO GIUDICE, per conservare- ove possibile- la conoscenza del fatto da parte del giudice.

PROPOSTA: esportare la modalità milanese dell'assegnazione del fascicolo del divorzio allo stesso giudice della separazione.

Conclusione : i tempi veloci per giungere velocemente al divorzio si potrebbero ottenere spurgando il procedimento dall'affollamento delle domande e , secondo l'esperienza livornese, utilizzando maggiormente l'ascolto dei figli minori quale strumento indiretto di conciliazione genitoriale. In particolare:

1. riducendo le numerose domande che, per prassi, vengono proposte nei procedimenti di separazione (addebito, illecito endofamiliare). La purificazione dei c.d procedimenti monstrum restituirebbe al giudizio della separazione quegli spazi di tutela dei d. fondamentali, spazi unici oggi ridotti al minimo in quanto assorbiti dal tempo da dedicare alle domande che potrebbero trovare voce in altri giudizi (in caso di accesso conflitto tra i genitori si potrebbe ovviare con la nomina del curatore speciale rafforzando la tutela dei minori);
2. un cenno all'ascolto del minore che, secondo una prassi del trib. di Livorno, rappresenta uno strumento utilissimo in quanto conduce ad un provvedimento "concordato tra i genitori" (i genitori venendo a conoscenza dei desideri del figlio sono maggiormente portati a trovare un accordo) ed incide anche sulla riduzione dei tempi (ascolto in fase presidenziale con udienza dedicata al minore, pomeridiana, che secondo l'esperienza livornese, attraverso la restituzione ai genitori di quanto dice il figlio, porta in buona parte dei proc., ad un provv concordato) e conduce alla prima udienza di merito con rinuncia a termini ex 183 cpc, precisazioni congiunte ed il via alla sentenza.

3) NECESSITA' DELLA FORMAZIONE DI AVVOCATI E MAGISTRATI SULLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

La Corte Edu ci impone un processo che deve uniformarsi sui diritti sostanziali anche nella fase esecutiva.

E' stata sottolineata l'importanza pratica del "laboratorio atti" (Milano, Torino): attraverso lo studio della normativa europea si è cercato di uniformare lo schema di un atto di diritto di famiglia alla disciplina europea (Paola Lovati). Si tratta di favorire la formazione continua degli avvocati attraverso lo studio e l'elaborazione di schemi , utile guida per la redazione di atti giudiziari conformi alla normativa europea.

Di importazione europeista è la disclosure.

SULLA UTILITA' DEL DISVELAMENTO (O DISCLOSURE): è fondamentale che il giudice conosca subito la capacità economica delle parti. Occorre "disvelare" subito il patrimonio (tutte le info utili: oltre retrib, visure, titoli etc) .

PROPOSTA DI PRASSI COMUNI: invitare i tribunali , i presidenti , gli avvocati a promuovere prassi virtuose "sul disvelamento del patrimonio" facendo sì che i giudici "invitino" le parti a mettere sul tappeto tutte le informazioni importanti per ricostruire la capacità patrimoniale (ad esempio ampliando il decreto di fissazione di udienza: non solo dichiarazioni dei redditi, ma indicazioni sulle proprietà, c.c.bancari, conti titoli etc) e che gli avvocati "COLLABORINO"eticamente svolgendo la professione all'insegna di una etica professionale "rinforzata".

In realtà si può trattare SOLO di un INVITO (che poi sarà valutato dal giudice liberamente). A Roma si impone l'autocertificazione con le conseguenze della responsabilità penale per le dichiarazioni mendaci (che avranno una refluenza negativa sulle relazioni familiari. Posizione contestata)

4) Un mini dibattito si è aperto anche sugli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie familiari (rito partecipativo) e quelli al di fuori della giurisdizione (negoziata assistita e pratica collaborativa).

SULLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA : non c'è l'obbligo di rinuncia al mandato in caso di fallimento ovvero quando non si addivenga alla convenzione.

Con la pratica collaborativa, giunti all'accordo, si può incorporare nella negoziazione assistita e vale la data di sottoscrizione dell'accordo, ai fini della decorrenza del termine legale per giungere al divorzio.

SUL RITO PARTECIPATIVO: l'obiettivo è quello di far partecipare i genitori sostanzialmente «alla costruzione di una decisione comune, in cui il ruolo del Giudice non è avvertito in termini di soggetto terzo che "impone" la soluzione» (G. Buffone), auspicando un intervento che assicuri il patrocinio a spese dello Stato anche a tutti coloro che preferiscono affrontare i propri conflitti sulla base di logiche di non contrapposizione lontane da quelle giudiziarie.

Prassi milanese: Il presidente del collegio nomina un giudice relatore (GOT) "formato" dal tribunale; se dopo un certo tempo non si raggiunge l'accordo si ritrasmette il fascicolo al Presidente.

Vantaggi: l' 80% dei provvedimenti emessi con il rito partecipativo, cioè attraverso soluzione concordate, non sono stati appellati e portano, come conseguenza, ad una maggiore stabilità familiare.

SULLA PRATICA COLLABORATIVA: consiste in un processo di negoziazione stragiudiziale che coinvolge le parti in maniera diretta nelle trattative, assistite dagli avvocati "specializzati" ed un team di professionisti (quale, ad esempio, il commercialista, il consulente del lavoro, l'esperto dell'infanzia od il facilitatore), con l'intento di trovare una soluzione concordata che, una volta raggiunta, può riversarsi in un ricorso congiunto da iscrivere a ruolo avanti il Tribunale secondo la normale prassi procedurale, oppure **in una convenzione di negoziazione assistita**, secondo le nuove regole di recente introdotte, che produrrà gli effetti e terrà luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1 dell'art. 6, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Se l'accordo NON riesce, o l'avvocato si accorge che il cliente non è leale nascondendo ad esempio qualcosa, deve interrompere la pratica collaborativa e

rinunciare al mandato , astenendosi nella difesa giudiziale (obbligo di rinuncia al mandato)

ASPETTI DEONTOLOGICI E DIFFERENZE TRA NEGOZIONE ASSISTITA E RITO PARTECIPATIVO: **quando non si addiène alla convenzione, nella negoziazione assistita non è previsto alcun obbligo** di rinuncia al mandato , a differenza del rito partecipativo dove gli **avvocati non potranno assistere la parte.**

Si conclude con la formulazione della seguente proposta al Ministro:

“Si auspica un intervento legislativo che assicuri il patrocinio a spese dello Stato anche a tutti coloro che preferiscono affrontare i propri conflitti sulla base di logiche di non contrapposizione (negoziazione assistita o pratiche collaborative) lontane da quelle giudiziarie e che estenda la tutela anche ai proc. Dei figli nati fuori dal matrimonio“