

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

COMMISSIONE FAMIGLIA

11 luglio 2006

LE MODIFICHE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA VISTE DAGLI AVVOCATI

RELAZIONE INTRODUTTIVA A CURA DELL'AVV. GIULIA FACCHINI

Prima di scendere nel merito della riforma, anzi delle due riforme che ci portano oggi a interrogarci sulle nuove procedure di separazione e divorzio e su ordinamento e rito relativi alle questioni che riguardano i figli naturali, mi pare utile che ci collochiamo nel tempo e nello spazio attraverso una rapida carrellata non tanto sulla situazione de iure condito preesistente, che voi tutti ben conoscete, ma sui progetti di riforma che sono stati –molto discussi e mai approvati in precedenza- in modo da renderci conto di quali siano le idee che da tempo circolavano e quali siano invece le vere innovazioni –se ve ne sono- delle riforme in oggetto.

Partirei dal famoso progetto Lucidi, presentato nel corso della XIII legislatura con governo analogo a quello attuale.

Il testo del Comitato ristretto della Camera, cosiddetto **Progetto Lucidi**, che aveva come titolo: "*Nuove norme in materia di separazione e divorzio*" prevedeva **modifiche sostanziali** alla separazione ed al divorzio quali: l'affidamento congiunto, l'abolizione dell'addebito, l'equiparazione dell'assegno di separazione a quello divorzile, l'assegnazione della casa familiare "di preferenza" al coniuge affidatario tenendo conto, della assegnazione, nella liquidazione del contributo al mantenimento, la liquidazione di un assegno di divorzio unicamente con funzione assistenziale, aggiungeva garanzie per i crediti alimentari, specificava le norme regolanti l'attribuzione della pensione di reversibilità, del trattamento di fine rapporto, e indicava il momento di scioglimento della comunione nell'autorizzazione a vivere separati.

Nello stesso progetto, venivano introdotte **modifiche processuali** pur senza il coraggio di

rinnovare l'impianto processuale. Le modifiche possono così riassumersi: competenza al giudice monocratico anziché al Collegio, introduzione per tutto il territorio nazionale del cosiddetto "rito ambrosiano", unificazione del rito della separazione e del divorzio, eliminazione della possibilità di ottenere modifiche in corso di causa se non per le pattuizioni relative ai figli.

L'art.712-ter prevedeva infine una riforma che allora pareva epocale e cioè **il passaggio al Tribunale ordinario di tutte le competenze del Tribunale per i minorenni relative agli artt.316, 317bis, 330, 332, 333, 334, 335 c.c., "ove si tratti di figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori.**

La riforma quindi risolveva anche il problema ordinamentale semplicemente sancendo il passaggio di competenza al Tribunale ordinario di tutte le azioni sopra menzionate, senza però porsi neppure lontanamente il problema del rito. Come sarebbero state trattate le questioni sopra indicate, tutte con il rito ordinario?

Se ben ricordo il progetto, che fu oggetto di svariati dibattiti, convegni e studi, non fu approvato per la fine, nel maggio 2001 della legislatura

Nella stessa legislatura e con identica maggioranza parlamentare Si discusse anche a lungo sulla **cosiddetta Bozza Scoca.**

La Commissione Ministeriale Scoca –dal nome della sua presidente, la nota familiarista Romana Maretta Scoca, commissione, istituita presso l'ufficio legislativo del Ministero, preparò un progetto di legge avente ad oggetto la "*Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l'unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie*" e si mosse con un diverso spirito abordando il problema innanzitutto sotto il profilo ordinamentale.

L'articolo 1 della bozza prevedeva che "*in tutte le città sedi di Corte di appello ed in quelle determinate dal Ministro della giustizia*" –secondo il bacino di utenza- fosse istituita una sezione specializzata.

L'articolo 5 attribuiva alla sezione specializzata la competenza per:

- Costituzione e validità del matrimonio civile, separazione dei coniugi, scioglimento e

cessazione degli effetti civili del matrimonio

- Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi
- Rapporti di filiazione
- Potestà dei genitori
- Adozione e affidamento familiare
- Prestazioni alimentari
- Formazione e rettificazione degli atti dello stato civile
- Interdizione e inabilitazione
- Assenza o morte presunta
- Materie già attribuite al giudice tutelare
- Accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali di competenza dell'autorità giudiziaria

Ed all'ultimo comma stabiliva, in modo piuttosto criptico *"Per i procedimenti di cui al comma precedente si osservano le norme processuali vigenti"*.

All'articolo 6 prevedeva a seconda della materia trattata la competenza collegiale semplice integrata o la competenza del giudice monocratico.

Agli articoli da 8 a 12 fissava i criteri per l'assegnazione dei magistrati –onorari o togati– alla sezione specializzata privilegiando la formazione interdisciplinare e la specializzazione.

Seguiva una **seconda sezione** dedicata alla *"modifica e unificazione dei procedimenti di separazione e divorzio"* ove **non si adottava il rito ambrosiano** (la partecipazione di Alfio Fionocchiaro alla Commissione aveva lasciato il segno), ma al contrario si fissavano finalmente le modalità ed i termini per il passaggio dalla fase presidenziale a quella di merito, adottando il rito cosiddetto sabaudo.

All'articolo 3 comma 3 la bozza riformulava il testo del 708 cpc indicando come **obbligatoria la mediazione familiare**, sancendo **l'obbligo di sentire i minori di età superiore ai 12 anni**, ridisegnando un testo con buoni spunti ma ancora molto farraginoso.

Nella sezione terza invece, con apprezzabile sforzo dettava una disciplina processuale in sostituzione degli articoli da 336 a 342 del codice civile. In particolare fissava i criteri per la redazione del ricorso, ricalcando sostanzialmente quelli posti dalla legge 74/87 per il ricorso per divorzio. Stabiliva che il Presidente entro 3 giorni dovesse fissare l'udienza di comparizione e nominare il giudice istruttore, imponeva la notifica di ricorso e decreto ad istanza di parte, ed i termini di comparizione, stabiliva per la prima volta il principio, poi promulgato dalla legge sull'adozione che **“Le parti private non possono stare in giudizio senza l'assistenza di un difensore nominato di ufficio in caso di inerzia degli interessati”**.

La parte a mio parere più interessante, tenuto conto anche del nuovo testo dell'articolo 111 Costit, nel frattempo promulgato, era la riforma disegnata per l'articolo 338 c.c. che prevedeva:

*“ All'udienza di comparizione il giudice nel contraddittorio delle parti, con ordinanza conferma modifica o revoca i provvedimenti temporanei adottati. La mancata conferma comporta la loro inefficacia, senza la necessità di alcun provvedimento: Nel corso del giudizio, il giudice, nell'interesse del minore, può adottare con decreto, provvedimenti urgenti immediatamente esecutivi, **I provvedimenti del giudice sono reclamabili al Tribunale, in composizione collegiale, ai sensi dell'articolo 669 redecies cpc.***

Il giudice procede, anche d'ufficio, nella ricerca delle prove, avvertendo, sotto pena di nullità, le parti della loro assunzione, salvo che, in relazione all'oggetto della prova o alla personalità del soggetto da escutere, il giudice ritenga che la loro presenza possa influire sulla genuinità della prova; per gli stessi motivi il giudice può disporre l'allontanamento delle parti precedentemente ammesse.

L'esistenza di sommarie informazioni ottenute dal giudice, nonché delle relazioni del servizio sociale, deve essere comunicata immediatamente alle parti, le quali hanno diritto di prenderne visione ed estrarne copia e di replicare nel termine perentorio di quindici giorni dalla comunicazione.

Se viene disposta una consulenza tecnica d'ufficio, alle parti deve essere comunicata,

a pena di nullità, la data dell'inizio delle operazioni, avvertendola della possibilità di nominare propri consulenti.

Il giudice, con decreto motivato, vieta la conoscenza di atti e documenti acquisiti al processo, ma estranei alla decisione, in presenza di un grave pregiudizio per il minore o per terzi.

Il giudice può sospendere il procedimento se ritiene opportuno l'esperimento di una attività di mediazione.

Quanto al reclamo, l'articolo 340 modificato stabiliva tra l'altro che venisse proposto secondo le forme dell'articolo 739 e anticipando le argomentazioni di Corte Costituzionale n. 2 del 2002 stabiliva normativamente che il testo del decreto dovesse essere notificato in forma integrale alle parti perché potesse decorrere il termine per l'impugnazione.

Nella sezione quarta la bozza tratteggiava poi in modo apprezzabile una nuova disciplina dell'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori, prevedendo per l'esecuzione dei soli provvedimenti relativi all'affidamento dei minori la competenza del giudice che aveva emesso il provvedimento il quale, doveva indicare i tempi e le modalità di attuazione, dare incarico agli organi ausiliari dell'esecuzione (servizio sociale o organi di polizia anche giudiziaria), specificandone i compiti di assistenza e di attuazione coattiva in caso di inottemperanza.

Prevedeva infine la condanna a pagare una somma da £ 500.000 a £ 2.000.000 contro chi non ottemperava alle disposizioni sull'affidamento.

Il commento spontaneo è “nulla di nuovo sotto il sole!!!”

Veniamo dunque alla legislatura successiva precisamente la quattordicesima, in data 14 marzo 2002 veniva presentato dal governo il disegno di legge recante misure urgenti per la riforma del diritto di famiglia e dei minori quello **conosciuto come progetto per le “Sezioni Specializzate”** -Atto parlamentare C 2517 e progetti concorrenti (894,1485,1887,2119,308,315,816,2088,2703)

Vediamo velocemente la struttura della proposta di legge:

Art. 1 La prima domanda ineludibile è cosa significa “Sezione Specializzata” se manca la componente onoraria? In realtà si tratta di sezioni a cui viene di preferenza affidato il compito di trattare le questioni familiari e minorili, come si evince dal secondo comma e specializzato è usato impropriamente.

L'articolo 2 della proposta di legge –con metodologia differente ma risultati analoghi demandava alle sezioni specializzate : *“Tutte le controversie di competenza del tribunale per i minorenni in materia civile, nonché quelle attualmente devolute al giudice tutelare e al tribunale ordinario in materia di rapporti di famiglia e minori”* e di conseguenza:

- 1) 317 bis, c.c. affidamento nelle famiglie di fatto
- 2) 330 c.c. decadenze potestà
- 3) 333 c.c. limitazione potestà
- 4) 274 ec.c. dichiarazione giudiziale di paternità
- 5) 250 c.c. autorizzazione al riconoscimento
- 6) Legge 140/2001 dichiarazione di adottabilità
- 7) Legge 140/2001 idoneità all'adozione internazionale
- 8) Legge 140/2001 affidamento familiare
- 9) Legge 140/2001 adozione nazionale
- 10) Legge 140/2001 adozione in casi particolari
- 11) Autorizzazione al matrimonio
- 12) Aggiunte di cognome

Art. 3 e 4 Stabilivano i requisiti necessari per essere magistrati presso la sezione specializzata della famiglia e dei minori. E tratteggiavano diversamente dal progetto Lucidi, la composizione (collegiale) della sezione specializzata del Tribunale e della Corte di Appello. .

Art. 5 Istituiva un ufficio specializzato anche per il Pubblico Ministero, presso i Tribunali dove erano costituite le sezioni specializzate.

L'art. 6 modificava l'art. 73 del Regio decreto del 1941 indicando tra le attribuzioni del P.M. anche la possibilità di richiedere alle Sezioni Specializzate per la famiglia e per i Minorenni, nei casi di urgenza, i provvedimenti riservandogli anche la competenza per l'esecuzione dei provvedimenti del Giudice.

Art. 7 della legge delega incaricava il Governo di emanare entro 180 giorni uno o più decreti con i quali individuare i Tribunali e le Corti di Appello presso i quali istituire le sezioni specializzate rideterminando gli organici sia delle nuove sezioni specializzate che dei T.M. che rimanevano in funzione per il penale.

Art. 8 Introduceva la figura degli “**ausiliari delle sezioni specializzate**” indicandoli negli enti del servizio sociale del dipartimento della giustizia minorile o in mancanza quelli dipendenti dai comuni o con questi convenzionati.

A questi servizi, erano affidati compiti:

- a. di assistenza all'esecuzione di provvedimenti di consegna dei minori;
- b. di vigilanza degli obblighi di fare contenuti nei provvedimenti di affido dei minori;
- c. di verifica sui rapporti familiari!!!!!!!!!!!!

Gli articoli da 10 a 14 tratteggiavano poi, con struttura analoga a quella adottata dalla bozza Scoca, la riforma della separazione – ma non del divorzio che forse era stato dimenticato- .

In particolare: **l'articolo 10** riformava il 706 cpc stabilendo innanzitutto la competenza della Sezione Specializzata (del luogo di residenza o domicilio del convenuto o del Tribunale viciniore) mentre sparivano tutti i criteri subordinati di competenza territoriale indicati dalla legge 74/87.

Il secondo comma indicava poi i requisiti del ricorso, ponendo alcuni criteri di rilevante novità.

Tra i quali il punto f) che stabiliva che il ricorrente dovesse indicare nell'atto **introduttivo** “**un programma relativo alla crescita dei figli, con particolare riferimento alle scelte relative**

alla educazione scolastica e culturale, alla abitazione, alle esigenze economiche, di salute e sportive”.

Questa norma certamente risentiva degli echi dell'altro progetto presentato –unico poi approvato ma nella legislatura successiva!- quello sull'affidamento condiviso laddove, all'articolo 1, che modifica il 155 del codice civile stabiliva e stabilisce anche nella versione approvata: *“Anche dopo la separazione personale dei genitori, il minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi ed ha diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.*

L'articolo 11, che modificava il 707 cpc in **compenso vietava l'assistenza dei difensori all'udienza presidenziale in barba alla sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 1971..**

L'art. 12 modificava il 708 cpc **rigettando il rito ambrosiano ed adottando quello sabaudo** introducendo un meccanismo legislativo di passaggio tra la fase Presidenziale e quella di merito.

L'art. 14 introduceva il 709 bis. che tratteggiava il rito delle separazioni apparentemente sottraendole alla applicazione del rito ordinario creando, anche per la frase di merito, un rito completamente ad hoc abbastanza snello e nello stesso tempo rispettoso del contraddittorio.

La legge delega però dimenticava tre punti fondamentali:

- il rito di tutte le altre questioni devolute alla competenza delle sezioni specializzate,
- la disciplina dei provvedimenti di urgenza
- e quella delle impugnazioni.

Il dato positivo che si poteva cogliere sin da questi progetti e anche dalle riforme approvate è che, prendendo atto che non esiste più un modello unico di famiglia come era ai tempi della compilazione del nostro codice, **ma diversi modelli familiari derivati dalla libera contrattazione delle coppie**, il legislatore demanda al Giudice di approfondire la reale e concreta situazione di quella famiglia per adattare, anche in caso di mancato accordo, il

modello separativo, sia sotto il profilo della relazione genitori-figli che sotto quello economico, **alla concreta realtà di quel nucleo.**

Questa trasformazione, che come vedremo è poi stata compiuta nel 2006, supera di fatto il modello dell'affidamento alla mamma e del regime di visita che noi chiamiamo standard, e implica uno sforzo prima di tutto da parte di noi avvocati di approfondire aspetti che non sempre emergono prima facie nei colloqui con i nostri clienti e in secondo luogo implica per i magistrati un tempo maggiore per approfondire, in sede presidenziale, il modello familiare sul quale si trovano a giudicare.

VENIAMO DUNQUE ORA BREVEMENTE ALLE DUE RIFORME CHE CI OCCUPANO, LA LEGGE 80/2005 E LA LEGGE 54/2006

La prima osservazione evidente è che le riforme del 2005/2006 sono parenti strette dei progetti di legge precedenti da cui hanno ampiamente attinto. Non possiamo dunque strapparci i capelli, come alcuni hanno fatto o continuano a fare gridando "*orrore, orrore*" alle riforme del governo Berlusconi, che altro non fanno che pescare qua e là da spunti perlopiù partoriti da maggioranze diverse come la carrellata di oggi dimostra con inequivocabile chiarezza.

La seconda osservazione è che legiferare in materia di famiglia è complicatissimo per chiunque perché molti sono gli interessi in gioco (da quelli dei padri separati a quelli dei magistrati minorili- che ricorderete con l'associazione dei tribunali distrettuali hanno contribuito ad affossare in aula la riforma delle sezioni specializzate- a quelli dei partiti, di destra o di sinistra di ispirazione cattolica contrari ad ogni omologazione tra coppie legittime e di fatto anche sotto gli aspetti processuali..

In più si aggiunga che nella materia familiare non ci sono processualisti puri ma studiosi e operatori che si occupano tanto della parte sostanziale che di quella processuale che vengono prese in esame infatti in modo inscindibile in tutte le riforme presentate. A ciò si aggiunga che il rispetto delle forme processuali, in materia di famiglia è spesso strapazzato sia dai magistrati che dagli avvocati che finiscono per essere risucchiati dalle vicende umane con cui vengono a contatto dimenticando che, come dice Proto Pisani il processo non è un inutile

burocratizzazione delle vicende umane ma invece *“Il processo è disciplina di forme e di termini, di atti (costituenti esercizio di poteri), delle parti e del giudice. **Garanzia significa protezione del cittadino a fronte del potere, significa disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena**”*.

Ancora due parole in conclusione del mio intervento sulle due riforme di cui oggi ci occupiamo.

La prima osservazione imprescindibile è che probabilmente il legislatore dell'una ha ignorato l'altra ma che per noi operatori è indispensabile procedere allo studio della nuova normativa integrando le due discipline, il che non è sempre un compito facile.

La seconda osservazione è che dalla lettura integrata emergono aspetti che sono del tutto nuovi rispetto alla struttura dei singoli articolati, aspetti a nostro parere particolarmente interessanti.

Quando noi vedremo, come ci accingiamo a fare con gli interventi degli avvocati Fissore e Naggari ad esempio i problemi della costituzione dell'attore e del convenuto e li leggiamo alla luce delle successive norme sui poteri del Presidente e sul reclamo, forse ci rendiamo conto che, probabilmente al di là delle aspettative del legislatore oggi i nostri procedimenti di separazione e divorzio, se interpretati secondo la ratio delle norme ed in particolare della legge 80/2005 sulla competitività, sono perfettamente in linea con le modifiche del processo societario e cautelare. Il processo cioè anche per questione di costi, diventa vieppiù un processo sommario a cognizione piena eventuale. In questa stesa direzione vorrei ricordarvi che si è mosso il legislatore che in forza della modifica di cui alla legge 80/2005 dell'articolo 669 octies sesto comma ha stabilito che le cause di merito successive ai procedimenti cautelari anticipatori quali i ricorsi ex articolo 700 e tutti gli altri *“Provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”* sono rimesse alla richiesta di una delle parti.

Vediamo quali importanti conseguenze pratiche sulle procedure familiari con un esempio concreto: se il ricorrente ed il convenuto hanno fatto una esposizione dettagliata e completa degli elementi di fatto (e di diritto) su cui verte la decisione, producendo anche tutti quei documenti che, ad esempio sulle questioni economiche possono orientare la decisione, se il Presidente, usufruendo degli ampi poteri istruttori che gli dà la nuova normativa della legge 54/2006 ha disposto una istruttoria anche sommaria, con ammissione della CTU psicologica –

ove richiesta- e ordine di esibizione dei documenti indicati dalle parti per fare chiarezza sulle rispettive situazioni patrimoniali e se la Corte di Appello ha bene giudicato dell'eventuale reclamo, in realtà le cause, tranne che per le questioni di addebito (che credo siano in percentuale minima) sono già definite e il passaggio successivo avanti al G.I. diventa un passaggio ad oggi necessario solo per la pronuncia della sentenza.

Noi crediamo –e questo è l'obbiettivo del convegno- che se magistrati ed avvocati sapranno interpretare senza paura e senza pigrizia mentale, in modo innovativo e costituzionalmente orientato le due riforme (non dimentichiamo la giusta durata dei processi di cui all'articolo 111 della Costituzione) veramente la giustizia familiare e minorile potrebbe trarne un gran giovamento in termini di efficacia ed efficienza.

Avv. Giulia Facchini

11 luglio 2006