

CARMINE PUNZI

IL PROCESSO CIVILE

SISTEMA E PROBLEMATICHE

LE RIFORME DEL QUINQUENNIO 2010-2014

Estratto

Contributi di

G. Basilico	G. Bongiorno	C. Corrado
F. Cordopatri	F. Capri	P. Farina
M. Gradi	A. D'Alessio	C. Lovise
E. Manzo	L. Iannelli	E. Odorisio
A. Perin	A. Neri	E. Picozza
R. Poli	V. Petrella	F. Porcelli
A. Punzi	J. Polinari	C. Rizza
P. Sandulli	S. Recchioni	S. Ziino
	A. Trinchi	

Coordinati da GIUSEPPE RUFFINI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CAPITOLO QUINTO

PROFILI PROCESSUALI DELLE NUOVE DISPOSIZIONI
IN MATERIA DI FILIAZIONE E DI FAMIGLIA

ADRIANA NERI

SOMMARIO: 5.1. Finalità e ambito di intervento della nuova normativa. – 5.2. La nuova disciplina civilistica dei provvedimenti riguardo ai figli e della responsabilità genitoriale. – 5.3. Le novità in tema di prova della filiazione e di azioni di accertamento dello *status* di figlio: profili generali. – 5.4. Le nuove norme sul riconoscimento dei figli. – 5.5. Il «diritto» all'ascolto del minore. – 5.6. La legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. – 5.7. Le modifiche all'art. 38 disp. att. c.c. – 5.8. Il nuovo sistema di garanzie a tutela delle obbligazioni alimentari e di mantenimento. – 5.9. La negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. – 5.10. Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile.

5.1. Finalità e ambito di intervento della nuova normativa.

Con la l. 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» (in vigore dal 1° gennaio 2013), il legislatore, intervenendo in un ambito ben più ampio rispetto a quello evocato dal titolo della legge, ha inteso unificare lo *status* giuridico dei figli, siano essi nati fuori o nel matrimonio, consacrando il principio secondo il quale «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» (cfr. il novellato art. 315 c.c.).

La nuova normativa, frutto di un lungo e travagliato *iter* legislativo [v., in proposito, M. SESTA (18), 962 ss.], recepisce in tal modo le istanze da tempo avanzate in dottrina per denunciare le disparità di trattamento giuridico tra figli legittimi e naturali nel nostro ordinamento, in aperto contrasto con quanto sancito dall'art. 30 Cost. [cfr., per tutti, A. GRAZIOSI (13), 311 ss.].

Nell'intento di equiparare sotto ogni aspetto (compreso quello terminologico) i figli nati nel matrimonio e quelli nati fuori di esso, la nuova legge abroga integralmente l'istituto della legittimazione (artt. 280-290 c.c.), divenuto

ormai superfluo [così B. DE FILIPPIS (6), 296] ed elimina dal tessuto del codice civile l'odiosa distinzione tra figli legittimi e naturali, d'ora in poi denominati semplicemente «figli» (cfr. art. 1, comma 11°), benché l'espressione «figli naturali» continui ad essere paradossalmente presente proprio nella rubrica della legge.

Accanto alle suddette modifiche, la nuova legge contiene, inoltre, una serie di disposizioni che innovano profondamente l'assetto giuridico della filiazione, sia sotto l'aspetto sostanziale [per il quale cfr., per tutti, M. BIANCA (1), 1 ss.; M. SESTA (19), 231 ss.; G. FERRANDO (10), 525 ss.] che processuale.

Circoscrivendo l'analisi ai soli profili processuali che vengono in rilievo in questa sede (dedicata ai procedimenti speciali), la novità più significativa è sicuramente rappresentata dalla riscrittura, ad opera dell'art. 3 della nuova legge, dell'art. 38 disp. att. c.c. (in tema di riparto della competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni). Vengono inoltre sensibilmente riformati gli artt. 250 e 251 c.c. (in materia, rispettivamente, di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio e di riconoscimento dei figli nati da genitori tra i quali esiste un vincolo di parentela o di affinità) e si sancisce – per la prima volta nel nostro ordinamento – il «diritto» del minore di essere ascoltato «in tutte le questioni o le procedure che lo riguardano» (cfr. il nuovo art. 315 *bis*, comma 3°, c.c.).

Occorre peraltro evidenziare che la Novella ha rinviato a futuri interventi legislativi la completa attuazione della parificazione degli *status filiationis*, anche sul piano della tutela giurisdizionale, contenendo, all'art. 2, un'ampia delega al Governo per adottare, entro un anno dalla data della sua entrata in vigore, «uno o più decreti legislativi di modifica alle disposizioni vigenti in materia di filiazione e dello stato di adottabilità, per eliminare ogni discriminazione tra figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 della Costituzione (...)» [in argomento cfr., per tutti, M. DOGLIOTTI (8), 279 ss.; M. DOSSETTI (9), 74 ss.].

Conformemente a tale previsione, il Governo ha adottato il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 intitolato «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219», che si compone di un cospicuo articolato (artt. 1-108) suddiviso in quattro titoli: il primo (artt. 1-92), recante modifiche al codice civile (tra cui si segnalano l'abrogazione degli artt. 155 *bis*-155 *sexies* c.c. e l'introduzione, in luogo di detti articoli, di un nuovo gruppo di norme – artt. 337 *bis*-337 *octies* c.c. – all'interno del nuovo capo II del Titolo IX del Primo Libro del codice civile, dedicato alla responsabilità genitoriale e ai diritti e doveri del figlio, le modifiche agli artt. 316 e 317 *bis* c.c., nonché la ridefinizione della disciplina delle prove della filiazione e delle singole azioni dirette all'accertamento dello stato di figlio; il secondo (artt. 93-95), concernente modifiche al codice penale e di procedura penale, nonché al codice di procedura civile (del quale vengono ritoccati, esclusivamente dal punto di vista lessicale, gli artt. 706, comma 4°, c.p.c. e 709 *ter*, comma 1°, c.p.c., al fine di attuare quella equiparazione voluta

dall'art. 2, lett. a), l. n. 219/2012, anche a livello terminologico, tra figli nati all'interno del matrimonio e figli nati fuori di esso); il terzo (artt. 96-103), recante modifiche alle norme in tema di filiazione contenute in leggi speciali, e in particolare nella legge sul divorzio (della quale vengono lievemente modificati, per lo più al livello lessicale, l'art. 4, commi 4° e 8°, e l'art. 12, mentre vengono abrogati i commi 3°, 4°, 5°, 8°, 10°, 11° e 12° dell'art. 6, in quanto divenuti superflui alla luce della nuova disciplina civilistica sulla responsabilità genitoriale, cui il riscritto comma 2° di detto articolo fa esplicito rinvio); nella l. 4 maggio 1983, n. 184, sull'adozione di minori (nella quale, accanto a modifiche meramente lessicali che interessano molteplici disposizioni, viene inserito il nuovo art. 79 *bis* che impone al giudice di segnalare ai Comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari affinché siano posti interventi di sostegno che consentano al minore di essere educato nella propria famiglia); nelle disposizioni di attuazione al codice civile (tra le quali si segnala, per quanto qui di interesse, l'introduzione dell'art. 38 *bis*, in ordine alle modalità di esercizio del diritto di ascolto del minore) e nella l. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato; il quarto titolo, prevede, infine, norme transitorie e finali.

Da ultimo è intervenuto il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 16, il quale, introducendo l'istituto della negoziazione assistita da uno o più avvocati quale strumento generale di risoluzione autonoma delle controversie [su cui v. *infra*, parte IV, cap. II], nell'ottica della "degiurisdizionalizzazione" e semplificazione del processo, ha previsto, all'art. 6, che detto strumento possa essere utilizzato dai coniugi per giungere ad un accordo sulla separazione personale, sulla cessazione degli effetti civili e sullo scioglimento del matrimonio, nonché sulle modifiche delle condizioni di separazione e divorzio. Il citato decreto, peraltro, attuando anche in questo contesto la "privatizzazione" dei procedimenti di risoluzione delle controversie [in argomento v. *supra*, l'Introduzione al presente volume], ha altresì previsto, al successivo art. 12, che le parti, per determinate fattispecie "semplificate", possano concludere detto accordo anche dinanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile, con l'assistenza facoltativa di un avvocato.

5.2. *La nuova disciplina civilistica dei provvedimenti riguardo ai figli e della responsabilità genitoriale.*

Sembra opportuno innanzitutto dar conto delle modifiche alla disciplina sostanziale contenute nelle disposizioni di cui al citato d.lgs. n. 154/2013, considerato che le stesse incidono profondamente sull'assetto risultante dalle norme introdotte dalla l. n. 219/2012, anche sotto il profilo in cui risolvono alcuni problemi interpretativi sorti con riferimento a dette norme. Al riguardo occorre subito rilevare che l'art. 105 del citato decreto abroga (dal momento

della sua entrata in vigore), gli artt. 155 *bis*-155 *sexies* c.c. [su cui v. vol. III, n. 2.7.4.3.2.] che, come è noto, pur essendo inseriti nel contesto della disciplina civilistica della separazione coniugale, trovano applicazione – per espressa previsione dell'art. 4, l. n. 54/2006 (sul c.d. affido condiviso) che ne ha previsto l'introduzione nel codice civile – anche in caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati, incidendo sul contenuto dei provvedimenti giurisdizionali concernenti i figli, da adottarsi nel contesto di tali giudizi.

Il testo dei predetti articoli viene peraltro trasfuso – con lievi modifiche di cui si dirà *infra* – nei nuovi artt. 337 *quater*-337 *octies* c.c., che risultano collocati – conservando la stessa sequenza e la medesima rubrica degli articoli abrogati – all'interno del nuovo capo II del Titolo IX del codice civile, quest'ultimo rinominato «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e dei doveri del figlio», in ossequio a quanto previsto dall'art. 104 dello stesso decreto che prevede la sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dell'espressione «potestà genitoriale» con «responsabilità genitoriale».

Detto nuovo capo II, rubricato «Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio», rappresenta in tal modo la disciplina comune delle controversie in materia di affidamento e mantenimento dei figli (sia nati all'interno del matrimonio che fuori di esso), per tutti i casi di crisi genitoriale (artt. 337 *bis*-337 *octies* c.c.).

Richiamato quanto osservato nel vol. III, n. 2.7.4.3.2., in ordine alle disposizioni di cui agli artt. 155 *bis*-155 *sexies* c.c., atteso che le nuove norme (artt. 337 *quater*-337 *octies* c.c.) riproducono, pressoché invariato, il contenuto di tali articoli, occorre peraltro dar conto di alcune piccole innovazioni previste nel decreto. Si tratta, innanzitutto, del nuovo comma 3° dell'art. 337 *quater* c.c. (corrispondente all'originario art. 155 *bis* c.c.), che specifica, recependo quanto già invalso nella prassi [v. vol. III, n. 2.7.4.3.2.], che al genitore cui sono affidati i figli spetta l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale, secondo le condizioni determinate dal giudice, spettando all'altro coniuge il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione, fermo restando che in linea generale, le decisioni di maggiore interesse per il figlio sono adottate da entrambi i genitori. Più incisiva è la modifica contenuta nell'ultimo comma dell'art. 337 *sexies* c.c. (corrispondente all'originario art. 155 *quater* c.c.), il quale, in presenza di figli minori, introduce un obbligo a carico di ciascuno dei genitori di comunicare all'altro, nel termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio, dovendo rispondere, in difetto di tale comunicazione, del risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto. Infine l'art. 337 *octies* (corrispondente all'originario art. 155 *sexies* c.c.) prevede, al novellato comma 1°, che nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, l'ascolto del minore non abbia luogo se in contrasto con l'interesse del minore stesso o manifestamente superfluo.

Il decreto, peraltro, pur non abrogando formalmente l'art. 155 c.c. (concernente, come è noto, i provvedimenti riguardo ai figli), ne sostituisce inte-

gralmente il contenuto, sicché detto articolo, nella sua nuova formulazione, si limita a stabilire che «in caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel capo II del Titolo IX». Il testo originario dell'art. 155 c.c. viene invece trasfuso nel nuovo art. 337 *ter* c.c. (recante la medesima rubrica), con l'aggiunta, tuttavia, di due importanti specificazioni (entrambe contenute nell'ultima parte del comma 2° di detto articolo).

La prima, attribuisce al giudice il potere di disporre l'affidamento familiare, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori; la seconda, stabilisce che all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito, anche d'ufficio, qualora si tratti della misura dell'affidamento familiare.

Per quanto riguarda, invece, l'esercizio della responsabilità genitoriale al di fuori di un contesto di crisi della coppia, occorre menzionare che il decreto apporta incisive modifiche all'art. 316 c.c., sino ad ora deputato a regolare l'esercizio della potestà dei soli genitori coniugati. Detto articolo, infatti, pur restando collocato all'interno del capo I del Titolo IX (capo cui il decreto attribuisce peraltro una nuova rubrica: «Dei diritti e doveri del figlio»), non viene soltanto modificato dal punto di vista lessicale – facendo ora riferimento all'esercizio della responsabilità genitoriale in luogo della potestà – ma contempla espressamente l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici (o anche di età inferiore ove capace di discernimento), per il caso di contrasto tra genitori su questioni di particolare importanza e – ciò che più rileva – recepisce nei nuovi commi 4° e 5° il testo originario dell'art. 317 *bis* c.c., fino ad ora destinato a regolare l'esercizio della potestà dei genitori non coniugati, con la rilevante conseguenza che tutte le controversie sull'esercizio della potestà (sorte nell'ambito della famiglia legittima o naturale) trovano la loro disciplina comune nel novellato art. 316 c.c.

Appare dunque evidente che, a seguito delle incisive modifiche sopra richiamate, l'intera disciplina concernente i rapporti tra genitori e figli – finora disseminata in vari titoli del Primo Libro del codice civile – viene unificata all'interno del solo titolo IX di tale Libro [così F. TOMMASEO (22), 629], dando così attuazione a quanto prescritto sul punto dalla delega (cfr. art. 2, lett. h, l. n. 219/2012).

5.3. *Le novità in tema di prova della filiazione e di azioni di accertamento dello status di figlio: profili generali.*

Per ragioni di completezza espositiva, occorre peraltro fare qualche breve cenno alle disposizioni concernenti l'accertamento dello *status* di figlio introdotte dal d.lgs. n. 154/2014, trattandosi dell'intervento più incisivo e rilevante, anche in ragione dell'ampiezza della delega contenuta nella l. n. 219/2012, che ha demandato al legislatore delegato la «ridefinizione» dell'intera disciplina

del possesso di stato e della prova della filiazione, «prevedendo che la filiazione fuori dal matrimonio può essere giudizialmente accertata con ogni mezzo».

Sulla scorta del richiamato principio secondo il quale tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico, il legislatore delegato si è preoccupato, innanzitutto, di intervenire sulle disposizioni del codice sostanziale che riguardano la prova della filiazione, espungendo dall'art. 236 c.c. ogni riferimento alla filiazione legittima, con la conseguenza che la filiazione (senza ulteriori qualificazioni) può essere provata con l'atto di nascita e, in mancanza, con il possesso dello stato di figlio. In questo contesto, l'innovazione più rilevante è sicuramente rappresentata dalla introduzione, nel novellato art. 241 c.c., del principio secondo il quale, in mancanza dell'atto di nascita e del possesso di stato, la prova della filiazione può essere data con ogni mezzo.

Sul punto il legislatore della riforma ha sia eliminato il richiamo ai presupposti che detta norma contemplava per poter accedere alla prova (mancanza dell'atto di nascita e del possesso di stato, iscrizione del figlio sotto falsi nomi o come nato da genitori ignoti), sia il riferimento alla prova testimoniale quale unico mezzo di prova consentito in tale ambito. Accanto alla unificazione e liberalizzazione del regime probatorio della filiazione, il legislatore delegato è intervenuto significativamente sulla disciplina delle singole azioni dirette all'accertamento dello stato di figlio, eliminando ogni contrapposizione tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori di esso e, conseguentemente, tra azioni di stato c.d. legittimo (come venivano definite in passato) e azioni di stato riferite alla filiazione naturale.

Si è osservato che, malgrado l'eliminazione di tale distinzione, permane ancora una dicotomia tra le modalità di costituzione dello stato di figlio tra chi è nato nel matrimonio e chi è nato al di fuori di esso, in quanto, nel secondo caso, lo *status* si costituisce soltanto nei confronti del genitore che abbia provveduto al riconoscimento o contro il quale sia stata dichiarata la sussistenza della paternità o della maternità [U. SALNITRO (17), 675].

Si segnala peraltro che in questa sede (dedicata, come già specificato, ai procedimenti speciali) ci si è soffermati soltanto sulle modifiche riguardanti le norme in tema di riconoscimento dei figli, in considerazione del carattere di specialità di tale disciplina che, diversamente da quella prevista per le tradizionali azioni di stato, deroga, per più versanti, alle forme del rito ordinario di cognizione [v. *infra*, il successivo paragrafo].

5.4. *Le nuove norme sul riconoscimento dei figli.*

Come si accennava sopra, la l. n. 219/2012 ha introdotto significative modifiche anche alle disposizioni contenute negli artt. 250 e 251 c.c.

Con riferimento alla prima norma vi è da rilevare che, pur mantenendosi ferma la necessità del consenso del genitore che abbia già riconosciuto il figlio (la cui età viene ridotta da sedici a quattordici anni) affinché l'altro possa a sua volta riconoscerlo, si introduce una procedura più snella per il caso di opposizione del genitore che ha già effettuato il riconoscimento. Verificandosi tale

ipotesi, infatti, il giudice, in seguito al deposito del ricorso, non dovrà più fissare l'udienza nel contraddittorio delle parti ma, molto più semplicemente, un termine per la notifica all'altro genitore del ricorso stesso (cfr. art. 250, comma 4°, c.c.).

A seguito della modifica dell'art. 38 disp. att. c.c., che non contempla più l'art. 250 c.c. tra i provvedimenti attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni, il giudizio in questione si introduce con ricorso dinanzi tribunale ordinario, che decide in camera di consiglio.

Qualora non venga proposta opposizione entro il termine di trenta giorni da tale notifica, il giudice, valutato l'interesse del minore, pronuncia direttamente sentenza che tiene luogo del consenso mancante. Ove invece venga proposta opposizione, il processo assume forma contenziosa, imponendo al giudice di svolgere un'istruttoria nel corso della quale potrà assumere ogni opportuna informazione, disporre l'audizione del minore (che abbia compiuto i dodici anni o, se di età inferiore, che appaia comunque capace di discernimento) ed eventualmente assumere i provvedimenti urgenti per instaurare la relazione tra genitore e figlio, «salvo che l'opposizione non sia palesemente fondata».

Qualora, all'esito dell'istruttoria, non ritenga di accogliere l'opposizione, il giudice pronuncia, come in passato, una sentenza che tiene luogo del consenso mancante; tuttavia il nuovo comma 4° dell'art. 250 c.c. aggiunge, molto opportunamente, la possibilità che in tale sede vengano assunti i provvedimenti necessari all'affidamento, al mantenimento e al cognome del figlio.

La scelta del legislatore di mantenere immutata la forma del provvedimento con cui si conclude il procedimento sopradescritto è stata criticata in dottrina, rilevandosi come la natura puramente volontaria di tale procedimento, diretto essenzialmente alla verifica della fondatezza o meno del diniego del consenso del genitore che ha già effettuato il riconoscimento, avrebbe meritato una maggiore deformalizzazione, anche sotto questo aspetto [così A. GRAZIOSI (12), 275].

Il nuovo comma 5° dell'art. 250 c.c. prevede, infine, che il giudice possa autorizzare il riconoscimento da parte dei genitori infrasedicenni (ai quali *sub Julio* tale possibilità era preclusa), valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio.

Quanto alle modifiche procedurali introdotte all'art. 251 c.c., vi è da segnalare che la Novella, superando il generale divieto contenuto nella vecchia formulazione della norma, consente che i figli nati da genitori tra i quali sussiste un vincolo di parentela (in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado) o di affinità (in linea retta) possano essere da questi riconosciuti (indipendentemente dalla buona o mala fede al momento del concepimento) previa autorizzazione del tribunale (cfr. art. 251, comma 1°, c.c.).

La norma, come modificata dalla l. n. 218/2012, attribuiva espressamente al tribunale per i minorenni la competenza ad autorizzare il riconoscimento di una persona minore di età, restando ferma la competenza del tribunale ordinario nel caso di figli maggiorenni. Il d.lgs. n. 154/2013 ha mantenuto questa bipartizione, ma ha sostituito il riferimento al tribunale dei minorenni contenuto nell'art. 251 c.c. con l'espressione più generica «giudice», lasciando all'art. 38 disp. att. – conseguentemente ritoccato sul punto – l'attribuzione espressa di tale competenza al giudice specializzato.

Lo stesso decreto peraltro, oltre a prevedere l'abrogazione dell'art. 261 c.c. (concernente i diritti e i doveri derivanti al genitore dal riconoscimento) e lievi ritocchi formali agli artt. 253, 254 e 255 c.c., al fine di eliminare ogni diversità terminologica tra figli e ogni riferimento all'istituto della legittimazione ormai abrogato, introduce alcune modifiche all'art. 252 c.c., in tema di inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia legittima di uno dei genitori che lo ha riconosciuto. In tale ipotesi, fermo restando che tale inserimento non deve risultare contrario all'interesse del minore e che vi deve essere il consenso dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento, del coniuge e dei figli conviventi (*olim* definiti legittimi) che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, viene previsto che in caso di disaccordo tra i genitori o di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione sia rimessa al giudice (*id est* tribunale ordinario che decide in camera di consiglio), che dovrà procedere all'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto gli anni dodici (e anche di età inferiore, ove capaci di discernimento) prima dell'adozione del relativo provvedimento.

Sembra opportuno segnalare che il d.lgs. n. 154/2014, conformemente a quanto prescritto all'art. 2, comma 1°, lett. e) e g), l. n. 219/2012, è intervenuto a riformare ulteriormente la disciplina del riconoscimento, anche con riferimento alla sua impugnazione per difetto di veridicità, prevedendo, fra l'altro, l'imprescrittibilità dell'azione solo quando ad esperirla sia il figlio (cfr. art. 263 c.c.) ed estendendo la trasmissibilità di essa, accanto alle ipotesi contemplate nella formulazione previgente della norma (violenza e interdizione legale), anche ai casi di morte dell'autore del riconoscimento e di morte del figlio riconosciuto (cfr. art. 267 c.c.). L'impugnazione andrà comunque proposta dinanzi al tribunale ordinario e il procedimento si svolgerà nelle forme del rito ordinario di cognizione.

5.5. *Il «diritto» all'ascolto del minore.*

Sia il legislatore del 2012 che quello del 2013 hanno dedicato grande attenzione al delicato e assai dibattuto tema dell'ascolto del minore. Invero la l. n.

219/2012, intervenendo già ad apprestare una prima regolamentazione sul punto, ha sancito, nel nuovo art. 315 *bis* c.c. (rubricato «diritti e doveri del figlio»), il diritto del minore che abbia compiuto gli anni dodici (o anche di età inferiore ove capace di discernimento) di essere ascoltato «in tutti i procedimenti o le questioni che lo riguardano». La novità, come si accennava sopra, è data dal fatto che la c.d. audizione del minore, già da tempo conosciuta nel nostro ordinamento (cfr. gli artt. 4, comma 8° e 6, comma 9°, l. div. nonché, da ultimo, l'art. 155 *sexies* c.c., introdotto dalla l. n. 54/2006, nel testo ancora vigente) viene per la prima volta qualificata in termini di «diritto», alla stregua di quanto già previsto dall'art. 12 Conv. New York sui diritti del fanciullo, del 1989 [in argomento v., prima della l. n. 219/2012, G. RUFFINI (16), 1261 ss.].

Peraltro non può sottacersi che il legislatore della riforma, nel prevedere una sua applicazione generalizzata ad ogni procedimento che riguardi il minore, a prescindere dal suo oggetto, ha inteso attribuire a tale audizione un'importanza maggiore rispetto al passato, considerandolo un utile strumento per una migliore tutela degli interessi dello stesso minore.

Si è osservato in dottrina come la Novella, includendo il diritto all'ascolto nel catalogo dei diritti fondamentali del figlio, lo abbia configurato come diritto inviolabile, ai sensi dell'art. 2 Cost., con la conseguenza che l'omissione dell'audizione del minore da parte del giudice nelle controversie che lo riguardano sarebbe idonea ad integrare una causa di nullità del procedimento [A. GRAZIOSI (12), 276].

Deve inoltre evidenziarsi che la delega contenuta nella l. n. 219/2012 ha affidato al legislatore delegato il compito di disciplinare le modalità di esercizio di tale diritto «precisando che ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato» (cfr. art. 2, lett. i).

Il più volte citato d.lgs. n. 154/2013 ha così introdotto il nuovo art. 336 *bis* c.c. che disciplina il procedimento di audizione del minore (cui provvede il giudice come individuato nella delega con la facoltà, tuttavia, di avvalersi di esperti o altri ausiliari), configurandolo come un adempimento necessario in tutti i procedimenti nei quali debbono essere adottati provvedimenti che lo riguardano.

Il decreto peraltro introduce la previsione di tale adempimento in una serie di disposizioni e precisamente: nelle controversie concernenti l'inserimento del minore nella famiglia legittima del genitore che lo ha riconosciuto (art. 252, comma 4°, c.c.); nell'ambito delle controversie sull'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 316, comma 3°, c.c.); nell'ambito del procedimento previsto per l'adozione dei provvedimenti *de potestate* (art. 336, comma 2°, c.c.); nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori in materia di affidamento (art. 337 *octies*, comma 1°, c.c.); ove il giudice debba designare al minore un tutore (art. 348, comma 3°, c.c.) o si debbano, sempre nell'ambito della tutela, adottare le decisioni più importanti per la vita del minore stesso (art. 371, comma 1°, n. 1, c.c.); nell'ambito del procedimento di divorzio (art. 4, comma 8°, l. div.).

L'art. 336 *bis* c.c., tuttavia, precisa che l'ascolto non debba aver luogo ove si ponga in contrasto con l'interesse del minore stesso o appaia manifestamente superfluo.

Quest'ultima clausola di esclusione ha sollevato qualche perplessità ritenendosi che essa consenta di aggirare la tendenziale obbligatorietà dell'ascolto, così come configurato nel nuovo art. 315 c.c. [F. DANOVI (4), 538]. Si è evidenziato in proposito che lo strumento dell'ascolto, non avendo finalità istruttorie, ma rilevando piuttosto come manifestazione del punto di vista del minore all'interno dei procedimenti che lo riguardano, può essere limitato o escluso solo allorquando si ponga in contrasto con il suo superiore interesse [F. TOMMASEO (22), 633].

Per quanto concerne le modalità dell'ascolto, l'art. 336 *bis*, comma 2°, c.c. detta alcune regole al fine di preservare il minore da eventuali pressioni e condizionamenti che possano incidere sulla genuinità delle sue dichiarazioni, stabilendo che i genitori (anche se parti processuali del procedimento), i difensori, il pubblico ministero, nonché il curatore speciale del minore, ove già nominato, possano partecipare all'ascolto solo ove autorizzati dal giudice, potendo in tal caso proporre temi di approfondimento prima che inizi l'ascolto.

In ogni caso, prima di procedere a tale incombenza, il giudice è tenuto ad informare il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto, secondo le indicazioni emergenti dalle «Linee guida sulla giustizia minorile», elaborate dal Consiglio dei Ministri D'Europa (v. art. 336 *bis*, comma 3°, c.c.).

La nuova disposizione prevede, infine, che dell'adempimento sia redatto apposito verbale (sempre che non sia possibile procedere ad una registrazione audio-video) aggiungendo, molto opportunamente, che in esso dovrà anche essere descritto il contegno del minore, trattandosi di un elemento già di per sé rivelatore dello stato d'animo di tale soggetto.

Il citato d.lgs. n. 154/2013 ha introdotto inoltre, all'interno delle disp. att. c.c., il nuovo art. 38 *bis*, che regola l'audizione protetta del minore, nelle c.d. «sale di ascolto» (cfr. art. 35).

In tal caso, poiché le parti (genitori e altri soggetti sopra indicati) seguono l'ascolto del minore in un luogo diverso da quello in cui lo stesso si trova, non è necessaria l'autorizzazione del giudice, rimanendo scongiurato il rischio di condizionamenti.

Lo stesso art. 38 *bis* disp. att. c.c. indica, tra i mezzi tecnici idonei ad assicurare la salvaguardia del minore, l'uso di un vetro-specchio unitamente ad un impianto citofonico.

5.6. La legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

In attuazione di quanto previsto nella delega contenuta nella l. n. 219/2012 (cfr. art. 2, lett. p), il d.lgs. n. 154/2013 ha inserito inoltre – nel riscritto art.

317 *bis* c.c. – un'azione in favore degli ascendenti, per il caso in cui sia impedito loro il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, diritto cui fa riscontro quello del minore a mantenere rapporti significativi con gli stessi ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, anche nel caso di crisi del rapporto tra i genitori (cfr. art. 337 *ter*, comma 1°, c.c., che riproduce quanto previsto nel testo originario dell'art. 155, comma 1°, c.c., ancora vigente). La nuova disposizione prevede che l'ascendente, al quale è impedito l'esercizio del diritto suddetto, possa ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore, affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore stesso.

In base a quanto previsto nel novellato art. 38 disp. att. c.c. (integrato, sul punto, dal d.lgs. n. 154/2013), tale procedimento risulta attribuito alla competenza del tribunale per i minorenni, il quale provvede in camera di consiglio, secondo le regole dettate per i procedimenti *de potestate* dall'art. 336, comma 2°, c.c., espressamente richiamato dallo stesso art. 317 *bis* c.c.

Benché detto potere processuale degli ascendenti si ritenesse già esercitabile in virtù di quanto disposto dall'art. 336, comma 1°, c.c., e si debba quindi negare che, sotto questo aspetto, la nuova disposizione rivesta reale portata innovativa [cfr. F. TOMMASEO (22), 632 e n. 7], vi è comunque da rilevare che il legislatore delegato, con l'attribuire agli ascendenti un'apposita azione per la tutela del proprio diritto, sembra aver voluto eliminare ogni dubbio circa la possibilità di un loro intervento, a ciò finalizzato, nelle controversie tra i genitori, in linea con quanto affermato, sino ad oggi, dalla giurisprudenza prevalente [cfr., da ultimo, Cass. 27 dicembre 2011, n. 28902, in *Foro it.*, 2012, I, 779 ss.].

È altrettanto vero, però, che la previsione di cui all'art. 317 *bis* c.c. ha una portata più ampia e generale in quanto attribuisce all'ascendente il diritto di tutelare la propria relazione con il nipote a prescindere dalla posizione dei genitori o dalla richiesta di provvedimenti che in qualche modo sanzionino l'esercizio della responsabilità genitoriale [sul punto v. F. DANOVÌ (4), 544].

5.7. Le modifiche all'art. 38 disp. att. c.c.

Le incisive modifiche apportate dall'art. 3, l. n. 219/2012, all'art. 38 disp. att. c.c., comportano, innanzitutto, una drastica riduzione delle competenze giurisdizionali precedentemente attribuite al tribunale per i minorenni in favore del tribunale ordinario. In base al nuovo testo della norma, infatti, la competenza del tribunale per i minorenni rimane circoscritta ai provvedimenti di autorizzazione del minore a contrarre matrimonio (*ex* art. 84 c.c.) e a continuare l'esercizio dell'impresa (*ex* art. 371, ult. comma, c.c.), nonché a quelli ablativi o limitativi della potestà – c.d. giudizi *de potestate* – (*ex* artt. 330, 332, 333, 334 e 335 c.c., in ordine ai quali v. vol. III, n. 2.7.4.3).

A tali provvedimenti, peraltro, il più volte citato d.lgs. n. 154/2013, modificando in *parte qua* l'art. 38 disp. att. c.c., ha aggiunto quelli contemplati dall'art. 251 c.c. (concernente il riconoscimento dei figli nati tra genitori tra i quali esiste un vincolo di parentela o affinità) e dal novellato art. 317 *bis* c.c., di cui si è appena detto.

I restanti provvedimenti per i quali non sia espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria vengono invece devoluti alla competenza del tribunale ordinario.

Va tuttavia notato che, contrariamente a quanto la invariata (sotto questo aspetto) formulazione della norma potrebbe far pensare, la nuova competenza del tribunale ordinario è tutt'altro che residuale, atteso che a tale organo vengono trasferite tutte le controversie relative al mantenimento e all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio e all'esercizio della potestà dei genitori non coniugati (sino ad oggi disciplinate dall'art. 317 *bis* c.c.), nonché le controversie concernenti l'esercizio della potestà dei genitori coniugati (*ex art.* 316 c.c.), per effetto della eliminazione di tali articoli dall'elenco contenuto nel vecchio testo dell'art. 38 disp. att. c.c.

Si tratta di una modifica che è stata accolta con estremo favore dai primi commentatori, in quanto produce l'effetto di concentrare in capo ad un unico organo giudiziario la competenza a conoscere di tutte le controversie relative alla prole, ponendo così fine al c.d. doppio regime di tutela vigente nella prassi per le controversie relative ai figli di genitori non coniugati, che individuava il giudice competente ora nel tribunale per i minori, ora in quello ordinario, a seconda che la controversia avesse ad oggetto, rispettivamente, l'affidamento o il mantenimento del minore. Si riteneva, infatti, che la competenza del tribunale per i minori *ex art.* 317 *bis* c.c., *olim* sancita dall'art. 38 c.p.c., non fosse onnicomprensiva e che per le controversie relative al mantenimento fosse competente il tribunale ordinario, trattandosi di controversie instaurate da un genitore nei confronti dell'altro [in argomento v. B. DE FILIPPIS (6), 296 s.; F. TOMMASEO (21), 257, nota 36].

La prevalenza accordata dal legislatore alla competenza del tribunale ordinario nei procedimenti minorili risulta peraltro confermata dalla nuova regola contenuta nella seconda parte del comma 1° dell'art. 38 disp. att. c.c., in base alla quale la competenza del tribunale per i minorenni (per i procedimenti *de potestate*, nonché per i restanti procedimenti menzionati dall'art. 38 disp. att. c.c.) rimane esclusa quando sia pendente, tra le stesse parti, un giudizio di separazione e divorzio o un procedimento *ex art.* 316 c.c., con la conseguenza che per tutta la durata del processo (di separazione o divorzio, o *ex art.* 316 c.c.) la competenza per tali procedimenti spetta al tribunale ordinario.

Tale interpretazione sembra imposta da una lettura complessiva della norma la quale, dopo aver sancito, nella prima parte del comma 1°, l'operatività della *vis attractiva* a favore del tribunale ordinario solo con riferimento alle controversie *ex artt.* 333 c.c., precisa, subito dopo, che in tale ipotesi (ossia pendenti i giudizi di separazione e di divorzio *ex art.* 316 c.c.), il tribunale ordinario è competente «anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo», facendo così riferimento a tutti i provvedimenti

di competenza del giudice minorile [in questo senso v. F. TOMMASEO (20), 254; G. DE MARZO (7), 14; C.M. CEA (2), 219]. Si è correttamente osservato che una interpretazione diversa della norma spezzerebbe l'unità funzionale dei provvedimenti *de potestate*, con riflessi negativi sull'effettività della tutela [F. TOMMASEO (23), 529]; ma in senso contrario, v., da ultimo, Trib. Milano 11 dicembre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 680 ss.

A tale riguardo, peraltro, va sottolineato che il d.lgs. n. 154/2013, attuando l'unificazione della disciplina delle controversie sull'esercizio della potestà (*rectius* responsabilità genitoriale) sorte sia nell'ambito della famiglia legittima che naturale – facendo confluire nell'art. 316 c.c., come già detto, le disposizioni già contenute nell'art. 317 *bis* c.c. – ha inteso risolvere un punto critico della norma, così come modificata dalla l. n. 219/2012, laddove essa, limitandosi a richiamare l'art. 316 c.c. e non anche l'art. 317 *bis* c.c. (nel testo precedente) introduceva una ingiustificata disparità di trattamento, sotto il profilo processuale, tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori da esso.

La dottrina prevalente, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 219/2012, aveva escluso che tale disparità potesse essere colmata attraverso il ricorso ad un'interpretazione estensiva della norma [così F. TOMMASEO (21), 565; A. GRAZIOSI (12), 270], mentre da altri si riteneva che la nuova legge sulla filiazione, nell'ottica di unificare lo stato giuridico dei figli, avesse tacitamente abrogato l'art. 317 *bis* c.c. [in questo senso M. SESTA (19), 238].

L'operatività della *vis attractiva* in favore del tribunale ordinario appare dunque ancorata dal legislatore alla ricorrenza di due presupposti specifici ossia, da un lato, l'attuale pendenza di un giudizio di separazione o divorzio o *ex art.* 316 c.c. e, dall'altro, la coincidenza delle parti di tale giudizio (*id est* i genitori) con quelle del procedimento attratto nella competenza del tribunale ordinario.

Il chiaro tenore letterale della norma dovrebbe pertanto condurre ad escludere l'operatività della *vis attractiva* in favore del tribunale ordinario quando le parti non siano le stesse, ad esempio perché i provvedimenti *de potestate* siano stati richiesti, in pendenza dei giudizi di separazione o divorzio, da soggetti diversi dai genitori, ma pur sempre legittimati *ex art.* 336 c.c., quali i parenti del minore o il pubblico ministero [per quest'ordine di idee v. F. TOMMASEO (21), 571].

Quanto al rito applicabile ai procedimenti relativi ai minori, il novellato art. 38 disp. att. c.c. ribadisce il principio, già contenuto nel vecchio testo della norma, secondo il quale in ogni caso il tribunale competente provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero ma, diversamente rispetto al passato, specifica che tale regola non opera per le azioni di stato.

In proposito deve osservarsi come, in seguito all'eliminazione dei giudizi dichiarativi della maternità o della paternità naturale di figli minori (*ex art.* 269, comma 1°, c.c.) dall'elenco dei procedimenti attribuiti alla competenza del giudice specializzato *ex art.* 38 disp. att. c.c., la competenza a conoscere di tali giudizi spetta ora al tribunale ordinario

(già competente per quelli relativi ai figli maggiorenni), con la conseguenza che il relativo procedimento si svolgerà nelle forme del rito ordinario di cognizione, ancorché riguardi figli minori [così, F. TOMMASEO (20), 258, nota 39] trattandosi, appunto, di azione diretta all'accertamento di uno *status* soggettivo, con autorità di giudicato [sul punto cfr. A. GRAZIOSI (12), 270]. Occorre inoltre segnalare che la l. n. 219/2012, colmando una lacuna presente nella disciplina di tali giudizi, ha modificato l'art. 276 c.c. prevedendo che, in mancanza di eredi del presunto genitore, la domanda per la dichiarazione di maternità o di paternità naturale deve essere proposta nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso [in argomento v. G. FERRANDO (10), 532].

Il decreto attuativo, peraltro, oltre ad eliminare la parola «naturale» dalla denominazione dell'azione in questione (con conseguente modifica di tutte le disposizioni che lo contengono), ha riscritto l'art. 278 c.c. che, nella nuova versione, prevede che detta azione, a differenza del passato, possa essere proposta anche con riferimento ai figli nati tra persone tra le quali esista un vincolo di parentela (in linea retta, all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado), ovvero un vincolo di affinità (in linea retta), purché previa autorizzazione del giudice, ai sensi dell'art. 251 c.c.

Il nuovo comma 2° dell'art. 38 disp. att. c.c. precisa, inoltre, che «in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli art. 737 ss. c.p.c.», che disciplinano il procedimento in camera di consiglio (sul quale v. vol. III, n. 2.2. ss.). Con tale disposizione – che evidentemente si rivolge solo alle controversie relative ai figli nati fuori dal matrimonio, posto che le controversie sul mantenimento e l'affidamento dei figli nati all'interno di esso sono disciplinate dalle regole previste per i giudizi di separazione e divorzio – il legislatore ha inteso risolvere ogni dubbio interpretativo circa la possibilità di applicare, ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, le norme processuali dei suddetti giudizi [così F. TOMMASEO (20), 259], come pure sarebbe stato ipotizzabile tenuto conto della finalità perseguita dalla nuova normativa.

Non a caso questo costituisce l'aspetto meno convincente della riforma – sul quale, peraltro, le nuove disposizioni contenute nel d.lgs. n. 154/2013 non hanno inciso, considerato che le stesse, come si è detto, introducono modifiche volte ad unificare la disciplina della filiazione unicamente sul piano sostanziale – a causa della evidente disparità di trattamento, sotto il profilo processuale, che verrebbe riservata ai figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quelli nati all'interno di esso, atteso che i diritti (al mantenimento e all'affidamento) di questi ultimi sono assoggettati alla disciplina normativa più garantista (perché fondamentalmente ricalcata sulle forme del processo ordinario di cognizione) dei procedimenti di separazione e divorzio [cfr. F. DANOVÌ (3), 543; A. GRAZIOSI (12), 268 ss., il quale peraltro sottolinea la strutturale inadeguatezza del rito camerale a garantire una tutela effettiva a tali diritti. Sul tema v. anche A. PROTO PISANI (15), 71 ss.]. Critica verso tale scelta si è mostrata anche la giurisprudenza [v. Trib. Varese 23 gennaio 2013, in www.ilcaso.it].

Si è tuttavia osservato che la riserva di compatibilità contenuta nella norma in commento consentirebbe pur sempre di ritenere che ai giudizi sull'affidamento e sul mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio si applichino le forme dei procedimenti camerale-contenziosi [F. TOMMASEO (20), 259] e non quelle c.d. pure (per questa distinzione v. vol. III, n. 2.2.).

A prescindere da tali considerazioni, mette conto peraltro evidenziare come il mero richiamo alle forme camerale lascia aperto il problema dell'adozione dei provvedimenti

provvisori e urgenti all'interno delle suddette controversie, non essendo contemplati, nel procedimento camerale, strumenti analoghi a quelli previsti nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio. Per colmare questa grave lacuna si è prospettata l'applicazione analogica dell'art. 710, comma 3°, c.p.c. (che regola l'adozione di tali provvedimenti all'interno per i procedimenti di revisione delle condizioni della separazione) [G. DE MARZO (7), 15; C.M. CEA (2), 217], o il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza (*ex art. 700 c.p.c.*) [A. GRAZIOSI (12), 273].

Di particolare rilievo è infine la disposizione contenuta nel nuovo comma 3° dell'art. 38 disp. att. c.c., ove si prevede, in deroga alla regola generale sancita per il rito camerale (cfr., art. 741, comma 2°, c.c., su cui v. vol. III, n. 2.4.), che i provvedimenti relativi ai minori emessi dal tribunale competente «sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente».

La nuova disposizione interviene così a risolvere le innumerevoli questioni interpretative sorte in ordine alla possibilità di attribuire generale efficacia esecutiva ai provvedimenti relativi alla prole, ancorché emessi in forma di decreto.

Com'è noto il problema si è posto maggiormente per quanto riguarda le statuizioni sul mantenimento pronunciate dal tribunale per i minorenni. In proposito, come si ricorderà, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale delle norme sul c.d. affidato condiviso (l. n. 54/2006), nella parte in cui non prevedono l'efficacia esecutiva di tali statuizioni. La questione, tuttavia, era stata dichiarata inammissibile dalla Corte [v. Corte cost. 20 novembre 2009, n. 310, in *Giust. civ.*, 2010, I, 499 ss.], sulla scorta del rilievo secondo il quale il giudice remittente non aveva prospettato una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme censurate. Per colmare tale lacuna del sistema, la giurisprudenza, non senza forzature, aveva comunque riconosciuto l'esecutività di tali provvedimenti ricavandola dai principi costituzionali e da quelli contenuti nelle convenzioni internazionali che tutelano l'interesse del minore [sul punto v., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, A. GRAZIOSI (12), 272 nota 27].

Incertezze interpretative si sono peraltro manifestate in giurisprudenza per quanto riguarda i decreti pronunciati in sede di revisione delle condizioni di separazione *ex art. 710 c.p.c.*, riscontrandosi pronunce che negano tale immediata efficacia, in forza di quanto disposto dall'art. 741 c.p.c. [cfr. Cass. 27 aprile 2011, n. 9373, in *Foro it.*, 2011, I, 3058] e altre che, all'opposto, la affermano, escludendo che detta norma del rito camerale si applichi ai provvedimenti in questione [cfr. Cass. 20 marzo 2012, n. 4376, in *Foro it.*, 2012, I, 1010].

5.8. *Il nuovo sistema di garanzie a tutela delle obbligazioni alimentari e di mantenimento.*

L'art. 3, comma 2°, l. n. 219/2012 introduce una serie di regole finalizzate a garantire l'attuazione dei «provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole». Si tratta di una previsione che riveste grande importanza nell'ottica di una piena equiparazione dei figli sul piano delle tutele, in quanto estende ai figli nati fuori dal matrimonio le stesse garanzie sino ad oggi riservate ai figli nati all'interno di esso dalle norme relative ai giudizi di separazione e divorzio [in tal senso A. GRAZIOSI (12), 277; F. DANOVÌ (3), 542].

In proposito deve notarsi che, malgrado la norma si riferisca indistintamente a tutti i provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, deve escludersi che essa abbia inteso tacitamente abrogare le suddette norme, sia per il richiamo che lo stesso art. 3 l. n. 219/2012 effettua alla legge sul divorzio (come si vedrà *infra*), sia per l'impossibilità di riconoscere efficacia abrogante a tale norma, atteso il suo carattere generale rispetto a quello (speciale) delle disposizioni in questione [sul punto v. A. GRAZIOSI (12), 278, il quale tuttavia sottolinea come tale scelta interpretativa sarebbe stata più conforme allo spirito della legge].

In particolare, la nuova disposizione prevede che il giudice possa: *a*) imporre al genitore obbligato la prestazione di un'adeguata garanzia reale o personale qualora sussista il pericolo che lo stesso si sottragga all'adempimento degli obblighi patrimoniali; *b*) disporre il sequestro dei beni dell'obbligato al fine di assicurare che siano soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento dei suddetti obblighi, «secondo quanto previsto dall'articolo 8, settimo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898»; *c*) ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere somme di danaro all'obbligato, anche periodicamente, di pagare dette somme direttamente agli aventi diritto «secondo quanto previsto dall'articolo 8, secondo comma e seguenti, della legge 1° dicembre 1970, n. 898».

Con riferimento a quest'ultima previsione si è giustamente rilevato come il rinvio espresso all'art. 8 l. div. si riveli in realtà contraddittorio, atteso che tale norma, nella sua attuale formulazione, prevede la possibilità che l'*ex* coniuge possa ottenere la distrazione delle somme dovute dal terzo mediante la semplice notifica allo stesso del titolo esecutivo, senza contemplare alcun ordine del giudice in proposito [in questo senso v. A. GRAZIOSI (12), 277; G. DE MARZO (7), 16].

L'ultimo periodo del comma 2° dell'art. 3 l. n. 219/2012 contiene, infine, una disposizione innovativa secondo la quale «i provvedimenti definitivi sono titoli idonei per iscrivere ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c.». In tal modo il legislatore della riforma ha esteso a tutti i provvedimenti di carattere patrimoniale in favore della prole – purché dotati del carattere della definitività – l'efficacia sino ad oggi riconosciuta solo alle sentenze di separazione e di divorzio (*ex* artt. 156, comma 5°, c.c. e 8, comma 2°, l. div.).

Ne discende, solo per fare un esempio, che l'ipoteca *ex* art. 2818 c.c. potrà ora essere iscritta anche sulla base del decreto camerale con il quale il tribunale decida in merito al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, trattandosi di provvedimento definitivo [sul punto v. Trib. Bologna 29 giugno 2012, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 634 ss.].

5.9. *La negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.*

Il d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni, dalla l. n. 162/2014, all'interno del capo II dedicato alla «procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati» [su cui v. *infra*, parte IV, cap. II], ha previsto, all'art. 6, che la negoziazione assistita possa essere utilizzata dai coniugi «al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'art. 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione e divorzio». In questo caso, però, in deroga alla disciplina generale dell'istituto prevista all'art. 2 del citato decreto, la conclusione della convenzione dovrà avvenire con la necessaria assistenza di «almeno un avvocato per parte», per l'evidente ragione di assicurare una maggiore garanzia alle parti coinvolte nel procedimento.

Deve notarsi che, per quanto concerne il divorzio, l'utilizzo dello strumento della negoziazione assistita è limitato alla fattispecie prevista dall'art. 3, comma 1°, n. 2, lett. b), l. n. 898/1970, ossia a quella nella quale è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale; in entrambi i casi per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è necessario che la separazione si sia protratta, senza interruzioni, per almeno tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi dinanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale. Sul punto è stato acutamente osservato che questa limitazione alla sola fattispecie sopra descritta (che preclude, pertanto, l'adozione di questo strumento per tutte le altre fattispecie pur sempre previste dal medesimo art. 3) impedisce di ritenere che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio siano divenuti, per effetto della nuova normativa, materia disponibile e si giustifica alla luce del fatto che detta fattispecie si fonda sul semplice accertamento della sussistenza di atti formalizzati, quali la comparizione delle parti dinanzi al presidente del tribunale nel pregresso processo di separazione, l'omologazione della separazione consensuale o il passaggio in giudicato della sentenza che ha disposto la separazione giudiziale [F.P. LUISO (14), 37].

Va peraltro segnalato che l'art. 12, comma 4°, d.l. n. 132/2014 ha modificato la disposizione appena richiamata, prevedendo che il termine triennale necessario per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio potrà altresì decorrere dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita (ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile, di cui si dirà al paragrafo successivo).

Va subito rilevato che, a seguito delle modifiche intervenute in sede di conversione, la convenzione assistita di cui all'art. 6 potrà trovare applicazione

anche in presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, comma 3°, l. n. 104/1992, ovvero economicamente non autosufficienti, fermo restando che, sia in presenza che in assenza di tali soggetti, una volta che sia stato raggiunto l'accordo tra i coniugi esso andrà comunque trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente (che sarà quello dinanzi al quale avrebbe dovuto essere proposta la domanda volta ad ottenere un provvedimento di contenuto analogo a quello dell'accordo concluso tra le parti).

Deve notarsi che la norma non prevede nessuna particolare condizione formale per la conclusione della convenzione, prescrivendo soltanto che nell'accordo si deve dare atto che gli avvocati: *a*) hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare; e che *b*) hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascun genitore. Si ritiene comunque applicabile la disciplina generale di cui al citato art. 2, d.l. n. 132/2014, mentre sembrano non compatibili con la materia in oggetto le disposizioni sul silenzio o sul rifiuto di aderire alla convenzione, di cui all'art. 4 del medesimo decreto [così V. VIOLANTE (24), 5].

Peraltro, in base alla disciplina prevista dall'art. 6, comma 2°, d.l. n. 132/2014, l'intervento del procuratore si svolgerà con modalità diverse a seconda che siano o meno presenti figli minori o alcuno dei soggetti "deboli" sopra indicati. Nella prima ipotesi, infatti, una volta che l'accordo sia stato trasmesso al procuratore della Repubblica (nel termine di dieci giorni) questi dovrà verificare che esso corrisponda all'interesse dei figli e, in caso affermativo, concederà l'autorizzazione. In caso contrario, invece, il procuratore è tenuto a trasmettere l'accordo (entro il ristretto termine di cinque giorni) al presidente del tribunale, il quale fissa la comparizione delle parti entro i successivi trenta giorni.

L'udienza così fissata corrisponde a quella presidenziale dei procedimenti di separazione (consensuale) e divorzio (congiunto) e segna il momento a partire dal quale trovano applicazione le norme proprie di tali procedimenti [F.P. LUISSO (14), 39; in senso analogo M. GRADI (11), 108].

Si è rilevato peraltro che il presidente, oltre a procedere secondo le disposizioni che regolano i suddetti procedimenti, potrebbe invitare le parti a modificare l'accordo al quale è stata precedentemente negata l'autorizzazione [v. l'Introduzione al presente volume, § 4.3.]. Secondo altra prospettiva si è ipotizzato che il presidente del tribunale possa adottare il provvedimento autorizzatorio negato in prima istanza, attribuendo a tale soggetto una sorta di controllo sull'operato del pubblico ministero [V. VIOLANTE (24), 9].

Nella seconda ipotesi (assenza di figli minori o "deboli") il procuratore della Repubblica concederà il nulla osta per la trasmissione dell'accordo all'ufficiale dello stato civile, quando non ravvisi irregolarità. A differenza del primo caso esaminato, dunque, il controllo del procuratore è limitato ai soli profili di regolarità formale (quali, ad esempio, quello concernente la verifica del fatto che la convenzione si sia effettivamente conclusa con l'assistenza di almeno un avvoca-

to per parte) trattandosi di questioni che, all'evidenza, non involgono l'interesse dei figli. Va peraltro sottolineato che in questa seconda ipotesi (contrariamente a quanto previsto per la prima) non si prevede né un termine per la trasmissione dell'accordo al procuratore, né un termine entro il quale lo stesso deve provvedere, né, infine, quali siano le conseguenze del diniego del nulla osta.

Ferma restando la lacuna in ordine alla previsione dei termini anzidetti, che chiaramente affida alla esclusiva diligenza delle parti e alla responsabilità del procuratore la modulazione dei tempi del procedimento e che non sembra facilmente superabile con il ricorso analogico a quanto previsto per il caso di presenza di figli minori o "deboli", sulla terza questione (invero assai più spinosa) del diniego del nulla osta sono state prospettate in dottrina due soluzioni. Si è detto che potrebbe immaginarsi una forma di controllo/reclamo, oppure ritenersi (in via analogica a quanto previsto dall'art. 640 c.p.c. per il decreto ingiuntivo) che le parti possano emendare l'accordo dai vizi segnalati e ripresentarlo al procuratore della Repubblica o, alternativamente, proporre domanda di separazione consensuale o di divorzio congiunto [F.P. LUISO (14), 38].

Ai sensi dell'art. 6, comma 3°, d.l. n. 132/2014, l'accordo raggiunto a seguito della convenzione di negoziazione assistita «produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio». Deve chiaramente trattarsi di un accordo che abbia ricevuto il nulla osta o la autorizzazione del procuratore della Repubblica, ai sensi di quanto previsto al precedente comma 2° dell'art. 6.

In assenza di una previsione espressa si ritiene che l'accordo in questione costituisca titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale [così F. DANOVÌ (5), 952], trovando senz'altro applicazione l'art. 5, d.l. n. 132/2014, anch'esso ricompreso nell'ambito del medesimo capo II del d.l. n. 132/2014 dedicato alla convenzione di negoziazione assistita, con la conseguenza che non sarà necessaria l'omologazione presidenziale per conseguire l'efficacia esecutiva, analogamente a quanto avviene *ex art.* 12, d.lgs. n. 28/2010, per l'accordo concluso in sede di mediazione, ove le parti siano assistite da avvocati [in argomento v. *funditus* V. VIOLANTE (24), 9].

Considerata la natura chiaramente negoziale dell'accordo non dovrebbero esserci difficoltà ad ammettere la sua impugnabilità, in sede contenziosa, alla stregua di un qualunque altro negozio.

Tale possibilità sembra peraltro indirettamente confermata dall'art. 5, comma 4°, d.l. n. 132/2014, il quale stabilisce che «costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato».

Il medesimo art. 6, comma 3°, prevede poi, a carico dell'avvocato, l'obbligo di trasmettere una copia dell'accordo, da lui stesso autenticata, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, entro il termine di dieci giorni, munito delle certificazioni di cui all'art. 5, d.l. n. 132/2014 (attestazione della non contrarietà a norme imperative e all'ordine pubblico).

L'inosservanza di detto obbligo comporta a carico dell'avvocato l'irrogazione – da parte del Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'art. 69, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 – della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000,00 ad euro 10.000,00 (art. 6, comma 4°, d.l. n. 132/2014). La norma, tuttavia, non specifica da quando decorra detto termine, sicché si è ragionevolmente osservato che esso decorre da quando la segreteria della procura della Repubblica rilascia la copia del nulla osta o dell'autorizzazione del pubblico ministero [F.P. LUISO (14), 40], salvo a non volere ricorrere ad una notificazione formale per evidenti esigenze di certezza [F. DANOVÌ (5), 951].

L'art. 6, comma 5°, d.l. n. 132/2014 introduce, infine, le necessarie modifiche al d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (sull'ordinamento dello stato civile), stabilendo che l'accordo raggiunto dai coniugi, a seguito di convenzione di negoziazione assistita, sia annotato nell'atto di nascita, nell'archivio informatico dello stato civile e nell'atto di matrimonio.

5.10. Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile.

Le novità introdotte dal d.l. n. 132/2014 in tema di separazione e divorzio non riguardano solo la possibilità di utilizzare lo strumento della convenzione di negoziazione assistita per la conclusione degli accordi di cui si è detto al paragrafo precedente, bensì anche la possibilità, prevista all'art. 12 del citato decreto, di concludere detti accordi innanzi al sindaco (quale ufficiale dello stato civile), del comune di residenza di uno dei coniugi o del comune dove è trascritto o iscritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza (in questo caso) facoltativa dell'avvocato.

La norma tuttavia esclude che l'accordo così raggiunto possa trovare applicazione nel caso in cui vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3°, l. 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, e al contempo vieta che lo stesso possa contenere patti di trasferimento patrimoniale.

Va rilevato peraltro che il Ministero dell'Interno, con circolare del 28 novembre 2014, n. 19, (cui si è ispirato il successivo d.m. 9 dicembre 2014, che ha modificato il d.m. 5 aprile 2002, in ordine alle formule per la redazione degli atti dello stato civile) ha fornito un'interpretazione della norma fortemente restrittiva, ritenendo che essa abbia voluto escludere l'utilizzo dello strumento in questione in presenza di figli (nelle condizioni sopra richiamate) anche «di una sola parte» e in tutti quei casi in cui l'accordo sia destinato a contenere «qualunque clausola avente carattere dispositivo sul piano patrimoniale come – ad esempio – l'uso della casa coniugale, l'assegno di mantenimento, ovvero qualunque altra utilità economica tra i coniugi dichiaranti».

Quanto alle regole procedurali, il citato art. 12 si limita a prevedere, al comma 3°, che l'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti la dichiarazione di volersi separare, divorziare o di voler modificare le condizioni di separazione e divorzio secondo le condizioni dalle stesse concordate; l'atto contenente l'accordo così raggiunto viene immediatamente compilato e sottoscritto.

Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio (con esclusione, dunque, dei casi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio) le parti dovranno comparire nuovamente dinanzi all'ufficiale dello stato civile, trascorsi almeno trenta giorni dal giorno della ricezione delle dichiarazioni, per la conferma dell'accordo, pena la sanzione – espressamente comminata dalla norma – della caducazione dello stesso accordo.

L'art. 12, comma 3°, d.l. n. 132/2014, prevede infatti espressamente che «la mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo»

Come si può osservare la procedura qui considerata non contempla nessun tipo di controllo, da parte del sindaco, laddove – come si è visto – nella procedura di cui all'art. 6 è previsto l'intervento del procuratore della Repubblica anche in assenza di figli minori o “deboli”, sia pure nella forma meno intensa del nulla osta. Considerato, peraltro, che dinanzi al sindaco l'assistenza dell'avvocato è meramente facoltativa, potrebbe sorgere qualche dubbio di costituzionalità della normativa, sotto il profilo della violazione del canone di ragionevolezza.

Analogamente a quanto avviene per gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione assistita, anche gli accordi conclusi dinanzi all'ufficiale dello stato civile producono gli stessi effetti dei provvedimenti giudiziali di separazione personale, di cessazione degli effetti del matrimonio o di scioglimento dello stesso e anche in tal caso l'atto andrà trascritto e annotato nell'atto di nascita, nell'archivio informatico dello stato civile e nell'atto di matrimonio (cfr. art. 12, comma 5°, d.l. n. 132/2014, che modifica in tal senso il d.p.r. n. 396/2000).

Quanto all'efficacia esecutiva di tale accordo, si ritiene che esso, in considerazione delle modalità con cui si è formato, abbia natura di atto pubblico ai sensi dell'art. 2699 c.c. e sia pertanto riconducibile all'art. 474, comma 2°, n. 3, c.p.c. [in argomento, v. *funditus*, V. VIOLANTE (24), 9]. Una simile interpretazione, tuttavia, contrasta con quanto affermato nella richiamata circolare n. 19 del 28 novembre 2014 che sembrerebbe limitare l'utilizzo del nuovo istituto alle separazioni e ai divorzi c.d. «autosufficienti», che non contemplano, cioè, alcuna pattuizione di tipo patrimoniale.

Anche per detto accordo, alla stregua di quanto accade per quello concluso a seguito di convenzione di negoziazione assistita, devono ritenersi esperibili le impugnative negoziali in sede contenziosa.

Bibliografia: (1) M.C. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; (2) C.M. CEA, *Profili processuali della legge n. 219/2013*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 215 ss.; (3) F. DANOVÌ, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) «naturali»*, in *Corriere giur.*, 2013, 537 ss.; (4) F. DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. e dir.*, 2014, 535 ss.; (5) F. DANOVÌ, *Il d.l. n. 134/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 949 ss.; (6) B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, 291 ss.; (7) G. DE MARZO, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali*, in *Foro it.*, 2013, V, 11 ss.; (8) M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. e dir.*, 2013, 279 ss.; (9) M. DOSSETTI, *Il contenuto della delega al governo per la revisione delle disposizioni vigenti*, in *AA.VV., La riforma della filiazione*, Bologna 2013, 74 ss.; (10) G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione: profili sostanziali*, in *Corriere giur.*, 2013, 525 ss.; (11) M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo», commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, 2014; (12) A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, 263 ss.; (13) A. GRAZIOSI, *Strumenti processuali a tutela dei figli legittimi e dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 311 ss.; (14) F.P. LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in F.P. LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato. Commento al d.l. n. 134/2014, conv. in l. n. 162/2014*, Torino, 2014, 33 ss.; (15) A. PROTO PISANI, *La giurisdizionalizzazione dei processi minorili c.d. de potestate*, in *Foro it.*, 2013, V, 71 ss.; (16) G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1257 ss.; (17) U. SALNITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Fam. e dir.*, 2014, 675 ss.; (18) M. SESTA, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza alla unicità dello status*, in *Fam. e dir.*, 2012, 962 ss.; (19) M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 231 ss.; (20) F. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2013, 251 ss.; (21) F. TOMMASEO, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 558 ss.; (22) F. TOMMASEO, *Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposte dalla Commissione ministeriale*, in *Fam. e dir.*, 2013, 629 ss.; (23) F. TOMMASEO, *I profili processuali della riforma sulla filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 526 ss.; (24) V. VIOLANTE, *Riflessioni a prima lettura sui nuovi procedimenti consensuali in materia di diritto di famiglia di cui al d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 162/2014*, in www.giustizia.civile.com.