

Affidamento dei figli: audizione obbligatoria del minore

L'art. 155 sexies c.c. in materia di "poteri del giudice ed ascolto del minore" stabilisce che prima di procedere all'emanazione dei provvedimenti previsti riguardo ai figli dall'art. 155 c.c. nell'ambito delle separazioni personali dei coniugi, il giudice può assumere mezzi di prova e può disporre l'audizione del minore che abbia compiuto 12 anni o, se capace di discernimento, anche di età inferiore.

Tale norma non solo consente di realizzare la presenza nel giudizio dei figli, in quanto parti sostanziali del procedimento, ma impone certamente che si tenga conto degli esiti di tale ascolto. Naturalmente le valutazioni del giudice, in quanto doverosamente orientate a realizzare l'interesse del minore, che non può coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate, potranno in tal caso essere difformi: si impone, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio.

Questo è quanto stabilito con la recente sentenza del 17/05/2012 n. 7773 dalla Corte di Cassazione che ha, quindi sancito come il mancato ascolto del minore in una causa in cui emergono chiari gli interessi dello stesso alla sua audizione, costituisce una violazione dei due principi cardine del nostro ordinamento, ovvero quello del contraddittorio e del giusto processo.

L'audizione del minore, però, non è una novità introdotta con la citata sentenza; nel 1994 infatti la Legge n. 64 del 15/1 nel rendere esecutiva e nell'autorizzare la ratifica della Convenzione dell'Aja, impone al Tribunale per i Minorenni (art. 7 comma 3) di sentire, oltre al Pubblico Ministero e agli altri interessati, il minore stesso "se del caso", ossia quando ne ritiene l'opportunità, in relazione alle diverse circostanze, a nozioni di comune esperienza e prudenza, come quelle riferibili all'età del soggetto ed alla necessità di evitargli ulteriori traumi psichici.

Una formula analoga si rinviene nell'art. 11 comma 2 del regolamento CE 27 novembre 2003 n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, prevedendosi che "Nell'applicare gli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità".

Un diritto di espressione e di ascolto del minore da parte delle istituzioni è sancito altresì dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva con la Legge di autorizzazione alla ratifica 27 maggio 1991 n. 176 il cui art. 12 dotato di immediata efficacia imperativa nell'ordinamento interno, dopo aver disposto che il fanciullo capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, soggiunge, al comma 2, che "A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale."

Le citate previsioni, tanto della legge n. 64 del 1994, quanto della Convenzione di New York, sono state ulteriormente rafforzate dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996. In base a questa Convenzione, nei procedimenti dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo riguardano, al minore che sia considerato secondo il diritto interno come avente una capacità di discernimento sufficiente, vengono riconosciuti, come diritti di cui egli stesso può chiedere di beneficiare, quelli di ricevere ogni informazione pertinente, di essere consultato ed esprimere la propria opinione e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione.

Inoltre l'autorità giudiziaria, prima di eseguire una decisione e quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente, deve, nei casi che lo richiedono, consultare lo stesso personalmente con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, consentendogli di esprimere la sua opinione e tenere debitamente conto dell'opinione da lui espressa.

L'audizione del minore rappresenta un momento saliente del procedimento civile in cui il giudice deve decidere in ordine all'affidamento dei minori, vuoi che si tratti di provvedimento conteso tra i partners, vuoi che il giudicante stia valutando, ex officio, misure che incidono sul collocamento della prole.

La corte di Cass. Sez Unite n.22238/09 ha stabilito che l'audizione del minore da parte del giudice nel corso di un procedimento di modifica delle condizioni di separazione, concernente l'affidamento, deve ritenersi obbligatorio (a meno che non risulti in contrasto con gli interessi del minore). Secondo la Suprema Corte i figli devono ritenersi e qualificarsi come parti nel senso sostanziale del procedimento, in quanto portatori di interessi contrapposti o, comunque, differenti rispetto a quelli dei genitori.

Con la sentenza del 2009 le Sezioni Unite introducono, quindi, uno specifico onere motivazionale per il giudice che decida di non provvedere all'audizione del minore: il giudicante dovrà espressamente riferire per quale motivo non ha inteso sentire il minore, motivo che può attenersi o alla capacità di discernimento del minore stesso o all'eventualità di pregiudizi ai suoi interessi superiori.

Concludendo, in presenza di una richiesta di audizione dei figli della coppia, avanzata da uno dei genitori o dal Pubblico Ministero, il Giudice della separazione o del divorzio dovrà procedere all'ascolto dei minori, a meno che non fornisca idonea motivazione in ordine al fatto che tale ascolto si ponga in contrasto con gli interessi fondamentali dei figli; manchi il necessario discernimento dei minori infradodicesenni, che può, giustificarne l'omesso ascolto.

Novità Legislativa

La moglie che decide di fare la casalinga ha diritto al mantenimento.

L'assegno di mantenimento è un istituto previsto dal Codice Civile all'articolo 156, secondo cui "il giudice pronunciando la separazione, stabilisce a carico del coniuge cui non sia addebitabile la separazione, il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri".

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 23906 del 11 novembre 2009 ha ribadito che l'assegno di mantenimento ha lo scopo di garantire lo stesso tenore di vita che si aveva in costanza di matrimonio, stabilendo che lex coniuge deve continuare a versare l'assegno divorzile alla ex moglie, anche se giovane e con un lavoro che, però, produce un reddito di importo insufficiente a mantenere un tenore di vita anche in costanza di matrimonio.

L'accertamento del diritto all'assegno di divorzio si articola in due fasi, la prima nella quale il Giudice è chiamato a verificare l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza dei mezzi o all'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, o che poteva legittimamente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio. Nella seconda fase, il giudice deve procedere alla determinazione in concreto dell'assegno in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri indicati nell'articolo 5 della Legge 1 dicembre 1970 n. 898 in materia di divorzio, che agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerabile in astratto, e possono in ipotesi estreme valere anche ad azzerarla, quando la conservazione del tenore di vita assicurato dal matrimonio finisce per risultare incompatibile con detti elementi di quantificazione.

In merito all'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati di sostentamento per ragioni obiettive, il presupposto dell'assegno comporta che tale indisponibilità non deve essere imputata al richiedente (Cassazione n. 434/02); pertanto si deve trattare d'impossibilità di ottenere mezzi tali da consentire il raggiungimento non tanto della semplice autosufficienza economica, ma di un tenore di vita sostanzialmente non diverso rispetto a quello goduto in costanza di matrimonio, da ciò deriva che l'accertamento della relativa capacità lavorativa va compiuto non nella sfera della ipoteticità o dell'astrattezza, bensì in quella dell'effettività e della concretezza dovendosi, all'uopo, tenere conto di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi del caso di specie in rapporto ad ogni fattore economico, sociale, individuale, ambientale, territoriale.

Relativamente ai fini della valutazione della congruità dell'assegno di mantenimento, il giudice deve prendere in considerazione il contesto sociale nel quale i coniugi hanno vissuto durante la convivenza, quale situazione condizionante ed accertare le

disponibilità economiche del coniuge a carico del quale va posto l'assegno, dando adeguata motivazione del proprio apprezzamento.

Il giudice deve, poi, individuare il "quantum" procedendo alla determinazione in concreto dell'assegno di mantenimento valutandolo in base alle sostanze dell'obbligato, alle condizioni economiche del beneficiario oltre alle altre circostanze indicate all'articolo 156 secondo comma c.c. ove sono contemplate quelle situazioni in cui, pur in presenza di una possibilità di lavoro per il coniuge beneficiario, questi, cui non è addebitabile la separazione, non può essere costretto a ridimensionare e a trasformare un sistema di vita, soprattutto quando, non gli è possibile, per età o altri impedimenti, dare inizio o riprendere un'attività lavorativa.

La Cassazione con la sentenza n. 24858 del 2008 ha riconosciuto, nell'assegno divorzile, i sacrifici affrontati dal coniuge più debole per consentire, in regime matrimoniale, l'accrescimento professionale dell'altro coniuge; la Cassazione ha anche spiegato che se prima della separazione i coniugi avevano concordato o anche solo tacitamente accettato che uno dei due non lavorasse, l'accordo può conservare efficacia anche durante la separazione, tendendo la disciplina della separazione ad assicurare il più possibile gli effetti propri del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza. Si è, infatti, affermato che l'attitudine al lavoro del coniuge separato acquista rilievo non in senso astratto, quale generica possibilità di reperire e svolgere una qualunque attività lavorativa, ma soltanto se si traduca in una effettiva possibilità di svolgere un lavoro retribuito, valutati tutti gli elementi oggettivi e soggettivi.

La giurisprudenza più recente (Corte di Cassazione sentenza n. 16095 del 21 settembre 2012) ha stabilito che ha diritto a percepire un assegno di mantenimento la moglie che, per seguire gli spostamenti lavorativi del marito e per agevolare l'avanzamento di carriera, abbia rinunciato alla propria attività lavorativa decidendo di dedicarsi esclusivamente al ruolo di casalinga; e questo anche se, in considerazione della relativamente giovane età, avrebbe potuto trovare, anche magari se non agevolmente, un nuovo lavoro.

Rilevante, quindi, ai fini di quest'ultima sentenza, per la concessione e la determinazione dell'assegno di mantenimento è il fatto che, con la decisione di dedicarsi, in costanza di matrimonio, alle attività domestiche per permettere al consorte di raggiungere determinati livelli di carriera, la moglie abbia effettivamente apportato benefici alla famiglia ed al tenore di vita della stessa.

Avv. Fulvia Steardo

Rubrica a cura dello **Studio Steardo** - Via N. Bixio 19/12 - Chiavari
Tel. 0185.325105 - Fax 0185.368392

Invia le tue domande a redazione@ilnuovolevante.it
e riceverai una risposta in questa rubrica