



**FAMIGLIE, PERSONE DI ETA MINORE E
TUTELA DEI DIRITTI**
**Vuoti normativi, deficit di tutela, «emergenze»
legislative**

ROMA 17 MAGGIO 2013

“ I rito del 317 bis c.c., i provvedimenti provvisoria e
l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme”

Avv. Giulia Facchini del Foro di Torino



**PERCHÈ NON ADOTTARE
SEMPLICEMENTE IL RITO DELLA
SEPARAZIONE VISTO CHE ORA
LA COMPETENZA PER MATERIA
E' PER ENTRAMBI DEL
TRIBUNALE ORDINARIO?**



RITO DELLA SEPARAZIONE E 317 BIS

- Dice la Cassazione, **Ordinanza 8362 del 3 aprile 2007**:
“La legge 54 è priva di una valenza unificante sulla scansione dei procedimenti relativi alla coppia in crisi” – e ciò in ossequio alle sentenze della Corte Costituzionale n. 23 del 1966, n. 451 del 1977 e la già citata 166 del 1998 in cui la Corte Costituzionale **si è più volte pronunciata per la inapplicabilità della disciplina della separazione alle coppie di fatto** sottolineando che *“l’assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di politica legislativa ma certamente non determina la violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 2, 3 24 e 30”*



**QUINDI SI APPLICA IL RITO DI CUI
AGLI ARTICOLI 737 E SEGUENTI CPC**

C'E PERO' UN PROBLEMA:

**PROCEDIMENTI IN CAMERA DI
CONSIGLIO COSTITUZIONALITA'**



GIUSTO PROCESSO ART. 111 COSTITUZIONE

I commi 1 e 2 recitano testualmente:

- co. 1. ***"La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"***
- co. 2. ***"Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"***.



4 PRINCIPI

1. **Il giusto processo è regolato dalla legge;**
2. **Il contraddittorio tra le parti deve svolgersi in condizione di parità;**
3. Il giudice deve essere terzo ed imparziale; es. art. 336 c.c. penultimo comma;
4. La legge deve assicurare al processo una durata ragionevole.



Come deve essere un processo giusto

Dice Proto Pisani:

« Per *Giusto processo regolato dalla legge*”: si intende dunque un modello processuale che non attribuisca al giudice estesi poteri discrezionali nel determinare le cadenze della procedura e nello stabilire le modalità da seguire per la formazione del proprio convincimento».



Quando è ingiusto? Proto Pisani

Formule del tipo “*il giudice è legittimato ad omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio*” ad “*assumere informazioni*” (art. 738 u.c. c.p.c.) a volte connotate come “*opportune*” (art. 95 l. fall.) ed a volte come “*necessarie*” (art. 9 legge 184/83 in materia di adozione), fanno parte di un modello processuale “*ispirato ad una spinta deformalizzazione e all’attribuzione di estesi poteri ufficiosi al giudice, quasi sempre in vista del soddisfacimento di una fortissima esigenza di velocità nel provvedere*”.



VEDIAMO QUINDI LE NORME DEL CAMERALE E I LORO LIMITI

BUONE NOTIZIE: LA DIFESA TECNICA

Con lo spostamento della competenza per i 317 bis c.c. davanti al tribunale ordinario è pacifico che la difesa **tecnica** sia ora obbligatoria, in base all'articolo 82 cpc: (Patrocinio): *“Davanti al giudice di pace ...*

Negli altri casi, le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore. ...

Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti (3) al tribunale e alla corte d'appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente ...”

Nota bene: Prima non era così scontato nonostante il nuovo testo dell'articolo 336 c.c. che avanti al Tribunale per i Minorenni fosse obbligatoria l'assistenza tecnica



BUONE NOTIZIE: LA CONDANNA ALLE SPESE !

La Cassazione ha ritenuto che, a seguito di reclamo ex 739 c.p.c., avverso provvedimento di primo grado assunto in camera di consiglio **deve ritenersi legittima la condanna alle spese giudiziali:** *“atteso che si profila comunque un conflitto tra parte impugnante e parte destinataria del reclamo, la cui soluzione implica una soccombenza che resta sottoposta alle regole dettate dagli artt. 91 e seguenti c.p.c. e che inoltre se lo sviluppo del procedimento in camera di consiglio nella fase di impugnazione non può ovviamente conferire al procedimento stesso carattere contenzioso in senso proprio, si deve tuttavia riconoscere che in tale fase le posizioni delle parti con riguardo al provvedimento dato, assumono un rilievo formale autonomo, che da fondamento all'applicazione estensiva dell'art. 91 c.p.c.”*



Vediamo ora:

IL RITO DEI PROCEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI DEI GENITORI NON CONIUGATI

Se manca il rito noi dobbiamo prima verificare che non vi sia altro istituto nel nostro ordinamento applicabile in via analogica Corte costituzionale n. 1 del 2002 dice:

Corte costituzionale n. 1 del 2002

- *«La rimettente, pertanto, non propone una questione di legittimità costituzionale, ma un mero dubbio interpretativo; e per di più rinuncia a ricercare la possibilità di interpretare la norma impugnata nel senso utile ad evitare quello che, secondo la sua prospettazione, è il contrasto con la Costituzione, pur mostrando di conoscere le argomentazioni letterali e sistematiche che tale interpretazione potrebbero sorreggere».*

Ed aggiunge

- *«Il giudice a quo - pur dubitando che la disciplina del procedimento urgente in materia di potestà genitoriale, di cui al terzo comma dell'art. 336 cod. civ., sia conforme ai parametri evocati - **non ha valutato la possibilità di dare della norma impugnata un'interpretazione idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale sottoposti al giudizio di questa Corte. In particolare, non ha verificato se - come pure si è sostenuto in giurisprudenza e in dottrina - il procedimento in esame, attesa la sua natura <<cautelare>> rispetto a quello <<ordinario>> di cui al secondo comma del medesimo art. 336 cod. civ., non possa ritenersi assoggettato alla disciplina del procedimento cautelare uniforme dettata dagli artt. 669-bis e ss. cod. proc. civ. (applicabile, in quanto compatibile, a tutti i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile: art. 669-quaterdecies), con la conseguenza che anche il provvedimento urgente previsto dalla norma impugnata dovrebbe ritenersi regolato dal secondo e dal terzo comma dell'art. 669-sexies.»***



IL RITO SECONDO M. Finocchiaro, Lupoi (e me):

Vedasi **Quale competenza e quale rito per i figli naturali in**
www.minoriefamiglia.it

CAUTELARE UNIFORME

E' UN RITO SNELLO E VELOCE, RISPETTOSO DEL
CONTRADDITTORIO E COSTITUZIONALMENTE
LEGITTIMO AI SENSI DELL'ARTICOLO 111
COSTITUZIONE

ARTICOLO 669-*quaterdecies* afferma che le procedure del
cautelare uniforme sono applicabili «ai provvedimenti previsti
in questo capo, nonché in quanto compatibili, **agli altri
provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle
leggi speciali**».

CAUTERARE UNIFORME

Né vale l'eccezione che l'art. 700 c.p.c. possa essere utilizzato unicamente in funzione cautelare-conservativa e non anticipatoria, visto che, secondo la dottrina “taluni provvedimenti d'urgenza ex art. 700 possono avere natura tanto anticipatoria quanto conservativa” (Caponi, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005., V, c. 837)».

CAUTERARE UNIFORME

l'utilizzo della procedura *ex art. 700 c.p.c.* nei procedimenti camerali non è una novità. App. Roma, 4 agosto 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 1393; App. Roma, 10 maggio 1993, in *Dir. fam. pers.* 1996, p. 1387; App. L'Aquila 25 maggio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 360, secondo le quali la disciplina del rito cautelare uniforme risulta pacificamente applicabile alle procedure camerali minorili.

CAUTERARE UNIFORME

Corte di Appello Roma:

«Considerato che l'ambito di applicazione del modello procedimentale dei procedimenti cautelari ex articolo 669-quaterdecies c.p.c., si applica a (...) ed anche, in quanto compatibili "agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali", il provvedimento di sospensione della potestà parentale emesso d'urgenza in via cautelare dal Tribunale per i Minorenni in composizione collegiale può essere reclamato, ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., avanti la Corte di Appello, che, in caso di rilevante danno o di serio pericolo di rilevante danno per il minore, può sospendere l'esecuzione del provvedimento reclamato».

CAUTERARE UNIFORME

Presupposti:

- Il *fumus boni juris*, ovvero «la ragionevole apparenza del diritto», è del tutto evidente, visto che il provvedimento richiesto ha natura meramente anticipatoria e non cautelare-conservativa.
- Quanto al *periculum in mora*, come sostiene Padalino «è in re ipsa, in quanto legato all'esigenza di garantire serenità e stabilità alla prole naturale, a seguito della cessazione del rapporto di convivenza tra i genitori».

 **Sintonie**
PROSPETTIVE INTERDISCIPLINARI
PER LA PERSONA, LA FAMIGLIA E I MINORI

ATTO INTRODUTTIVO	
737 cpc	PROCEDIMENTO CAUTELARE UNIFORME
Ricorso	Ricorso

 **Sintonie**
PROSPETTIVE INTERDISCIPLINARI
PER LA PERSONA, LA FAMIGLIA E I MINORI

COMPETENZA FUNZIONALE	
737 cpc	PROCEDIMENTO CAUTELARE UNIFORME
Collegio	Collegio

TERMINI NOTIFICA E COMPARIZIONE

737 cpc	PROCEDIMENTO CAUTELARE UNIFORME
IL PRESIDENTE NOMINA TRA I COMPONENTI DEL COLLEGIO UN RELATORE CHE RIFERISCE IN CAMERA DI CONSIGLIO	IL GIUDICE SENTITE LE PARTI, OMESSA OGNI FORMALITA' NON ESSENZIALE AL CONTRADDITTORIO PROCEDE NEL MODO CHE RITIENE PIU' OPPORTUNO AGLI ATTI DI ISTRUZIONE INDISPENSABILI IN RELAZIONE AI PRESUPPOSTI ED AI FINI DEL PROVVEDIMENTO RICHIESTO E PROVVEDE CON ORDINANZA ALL'ACCOGLIMENTO O AL RIGETTO DELLA DOMANDA

RECLAMABILITA' TERMINI

739	669
10 GIORNI DALLA NOTIFICAZIONE SE E' DATO NEI CONFRONTI DI PIU' PARTI	15 GIORNI DALLA PRONUNCIA IN UDIENZA OVVERO DALLA COMUNICAZIONE O DALLA NOTIFICAZIONE

CAUTERARE UNIFORME

Competenza funzionale: l'art. 669-*quater*, comma 2°, c.p.c. prevede una competenza funzionale del Presidente per i provvedimenti richiesti *ante causam* e del Giudice Istruttore per quelli richiesti in corso di causa.

CAUTERARE UNIFORME

Forma della domanda. Si tratta del ricorso, per entrambe le procedure (artt. 700 e 739 c.p.c).

Procedimento: il primo comma dell'art. 669-*sexies* c.p.c. risulta più dettagliato per quanto riguarda gli atti istruttori «indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto» rispetto allo scarno testo dell'art. 738 c.p.c., che si limita a prevedere la nomina di un giudice relatore che riferisce in camera di consiglio «assumendo informazioni»;

CAUTERARE UNIFORME

Provvedimenti inaudita altera parte: sarebbero possibili in caso di necessità ed urgenz? Si

Art. 669-sexies, comma 2°, c.p.c. prevede che: «Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, (il giudice) provvede con decreto motivato assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tale caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a 15 giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a 8 giorni, per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca, i provvedimenti emanati con decreto».

Non è chi non veda che il disposto di questa norma è assai più costituzionale del 336 nterzo comma c.c.

CAUTERARE UNIFORME

IL PROCEDIMENTO Art. 669-sexies.

Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene piu' opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda.

Nel caso in cui la notificazione debba effettuarsi all'estero, i termini di cui al comma precedente sono triplicati.

PER IL 317 BIS E I CAMERALI NON CI SONO TERMINI PER L'INSTAURAZIONE DEL CONTRADDITTORIO



CAUTERARE UNIFORME

LIQUIDAZIONE SPESE 669-septies c.p.c. prevede la liquidazione delle spese a carico del soccombente per i provvedimenti di reiezione.

DEFLAZIONE CONTENZIOSO. 669-octies c.p.c., come modificato dalla l. 80/2005, laddove, in caso di ordinanza di accoglimento del provvedimento di urgenza di carattere anticipatorio, non impone più la fissazione di un termine perentorio per l'inizio della causa di merito, lasciata invece alla eventuale volontà delle parti.

ULTRATTIVITA' DEL PROVVEDIMENTO D'URGENZA
L'applicazione di questa norma renderebbe, tra l'altro, identici gli effetti ultrattivi previsti dall'art. 189 disp. att. c.p.c. per l'ordinanza presidenziale e del Giudice Istruttore rese in corso di causa di separazione e divorzio a quelli di cui al provvedimento emesso, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., in via urgente e cautelare dal tribunale ordinario.



CAUTELARE UNIFORME

MODIFICA PROVVEDIMENTI EMESSI 'art. 669-decies c.p.c. regola «la competenza, i presupposti e le modalità per la revoca e la modifica dei provvedimenti emessi» in modo assai simile a quanto previsto dall'art. 709 quarto comma c.p.c.

RECLAMABILITÀ: l'art. 669-terdecies c.p.c. stabilisce:

che il reclamo si propone nel termine di 15 giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore;

che le circostanze ed i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti nel rispetto del principio del contraddittorio nel relativo procedimento;

che il giudice del reclamo può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti;

che il giudice deve convocare le parti;

che il giudice deve pronunciare entro venti giorni dal deposito del ricorso ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare;

che il reclamo non sospende l'esecuzione, ma che il giudice «...può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione».

Ulteriore differenza è che il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c. è soggetto alla sospensione dei termini del periodo feriale quello dell'art. 669-terdecies c.p.c. non lo è.

PROBLEMA PER GIUDICE COMPETENTE PER RECLAMO (CORTE O ALTRA SEZIONE STESO TRIBUNALE?)



Provvedimenti “Inaudita altera parte”

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni.

Ma: Instaurazione del contraddittorio

In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine **non superiore a quindici giorni** assegnando all'istante un termine perentorio **non superiore a otto giorni** per la notificazione del ricorso e del decreto.

A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto.



PROVVEDIMENTI ANTICIPATORI ULTRATTIVI Art. 669-octies.

L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies.

Ma Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.

L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.



**REVOCA E MODIFICA DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI
ANTICIPATORI E ANALOGIE CON L'ARTICOLO 709 TER PRIMO
COMMA Art. 669-decies**

- A) Salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'articolo 669-terdecies**, nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa,
- B)** se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.



- C) Quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 669-terdecies, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.**



ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI 669 DUODECIES

Salvo quanto disposto dagli articoli 677 e seguenti in ordine ai sequestri, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, **mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, da' con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito.**

PER UNA CONFERMA DELL'ORIENTAMENTO QUI ESPOSTO

- *Vedere Andrea Graziosi, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario». In Famiglia e diritto n. 3 2013 pag 263 e seguenti.*