CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI

TORINO

**MARTEDI 26 FEBBRAIO 2002
RELAZIONE DELL'AVV. GIULIA FACCHINI**

IL GIUSTO PROCESSO

Buonasera, io sono l'Avvocato Giulia Facchini, coordinatore e relatore, e vi presento il corelatore, che ringrazio di avere accettato il nostro invito, nonostante i numerosi impegni, il Dott. Piercarlo Pazè, Procuratore Capo della Procura Minorile di Torino già Presidente della Sezione per la Famiglia e per i Minorenni della Corte di Appello di Torino.

E' in tale ruolo che ha avuto modo di occuparsi del "giusto processo", facendosi tra l'altro promotore di due eccezioni di legittimità costituzionale che ci illustrerà, dandoci anche particolareggiate notizie sulla rivoluzionaria sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2002, cui accennava la dottoressa De Marco, nell'ultimo incontro.

Scherzando abbiamo convenuto di essere i Bonnie and Clide del Giusto Processo. Non è la prima volta infatti che "calchiamo le scene" insieme su questo argomento e fatto non comune, ci siamo sempre trovati d'accordo sui principi.

Il Dott. Pazè si è fatto infatti negli anni apprezzare per il suo rigoroso garantismo processuale, garantismo che non fa tradizionalmente parte della cultura del giudice minorile.

Abbiamo sentito la settimana scorsa la Dott. De Marco sospirare in due passaggi del suo apprezzato intervento. Il primo quando ha detto, a proposito della difesa tecnica introdotta dalla riforma della legge sull'adozione a tutti i procedimenti avanti il Tribunale per i minorenni *“speriamo che il processo non diventi contenzioso perché sarebbe la morte della tutela dei minori”*, il secondo quando ha sarcasticamente annunciato la morte del Tribunale per i Minorenni a favore della Sezione Specializzata per la famiglia e per i minorenni presso il Tribunale Ordinario.

Credo sia opportuno, visto che ci introduce comunque all'argomento di oggi, fare presente a chi dei più giovani non l'avesse chiaro, quale è la diversa opzione di fondo tra le due soluzioni.

Tribunale per i Minorenni significa optare per una giurisdizione speciale, con proprie regole processuali, con la partecipazione al collegio dei giudici onorari esperti nella materia, che non debba rispettare in alcun modo le norme generali del processo contenzioso così come riformate dalla novella del 1990, e che applichi quindi il rito camerale con i numerosi problemi che poi esamineremo compiutamente.

L'opzione invece per la Sezione Specializzata in materia di famiglia e minori riporta le materie in oggetto nell'ambito del Tribunale ordinario con conseguente applicazione di tutte le garanzie del contraddittorio previste dal codice e dalla novella.

Vi faccio notare infatti che anche al Tribunale ordinario viene utilizzato il rito camerale, pensiamo soltanto ai 710 cpc o agli articoli 9 legge

898/1970, come modificata dalla legge 74/1987, ma mai nessuno di noi ha percepito alcuna lesione del diritto di difesa perché di fatto, i magistrati ordinari, anche in mancanza di regole specifiche hanno sempre salvaguardato il contraddittorio ed il diritto di difesa senza per ciò "allungare" oltre il necessario i tempi del processo.

I problemi della giurisdizione minorile che vedremo più compiutamente, conseguono anche, a mio parere alla mancanza di cultura del contraddittorio nei magistrati che svolgono le funzioni i quali, con il potere di iniziativa d'ufficio previsto dall'art. 336 u.c. c.c., di fatto si sono trovati a gestire un vero e proprio processo inquisitorio, quindi un modello processuale agli antipodi rispetto a quello ridisegnato dal 111 Costituzione.

Tutto ciò premesso andiamo a vedere che cosa sanciscono i primi due commi dell'Articolo 111 Costituzione e come la loro promulgazione impatti sul diritto vigente .

Il nuovo testo dell'art.111 Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, commi 1 e 2 recita testualmente:

- **1."La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"**
- **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".**

Sono note le vicende che hanno condotto il parlamento ad approvare,

con singolare rapidità ed in assenza di un approfondito dibattito vuoi nelle sedi istituzionali, vuoi in ambito scientifico una riforma costituzionale destinata a incidere sull'assetto complessivo del sistema giudiziario.

E' anche noto che l'attenzione prevalente è stata orientata verso il processo penale. Se nonché non si può non prendere atto che l'articolo 1 della legge costituzionale ha aggiunto cinque capoversi al 111 della costituzione. Il terzo, il quarto ed il quinto comma riguardano specificatamente il processo penale perché affermano:

- **co 3. “Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo”.**

- **co. 4 “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”.**

- **co 5 “La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.**

Il primo e secondo comma, invece, hanno una portata generale, assumono quindi rilevanza anche nel processo civile nonché in quello amministrativo, contabile e tributario.

Prima di esaminare il significato intrinseco delle varie proposizioni di cui alla nuova norma Costituzionale per valutarne la loro portata, pare opportuno ricordare, citando Proto Pisani (Relazione conclusiva del convegno organizzato dalla rivista "Questione Giustizia" il 10 giugno 2000 sul tema dell'art.111 Cost):

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

Il testo novellato dell'art.111 Cost. enuncia in questo senso quattro principi:

1. Il giusto processo regolato dalla legge;
2. il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità;
3. la terzietà ed imparzialità del giudice;
4. la ragionevole durata del processo assicurata dalla legge;

Vi premetto che alcuni studiosi non concordano sui proclami provenienti da più voci che hanno indicato nella riforma una "rifondazione dei principi costituzionali", ritenendo invece che le garanzie poste dal nuovo art.111 Cost. fossero già contenute nel combinato disposto degli articoli 3 e 24 della Costituzione.

In particolare, per citare uno studioso torinese, il Prof. Chiarloni, da ultimo nel convegno svoltosi ad Alba nello scorso autunno, dal titolo "Giusto processo e fallimento" ha affermato: " *In verità, questi due nuovi primi commi dell'articolo 111 Cost. non fanno altro che ribadire le generali garanzie del processo ricavabili e ricavate, attraverso una elaborazione durata molti lustri, da svariate norme costituzionali con in prima fila l'art.24*

"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con

appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”

nella sua connessione con l'art.3

“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.....”

mentre l'imparzialità del giudice trova la sua fonte oltre che nel suo stesso concetto, nella soggezione soltanto alla legge Art.101 e nella indipendenza ed autonomia della magistratura Art.104 comma 1.

Altri (Proto Pisani, Costantino) ritengono invece che questo articolo dia, per la prima volta, rilevanza costituzionale al giusto processo regolato dalla legge, **rendendo il valore dell'efficienza un valore costituzionale.**

Veniamo ora all'esame dei singoli principi:

1. "Giusto processo regolato dalla legge":

Si intende 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.** 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”*.

Il quesito è se tale modello può sopravvivere nel nostro ordinamento anche dopo l'entrata in vigore del nuovo dettato costituzionale.

Gli studiosi sostengono che *“Il dubbio di legittimità non potrebbe riguardare i casi di necessaria consecuzione della cognizione piena, pena l'inefficacia del provvedimento sommario come avviene per i procedimenti cautelari tipici e per i possessori”*. Mentre certamente il **dubbio sorge**, ed è stato in dottrina e anche in giurisprudenza tempestivamente avanzato, per i **procedimenti camerati indirizzati ad incidere su diritti o status, relativamente ai quali diviene certamente sospetta di illegittimità l'esistenza di modelli processuali** le cui cadenze siano affidate esclusivamente ai poteri discrezionali del giudice senza alcuna possibilità di una cognizione sul merito in base a regole predeterminate.

Proto Pisani, ad esempio, nella relazione di cui sopra afferma: *“La formula “regolato dalla legge” mi sembra che escluda la possibilità di considerare in regola con la Costituzione un modulo processuale, nella specie di quello previsto dagli art.737 e seguenti c.p.c. (il c.d. procedimento in camera di consiglio) in cui le uniche predeterminazioni legali attengono alla forma della domanda e del*

provvedimento finale del giudice, alla nomina del relatore, al potere di assumere informazioni e al reclamo".

L'affermazione Costituzionale si traduce quindi nel principio che in un processo regolato dalla legge, deve essere il legislatore e non il giudice ad individuare forme e termini del "dovuto processo legale", stabilendo le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio ed in particolare le modalità di partecipazione delle parti al procedimento di formazione del convincimento del giudice.

Naturalmente non è chi non veda come la formalizzazione del processo rischi di cozzare contro l'altro principio costituzionalmente garantito dalla nuova formulazione dell'art.111 Cost. ossia quello della ragionevole durata.

2. "Il contraddittorio in condizioni di parità e la ragionevole durata del processo assicurata dalla legge"

Ove sussista l'esigenza di "fare presto", pena la non effettività della tutela giurisdizionale è inevitabile che le garanzie del giusto processo regolato dalla legge si attenuino (ma non scompaiano!!)

In questo senso il **PROCEDIMENTO CAUTELARE UNIFORME**, introdotto dalla novella del 1990, non presenta problemi di compatibilità con il nuovo testo dell'art.111 Cost.

Come ha affermato la dottrina: *"Principale linea ispiratrice del contenuto di tale procedimento - che come tutti sapete riguarda i*

sequestri, i provvedimenti di denuncia di nuova opera o danno temuto, e i provvedimenti d'urgenza, **nonché, in quanto compatibili, gli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali** - è costituita dal sostanziale irrobustimento della posizione della parte che subisce il provvedimento cautelare, le cui possibilità difensive sono rese decisamente più efficaci da una serie di strumenti processuali quali **la revoca e la modifica del provvedimento cautelare, ed il reclamo**, la cui introduzione nel nostro ordinamento era stata ripetutamente invocata).

In concreto le garanzie dettate dalla disciplina del cautelare uniforme possono così riassumersi, cito Proto Pisani:

- a) *La disciplina del rispetto minimo del contraddittorio prevista dall'art.669-sexies secondo comma, pur quando la preventiva convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento;*
- b) *L'intrinseca provvisorietà del provvedimento cautelare sempre modificabile e revocabile dal giudice della cognizione piena (o in mancanza da quello che lo ha emanato) ove si verificano mutamenti nelle circostanze (art. 669 decies),*
- c) *La previsione della reclamabilità del provvedimento che ha concesso (o negato, a seguito di Corte Cost. 253/94,) la misura cautelare innanzi ad un giudice collegiale di cui non può fare parte il magistrato che ha emanato il provvedimento cautelare (art.669-terdecies)*

PROVVEDIMENTI DI URGENZA IN MATERIA DI FAMIGLIA E MINORI

Il problema serio è da individuare nel fatto che la giurisprudenza maggioritaria non ha ritenuto, sino ad ora, applicabile ad alcuni provvedimenti aventi natura intrinsecamente cautelare, per lo più attinenti alla materia familiare, la disciplina in oggetto.

Mi riferisco in particolare, **ai sequestri di cui agli articoli 156 codice civile e 8 legge 898/1970**, in base ai quali il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato a prestazioni alimentari, nonché ordinare a terzi, tenuti a corrispondere somme di denaro all'obbligato, che una parte di esse vengano direttamente versate agli aventi diritto.

La giurisprudenza di merito ha ritenuto (otto sentenze sulle nove reperite), anche con una recente decisione della Suprema Corte (Cass. 4776/98), che si tratterebbe di provvedimento di natura non cautelare, in quanto presuppone un credito già dichiarato giudizialmente, e non richiede il *periculum in mora* ma solo l'inadempimento (nello stesso senso Trib. Monza 27/10/1998), e, dunque, ribadendo la natura non cautelare del sequestro, ha escluso la proponibilità di reclamo. Così *“Il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato, previsto dal comma 6 dell'art.156 c.c., non ha natura cautelare e, quindi, non essendo assoggettato in forza della*

clausola di compatibilità di cui all'art.669-quaterdecies alla nuova disciplina cautelare uniforme, non e' impugnabile con il reclamo previsto dall'art.669-terdecies. (Tribunale Milano, 21 luglio 1995).

Una sola pronuncia (Tribunale Cagliari 21 maggio 1998) ha ritenuto l'ordinanza autorizzativa del sequestro del 156 c.c. reclamabile al collegio ai sensi dell'articolo 669 terdecies, affermando: *“L'ordinanza con la quale il giudice istruttore del processo di separazione autorizza il sequestro ex art. 156 comma 6 c.c. in danno di uno dei coniugi, e' reclamabile al collegio ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c”.*

L'unica pronuncia che sono stata in grado di reperire in tema di impugnabilità dei provvedimenti urgenti nella separazione e nel divorzio afferma: *“I provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal presidente o dal G.I. nel corso di un giudizio di separazione personale tra coniugi, non sono provvedimenti cautelari in senso stretto e, quindi, non possono essere oggetto del reclamo previsto dalla nuova disciplina generale delle misure cautelari”.*

Anche la dottrina dominante sembra escludere, in questi casi, di regola l'applicabilità del rito cautelare uniforme, e in particolare del reclamo di cui all'art. 669 terdecies cpc (L. Salvaneschi, Carpi – Graziosi), rilevando da un lato la diversità strutturale (e in particolare la mancanza della strumentalità tipica dei provvedimenti cautelari, essendo i provvedimenti in esame dotati dell'idoneità a sopravvivere

all'estinzione del processo), dall'altro la non omogeneità funzionale, non essendo i presupposti dei provvedimenti in esame totalmente coincidenti con quelli che reggono la tutela cautelare. In effetti, se anche costituisce tratto comune alle due categorie il requisito dell'immediatezza, nel caso dei provvedimenti provvisori e urgenti il Presidente è chiamato ad emanare i provvedimenti di sua competenza al fine di regolamentare l'assetto familiare in attesa della decisione definitiva, in ogni caso, senza essere condizionato alla presenza di un effettivo e concreto *periculum in mora* (così A. Saletti) (il Presidente non potrebbe in altri termini astenersi dall'emanare i provvedimenti unicamente perché i coniugi hanno, ad esempio, congiuntamente reperito un assetto potenzialmente perdurante in equilibrio sino alla pronuncia della sentenza definitiva).

Non è chi non veda, comunque, che la mancanza di una chiara disciplina legislativa sul tema, oltre che violare l'art. 111 Cost, viola gravemente il principio della certezza del diritto, lasciando possibilità del tutto discrezionale ai tribunali di applicare la disciplina del procedimento cautelare uniforme ai procedimenti cautelari atipici.

La richiesta dell'Avvocatura, nel documento conclusivo della Conferenza di Riva del Garda è stata, quindi, quella di prevedere, nella globale riforma del processo civile che è stata tratteggiata,

l'estensione della disciplina del procedimento cautelare uniforme a tutte le fattispecie attualmente escluse dalla giurisprudenza, sia relative ai procedimenti di separazione e divorzio che a quelli avanti il Tribunale per i Minorenni' tenuto conto che, alla luce delle considerazioni sopra esposte il destino dei provvedimenti di urgenza della famiglia e dei minori è segnata.

DE IURE CONDENDO

La tesi è tanto più vera se si considera al proposito il testo dei due progetti di legge di cui si è discusso nella scorsa legislatura: mi riferisco al testo del Comitato ristretto della Camera, il cosiddetto **Progetto Lucidi**, avente ad oggetto: "*Nuove norme in materia di separazione e divorzio*" ma nel quale, all'art.712-ter si prevede il passaggio al Tribunale ordinario di tutte le competenze del Tribunale per i minorenni relative agli artt.316, 317bis, 330, 332, 333, 334, 335 c.c., "*ove si tratti di figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori*, nonché alla **bozza della cosiddetta Commissione Scoca**, istituita presso l'ufficio legislativo del Ministero, avente ad oggetto la "*Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l'unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie*".

Entrambe le proposte di legge tengono conto dei problemi di legittimità costituzionale posti dall'art. 111 Cost e propongono soluzioni certamente più rispettose del dettato costituzionale anche se sotto certi profili non ancora del tutto soddisfacenti.

La prima delle riforme citate non tratta, se non marginalmente, il

problema ordinamentale ed appare assai carente sotto il profilo processuale, anche se, portando nell'ambito del Tribunale ordinario almeno le controversie relative alla famiglie di fatto, non solo sotto il profilo della regolamentazione dei rapporti genitori-figli, ma anche sotto quello della decadenza della potestà, rende applicabile a queste procedure, tradizionalmente regolate dal camerale, il rito ordinario, con ragguardevole aumento delle garanzie.

La seconda invece tratteggia una disciplina processuale che ha il merito di essere rispettosa sia del principio del contraddittorio sia di quello della ragionevole durata dei processi.

Pur prevedendo la creazione di una sezione specializzata per la famiglia e per minorenni presso le sole sedi di Corte di Appello, (previsione sulla quale l'avvocatura ha espresso la più ferma contrarietà) prevede siano assegnate alle sezioni specializzate le materie ora trattate dal Tribunale Ordinario -sezione famiglia- e del Tribunale per i Minorenni.

IN PARTICOLARE SUI PROCEDIMENTI CAMERALI AVANTI IL TRIBUNALE PER I MINORENNI

Nel complesso della riforma, che non sto ora ad illustrarvi per ragioni di tempo, si propone una novella all'art.338 c.c nel senso che: *"All'udienza di comparizione il giudice nel contraddittorio delle parti con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti temporanei adottati. **La mancata conferma comporta la loro inefficacia**, senza necessità di alcun provvedimento. Nel corso del giudizio il giudice, nell'interesse del minore può adottare con decreto*

provvedimenti urgenti, immediatamente esecutivi. I provvedimenti del giudice sono reclamabili al Tribunale, in composizione collegiale, ai sensi degli articolo 669 terdecies del codice di procedura civile".

IN BREVE SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI APPELLO DI TORINO SEZIONE PER LA FAMIGLIA E PER I MINORENNI

Al di là delle questioni de iure condendo sin qui trattate, pare indispensabile ricordare l'apprezzato ed incessante lavoro della Corte di Appello di Torino a proposito delle garanzie poste dall'art. 111 Cost..

Voglio ricordare, tra le altre, la pronuncia del 4-25 gennaio 2000, nella procedura di v.g. 277/1999, nella quale la Corte, poco dopo l'entrata in vigore del nuovo testo costituzionale, ha delineato l'impatto della nuova formulazione dell'art.111 Costituzione sul processo minorile statuendo, a proposito dell'art.336 u.c. c.c.: *"Quando il T.M. interviene ex art.336 comma 3 c.c., è perché ravvisa un caso di urgente necessità che comporta un provvedimento temporaneo a tutela del minore, a tale provvedimento deve però seguire un provvedimento di merito ex art.336 secondo comma c.c., adottato ancora dallo stesso Tribunale per i Minorenni"....."Qualsiasi procedura cautelare, come è quella di cui all'art.336 comma terzo cc., consente al giudice, in caso di urgente necessità di adottare provvedimenti temporanei prescindendo da una preventiva instaurazione del contraddittorio, ma in questo caso il contraddittorio deve essere instaurato*

successivamente per portare ad un nuovo provvedimento di merito. Questo principio generale del nostro ordinamento è stato addirittura costituzionalizzato con il nuovo art. 111 della Costituzione". Ovviamente trattandosi di una pronuncia della Corte, senza efficacia di precedente, l'affermazione è caduta nel vuoto e i Tribunali per i Minorenni proseguono imperterriti nelle prassi perniciose di emettere provvedimenti di urgenza "inaudita altera parte", senza poi provvedere alla tempestiva conferma o modifica in contraddittorio. Se vi troverete come avvocati di fronte al caso descritto, potrete impugnare il provvedimento, certi che la Corte in omaggio al proprio orientamento rinvii il fascicolo al T.M. per i provvedimenti confermativi o modificativi.

Nel documento finale uscito dai lavori della Conferenza Nazionale dell'Avvocatura di Riva del Garda, di luglio 2000, si ipotizzava una soluzione ancora più garantista e partendo dall'articolo 669-quaterdecies c.p.c. che afferma: "*Le disposizioni della presente sezione si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo, nonché, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali*" si ipotizzava una applicabilità immediata della norma a tutti cautelari della famiglia e dei minori.

Prima della sentenza della Corte Costituzionale di cui ci parlerà tra un attimo il Dott. Pazè, ho rinvenuto tre pronunce sul punto: Corte Appello Roma 4 agosto 1995 (in *Dir. Fam. 1996, pag. 1393*), Corte Appello Roma 10 maggio 1993 (in *Dir. Fam 1996, pag. 1387*) e Corte

Appello L'Aquila 25 maggio 1999, (*in Famiglia e Diritto n. 4/1999 pag. 360*) secondo le quali la tesi è fondata **e la disciplina del cautelare uniforme risulterebbe applicabile, anche prima della sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale alle procedure camerale minorili.**

Afferma la Corte di Roma nella prima delle sentenze citate, quella del 1995: “....*Considerato che l'ambito di applicazione del modello procedimentale dei procedimenti cautelari ex articolo 669 quaterdecies cpc, 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*”.

Vediamo nel dettaglio alcune differenze tra il reclamo di cui all'art.739 c.p.c. e quello di cui all'art.669-terdecies c.p.c.:

- a) nel primo caso – art. 739 cpc- la Corte, investita del reclamo non ha termini perentori entro i quali decidere;
- b) nel secondo caso –art. 669-terdecies c.p.c.: il giudice di secondo grado deve:
 1. Convocare le parti;
 - 2.“Pronunciare entro venti giorni dal deposito del ricorso ordinanza

non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare;

3."*...può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione".*

Inoltre, mentre 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.

Ulteriore grave incertezza riguarda la competenza

La Corte di Appello dell'Aquila infatti, riaffermando il principio dell'applicabilità del procedimento cautelare uniforme alle procedure cautelari minorili, relativamente alla competenza del giudice del reclamo afferma: "*nondimeno ritiene la Corte che la competenza a decidere del reclamo proposto contro provvedimento cautelare emesso dal tribunale in composizione collegiale, appartenga non alla Corte di Appello, quale giudice superiore - come affermato dalla Corte di Roma - bensì ad altra sezione dello stesso tribunale (o altro collegio in diversa composizione), o, in mancanza, al tribunale più vicino, così come previsto dall'art.669 terdecies comma 2 ultima parte c.p.c..."*

A fronte dell'incertezza giurisprudenziale e del fatto che la Corte Costituzionale, se mi posso permettere, un po' vigliaccamente ha scelto la formula della pronuncia interpretativa di rigetto laddove con le stesse motivazioni poteva emettere una pronuncia interpretativa di

accoglimento, **ribadisco** che appare quanto mai opportuno un **intervento legislativo che tempestivamente dichiaro applicabile, nel campo di una più vasta ed opportuna riforma del diritto di famiglia, a tutti i procedimenti familiari e minorili la disciplina del procedimento cautelare uniforme a garanzia del rispetto del disposto dell'art. 111 Cost.**

IN PARTICOLARE SUL RITO CAMERALE

In base alle considerazioni sin qui sviluppate, possiamo affermare senza ombra di dubbio che oggi il vero grande problema dell'impatto dell'art. 111 Cost. si verifica nel rito camerale relativamente alle procedure destinate ad incidere sulla tutela dei diritti e sulla modifica degli status.

Il camerale minorile oggi:

1. non è regolato da un giusto processo nel senso sin qui indicato,
2. non si svolge nel contraddittorio tra le parti,
3. né in condizioni di parità,
4. né, per quanto riguarda il Tribunale per i Minorenni si svolge davanti ad un giudice terzo ed imparziale
5. e neppure si può affermare abbia una durata ragionevole.

Prima di passare ad elencare i punti nodali delle procedure camerali è necessario formulare qualche breve premessa su tale rito.

Originariamente il codice aveva previsto due grandi gruppi di procedimenti:

a) *Quelli contenziosi caratterizzati da:*

- un conflitto tra due o più parti in causa
- da definire con un provvedimento suscettibile di passare in giudicato sia sotto il profilo formale che quello sostanziale
- da decidere secondo le regole del rito ordinario

b) *Quelli non contenziosi ossia di giurisdizione volontaria caratterizzati da:*

- l'assenza di una lite cioè di contrapposizione di opposte pretese
- la mancanza di giudicato in senso sostanziale, data la loro revocabilità o modificabilità in ogni tempo
- alcuni requisiti comuni sotto il profilo processuale, come ad esempio: domanda proposta con ricorso, provvedimento emesso con decreto, prove non solo ad istanza di parte ma potere del giudice di assumere d'ufficio informazioni, riproponibilità in ogni tempo del ricorso respinto

A tali procedure il codice disponeva l'applicabilità del rito camerale delineato dagli artt.737 e segg. c.p.c. La scarsa regolamentazione che si trova negli articoli citati è dovuta, quindi, al fatto che erano nati per normare procedure di tipo amministrativo e non giurisdizionale in senso stretto.

Col tempo però la legislazione e la giurisprudenza hanno rimaneggiato profondamente sia la concezione che il contenuto dei

procedimenti trattati con rito camerale modificando, di fatto, la bipartizione sopra esposta.

Mi riferisco al fatto che lo stesso legislatore ha disposto che fossero regolati dal rito camerale una serie di procedimenti certamente di natura contenziosa, ritenendo tale rito più snello e semplice in una materia ove la celerità è da considerarsi valore prioritario. Con legge 29 luglio 1988 n. 331 il legislatore ha riformato la procedura di cui all'art.710 c.p.c. sottraendola al rito ordinario e attribuendola al rito camerale esattamente come il legislatore del 1970 aveva demandato alla camera di consiglio tutte le questioni che potevano sorgere tra i coniugi dopo la pronuncia del divorzio (modificabilità condizioni, attribuzioni quote pensione a carico dell'eredità etc.)

Parallelamente la giurisprudenza ha proseguito un incessante lavoro per completare le scarnissime norme dettate per i procedimenti in camera di consiglio dagli artt.737 e segg. c.p.c. ed introdurre in queste procedure quantomeno il rispetto del principio del contraddittorio sancito **dall'art.101 c.p.c.**

Esempio eclatante dei risultati di tale lavoro giurisprudenziale, di cui per ragioni di tempo vi risparmio i vari passaggi, magari ci tornerà su il Dott. Pazè, ma che di fatto ha introdotto un tertium genus di processo chiamato **“processo camerale contenzioso”** è rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 19/4–5/8/96 n. 7170 che, sanando un precedente contrasto giurisprudenziale, assegna definitivamente al rito camerale il giudizio di merito (quello di ammissibilità era già da tempo demandato al rito camerale) relativo

alla dichiarazione giudiziale di paternità di cui all'art.269 c.c.

L'assegnazione al rito camerale di questo giudizio rappresenta, a mio parere, una novità relevantissima, trattandosi pacificamente di procedura contenziosa che vede contrapposti ben quattro soggetti (madre, padre, figlio in persona del curatore speciale e P.M.), che si conclude con un provvedimento che incide sullo status di una persona (filiazione) e che è suscettibile di passare in giudicato sia sotto il profilo sostanziale che formale.

Siamo quindi molto lontani dalle procedure per le quali era stato "inventato" il rito camerale.

Di questa "novità" dà conto la stessa massima della precitata sentenza, che afferma: **"Il giudizio relativo alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale deve svolgersi secondo le forme del procedimento camerale divenuto ormai, in virtù delle scelte del legislatore, un contenitore neutro capace di assicurare da un canto la speditezza e la concentrazione del processo, dall'altro il rispetto dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che, in quanto relativa a diritti e status gode di apposite garanzie costituzionali"**.

La stessa motivazione della sentenza argomenta ampiamente riconoscendo che questa decisione scardina definitivamente il binomio procedimento camerale uguale volontaria giurisdizione, per dare vita ad un terzo tipo di processo che, come ho detto prima, può definirsi camerale contenzioso.

Quindi il procedimento camerale non è più la forma deputata a regolare le sole questioni di volontaria giurisdizione ma, adeguatamente corretto dagli interventi del legislatore, della Consulta e della Corte di Cassazione è divenuta la forma di molti procedimenti contenziosi in cui si considera prioritaria la speditezza e l'informalità per l'attuazione dei diritti tutelati.

QUALI PROBLEMI APRE RISPETTO ALLA COSTITUZIONALITÀ DEL RITO CAMERALE LA PROMULGAZIONE DELL'ART. 111 COST.?

Mi limiterò ad elencarli perché poi chiederemo al Presidente Pazè di meglio illustrare l'argomento.

In un articolo apparso su "*Questione Giustizia*" n.1/1998, intitolato "*Il processo minorile di volontaria giurisdizione tra prassi autoritarie ed incerte prospettive*" Proprio il dott. Pazè, ha posto l'accento su talune diffuse "*prassi che in nome dell'efficacia,....hanno accentuato l'impostazione inquisitoria ed autoritaria*" del sistema legislativo. In particolare egli ha posto in evidenza e denunciato "*prassi degenerative quali*":

- 1) un'inflazione di provvedimenti di urgenza assunti "*al di fuori di reali situazioni di necessità ed urgenza ma definiti urgenti solo perché non preceduti dal sentire le parti ed il PM*".
- 2) Una "*dequalificazione delle informazioni ritenute sufficienti per fondare i provvedimenti, sempre più spesso recepite dall'esterno e non seguite da verifiche interne al processo, così che talora il Tribunale per i Minorenni costituisce sostanzialmente il braccio*

secolare delle richieste dei servizi sociali".

- 3) Una *"dilatazione nel tempo dei provvedimenti confermativi, in modo che i provvedimenti temporanei predeterminano sostanzialmente la soluzione senza possibilità delle parti di opporsi"*.
- 4) *"l'ingresso massiccio dei servizi socio-sanitari nel processo"* di cui vi dirò al capitolo dedicato alla terzietà del giudice.
- 5) La perdita sostanziale di collegialità nella fase istruttoria, dal momento che si è generalizzata una prassi di nomina di un giudice istruttore che dispone ed assume prove, al punto che lo stesso C.S.M. con una circolare del 1984 ha deliberato di ammettere l'impiego dei giudici non togati nell'attività istruttoria, non come componenti del collegio, ma come singoli magistrati.

Gli **altri problemi in attesa di soluzione** a causa dei quali i procedimenti camerali sono in sospetto di forte illegittimità costituzionale possono così riassumersi:

- a) Il problema della mancata obbligatorietà della difesa tecnica, problema che sarà definitivamente superato dalla entrata in vigore anche delle disposizioni processuali della nuova legge sull'adozione, che prevede l'obbligatorietà della difesa tecnica in quasi tutti i procedimenti avanti il Tribunale per i Minorenni;
- b) Il problema del momento e delle modalità di instaurazione del contraddittorio (quando devono essere informate le parti

dell'esistenza del giudizio e del suo contenuto e quando devono essere convocate?).

- c) Il problema della raccolta e della formazione della prova (quando mai siamo riusciti a fare ascoltare nostri testimoni nelle procedure camerali, a chiedere l'esibizione di documenti o fare assistere un proprio consulente nel momento in cui i servizi, in specie quelli di Npi, sono chiamati ad effettuare valutazioni su una situazione?)
- d) il problema della secretazione degli atti, di cui ci dirà meglio il Dott. Pazè.

Veniamo infine all'ultimo assunto dell'art. 111 Cost. relativo a:

3. La terzietà ed imparzialità del giudice

Afferma Proto Pisani, nella relazione più volte citata, "*Questi valori (diversi da quello dell'indipendenza) colgono l'essenza del giudice la vera differenza fra giudice e non giudice*".

Da questi valori discendono:

- a) l'inderogabilità del principio della domanda e la ferrea distinzione tra chi chiede e chi rende giustizia (e come può sopravvivere nell'ordinamento il 336 ultimo comma c.c. "*In caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio?*").
- b) il divieto del giudice di utilizzare il suo sapere privato, relativamente ai fatti principali e secondari ed alle fonti materiali di prova (e come la mettiamo con le riunioni periodiche dei magistrati minorili con i servizi

sociali della zona di loro competenza?)

A tale proposito vorrei citare un articolo a firma del dott. Losana (già presidente del T.M. di Torino) e del dott. Bouchard (già magistrato togato presso lo stesso Tribunale) (in *Minori e Giustizia* del 1994 fascicolo 1 pag. 115) in cui si afferma: *“la maggior parte di giudici Togati ha la consuetudine di intrattenere rapporti periodici con i servizi territoriali: questa prassi è fondata per lo più su ragioni di economia processuale, ma la stretta connessione che ne è derivata tra giudici e servizi ha trasformato il primo in supervisore dei secondi, sollecitato a valutare addirittura situazioni non conosciute dall'autorità giudiziariaquesto assetto ha fatto assurgere il servizio alla funzione di un effettivo ma innominato componente privato del Tribunale”*.

Questa situazione è quella che consente al Dott. Grasso, magistrato minorile, in un articolo dal titolo *“Servizi territoriali e tribunale per i Minorenni,. Ambiguità e rischi connessi a violazioni del principio del contraddittorio”* in *Diritto di famiglia e delle persone* del 1995. *“Il rapporto tra giudice e servizi non deve comunque fare del giudice la longa manus dei servizi. La relazione privilegiata tra giudice e servizi ha indubbiamente alterato il principio di imparzialità cui dovrebbe uniformarsi l'attività del giudice minorile. In questa situazione è ancora più necessario il principio del contraddittorio, occorre ridistinguere in modo chiaro la ripartizione dei ruoli tra assistenza, potere di iniziativa, giurisdizione e potere decisionale al fine di evitare che i cittadini si sentano stritolati in un meccanismo “*.

d) La necessità del rispetto del principio della *“incompatibilità da*

prevenzione”, affermato nel processo penale e secondo il quale il giudice che ha effettuato una valutazione sulla res judicanda, non può essere chiamato a una nuova valutazione in altra fase dello stesso processo (e che dire dei P.M. minorili che passano poi al ruolo giudicante, abbiamo mai controllato che non abbiano espresso anche in un tempo risalente pareri relativamente allo stesso fascicolo?). Secondo alcuni studiosi il problema della temporaneità delle funzioni, secondo il quale il CSM ha stabilito che i giudici assegnati alle sezioni fallimentare e societaria non possano ricoprire l'incarico oltre ad un certo tempo, è maturo per essere esteso anche ai giudici del Tribunale per i Minorenni.

Per concludere un appello. L'Aiaf ed il Gruppo Famiglia hanno sempre cercato di lavorare per una formazione permanente ed interdisciplinare dell'avvocato cosiddetto familiarista, con l'umiltà di chi, dovendo collaborare ad una decisione che riguarda la vita delle persone ed il futuro dei bambini, non può dare nulla mai per scontato. Non esiste per noi il lavoro di routine perché ogni caso ci pone degli interrogativi di coscienza. Al proposito i nostri maestri, cito Paola de Benedetti, Antonio Dionisio, hanno sempre sostenuto che solo se ciascuna parte del processo, giudice, avvocato, CTU, servizio sociale, svolge il proprio compito, non quello degli altri come a volte accade, con coscienza e scrupolo, è possibile pervenire ad una decisione equa. Mi auguro che questo Corso possa dare ai più giovani elementi di studio ma anche di riflessione ed approfondimento di una materia

che “piace” e pare semplice ma non lo è affatto se affrontata con professionalità.