

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI VERBANIA E FORO VERBANESE

II CONVEGNO NAZIONALE

IL DIRITTO DI FAMIGLIA MATERIA IN EVOLUZIONE

**SABATO 19 OTTOBRE 2002
RELAZIONE DELL'AVV. GIULIA FACCHINI**

***I PROGETTI DI RIFORMA –ORDINAMENTALE E PROCESSUALE
E SOSTANZIALE- DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E MINORILE, LUCI
ED OMBRE ANCHE ALLA LUCE DELL'ARTICOLO 111 DELLA
COSTITUZIONE E DELLA SENTENZA DELLA CORTE
COSTITUZIONALE N. 1 DEL 2001***

Prima di passare alla disamina critica dei due progetti di legge in discussione alla Commissione Giustizia della Camera, quello intitolato: *“Misure in materia di diritto dei minori”* individuato come progetto C2517 collegati” e quello intitolato: *“Nuove norme in materia di separazione di coniugi e affidamento condiviso dei figli”* individuato come progetto C66 e collegati ritengo opportuno verificare con voi -de jure condito- quali siano i problemi costituzionali sul tavolo, problemi che le riforme annunciate dovrebbero -in teoria- risolvere, unitamente a quelli ordinamentali e sostanziali.

Partirò quindi dalla nuova formulazione dell'articolo 111 Costituzione, introdotto con legge Costituzionale n..... del..... per

apprezzarne la ricaduta sul processo civile ed in particolare sulle procedure familiari e minorili.

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:

- **co1."***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***"**.

Questi due commi, a differenza di quelli successivi che si applicano soltanto al processo penale, 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, proprio perché l'affanno e il malcostume quotidiano spesso ci portano a dimenticarlo, 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;

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 tempestivamente avanzato per i **procedimenti camerali indirizzati ad incidere su diritti o status, relativamente ai quali diviene certamente sospetta di illegittimità l'esistenza di modelli processuali** le cui scadenze 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 rischia 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 verifichino 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 non ha ritenuto, sino ad ora, applicabile ai provvedimenti aventi natura intrinsecamente cautelare, perlopiù attinenti alla materia familiare, la disciplina in oggetto, salvo quanto successivamente vedremo circa la pronuncia della Corte Costituzionale.

Mi riferisco ad esempio, **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".*

Per quanto attiene invece alle procedure camerali minorili, che incidono su diritti e status, la situazione è ancora più complessa:

In breve sulla giurisprudenza delle Corti di Appello -Sezioni per la Famiglia e per i Minorenni- precedenti la pronuncia della Corte

Costituzionale di cui parleremo oltre.

Voglio ricordare, tra le altre, la pronuncia del 4-25 gennaio 2000, nella procedura di v.g. 277/1999, nella quale la Corte di Appello di Torino, 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 hanno proseguito imperterriti, come ben sapete, nelle prassi perniciose di emettere provvedimenti di urgenza “inaudita altera parte”, ad esempio per l'allontanamento di un minore, senza termine di durata e senza provvedere alla tempestiva conferma o

modifica in contraddittorio.

Per quanto riguarda poi il problema dei reclami ho rinvenuto tre pronunce: 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 disciplina del cautelare uniforme risulterebbe applicabile, anche prima della sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale alle procedure camerali 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”.

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 “.

Sulla ragionevole durata dei processi che il quarto assunto posto dall'Articolo 111 Costit mi astengo perché parlarne ci porterebbe troppo lontano.

A questo punto dobbiamo esaminare, sempre prima di affrontare i progetti di legge il disposto **DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 1 DEL 2002**, per verificare quali novità, sul quadro sopra delineato, derivino da tale pronuncia.

Vi premetto che purtroppo si tratta di una sentenza interpretativa di rigetto che quindi da delle indicazioni chiare e circostanziate ma non modifica, come invece sarebbe stato opportuno in omaggio al principio della certezza del diritto, il dettato legislativo.

La sentenza in esame è' stata emessa sulla base di due ordinanze di rimessione -poi riunite-, una della Corte di Appello di Genova, Sezione Minorenni in data 20 dicembre 2000 e una della Corte di

Appello di Torino sempre Sezione per la Famiglia e per i Minorenni in data 18 dicembre 2000, che invocavano la pronuncia di incostituzionalità per vari ordini di motivi.

- **Nel primo gruppo di questioni i giudici a quo lamentano:**

1. L'incostituzionalità del combinato disposto degli articoli 739 e 136 del codice di procedura civile nella parte in cui: *“secondo un asserito diritto vivente risultante dall'interpretazione accolta dal Tribunale che ha deciso in primo grado –prevederebbe la comunicazione del decreto del tribunale- in particolare nei procedimenti ablativi o modificativi della potestà- con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria anziché con la notificazione mediante consegna al destinatario in copia conforme all'originale nelle forme dell'articolo 137 cpc”*. La differenza della comunicazione, in particolare per chi come Voi risiedete distante dalla sede del Tribunale per i Minorenni fa la differenza rispetto all'effettività del diritto alla difesa, considerato che il termine di impugnazione dei provvedimenti camerali è di soli dieci giorni.
2. L'incostituzionalità del combinato disposto degli articoli 739 e 741 cpc nella parte in cui prevedono che il termine per il reclamo decorra dalla comunicazione del decreto con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria anziché dalla notificazione nelle forme dell'articolo 137 cpc.

La Corte risolve le questioni ritenendole **inammissibili** affermando che la legittimità Costituzionale è salvaguardata interpretando le norme nel senso più garantista e quindi prevedendo:

- (a) che il decreto sia notificato integralmente ai destinatari
- (b) che il termine per il reclamo decorra appunto dalla notifica della copia integrale del decreto.

Vi segnalo al proposito che il Tribunale per i Minorenni pare essersi adeguato, anche su sollecitazioni della Procura Minorile, a tale prassi.

- **Il secondo gruppo di questioni** prospetta profili di incostituzionalità dell'articolo 336 codice civile, che disciplina appunto la forma ordinaria del procedimento ablativo o modificativo della potestà, relativi:

- (a) alla mancata previsione che nei procedimenti in esame sia sentito anche **l'altro** genitore precludendogli così la possibilità di intervenire nel procedimento relativo ai doveri e diritti dell'inadempiente in tema di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli
- (b) alla mancata previsione che sia sentito il minore.

Anche questa questione viene dichiarata **inammissibile** perché si afferma che - **e questo è un punto molto importante e gravido di conseguenza pratiche**- essendo entrata a tutti gli effetti in vigore in Italia, con legge 27 maggio 1991 n. 176, la Convenzione sui diritti del Fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989 che quindi oggi ha nell'ordinamento interno *"efficacia imperativa"*, *la norma del 336 andrà integrata dalla previsione della Convenzione **che postula appunto come obbligatoria l'audizione di tutti gli interessati compreso il minore** (Art.)*

VEDI CONVENZIONE DI NEW YORK. (trascrivere articolo)

D'altra parte aggiunge la Corte: *“Della fondatezza di queste conclusioni fornisce recente conferma l'articolo 37 comma 3 della legge 26 aprile 2001 n. 149 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184 recante “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori nonché al titolo VIII del libro primo del codice di procedura civile”, sopravvenuta all'ordinanza, anche se non ancora efficace. La norma ha aggiunto nell'articolo 336 c.c. un quarto comma ai sensi del quale:*
“ Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti i genitori e il minore sono assistiti da un difensore anche a spese dello stato nei casi previsti dalla legge” *ed è evidente come essa presupponga che entrambi i genitori e il minore siano “parti” nel procedimento di cui all'articolo 336 c.c. e in quanto parti abbiano diritto di avere notizia del procedimento e di parteciparvi”.*

Insomma il combinato disposto tra l'articolo 336 c.c. e la Convenzione di New York crea una nuova ipotesi di litisconsorzio necessario tra entrambe i genitori e il minore.

- Vediamo ora il **terzo gruppo** di questioni di costituzionalità, che riguardano il 336 terzo comma c.c., che prevede: *“In caso di urgente necessità il Tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio”.* Vi renderete conto che questo articolo è l'Oscar della violazione del principio della terzietà del giudice.....

I profili di incostituzionalità sollevati, ma altri a mio parere ve ne sono, riguardano due aspetti:

- (a) Il fatto che il provvedimento temporaneo –ad esempio di allontanamento del minore- assunto inaudita altera parte, abbia durata illimitata,
- (b) che non sia previsto l'obbligo, di sentire gli interessati, genitori e anche il minore, entro trenta giorni dall'emissione.

E' ovvio infatti che un provvedimento urgente di durata illimitata vanifica il diritto di difesa e il contraddittorio nella fase processuale successiva.

La Corte dichiara la questione **inammissibile** e **-facendo una affermazione di enorme** portata rispetto ai procedimenti che ci occupano oggi- afferma: *"il giudice a quo -pur dubitando che la disciplina del provvedimento urgente in materia di potestà genitoriale sia conforme ai parametri evocati- non ha valutato la possibilità di dare alla norma impugnata una interpretazione idonea a porla al riparo dei dubbi costituzionali. In particolare non ha verificato se il procedimento in esame, attesa la sua natura cautelare, rispetto a quello ordinario di cui al secondo comma del medesimo articolo, non possa ritenersi assoggettato alla disciplina del procedimento cautelare uniforme dettata dagli articoli 669 bis e s.s. cpc, applicabile, in quanto compatibile, a tutti i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile (art. 669 quaterdecies), con la conseguenza che il provvedimento urgente previsto dalla norma impugnata dovrebbe ritenersi regolato dal secondo e terzo comma dell'articolo 669 sexies".*

Eureka!!!! Direbbe lo zio Paperone, sembra tutto risolto, la Corte Costituzionale ha affermato che il Cautelare Uniforme è applicabile

sempre se non si vuole violare la costituzione e quindi tutti i nostri procedimenti cautelari in materia di famiglia e minori sono regolati dagli articoli 669 e seguenti cpc.

In realtà non è così perché questa sentenza lascia scoperto almeno un grosso problema.

Chi è competente a giudicare sul reclamo?

Al momento si rinvencono soltanto tre sentenze tra l'altro relative ad un periodo precedente l'emissione della pronuncia Costituzionale.

La Corte di Roma con la sentenza del 4 agosto 1995 (*in Dir. Fam.* 1996, pag. 1393): ha sostenuto “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".

La Corte di Appello dell'Aquila con sentenza 25 maggio 1999 (*in Famiglia e Diritto n. 4/1999 pag. 360*) invece ha affermato "nondimeno ritiene la Corte che la competenza a decidere del reclamo proposto contro un provvedimento cautelare emesso dal tribunale in composizione collegiale, appartenga non alla Corte di Appello, quale giudice superiore - come affermato dalla Corte di

Roma - ***bensi 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..."***

Il risultato è quello di una inaccettabile incertezza del diritto a fronte della quale la scelta -se mi permettete un po' vigliacca- della Corte di pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto laddove con le stesse motivazioni poteva emettere una pronuncia interpretativa di accoglimento, lascia in realtà i problemi irrisolti. Resta quanto mai opportuno quindi un intervento legislativo.

Vediamo quindi infine che cosa ci propone il legislatore del 2002 per risolvere i problemi di Costituzionalità ma anche i gravi problemi ordinamentali, processuali e sostanziali della materia familiare e minorile.

Anche qui dobbiamo fare una breve carrellata su quanto accadeva nella scorsa legislatura prima di affrontare la situazione odierna.

1. I progetti esaminati nella scorsa legislatura: Progetto Lucidi, Bozza Scoca: indirizzi politici e processuali
- A. Il testo del Comitato ristretto della Camera, il cosiddetto **Progetto Lucidi**, avente ad oggetto: "*Nuove norme in materia di separazione e divorzio*" prevedeva **modifiche sostanziali** alla

separazione ed al divorzio quali: l'affidamento congiunto, l'abolizione dell'addebito, l'equiparazione dell'assegno di separazione a quello divorzile, l'assegnazione della casa familiare "*di preferenza*" al coniuge affidatario tenendo conto, della assegnazione, nella liquidazione del contributo al mantenimento, la liquidazione di un assegno di divorzio unicamente con funzione assistenziale, aggiungeva garanzie per i crediti alimentari, specificava le norme regolanti l'attribuzione della pensione di reversibilità, del trattamento di fine rapporto, e indicava il momento di scioglimento della comunione nell'autorizzazione a vivere separati.

Nello stesso progetto, con metodologia a mio modo di vedere criticabile, venivano introdotte **modifiche processuali** pur senza il coraggio di rinnovare l'impianto processuale che mostra gravi carenze e problemi di coordinamento. Le modifiche possono così riassumersi: competenza al giudice monocratico anziché al Collegio, introduzione del "rito ambrosiano", unificazione del rito della separazione e del divorzio, eliminazione della possibilità di ottenere modifiche in corso di causa se non per le pattuizioni relative ai figli.

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

entrambi i genitori.

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

- B. La **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”* si è mossa con un diverso spirito ed ha affrontato il problema innanzitutto sotto il profilo appunto ordinamentale.

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

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

- Costituzione e validità del matrimonio civile, separazione dei coniugi, scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio
- Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi
- Rapporti di filiazione

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

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

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

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

Seguiva una **seconda sezione** dedicata alla *“modifica e unificazione dei procedimenti di separazione e divorzio”* ove non si adottava il rito ambrosiano (la partecipazione di Alfio Fionocchiaro alla Commissione ha lasciato il segno), ma al contrario si

fissavano finalmente le modalità ed i termini per il passaggio dalla fase presidenziale a quella di merito, adottando il rito in vigore ad esempio a Torino.

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

Nella sezione terza invece, con apprezzabile sforzo dettava una disciplina processuale in sostituzione degli articoli da 336 a 342 del codice civile. Nella bozza si trovano molti spunti poi ripresi dalla legge sull'adozione. In particolare **l'articolo 1** fissava i criteri per la redazione del ricorso, ricalcando sostanzialmente quelli posti dalla legge 74/87 per il ricorso per divorzio. Stabiliva che il Presidente entro 3 giorni dovesse fissare l'udienza di comparizione e nominare il giudice istruttore, imponeva la notifica di ricorso e decreto ad istanza di parte, ed i termini di comparizione, stabiliva per la prima volta il principio, poi promulgato dalla legge sull'adozione che *“Le parti private non possono stare in giudizio senza l'assistenza di un difensore nominato di ufficio in caso di inerzia degli interessati”*.

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

prevede:

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

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

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

Se viene disposta una consulenza tecnica d’ufficio, alle parti deve essere comunicata, a pena di nullità, la data dell’inizio delle operazioni, avvertendola della possibilità di nominare propri

consulenti.

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

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

Segnalo anche la reintroduzione dell'articolo 339 che tenuto conto del disposto della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, divenuta legge in Italia in virtù della ratifica, prevede, dettandone le forme, l'audizione obbligatoria o facoltativa dei minori.

Richiamo da ultimo il nuovo testo dell'articolo 340 che stabilisce tra l'altro che il reclamo avverso i provvedimenti si effettua secondo le forme dell'articolo 739 e anticipando le argomentazioni di Corte Costituzionale n. 2 del 2002 stabilisce normativamente che il testo del decreto deve essere notificato in forma integrale alle parti perché possa decorrere il termine per l'impugnazione.

Nella sezione quarta **la bozza tratteggia in modo apprezzabile una nuova disciplina dell'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori, disciplina in parte ripresa dalla proposta di legge sulla riforma del diritto di famiglia e dei minori con le modalità molto più succinte ed incomplete, che poi vedremo.**

Per l'esecuzione dei soli provvedimenti relativi l'affidamento dei minori sancisce la competenza del giudice che ha emesso il provvedimento il quale, Art. 3 deve emanando l'ordine di esecuzione indicare i tempi e le modalità di attuazione, dare incarico agli organi ausiliari dell'esecuzione (servizio sociale o organi di polizia anche giudiziaria), specificandone i compiti di assistenza e di attuazione coattiva in caso di inottemperanza. Interessante la disposizione dell'articolo 8 che prevede la condanna a pagare una somma da £ 500.000 a £ 2.000.000 contro chi non ottempera alle disposizioni sull'affidamento.

Entrambe le proposte di legge, sulle quali si è abbondantemente quanto inutilmente discusso nella scorsa legislatura, contengono a mio parere degli spunti interessanti ma peccano di atecnicismo e soprattutto risentono della mancanza di sistematicità nell'affrontare la cosiddetta "*architettura di sistema*" del diritto di famiglia e minorile che necessiterebbe di un intervento complessivo e sistematico collegato con il complessivo sistema della giustizia civile.

La bozza Scoca poi, essendo una proposta ministeriale, inserisce nella riforma del diritto sostanziale e processuale una riforma ordinamentale inaccettabile in quanto basata su valutazioni non verificabili dei carichi di lavoro.

Tenete presente che l'avvocatura nei suoi organismi rappresentativi si

è sempre battuta per ottenere dati statistici attendibili e trasparenti e per basare su questi dati qualunque proposta di riordino dell'ordinamento giudiziario. Ad esempio il Piemonte, ove ci sono ben 17 tribunali distrettuali, è da tempo nel mirino del Ministero per la soppressione di alcune sedi ma la questione è delicata in quanto proprio i piccoli tribunali sono quelli che più si avvicinano al cittadino. In un recente comunicato dell'OUA si legge: *“Trasformare i tribunali distrettuali in sezioni distaccate di tribunale, amputando quindi la Procura o creando Tribunali commerciali distrettuali o sezioni specializzate per la famiglia e per i minorenni allontana ancora di più la giustizia dal territorio”*.

C. I progetti presentati nella attuale legislatura: riforma ordinamentale del Tribunale per i minorenni, affidamento condiviso, riforma del nuovo CPC,

- Disegno di legge recante misure urgenti per la riforma del diritto di famiglia e dei minori -Atto parlamentare C 2517 presentato dal Governo in data 14 marzo 2002 e progetti concorrenti (894,1485,1887,2119,308,315,816,2088,2703)

Trattasi di una riforma prevalentemente e eminentemente ordinamentale che mostra una assoluta mancanza di disegno politico alla base.

La famiglia è in profonda crisi le separazioni toccano punte del 50% e sono in costante aumento.

I minori sono allo sbando aumentano i reati di pedofilia, i maltrattamenti, gli abusi, il disinteresse (vedi l'ultima pubblicità del telefono azzurro con l'adolescente che mendica affetto).

A fronte di un tale panorama il governo, riprendendo in parte il disegno della bozza Scoca (perché cambia la bandiera ma i problemi della riforma ordinamentale sono sempre gli stessi), risponde creando un contenitore, la sezione specializzata per la famiglia e per i minorenni, dimenticando totalmente il contenuto.

Gli avvocati apprezzano che sia prevalsa dopo un dibattito durato un decennio la soluzione della sezione specializzata su quell, sbandierata perlopiù dai giudici minorili, del Tribunale della famiglia.

Noi sappiamo che tale opzione è tesa a resa a recuperare alla giurisdizione ordinaria e quindi al rito contenzioso tutta la materia, con recupero delle garanzie processuali in particolare sancite dal 111.

Tuttavia mi pare che l'opzione sia un po' radicale. A mio personale parere, all'interno dell'Aiaf le posizioni sul punto sono discordi, la soppressione della figura dei giudici onorari anche come componenti del collegio, che si evince dagli articoli 3 e 4 rischia di fare perdere preziosi contributi alla valutazione prognostica delle situazioni che coinvolgono i minori sia nelle separazioni che nei provvedimenti ablativi o limitativi della potestà per non parlare delle adottabilità e delle adozioni.

Afferma al proposito la Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia in un documento del maggio scorso:"//

Tribunale per i Minorenni, proprio in quanto a composizione mista, ha degli strumenti per comprendere i bisogni del bambino e garantirgli una reale tutela, sotto il profilo della crescita fisica, psicologica e affettiva. Non si può dimenticare infatti che il minore è una persona in evoluzione, e proprio per questo in continua trasformazione; ciò implica necessariamente un'attività qualificata e non occasionale, di supporto al giudice togato. Solo un affiancamento continuativo permette infatti al giudice togato di leggere le trasformazioni nel tempo e di modulare adeguatamente gli interventi a tutela, funzione che una Consulenza tecnica d'ufficio, per sua natura e modalità non permette di assolvere”.

Personalmente condivido il fatto che alla componente onoraria venga tolto il compito di svolgere le istruttorie, compito conferito da una circolare del C.S.M. a fronte dell'enorme mole di lavoro che grava sui Tribunali per i minorenni, trovo potenzialmente pericolosa la perdita di contributi esperienze interdisciplinari nel momento della decisione. Non è di questa opinione Finocchiaro il quale in un articolo di commento apparso su Guida al Diritto afferma: *“Con riferimento poi alle fattispecie più complesse, che richiedono obiettivamente particolari approfondimenti ed indagini circa una determinata situazione di fatto che coinvolge soggetti di età minore, nulla si oppone perché la sezione si avvalga del potere di nominare un consulente tecnico il quale sarà in grado di offrire un aiuto, ai magistrati togati, ben più mirato e concreto di quello dato dagli esperti*

presenti in camera di consiglio, ma all'oscuro della realtà che si cela dietro gli scritti difensivi.”

Altra argomentazione usata da Finocchiaro a sostegno della sua tesi è quella che nelle separazioni e nei divorzi si sia provveduto efficacemente alla tutela dei minori pur senza la componente onoraria.

Per quanto riguarda le materie trasferite richiamo preventivamente la Vostra attenzione sul fatto, che non sono stata capace di verificare, che ci sono ben 55 tipologie di interventi civili relativi a minori demandate al T.M.

L'articolo 2 della proposta di legge demanda alle sezioni specializzate : *“Tutte le controversie di competenza del tribunale per i minorenni in materia civile, nonché quelle attualmente devolute al giudice tutelare e al tribunale ordinario in materia di rapporti di famiglia e minori”.*

Vorrei vedere con Voi brevemente quali sono almeno le principali competenze civili del T.M. per verificare la compatibilità dei compiti ipotizzati con la nuova Sezione per la Famiglia e per i Minorenni tenuto conto della concreta organizzazione degli uffici giudiziari e dei carichi di lavori che tutti noi ben conosciamo.

- 1) 317 bis, affidamento nelle famiglie di fatto
- 2) 330 decadenze potestà
- 3) 333 limitazione potestà

- 4) dichiarazione giudiziale di paternità
- 5) 250 autorizzazione di riconoscimento
- 6) dichiarazione di adottabilità
- 7) idoneità all'adozione internazionale
- 8) affidamento
- 9) adozione nazionale
- 10) adozione in casi particolari
- 11) autorizzazione al matrimonio
- 12) aggiunte di cognome

A mio parere le procedure elencate da 1 a 5 e 10-12 possono agevolmente essere gestite dalla Sezione specializzata del Tribunale ordinario perché procedure prevalentemente contenziose mono o plurilaterali.

Ho invece delle fortissime perplessità sull'attribuzione della competenza per le adottabilità e per le adozioni nazionali e internazionali e per l'affidamento familiare alla Sezione specializzata. Tale passaggio comporterebbe, a mio modo di vedere, la perdita di un bagaglio di esperienza che si è formata in anni di lavoro presso l'ufficio adozioni.

Vediamo ora nel dettaglio la struttura della proposta di legge:

Art. 1 Come abbiamo già detto, cosa significa Sezione Specializzata se manca la componente onoraria? Sono sezioni a cui viene di

preferenza affidato il compito di trattare le questioni familiari e minorili, come si evince dal secondo comma e specializzato è usato impropriamente.

Art. 2 “....*Sono attribuite alle sezioni specializzate le controversie*”. Il termine controversia presuppone un giudizio contenzioso e noi sappiamo che ad oggi molti procedimenti avanti al T.M. sono considerati o sono effettivamente non contenziosi.

Art. 3 Stabilisce i requisiti necessari per essere magistrati presso la sezione specializzata della famiglia e dei minori. In particolare al punto b si parla della partecipazione a convegni dibattiti etc. andrebbe introdotta a mio modesto parere una seria valutazione psico attitudinale per evitare il rischio, in una materia così ricca di aspetti emotivi, di avere giudici non equilibrati.

Art. 4 Tratteggia la composizione (collegiale) della sezione specializzata del Tribunale e della Corte di Appello, affermando al secondo comma che giudica in composizione collegiale. Tale affermazione lascia aperti molti dubbi sul tipo di rito che deve essere adottato, contenzioso o camerale? Sulla questione del rito tornerò più avanti.

Art. 5 Istituisce un ufficio specializzato anche per il Pubblico Ministero, presso i Tribunali dove sono costituite le sezioni specializzate. Tale iniziativa mi pare lodevole in quanto il contributo della Procura minorile è tradizionalmente un contributo attento e competente mentre non altrettanto si può dire dei pareri dei P.M. per

le questioni trattate dal Tribunale ordinario. Tale riforma pare tanto più opportuna se si considera che a seguito del 111 Costit, il principio della terzietà del giudice non potrà più essere violato e quindi l'iniziativa del P.M. in tutti quei casi in cui giungono segnalazioni ad esempio dai servizi è requisito indispensabile.

Già ora al T.M. le segnalazioni passano tutte dalla Procura e l'ufficio del Giudice di Turno è stato smantellato dal Tribunale e costituito presso la Procura della Repubblica.

L'art. 6 modifica l'art. 73 del Regio decreto del 1941 indicando tra le attribuzioni del P.M. anche la possibilità di richiedere alle Sezioni Specializzate per la famiglia e per i Minorenni, nei casi di urgenza, i provvedimenti che ritiene necessari. Al P.M. viene poi attribuita la competenza per l'esecuzione dei provvedimenti del Giudice.

Art. 7 della legge delega incarica il Governo di emanare entro 180 giorni uno o più decreti con i quali individuare i Tribunali e le Corti di Appello presso i quali istituire le sezioni specializzate rideterminando gli organici sia delle nuove sezioni specializzate che dei T.M. che rimangono in funzione per il penale. A questo proposito vi segnalo un altro grave problema descritto dal Vaccaro e confermato dalla Dott. De Marco. Ai T.M. dovranno rimanere assegnati, per il solo penale, non meno di 5 giudici (uno per le indagini preliminari, due per l'udienza preliminare e due per il dibattimento). I carichi di lavoro del penale minorile non giustificano questo impiego di risorse e pertanto, salvo ricorrere all'applicazione avremo dei giudici semi-disoccupati.

Al contrario, considerato che nel 2001 il T.M. di Torino ha emanato oltre 2.500 provvedimenti e che pendono quasi 4.000 fascicoli, immaginate, considerando un carico di 300/400 fascicoli per giudice quanti magistrati servirebbero effettivamente alla sezione specializzata considerato di sommare ai fascicoli minorili ai circa 10.000 fascicoli ordinari. La divisione dà 50 giudici!!!! E noi sappiamo che non avremo mai tanti magistrati assegnati alla sezione.

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

A questi servizi, sono affidati compiti:

- a. di assistenza all'esecuzione di provvedimenti di consegna dei minori;
- b. di vigilanza degli obblighi di fare contenuti nei provvedimenti di affidamento dei minori;
- c. di verifica sui rapporti familiari!!!!!!!!!!!!!! Questo ultimo incarico io mi auguro sia sfuggito alla penna del redattore della legge delega perché se così non fosse chiederei immediatamente la cittadinanza afgana, certa di trovarmi in un paese più democratico. Leggendo anche il secondo comma ci si rende conto infatti che il servizio non vigila su incarico del giudice, il che sarebbe ammissibile, ma vigila per segnalare al giudice i

casi meritevoli di tutela. Viene quindi introdotta la figura del Tutore della famiglia che su incarico pubblico può venire a verificare a casa di ciascuno di noi che cosa capita. Questa disposizione, così come redatta è inaccettabile.

Art. 9 Stabilisce un meccanismo apparentemente comodo e corretto, ma nella realtà folle ed inattuabile, di passaggio delle controversie alle Sezioni Specializzate. I fascicoli passano d'ufficio entro 180 giorni dalla determinazione degli organici. Tuttavia le parti costituite hanno facoltà di presentare un ricorso in riassunzione, in questo caso il Presidente fissa l'udienza per la prosecuzione del giudizio dandone, bontà sua, comunicazione alle parti!!!! Non sto ad illustrarvi il caos in cui piomberemmo perché siete perfettamente in grado di immaginarlo. La facoltatività del ricorso in riassunzione è ridicola tenuto anche conto che, l'entrata in vigore della seconda parte della legge sull'adozione renderà obbligatoria la difesa tecnica anche per il minore in tutti i procedimenti avanti al Tribunale per i minorenni, quindi tutte le parti, al momento dell'entrata in vigore della riforma dovrebbero essere assistite da un difensore!!!

Gli articoli da 10 a 14 tratteggiano poi, con struttura analoga a quella adottata dalla bozza Scoca, la riforma della separazione. La prima osservazione è che il divorzio è stato bellamente

dimenticato e quindi non si sa cosa accadrà quel che è certo che non si realizzerà l'auspicata unificazione del rito.

In particolare: **l'articolo 10** riforma il 706 cpc stabilendo innanzitutto la competenza della Sezione Specializzata (del luogo di residenza o domicilio del convenuto o del Tribunale viciniore). Spariscono tutti i criteri subordinati di competenza territoriale indicati dalla legge 74/87 quali in caso di irreperibilità o residenza all'estero il Tribunale di residenza del ricorrente ed in caso di residenza all'estero di entrambi qualunque tribunale della Repubblica.

Il secondo comma indica poi i requisiti del ricorso, ponendo alcuni criteri a mio parere di rilevante novità.

Due sono i punti meritevoli di approfondimento: l'e) dove si parla di indicazione tassativa dei mezzi di prova. Su questa disposizione tornerò commendando l'articolo 14, e il punto f) che stabilisce che il ricorrente debba indicare *“un programma relativo alla crescita dei figli, con particolare riferimento alle scelte relative alla educazione scolastica e culturale, alla abitazione, alle esigenze economiche, di salute e sportive”*.

Questa norma certamente risente degli echi dell'altro progetto quello sull'affidamento condiviso laddove, all'articolo 1, che modifica il 155 del codice civile stabilisce: *“Anche dopo la separazione personale dei genitori, il minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno*

di essi, ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi ed ha diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

Il dato positivo che si può cogliere da questi indirizzi è quello che, prendendo atto che non esiste più un modello unico di famiglia come era ai tempi della compilazione del nostro codice, **ma diversi modelli familiari derivati dalla libera contrattazione delle coppie**, demanda al Giudice di approfondire la reale e concreta situazione di quella famiglia per adattare, anche in caso di mancato accordo, il modello separativo, sia sotto il profilo della relazione genitori-figli che sotto quello economico, **alla concreta realtà di quel nucleo**. Questa trasformazione, che dovrebbe superare il modello dell'affidamento alla mamma e del regime di visita che noi chiamiamo standard, potrebbe a mio parere essere coltivata anche senza una riforma legislativa e potrebbe consentire il concreto superamento di una serie di conflitti che ad oggi appaiono irrisolvibili. Certamente tale soluzione implicherebbe lo sforzo da parte di noi avvocati di approfondire aspetti che non sempre emergono prima facie nei colloqui con i nostri clienti e di esporli al magistrato e comporterebbe per il giudice un tempo maggiore per approfondire, in sede presidenziale il modello familiare sul quale si trova a giudicare.

L'articolo 11, che modifica il 707 cpc costituisce una grave violazione dell'articolo 111 Costit e ci fa tornare indietro di trent'anni rispetto alla sentenza della Corte Costituzionale n.

151 del 1971 che sanciva appunto l'illegittimità costituzionale dell'art. 707 laddove impediva l'assistenza di difensori.

Art. 12 modifica il 708 cpc

1. L'articolo 708 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente:

*"Art. 708 - (Provvedimenti del presidente) - All'udienza di comparizione il presidente, verificata la regolarità del ricorso introduttivo, procede a sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, procurando di conciliarli. Se i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione. Se il coniuge convenuto non compare, o la conciliazione non riesce, il presidente verifica la regolarità del ricorso introduttivo e della sua notificazione e, se ne rileva la nullità, ne dispone la rinnovazione entro il termine perentorio di venti giorni. La rinnovazione sana i vizi. Gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento del deposito del ricorso. Il presidente chiede alle parti se intendono raggiungere un accordo consensuale o discutere la causa. Se i coniugi intendono definire la separazione nella forma consensuale, il presidente concede un termine per perfezionare l'accordo e **fissa una successiva udienza** per la lettura delle condizioni di separazione e la pronuncia del decreto di*

omologazione.

*Le parti hanno facoltà di presentarsi all'udienza con le condizioni già predisposte e con l'istanza di homologazione. Il presidente, anche d'ufficio, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole. Il presidente nomina il giudice istruttore e fissa la prima udienza di trattazione, concedendo al convenuto un termine sino **a dieci giorni** prima entro il quale potrà costituirsi depositando memoria difensiva.*

*L'ordinanza con la quale il presidente fissa l'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore è notificata a cura dell'attore al convenuto non comparso, **nel termine perentorio stabilito nell'ordinanza** stessa, ed è comunicata al pubblico ministero.*

*La memoria difensiva deve contenere, a pena di nullità, le circostanze di cui ai numeri 1), 2), 3), 4), 5) e 7) del terzo comma dell'articolo 706, concernenti il ricorso introduttivo **e, a pena di decadenza, le eventuali domande riconvenzionali**. Se risulta **assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla e l'integrazione impedisce ogni decadenza.***

Il giudice, rilevata la nullità della memoria di costituzione ai sensi del decimo comma, fissa al convenuto un termine perentorio di

dieci giorni per rinnovarla; la rinnovazione sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali dell'atto. Se si verificano mutamenti nelle circostanze, l'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore, a norma dell'articolo 177".

In generale, anche questa proposta rigetta il rito ambrosiano ed adotta quello sabaudo introducendo un meccanismo legislativo di passaggio tra la fase Presidenziale e quella di merito. In tale senso devono leggersi i **commi 6,7,8.**

Comma 3: va bene l'introduzione di un termine per la rinnovazione del ricorso, se affetto da nullità e della notifica. Gli errori del difensore, che normalmente restano a carico della parte, qui, considerato l'interesse tutelato vengono scusati e rimediati, anche per il convenuto come si rileva dal comma 8.

Non va bene il **comma 4.** il rinvio ad una successiva udienza per la consensuale è un inutile aggravio di tempi.

Comma 9: sana definitivamente la diatriba tra le disposizioni della separazione e quelle del divorzio in materia di modificabilità dell'ordinanza Presidenziale, sancendo la modificabilità solo in presenza di **fatti nuovi.**

Art. 13 abroga l'articolo 709 ma **l'art. 14** introduce chissà perché il 709 bis.

Questa **norma è fondamentale** perché tratteggia il rito delle separazioni apparentemente sottraendole alla applicazione del rito ordinario. Dico apparentemente perché se noi esaminiamo il D.D.L. n. 2229 “Modifiche urgenti al codice di procedura civile” ci rendiamo conto che anche qui la novella del 1995 viene emendata rendendo il giudizio più snello ed in particolare rendendo la fissazione dell'udienza di 183 non più obbligatoria ma ad istanza di parte (art. 6), eliminando il primo 184 cpc e l'udienza di precisazione conclusioni.

Art. 709-bis - *(Trattazione della causa) - Il giudice istruttore ascolta le parti e decide sull'ammissibilità dei mezzi di prova, fissando l'udienza per l'audizione dei testi e per l'assunzione degli ulteriori mezzi di prova.*

Al termine dell'istruzione, il giudice rimette la causa al collegio per la decisione, invitando le parti alla immediata precisazione delle conclusioni, ovvero entro un termine non superiore a venti giorni, a mezzo di atto depositato in cancelleria. In caso di mancato deposito, si intendono proposte le conclusioni di cui ai rispettivi atti introduttivi; le comparse conclusionali devono essere depositate entro il termine, prorogabile una sola volta su istanza delle parti costituite, di sessanta giorni dalla rimessione della causa al collegio e le memorie di replica entro i venti giorni successivi. Il giudice istruttore concede altresì, su richiesta delle parti,

l'integrazione delle prove in presenza di fatti, conosciuti o sopravvenuti, degni di rilievo.

Osservazioni: il rito prescelto pare abbastanza snello e nello stesso tempo rispettoso del contraddittorio, la discussione pare orale perché il G.I ascolta le parti ed ammette le prove che devono essere tassativamente dedotte nel ricorso e nella comparsa di costituzione. (E' facile immaginare che, come per l'applicazione della novella ci saranno molte resistenze in punto decadenze) la precisazione conclusioni si fa con atto da depositare in cancelleria, in mancanza si intendono d'ufficio richiamate le conclusioni già proposte (c'era bisogno di scriverlo in una norma?) .

All'ultimo comma il sistema delle decadenze già vacilla visto che il giudice istruttore può concedere termine per l'integrazione delle prove anche su fatti già conosciuti ma degni di rilievo.

Sempre l'articolo 14 introduce il 709 ter che prevede la discussione in camera di consiglio e la lettura immediata del dispositivo. Questa disposizione mi lascia molto perplessa per l'inutile aggravio di tempo a nostro carico (quante ore passate al T.M. ad attendere la fine della camera di consiglio) e per l'impatto emotivo sulle parti di una tale procedura.

La legge delega finisce così e dimentica tre punti fondamentali, il rito di tutte le altre questioni devolute alla competenza delle sezioni specializzate, la disciplina dei provvedimenti di urgenza e quella della impugnazioni.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE:

Criticabile è la scelta di effettuare una riforma ordinamentale che non tenga conto nel complesso dei problemi della amministrazione della giustizia; la scelta di non ampliare l'organico costringe ad una politica della "coperta corta" che ormai è inaccettabile.

LA PROPOSTA DI LEGGE SULL'AFFIDAMENTO CONDIVISO

E' una proposta di legge per un giurista inintelligibile ed incommentabile. Si tratta di una summa psico-socio-filosofica sulla separazione del mulino bianco, che risente in modo incurabile della sua provenienza.

D'altra parte l'onorevole Tarditi che se ne è fatto promotore da atto che la proposta accoglie le indicazioni della associazione Crescere insieme ossia dei padri separati.

Farò un brevissimo esame della proposta anche perché voci di corridoio provenienti dalla Commissione giustizia danno il progetto per già cassato.

Prima di passare al commento delle norme relative all'affidamento condiviso, avvalendomi degli scritti -documenti ed articoli- apparsi sull'Osservatorio, la rivista dell'Aiaf n. 1 del 2002, vorrei fare una premessa psico-sociale a proposito della separazione e dei suoi effetti sui figli.

- Una famiglia unita e felice è una condizione di benessere e di felicità per un bambino

- La separazione segue alla presa d'atto che in una famiglia, purtroppo, non ci sono più le condizioni per essere felici insieme.
- Di fronte a questo evento doloroso e sconvolgente per i figli, i terapeuti affermano unanimi che l'unica garanzia per restituire al minore la possibilità di "rifondare" un ordine affettivo e relazionale è costituito dal garantirgli una stabilità di riferimenti certi che operino da freno al disorientamento che comunque l'evento comporta ed ai pericoli ad esso connessi.
- Di conseguenza e per venire al testo del progetto, la proposta di introdurre norme che pongano ai coniugi separati l'onere di mantenere vicine le loro abitazioni, che limitino la possibilità per il coniuge convivente con il minore di trasferire la propria residenza, che prevedano il preventivo accordo dei genitori sulle iniziative e le scelte per gli interventi ordinari e straordinari per il minore, quelle sulla sede e l'indirizzo scolastico sulle attività extra scolastiche e su ogni altra questione rilevante per lo sviluppo psico fisico del minore, **che prevedano la possibilità che il giudice autorizzi l'installazione di un collegamento telematico con la casa del minore per assicurare al genitore non convivente un continuo contatto con il minore**, che prevedano che i provvedimenti provvisori ed urgenti siano assunti dopo l'espletamento dell'istruttoria che indichino come sistema di mantenimento quello diretto e per capitoli di spesa da parte di entrambi i genitori (io pago il nuoto e tu le merendine, io le bollette

pro quota e tu l'abbigliamento), denuncia subito la palese violazione di più di una norma costituzionale oltre che costituire il presupposto di una litigiosità incontenibile.

A parere dell'AIAF l'affidamento esclusivo offre al minore quella stabilità di vita e di riferimenti necessari ad evitare lo smarrimento: il minore deve cioè sapere non solo quale è il genitore cui deve fare quotidianamente riferimento, ma anche quale è il genitore che ha l'autorità di assumere delle decisioni per lui, pena la pericolosissima deriva e deresponsabilizzazione, che può porre il minore nella convinzione di poter "giocare" con la separazione dei suoi genitori.