

***Consiglio dell'Ordine
degli avvocati di Casale Monferrato***

**“ Il nuovo rito del contenzioso
familiare e l'affidamento condiviso. Le
riforme del diritto di famiglia viste
dagli avvocati**

Mercoledì 24 ottobre 2007

A cura di Giulia Facchini

INDICE

1. **I PRESUPPOSTI: IL GIUSTO PROCESSO**
 - L'ordinanza della Corte di Cassazione sulla competenza
 - Competenza e rito dei procedimenti ex articolo 148 c.c.2.
2. **LA LEGGE 149 DEL 2001 NELLE SUE PARTI PROCESSUALI**
 - Procedure adottabilità
 - Procedure ex articoli 317 bis- 330-333 e 336
 - L'avvocato del minore
- **LA DIFESA TECNICA**
 - Difesa tecnica e procedure di separazione
3. **LA COMPETENZA ED IL RITO DEI PROCEDIMENTI
RELATIVI AI FIGLI NATURALI**
 - Rito per le procedure ex articolo 317 bis (provvedimenti urgenti anticipatori)

IMPORTANZA DELLA GIURISDIZIONE E DEL PROCESSO

*“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**”.*

Giusto processo art. 111 Costituzione

- Il nuovo processo giusto deve garantire quelle **condizioni minime** di legalità che sono: il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà e l'imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo.

IL CONTRADDITTORIO

SI REALIZZA CON L'EGUAGLIANZA E LA PARI DISPONIBILITA' DEGLI STRUMENTI PROCESSUALI DI AZIONE E DIFESA.

Quindi ciascuna delle parti in lite deve avere eguali possibilità di influire sulla formazione del convincimento del giudice chiamato a dirimere la controversia. E' di fondamentale importanza che si attribuisce a tutte le parti il diritto di **farsi ascoltare da un giudice** indipendente, terzo ed imparziale, prima che questi pronunci la propria decisione

GIUSTO PROCESSO E DIFESA TECNICA

«la difesa tecnica che si attua per mezzo di un avvocato legalmente esercente e munito di procura, è il profilo di maggior rilievo della difesa in senso "formale" ed è condizione quasi sempre necessaria ma non da se sola sufficiente, per l'instaurazione del contraddittorio

L'ordinanza n. 8362 della Cassazione del 3 aprile 2007

RIPARTIZIONE DI COMPETENZE TRA T.M E T.O

L'ordinanza n. 8362 della Cassazione

La legge 54 del 2006 applicabile anche ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'articolo 317 bis c.c. il quale, innovato nel suo contenuto precettivo (con l'inserimento dei contenuti tutti di cui agli articoli 155 e seguenti c.c.), continua a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicchè la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale, spetta al Tribunale per i Minorenni in forza dell'articolo 38 primo comma disp. Att in parte qua non abrogato neppure tacitamente dalla novella..

L'ordinanza n. 8362 della Cassazione

- *La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e dell'affidamento del figlio da un lato, e di quelle economiche inerenti il loro mantenimento dall'altro, prefigurata dai novellati articoli 155 e s.s c.c., ha peraltro determinato –in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati o meno, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del **principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo** –una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio”*

L'ordinanza n. 8362 della Cassazione

- il 155 c.c. riassume l'articolo 317 bis
- il 317 bis è di competenza del t.m. in forza dell'articolo 38 disp att che non è stato modificato.
- Vi è in ogni caso necessità di evitare disuguaglianze anche processuali tra figli legittimi e naturali.
- Per principio “concentrazione tutele” che deriva dal disposto sul giusto processo ed ha a che fare con la ragionevole durata
- **ATTRAZIONE DELLA COMPETENZA PER LE QUESTIONI ECONOMICHE AL T.M.**

PERTANTO

- La procedura relativa all'esercizio della potestà ed all'affidamento dei figli naturali alla cessazione della coppia di fatto, nonché la contestuale liquidazione del contributo al mantenimento dei figli naturali e l'emanazione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, sono in forza della ordinanza della Cassazione n. 8362 del 3 aprile 2007, di competenza del Tribunale per i Minorenni del circondario ove risiede il minore.

ARTICOLO 148 C.C

- **Concorso negli oneri:** *"I coniugi (esteso ai genitori conviventi), devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo...."*
- *In caso di inadempimento il Presidente del Tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento e l'istruzione e l'educazione della prole.*

ARTICOLO 148 C.C

- *Il decreto notificato agli interessati ed al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti ed il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica.*
- *L'opposizione è regolata dalle norme relative all'opposizione al decreto di ingiunzione in quanto compatibili.*

E' ANCORA POSSIBILE ESPERIRE LA PROCEDURA EX ARTICOLO 148? **SI**

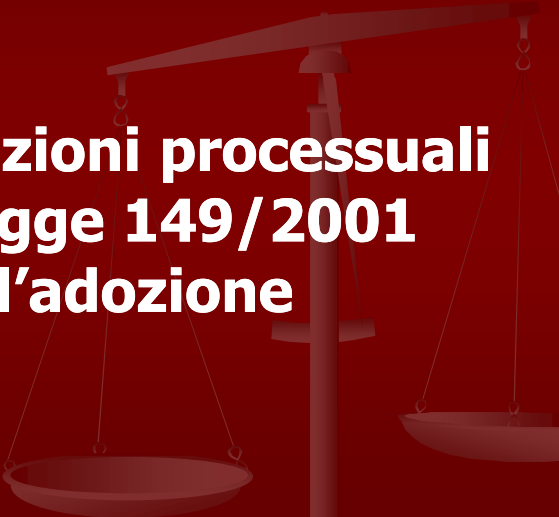
- **CHI È IL GIUDICE COMPETENTE?** Grazia Domanico in www.minoriefamiglia.it
- *"Mi sembra peraltro non possano esservi dubbi sul fatto che, in base ad una corretta interpretazione dell'ordinanza, permanga la competenza del Tribunale Ordinario ai sensi dell'art. 148 c.c. nel caso siano proposte dai genitori non coniugati esclusivamente domande di natura economica **che non implicino peraltro una modificazione dello stato di fatto con riferimento alle condizioni di vita del figlio ed alle relazioni tra lo stesso e i genitori.***
- *Contrasterebbe, infatti, con il 2° comma dell'art. 38 disp. att. c.c., non espressamente abrogato, prevedere una competenza funzionale del tribunale per i minorenni in relazione alle sole domande di carattere economico".*

E' ANCORA POSSIBILE ESPERIRE LA PROCEDURA EX ARTICOLO 148? **SI**

- **Elisa Ceccarelli** in: www.minoriefamiglia.it *La competenza del T.M. per i provvedimenti personali e patrimoniali nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati.*
- *"Il T.M. ha quindi piena competenza a decidere sull'affidamento e sulla misura e il modo di mantenimento, nonché sulla casa, quando le domande sono proposte insieme.*
- *Si deve invece ritenere che rimanga di competenza del tribunale ordinario, ai sensi dell'articolo 148 c.c. la domanda avente ad oggetto soltanto i provvedimenti patrimoniali, senza che venga messo in discussione l'affidamento del figlio (e il regime di visite)*
- **ERGO ATTENZIONE ALLE DOMANDE RICONVENZIONALI CHE POSSONO FARE VENIRE MENO LA COMPETENZA DEL T.O. (CHE SPOSTA ANCHE LA COMPETENZA PER TERRITORIO PER I TRIBUNALI CIRCONDARIALI**

E' ANCORA POSSIBILE ESPERIRE LA PROCEDURA EX ARTICOLO 148? **SI**

- **Padalino:** in *"Affidamento e mantenimento dei figli, l'inestricabile nodo gordiano"*
- ***Riprendendo il discorso della concentrazione delle tutele conclude che:***
 - *".....al di fuori della connessione con domande di affidamento dei figli naturali, competente a conoscere in via autonoma, sia delle domande relative al mantenimento dei figli minori, sia alla domanda relativa alla condanna del genitore naturale al rimborso delle spese sostenute per il suo mantenimento dall'altro genitore, è, secondo le regole generali, il Tribunale ordinario¹⁰.*



Le disposizioni processuali della legge 149/2001 sull'adozione

Legge 149 del 2001: PROCEDURA DI ADOTTABILITA'

- **Articolo 8 quarto comma:** *“Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall’inizio con l’assistenza **legale del minore** e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2° dell’articolo 10”.*
- **Articolo 10 secondo comma:** *All’atto della apertura del procedimento sono avvertiti i genitori o in mancanza i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore . Con lo stesso atto il Presidente del Tribunale per i Minorenni li invita a nominare un difensore (anche per il minore o a quello ci pensa il tribunale?) e li informa della nomina di un **difensore di ufficio** per il caso che essi non vi provvedano”.*

**Legge 149 del 2001:
PROCEDURA DI ADOTTABILITA'**

- Articolo 10 punto 2 seconda parte:
- *"Tali soggetti (genitori e parenti entro il quarto grado), **(e il minore attraverso il suo avvocato?)** assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice."*

**RITO PER I PROVVEDIMENTI DI URGENZA
NELLE PROCEDURE DI ADOTTABILITA'**

- **Art. 10 comma 3:** *Il Tribunale può disporre in ogni momento e fino all'affidamento preadottivo ogni opportuno provvedimento provvisorio nell'interesse del minore.*
- QUESTA DISPOSIZIONE E' GRAVISSIMA E CERTAMENTE INCOSTITUZIONALE AI SENSI DELL'ARTICOLO 111.
- IL GIUDICE NON E' TERZO ED IMPARZIALE PERCHE' ASSUME LUI L'INIZIATIVA CHE DOVREBBE ESSERE DEL P.M.

RITO PER I PROVVEDIMENTI DI URGENZA NELLE PROCEDURE DI ADOTTABILITA'

- **Art. 10 comma 4:** *In caso di urgente necessità i provvedimenti di cui al comma precedente possono essere adottati dal Presidente del Tribunale per i Minorenni o da un giudice da lui delegato*
- **(NB) È UNO DEI POCHI CASI DI COMPETENZA FUNZIONALE DEL PRESIDENTE DI UN ORGANO COLLEGIALE O DI UN SUO DELEGATO!!!**

RITO PER I PROVVEDIMENTI DI URGENZA NELLE PROCEDURE DI ADOTTABILITA'

- **Art. 10 comma 5.** *Il tribunale, entro 30 giorni deve confermare, modificare, o revocare i provvedimenti urgenti, assunti ai sensi del comma 4. Il tribunale provvede in camera di consiglio con l'intervento del P.M., sentite tutte le parti interessate ed assunta ogni necessaria informazione.*
- **QUALE SANZIONE SE NON LO FA? O NON LO FA NEI TERMINI? QUALI POSSIBILITA' DI REAZIONE HA IL DIFENSORE DEI GENITORI O DEL MINORE?**

RITO PER I PROVVEDIMENTI DI URGENZA NELLE PROCEDURE DI ADOTTABILITA'

- **Art. 10 comma 5:** *Deve essere sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento*
- (E TE CREDO E' PARTE, CI MANCHEREBBE CHE NON POTESSE FORMULARE LE PROPRIE ISTANZE)
- *FORSE LA NORMA VUOLE DIRE CHE IL MINORE DEVE ESSERE SENTITO PERSONALMENTE? -*

LE PROCEDURE DE POTESTATE AVANTI AL TRIBUNALE PER I MINORENNI

- **Difesa tecnica obbligatoria ai sensi dell'articolo 336 c.c.**
- Articolo 37 3° comma **(che ha modificato gli articoli 330-333-336)**, "i genitori e il minore sono assistiti da un difensore, anche a spese dello stato nei casi previsti dalla legge".

A QUALI PROCEDURE SI APPLICA L'ARTICOLO 336 C.C.?

- 330 C.C PACIFICO
- 333 C.C. PACIFICO (MENO PACIFICI SONO I RAPPORTI TRA 333 (LIMITAZIONE POTESTA PARENTALE) E PROVVEDIMENTI RELATIVI ALL' ESERCIZIO DELLA POTESTA' DI COMPETENZA DEL GIUDICE ORDINARIO **VEDI DOSSIER SPECIALE in Famiglia e minori di Guida al Diritto n.7 del 2007 (luglio e agosto)**

A QUALI PROCEDURE SI APPLICA L'ARTICOLO 336 C.C.?

- **317 BIS c.c. ?**
- La Cassazione Sezioni Unite: sentenza 6220 del 1986, riportarono l'articolo 317 bis allo schema di cui all'articolo 336 c.c.
- Segnala tra gli altri M.G. Ruvo -Camera Minorile di Roma- in **Famiglia e minori di Guida al Diritto n.6 del 2007 (giugno)** che, l'applicabilità di tale rito ai procedimenti di 317 bis suscita qualche perplessità perchè il 336 prevede che la legittimazione attiva sia non solo ai genitori ma anche al pubblico ministero e ai parenti, il che significherebbe che a norma di legge le "separazioni" nelle coppie di fatto potrebbero divenire pacificamente dei procedimenti multilaterali e potrebbero essere promossi non solo dai genitori dei minori ma anche dai nonni e dal P.M:

DIFESA TECNICA NELLE PROCEDURE EX ART. 317 BIS

- Nelle procedure relative all'affidamento dei figli naturali – ed alla contestuale liquidazione del contributo al loro mantenimento nonché per l'assegnazione della casa coniugale- a seguito della cessazione della coppia di fatto ai sensi del novellato articolo 336 c.c., applicabile anche alle procedure di cui all'articolo 317 bis, **ENTRAMBI I GENITORI ED IL MINORE SONO ASSISTITI DA UN DIFENSORE, ANCHE A SPESE DELLO STATO NEI CASI PREVISTI DALLA LEGGE"**

PACIFICA APPLICAZIONE A 317 BIS

■ TRIBUNALE PER I MINORENNI DI MILANO

- Proc. N. _____ R. Gen. Contenzioso
- IL PRESIDENTE
Visto il ricorso ai sensi degli artt. **155 - 317 bis** c.c. depositato il _____ da _____ Con l'assistenza del difensore avv. _____ presso il cui studio ha eletto domicilio.
NOMINA giudice delegato _____
DISPONE che il ricorso e il presente decreto siano notificati a cura del ricorrente alla controparte entro il _____ con termine a quest'ultima fino al _____ per eventuale replica.
DISPONE la comparizione delle parti avanti al giudice delegato presso questo Tribunale, via Leopardi 18, terzo piano, per l'udienza del giorno _____
INVITA le parti a produrre entro l'udienza di comparizione le dichiarazioni dei redditi relative agli ultimi _____ anni, salvo accordi sulle questioni economiche
COMUNICA alle parti che nel presente procedimento la difesa tecnica è obbligatoria e che, sussistendo i limiti di reddito e i presupposti di cui agli artt. 75 e 76 DPR 115/2002 la parte non abbiente può essere assistita a spese dello Stato da un difensore, con istanza da depositare ai sensi degli artt. 76, 78 e 124 presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. Si comunichi via fax al _____ ricorrente e al P.M. in sede

DIFFERENZE TRA ADOTTABILITA' E ALTRE PROCEDURE

- Per la declaratoria di adottabilità il Tribunale nomina ai genitori o agli altri parenti un difensore d'ufficio. Non si sa chi nomini e come venga nominato il difensore del minore
- Nelle altre procedure camerali è obbligatoria la difesa tecnica anche per il minore ma non è prevista la difesa d'ufficio.

PROBLEMI

- Come si formano gli elenchi dei difensori di ufficio avanti al T.M.?
- VEDI LETTERA DEI PRESIDENTI DEI TRIBUNALI PER I MINORENNI E DEI PROCURATORI DELLA REPUBBLICA PRESSO TALI ORGANI SUL SITO
- www.minoriefamiglia.it
- Chiedono un rinvio paventando la nullità di tutti i procedimento in corso.

PROBLEMI

- Come e chi forma un numero congruo di avvocati che possa assistere le parti ma soprattutto i minori nelle procedure di potestate avanti al tribunale per i Minorenni?
- T.M. Torino circa 3.500 fascicoli pendenti
- Calcolando anche solo due parti da assistere per ogni fascicolo si tratta di 7.000 posizioni processuali da

PROBLEMI

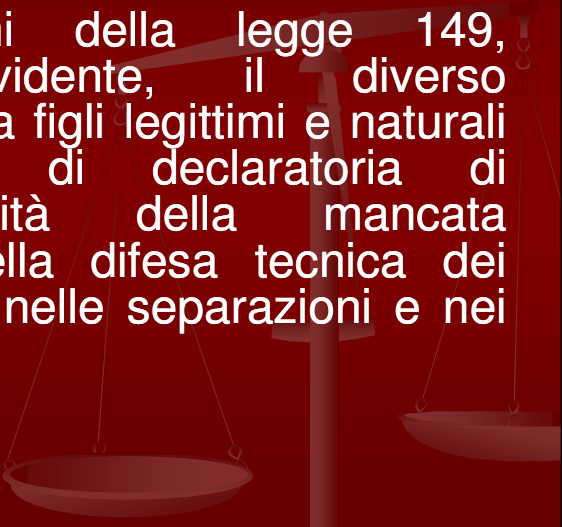
- E infine sono stati stanziati i denari che occorrono per pagare a noi le parcelle per tutti questi gratuiti patrocinii?



AVVOCATO DEL MINORE



LA DIFESA TECNICA E L'AVVOCATO DEL MINORE

- Le previsioni della legge 149, rendono evidente, il diverso trattamento tra figli legittimi e naturali con rischio di declaratoria di incostituzionalità della mancata previsione della difesa tecnica dei minori anche nelle separazioni e nei divorzi.
- 

L'AVVOCATO DEL MINORE

- Grazia Cesaro – vice presidente della Camera Minorile di Milano - ha dedicato un articolo alla riflessione sul tema domandandosi tra l'altro come si potrà, sia in caso di ascolto del minore, che di sua assistenza legale, «individuare l'interesse del minore senza eccedere in paternalismi o sentimentalismi e dunque ricercare questo interesse secondo una valutazione oggettiva e non soggettiva evidenziata dagli americani con il termine "the child's legal interest" (...) ovvero individuare interessi che, al di là della espressa volontà del minore potranno comunque essere perseguiti dall'avvocato quale il suo benessere, il diritto di crescere all'interno della propria famiglia» e ancora si chiede «se vi siano poi altri interessi peculiari che il difensore dovrà comunque perseguire quali il principio della minore offensività del processo, di esaustività delle informazioni fornite al suo assistito, di particolare competenza per potersi relazionale al proprio assistito e soprattutto di temperamento della conflittualità o di vera e propria mediazione, ove possibile» .

L'AVVOCATO DEL MINORE

- E' una figura già nota nei paesi di Common Law
- Negli Stati Uniti ad esempio, ove vi è una esperienza ormai trentennale in tema di rappresentanza dei minori
- le associazioni nazionali maggiormente rappresentative degli avvocati specializzati nel diritto di famiglia e minorile la *National Association of Counsel for Children (NACC)* e la *American Bar Association (ABA)*, da tempo dibattono sul diverso ruolo dell'avvocato curatore speciale (the attorney/GAL), noto anche come modello ibrido, ed il modello dell'avvocato in senso tradizionale (*the traditional attorney*).
- Nel primo caso l'avvocato ha completa autonomia e libertà nello scegliere l'interesse del minore nel secondo è vincolato alle direttive del cliente che può essere il minore o il suo curatore. Dalla scelta dell'uno ovvero dell'altro modello discende una particolareggiata codificazione degli standard di comportamento nello svolgimento del mandato».

L'AVVOCATO DEL MINORE

- Mestitz e Colamussi, *Il difensore per i minorenni*, Roma, 2003, «E' infatti evidente come sia di particolare importanza la capacità dell'avvocato di sviluppare una competenza comunicativa e relazionale che gli permetta di interagire con il proprio assistito ma, anche di dialogare con la famiglia, collaborare con i servizi (...) sviluppando con tutti questi soggetti un rapporto di collaborazione sinergica anziché di contrapposizione».

L'AVVOCATO DEL MINORE

- Gulotta, *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile, Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Milano 2003, «la formazione dell'avvocato minorile deve prefiggersi questi obbiettivi: una maggiore comprensione dei fenomeni personali ed interpersonali soprattutto con riferimento alle problematiche minorili, l'approfondimento del ruolo del giurista relativamente ai suoi mezzi, ai suoi scopi, ai suoi limiti, l'esame dei rapporti con altre professioni, la promozione di capacità introspettive nei rapporti intrapersonali tali da valutare le risposte appropriate sia in senso interpersonale sia in senso giuridico, l'aumento della consapevolezza del significato etico della propria professione».

LA DIFESA TECNICA NELLE PROCEDURE DI SEPARAZIONE



ART. 707 , 1° comma

OBBLIGATORIETA' DELL'ASSISTENZA LEGALE

Art. 82 c.p.c.: *"Le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o l'assistenza di un difensore" "Salvo i casi i cui la legge dispone altrimenti, davanti al Tribunale ed alla Corte di Appello le parti debbono stare in giudizio con il ministero di un procuratore legalmente esercente".*

La legge dispone diversamente negli artt.:

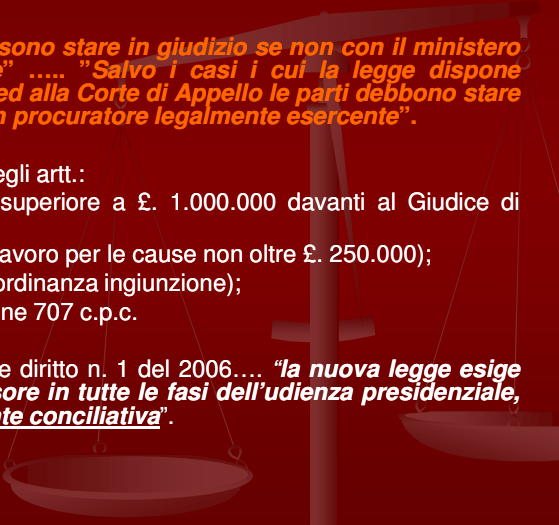
82, 1° co (cause di valore non superiore a £. 1.000.000 davanti al Giudice di Pace);

417 (difesa personale nel rito del lavoro per le cause non oltre £. 250.000);

art. 23 L. 689/81 (opposizione all'ordinanza ingiunzione);

ed inoltre nella vecchia formulazione 707 c.p.c.

Secondo Tommaseo in Famiglia e diritto n. 1 del 2006.... **"la nuova legge esige la costante presenza del difensore in tutte le fasi dell'udienza presidenziale, ivi compresa quella propriamente conciliativa"**.



Art. 707 1° comma c.p.c., in relazione all'articolo 711 c.p.c.

Da un punto di vista sistematico, l'art. 711 c.p.c., che disciplina la separazione consensuale, è situato nel capo I del Titolo Secondo, unitamente alle norme che riguardano la separazione giudiziale venendo così a formare un *quid unicum*: anche nella attuale formulazione, l'articolo 706 c.p.c. riconferma come la "domanda di separazione personale", si propone con ricorso, senza distinguere se trattasi di giudiziale o consensuale.

DIFESA TECNICA E SEPARAZIONE CONSENSUALE

- NE CONSEGUE CHE ANCHE NELLE SEPARAZIONI CONSENSUALI E' OBBLIGATORIA L'ASSISTENZA O LA RAPPRESENTANZA DI UN AVVOCATO.
- TALE TESI SEMPRE SOTENUTA DALLE AUTRICI E' TANTO PIU' VALIDA OGGI IN BASE AL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA VISTO CHE E' DIVENTATA OBBLIGATORIA L'ASSISTENZA LEGALE, SENZA DISTINZIONI TRA PROCEDIMENTI GIUDIZIALI O CONSENSUALI PER LA SEPARAZIONE PARAONIUGALE

UNA BUONA NOTIZIA ANTE ENTRATA IN VIGORE LEGGE 149/2001

Il Presidente del tribunale di Ivrea dichiara "irricevibili" i ricorsi per separazione consensuale presentati dalle parti personalmente con la seguente motivazione:

A seguito della modifica dell'articolo 707 cpc introdotta dal Decreto competitività ed applicabile a tutti i procedimenti iniziati dopo il 1° marzo 2006: *"i coniugi debbono comparire personalmente avanti al Presidente con l'assistenza di un difensore". Tale norma è applicabile quale che sia la separazione richiesta dai coniugi giudiziale o consensuale.*

L'obbligatorietà dell'assistenza del difensore importa che anche il ricorso per separazione consensuale debba essere sottoscritto da un procuratore legalmente esercente, soltanto attraverso il quale le parti possono stare in giudizio (cfr articolo 82 cpc).

Pertanto, contrariamente a quanto consentiva il previgente testo dell'articolo 707 cpc non è possibile che nella separazione consensuale i coniugi possano stare in giudizio personalmente

PQM dichiara irricevibile il ricorso per separazione consensuale presentato in data dai signori

LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE

- Che cosa fare di fronte ad un verbale di separazione consensuale sottoscritto senza l'assistenza dei difensori?
- **ATTO DI CITAZIONE PER LA DECLARATORIA DI NULLITÀ DEL DECRETO DI OMOLOGAZIONE DI UNA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE

CONCLUSIONI

- Voglia il Tribunale Ill.mo, respinta ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione,
- NEL MERITO
- **In via principale:**
- accertare e dichiarare la nullità del ricorso per separazione consensuale depositato dalle parti in data ... in quanto privo della procura al difensore ex articoli 125 e 156 cpc. e conseguentemente dichiarare nulli tutti gli atti successivi compreso il decreto di omologa emesso dal Tribunale di ... in data
- ordinare all'Ufficiale di Stato Civile del comune competente di provvedere alle annotazioni di legge.
- Con vittoria di spese, diritti ed onorari di giudizio, oltre ad Iva e Cpa 2%, per i seguenti
- Ai sensi del DPR n. 115/2002, si dichiara che il valore della controversia è indeterminabile, con applicazione, ai fini del pagamento del contributo unificato, della lettera c dell'art. 13.
- Si producono:
 - 1) ricorso introduttivo
 - 2) verbale di separazione consensuale omologato dal Tribunale di Torino in data

DIFESA TECNICA E UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- La dottrina. Cipriani: «All'udienza avanti al presidente i coniugi debbono comparire personalmente, ma con l'assistenza del difensore.
E' quindi venuto definitivamente meno l'ostracismo per i difensori che ora possono senz'altro assistere la parte (...).

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- **M. Finocchiaro**, è venuta meno la norma che obbligava e nel contempo consentiva ai coniugi di comparire senza l'assistenza dei difensori e pertanto non può che trovare applicazione la regola generale per la quale davanti ai tribunali le parti devono stare in giudizio con il ministero di un avvocato legalmente esercente (art. 83, terzo comma, c.p.c.). Quindi ognuno dei coniugi, quando viene sentito dal presidente non solo può, ma deve essere assistito dal proprio difensore.

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- **Graziosi** Per parte mia, riterrei preferibile un'interpretazione più elastica di queste disposizioni, che preservi il potere del presidente, se lo ritiene, di ascoltare e di tentare la conciliazione dei coniugi senza la presenza dei difensori
- «Al contrario, l'obbligo del presidente di ascoltare i difensori prima di emanare la cd. ordinanza presidenziale introdotta dalla riforma, costituisce a mio avviso, un giusto rafforzamento del diritto di difesa delle parti. Non è nemmeno il caso di ribadire quale straordinaria importanza rivestano i provvedimenti presidenziali nella dinamica dei processi di separazione e divorzio, basti solo ricordare che da come sono modulate queste misure dipende sovente il pieno e proficuo esercizio della genitorialità da parte di entrambi i genitori nelle more del giudizio, e che l'ordinanza presidenziale gode di un particolare regime di stabilità, consistente nel protrarsi della sua efficacia anche in caso di estinzione del giudizio di merito, sino all'eventuale instaurazione di un nuovo processo (189 disp. att. c.p.c.)

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- Pannuccio Dattola, la funzione di garanzia prevista dall'art. 707 c.p.c. si realizza non già nel divieto di audizione dei coniugi presenti non assistiti dal difensore, ma nel considerare non comparso il coniuge non assistito, per cui a quest'ultimo va notificata l'ordinanza presidenziale ai sensi dell'articolo 709 c.p.c.

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- Cipriani secondo cui «ognuno dei coniugi non solo può ma deve essere assistito dal suo difensore, con la precisazione che qui il problema non sta nello stabilire se il presidente possa escludere dall'udienza il convenuto comparso senza il difensore, ma anche nell'aver chiaro che le eventuali dichiarazioni di tale convenuto, in quanto rese da una parte non assistita dal difensore, non possono mai essere utilizzate contro di lui».

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- Salvaneschi. «Nel nuovo testo la presenza del difensore diventa a tutti gli effetti obbligatoria, sancendo con chiarezza la natura giurisdizionale della fase in esame. Ne deriva che, mentre l'attore che è a tutti gli effetti già costituito, dovrà presenziare all'udienza affiancato dal proprio difensore, il convenuto, anche se non ancora costituito, non potrà che presentarsi all'udienza stessa anch'egli accompagnato dal proprio difensore, come qualunque altro convenuto nei processi che si svolgono davanti al Tribunale».

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- **Salvaneschi** Sono allora da valutare, le conseguenze della comparizione del coniuge convenuto privo di difensore. A me sembra che la nuova previsione normativa, debba portare per lo meno ad un rinvio dell'udienza, in cui venga formulato un invito esplicito al convenuto comparso senza difensore di presentarsi nuovamente alla successiva udienza munito della necessaria assistenza tecnica. Questo rinvio, consentito dalla previsione dell'ultimo comma dell'articolo 707 c.p.c e 4, comma 7°, l. div., per l'ipotesi in cui il convenuto non compaia all'udienza presidenziale, cui l'ipotesi del convenuto comparso senza la necessaria assistenza tecnica mi sembra assimilabile, darebbe modo di sanare il difetto di assistenza e di garantire al contempo i diritti difensivi del convenuto.

LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

- **Tommaseo:** «Mentre in passato si riteneva che il convenuto potesse partecipare personalmente all'udienza presidenziale anche senza avvalersi dell'assistenza di un difensore, il legislatore sembra ora esigere che tale assistenza sia necessaria: soluzione rigorosa ma a mio avviso palesemente inopportuna. Si noti, infatti, che l'audizione del convenuto non assistito dal difensore può comunque avvenire applicando i principi generali: invero il presidente potrebbe "sentire" il convenuto nell'esercizio del proprio potere ufficioso di assumere informazioni e, ancora, è noto che, secondo la giurisprudenza, è possibile l'interrogatorio libero anche della parte contumace (Cass. n. 2818/1982)».
- «Tuttavia, di fronte al tenore letterale della norma, dubito possa ancora sussistere la facoltà di consentire al convenuto di addivenire alla conciliazione senza l'assistenza del difensore. In via di cauta ipotesi, e allo scopo di favorire il buon esito dell'udienza presidenziale anche quando il convenuto vi compare senza l'assistenza d'un difensore, si potrebbe consentire al convenuto di accettare di farsi rappresentare dal difensore dell'attore:



**IL RITO
DEI PROCEDIMENTI
RELATIVI AI FIGLI DI
GENITORI NON
CONIUGATI**

Tribunale per i minorenni di Torino

Collegio presieduto da Dott. Castellani
presidente f.f,

- La competenza sulle questioni di carattere patrimoniale collegate al mantenimento dei figli a seguito della cessazione della convivenza continua a fare capo al tribunale ordinario
- La riforma della legge 54 attiene al piano sostanziale della legge 54 perché non ha modificato l'articolo 38 disp at.

Tribunale per i minorenni di Torino

Collegio presieduto da Dott. Castellani
presidente f.f.

- “La tesi contraria d'altronde si scontra con la **grave difficoltà di individuare il rito che si dovrebbe ipoteticamente seguire nei procedimenti del Tribunale per i minorenni**, tenuto conto della peculiarità della composizione di tale organo e che i riferimenti contenuti nelle succinte disposizioni dell'articolo 336 c.c. non consentono di strutturare un giudizio di carattere contenzioso, le previsione di vere e proprie sentenze di condanna, le modalità di esecuzione delle stesse”.

IL RITO

- Indipendentemente da quale sarà il giudice competente indicato dalla Cassazione si pone il problema del rito. Non si può pensare che si applichi in caso di competenza del giudice ordinario il rito delle separazioni in cui è previsto il peculiare tentativo di ri-conciliazione, anche perché questo porterebbe ad una sostanziale equiparazione tra famiglia legittima e di fatto sin'ora evitata da tutti i legislatori –di qualunque colore politico-
- SE MANCA IL RITO NOI DOBBIAMO PRIMA VERIFICARE CHE NON VI SIA ALTRO ISTITUTO NEL NOSTRO ORDINAMENTO APPLICABILE IN VIA ANALOGICA

IL RITO: M.G. Domanico

- La disciplina della separazione dei coniugi (art. 706 e seg. c.p.c.) non è applicabile alla cessazione della convivenza di fatto, come già ricordato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 166 del 1998, evidenziando che l'assenza di un procedimento specularmene corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di **politica legislativa** ma non determina la violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 24 e 30 della Costituzione).
- Vi è da dire anche che le lacune della specialità di un rito (in questo caso quello che si svolge avanti ai tribunali per i minorenni ex artt. 336 c.c. -737 c.p.c.) non possono essere colmate con un richiamo ad altro rito speciale, bensì con il riferimento alle norme del processo ordinario di cognizione "in quanto compatibili". (cfr. Cass. N. 15100 del 16.7.2005)

IL RITO: M.G. Domanico

- Il Tribunale per i Minorenni è un tribunale specializzato, che opera con il rito camerale, rito che appare peraltro compatibile con l'applicazione di talune norme processuali introdotte con la L. 54.
- Potranno dunque essere utilizzati dal Tribunale per i Minorenni i poteri istruttori del giudice della separazione, compreso accertamenti tramite la Polizia Tributaria sui poteri di ascolto del minore; con il consenso delle parti si potrà rinviare o sospendere il procedimento – non strutturato in calendari di udienze fisse -per consentire un percorso di mediazione.

IL RITO: M.G. Domanico

- E' applicabile da parte del Tribunale per i Minorenni l'art. 709 ter c.p.c. Il giudice minorile pertanto potrà non solo ammonire il genitore inadempiente o infliggere una sanzione a suo carico, ma anche disporre il risarcimento del danno in favore del genitore danneggiato dal comportamento dell'altro o disporre analogo risarcimento in favore dello stesso minore. Mentre ritengo che non si pongano problemi processuali, per il tribunale per i minorenni, con riferimento all'ammonimento e anche alla sanzione amministrativa

IL RITO: M.G. Domanico

- Non sono applicabili le disposizioni dell'art. 708, 4° comma c.p.c. introdotte dall'art. 2 c. 1° della legge n. 54 sulla reclamabilità della ordinanza presidenziale, che presuppongono che una ordinanza presidenziale vi sia e che quindi il processo si sia svolto nelle forme di cui agli artt. 706 e seg. c.c.4
- Sul punto è bene ricordare che il tribunale per i minorenni non ha la figura del giudice istruttore e che qualsiasi provvedimento, anche di natura istruttoria, deve necessariamente essere assunto collegialmente.

PROVVEDIMENTI PROVVISORI ED URGENTI

- **LUCIANO SPINA**, sostiene per i procedimenti ex art. 317 bis c.c. otrebbero individuarsi due fasi processuali, sul modello del procedimento di separazione personale
- Durante la fase sommaria, dopo l'audizione degli interessati da parte del Presidente del Tribunale, svolti gli accertamenti indispensabili... a istanza di parte o d'ufficio ex art. 155 sexies c.c e disposta l'audizione del minore, il collegio emetterà i provvedimenti temporanei e urgenti relativi all'affidamento dei figli, al loro mantenimento e all'assegnazione della casa familiare, secondo la previsione di cui all'art. 336 comma 3 c.c. e, contestualmente, fisserà il prosieguo dell'istruttoria dinanzi a un giudice relatore (talí provvedimenti provvisori non potranno essere monocratici in quanto non consentiti nei procedimenti di potestà e risulteranno certamente reclamabili dinanzi alla Corte di Appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c.). esaurita la fase ordinaria dinanzi al giudice relatore... il tribunale .. emanerà i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, al loro mantenimento e all'assegnazione della casa familiare ai sensi degli artt. 155 e seg. c.c. e 317 bis c.c. in via definitiva.”.

TENIAMOLO D'OCCHIO

- Procedura urgente con competenza monocratica per il provvedimento e collegiale per la conferma, modifica e revoca da effettuare entro 30 giorni
- Articolo 10 comi 4 e 5 legge 14972002

IL RITO SECONDO LA FACCHINI

- CAUTELARE UNIFORME
- E' UN RITO SNELLO E VELOCE, RISPETTOSO DEL CONTRADDITTORIO E COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMO AI SENSI DELL'ARTICOLO 111 COSTITUZIONE
- ARTICOLO 669-*quaterdecies* afferma che le procedure del cautelare uniforme sono applicabili «ai provvedimenti previsti in questo capo, nonché in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali».

CAUTELARE UNIFORME

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

CAUTELARE UNIFORME

- Il primo autore che ha ipotizzato l'applicabilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. anche avanti al Tribunale per i Minorenni è, a quanto consta, Finocchiaro, in *Guida al diritto*, n. 11, 2006, p. 52, il quale, pur ipotizzando la competenza del T.M. unicamente per le questioni relative all'affidamento ed al regime di visite, afferma che: «Anche con specifico riferimento a quest'ultima ipotesi, (delle questioni devolute in ogni caso alla competenza del T.M.), deve ritenersi che le parti possano chiedere l'adozione di provvedimenti di urgenza ex articolo 700 c.p.c., con la particolarità che, avverso i provvedimenti emessi dal T.M., in forza del comma 4 dell'articolo 38 disp. att., il reclamo cautelare si propone davanti alla sezione di Corte di Appello per i Minorenni».

CAUTELARE UNIFORME

- l'utilizzo della procedura ex art. 700 c.p.c. nei procedimenti avanti al T.M. non è una novità. App. Roma, 4 agosto 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 1393; App. Roma, 10 maggio 1993, in *Dir. fam. pers.* 1996, p. 1387; App. L'Aquila 25 maggio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 360, secondo le quali la disciplina del rito cautelare uniforme risulta pacificamente applicabile alle procedure camerali minorili.

CAUTELARE UNIFORME

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

CAUTELARE UNIFORME

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

CAUTELARE UNIFORME

- **Competenza per materia e territorio.** Sotto questo profilo, sia che si tratti di richiesta di provvedimento *ante causam* o in corso di causa, nulla cambia tra le due procedure, essendo per entrambe competente il T.M. del circondario di residenza del minore o in caso di competenza del T. O il Tribunale di residenza del minore.
- **Competenza funzionale:** l'art. 669-*quater*, comma 2°, c.p.c. prevede una competenza funzionale del Presidente per i provvedimenti richiesti *ante causam* e del Giudice Istruttore per quelli richiesti in corso di causa, nulla questo dunque nel caso in cui la competenza sia del Tribunale ordinario

CAUTELARE UNIFORME

- SE LA COMPETENZA FOSSE DEL T.M. CHE EX ARTICOLO 38 DISP ATT. GIUDICA IN CAMERA DI CONSIGLIO LA CORTE D' APPELLO DI TORINO, CON PROVVEDIMENTO DEL 1 FEBBRAIO 1994 – PRESIDENTE ED ESTENSORE MANCINELLI, NON PUBBLICATO – HA RITENUTO LA COMPETENZA DEL COLLEGIO SUL RICORSO D'URGENZA AFFERMANDO CHE «IL RITO È REGOLATO DAGLI ARTICOLI 669 *B/S* E SEGUENTI C.P.C. (INTRODOTTI DALLA LEGGE 353 DEL 1990) E DALLE DISPOSIZIONI TRANSITORIE DELLA LEGGE 477 DEL 1992, ED, ALLA STREGUA DI TALI DISPOSIZIONI, LA COMPETENZA DELL'ISTRUTTORE O DEL PRESIDENTE DEVE ESCLUDERSI QUANDO IL RICORSO SIA PROPOSTO IN PENDENZA DEL GIUDIZIO DI MERITO AVANTI LA CORTE DI APPELLO, ORGANO ORMAI PRIVO DEL MAGISTRATO ISTRUTTORE».

CAUTELARE UNIFORME

- **Forma della domanda.** Si tratta del ricorso, per entrambe le procedure (artt. 700 e 739 c.p.c).
- **Procedimento:** il primo comma dell'art. 669-*sexies* c.p.c. risulta più dettagliato per quanto riguarda gli atti istruttori «indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto» rispetto allo scarso testo dell'art. 738 c.p.c., che si limita a prevedere la nomina di un giudice relatore che riferisce in camera di consiglio «assumendo informazioni»;

CAUTELARE UNIFORME

- **Provvedimenti inaudita altera parte**
- Assai più consona al dettato dell'art. 111 Cost. è l'applicazione alle procedure minorili dell'art. 669-sexies, comma 2°, c.p.c. laddove si prevede che: «Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, (il giudice) provvede con decreto motivato assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tale caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro **un termine non superiore a 15 giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a 8 giorni, per la notificazione del ricorso e del decreto.** A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca, i provvedimenti emanati con decreto».

CAUTELARE UNIFORME

- **LIQUIDAZIONE SPESE 669-septies** c.p.c. prevede la liquidazione delle spese a carico del soccombente per i provvedimenti di reiezione.
- **DEFLAZIONE CONTENZIOSO. 669-octies** c.p.c., come modificato dalla l. 80/2005, laddove, in caso di ordinanza di accoglimento del provvedimento di urgenza di carattere anticipatorio, non impone più la fissazione di un termine perentorio per l'inizio della causa di merito, lasciata invece alla eventuale volontà delle parti.
- **ULTRATTIVITA' DEL PROVVEDIMENTO D'URGENZA**
L'applicazione di questa norma renderebbe, tra l'altro, identici gli effetti ultrattivi previsti dall'art. 189 disp. att. c.p.c. per l'ordinanza presidenziale e del Giudice Istruttore rese in corso di causa di separazione e divorzio a quelli di cui al provvedimento emesso, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., in via urgente e cautelare sia dal tribunale ordinario che Minorile.

CAUTELARE UNIFORME

- **MODIFICA PROVVEDIMENTI EMESSI** 'art. 669-*decies* c.p.c. regola «la competenza, i presupposti e le modalità per la revoca e la modifica dei provvedimenti emessi» in modo assai simile a quanto previsto dall'art. 709 quarto comma c.p.c.
- **RECLAMABILITÀ: l'art. 669-*terdecies* c.p.c. stabilisce:**
 - che il reclamo si propone nel termine di 15 giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore;
 - che le circostanze ed i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti nel rispetto del principio del contraddittorio nel relativo procedimento;
 - che il giudice del reclamo può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti;
 - che il giudice deve convocare le parti;
 - che il giudice deve pronunciare entro venti giorni dal deposito del ricorso ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare;
 - che il reclamo non sospende l'esecuzione, ma che il giudice «...può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione».
 - Ulteriore differenza è che il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c. è soggetto alla sospensione dei termini del periodo feriale quello dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. non lo è.
- **PROBLEMA PER GIUDICE COMPETENTE PER RECLAMO (CORTE O ALTRA SEZIONE STESO TRIBUNALE?)**

CAUTELARE UNIFORME

ESEGUIBILITA' PROVVEDIMENTI

in caso di applicazione del rito cautelare uniforme, è compiutamente normata dall'art. 669-*duodecies* c.p.c., che permetterebbe di superare le divergenze di opinione sino ad ora emerse sulla apponibilità della formula esecutiva ai provvedimenti emessi dal T. M. in Camera di Consiglio e sulle modalità di esecuzione dei provvedimenti stessi.