

Centro studi San Carlo
Scuola di Formazione giuridica economica

Preparazione alle prove scritte dell'esame di avvocato 2007

Le novità nel diritto di famiglia e dei minori
in seguito alla entrata in vigore di :

legge 80/2005: Decreto competitività

legge 263/2005: Modifiche al Decreto competitività

legge 54/2006: affido condiviso

Parti processuali della legge 149/2001

A cura di Avv. Giulia Facchini

1

INDICE

- 1. Premessa: l'importanza del processo: il processo giusto**
- 2. Le novità nella separazione e nel divorzio:** La costituzione dell'attore, La costituzione del convenuto, Il ruolo del presidente, La struttura dei procedimenti di separazione e divorzio- il reclamo e la sentenza parziale, I principi sostanziali
- 3. Il tema della difesa tecnica nei procedimenti di separazione e divorzio**
- 4. Le novità nei procedimenti avanti al tribunale per i minorenni e il tema della difesa tecnica: l'avvocato del minore e il rito davanti al T.M.**

2

- IL PROCESSO GIUSTO

3

3. LEGGE N. 2 DEL 1999 HA PROMULGATO IL NUOVO TESTO DELL'ARTICOLO 111 COSTITUZIONE

- co1°."La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"
- co2°."Ogni processo si svolge:
 - nel contraddittorio delle parti,
 - in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale".

4

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**”.*

5

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.

6

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

GIUDICE TERZO VEDI 336 C.C.

7

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

8

LE RIFORME DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

9

PASSAGGI PRECEDENTI ALLA EMANAZIONE DEL DECRETO COMPETITIVITÀ E PROBLEMI PROCESSUALI CONNESSI

1. 1987 Emanazione nuova legge divorzio
2. 1990 Riforma del c.p.c.

10

1987: EMANAZIONE NUOVA LEGGE DIVORZIO

L'art. 4 legge 74/87 – applicabile anche alla separazione ex art. 23 – doveva contenere, seppure non a pena di nullità:

1. *“L’indicazione del giudice;*
2. *Il nome e il cognome, nonché la residenza o il domicilio del ricorrente nel comune in cui ha sede il giudice adito, il nome e il cognome e la residenza o il domicilio o la dimora del coniuge convenuto;*
3. *L’oggetto della domanda;*
4. *L’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda di scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili dello stesso, con le relative conclusioni;*
5. *L’indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.[...]”*

11

1990: RIFORMA DEL CPC

Nuova scansione processuale, avvertimento e decadenze

a. *Il rito Ambrosiano*

b. *Il rito Sabauda*

12

a. Il rito Ambrosiano

- Il Tribunale di Milano, sosteneva che l'udienza presidenziale doveva considerarsi a tutti gli effetti l'udienza ex art. 180 c.p.c. con il risultato che il Presidente, nel fissare la comparizione avanti a sé, dava i termini di costituzione al convenuto e inseriva nel decreto di fissazione dell'udienza l'avvertimento ex art. 163 n. 7 c.p.c., avvertimento che notoriamente è il requisito cardine perché si verificchino per il convenuto le preclusioni di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c..
- Il convenuto doveva quindi costituirsi 20 giorni prima dell'udienza presidenziale - se formulava domande riconvenzionale - o all'udienza - se si limitava a difendersi dalle domande avversarie -.
- **Il contraddittorio era quindi già pieno in sede di udienza presidenziale successivamente alla quale veniva fissata davanti al G.I. udienza ex art. 183 c.p.c. assegnando termine perentorio al convenuto, fino a 20 giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.**

13

a. Il rito Ambrosiano: critiche

- A) Una di ordine processuale: l'avvertimento, si diceva, è un tipico atto di parte e non può essere dato dal Presidente perché altrimenti eventuali nullità derivate da un errore od omissione nell'avvertimento sarebbero ricadute incolpevolmente sulle parti.
- B) La seconda obiezione era di carattere pratico: si sosteneva infatti da più parti, che l'illustrazione compiuta in sede di ricorso e di comparsa di costituzione davanti al Presidente, di tutte le domande e argomentazioni delle parti avrebbe impedito, nella maggior parte dei casi, di raggiungere un accordo consensuale in sede di udienza presidenziale.

14

b. Il rito Sabaudo

Prevedeva che, dopo l'udienza presidenziale:

- A) il ricorrente notificasse – se il convenuto non si fosse costituito – o depositasse in cancelleria – se si fosse costituito – una memoria integrativa contenente **l'avvertimento e le conclusioni**.
- B) e che il convenuto potesse costituirsi sino a 20 giorni prima dell'udienza ex art. 180 davanti al Giudice Istruttore – qualora dovesse formulare domande riconvenzionali – o all'udienza – se si fosse limitato a difendersi dalle domande avversarie–.

15

DECRETO COMPETITIVITA
E AFFIDO CONDIVISO
UNA LETTURA CRITICA

16

INDICE

- La costituzione dell'attore
- La costituzione del convenuto
- Il ruolo del presidente
- La struttura dei procedimenti di separazione e divorzio- il reclamo e la sentenza parziale
- I principi sostanziali

17

Osservazioni preliminari

1. Le due nuove normative di cui ci occupiamo vanno lette e studiate in modo integrato e senza dimenticare che l'indirizzo generale della giurisdizione dimostra un favor verso processi a cognizione piena eventuale (vedi art. 669 octies sesto comma)

18

Il ricorso introduttivo e la costituzione dell'attore

1. **Secondo l'articolo 706**, 1°, 3° e 4° comma nel ricorso deve essere semplicemente indicata l'esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati e devono essere allegate le ultime dichiarazioni dei redditi presentate.
2. **All'Articolo 709** terzo comma è poi previsto che con l'ordinanza presidenziale il presidente assegna termine al ricorrente per il deposito della memoria integrativa che deve avere i contenuti dell'articolo 163 numeri:
 - 2) Nome e residenza dell'attore e del convenuto
 - 3) Determinazione della cosa oggetto della domanda
 - 4) Esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti la ragione della domanda con le relative conclusioni
 - 5) L'indicazione dei mezzi di prova
 - 6) Il nome del procuratore legale e l'indicazione della procura

19

- Questo significa che il ricorso introduttivo attualmente è un atto del tutto informale finalizzato unicamente alla fissazione dell'udienza presidenziale?

Secondo me - e molti autorevoli autori -

20

ASSOLUTAMENTE NO!!!!!!

21

**PRINCIPIO GENERALE
ART. 125 C.P.C.**

- L'articolo 125 c.p.c., in mancanza di deroghe espresse è senz'altro norma generale per i procedimenti che iniziano con ricorso e stabilisce per l'appunto che anche il ricorso debba indicare: l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto della domanda, e le conclusioni o l'istanza specificando al 2° comma che deve contenere la procura al difensore.

22

COSTITUZIONE DELL'ATTORE

AVVIENE CON IL RICORSO INTRODUTTIVO

Tommaseo in Famiglia e Diritto n. 1 del 2006

“Con il deposito del ricorso in cancelleria si apre la fase presidenziale ed è con riguardo al momento di tale deposito che si attua la pendenza del processo e la stessa costituzione dell'attore.

Il ricorso è quindi veicolo della domanda di separazione e di divorzio e non soltanto mero atto preparatorio dell'udienza presidenziale.

*Conclusione che trova conferma nelle **norme europee** che individuano la **pendenza delle cause matrimoniali proprio nel deposito del ricorso presso l'ufficio giurisdizionale adito (Bruxelles due bis articolo 16)**”.*

23

- **MA IN QUESTO RICORSO CHE DEVE ESSERE COMPLETO SIN DALL'INIZIO COSA CI DOBBIAMO SCRIVERE?**

24

Art. 155 1° comma

Contenuto del ricorso per la decisione sulle modalità dell'affido condiviso

Considerato che il ricorso (unitamente alle difese del convenuto) devono consentire al Presidente di assumere le decisioni previste dai nuovi articoli 155 eseguenti occorrerà senz'altro indicare nel ricorso:

1. quale sia stata durante il matrimonio l'organizzazione quotidiana della vita del minore – orari e attività – specificando quale dei genitori si occupava delle varie incombenze
2. se il minore abbia relazioni costanti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale, ed eventualmente formulare le richieste di visita (salvo ammettersi la legittimazione attiva dei parenti a partecipare al giudizio).²⁵

**Art. 155 4° e 6° comma
Sulle questioni economiche**

- E' stato sancito il criterio della PROPORZIONALITA' (peraltro già previsto negli artt. 147 c.c. e 148, 1° comma c.c.) con una NOVITA', rappresentata dai TEMPI DI PERMANENZA E DALLE MODALITA' DI ACCUDIMENTO E DOMESTICHE DELLA PROLE.

A tale proposito, il prof. Balestra ha recentemente definito tale criterio come una sorta di *monetizzazione* di attività che prima non venivano considerate.

In altri termini, *se, per effetto dell'affido condiviso entrambi i coniugi devono prendersi cura della prole, è evidente che lo stesso principio deve valere anche con riguardo al profilo economico della questione* (così Finocchiaro, in *Guida al Diritto* n. 11/2006).

26

Art. 155 4° e 6° comma

Contenuto del ricorso in punto assegno per i figli

Al fine della liquidazione di un *assegno per i figli* che la legge definisce *perequativo*, occorre indicare nel ricorso:

- 1) le attuali esigenze del figlio;
 - 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
 - 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
 - 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
 - 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.
- Occorrerà anche specificare dettagliatamente (ed in cifre) il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, indicando partitamente le spese per il figlio e quelle per la gestione della casa assegnata in uso, oltre alle risorse economiche di entrambi i genitori e se lavoratori autonomi anche i mezzi di prova per l'accertamento del reddito effettivo, ultimo comma del 155 c.c.

27

Contenuto del ricorso per questioni economiche :

- L'ultimo comma dell'articolo 155 prevede anche che: "*Ove le informazioni di carattere economico non siano sufficientemente documentate il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi*" Ciò che la norma non chiarisce in alcun modo è in quali condizioni il giudice debba ritenere le informazioni "*non sufficientemente documentate*".
- *E' quindi fondamentale produrre ed illustrare, sin dall'udienza presidenziale tutta quella documentazione atta a illustrare la effettiva situazione patrimoniale e reddituale della controparte.*

28

IN CONCLUSIONE

E' del tutto evidente che un ricorso succinto ed informale male si attaglia alla esposizione di tutte le argomentazioni e prove previste dalla legge sull'affido condiviso.

- Ma vi è di più:

29

- La legge 54 del 2006 ha aggiunto all'articolo 708 già modificato dal decreto competitività, un quarto comma che prevede il reclamo alla Corte di Appello contro i provvedimenti del Presidente.
- Le Corti di appello si sono attestate su una giurisprudenza che prevede che possano essere prese in esame in sede di reclamo solo le risultanze già acquisite al fascicolo per l'udienza presidenziale e non elementi nuovi che potranno al più essere sottoposti al giudice istruttore nel prosieguo.
- **Ergo, il ricorrente che non sia costituito formulando sin dal ricorso introduttivo le sue domande ed allegazioni farà perdere al suo cliente un sacco di tempo prima di poterle sottoporre al giudice istruttore (Oltre ad incorrere, a mio parere, in decadenze).**

30

DEPOSITO RICORSO E FISSAZIONE UDIENZA ART. 706, 3° co

Il presidente deve:

- 1) Fissare l'udienza entro 90 giorni
 - 2) Concedere termine al ricorrente per la notifica del ricorso e del decreto, sarebbe opportuno che gli concedesse termine anche per le produzioni dei modelli fiscali ove non vi avesse già provveduto spontaneamente;
 - 3) Concedere termine al convenuto per depositare memoria difensiva e documenti.
- Tommaseo in Famiglia e diritto n. 1/2006 pone alcuni dubbi per quanto riguarda la determinazione dei termini dilatori posti nell'interesse del convenuto in quanto la nuova legge non offre criteri.
 - Chi scrive rileva che soccorre il disposto dell'articolo 111 Costituzione – contraddittorio in condizioni di parità – e la ratio della norma sul decreto competitività, che è appunto quella di accelerare la durata dei processi.
 - Per analogia con la previsione dell'articolo 709 cpc 2° comma si potrebbero applicare, salvo per casi di motivata urgenza, i termini di cui all'articolo 163 bis ridotti alla metà ovvero prevedere 45 giorni tra la notifica del ricorso e del decreto e l'udienza Presidenziale e dieci giorni per il convenuto per il deposito della memoria difensiva o della comparsa di costituzione.

31

LA COSTITUZIONE DEL CONVENUTO

Analoghi problemi teorici e pratici
pone la costituzione del convenuto

32

COSTITUZIONE DEL CONVENUTO

IN GIUDIZIO CI SI COSTITUISCE UNA SOLA VOLTA

principio di consumazione della costituzione

Nei giudizi di separazione e divorzio il convenuto può scegliere di costituirsi:

Per l'udienza presidenziale: entro il termine, precedente l'udienza, indicato nel decreto di fissazione dell'udienza stessa (art. 706 terzo comma). Il mancato rispetto del termine fissato dal Presidente determina semplicemente l'irricevibilità dell'atto rispetto all'udienza ma poiché non matura alcuna decadenza (ed infatti non viene dichiarata la contumacia), il convenuto potrà costituirsi tempestivamente per la fase istruttoria.

IMPORTANTE

Cass. 8.2.2006 n. 2787 ha affermato in tema di contenzioso tributario che un termine deve ritenersi perentorio pur non essendo dichiarato tale dalla legge qualora, avuto riguardo allo scopo che persegue ed alla funzione che adempie sia diretto a tutelare il diritto di difesa della controparte ed a realizzare il necessario contraddittorio tra le parti (v. anche Cass. 138/04).

33

COSTITUZIONE DEL CONVENUTO

Per la fase post-presidenziale:

Entro il termine di cui al combinato disposto degli artt. 709, 3 co, 166 e 167 cpc, dieci giorni liberi se propone domande riconvenzionali oppure all'udienza se si limita a difendersi dalle domande attoree.

Il mancato rispetto di tali termini comporterà le decadenze di rito.

34

Domande riconvenzionali

DOMANDE RELATIVE AI FIGLI di affidamento, modalità di visita, regolamentazione rapporti e contributo economico

SONO PROCEDIBILI

anche D'UFFICIO

qualora i figli siano:

- minorenni
- maggiorenni portatori di handicap

35

NOTA BENE

- Peraltro, una volta che il convenuto abbia scelto di costituirsi all'udienza presidenziale, mediante deposito di memoria difensiva/comparsa di costituzione, questa dovrà contenere tutte le domande, anche riconvenzionali, avendo egli così «volontariamente consumato la facoltà di costituzione, sicché non può ammettersi una seconda costituzione per l'udienza avanti all'istruttore. Diversamente vi sarebbe una consistente alterazione del pari diritto di difesa del processo, consentendo alla parte convenuta di elaborare le difese in due momenti diversi e decidere in quale momento del processo introdurre le domande»: in questi termini si esprime testualmente Trib. Messina, 8 novembre 2004, in *Fam. dir.* 2005, p. 283,

36

DISPOSTO NORMATIVO E INTERPRETAZIONI VIRTUOSE

- La ratio del decreto competitività è quella di rendere più celere la celebrazione dei processi. Se così è, secondo la ratio della norma i legali del ricorrente e del convenuto dovrebbero approfittare della possibilità di costituire il contraddittorio pieno già in sede di udienza presidenziale al fine di ottenere sin da subito un provvedimento che sia il più possibile completo e dettagliato da sottoporre all'eventuale vaglio della Corte in sede di reclamo.
- Se così facessimo quali argomenti restano da sviscerare in istruttoria? 1. L'addebito 2. Gli eventuali fatti sopravvenuti (es verifica del regime di rapporti con i genitori)impostato nella CTU
- Ci avviciniamo dunque all'impostazione data sempre dal legislatore del decreto competitività ai provvedimenti cautelari per i quali, a norma del nuovo articolo 669 *octies* sesto comma, che lascia alle parti di decidere se a seguito del provvedimento di urgenza iniziare o meno la causa di merito, riconoscendo così efficacia ultrattiva ai provvedimenti d'urgenza, come già è per l'ordinanza presidenziale ai sensi dell'articolo 189 disp att. Che recita appunto: "L'ordinanza con la quale il Presidente o il giudice istruttore dà i provvedimenti di cui all'articolo 708 cpc è titolo esecutivo e conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo"

37

IL RUOLO DEL PRESIDENTE

38

Il ruolo del presidente

- Rimini, *La funzione del giudice nei giudizi di separazione e divorzio. Alcune riflessioni sull'udienza presidenziale*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 619 ss.: secondo i giuristi di *common law* il giudice della famiglia ha una doppia funzione...
- 1. **PATERNAL JURISDICTION** da un lato è un autorevole "padre di famiglia" incaricato dalla legge di salvaguardare il matrimonio e di cercare, nei limiti del possibile, di comporre la crisi, nell'esercizio di questa "*paternal jurisdiction*" il giudice deve peraltro anche verificare che gli interessi delle parti più deboli non vengano mai pregiudicati e per questo deve controllare la rispondenza a tali interessi degli accordi raggiunti fra le parti.
- 2. **RISOLUZIONE DEL CONFLITTO** Dall'altro il giudice della famiglia ha anche il compito di risolvere con i suoi provvedimenti un conflitto spesso molto aspro tra i coniugi».

39

Il ruolo del presidente ai giorni nostri

- Sottolineo, per chi non ne fosse informato che i nostri Presidenti accolgono ad esempio la richiesta di CTU psicologica sulle questioni di affido e visite già all'udienza presidenziale, nominando il perito e fissando il giuramento avanti a sé con rinvio del deposito della CTU avanti al G.I. in sede istruttoria
- Mentre sino ad ora si sono mostrati restii ad accogliere istanze di esibizione di documenti ad esempio bancari utili alla definizione delle questioni economiche

40

I

CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE

In relazione ai seguenti articoli il Presidente dovrà:

- 155, 1° co: disporre o la chiamata in causa dei parenti se ritiene che la norma in esame crei un diritto in capo a loro, **(IN OGNI CASO TRIBUNALE DI FIRENZE HA AMMESSO INTERVENTO ADESIVO DEI NONNI** oppure se richiesto dalle parti o anche d'ufficio nel caso in cui rilevi che in corso di convivenza era significativa la presenza dei parenti nella vita dei minori, disporre circa il mantenimento dei rapporti.
- **155 3° comma:** dovrà disporre in punto esercizio della potestà genitoriale
- **155 quinquies:** il **Tribunale di Torino**, osservando che il pagamento direttamente ai figli rappresenti la "situazione ordinaria e normale...salvo i casi in cui venga rilevata una non affidabilità del figlio nella gestione della somma", **con ordinanza del 28.4.06 ha disposto il versamento "a mani" dei figli maggiorenni del contributo al mantenimento;**

41

• CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE

- **155 u.c. e 155 sexies:** dovrà disporre prove anche d'ufficio sulle condizioni patrimoniali delle parti e prove su tutte le questioni controverse (pare potersi disporre CTU psicologica già in questa sede). Così si regola il Tribunale di Torino, e quello di Asti disponendo il giuramento e la formulazione del quesito avanti al Presidente e il deposito avanti al G.I.
- **155 sexies:** dovrà disporre il rinvio dell'adozione dei provvedimenti ove le parti intendano attivare una mediazione familiare
- **155 sexies:** dovrà disporre l'ascolto del minore (vedi slide successiva)

42

**CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI DEL
PRESIDENTE: PROBLEMI PROCESSUALI
ASSUNZIONE DI MEZZI DI PROVA ARTICOLO 155
SEXIES**

- Si sottolinea che la possibilità del giudice di assumere mezzi di prova dedotti dalle parti o d'ufficio pronunciando anche al di là dei rispettivi petitum, era già prevista dal comma 7 del vecchio 155, ciò che qui fa la differenza è che tale possibilità sia data al Presidente prima dell'emanazione dei provvedimenti provvisori.
- Questa disposizione che, a parere di chi scrive, deve essere letta unitamente a quella di cui all'articolo 2 del decreto legge in commento, che aggiunge un terzo comma all'articolo 708 c.p.c. rappresenta -o rappresenterebbe- una vera rivoluzione copernicana nei procedimenti di separazione e divorzio e incarna la vera novità (chissà se realmente voluta nelle sue conseguenze) dell'affido condiviso.

43

**• LA STRUTTURA DEI
PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE
E DIVORZIO**

44

**RECLAMO ALLA CORTE DI APPELLO
AVVERSO I PROVVEDIMENTI PRESIDENZIALI
art. 708, 4° co c.p.c.**

“Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla corte di appello che si pronuncia in camera di consiglio.

Il reclamo deve essere proposto nel termine di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

45

RECLAMI PENDENTI OTTOBRE 2007

NUMERO RECLAMI: diminuzione del contenzioso (circa 50 impugnazioni); aumento dei proced. di VG (circa 20/25 contro i 6-8 al mese del 2006);

OGGETTO: prevalentemente per contributo al mantenimento coniuge e figli, cui seguono problematiche per l'affido e/o modalità di visita;

TEMPI DI FISSAZIONE E PROCEDURA: dopo la nomina del Relatore, viene concesso termine di 15/20 giorni per estrarre copia autentica del reclamo e del decreto di fissazione della Camera di Consiglio, da notificare a cura della parte istante

→ improcedibilità CA To 16.2.2007

Concessi dai 10 ai 15 giorni al convenuto per la sua costituzione.

Nei 15 giorni successivi, previa acquisizione del parere del P.G., si tiene la Camera di Consiglio, che non prevede comparizione personale delle parti.

RECLAMO INCIDENTALE: termine per il deposito di memoria difensiva e rifissata la Camera di Consiglio.

CONDANNA ALLE SPESE: è la regola ex art. 92 c.p.c.

46

OGGETTO

E' possibile riesaminare **unicamente gli elementi probatori già sottoposti al giudizio del Presidente**, e non nuovi elementi che dovranno essere introdotti nel giudizio di primo grado nel corso della espletanda istruttoria

47

MODIFICHE DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE

"Art. 709, 4° co c.p.c. "I provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal Presidente con l'ordinanza di cui al 3° co dell'art. 708 c.p.c., possono essere revocati o modificati dal G.I."

COORDINAMENTO DI QUESTA NORMA CON IL NUOVO 4° COMMA DELL'ART. 708 CHE PREVEDE IL RECLAMO CONTRO L'ORDINANZA PRESIDENZIALE

PRINCIPIO DEL GIUDICATO INTERNO

di fronte ad un'ordinanza notificata e non reclamata nei dieci giorni (e quindi "stabilizzata") o modificata dalla Corte d'appello, il giudice istruttore non mantiene un potere illimitato di revoca e/o modifica, ma può esercitare tale potere **solo per circostanze sopravvenute alla stabilizzazione o alla modifica.**

48

LACUNE NORMATIVE

Può il Presidente della Corte d'Appello investito del reclamo disporre la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza ex articolo 708 c.p.c.?

***Si**, ex art. 669 u.c. terdecies c.p.c.*

E' ammissibile l'impugnazione avverso i provvedimenti del Giudice Istruttore che pronuncino sull'istanza di revoca o di modifica?

Si**, CA Firenze, ord. 11.7.2006 (Fam e Min. 2007,5,71) e Trib Trani 18.4.06 secondo la disciplina del **cautelare uniforme

***No reclamo ex 708 u.c.** CA Torino 20-21/6/07*

49

Sentenza Parziale Di Separazione art. 709 bis c.p.c.

"Nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli, per le questioni economiche il tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione. Avverso tale sentenza è ammesso soltanto appello immediato che è deciso in camera di consiglio".

***Nulla** si dice circa i modi di impugnazione della sentenza definitiva di separazione.*

50

Il nuovo articolo 183 c.p.c. secondo l'articolo 709 bis

Le parti giungono all'udienza di 183 cpc avendo già depositato, ma non notificato, ex articolo 709 terzo comma la memoria integrativa e la comparsa di costituzione.

Il convenuto avrà quindi dovuto formulare le sue domande riconvenzionali, in relazione quantomeno alle domande proposte dall'attore nel ricorso introduttivo.

A questo punto:

- a) l'attore che abbia necessità di replicare alle domande riconvenzionali del convenuto potrà farlo ex articolo 183 5° comma "Nella stessa udienza" evidentemente a verbale.
- b) mentre entrambe le parti potranno giovare degli altri due termini

51

Art. 183, comma 6°, c.p.c.:

"Se richiesto, il Giudice concede i seguenti termini perentori:

1. *Un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole **precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte***
 2. *(Di questo primo termine sfugge l'utilità nelle cause familiari per loro natura a fattispecie predeterminata, ma bisogna vedere che prassi si formeranno sul punto)*
 3. *Un termine di ulteriori trenta giorni per **replicare** alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei **mezzi di prova e produzioni** documentali.*
 4. *Un termine di ulteriori venti giorni per la **prova contraria***
- Sempre possibile la **facoltà discrezionale** del Giudice di concedere termine per il deposito di **memoria ex art. 170 c.p.c.***

52

Art. 183 6° comma, n. 1: in concreto

- Per l'attore:

nella memoria integrativa completerà se del caso le allegazioni del ricorso introduttivo e modificherà le sue domande anche in relazione all'ordinanza presidenziale. Non capiterà ancora le prove perché potrebbe non avere ancora visto le difese del convenuto che ha onere di costituirsi soltanto in un momento successivo, ovvero 10 giorni prima dell'udienza avanti al GI o all'udienza se non deve formulare domande riconvenzionali.

53

Art. 183 6° comma n. 1: in concreto Per il convenuto:

Nella comparsa di risposta dovrà prendere posizione sia a livello di allegazioni che di domande sul contenuto della memoria integrativa che si deduce abbia onere di procurarsi in cancelleria

A questo punto:

L'attore che abbia necessità di replicare alle domande riconvenzionali del convenuto potrà farlo ex articolo 183 5° comma *"Nella stessa udienza"* evidentemente a verbale.

Mentre entrambe le parti potranno giovare degli altri tre termini del 183 5° comma inclusi quelle per le memorie istruttorie e per le repliche (30+20).

54

COLLEGAMENTO CON LA FASE ISTRUTTORIA La comparizione personale dei coniugi

“All’udienza davanti al G.I. si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183 cpc, commi primo e secondo e dal quarto al decimo. Si applica altresì l’articolo 184”.

- Nel giudizio di separazione e divorzio non è richiamato il 3° comma dell’art. 183 cpc, che prevede la possibilità per le parti di richiedere, ma solo congiuntamente, la comparizione personale per interrogatorio libero e tentativo di conciliazione.
- Ad una prima e superficiale lettura parrebbe quindi eliminata la possibilità di esperire comparizioni personali delle parti davanti al G.I. nei giudizi di separazione e divorzio. Tuttavia, considerata essenzialmente la peculiarità dei giudizi in oggetto, si ritiene che ai sensi del combinato disposto degli artt. 185, 116 e 117 cpc, il G.I., in virtù del generale potere di direzione del procedimento (art. 175 cpc), possa, anche su richiesta di una sola parte e perfino d’ufficio, disporre la comparizione personale delle parti stesse o che comunque possa disporla come interrogatorio libero ex articolo 183 comma 8.
- Se così non fosse, sarebbe difficile immaginare in quale altra fase del processo si potrebbe convertire una separazione giudiziale in consensuale.

55

• PROBLEMI DI DIRITTO SOSTANZIALE

56

Art. 155 1°, 2° e 3° comma
Principi sostanziali dell'affido condiviso

Viene fissato il principio cosiddetto della *BIGENITORIALITA'*:

- il **minore** deve mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore.
- Il **minore** deve ricevere da entrambi i genitori:
 - cura;
 - educazione;
 - istruzione.
- Il **minore** deve conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.
- Esercizio congiunto, esclusivo e/o separato da parte dei genitori della **responsabilità genitoriale (vedi slide successiva)**

57

Differenza tra affido condiviso e affidamento congiunto sotto il profilo della potestà

- **Gianfranco Dosi** in "Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio"
- *"La regola prima dell'accordo – sancita dall'articolo 144 c.c. - secondo cui **entrambi i genitori concordano le regole più importanti ma ciascuno ha, poi, il potere di darvi attuazione in piena autonomia**, soppianta quindi la vecchia formula dell'affidamento congiunto che aveva l'ambiguo significato di pretendere una necessaria coesione su tutto: cosa che è assolutamente impensabile per due persone che si separano. La nuova formulazione dell'affidamento e della potestà esercitata da entrambi ha il pregio di richiamare l'esigenza sulla condivisione (condividere non vuol dire codecidere)ma vuole dire dividere le responsabilità con l'altro e anche rispettare le decisioni dell'altro....."*

58

Art. 155 4° e 6° comma

Principi sostanziali sulle questioni economiche

- E' stato sancito il criterio della PROPORZIONALITA' (peraltro già previsto negli artt. 147 c.c. e 148, 1° comma c.c.) con una NOVITA', rappresentata dai TEMPI DI PERMANENZA E DALLE MODALITA' DI ACCUDIMENTO E DOMESTICHE DELLA PROLE.

A tale proposito, il prof. Balestra ha recentemente definito tale criterio come una sorta di *monetizzazione* di attività che prima non venivano considerate.

In altri termini, *se, per effetto dell'affido condiviso entrambi i coniugi devono prendersi cura della prole, è evidente che lo stesso principio deve valere anche con riguardo al profilo economico della questione* (così Finocchiaro, in *Guida al Diritto* n. 11/2006)

59

Art. 155 4° e 6° comma

Contenuto del ricorso in punto assegno per i figli

- Al fine della liquidazione di un *assegno per i figli* che la legge definisce *perequativo*, occorre considerare:
 - 1) le attuali esigenze del figlio;
 - 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
 - 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
 - 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
 - 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.
- Occorrerà anche specificare dettagliatamente (ed in cifre) il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, indicando partitamente le spese per il figlio e quelle per la gestione della casa assegnata in uso, oltre alle risorse economiche di entrambi i genitori e se lavoratori autonomi anche i mezzi di prova per l'accertamento del reddito effettivo, ultimo comma del 155 c.c.

60

Art. 706 3° comma e 155 6° comma: Contenuto del ricorso assegno per il coniuge: segue

- Ciò che la norma non chiarisce in alcun modo è in quali condizioni il giudice debba ritenere le informazioni *"non sufficientemente documentate"*.
- Pare molto importante sotto il profilo della certezza del diritto che si formino sul punto prassi conformi quantomeno nello stesso distretto di Corte di Appello, che consentano a noi avvocati di valutare a monte – suggerendo così diverse strategie processuali o accordi – quando e perché il reddito dei nostri clienti o delle controparti potrebbe risultare non già non convincente, ma *"non sufficientemente documentato"*.
- A ben guardare, poi, l'ambito dell'indagine parrebbe decisamente ridotto: si parla, infatti, della possibilità di disporre accertamenti "sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi".
- Alla luce di questa specificazione non sembra, dunque, che gli incarichi alla polizia tributaria possano avere in alcun modo carattere generale ed esplorativo in quanto, dovendo riguardare beni "oggetto della contestazione", potranno solo andare a confermare allegazioni già formulate dalla controparte relativamente a:
 - introiti – da lavoro o da capitale – cioè redditi in senso tecnico
 - beni che, come ci insegna il codice, sono mobili o immobili
 - da valutare se possano essere considerati "beni" in senso tecnico giuridico i rapporti bancari e/o assicurativi.

61

MANTENIMENTO FIGLI MAGGIORENNI

- INTRODOTTO L'ART. 155 *QUINQUIES* COD. CIV.
 - L'abolizione della previsione del versamento *al figlio* di cui ai lavori preparatori sostituita da quella *dell'avente diritto*, ha generato diverse interpretazioni giurisprudenziali:
 - secondo alcuni (Trib. Messina, 5.05.2006, Trib. Bologna 22.05.2006, Trib. Torino, 19.04.2007) sarebbe ammissibile il versamento direttamente nelle mani del figlio;
 - Secondo altri (Trib. Catania, 5.05.2006) corresponsione al genitore convivente, avente legittimazione concorrente a richiedere *iure proprio* detto assegno.
- Figli maggiorenni portatori di handicap grave: si applicano le disposizioni previste per i figli minori.

62

ASSEGNAZIONE CASA FAMILIARE

- CASSAZIONE, 22 MARZO 2007, n. 6979: l'assegnazione della casa coniugale è subordinata alla presenza di figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti economicamente....non può essere disposta in sostituzione o quale componente dell'assegno di mantenimento o divorzile.

63

REVOCA DELL' ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE

- Art. 155 quater c.c.: *"Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio"*
- Richiesto l'intervento della Corte Costituzionale

64

- Rimessione Corte Costituzionale, sulla legittimità del precitato articolo nella parte in cui prevede l'estinzione del diritto al godimento della casa familiare nel caso in cui il genitore assegnatario contragga nuovo matrimonio o instauri una convivenza more uxorio.
- A mio parere occorre, superando il pregiudizio secondo il quale tale misura rappresenterebbe una sorta di "punizione" nei confronti della decisione del coniuge separato o divorziato di intraprendere nuove relazioni affettive o matrimoniali, addivenire ad una interpretazione "costituzionalmente orientata" che possa contemperare i diversi interessi in gioco.

65

- In particolare, (cfr. in "Famiglia e Diritto" n. 8-9/2007 pagg. 836 e ss.), il nuovo art. 155 quater c.c. *"contiene una predeterminazione legislativa di un'ipotesi "tipica" di mutamento del precedente ambiente familiare, in quanto sancisce l'estinzione del diritto di godimento in ipotesi di matrimonio dell'assegnatario o convivenza more uxorio. In presenza, quindi, dell'estensione del godimento dell'immobile a favore del coniuge o del convivente more uxorio dell'assegnatario, il conflitto tra i diversi interessi dei soggetti coinvolti è risolto legislativamente in favore del coniuge proprietario, in conseguenza del venir meno di quella continuità di ambiente domestico che aveva originariamente giustificato l'assegnazione"*.

66

ART. 709 TER CPC

Profili risarcitori e sanzionatori

- L'articolo in questione è stato introdotto dalla L. 54/06 e disciplina un nuovo procedimento, diretto ad assicurare il corretto svolgimento e la puntuale esecuzione delle modalità di affidamento della prole, prevedendo che il Giudice possa - in presenza di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore - modificare i provvedimenti in vigore e sanzionare il genitore inadempiente.

67

Art. 709 ter cpc, 1° comma

- Stringente connessione con il 3° comma dell'art. 155 cod. civ, norma sostanziale della quale il nuovo art. 709 ter cpc dovrebbe rappresentare l'aspetto processuale funzionale alla realizzazione. Donde si dovrebbe intendere che le controversie sottoposte al giudice siano quelle relative alle "decisioni di maggior interesse" per i figli minori, nonché quelle inerenti le modalità dell'affidamento.

68

Art. 709 *ter* c.p.c. dal punto di vista processuale

- L'intervento previsto dal legislatore è quello del "giudice del procedimento in corso", con la previsione altresì di una sorta di *sub* procedimento che si conclude con un provvedimento impugnabile nei modi ordinari.

69

Art. 709 *ter* dal punto di vista processuale segue

- Se il procedimento è concluso, deve ritenersi che possa attivarsi il procedimento di cui all'art. 710 cpc (o 9 l. 74/87), per i quali è stato modificato il criterio attributivo della competenza, prevedendosi che "*è competente il tribunale del luogo di residenza del minore*"

70

Art. 709 ter cpc 2° comma

- E' stata altresì prevista la *SANZIONABILITA'* del comportamento del genitore che abbia posto in essere "gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento".

71

LA DIFESA TECNICA NELLE PROCEDURE DI SEPARAZIONE

72

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".*

73

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.

74

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

75

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

76

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**

77

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

78

DIFESA TECNICA E UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

79

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 (...).

80

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.

81

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.)

82

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.

83

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».

84

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».

85

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.

86

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:

87

IN CONCLUSIONE



88

LE NOVITÀ NEI PROCEDIMENTI AVANTI AL TRIBUNALE PER I MINORENNI E IL TEMA DELLA DIFESA TECNICA: L'AVVOCATO DEL MINORE

89

Articolo 4 legge 54/2006 – disposizioni
finali-

- *“Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, **nonchè ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati**”.*

90

COMPETENZA

- Ci sono state istanze di regolamento di competenza sollevate dei tribunali di
- Milano
- Monza
- Roma

91

PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE MINORENNI DI TORINO

- La legge 54 colma le differenze più macroscopiche tra figli legittimi e naturali riconosciuti con la previsione di un unico giudice anche per i figli naturali riconosciuti che decida: sull'affidamento, sull'assegnazione della casa e sul mantenimento con una valutazione globale della situazione, e delle relazioni ed interferenze fra l'una e l'altra di tali questioni
- QUESTO UNICO GIUDICE È IL TRIBUNALE PER I MINORENNI (STANTE LA MANCATA MODIFICA DELL'ARTICOLO 38 DISP. ATT).

92

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.

93

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”.

94

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

RIPARTIZIONE DI COMPETENZE TRA T.M E T.O

95

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..

96

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"*

97

L'ordinanza n. 8362 della Cassazione

- il 155 c.c. riplasma 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.**

98

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.

99

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".*

100

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

- **Elisa Ceccareli** 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**

101

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.*

102

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.*

103

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.*

104

- **La difesa tecnica nelle avanti al tribunale per i minorenni**

105

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”.

106

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)

107

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:

108

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"**

109

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

110

- **Le altre disposizioni processuali della legge 149/2001 sull'adozione**

Un processo veramente INGIUSTO?

111

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".*

112

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."*

113

**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.....dite voi**

114

**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!!!

115

**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?**

116

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? -*

117

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.

118

AVVOCATO DEL MINORE

119

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.

120

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» .

121

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».

122

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».

123

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».

124

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.

125

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 procedimenti in corso.

126

PROBLEMI

- Come e chi forma un numero congruo di avvocati che possa assistere le parti ma soprattutto i minori nelle procedure de 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

127

PROBLEMI

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



IL RITO DEI PROCEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI DI GENITORI NON CONIUGATI

129

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.**

130

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”.

131

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

132

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)

133

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.

134

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

135

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.

136

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 (tali 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.”.

137

IL RITO SECONDO LA FACCHINI m. Finocchiaro e Lupoi!

- 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**».

138

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)».

139

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.

140

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».

141

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».

142

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

143

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»;

144

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».

145

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.

146

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 giudice 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?)

147

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.

148