

GIUSTO PROCESSO, DIFESA TECNICA , AVVOCATO DEL MINORE

RELAZIONE DELL'AVV. GIULIA FACCHINI

INCONTRO CON I GIUDICI ONORARI

21 MAGGIO 2008

CHI SIAMO:

Vorrei partire dal fatto che considero l'essere qui oggi una opportunità importante che mi è stata data per contribuire nel mio piccolo ma convintamente ad una migliore amministrazione della giustizia minorile.

Il rapporto tra giudici onorati ed avvocati non è sempre un rapporto facile ma è un rapporto indispensabile, occorre dunque comprendere quali sono i punti dolenti e vedere di rimediare ed il senso della nostra presenza qui oggi è proprio questo.

Partirei dunque da ciò che scrive uno di Voi, il Dott. Saverio Abruzzese, psicologo, psicoterapeuta e giudice onorario presso il Tribunale di Bari su Minorigiustizia n. 1 del 2006 Franco Angeli editore, pagg. 116 e ss

Abruzzese afferma: *“Un avvocato che deve parlare con un giudice onorario, si sente avvilito, nella sua professionalità. Perché un giudice onorario è un minus rispetto al giudice togato....Tra le due parti c'è: ”un problema di fondo che riguarda il codice comunicativo”.*

Nella difficoltà dunque di trovare un codice di comunicazione comune, *“...l'avvocato sfoggia il suo sapere giuridico mettendo in difficoltà il giudice onorario la cui preparazione in materia lascia in alcuni casi alquanto a desiderare”.* Dal canto suo il giudice onorario: *“Spesso si trincerava dietro l'interesse del minore che diventa una comoda coperta per coprire le pudende della sua impreparazione”.* Tuttavia conclude Abruzzese tutto questo non è più possibile alla luce delle norme sul *“giusto processo”.*

Ciò premesso sempre con riferimento all'articolo di Abruzzese e per venire alle fasi costruttive del nostro rapporto, egli concorda innanzitutto sul fatto che:

- la giustizia minorile è una giustizia interdisciplinare.
- riconosce che gli avvocati hanno davvero voglia: *“..di capire e di imparare qualcosa della psicologia evolutiva. Il problema è che poi debbono fare i conti con i loro*

clienti, che vogliono avvocati mastini e senza scrupoli”

Ora, senza volere interferire con gli interventi della colleghe che si sono intrattenute e si intratterranno sulla deontologia dell'avvocato familiarista, occorre che voi sappiate che una delle più grandi fatiche dell'avvocato familiarista non è certo il rapporto con il giudice o con la controparte, ma proprio il rapporto con il cliente che spesso scalpita e va gestito “a briglia corta”.

Ed a questo proposito mi piace ripescare dall'articolo citato un altro punto molto importante relativamente al fatto che come dice Abruzzese, l'avvocato *“può fornire un sostegno più mirato alla soluzione dei problemi e innescare un processo di cambiamento”*

E' questa una delle uniche soddisfazioni rimaste nel nostro lavoro: incontrare una persona in un momento di crisi acuta della sua vita, conquistarne la fiducia con una relazione empatica -ma assolutamente professionale- ed accompagnarla, non solo verso la soluzione dei suoi problemi giuridici, ma verso un ritrovato benessere, una nuova serenità dove, oltre che la composizione della lite, gioca molto anche il processo di cambiamento.

Quando il cliente è in grado di divenire consapevole di ciò che è accaduto nel suo rapporto di coppia o genitoriale o in entrambe, può finalmente individuare una strategia di cambiamento. Molto spesso siamo noi –in quanto fiduciari delle parti- che riusciamo a convincerle a farsi sostenere psicologicamente e magari li aiutiamo anche ad individuare un terapeuta che sia giusto per loro...

Ciò premesso però, non dobbiamo, ma soprattutto non dovete dimenticare che tutta questa dinamica si svolge all'interno di un-come-dite-voi-contesto o come-diciamo-noi-quadro che è dato dal processo e dalle sue regole.

Che cosa è il 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”.

Quindi il processo è una sorta di rito nel corso del quale tutte le parti coinvolte dicono la loro in modo che il giudice sentite tutte le versioni dei fatti possa prendere una decisione. Le formalità processuali servono per controllare anche da parte di un giudice superiore – anzi di due –Appello e Cassazione- le modalità e le ragioni in base alle quali si è pervenuti ad una certa decisione. Questa è la ragione per la quale sono stabilite per legge - e dove non sono stabilite per legge occorre quantomeno mutuare per analogia da altri riti-, le modalità con le quali le parti possono e debbono partecipare alla formazione della decisione del giudice.

Quando insegno ai giovani avvocati, che a volte sono un poco ignoranti delle regole processuali, dico loro che del processo occorre avere una reverenza quasi mistica; senza il processo e senza le sue garanzie siamo tutti sguarniti di fronte al potere giudiziario, oltre che per quanto riguarda noi avvocati disoccupati.....

Questa è anche la ragione per la quale noi avvocati ci siano tanto battuti per l'introduzione del giusto processo e per la quale oggi esprimiamo tutte le possibili riserve sul rito camerale.

Andiamo per ordine e vediamo.

L'articolo 111 della Costituzione (1999)

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

- **co1. "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"**
- **co.2. "Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".**

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

1. Il giusto processo è regolato dalla legge (e qui poi vedremo le perplessità sul rito camerale);

2. Il contraddittorio tra le parti deve svolgersi in condizioni di parità (e poi vedremo come si realizza un vero contraddittorio);

3. Il giudice deve essere terzo ed imparziale (questa sembra una tautologia ma

vedremo che non lo è affatto quantomeno nei casi in cui il giudice ha un potere di ufficio nel dare impulso al processo; pensiamo solo al fatto che l'art. 336 C.C. prevede la possibilità del tribunale **di assumere iniziative di ufficio**. Se oggi questo, almeno nel nostro tribunale non accade più è solo per una prassi applicativa virtuosa che però, in quanto prassi potrebbe essere violata in qualunque momento.

4. La legge deve assicurare la ragionevole durata del processo (e ciò ha anche molto a che fare con i carichi di lavoro ma anche con la dovuta diligenza nello svolgerli e dunque con le prassi)

1. Per "Giusto processo regolato dalla legge": si intende dunque un modello processuale che non attribuisca al giudice estesi poteri discrezionali nel determinare le cadenze della procedura e nello stabilire le modalità da seguire per la formazione del proprio convincimento. Formule del tipo "*il giudice è legittimato ad omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio*" ad "*assumere informazioni*" (art. 738 u.c. c.p.c.) a volte connotate come "*opportune*" (art. 95 l. fall.) ed a volte come "*necessarie*" (art. 9 legge 184/83 in materia di adozione), fanno parte di un modello processuale "*ispirato ad una spinta deformalizzazione e all'attribuzione di estesi poteri ufficiosi al giudice, quasi sempre in vista del soddisfacimento di una fortissima esigenza di velocità nel provvedere*".

Secondo COMOGLIO, *Le nuove frontiere della difesa tecnica*, in- *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 392 ss la novità del 111 Costit. sta nell'aver consacrato testualmente con l'aggettivo "giusto" la centralità di quegli irrinunciabili valori etici – basati sull'assoluta inviolabilità dei diritti della persona – ai quali si ispirano le garanzie di legalità, di lealtà, e di correttezza procedurale. Dunque *«la simmetria delle contrapposte posizioni e l'esigenza di eguaglianza (di pari disponibilità) degli strumenti processuali di azione e difesa realizzano, organicamente la garanzia strutturale del contraddittorio, come presidio inviolabile di qualsiasi tipo di processo attribuendo a ciascuna delle parti in lite eguali possibilità di influire sulla formazione del convincimento del giudice chiamato a dirimere la controversia.*

In tale quadro assume una importanza essenziale, quale elemento minimo indefettibile, il

diritto attribuito a tutte le parti coinvolte di farsi ascoltare da un giudice indipendente, terzo ed imparziale, prima che questi sia posto in condizione di pronunciare la propria decisione».

2. Veniamo dunque al contraddittorio.

Il contraddittorio non è solo assicurato da regole processuali che permettano alle parti, incluso il P.M. di agire su un assoluto piano di parità, facendo in modo che tutte possano esprimersi sulle istanze formulate da uno degli attori del processo, ma è dato anche dal fatto che tutte le parti siano adeguatamente assistite, sia sotto il profilo formale che sostanziale e dunque possano interagire con il giudice terzo con strumenti di assoluta parità.

Contraddittorio e difesa tecnica

In questo senso, secondo l'Autore (cfr. COMOGLIO, op. loc. ultt. citt.), «La difesa tecnica per mezzo di avvocato (...) si atteggia in realtà come un prezioso valore aggiunto che, nell'evoluzione garantistica più recente, addirittura si amplia e si rafforza estendendosi anche all'assistenza o meglio alla consulenza fruibile prima e al di fuori del procedimento giurisdizionale».

Dunque : *«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**, presupponendo comunque che a ciascuna delle parti, in quanto tali, venga a priori attribuita quella gamma di diritti e poteri processuali rientranti nella difesa in senso materiale che poi il difensore esercita nel loro interesse e a loro nome».*

Veniamo ora ai singoli principi del 111 Costit.

L'essenza delle condizioni di parità

Il contraddittorio come abbiamo detto si realizza con l'eguaglianza e la pari disponibilità degli strumenti processuali di azione e difesa.

Quindi ciascuna delle parti in lite –minore compreso- deve avere eguali possibilità di influire sulla formazione del convincimento del giudice chiamato a dirimere la controversia. E' di fondamentale importanza che sia attribuito a tutte le parti il diritto di farsi ascoltare da

un giudice indipendente, terzo ed imparziale, prima che questi pronunci la propria decisione, così come è irrinunciabile diritto di tutte le parti di partecipare alla formazione della prova (Cross examination).

Pertanto è inammissibile che una delle parti –ovvero il minore attraverso il suo rappresentante processuale non sia messo in grado di partecipare, come le altre parti, a tutte le udienze comprese quelle in cui si svolge l'audizione delle altre parti.

Occorrerebbe a questo punto per Vostra migliore comprensione fare una piccola storia del diritto processuale minorile e citare i pionieri della trasformazione che, ad onor del vero, sono stati ancora più magistrati minorili illuminati che gli avvocati.

Mi piace ricordare perché ero presente ed è stato molto bello, nel 1994 il convegno di fondazione dell'Aiaf, (allora presieduta forse non a caso, da Gianfranco Dosi, avvocato ma ex giudice minorile) e in quel momento unica associazione nazionale di avvocati familiaristi.

In quella sede tra i molti interventi di apertura mi piace ricordare quello di Paolo Dusi, giudice minorile, che, a fronte delle legittime rimostranze di noi avvocati che lamentavamo di essere regolarmente estromessi dalla procedure avanti al T.M., affermava: “ *Non può esserci giurisdizione senza contraddittorio, non può esserci contraddittorio se non c'è diritto di difesa, se non c'è diritto di difesa non si vede che spazio possa esserci per qualsiasi avvocato*” ...proseguendo. “*anche grazie alle pronunce della Corte costituzionale ..ormai non c'è più nessuno che dice che nelle procedure minorili non c'è contraddittorio, solo che la difesa si arretra. E si dice: si ma è un contraddittorio che deve essere ridotto al minimo proprio per quanto è irrinunciabile è un rudimento, e ciò alimentando: “quell'atteggiamento di sufficienza, di paternalismo quasi che quando si introduce l'avvocato e il contraddittorio, si conceda graziosamente qualcosa anziché attuare un diritto”.*

“*Invero*”- scrive Tommaseo in FAM E DIR 3/2001 – “*la contemplazione del superiore interesse del minore, elemento distintivo della giustizia minorile, ha indotto la giurisprudenza ad eludere e talora comprimere il diritto di difesa sul presupposto che una energica e compiuta attività processuale delle parti possa fare schermo alla percezione giudiziale dell'effettiva situazione in cui si trova il minore e*

compromettere la tutela dei suoi interessi fondamentali. Conviene osservare che si tratta di una tendenza non efficacemente contrastata dalla struttura camerale dei processi minorili, nel cui ambito la formazione del convincimento del giudice avviene in modo non formale, utilizzando prevalentemente lo strumento, marcatamente inquisitorio delle “informazioni” previsto dall’articolo 738 comma 2 cpc e che, nei giudizi minorili, si concretano nelle relazioni richieste ai servizi sociali, troppo spesso intese come relazioni confidenziali, sottratte alla conoscenza delle parti.”

Vediamo dunque il problema della declinazione del contraddittorio e del giusto processo nelle procedure camerali.

Partiamo dal fatto che il processo ordinario è un processo dove tutte le cadenze processuali, sono regolate. I vari articoli – e sono davvero tanti, regolano, dal contenuto minimo degli atti delle parti, ai tempi e modi di notifica, alla fissazione delle udienze; gli articoli 180 e seguenti c.p.c. regolano l’iter delle udienze ed i loro contenuti per cui per arrivare alla decisione, le cadenze processuali sono tutte codificate e perfettamente conoscibili in anticipo, anche nei loro tempi.

Il mancato rispetto di tali norme produce la nullità del procedimento. Inoltre nel processo ordinario è contenuta la regola generale dell’articolo 82 cpc che sancisce i -davvero pochi- casi in cui la difesa tecnica a mezzo di un avvocato non è prevista, rendendo la presenza del difensore una regola generale ed inderogabile pena la nullità del procedimento.

Per contro il rito camerale è regolato da soli sette articoli (737-742 bis) che voi ben conoscerete ma che rispetto alle norme del processo ordinario davvero non dicono nulla.

La ragione è che le norme del camerale sono nate per regolare i cosiddetti procedimenti di volontaria giurisdizione, ovvero procedimenti nei quali non vi sono posizioni contrapposte (vedi omologa società).

Poi, in particolare in anni in cui il processo civile, che è stato riformato ben due volte (1990 e 2005), non era così celere e cadenzato, le norme precitate sono state estese a molte procedure dove non è affatto vero che non vi sono parti contrapposte e ciò ritenendo che tale procedimento informale potesse consentire una maggiore celerità di giudizio.

Pensiamo solo al fatto che, ad esempio, il rito camerale si applica ai procedimenti di

modifica delle statuizioni in materia di separazione e divorzio (art. 710) o gli appelli in materia di separazione e divorzio che sono cause pacificamente contenziose.

Vediamo dunque brevemente come le procedure camerale si sono nel tempo trasformate grazie al lavoro della giurisprudenza

Procedimenti in camera di consiglio, volontaria giurisdizione e la sentenza della Cassazione Sezioni Unite, 5 agosto 1996, n. 7170 sul *il camerale contenzioso*.

Con la sentenza a Sezioni Unite, 5 agosto 1996, n. 7170, sanando un precedente contrasto giurisprudenziale, assegna definitivamente al rito camerale il giudizio di merito (quello di ammissibilità, oggi peraltro non più esistente, era già da tempo demandato al rito camerale), relativo alla dichiarazione giudiziale di paternità di cui all'art. 269 c.c. L'assegnazione al rito camerale di questo giudizio ha rappresentato una novità rilevantisima, trattandosi pacificamente di procedura contenziosa, che vede contrapposti ben quattro soggetti (madre, padre, figlio in persona del curatore speciale e P.M.), che si conclude con un provvedimento che incide sullo *status* di una persona (filiazione) e che è suscettibile di passare in giudicato sia sotto il profilo sostanziale che formale. Siamo quindi molto lontani dalle procedure per le quali era stato «inventato» il rito camerale.

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

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

Quindi il procedimento camerale non è più la forma deputata a regolare le sole questioni di

volontaria giurisdizione ma, adeguatamente corretto dagli interventi del legislatore, della Consulta e della Corte di Cassazione, è divenuta la forma di molti procedimenti contenziosi in cui si considera prioritaria la speditezza e l'informalità per l'attuazione dei diritti tutelati da qui la dizione di camerale contenzioso.

A questo punto è ovvio che la norma dell'articolo 82 cpc relativa alla difesa tecnica deve applicarsi alle procedure camerali contenziose in quanto regola generale non scriminata da alcuna eccezione, anche laddove ad esempio nei ricorsi ex articolo 317 bis c.c. le parti sottoscrivano insieme il ricorso "consensuale" da sottoporre al tribunale. Il Supremo Collegio, infatti, con riferimento al ricorso congiunto per la delibazione delle sentenze del tribunale ecclesiastico di nullità del matrimonio concordatario, ha ritenuto necessaria l'intermediazione del difensore, a ragione della natura – comune a quella qui trattata – "sostanzialmente contenziosa dell'oggetto, con la conseguenza che, in mancanza, il ricorso risulta affetto da nullità radicale ed insanabile».

OBERTO sottolinea che «La conclusione appare (...) in linea con le più recenti ed autorevoli elaborazioni dottrinali che ravvisano nella volontaria giurisdizione non più un'espressione dell'attività amministrativa statale, bensì una delle molteplici forme dell'attività giurisdizionale. Alla luce di tali riflessioni sembra dunque definitivamente consegnata alla storia la convinzione, formulata dalla giurisprudenza alcune decine di anni or sono , secondo cui gli artt. 82 e 83 c.p.c., con l'espressione "stare in giudizio", dimostrerebbero di volersi riferire "ad un procedimento a parti contrapposte".

Ciò posto ed in attesa di un riordino della materia da più parti a gran voce richiesto, vediamo come la giurisprudenza abbia enucleato delle **INTERPRETAZIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE ALLA LUCE DELL'ARTICOLO 111 COSTIT. DELLE PROCEDURE CAMERALI CONTENZIOSE.**

La posizione della Corte di Appello di Torino:

Voglio ricordare, tra le altre, la pronuncia del 4-25 gennaio 2000, nella procedura di v.g. 277/1999, nella quale la Corte di Appello di Torino, poco dopo l'entrata in vigore del nuovo testo costituzionale, ha delineato l'impatto della nuova formulazione dell'art.111

Costituzione sul processo minorile statuendo, a proposito dell'art.336 u.c. c.c. : “ *Quando il T.M. interviene ex art.336 comma 3 c.c., è perché ravvisa un caso di urgente necessità che comporta un provvedimento temporaneo a tutela del minore, a tale provvedimento deve però seguire un provvedimento di merito ex art.336 secondo comma c.c., adottato ancora dallo stesso Tribunale per i Minorenni*”.....“Qualsiasi procedura cautelare, come è quella di cui all'art.336 comma terzo cc., consente al giudice, in caso di urgente necessità di adottare provvedimenti temporanei prescindendo da una preventiva instaurazione del contraddittorio, **ma in questo caso il contraddittorio** –che per essere pieno ed effettivo presuppone appunto la difesa tecnica- **deve essere instaurato successivamente per portare ad un nuovo provvedimento di merito.** Questo principio generale del nostro ordinamento è stato addirittura costituzionalizzato con il nuovo art.111 della Costituzione”.

Sul testo della sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2002

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

La sentenza in esame è' stata emessa sulla base di due ordinanze di rimessione -poi riunite-, una della Corte di Appello di Genova, Sezione Minorenni in data 20 dicembre 2000 e una della Corte di Appello di Torino sempre Sezione per la Famiglia e per i Minorenni in data 18 dicembre 2000, che invocavano la pronuncia di incostituzionalità per vari ordini di motivi.

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

1. L'incostituzionalità del combinato disposto degli articoli 739 e 136 del codice di procedura civile nella parte in cui: “*secondo un asserito diritto vivente risultante dall'interpretazione accolta dal Tribunale che ha deciso in primo grado –prevederebbe la comunicazione del decreto del tribunale- in particolare nei procedimenti ablativi o modificativi della potestà- con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria anziché con la notificazione mediante consegna al destinatario in copia conforme all'originale nelle forme dell'articolo 137 cpc*”. La modalità della comunicazione, in particolare per

chi risiede distante dalla sede del Tribunale per i Minorenni fa la differenza rispetto all'effettività del diritto alla difesa, considerato che il termine di impugnazione dei provvedimenti camerale è di soli dieci giorni.

2. L'incostituzionalità del combinato disposto degli articoli 739 e 741 cpc nella parte in cui prevedono che il termine per il reclamo decorra dalla comunicazione del decreto con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria anziché dalla notificazione nelle forme dell'articolo 137 cpc.

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

- (a) che il decreto sia notificato integralmente ai destinatari
- (b) che il termine per il reclamo decorra appunto dalla notifica della copia integrale del decreto.
- **Il secondo gruppo di questioni** prospetta profili di incostituzionalità dell'articolo 336 codice civile, che disciplina appunto la forma ordinaria del procedimento ablativo o modificativo della potestà, relativi:
 - (a) alla mancata previsione che nei procedimenti in esame sia sentito anche **l'altro** genitore precludendogli così la possibilità di intervenire nel procedimento relativo ai doveri e diritti dell'inadempiente in tema di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli
 - (b) alla mancata previsione che sia sentito il minore.

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

D'altra parte aggiunge la Corte: "Della fondatezza di queste conclusioni fornisce recente

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

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

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

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

(a) Il fatto che il provvedimento temporaneo –ad esempio di allontanamento del minore- assunto inaudita altera parte, abbia durata illimitata,

(b) che non sia previsto l'obbligo, di sentire gli interessati, genitori e anche il minore, entro trenta giorni dall'emissione.

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

La Corte dichiara la questione inammissibile e -facendo una affermazione di enorme portata rispetto ai procedimenti che ci occupano oggi- afferma: "il giudice a quo - pur dubitando che la disciplina del provvedimento urgente in materia di potestà genitoriale sia conforme ai parametri evocati- non ha valutato la possibilità di dare alla norma impugnata una interpretazione idonea a porla al riparo dei dubbi

costituzionali. In particolare non ha verificato se il procedimento in esame, attesa la sua natura cautelare, rispetto a quello ordinario di cui al secondo comma del medesimo articolo, non possa ritenersi assoggettato alla disciplina del procedimento cautelare uniforme dettata dagli articoli 669 bis e s.s. cpc, applicabile, in quanto compatibile, a tutti i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile (art. 669 quaterdecies), con la conseguenza che il provvedimento urgente previsto dalla norma impugnata dovrebbe ritenersi regolato dal secondo e terzo comma dell'articolo 669 sexies".

Dunque la Corte Costituzionale, pur con sentenza interpretativa di rigetto, ha affermato che il Cautelare Uniforme è applicabile sempre se non si vuole violare la costituzione e quindi tutti i nostri procedimenti cautelari in materia di famiglia e minori sono regolati dagli articoli 669 e seguenti cpc.

Questa sentenza ha lasciato scoperto solo un punto ovvero non ha chiarito chi è competente a giudicare ex articolo 669 terdecies suo reclamo.

Questa lacuna, almeno per ciò che attiene alla nostra Corte di appello è stata colmata con un provvedimento, che pronunciando appunto su un sequestro conservativo regolato dall'articolo 671 cpc e dalla disciplina del cautelare uniforme, ha statuito, con complessa motivazione che: *"...è pertanto logico pensare che nel caso di provvedimento cautelare emanato dal tribunale, o da una sua sezione specializzata, in composizione collegiale il reclamo vada proposto al giudice superiore, e quindi alla Corte di Appello, perché il semplice reclamo ad altra sezione comporterebbe il riesame del provvedimento da parte di un giudice dello stesso livello di quello che già si è pronunciato"*.

Per la verità però il direttivo della ANMM –vedi tabella con indicazioni pubblicata sul sito www.minoriefamiglia.it– la pensa diversamente e così chi scrive, laddove afferma invece i provvedimenti urgenti sono reclamabili ex articolo 669 terdecies. *".....davanti ad un collegio diverso da quello che ha assunto il provvedimento in via di urgenza"* aggiungendo, nella colonna successiva: *"...Anche la Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo (Covezzi Morselli vs. Italia 9 maggio 2003) ritiene i provvedimenti provvisori reclamabili. Si ritiene che il riferimento al processo cautelare renda necessaria l'applicazione dei relativi*

principi anche la reclamo prevedendone l'esperibilità al giudice di pari grado".

Per chiudere questa disamina sulle fonti non dimentichiamo la normativa comunitaria che dispone che i provvedimenti stranieri sono efficaci negli altri stati membri quando non sono stati violati "*i diritti essenziali della difesa*", il che conferma –se ve ne fosse bisogno– "*che la materia della giurisdizione volontaria non può essere sottratta ai principi del giusto processo*".

Tutto ciò premesso veniamo alla situazione attuale sotto il profilo ordinamentale e di rito e dunque a domandarci perché i temi che qui trattiamo oggi siano diventati improvvisamente nello scorso anno di scottante attualità.

Le ragioni nascono dalla concomitanza di due fatti importantissimi:

- **La promulgazione della legge 54 del 2006**
- **L'entrata in vigore della parte processuale della legge 149 del 1 marzo 2001**

Quanto alla prima: La legge 54 del 2006 (affido condiviso) all'articolo 4 ha statuito che le sue norme si estendono anche "*ai procedimenti relativi ai figli naturali*".

L'applicazione di questa norma ha scatenato una ridda di ipotesi contrapposte ed ha prodotto decisioni contrastanti dei tribunali per i minorenni e di quelli ordinari sinchè con ordinanza n. 8362 del 4 aprile del 2007 la Corte di Cassazione definendo -almeno in parte- il conflitto di competenza che era stato sollevato, ha statuito la competenza del Tribunale per i Minorenni a decidere su tutte le questioni relative alla separazione delle coppie di fatto e in particolare delle questioni economiche -ovvero della liquidazione del contributo al mantenimento e dell'assegnazione della casa coniugale- quantomeno ove la domanda sia posta **contestualmente** a quella relativa all'affidamento ed al regime di visite.

Quanto alla seconda: La riforma, entrata come sapete in vigore il 1° luglio 2007 a sorpresa (il Presidente della Repubblica si è rifiutato di firmare il quinto rinvio nel decreto milleproroghe) era stata dal 2001 rinviata di anno in anno con la seguente motivazione "*.....Considerato che, in attesa di una compiuta disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità e fino alla revisione del procedimento per l'adozione dei provvedimenti indicati nell'articolo 336 del codice civile, ai*

predetti procedimenti devono continuare ad applicarsi le disposizioni processuali vigenti;
dispone che:

L'articolo 37 della legge, modifica il 336 del codice civile e l'articolo 8 della legge, modifica l'articolo 8 della legge 184/193, sancendo l'obbligo della difesa tecnica, sia per i genitori che per il minore sin dall'apertura delle procedure, introducendo così per la prima volta nel nostro ordinamento non solo la difesa tecnica obbligatoria delle parti adulte nelle procedure camerali ma anche la figura dell'Avvocato del Minore.

Dunque la concomitanza, come sempre non adeguatamente vagliata dal legislatore, ha fatto irrompere, quasi in contemporanea, nelle procedure camerali minorili, pur già corrette dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, come abbiamo sopra visto, l'avvocato, sia nella veste di difensore d'ufficio o comunque obbligatorio per le parti adulte che come Avvocato del minore.

Purtroppo e nonostante i numerosi progetti di legge susseguitisi e mai approvati nelle legislature precedenti non si è anche provveduto a dire con quali regole –ovvero con quale rito- deve celebrarsi il nuovo processo minorile né con quali regole deve essere nominato questo avvocato del minore e pertanto questa è la ragione per cui magistrati da una parte e avvocati dall'altra stanno scialando fiumi di inchiostro per dipanare l'aggrovigliata matassa che si è venuta così a creare.

Di tutti i problemi oggi noi però ci occupiamo solo di quelli legati a alla difesa del minore.

In primo luogo occorre sottolineare che secondo Tommaseo op loc. cit... *il testo della norma postula con tutta evidenza che il minore è parte del procedimento e che lo sono entrambi i genitori*" – è del tutto evidente quindi che la mancata partecipazione del difensore del minore a tutti gli atti del processo produce una nullità assoluta che dovrà essere fatta valere con il reclamo e che postula un rinvio della causa in primo grado per la rinnovazione degli atti.

Ed infatti tra le tante Cassazione 7 luglio 1987 n. 5903: *"Allorquando si sia verificata violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio né da quello di appello, che*

non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'articolo 354 primo comma cpc, resta viziato l'intero procedimento e si impone, in sede di giudizio per cassazione, l'annullamento anche di ufficio, delle pronunce emesse e rinvio della causa al giudice di prime cure a norma dell'articolo 383 ultimo comma cpc .

Da quanto sopra si evince con chiarezza che la prassi attualmente adottata dal Tribunale per i minorenni di Torino di non comunicare ai curatori speciali nominati per i minori parti del giudizio la fissazione delle udienze ed ove questi compaiano spontaneamente alle udienze fissate di invitarli ad uscire dall'aula così come la prassi di ritenere NON necessaria la nomina di curatore speciale –o avvocato del minore dopo ci intratterremo sulle differenze tra i due istituti- nelle procedure ex articolo 317 bis produce delle nullità processuali.

Per chiudere il cerchio e ritornare alla messa in comune dei codici di comunicazione tra avvocati e giudici onorari o più in generale tra giuristi e non giuristi all'interno del processo minorile due parole sulla

Formazione dell'avvocato del minore:

Sia per l'ascolto del minore in sede giudiziaria che per la sua difesa tecnica occorrono norme deontologiche e progetti di formazione specifici sulla falsariga di ciò che è stato previsto nel penale dalla legge n. 488 del 1988 per la formazione del difensore d'ufficio penale minorile in quanto, come affermano MESTIZ, COLAMUSSI , in *Il difensore per i minorenni*, Carrocci, aprile 2003 «*E' infatti evidente come sia di particolare importanza la possibilità per l'avvocato di sviluppare una capacità comunicativa e competenza relazionale che gli permetta di relazionarsi con il proprio assistito ma, anche di dialogare con la famiglia, interagire con i servizi ...sviluppando con tutti questi soggetti un rapporto di collaborazione sinergica anziché di contrapposizione*» . Dunque, come afferma GULOTTA in , *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile, Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Giuffrè Milano 2003, «*...la formazione dell'avvocato minorile deve prefiggersi questi obiettivi: 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».

Il fatto che siamo tutti ancora molto lontani dagli standard descritti non ci esime, a livello ordinistico da uno sforzo creativo per organizzare una formazione realmente interdisciplinare che inizi a colmare queste lacune e ci permetta di utilizzare lo strumento della difesa tecnica del minore non come una clava primordiale, ma come una effettiva possibilità di dare voce ai più piccoli e bisognosi di tutela.