



Riflessioni

IL GIUSTO PROCESSO TRIONFA: MORTE CERTA PER IL CAUTELARE MINORILE?!

Quando ferveva il dibattito sul giusto processo e sulla nuova formulazione dell'art. 111 Cost., prima quindi della sua promulgazione, io, come credo molti di Voi, ero ingenuamente convinta che il problema riguardasse solo ed esclusivamente il processo penale e quindi ho soltanto "orecchiato" le tesi e le dispute che hanno portato poi alla promulgazione dell'attuale testo.

Soltanto dopo, e precisamente a seguito delle ordinanze della nostra Corte di Appello che cassavano i provvedimenti del Tribunale in nome dell'art. 111 Cost., ho iniziato a comprendere la portata della norma.

Sono poi stata incaricata di svolgere una relazione alla Conferenza Nazionale dell'Avvocatura, svoltasi tra il 29 giugno ed il 2 luglio 2000 a Riva del Garda, conferenza nella quale le rappresentanze dell'Avvocatura, oltre all'OUA, il CNF, le varie associazioni forensi, si proponevano, in contraddittorio con i politici presenti, tra cui il neo eletto ministro Fassino, di fare il punto su:

"Il contraddittorio in condizioni di parità"

"La ragionevole durata dei processi"

Il compito del mio intervento era quello di stimolare, senza pretese di eccessivi approfondimenti accademici, il dibattito intorno ad alcuni punti "dolenti" dei procedimenti cautelari e delle procedure camerale, a seguito della promulgazione del nuovo testo dell'art. 111 Cost., cui sono di pacifica applicazione anche al processo civile i primi due commi che recitano testualmente:

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



La Chiesa di San Francesco da Paola in via Po. La Chiesa di San Francesco da Paola è posta sull'unico tratto non coperto da portici di via Po; fu fatta costruire da Maria Cristina di Francia in occasione della nascita del primo erede e dedicata al fondatore dell'Ordine dei Minimi. L'edificio, terminato nel 1634, si deve ad Andrea Costaguta, un carmelitano che ha saputo donare a questa costruzione una limpida sobrietà, le cui linee essenziali dell'esterno si contrappongono alla ricca articolazione dell'interno. Alla chiesa è annesso il Convento dei Minimi.

“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”.

Per “giusto processo regolato dalla legge”, si intende un modello processuale che non attribuisca al Giudice estesi poteri discrezionali nel determinare le cadenze della procedura e nello stabilire le modalità da seguire per la formazione del proprio convincimento; formule del tipo “*assumere informazione*” (art. 738 u.c. cpc) fanno infatti parte di un modello processuale “ispirato ad una spinta deformalizzazione e all’attribuzione di estesi poteri ufficiosi al Giudice, quasi sempre in vista del soddisfacimento di una fortissima esigenza di velocità nel provvedere”.

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

Sui procedimenti cautelari atipici

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

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

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

Esiste già nel nostro ordinamento una forma processuale, mi riferisco alla normativa degli artt. 669 bis ss cpc “*Procedimento cautelare uniforme*”, sulla cui compatibilità con il dettato costituzionale del 111 nessuno ha mai sollevato riserve.

L’articolo 669 quaterdecies, come sapete, nell’indicare i procedimenti a cui il cautelare uniforme è applicabile, pone anche una clausola aperta estendendo l’applicabilità “**in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali**”.

Il problema a tutt’oggi irrisolto risiede nel fatto che la giurisprudenza non ritiene applicabile ad alcuni provvedimenti aventi natura intrinsecamente cautelare la disciplina in oggetto.

Mi riferisco, a mero titolo di esempio (in quanto materia che mi è familiare), al provvedimento di cui all’art. 156 c.c., in base al quale il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato a prestazioni alimentari, nonché ordinare a terzi, tenuti a corrispondere somme di denaro all’obbligato, che una parte di esse venga direttamente versata agli aventi diritto.

La giurisprudenza di merito ha sino ad ora ritenuto che “*Il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato previsto dal comma 6 dell’art. 156 c.c., non ha natura cautelare e, quindi, non essendo assoggettato in forza della clausola di compatibilità di cui all’art. 669 quaterdecies alla nuova disciplina cautelare uniforme, non è impugnabile con il reclamo previsto dall’art. 669 terdecies*” (Tribunale Milano, 21 luglio 1995).

L’Avvocatura nel confronto con i politici, in seno alla Conferenza Nazionale di Riva del Garda, ha fermamente chiesto al Ministro ed al Parlamento di prevedere, nella globale riforma del processo civile tratteggiata nella conferenza, l’estensione della disciplina del procedimento cautelare uniforme anche a tutte le fattispecie attualmente escluse dalla giurisprudenza con le più varie motivazioni, al fine di renderle compatibili con il dettato del nuovo articolo 111 Cost.

Sul procedimento camerale

Se rendere i procedimenti cautelari atipici compatibili con il nuovo dettato del 111 Cost. è cosa tecnicamente sem-

plice ove vi sia la volontà politica per farlo, assai più complesso è il problema della legittimità costituzionale dei procedimenti camerale nelle procedure destinate ad incidere sulla tutela dei diritti e sulla modifica degli status (mi riferisco in particolare al diritto di famiglia e minorile).

Il rito camerale attualmente in vigore infatti:

- **non è regolato da un giusto processo nel senso sopra indicato;**
- **non si svolge nel contraddittorio tra le parti, né in condizioni di parità;**
- **per quanto riguarda in particolare il Tribunale per i Minorenni non si svolge davanti ad un Giudice terzo ed imparziale;**
- **non si può certo affermare che abbia una durata ragionevole.**

Proto Pisani afferma: «*La formula “regolato dalla legge” mi sembra che escluda la possibilità di considerare in regola con la Costituzione un modulo processuale, nella specie di quello previsto dagli artt. 737 e seguenti c.p.c. in cui le uniche predeterminazioni legali attengono alla forma della domanda e del provvedimento finale del giudice, alla nomina del relatore, al potere di assumere informazioni e al reclamo*».

Vorrei risparmiarvi le mille querimonie degli avvocati ed i mille “nanetti” sull’attuale applicazione dei procedimenti camerale avanti ai Tribunali per i Minorenni; ve le risparmio perché sono convinta che questa procedura abbia ormai i giorni contati.

La tesi è tanto più vera se si considerano, le (poche) prese di posizione della giurisprudenza, la situazione “*de iure condendo*”, e le eccezioni di costituzionalità già sollevate.

Posizione della giurisprudenza

Stante quanto stabilito nelle tre pronunce che ho rinvenuto, peraltro tutte in materia di reclamabilità-impugnabilità dei provvedimenti di urgenza emessi nell’ambito di procedure camerale: **Corte Appello Roma 4 agosto 1995 (in Dir. Fam. 1996, pag. 1393)**, **Corte Appello Roma 10 maggio 1993 (in Dir. Fam. 1996, pag. 1387)** e **Corte Appello L’Aquila 25 maggio 1999, (in Famiglia e Diritto n. 4/1999, pag. 360)** la disciplina del cautelare uniforme risulterebbe applicabile sin

d'ora, tout court, alle procedure camerale minorili.

Afferma la Corte di Roma nell'aprima delle sentenze citate, quella del 1995, "... Considerato che l'ambito di applicazione del modello procedimentale dei procedimenti cautelari ex art. 669 quaterdecies cpc, si applica 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".

Vorrei sottolineare tra l'altro che la differenza tra il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c. e quello di cui all'art. 669-terdecies c.p.c., consiste nel fatto che: *mentre nel primo caso la Corte, investita del reclamo non ha termini*



Piazza Vittorio Veneto. Particolare dell'ampia piazza, che fino all'inizio del secolo scorso ospitava numerosi alberi, nel tratto degradante, che fu realizzato seguendo un progetto di Guarino Guarini. La porta del Po fu però fatta abbattere durante la dominazione dei Francesi. Con Carlo Felice piazza Vittorio Veneto acquisì l'immagine attuale, trovando nelle sobrie linee immaginate dall'architetto Giuseppe Frizzi una solida impostazione quasi scenografica, capace di armonizzare con grande equilibrio il centro cittadino e le pendici della collina, che pare abbiano il loro punto di fuga nella Chiesa della Gran Madre di Dio.

perentori entro i quali decidere, nel secondo caso il giudice di secondo grado deve:

1. Convocare le parti;
2. “Pronunciare **entro venti giorni dal deposito del ricorso ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare**;
3. “... può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell’esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione”.

Rileverei inoltre che mentre il reclamo di cui all’art.739 c.p.c. è soggetto alla sospensione dei termini nel periodo feriale, quello dell’art. 669-terdecies c.p.c. non lo è.

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

A fronte dell’incertezza giurisprudenziale e della scarsità di pronunce conosciute, che fanno ritenere che non tutti i Tribunali Minorili e le Corti di Appello si siano ancora posti il problema, mi permetto di sollecitare ancora una volta un intervento legislativo che tempestivamente dichiari applicabile, a tutti i procedimenti familiari e minorili, nel campo di una più vasta ed opportuna riforma del diritto di famiglia, la disciplina del procedimento cautelare uniforme, a garanzia del rispetto del disposto dell’art. 111 Cost.

De iure condendo

I due progetti di legge di cui si è discusso in questa legislatura: (mi riferisco al testo del Comitato ristretto della Camera, il cosiddetti **Progetto Lucidi**, avente ad oggetto: “*Nuove norme in materia di separazione e divorzio*” nel quale, all’art. 712-ter si prevede il passaggio al Tribunale ordinario di tutte le competenze del Tribunale per i minorenni relative agli artt. 316, 317bis, 330, 332, 333, 334, 335 c.c., “*ove si tratti di figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori*”; nonché alla **bozza della cosiddetta Commissione Scoca**, istituita presso l’ufficio legislativo del Ministero, avente ad oggetto la “*Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l’unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie*”) tengono conto dei problemi di legittimità costituzionale posti dall’art. 111 Cost. e propongono soluzioni certamente più rispettose del dettato costituzionale, anche se sotto certi profili non ancora del tutto soddisfacenti.

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

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

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

In particolare, nel complesso della riforma (che non sto ora ad illustrarvi per ragioni di spazio) si opera una novella all'art. 338 c.c. nel senso che: *“All'udienza di comparizione il giudice nel contraddittorio delle parti con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti temporanei adottati. La mancata conferma comporta la loro inefficacia, senza necessità di alcun provvedimento. Nel corso del giudizio il giudice, nell'interesse del minore può adottare con decreto provvedimenti urgenti, immediatamente esecutivi. I provvedimenti del giudice sono reclamabili al Tribunale, in composizione collegiale, ai sensi dell'articolo 669-terdecies del codice di procedura civile”*.

Ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale

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

La pronuncia del 4-25 gennaio 2000, nella procedura di V.G. 277/1999, è forse una delle prime in cui la Corte, poco dopo l'entrata in vigore del nuovo testo costituzionale, ha delineato l'impatto della nuova formulazione dell'art. 111 Cost. sul processo minorile. Afferma il giudice del reclamo, a proposito dell'art. 336 c.c. u.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 c.c., consente al giudice, in caso*

di urgente necessità, di adottare provvedimenti temporanei prescindendo da una preventiva instaurazione del contraddittorio, ma in questo caso il contraddittorio deve essere instaurato successivamente per portare ad un nuovo provvedimento di merito. Questo principio generale del nostro ordinamento è stato addirittura costituzionalizzato con il nuovo art. 111 della Costituzione”.

Con ordinanza in data 18 dicembre 2000-3 gennaio 2001 (il cui PQM viene pubblicato al seguito del presente articolo), la Corte ha rimesso al vaglio del giudice Costituzionale l'art. 336 sotto molteplici aspetti. È chiaro che ove, come auspicabile, la Corte Costituzionale accolga le testi Subalpine, il tempo del camerale minorile e familiare è definitivamente segnato.

Ulteriori aspetti di incostituzionalità

Mi limiterò ad elencare quelle che il Dott. Pazzè in un articolo apparso su *“Questione giustizia”* n. 1/1198, ha definito *“prassi degenerative”* ovvero *“prassi che in nome dell'efficacia, ... hanno accentuato l'impostazione inquisitoria ed autoritaria”* del sistema legislativo.

- 1) Provvedimenti di urgenza assunti *“al di fuori di reali situazioni di necessità ed urgenza ma definiti urgenti solo perché non preceduti dal sentire le parti ed il PM”*.
- 2) Una *“dequalificazione delle informazioni ritenute sufficienti per fondare i provvedimenti, sempre più spesso recepite dall'esterno e non seguite da verifiche interne al processo, cosicché talora il Tribunale per i Minorenni costituisce sostanzialmente il braccio secolare delle richieste dei servizi sociali”*.
- 3) Una *“dilatazione nel tempo dei provvedimenti confermativi, in modo che i provvedimenti temporanei predeterminano sostanzialmente la soluzione senza possibilità delle parti di opporsi”*.
- 4) *“L'ingresso massiccio dei servizi socio-sanitari nel processo”*.
- 5) La perdita sostanziale di collegialità nella fase istruttoria, dal momento che si è generalizzata la prassi di nomina di un giudice istruttore che dispone ed assume prove, al punto che lo stesso C.S.M. con una circolare del 1984 ha deliberato di ammettere l'impiego dei giudici non togati

nell'attività istruttoria, non come componenti del collegio, ma come singoli magistrati.

- 6) Il problema della mancata obbligatorietà della difesa tecnica.
- 7) Il problema del momento e delle modalità di instaurazione del contraddittorio (quando devono essere informate le parti dell'esistenza del giudizio e del suo contenuto e quando devono essere convocate?).
- 8) Il problema della raccolta e della formazione della prova (quando mai siamo riusciti a fare ascoltare nostri testimoni nelle procedure camerali, a chiedere l'esibizione di documenti o fare assistere un proprio consulente nel momento in cui i servizi, in specie quelli di Npi, sono chiamati ad effettuare valutazioni su una situazione?).
- 9) Il problema della secretazione degli atti, oggetti di un'altra ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale. Veniamo infine all'ultimo assunto dell'art. 111 Cost. relativo a:
 3. **La terzietà ed imparzialità del giudice**
Afferma Proto Pisani: *“Questi valori (diversi da quello dell'indipendenza) colgono l'essenza del giudice la vera differenza fra giudice e non giudice”*.
Da questi valori discendono:
 - a) l'inderogabilità del principio della domanda e la ferrea distinzione tra chi chiede e chi rende giustizia (come può sopravvivere nell'ordinamento l'art. 336 ultimo comma c.c. *“In caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio?”*).
 - b) Il divieto del giudice di utilizzare il suo sapere privato, relativamente ai fatti principali e secondari ed alle fonti materiali di prova (come la mettiamo con le riunioni periodiche dei magistrati minorili con i servizi sociali della zona di loro competenza?).
A tale proposito vorrei citare un articolo a firma del Dott. Losana (già presidente del T.M. di Torino) e del Dott. Bouchard (già magistrato togato presso lo stesso Tribunale; in Minori e Giustizia del 1994, fascicolo 1, pag. 115), in cui si afferma: *“La maggior parte di giudici Togati ha la consuetudine di intrattenere rapporti periodici con i servizi territoriali: questa prassi è fondata per lo più su ragioni di economia*

processuale, ma la stretta connessione che ne è derivata tra giudici e servizi ha trasformato il primo in supervisore dei secondi, sollecitato a valutare addirittura situazioni non conosciute dall'autorità giudiziaria ... questo assetto ha fatto assurgere il servizio alla funzione di un effettivo ma innominato componente privato del Tribunale".

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

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

Benvenuti quindi al funerale dei camerati. Temo nessuno di noi li rimpiangerà.

Giulia Facchini

Coordinatore Commissione diritto di famiglia e minorile dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura



Via Verdi. Nella via la luce sembra quasi faticare alla ricerca di un varco, di uno spiraglio che le permetta di abbracciare le antiche mura di una strada adagiata alle spalle di edifici che costituiscono un riferimento fondamentale per la storia della città, come il Teatro Regio o l'Università.