

FIGLI: E' GIUSTO PARLARE DI PARIFICAZIONE SE LE TUTELE PROCESSUALI NON SONO LE STESSE ? ALLA RICERCA DI POSSIBILI SOLUZIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE.

di *Giulia Facchini e Maria Giovanna Ruo**

La raggiunta uguaglianza anche dopo l'importantissima riforma sulla filiazione attuata dalla l. 219/2012 e dal DLGS 154/2013 tra figli nati fuori e dentro il matrimonio non è poi cosa così vera e completa: anche sul piano sostanziale, dove permangono differenze rilevanti (si pensi ad es. solo a quelle persistenti in materia di azioni di stato), ma soprattutto su quello processuale dato che il trattamento di queste due categorie di figli presenta ancora profonde ed ingiustificate disparità.

Anche il DLGS 154, promulgato lo scorso 28 dicembre 2013, pur con un'imponente riorganizzazione del libro I delle Persone e della Famiglia, non ha risolto il problema della disparità processuale tra le tutele approntate per i figli nati dentro o fuori del matrimonio nel delicatissimo momento della crisi della relazione tra genitori e della loro cessazione di convivenza (o non convivenza) per quanto attiene la regolamentazione del loro affidamento, disciplina della relazione con i genitori, mantenimento. I figli nati nel matrimonio infatti ottengono tutela attraverso l'applicazione del modello processuale che emerge (in modo non sempre voluto e coerente) dal coordinamento delle norme speciali sui procedimenti di separazione e divorzio, unite, per le fasi istruttoria e decisoria, alle regole del procedimento ordinario di cognizione e mitigate, per ciò che attiene alle decadenze, dai poteri officiosi del giudice in ragione della tutela rafforzata dei soggetti vulnerabili che sono i figli minori.

La tutela dei figli nati dal matrimonio, in caso di crisi dei loro genitori, si dipana quindi su regole (abbastanza) chiare e con prassi ormai consolidate, conosciute e moderatamente omogenee, anche grazie al monitoraggio costante delle associazioni di familiaristi presenti sul territorio nazionale. Inoltre l'intervento del giudice anche valutativo dell'accordo dei genitori in funzione del superiore interesse dei figli minori è obbligatorio (e infatti il tribunale può non omologare le condizioni di separazione che non tengano conto del loro superiore interesse che costituisce criterio preminente e determinante di giudizio in tutte le questioni che li riguardano).

Quale è invece il modello processuale di riferimento per la tutela dei figli naturali nella crisi della coppia genitoriale? Si badi che la domanda vale oggi, che la competenza per materia, a seguito della legge 219 del 2012, è del tribunale ordinario, come ieri quando invece era del tribunale per i minorenni.

Il riformato art. 38 dip att c.c. si limita, infatti, a ribadire che: "...*Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile*".

Questa disposizione non tiene conto però che, proprio i procedimenti camerali richiamati, sono da tempo in odore di incostituzionalità perché pacificamente contrari al disposto di cui all'articolo 111 Costituzione, come rimodellato dalla riforma del 1999, che recita testualmente: "*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*"¹.

* Avvocati, componenti Direttivo Nazionale CamMiNo-Camera Nazionale Avvocati per la Famiglia e i Minorenni.

¹ Proto Pisani: "*La formula "regolato dalla legge" mi sembra che escluda la possibilità di considerare in regola con la Costituzione un modulo processuale, nella specie di quello previsto dagli art.737 e seguenti c.p.c. (il c.d. procedimento in camera di consiglio) in cui le uniche predeterminazioni legali attengono alla forma della domanda e del*

E' evidente che le scarse norme di cui agli articoli 737 e seguenti del cpc nulla hanno a che fare con quel **procedimento camerale contenzioso**, definito dalla Cassazione, sin dalla fondamentale sentenza delle Sezioni Unite n. 7170 del 1996, come: *“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”*.

Il processo, dice l'art. 111 Costit. **deve essere regolato dalla legge e non dalla giurisprudenza, o dalle prassi volonterosamente poste in essere dai tribunali**, diversamente si viola quel principio fondamentale di eguaglianza – per ciò che ci riguarda, tra diverse categorie di figli - di cui all'articolo 3 della Costituzione.

Ergo una riforma del rito è indispensabile.

Ora che ormai una buona parte delle procedure (regolate dall'articolo 317 bis c.c. – ora 316 c.c.- e non solo) già pendenti avanti al tribunale per i minorenni è passata al giudice ordinario, forse sarà più facile parlare di rito, quindi di modello processuale e non di giudice competente, dato che oramai tutti si saranno resi conto che la questione delle diminuite garanzie non riguardava la natura del giudice, ma il deficit normativo che persiste e continua a comportare problemi applicativi e interpretativi con disparità di trattamento. Ed è anche auspicabile che nel dibattito –già acceso- tra sostenitori tra Tribunali per la famiglia e Sezioni specializzate si faccia tesoro dell'attuale disastrosa esperienza ricavandone il sano principio che il pregiudizio ideologico non è un buon veicolo di riforme. Queste debbono invece essere riflettute sul piano tecnico e volte alla tutela effettiva e rafforzata dei soggetti vulnerabili.

Nel frattempo come operare?

E' pacifico, perché la Corte Costituzionale lo ha ripetuto più e più volte, che delle norme occorre dare una interpretazione costituzionalmente orientata. Come deve comportarsi l'operatore del diritto quindi, a fronte di una disciplina (quella appunto degli articoli 737 e seguenti del c.c.) così scarna da essere mutacica su aspetti fondamentali quali: i termini e le modalità dell'instaurazione del contraddittorio, il regime dei provvedimenti provvisori ed urgenti (pronunciabilità durata, modificabilità, reclamabilità) la deduzione e l'assunzione delle prove, i termini per l'impugnazione dei decreti emessi e le regole per la loro esecuzione etc. Questi si trova nella necessità, in mancanza di una norma precisa, di ricorrere, secondo il principio dell'analogia *iuris*, ad altre disposizioni del codice di procedura civile, per trovare un modello processuale che consenta una interpretazione, costituzionalmente orientata, delle norme sui procedimenti camerale richiamate dall'articolo 38 disp att.

La Corte Costituzionale, già nel 2002, chiamata a valutare la costituzionalità dell'articolo 336 c.c., purtroppo pronunciando con sentenza interpretativa di rigetto, aveva ricordato al giudice remittente che per i provvedimenti di cui all'articolo 336 c.c. ultimo comma, si poteva ricorrere al modello processuale del cautelare uniforme *“applicabile, in quanto compatibile, a tutti i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile: art. 669-quaterdecies, con la conseguenza che anche il provvedimento urgente previsto dalla norma impugnata dovrebbe ritenersi regolato dal secondo e dal terzo comma dell'art. 669-sexies”*.

Anche una parte della dottrina (Finocchiaro e Lupoi –già nel 2006 e Graziosi commentando la legge 154) si è dichiarata d'accordo all'utilizzo della forma processuale del cautelare uniforme per decidere le questioni relative ai figli nati fuori del matrimonio.

provvedimento finale del giudice, alla nomina del relatore, al potere di assumere informazioni e al reclamo”.

La giurisprudenza di merito è tiepida rispetto a tale soluzione interpretativa, forse anche perché l'indicazione "provvedimenti d'urgenza", contenuta nell'articolo 700 cpc, indica la necessità di accelerare i tempi di fissazione delle udienze e di emissione dei provvedimenti, in presenza di ruoli spesso obiettivamente pesanti.

La dottrina (e prima ancora la Corte Costituzionale), nel riferirsi alla disciplina dei provvedimenti, cd. d'urgenza intendeva richiamare un modello processuale, quello del Procedimento Cautelare Uniforme, che ha l'indubbio pregio di coniugare la rapidità e la snellezza della decisione con il profondo rispetto del contraddittorio e con norme complete ed esaustive e quindi rispettose sia del primo che del secondo comma dell'articolo 111 Costituzione.

In attesa che il legislatore (o la Corte Costituzionale?) si occupino del problema del rito, ed escano dall'attuale impasse, quali modelli altri modelli processuali possono essere adottati per analogia?

Non volendo recepire l'indicazione di utilizzare il procedimento cautelare uniforme per regolare le questioni relative ai figli nati fuori del matrimonio si può pensare ad una applicazione analogica di un altro modello processuale, non altrettanto completo come il cautelare uniforme; si tratta dello speciale modello di rito camerale di cui all'articolo 710 cpc, introdotto dalla legge 331 del 1988, e che ha recepito, rimediandole, ad alcune delle criticità rilevate dalla giurisprudenza relativamente agli articoli 737 e seguenti cpc.

Le differenze tra i due riti sono evidenti. Nel rito camerale puro non è neppure previsto che siano "sentite le parti" e il giudice "assume informazioni", cosa che può fare a prescindere dalla instaurazione del contraddittorio sulla deduzione, ammissione e raccolta della prova, mentre nel rito camerale "rinforzato", previsto dall'articolo 710 cpc, il giudice sente le parti, provvede alla eventuale ammissione di mezzi istruttori, ma soprattutto: "*Ove il procedimento non possa essere immediatamente definito*", "*può adottare provvedimenti provvisori e può ulteriormente modificarne il contenuto nel corso del procedimento*". Se vogliamo che anche i figli nati fuori del matrimonio, abbiano, nel conflitto tra i loro genitori, la garanzia di poter, comunque, mantenere rapporti con entrambi e ricevere dai due genitori il dovuto sostentamento economico, mentre pende il procedimento, occorre che nelle procedure che li riguardano, siano assunti i provvedimenti provvisori ed urgenti che l'articolo 708 cpc garantisce ai figli nati dentro il matrimonio. E quindi, un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme anche alle indicazioni della Corte EDU con riferimento agli artt. 13 e 14 Convenzione di Roma (diritto al ricorso effettivo e divieto di discriminazioni), dovrebbe portare a considerare necessaria tale assunzione. Analogamente per i provvedimenti istruttori, come succede per i figli dei genitori coniugati.

Sarebbe altresì necessario che tutte le Corti d'appello dichiarassero ammissibili i reclami ex articoli 739 cpc su provvedimenti provvisori assunti dai tribunali per i figli nati fuori del matrimonio, così' come l'ultimo comma dell'articolo 708 cpc fa per i figli nati nel matrimonio.

A proposito della applicabilità del rito camerale "rinforzato" del 710 cpc ai procedimenti relativi alla tutela dei figli nati fuori del matrimonio militano alcune argomentazioni della Cassazione a Sezioni Unite che, nella recente sentenza n. 10064 del 2013, pur dirimendo il precedente contrasto giurisprudenziale sulla immediata esecutività dei provvedimenti che definiscono il procedimento di cui all'articolo 710 cpc, afferma a proposito della differenza tra il procedimento camerale puro e quello del 710 che: "*i commi 2 e 3 dello stesso articolo, disciplinando alcuni aspetti del procedimento, dimostrerebbero invece che il rinvio alla disciplina dei procedimenti in Camera di Consiglio non è integrale e che anzi, l'autonoma disciplina dettata su aspetti importanti –quali il contraddittorio e l'istruttoria- è*

profondamente diversa da quella dettata dagli articoli 737-742 cpc. In particolare, risulta decisiva in questa ricostruzione, la previsione, nel comma 3 della possibilità di adottare, prima della definizione del procedimento, provvedimenti provvisori e di modificarne il contenuto nel corso del procedimento. La possibilità di provvedimenti anticipatori della tutela che sarà offerta dal provvedimento finale, infatti, è estranea alla tutela camerale così come è disciplinata negli articoli 737-742 cpc.

Aggiungono, per ciò che ci riguarda, le Sezioni Unite sempre a proposito del procedimento camerale di cui all'articolo 710 cpc: “...Non soltanto, infatti in questo caso il procedimento camerale è applicabile non in ragione della natura propria della materia trattata –che non è di giurisdizione volontaria ma contenziosa- bensì una scelta del legislatore, in funzione di semplificazione e accelerazione del processo...”.

L'applicazione della forma processuale dettata dall'articolo 710 cpc ai procedimenti relativi alla tutela, avanti al tribunale ordinario, dei figli nati fuori del matrimonio sarebbe, in attesa di una compiuta riforma, un passo in avanti per evitare le più macroscopiche e incostituzionali disparità di trattamento processuale tra le due categorie di figli, anche se la disciplina invocata non risolverebbe tutte le disparità: si pensi ad esempio alla differenza del termine breve per l'impugnazione della sentenza di separazione o divorzio (30 giorni) rispetto ai soli dieci giorni previsti per i procedimenti camerale.

In via analogica, con riferimento all'art. 12 delle preleggi, dovrebbe altresì essere considerata applicabile anche la norma di cui all'art. 189 disp. att. c.p.c. che sancisce sia l'ultrattività dei provvedimenti provvisori assunti in fase presidenziale sia il fatto che costituiscono titolo esecutivo.

Certo rimane un mistero il motivo per cui –pur modificando eventualmente la competenza- sia stata stralciata la parte del DDL 2805 S della scorsa legislatura che prevedeva la disciplina del procedimento in materia di affidamento e mantenimento dei figli minori nella crisi della relazione tra genitori non coniugati e rimane un mistero perché il problema connesso con le lacune nella disciplina del rito dei procedimenti minorili sia *tamquam non esset* per il nostro legislatore e non solo, mentre riguarda l'effettività della tutela dei diritti fondamentali di persone vulnerabili e dovrebbe quindi avere una priorità nell'agenda delle riforme.