

Note di Angelo Vaccaro, Presidente del Tribunale per i minorenni di Potenza, sul disegno di legge n. 4294, di iniziativa ministeriale, presentato alla Camera dei Deputati in data 19 settembre 2003 recante “disciplina della difesa d’ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni”.

È da tempo nell’ordine naturale delle cose l’unificazione delle competenze in materia minorile e familiare; la spinta in tal senso è molto forte e questa finalità andrebbe perseguita con forza.

Però non sembra possibile continuare a sostenere l’opportunità di unificare le competenze in un unico organo di giustizia, senza interessarsi delle norme procedurali, senza proporre anche un unico procedimento che valga ad evitare che il giudice in persona del quale si unifichino le competenze debba applicare norme procedurali nettamente diverse e non coordinate tra loro.

Sarebbe quindi necessario, e non è nemmeno molto difficile, portare ad unità situazioni sostanzialmente eguali, strutturare un unico procedimento in materia di famiglia, un sistema processuale unitario e coerente che, nel quadro del giusto processo, tenga conto della particolare natura degli interessi in gioco in materia familiare e minorile e della diversità tra le ipotesi che attengono ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni dalle altre, prevedendo le necessarie specificazioni e diversificazioni interne.

Però nell’attesa che si riesca e rivedere la materia minorile e familiare nel suo complesso, a livello ordinamentale e processuale, assume importanza prioritaria la necessità di disciplinare il procedimento in materia di potestà dei genitori, retto da norme obsolete, dettate per un’epoca remota; è invero indubitabile che i principi della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata del processo, le garanzie della difesa e le esigenze del contraddittorio, anche in seguito alla nuova

formulazione dell'art. 111 Cost., pongono ineludibilmente il problema di adeguare il procedimento minorile al fine di rendere in esso effettivamente applicati i detti principi e, al tempo stesso, eliminare le prassi diffuse e, di fatto, molto diversificate.

E la necessità di discutere in proposito si impone anche perché è stato presentato alla Camera dei Deputati, in data 19 settembre 2003, un disegno di legge di iniziativa ministeriale (atto n. 4294C) relativo a *“Disciplina della difesa d’ufficio nei giudizi civili minorili e modifiche degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni”*.

Al fine di apprezzare se il disegno di legge n. 4294 soddisfi le esigenze reali, contenga una disciplina che colmi la lacune oggi esistenti nella normativa vigente, è bene tenere presente che allorché ci si accinge a studiare e predisporre un complesso di norme procedurali, sia esso applicabile solo ai giudizi civili che si svolgono davanti al tribunale per i minorenni, sia esso applicabile anche ai giudizi che attengono ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni pur non rientrando allo stato nella competenza del tribunale per i minorenni, è necessario tenere presenti alcune premesse.

Innanzi tutto occorre tenere presenti i principi costituzionali.

Gli artt. 2 e 3 della Costituzione attribuiscono valore primario alla personalità individuale e quindi all'esigenza di tutela della dignità e dell'autonomia della persona; il riconoscimento della famiglia, operato dall'art. 29 comma I Cost., va pertanto inteso nel senso che la famiglia, in quanto formazione sociale, in quanto entità superindividuale e quindi valore impersonale, va tutelata principalmente come elemento di protezione e di sviluppo dei soggetti che la compongono e non può in alcun modo rappresentare una causa di compressione dei valori personali che, anche per suo mezzo, si sono voluti assicurare.

Ne consegue che il superiore interesse familiare e sociale all'educazione della prole, individuato implicitamente dall'art. 29 Cost., interesse la cui attuazione tutela la famiglia unitariamente in tutti i suoi componenti, è garantito nei limiti in cui costituisce elemento di sviluppo dei soggetti che la compongono, e pertanto può

prevale sugli interessi dei singoli soltanto se è conforme a questi interessi, soltanto se si pone come strumento di protezione della personalità individuale.

Questi principi trovano completamento, e conferma, in altri articoli della Costituzione e precisamente nell'art. 30 (il quale prevede che in caso di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolto i loro compiti) e nell'art. 31 (il quale impegna alla protezione dell'infanzia e della gioventù).

Questi principi costituzionali fondano le numerose disposizioni di legge che impongono di decidere “nel preminente interesse del minore”: l’interesse del minore è preminente perché coincide nella sua finalizzazione con l’interesse pubblico e superindividuale alla crescita corretta, sana ed equilibrata di tutti i cittadini; e questo interesse pubblico sta o viene meno secondo che siano o non siano effettivamente tutelati i diritti del minore.

È per questo che la Corte Costituzionale ha affermato che la tutela dei minori si colloca tra gli interessi costituzionalmente garantiti (Corte Cost. sent. n. 25 del 1965, sent. n. 16 e 17 del 1981) e che il tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, deve essere annoverato tra quegli “istituti” dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo il precetto costituzionale (art. 31 comma II Cost.) che la impegna alla protezione della gioventù (Corte Cost. sent. n. 222 del 1983). Ne consegue che è la stessa esistenza di un organo giudiziario effettivamente specializzato (non necessariamente il tribunale per i minorenni quale è attualmente) che trova protezione costituzionale.

Quanto detto spiega perché nella materia minorile e familiare in tutti i casi in cui si tratti di decidere in ordine ai diritti ed alla condizione personale del minore il procedimento è sottratto alla disponibilità delle parti e sono riconosciuti al giudice particolari poteri: il potere di impulso d’ufficio, il potere di decidere indipendentemente dalle richieste delle parti, il potere non solo di ammettere le prove ma anche di ricercare le fonti di prova; ciò vale, in base alla legislazione vigente, non solo in materia di potestà dei genitori, di affidamento familiare e di adozione, ma anche in materia di separazione e divorzio in quanto il tribunale ordinario per quanto

attiene all'affidamento dei figli ha gli stessi identici poteri che ha il tribunale per i minorenni nelle materie di sua competenza.

In proposito va rilevato che, al fine di mantenere il procedimento nell'ambito segnato dalle norme della Costituzione, si deve operare in modo tale da armonizzare i principi costituzionali che impongono il contraddittorio (art. 111 Cost.) e prevedono il diritto di difesa (art. 24 Cost.) con i principi costituzionali che impegnano alla tutela ed alla protezione dell'infanzia e della gioventù (artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost.).

Invero, la tutela costituzionale dei diritti trova sempre un limite nell'esigenza insuperabile che nel loro esercizio non siano violati beni ugualmente garantiti dalla costituzione, limite che va stabilito non ricercando quale sia la garanzia costituzionale privilegiata o non privilegiata, bensì accertando quale interesse, per il suo contenuto e per le sue modalità d'esercizio, è garantito in concreto nell'armonica tutela di diversi e fondamentali interessi tutti garantiti da norme costituzionali (Corte Cost. sent n. 25 del 1965; è bene precisare che la detta sentenza e le successive analoghe sono relative ad ipotesi in cui non si discuteva in materia minorile o familiare, ma il principio resta valido anche in questo campo).

E "l'armonica tutela di diversi e fondamentali interessi" si ottiene, nell'ipotesi in esame, mantenendo ferme la struttura e le caratteristiche particolari del procedimento in camera di consiglio, che qualificano il rito minorile, e assicurando il contraddittorio e quindi l'esercizio del diritto di difesa non in relazione a singole attività bensì nel complessivo iter processuale, così da assicurare un corretto coordinamento dei diversi principi costituzionali.

Contraddittorio e difesa non sono necessariamente garantiti soltanto dalla piena applicazione del principio dispositivo ma possono esserlo anche in un procedimento sottratto alla piena disponibilità delle parti.

Le caratteristiche peculiari della materia in esame rendono con ogni evidenza inapplicabile il modello del procedimento contenzioso ordinario retto dal principio dispositivo, nel quale la correttezza della procedura è affidata prevalentemente ai contrasti tra le parti ed ai controlli reciproci, nel quale le garanzie sono assicurate

prevalentemente dalla struttura formale del procedimento, nel quale il giudice non solo è vincolato dalla necessità di decidere entro i confini segnati dalle richieste delle parti, ma decide sul materiale probatorio fornito dalle parti e quindi in base ad una verità processuale; mentre in tutti i procedimenti attinenti ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni non è sufficiente una verità processuale acquisita sulla base delle allegazione delle parti adulte, ma è necessario accertare la “verità reale” e questo accertamento spesso non corrisponde agli interessi delle parti adulte.

Si deve poi tenere presente che nelle situazioni in cui sono coinvolti i diritti e la condizione personale dei minorenni non può ritenersi esistente un conflitto tra interessi contrapposti, almeno nel senso in cui lo si intende in ordine ai comuni rapporti giuridici privatistici siano essi attinenti ad obbligazioni o a diritti reali; ciò dipende dalla particolarità degli interessi in gioco; in materia familiare i diritti dei diversi soggetti sono strettamente collegati, interdipendenti, sono qualificati non dalla contrapposizione tra opposti interessi, come per i comuni diritti soggettivi, bensì dalla relazione tipica del rapporto giuridico familiare, per cui ciò che conta è la modalità di attuazione dei diritti e quindi la realizzazione degli interessi dei soggetti del rapporto; i quali sono coinvolti nella relazione in posizioni soggettive distinte ma non contrapposte appunto perché è la relazione stessa ad essere funzionale alla realizzazione dell’interesse il quale è caratterizzato dalla sua finalizzazione, nel senso che l’attività di ciascuno dei soggetti deve tendere, in rapporto a quella degli altri, all’attuazione del diritto; se ben si guarda, è facile rilevare che, in una situazione di normalità, interesse del minore, interesse del genitore, interesse familiare ed interesse sociale coincidono e che si tratta di interessi identici nella sostanza, di cui sono però portatori soggetti diversi, la cui tutela è prevista per il conseguimento di un fine superiore dello Stato; se ben si guarda è facile rilevare che genitori e figli non sono contitolari di uno stesso diritto, ad esempio quello all’educazione, perché al diritto del figlio corrisponde il potere-dovere dei genitori ai quali è attribuito un ufficio di diritto privato, una funzione che si differenzia dal comune diritto soggettivo unicamente per l’alienità dell’interesse per la tutela del quale la funzione stessa è conferita; si tratta di

posizione giuridiche soggettive distinte ma non necessariamente contrapposte, conflittuali.

In realtà oggetto del giudizio, nei procedimenti attinenti ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni, è un diritto soggettivo diverso dai contrapposti potere funzionale e diritto sui quali il provvedimento conclusivo è destinato ad incidere; infatti la contrapposizione tra opposti interessi non può certo essere intesa come nell'ordinario rito contenzioso, nel quale si controverte tra una pretesa e una difesa relative allo stesso diritto dedotto in giudizio e nel quale la correttezza della procedura è affidata in buona parte al contrasto tra le parti costituite ed ai controlli reciproci; ma si pone comunque (essendosi spezzata per la mancata realizzazione del fine specifico la relazione propria del rapporto familiare) tra l'interesse del minore, titolare del diritto che si postula come leso, e l'interesse del genitore, autore del comportamento che si assume come lesivo del diritto dedotto in giudizio e titolare del potere funzionale e del distinto diritto sui quali il provvedimento è destinato ad incidere al fine della tutela e dell'attuazione del primo.

Si può ben dire giunto il momento di smetterla di ritenere che nei procedimenti di cui si tratta il giudice si limiti alla mera gestione di un interesse per cui si tratterebbe di procedimenti che non hanno ad oggetto un diritto soggettivo; in realtà la trascuratezza, la violazione dei doveri inerenti alla potestà o l'abuso dei poteri conferiti per l'adempimento dei primi determinano sempre una lesione dei diritti del minore, diritti che l'ordinamento riconosce e tutela in persona dell'individuo in quanto soggetto che ha capacità giuridica indipendentemente dalla minore età e quindi dalla soggezione alla potestà: il padre che abusa sessualmente della figlia lede il suo diritto alla libertà sessuale, il suo diritto all'educazione ed il suo diritto all'assistenza, per i rilevanti effetti negativi che l'abuso sessuale, soprattutto se colpevole è il genitore, determina impedendo l'acquisizione di una corretta identità psicologica, di una corretta identità sessuale e di una valida capacità di entrare in relazione con l'altro sesso; il genitore che impedisce al figlio la frequenza scolastica, per ragioni non contingenti e temporanee o comunque non corrispondenti

all'interesse del figlio, lede il suo diritto allo studio, diritto allo studio che è leso anche se si costringe il figlio a frequentare un corso di studi assolutamente non corrispondente alle sue inclinazioni ed alle sue capacità (art. 147 cod. civ.); il genitore che offende il figlio senza un valido motivo e magari alla presenza di estranei, lede il suo diritto alla integrità morale; il genitore che percuote o cagiona lesioni al figlio lede il suo diritto all'integrità fisica; il genitore che maltratta il figlio, con comportamenti attivi od omissivi sul piano fisico o psichico, lede più diritti del figlio ma soprattutto il suo diritto all'educazione in quanto impedisce l'acquisizione di una corretta identità personale e sociale (è frequente il verificarsi del fenomeno della coazione a ripetere per cui il bambino maltrattato di oggi diventerà il genitore maltrattante di domani); il genitore che omette di far curare il figlio, ovvero impedisce che venga sottoposto a cure mediche o ad interventi chirurgici o alle vaccinazioni obbligatorie, lede il suo diritto alla salute; il genitore che omette di interessarsi del figlio lede il suo diritto ad una assistenza qualificata nell'ambito della famiglia; il genitore che pone in essere comportamenti altamente diseducativi lede il diritto del figlio di essere educato nell'ambito della famiglia di origine; si tratta di esempi derivati dalla pratica di tutti i giorni, la quale insegna che nelle ipotesi di intervento sulla potestà il pregiudizio per il figlio consiste sempre in una lesione o in una probabilità di lesione di un suo diritto.

Vero è che il giudice non è mai chiamato ad accertare l'esistenza di un diritto del minore (all'assistenza, all'educazione, al mantenimento, all'integrità fisica, morale, psichica, allo studio, ecc.) in quanto non può essere in contestazione l'esistenza e la spettanza dei detti diritti trovando essi titolo non in un atto di disposizione privato bensì direttamente nella legge, ordinaria e costituzionale; l'esistenza e la spettanza dei detti diritti è sempre incontrovertibile nel procedimento camerale relativo alla potestà dei genitori essendo essi connessi, per quanto attiene al loro sorgere, al fatto naturale della nascita e, per quanto attiene al loro individuarsi in relazione a determinati soggetti, al costituirsi del rapporto giuridico familiare.

Vero è anche, però, che il giudice è chiamato sempre ad accertare l'esistenza di una lesione o di un mancato soddisfacimento di un diritto, posto che il presupposto ineliminabile per l'intervento del giudice è una situazione di fatto non solo oggettivamente contraria all'ordinamento ma tale da costituire una minaccia, una contestazione, una lesione di un diritto del minore, per cui si verte sempre in materia di diritti, analogamente a ciò che avviene nell'ordinario rito contenzioso allorché si controverta in ordine ad una lesione del diritto di proprietà essendo però incontroversa la titolarità del diritto medesimo.

La legislazione vigente delinea una strategia complessiva e graduale che va dal riferimento alla famiglia di origine (art. 1 legge 4-5-1983 n. 184 e succ. modif.) sia essa legittima o naturale, alla previsione della possibilità di imporre prescrizioni ai componenti della famiglia (art. 12 legge n. 184/83 e succ. modif., artt. 333 e 317-bis cod. civ.), al temporaneo affidamento familiare (artt. 4 e 5 legge n. 184/83 e succ. modif.), alla limitazione dei poteri connessi alla potestà dei genitori ed alla pronuncia di "provvedimenti convenienti" ossia utili al fine di eliminare o attenuare il pregiudizio per il minore (artt. 333 e 317-bis cod. civ.), alla decadenza dalla potestà stessa (art. 330 cod. civ.) o all'esclusione dal suo esercizio (art. 317-bis cod. civ.), all'allontanamento del minore da uno o da entrambi i genitori (artt. 333 e 317-bis cod. civ.), all'allontanamento del genitore abusante dalla residenza familiare (art. 37 legge n. 149/01 che ha modificato gli artt. 330 e 333 C. C.) per giungere all'ipotesi estrema della dichiarazione dello stato di adottabilità (art 15 legge n. 184/83 e succ. modif.) essendosi dimostrato irrealizzabile il diritto del minore ad essere assistito ed educato nella famiglia di origine, e quindi all'affidamento preadottivo (art. 22 legge n. 184/83 e succ. modif.) e successivamente all'adozione (art. 25 legge n. 184/83 e succ. modif.).

Questa sintetica elencazione rende evidente che non esiste una effettiva e sostanziale differenza tra il procedimento relativo all'eventuale dichiarazione dello stato di adottabilità e il procedimento relativo ad altri eventuali interventi in ordine alla potestà dei genitori, in quanto in tutti i casi si tratta di procedimenti in cui si

discute di violazione dei doveri inerenti alla potestà e quindi di una lesione o possibile lesione dei diritti del minore; qualunque sia il contenuto del ricorso che apre il procedimento, non essendo il giudice vincolato dalle richieste delle parti, la decisione definitiva può essere una qualsiasi di quelle sopra elencate; la differenza attualmente esistente tra il procedimento inerente alla potestà dei genitori e quello relativo alla dichiarazione dello stato di adottabilità è una differenza di struttura del procedimento, una differenza puramente formale, mentre la sostanza, il contenuto dei procedimenti è identico; è quindi non solo opportuno ma necessario coordinare le norme in vigore, così da rendere il procedimento uniforme in tutti i casi.

Ultima premessa è che i procedimenti inerenti ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni sono procedimenti a contenuto oggettivo.

È noto che con la definizione procedimenti a contenuto oggettivo ci si riferisce ad una particolare categoria di procedimenti nei quali si tende all'attuazione in concreto di una tutela, di situazioni giuridiche private, che la legge appresta non soltanto al fine di garantire la correttezza dell'autodeterminazione privata, la regolamentazione dei rapporti giuridici e l'ordinato svolgersi della vita sociale, bensì anche al fine di soddisfare un interesse pubblico e superindividuale che sta o viene meno secondo che sia realizzato o violato l'interesse del singolo cui quello pubblico si connette; interesse pubblico che è più o meno importante, in una scala di graduazione che giunge fino all'attribuzione della legittimazione attiva al pubblico ministero o del potere di iniziativa di ufficio al giudice nelle ipotesi in cui maggiore è la rilevanza legislativamente riconosciuta all'interesse medesimo o minore il grado di soddisfacimento dello stesso. Si tratta di procedimenti che hanno ad oggetto una pluralità di interessi e che proprio per questo l'ordinamento ritiene di non poter "soggettivare"; di procedimenti quindi nel corso dei quali, pur avendo essi ad oggetto diritti lesi o comunque insoddisfatti per attività od omissioni di soggetti diversi dal destinatario della tutela, la situazione va conosciuta e valutata dal giudice in considerazione ed accertamento anche di altri interessi che l'ordinamento considera

strettamente collegati a quelli facenti capo al singolo soggetto destinatario, diretto o indiretto, della tutela.

Queste caratteristiche si attaglano perfettamente ai procedimenti relativi alla potestà dei genitori, ai procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità, a quello relativo alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, a quello relativo al riconoscimento di figli naturali ed a quelli in materia di separazione o di divorzio, con l'avvertenza che in questi due ultimi casi nell'ambito di un'attività giurisdizionale promossa dal singolo con l'esercizio di un diritto potestativo necessario si innestano elementi di giurisdizione a contenuto oggettivo qualora esistendo figli si debba decidere in ordine al loro affidamento.

Passando a valutare il disegno di legge sopra menzionato (atto 4294C), in rapporto alle premesse di cui sopra, un primo rilievo critico di carattere generale è relativo al fatto che ancora una volta si tende a legiferare con riferimento ad un limitato settore senza alcuna visione d'insieme per cui se questo progetto venisse approvato si tratterebbe di un'ulteriore occasione perduta.

Altra critica, anche essa non relativa a specifiche disposizioni, attiene alle carenze che esistono nel disegno di legge:

1) è noto che il procedimento relativo alle ipotesi previste dagli artt. 330 e segg. cod. civ. trova, oggi, la sua disciplina innanzi tutto nell'art. 336 cod. civ., che è norma di carattere processuale specializzante rispetto alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, e poi negli artt. 737 e segg. cod. proc. civ., i quali appunto perché contengono disposizioni comuni, ossia di carattere generale, cedono di fronte alle norme specifiche che prevedono una disciplina parzialmente diversa; queste norme non furono raccordate tra loro all'epoca in cui furono emanate ed il disegno di legge continua a non farlo, ignorando completamente la distinzione tra procedimenti unilaterali e procedimenti bilaterali o plurilaterali, ossia tra procedimenti nei quali esiste una sola parte e procedimenti con più parti; sarebbe opportuno prevedere l'applicazione delle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, previste negli artt. 337 e segg. cod. proc. civ. magari

opportunamente riviste, ai soli procedimenti unilaterali, disciplinando diversamente le altre ipotesi; la presenza del pubblico ministero anche nei procedimenti unilaterali non modifica la situazione, in quanto nei detti procedimenti il pubblico ministero, nelle ipotesi in cui la legge prescrive che debba essere sentito, ha il potere, al fine della tutela dell'interesse pubblico alla corretta applicazione delle norme, di proporre reclamo avverso il provvedimento del giudice di primo grado, ma non ha legittimazione attiva, non può cioè proporre il ricorso al giudice di primo grado e quindi non assume la qualità di parte; in conseguenza nei procedimenti unilaterali resta esclusa l'applicazione del principio del contraddittorio.

2) la proposta non contiene alcun accenno ad una disciplina della competenza territoriale che resta affidata all'interpretazione, per sua natura mutevole nel tempo anche quando in un momento dato la giurisprudenza appare consolidata; oggi, in base all'interpretazione giurisprudenziale, la competenza territoriale è diversamente disciplinata nei diversi casi, mentre sarebbe opportuno dettare un criterio unico, chiaro ed uniforme di determinazione della competenza territoriale; ed il criterio che si ritiene preferibile, per i procedimenti plurilaterali sostanzialmente attinenti ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni, è quello oggi dettato per la dichiarazione dello stato di adottabilità: determinazione della competenza territoriale con riferimento al luogo in cui vive il minore perché, data la preminenza del suo interesse, è necessaria la maggiore possibile prossimità, in quanto solo questa consente veramente al giudice di ascoltare il minore, anche più volte, di dialogare con i servizi che lo assistono, di avere una conoscenza diretta della situazione e delle condizioni del minore.

3) non v'è alcun accenno alle modalità di esecuzione dei provvedimenti che concernono minori, per cui ancora una volta tutto resta affidato all'interpretazione ed alla buona volontà del giudice; non basta al fine (art. 4 della proposta che introduce un articolo 337-sexies) avere spostato la vigilanza sull'osservanza delle condizioni stabilite per l'esercizio della potestà dal giudice tutelare, come attualmente, al giudice di primo grado che ha pronunciato (quale giudice? Il collegio o uno dei suoi

componenti?); è evidente infatti che a stretto rigore la vigilanza non comporta il potere di dettare modalità esecutive; poiché anche in sede di esecuzione è indispensabile tenere presente che si tratta di procedimenti sottratti alla piena disponibilità delle parti, è necessario prevedere: che l'esecuzione deve avvenire d'ufficio con le modalità stabilite dal collegio, con delega per la direzione e la vigilanza ad un giudice togato componente del collegio; che il giudice che cura l'esecuzione può essere coadiuvato da un esperto; che lo stesso giudice può pronunziare i provvedimenti necessari, anche di modifica delle modalità esecutive, e può sospendere l'esecuzione o decidere di non procedere oltre rimettendo in questi due casi gli atti al collegio, e ciò perché spesso è proprio in sede di esecuzione che è possibile verificare la piena rispondenza del provvedimento all'interesse del minore o la necessità di un nuovo provvedimento per cause sopravvenute.

4) i provvedimenti che vengono pronunciati nei procedimenti attinenti alla potestà dei genitori, come quelli in materia di separazione o divorzio sono per loro natura provvedimenti sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus*, sono cioè provvedimenti ad incontrovertibilità ridotta, in quanto il mutare, in successione di tempo, della situazione di fatto può renderne necessaria la revoca o la modifica, per cui occorre una disciplina specifica, soprattutto in ordine alla natura, ai limiti ed ai motivi della revoca, ma nella proposta di legge non v'è alcun accenno in proposito; è opportuno prevedere: che la revoca o la modifica possono essere richieste solo dopo che il provvedimento che chiude il procedimento è divenuto definitivo, ha acquistato stabilità, (sia che si sia concluso in primo grado, sia che si sia concluso nei successivi gradi di giudizio) per cui determinano l'apertura di un diverso procedimento; che l'istanza per la revoca e la modifica devono essere proposte al giudice di primo grado (altrimenti si determina confusione con il ricorso in appello) dovendo sempre essere rispettato il principio del doppio grado di giurisdizione; che le dette istanze possono essere proposte solo per cause sopravvenute, e quindi per motivi di merito non dedotti e valutati nel procedimento che si è chiuso con il provvedimento di cui si chiede la revoca o la modifica; che le dette istanze non possono essere fondate su

motivi di legittimità nel caso in cui nel primo procedimento, concluso con il provvedimento di cui si chiede la revoca, si sia verificata una preclusione: data la natura degli interessi in gioco il procedimento camerale non può tollerare l'apposizione di rigidi termini endoprocessuali la cui scadenza determini l'impossibilità di proporre eccezioni e motivi, di presentare istanze e memorie, per cui la preclusione a dedurre motivi di legittimità può essere stabilita soltanto con riferimento al termine ultimo nel quale il provvedimento che chiude il giudizio diventa efficace per mancata proposizione del reclamo o per esperimento infruttuoso del reclamo stesso; si deve in conseguenza stabilire che l'incompetenza territoriale e gli altri possibili vizi di legittimità non possono essere posti a fondamento di un'istanza di revoca sia che siano stati dedotti e non accolti, sia che non siano stati eccepiti o rilevati d'ufficio, essendo la loro rilevabilità processualmente preclusa, quando il provvedimento camerale abbia acquistato quella particolare stabilità che la legge gli riconosce ed alla quale ricollega la sua efficacia.

Anche l'esame delle singole disposizioni della proposta va condotto con riferimento alle ipotesi più rilevanti, non essendo possibile, in questa sede, prospettare modifiche dell'articolato.

L'art. 1 della proposta, riferito specificamente alla legge n. 184 del 1983 come modificata dalla legge n. 149 del 2001, si apre con l'affermazione che nei procedimenti di cui alla citata legge le parti private non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un avvocato e si precisa che le parti devono essere informate, "con lo stesso atto con il quale sono invitate a costituirsi" del loro diritto alla nomina di un difensore di ufficio; sembra evidente il riferimento al secondo comma dell'art. 10 della legge n. 149 del 2001, nel senso che si è inteso richiamare gli adempimenti previsti nel detto secondo comma; se così non fosse resterebbe da chiarire quale è lo "stesso atto" di cui la proposta parla.

La dizione del menzionato art. 1 è generica e nella relazione si chiarisce che questa genericità è voluta essendosi inteso assicurare la difesa delle parti private in tutte le ipotesi previste dalla legge in parola; in teoria non ci sarebbe niente da

obiettare; si deve però tenere presente: 1) se la norma venisse approvata così come proposta andrebbe quanto meno coordinata con quelle in materia di adozione internazionale, perché non sembra possibile prevedere la presenza di un difensore per l'adozione nazionale ed escluderla per quella internazionale; la diversità tra le due ipotesi non è tale da giustificare una così marcata diversificazione; 2) nella pratica potrebbero sorgere problemi: ad esempio, la scelta della coppia cui affidare in preadozione un minore dichiarato definitivamente in stato di adottabilità è rimessa al tribunale e ci si deve chiedere in quale momento si colloca la necessaria assistenza di un difensore; al momento della scelta? ma ciò è impensabile in quanto tutte le coppie che hanno proposto istanza di adozione e sono molte, dovrebbero essere assistite, dovrebbero pagare gli onorari, ed i tempi per l'affidamento preadottivo si allungherebbero a dismisura; nel momento successivo alla scelta della coppia cui affidare il minore? però in questa fase i problemi giuridici che potrebbero giustificare l'assistenza di un difensore tecnico sono minimi, se non inesistenti, essendo la decisione fondata su criteri extragiuridici; questo è un esempio puramente teorico che vale unicamente a ribadire la necessità di distinguere, nel dettato legislativo, i procedimenti unilaterali dai procedimenti bilaterali o plurilaterali e ad imporre la presenza del difensore, anche nominato d'ufficio, solo nel secondo caso.

La disposizione in esame non contiene alcun riferimento specifico al minore per cui esistono due possibilità: o i proponenti hanno inteso comprendere il minore nella dizione “parti private”, ovvero hanno completamente dimenticato che esiste l’art. 8 della legge n. 149 del 2001 secondo il quale il procedimento di adottabilità deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale del minore, e che esiste la sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che il minore è parte nei procedimenti inerenti alla potestà dei genitori e quindi lo è anche, si potrebbe dire a maggior ragione, nei procedimenti relativi all'eventuale dichiarazione dello stato di adottabilità; è evidente allora la necessità di una previsione esplicita.

In entrambi i casi esiste nella proposta, così come nella legge n. 149/01, una lacuna: il minore è parte non solo in senso sostanziale ma anche in senso formale; se è vero

che è parte, secondo i principi generali, non solo colui che domanda in nome proprio e colui nei cui confronti una richiesta proposta, ma anche il soggetto nel cui interesse è richiesta l'attuazione della legge, si può ben dire che il riconoscimento della qualità di parte processuale del minore costituisce “funzione” essenziale di una sua tutela reale in sede di giurisdizione; però il minore è soggetto incapace di agire ed in conseguenza deve essergli nominato un curatore speciale che lo rappresenti nel processo, in una controversia che lo vede inevitabilmente contrapposto al genitore; in mancanza il difensore, che non può certo agire in proprio, a livello tecnico giuridico, si troverebbe, formalmente, sospeso in una specie di limbo, non esistendo una parte che egli possa rappresentare o assistere; ed è veramente molto difficile pensare che il legislatore, prevedendo la figura del difensore del minore, abbia inteso creare, senza dirlo esplicitamente, un'eccezionale ipotesi di capacità processuale in persona di un soggetto che per ragioni di età può anche essere totalmente privo della capacità di discernimento.

La difesa di ufficio in sede civile è una novità assoluta per cui in ordine alla figura ed al ruolo del difensore di ufficio il legislatore deve, al fine di evitare problemi ed inconvenienti in sede di applicazione pratica, fornire indicazioni più precise e specifiche di quelle contenute nel disegno di legge ministeriale.

Nella proposta si dice che “le parti private non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l’assistenza di un avvocato” e lo si dice sia nel primo comma dell’articolo 1 (relativo alle ipotesi previste nella legge n. 184/1983 come modificata dalla legge n. 149/2001), sia nel terzo comma dell’art. 3 (che modifica l’art. 337 cod. civ. ed è relativo alle altre ipotesi di intervento sulla potestà previste negli artt. 330 e 333 cod. civ.).

Esiste però una differenza: nell’art. 1 si dice, al secondo comma, che “le parti possono sempre chiedere, con ricorso, la nomina di un difensore di ufficio al giudice competente per il giudizio”; nell’art. 3, al terzo e quarto comma, si dice che qualora non sia stato nominato un difensore di fiducia “il presidente nomina un difensore d’ufficio” sia al ricorrente che ai controinteressati; questa diversità di previsioni deve

essere eliminata, sia perché nel primo caso sembra attribuire alla parte, in contrasto con le disposizioni della legge n. 149/2001 cui si riferisce, una facoltà che è per definizione estranea all'ipotesi della difesa d'ufficio, sia perché attribuisce la competenza per la nomina nel primo caso al giudice competente (il collegio o il giudice singolo?) nel secondo caso al presidente del tribunale, sia, soprattutto, perché non esiste tra le dette ipotesi una diversità di sostanza e di forma, di contenuto e di struttura, tale da giustificare una differente regola.

Nei due articoli (1 e 3 del disegno di legge) viene usata la dizione dell'art 82 secondo comma cod. proc. civ. che è però riferito ai procedimenti che si svolgono davanti al giudice di pace, mentre il terzo comma dello stesso articolo 82 prevede come obbligatorio il ministero di un difensore nelle cause che si svolgono davanti al giudice ordinario, salve le ipotesi in cui la legge disponga diversamente (ad es. nelle controversie di lavoro quando il valore della causa non eccede euro 129,11).

Il fatto che sia previsto sia il ministero, difesa attiva (il difensore ha i poteri previsti dall'art. 84 cod. proc. civ.), sia l'assistenza, difesa consultiva (il difensore non ha alcuno dei poteri che spettano alla parte), sembra evidenziare come ideologia fondante quella secondo la quale le controversie in materia di potestà dei genitori sono di minore importanza, come quelle che si svolgono davanti al giudice di pace o altre parimenti di scarsa rilevanza; ed è quanto meno molto discutibile che si possa affermare che perdere una causa in materia di diritti obbligatori o di diritti reali sia effettivamente più importante, più rilevante in confronto, per il genitore, alla perdita di un figlio, dichiarato adottabile, o alla privazione della potestà su un figlio o all'essere allontanato dall'abitazione familiare e, per il minore, al perdere un genitore, essere allontanato dal genitore, essere affidato a terzi.

Comunque, non sembra opportuno e possibile, in giudizi che si svolgono davanti al tribunale ed hanno ad oggetto diritti soggettivi, funzioni e status, prevedere una diversità di posizioni dei difensori delle parti nelle stesse procedure; il che avverrebbe sempre anche se si eliminasse la facoltà delle parti di scegliere tra assistenza e ministero; infatti il difensore nominato d'ufficio dovrebbe limitarsi ad

assistere la parte, ad una difesa meramente consultiva, in quanto la nomina d'ufficio non può valere di per sé, nel silenzio della legge, ad attribuire al difensore poteri, facoltà, diritti spettanti alla parte nel processo.

Più corretto e più aderente ai principi in rapporto al contenuto sostanzialmente contenzioso del procedimento camerale in materia di potestà dei genitori, è prevedere una identica posizione processuale di tutti i difensori delle parti indipendentemente dal titolo della nomina.

Si dovrebbe quindi: 1) prevedere che le parti private possono stare in giudizio solo con l'assistenza, nel caso di nomina di ufficio, o con il ministero, nel caso di nomina di fiducia, di un difensore; 2) stabilire che il difensore ha in entrambi i casi gli stessi poteri e le medesime facoltà; 3) disporre una limitazione dei poteri del difensore rispetto a quelli che ha nel rito ordinario a struttura contenziosa al fine di ottenere un più diretto coinvolgimento delle parti private nel procedimento a struttura camerale, e ciò sul fondamento della particolare rilevanza e delicatezza degli interessi personali, non patrimoniali, in gioco nei procedimenti attinenti ai diritti ed alla condizione personale dei minori: ad esempio, è veramente possibile che l'istanza di affidamento di un minore possa essere proposta soltanto dal difensore senza un esplicito coinvolgimento della volontà della parte interessata?

Gli artt. 2 e 3 della proposta modificano gli artt. 336 e 337 cod. civ.; l'art 4 introduce altri articoli (337-ter, ecc.); nell'esposizione che segue si farà riferimento agli articoli come modificati o previsti ex novo dal disegno di legge ministeriale.

Il primo comma dell'art. 336 dice che il ricorso può essere proposto anche oralmente al presidente del tribunale che redige processo verbale; il quarto comma dell'art. 337 stabilisce che se il ricorrente non ha difensore di fiducia il presidente nomina un difensore d'ufficio; disposizione identica è prevista, per le altre parti, nel quinto comma dell'art 337 in forza del quale il presidente (quale? quello del tribunale o quello del collegio cui la causa è assegnata?) nomina un difensore di ufficio ai controinteressati che si siano costituiti senza averlo nominato di fiducia; ne deriva

che la costituzione in giudizio del ricorrente e dei controinteressati può avvenire anche se non vi è ancora in quel momento un loro difensore.

Queste previsioni sono condivisibili non soltanto in considerazione di quella che è in molti casi la qualità delle parti, ma soprattutto in ragione della natura personale degli interessi in gioco e della necessaria informalità e celerità del rito camerale; né si può dire che l'informalità determina in questo caso una violazione dei principi di difesa e del contraddittorio in quanto il contraddittorio, con conseguente possibilità di difendersi, si costituisce, con la nomina del difensore, di ufficio o di fiducia, in un momento immediatamente successivo alla costituzione in giudizio.

Il quarto comma dell'art. 336 prevede che il ricorso, o il processo verbale che lo contiene, deve essere notificato ai controinteressati unitamente al decreto presidenziale che fissa l'udienza di prima comparizione.

Nulla si dice in ordine alle modalità della notificazione, il che induce a ritenerne che si sia inteso fare riferimento alle norme generali e quindi alla notificazione a cura della parte.

In proposito si deve tenere presente che la caratteristica di alienità dell'interesse tutelato, propria della potestà genitoriale, ricorre anche a livello processuale, in quanto i soggetti ai quali la legge attribuisce la legittimazione non agiscono affermando l'esistenza e la contestazione o lesione di un proprio diritto (salvo casi particolari, come nell'ipotesi in cui i nonni agiscono per tutelare il loro diritto a visitare ed avere rapporti con il nipote), ma postulando la necessità di tutela di un diritto del minore e prospettando all'accertamento del giudice non un fatto storicamente concluso ma una situazione attuale, una verità attuale assolutamente non statica e carica di soggettività.

Ed è appunto in considerazione di questa particolare caratteristica che l'ordinamento giuridico ha previsto, e deve continuare a prevedere, uno strumento processuale diverso dall'ordinario rito contenzioso ed ha attribuito al giudice, particolari poteri: impulso d'ufficio, anche se non ha potere di iniziativa d'ufficio; possibilità di decidere ultra petita e di tenere conto di una diversa causa petendi;

possibilità non solo di disporre i mezzi di prova ma di ricercare le fonti di prova; invero il rito camerale deve tendere all'accertamento della "verità reale", ad una decisione non limitata dalle prospettazioni delle parti ma corrispondente alla situazione effettiva, in conformità con la natura degli interessi tutelati la cui realizzazione, costituzionalmente garantita, trascende le parti e non può per questo essere affidata alla piena disponibilità dei soggetti privati.

Orbene è ovvio che la proposizione del ricorso, che va iscritto a ruolo, determina l'apertura del procedimento camerale, e siccome il procedimento medesimo è sottratto alla disponibilità delle parti ed in esso il giudice ha, e deve avere, sin dall'inizio potere d'impulso d'ufficio, non si può subordinare la prosecuzione del giudizio all'iniziativa del ricorrente che ometta, magari perché minacciato, di chiedere la notificazione; ne consegue che deve essere previsto, in questo come in tutti gli altri casi, che la notificazione deve essere eseguita d'ufficio.

L'ultimo comma dell'art. 336 prevede che il presidente può adottare provvedimenti temporanei in caso di urgenza; la struttura dell'articolo sembra rendere evidente che il presidente può provvedere solo dopo la proposizione del ricorso previsto dai commi precedenti; resta così eliminata la possibilità di un provvedimento di ufficio nei casi di assoluta urgenza per il minore.

Non è possibile condividere la tesi che anche nelle ipotesi di urgente necessità il giudice può provvedere solo in seguito a ricorso.

Questo è uno dei casi tipici nei quali è necessario, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, come detto nelle premesse, coordinare tra loro diversi principi costituzionali al fine di ottenere in concreto "un'armonica tutela di diversi e fondamentali interessi" tutti garantiti da norme costituzionali.

Nel valutare la regola eccezionale posta, attualmente, dal terzo comma dell'art. 336 cod. civ. si deve tenere presente che essa è coerente con il principio costituzionale di tutela del minore, per cui occorre armonizzare questo principio con quelli risultanti dagli artt. 24 e 111 Costituzione; e ciò può avvenire ritenendo che, nei casi di urgente necessità, aprire il procedimento d'ufficio, posticipando l'attuazione del diritto di

difesa, per tutte le parti, al momento successivo alla notificazione del decreto d'urgenza, non determina violazione dei principi costituzionali della difesa, del contraddittorio e di terzietà-imparzialità del giudice, essendo l'eccezione imposta dalla struttura e dalle particolarità del rito e dalla necessità di salvaguardare il principio costituzionale di tutela del minore.

Il legislatore ha posto l'eccezione che consente al giudice minorile di attivare un procedimento d'ufficio, qualora ciò si imponga per l'urgente necessità di provvedere, al fine di evitare che una dilazione della pronuncia possa determinare una lesione o un'ulteriore lesione degli interessi direttamente tutelati; in questa ipotesi, ed a volte è addirittura necessario provvedere ad horas, non si può certo omettere di decidere nell'attesa, che può essere vana, della proposizione puramente eventuale di un ricorso; eliminare questa possibilità significa sminuire proprio nei casi più gravi l'effettiva tutela dei diritti e degli interessi dei minori.

Non varrebbe obbiettare che il potere d'iniziativa del giudice, nei casi di assoluta urgenza, può essere validamente sostituito dal potere di iniziativa attribuito al pubblico ministero, in quanto la legge riconosce al pubblico ministero l'interesse che fonda la sua legittimazione ad agire, ma non gli impone un obbligo, coerentemente con la natura della legittimazione, la quale in sede civile comporta una facoltà, un potere discrezionale; in materia civile non si può certo fare riferimento al principio, proprio della materia penale, di obbligatorietà dell'azione (Corte Cost. sent. n. 387 del 1999).

L'art. 337 secondo comma dice che la legittimazione passiva spetta al pubblico ministero ed ai genitori; la previsione sembra limitativa, in quanto esistono altri soggetti ai quali bisognerebbe riconoscere la legittimazione passiva, si pensi agli affidatari; che possano esistere anche altri interessati è confermato dalla disposizione, contenuta nel comma ottavo dello stesso articolo, nel quale si parla di soggetti che acquistano la qualità di parte nel corso del procedimento.

Il secondo comma dell'art. 337-ter dice che il giudice procede anche di ufficio nella ricerca delle prove, ed è ovvio che se può ricercare le fonti di prova può anche

ammettere le prove d'ufficio; nulla è detto in ordine agli altri particolari poteri che debbono spettare al giudice minorile e si potrebbe ritenere per contrapposizione che essi siano esclusi; è quindi necessario riconoscere esplicitamente che il giudice ha anche il potere di impulso di ufficio, nettamente diverso dall'iniziativa di ufficio, ed il potere di decidere ultra ed extra petita.

L'art. 337-ter, primo comma, dispone che "all'udienza di prima comparizione il giudice, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza, conferma o revoca i provvedimenti adottati dal presidente"; in proposito sono possibili due rilievi che possono definirsi di dettaglio: è prevista l'ordinanza che però secondo i principi generali è normalmente un provvedimento relativo alla disciplina, alla regolamentazione del corso del processo e non un provvedimento decisorio che incide sugli interessi oggetto del processo, per cui sarebbe preferibile parlare di decreto non trattandosi nell'ipotesi di provvedimento che chiude il giudizio; si prevede la conferma o la revoca, non la modifica, e sarebbe il caso di menzionarla esplicitamente pur se è vero che il più (la revoca) comprende il meno (la modifica).

Il rilievo più importante attiene però alla previsione che l'udienza deve svolgersi nel contraddittorio delle parti; da ciò potrebbe dedursi che anche nell'ulteriore corso del procedimento in tutti i casi in cui è necessario prendere un provvedimento, monocratico o collegiale, provvisorio (ma a contenuto decisorio) o definitivo si deve pronunciare nel contraddittorio delle parti; una diversa interpretazione non sembra molto logica.

In ogni caso disporre che l'udienza debba svolgersi nel contraddittorio delle parti significa aggiungere un quid pluris rispetto alla stessa previsione dell'art. 111 Cost..

L'espressione "ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti" usata, senza specificazioni, nel secondo comma dell'art. 111 Cost. si riferisce chiaramente a tutto il complesso svolgimento del processo e non a singole attività processuali; quando il legislatore costituzionale ha voluto imporre il contraddittorio in relazione ad una determinata attività lo ha detto esplicitamente, come nel comma quinto dello stesso art.111 il quale, con specifico riferimento al processo penale, parla di formazione

della prova in contraddittorio tra le parti; la differente dizione chiarisce quindi che in sede civile la normativa costituzionale non impone che la prova sia assunta e formata e che altre attività siano compiute in contraddittorio, e quindi con la necessaria presenza, delle parti, per cui è possibile e sufficiente che il contraddittorio si costituisca in un momento successivo alla formazione della prova o al compimento di una determinata attività processuale.

Mantenere la dizione usata nel primo comma dell'art. 337-ter, che è sostanzialmente eguale a quella del quinto comma dell'art. 111 Cost., significa irrigidire il procedimento camerale, che per sua natura dovrebbe svolgersi nel modo più informale e celere possibile, in uno schema formale che non si riscontra nemmeno nel rito ordinario a struttura contenziosa.

Nel terzo comma dell'art. 337-quinquies si dice che terminata la discussione il collegio trattiene la causa per la decisione e deposita in cancelleria entro quindici giorni ordinanza immediatamente esecutiva; sarebbe il primo caso di un provvedimento decisorio che chiude il giudizio pronunciato con ordinanza; ci si deve augurare che si tratti di un refuso, che il riferimento all'ordinanza non nasconde la volontà di declassare i procedimenti in parola.

Comunque sembra evidente che occorre uniformarsi ai casi analoghi, in quanto non esiste un motivo valido e sufficiente a giustificare il fatto che in materia di stato di adottabilità e di adozione si debba pronunciare con sentenza e nella materia in esame no; inoltre è sicuramente troppo breve il termine di dieci giorni previsto per il reclamo dal quarto comma dello stesso articolo che richiama gli artt. 739 e segg, cod. proc. civ.; trattandosi di procedimenti che incidono su diritti soggettivi e funzioni il provvedimento che chiude il giudizio deve essere una sentenza ed il termine per proporre appello deve essere quello ordinario di trenta giorni.