



Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia

Aderente alla "Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille"

www.minoriefamiglia.org

OSSERVAZIONI E PROPOSTE SULL'ART. 15 BIS DELL'EMENDAMENTO PREDISPOSTO / PROPOSTO DAL MINISTERO DI GIUSTIZIA AI DISEGNO DI LEGGE AS 1662 DELEGA PROCESSO CIVILE IN TRATTAZIONE DINANZI ALLA COMMISSIONE GIUSTIZIA DEL SENATO.

PREMESSA

Prima di affrontare nel dettaglio i singoli articoli che compongono il cosiddetto "maxi-emendamento", corre l'obbligo di sottolineare la evidente distanza fra le previsioni di riforma basate sullo schema procedimentale del rito ordinario e le caratteristiche specifiche appartenenti al mondo della giustizia minorile il cui intervento è sempre, e non solo in modo eventuale, contrassegnato dal pregiudizio al soggetto di minore età: pregiudizio talora assai grave che può trovare la sua origine non nella conflittualità fra i genitori, bensì, assai più frequentemente, nelle condotte maltrattanti e trascuranti poste in essere dagli stessi, separatamente o congiuntamente, ai danni dei figli.

Gli interventi delle AAGG minorili attuano in via esclusiva interventi di protezione a favore di soggetti di minore età - perciò solo vulnerabili - che trovano il loro fondamento nei principi costituzionali sanciti agli articoli 30 e 31 Costituzione.

L'unico richiamo rinvenuto nel maxi - emendamento quanto a situazioni di pregiudizio del soggetto minorenni, relativo a situazioni di violenza intra-familiare legate al conflitto fra i genitori, non pare esaustivo del panorama delle variegate e non tipizzabili situazioni di grave sofferenza e maltrattamento di minori quotidianamente affrontate dai Tribunali per i Minorenni, del tutto slegate dal conflitto di coppia, rispetto alle quali gli strumenti processuali suggeriti non paiono avere carattere di efficacia.

Peraltro nella valutazione dei diritti in gioco si sottolinea come la patologia della coppia e i danni in ragione di ciò provocati alla prole sono cosa differente dal rapporto genitoriale più o meno idoneo, che non presuppone necessariamente l'esistenza di una coppia conflittuale.

Fatta questa breve premessa concettuale, pare opportuno partire dall'analisi dell'art. 403 CC, la cui modifica è suggerita, con efficacia precettiva, nel maxi-emendamento.

1. Articolo 15 bis co. 2 sull'art. 403 c.c.

1.1. Ratio, natura e fisiologia dell'intervento

E' utile sottolineare che la natura dell'intervento di protezione ex art.403 CC è meramente amministrativa e trova la sua ragion d'essere, oltre che nei citati principi costituzionali e nell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea o Carta di Nizza, in quelle situazioni di emergenza in cui non vi è il tempo di incardinare un procedimento giurisdizionale, pena un gravissimo pericolo per la stessa incolumità del soggetto minorenni.

E' noto che l'art. 403 CC prevede per l'autorità amministrativa (Forze dell'Ordine e Servizi Sociali) la possibilità di intervenire con urgenza al fine di collocare in protezione un soggetto minorenni che si trova in situazione di pericolo a causa delle incapacità delle persone tenute a provvedere alla sua educazione. In tali situazioni, l'esigenza di tutela è così impellente da non tollerare - pena la vanificazione della tutela stessa e l'esposizione del soggetto minorenni a un gravissimo pericolo per la sua incolumità - i tempi necessari per incardinare una procedura giudiziaria. Si tratta, quindi, di situazioni estreme, imprevedute ed imprevedibili, legate ad esempio al rintraccio di un bimbo in tenera età in orario notturno o in giorno festivo in contesti ambientali degradati, in compagnia di persone alterate da sostanze o in grave crisi psichiatrica, o in situazioni di degrado igienico e incuria severa, oppure di minorenni che lamentano percosse e violenze e soprusi gravi da parte dei genitori chiedendo aiuto agli insegnanti e da questi alle FFOO o Servizi, o di minorenni anche piccolissimi rintracciati nel corso di operazioni di polizia in ambienti promiscui dediti alla prostituzione, allo spaccio ecc.

L'iter corretto, peraltro applicato in numerosi territori, ancorché non previsto da norme specifiche, è che di fronte all'urgenza le FFOO interpellino telefonicamente il PMM di turno e si confrontino sulla migliore soluzione da adottare: di solito in presenza di familiari idonei, quali nonni o zii, si ricorre al collocamento del bimbo presso questi, diversamente in loro assenza in comunità di tipo familiare.

Non è usuale, ma dovrebbe essere reso necessario, un analogo previo contatto orale con il PMM di turno da parte dei Servizi Sociali (alcuni Procuratori Minorili hanno peraltro emanato apposite linee guida sul punto).

Attuata la collocazione in ambiente protetto, dopo pochi giorni la segnalazione di norma arriva sul tavolo del Pubblico Ministero che, effettuati i necessari approfondimenti, inoltra sollecitamente il proprio ricorso al TM con richiesta di apertura della procedura ritenuta utile (ex art. 9 legge 184/83 o una procedura *de potestate*) e con richiesta di adozione in via di urgenza di provvedimenti a tutela del minore ai sensi dell'art. 336 CC e predispone al contempo le domande sulle quali il TM dovrà provvedere in via ordinaria nel prosieguo.

Ricevuto il ricorso e avviato il percorso giurisdizionale, il Tribunale per i Minorenni in tempi rapidi adotta i provvedimenti urgenti e fissa la convocazione dei genitori: nella situazione in esame la valutazione sull'allontanamento ai sensi dell'art.403 CC si fonde con la procedura ex art.9 Legge 184 /83 o con la procedura ex artt.330-333 CC.

1.2 Criticità del percorso descritto

Laddove l'iter appena descritto viene rispettato, non si sono mai rivelate cadute nella garanzia difensiva e processuale da assicurare ai genitori, immediatamente messi a conoscenza della situazione grave in cui il figlio è stato rintracciato e in grado di porre in essere le relative difese.

Tuttavia nella pratica è accaduto che le segnalazioni dei Servizi o delle FFOO alle Procure Minorili restassero inascoltate per un lungo periodo (anche in ragione dei ridottissimi organici di tali uffici che può determinare - per necessità - maggiore attenzione alla materia penale che a quella civile) o che alcuni Tribunali per i Minorenni in assenza di norme e di tempi predeterminati, anche a fronte di ricorsi urgenti del PMM, abbiano provveduto con ritardo, generando non giustificabili situazioni di mancato rispetto del diritto di difesa.

Dalla incertezza nei tempi di risposta e non già dalla insensatezza della norma è nato il disagio che da anni si ripropone e che è alla base delle proposte di soppressione o di modifica di un istituto (art.403 CC) che al contrario è da considerare assolutamente necessario, con l'opportuno correttivo della regolamentazione della tempistica, colmando la lacuna legislativa.

Le soluzioni prospettate nel maxi - emendamento, che paiono in analogia con i termini della convalida dell'arresto nel processo penale, o della conferma del TSO, o della convalida del

trattenimento dello straniero ex art. 14 co 3 D L.VO n.286 /98, non sembrano tuttavia calzanti rispetto ad un intervento che non priva alcuno della libertà personale, né sancisce una diagnosi di natura sanitaria, ma mette in protezione un soggetto vulnerabile che si trova in situazione di grave rischio.

Il confronto con la convalida dell'arresto, in particolare, non pare calzante: infatti nel processo penale il GIP si confronta con fattispecie di reato prioritariamente delineate, con una situazione probatoria ben descritta nella notizia di reato e nel verbale di arresto, preceduto di solito da un confronto orale fra le FFOO e il PMM di turno, e criteri previsti tassativamente dalle norme di procedura penale.

Al contrario l'intervento in protezione non potrà mai essere tipizzato per le troppe variabili esistenti del possibile pericolo in cui può versare il soggetto minorenne; inoltre, la maggiore e minore urgenza dell'intervento a tutela da parte dell'autorità amministrativa talora risente di valutazioni soggettive che necessitano di approfondimenti da parte del PMM che non possono essere svolti in un tempo eccessivamente breve.

Si aggiunga che la costruzione proposta nel maxi - emendamento, facendo esclusivo riferimento al ricorso per la convalida di un intervento di natura amministrativa, comporterebbe la complicata necessità di inserire un percorso da ritenersi di natura incidentale, nel processo *de potestate* vero e proprio, con la difficoltà di gestire due procedimenti distinti e di snaturare la *ratio* della norma legata ad un compito di tutela da attuare nel modo più snello. Va detto, inoltre, che l'intervento attuativo dell'art.403 CC, se vissuto consensualmente dai genitori consapevoli della loro fragilità o se legato ad una situazione immediatamente rientrata, potrebbe anche non tradursi in una attività prodromica ad una procedura giurisdizionale, risolvendosi in una comunicazione di NON inoltro di alcun ricorso da parte del PMM ai Servizi Sociali e alle FFOO.

1.3 Tempi idonei e scansione processuale

Certamente sussiste l'esigenza che la procedura giudiziaria successiva al collocamento in protezione sia improntata ad una scansione temporale che garantisca sia la tutela del minore, sia gli approfondimenti da parte del PMM necessari a contestualizzare una situazione in relazione ad un ambiente familiare definendone la pericolosità o meno (attività più articolata che quella di fotografare l'atto della commissione di un reato in flagranza), sia il rispetto dell'art.111 Costituzione nell'assicurare ai genitori tempestivo diritto di difesa.

La necessità di disciplinare specificamente questo delicato momento, in un'ottica di massima tutela per il minore e di garanzia del diritto di difesa dei genitori e di coloro che esercitano la responsabilità genitoriale sul minore, è stata da tempo avvertita dall'AIMMF che aveva prospettato tale esigenza formulando sul punto una specifica proposta, unitamente ad alcune delle associazioni forensi specializzate, ad esito del tavolo di lavoro sul processo licenziato il 27 luglio 2015, in relazione al disegno di legge n. 2953 'Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile', licenziato nella passata legislatura.

Lo schema procedimentale proposto dall'AIMMF era incentrato su questa sequenza:

- immediata comunicazione dall'autorità amministrativa (FFOO e SS) al pubblico ministero minorile;
- termine di 5 giorni per le richieste del pubblico ministero al tribunale;
- termine di 15 giorni per l'adozione dei provvedimenti d'urgenza più convenienti da parte del tribunale, con fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti;

- termine di 30 giorni per l'adozione del provvedimento del Tribunale, di conferma, modifica o revoca dei provvedimenti di urgenza, in esito all'introduzione del contraddittorio con le parti.

Se dunque sono certamente condivisibili le finalità di garanzia dell'inserimento normativo di una scansione temporale, alcune modifiche sul testo proposto nel maxi emendamento paiono necessarie proprio per assicurare l'effettività del controllo giudiziale in un passaggio tanto critico e delicato della vita di un minore.

A) Si ritiene preliminarmente che per la chiarezza concettuale della proposta il termine "convalida" dovrebbe essere sostituito con il termine "conferma o ratifica".

Non si tratta di questione nominalistica, il riferimento alla convalida evoca la scansione processuale proposta come mutuata dalla procedura di convalida dell'arresto e del fermo in ambito penale, che si basa su presupposti del tutto differenti, come già specificato, dall'ambito di tutela e protezione in cui qui ci si muove, in cui soprattutto non sono i genitori a doversi difendere dall'intervento amministrativo, ma il minore a necessitare di riparo.

B) I termini previsti dalla proposta di riforma sono assolutamente troppo brevi e non compatibili con l'esigenza, che la proposta invece recepisce, che medio tempore siano 'assunte sommarie informazioni' e 'disposti eventuali accertamenti': tanto più in situazioni per definizione complesse e delicate.

Si reitera, pertanto, la proposta già formulata dall'AIMMF nel 2015: fermo restando il termine di 24 ore entro cui l'autorità amministrativa o di pubblica sicurezza è tenuta a comunicare alla Procura minorile il provvedimento adottato per la protezione del minore, appare adeguato alle esigenze di necessario approfondimento che la Procura disponga a sua volta di un termine non inferiore ai cinque giorni entro il quale effettuare un primo approfondimento della situazione e decidere se chiedere o meno al Tribunale la adozione dei provvedimenti urgenti a tutela *ex art.336 CC*, a conferma o a modifica di quanto attuato in sede amministrativa, inoltrando al contempo ricorso contenente la domanda proposta in via ordinaria.

A fronte del ricorso del PMM, contenente fra l'altro la richiesta adozione dei provvedimenti urgenti, la scansione successiva deve essere regolata con la necessità che il giudice, nella composizione rigorosamente collegiale, convochi le parti dinanzi a sé nel termine di quindici giorni e, all'esito dell'udienza, comunque entro un termine ordinario non superiore ai trenta giorni si pronunci con provvedimento reclamabile.

Pare indispensabile ribadire che misure tanto delicate, che possono comportare l'allontanamento urgente di un minore dal proprio nucleo familiare, debbano essere assunte da un giudice collegiale a composizione multidisciplinare qual è il Tribunale per i Minorenni, che in tali complesse situazioni deve potersi avvalere dell'imprescindibile apporto di competenze dei giudici onorari.

La strutturazione prevista dal maxi - emendamento con i suoi tempi eccessivamente rigidi per la riflessione e la giurisdizionalizzazione, a questo punto necessitata, di un intervento di natura amministrativa, cagionerebbe la conseguenza, certamente non auspicabile, di rendere la "convalida" un provvedimento di carattere esclusivamente formale, e non il frutto di una avveduta e consapevole valutazione della situazione in atto.

1.4 La sanzione processuale della perdita degli effetti del provvedimento

I primi passaggi procedurali sono ragionevolmente rafforzati dalla sanzione processuale dell'inefficacia: la comunicazione al PM nelle 24 ore, la richiesta della Procura al Tribunale nei cinque giorni, la fissazione dell'udienza con convocazione delle parti entro quindici giorni.

Meno comprensibile e potenzialmente foriera di ulteriore pregiudizio per il minore maltrattato invece è che la stessa sanzione sia prevista per l'assunzione della decisione definitiva da parte del Tribunale, dopo che le parti sono state messe nelle condizioni di presentare le proprie ragioni e si è instaurato il contraddittorio. In questa situazione, è opportuno che il termine previsto per la emanazione del provvedimento definitivo dopo la convocazione delle parti sia considerato ordinario, anche per permettere, quando fosse effettivamente necessario, lo svolgimento di quell'attività istruttoria che può consentire di assumere decisioni maggiormente fondate su riscontri istruttori e che può richiedere tempi più lunghi.

Con la prospettiva qui evidenziata di dare regolamentazione temporale alla attività di protezione senza tuttavia snaturare la ratio degli interventi amministrativo prima e giurisdizionale poi, si ottiene una maggiore snellezza con il superamento della necessità, emergente dalla proposta illustrata nel maxi - emendamento, di costruire una relazione fra un processo *ante causam* (convalida del 403 CC) e il processo di merito, dal momento che secondo la indicazione di AIMMF la valutazione della situazione iniziale rientra a buon titolo nel ricorso ordinario del PMM.

La proposta contenuta nel maxi - emendamento, al contrario dividendo in due fasi l'intervento, omette di disciplinare i rapporti della fase post esecuzione dell' art. 403 CC con l'instaurazione del procedimento *de potestate* da ritenersi il procedimento principale, tanto che si parla di ricorso del PMM per la convalida, omettendo di menzionare la proposizione delle richieste di cui agli artt. 330, 333 e 336 c.c.

E' noto, invece, che il pubblico ministero promuove un unico ricorso, sia per la ratifica delle misure assunte ex art. 403 c.c, sia per l'adozione dei provvedimenti *de potestate*, tenuto anche conto dei principi di delega contenuti nella proposta governativa, che richiedono requisiti dettagliati per la proposizione dei ricorsi *de potestate*, con articolazione del *petitum*, della *causa petendi* e dei mezzi di prova, è evidente che tali oneri non possono essere soddisfatti in termini così brevi e con una scarsa conoscenza della vicenda relativa al minore e al suo nucleo familiare. Più correttamente, la proposta dell'AIMMF parla, dunque, non già di emanazione di un provvedimento di convalida, ma di adozione dei 'provvedimenti convenienti' secondo la formula dell'art. 333 c.c.

1.5 Domanda ai sensi dell'art. 403 c.c. in corso di giudizio

Accade, talvolta, nella prassi, che i provvedimenti ex art. 403 c.c. siano assunti dall'autorità amministrativa in modo non del tutto appropriato nel corso del già pendente procedimento *de potestate*. In tale situazione anche d'ufficio il TM può adottare ai sensi dell'art.336 CC i provvedimenti urgenti che si rendano necessari.

-Proposta di introduzione della seguente scansione temporale

1-immediata comunicazione, orale (al PM di turno) e scritta (nelle 24 ore), dall'autorità amministrativa (FFOO e SS) al pubblico ministero minorile;

2-termini di 5 giorni per il ricorso del pubblico ministero al tribunale;

3-termini di 15 giorni per l'adozione dei provvedimenti d'urgenza più convenienti da parte del tribunale, con fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti;

i punti 1,2,3 con sanzione della inefficacia per il mancato rispetto

4- termine ordinario di 30 giorni per l'adozione del provvedimento del Tribunale, di conferma, modifica o revoca dei provvedimenti di urgenza, in esito all'introduzione del contraddittorio con le parti.

2. Articolo 15 bis co. 3 sull'art. 38 disp. att. c.c.

2.1 La ratio della proposta

La proposta, a carattere immediatamente precettivo, relativa alla modifica dell'art. 38 disp. att. c.c., con riferimento al dibattuto tema del riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, prevede il mantenimento al tribunale per i minorenni della competenza per le domande *de potestate*, ma disponendo che in caso di contemporanea pendenza di giudizi separativi, divorzili o *ex* articolo 316 c.c. (nonché di ogni procedimento che preveda l'adozione di provvedimenti per la disciplina dell'affidamento dei figli, quali quelli previsti dagli articoli 250, quarto comma, 268 e 277, secondo comma), il tribunale per i minorenni debba, sia se preventivamente, sia se successivamente adito, ed anche qualora il procedimento *de potestate* sia stato instaurato su ricorso del pubblico ministero minorile, spogliarsi del procedimento trasmettendo gli atti al tribunale ordinario.

La relazione illustrativa attribuisce rilievo esclusivo all'esigenza, ritenuta assorbente, di garantire *“la concentrazione delle tutele, che trova la sua ratio sia nella necessità di evitare ai minori e alle parti plurimi accertamenti posti in essere da diverse autorità giudiziarie, sia nella necessità di evitare il rischio di giudicati contrastanti, imponga di concentrare i procedimenti che abbiano ad oggetto domande comunque attinenti la responsabilità genitoriale in capo ad un'unica autorità giudiziaria”*.

2.2 Il principio della *perpetuatio iurisdictionis*

La proposta, tuttavia, nel valorizzare la pur rilevante esigenza della concentrazione delle tutele, priva di operatività il principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., che la Cassazione ha finora ritenuto un punto fermo in questa materia. E' stato unanimemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità¹, che esso opera in deroga rispetto al principio della concentrazione delle tutele, con la conseguenza che si esclude che il tribunale per i minorenni originariamente competente, perda tale competenza nel corso del procedimento, a causa di un fatto sopravvenuto, quale la successiva proposizione di un ricorso per separazione/divorzio, a maggior ragione nel caso in cui il ricorso *de potestate* sia stato proposto dal pubblico ministero minorile.

La *ratio* a fondamento del prioritario principio della *perpetuatio iurisdictionis*, peraltro, viene individuata in ragioni di economia processuale e di tutela dell'interesse superiore del minore che trovano riscontro nelle disposizioni costituzionali (art. 111 Cost.) e sopranazionali (art. 8 C.E.D.U. e art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), che impediscono un'interpretazione dell'art. 38 disp. att. c.c. che vanifichi il percorso processuale svolto, a seguito di una domanda *ex* art. 333 c.c., dinanzi al Tribunale per i minorenni prima della proposizione del giudizio di separazione o divorzio da parte dei genitori, anche al fine di non rendere possibile l'uso strumentale del processo per spostare la competenza. La mancata applicazione di tale principio potrebbe incoraggiare detto uso strumentale del processo, non potendosi escludere che, al solo fine di spostare la competenza, le parti propongano un ricorso fittizio davanti al tribunale ordinario.

2.3 La non coincidenza della categoria del pregiudizio del minore con quella del conflitto tra i genitori

¹ Cfr., per tutte, Cass. 14 ottobre 2014 n. 21633, Cass. 12 febbraio 2015, n. 2833, Cass. 29 luglio 2015, n. 15971, Cass. 10 settembre 2015, n. 17952, Cass. 14 gennaio 2016, n. 432, Cass. 14 dicembre 2016, n.25798, Cass. 13 marzo 2017, n. 6430, Cass. 14 settembre 2017, n. 2134; Cass. 14 febbraio 2018, n. 35015; Cass. civ. sez. VI, 23/01/2019, n.1866.

La scelta della autorità giudiziaria in capo alla quale concentrare le competenze, individuata nel tribunale ordinario, viene ritenuta nel maxi emendamento necessitata, sulla base di un dato meramente formale senza considerare che mentre nei procedimenti di separazione e divorzio confluiscono domande accessorie, i procedimenti *de potestate* non contemplano statuizioni accessorie.

La distinzione tra rapporto coniugale (o relazione di coppia) e relazione genitoriale trova, peraltro, fondamento nella stessa Carta Costituzionale, che li prevede in due diversi articoli: il primo è riconosciuto dall'articolo 29, che dà rilievo alla famiglia fondata sul matrimonio, con pari rilievo, tramite un'interpretazione evolutiva dell'articolo 2, alle unioni di carattere familiare indipendenti dall'esistenza di un legame di carattere matrimoniale; il profilo della genitorialità trova, invece, fondamento nell'articolo 30, sul quale si basa la preminenza del riconoscimento del dovere genitoriale e, dunque, l'importanza della garanzia dei diritti dei figli, rispetto all'esercizio dei diritti dei genitori e a che vengano assolti i loro compiti in caso di incapacità, e nell'articolo 31 Cost., che stabilisce l'impegno ad agevolare con interventi concreti il loro stesso adempimento. Tale considerazione giustifica la proposta di attribuire autonoma rilevanza ai procedimenti *ex art. 330 c.c.*, nei quali più pregnanti e spesso disgiunte dai profili relativi alla relazione coniugale o di coppia sono le problematiche relative all'esercizio della funzione genitoriale. La funzione stessa dei procedimenti in materia di famiglia, che è quella di composizione di un conflitto tra parti, non appare agevolmente conciliabile con la privazione di una o di entrambe della responsabilità genitoriali, per ragioni che spesso hanno un'origine diversa e comunque non assimilabile a una dialettica, anche accesa, di coppia.

I procedimenti *de potestate*, afferenti a ipotesi gravi di inadeguatezza genitoriale e di pregiudizio per il minore, suscettibili di sfociare in provvedimenti di decadenza dalla responsabilità genitoriale e di determinare *medio tempore* l'adozione di provvedimenti urgenti di messa in sicurezza del minore (si pensi alla ricorrenza di gravissimi fatti di abuso o maltrattamento intra - familiare), non presentano, infatti, stringenti elementi di connessione con i caratteri di conflittualità, pur accesa, che connotano le vicende di separazione e di divorzio.

Tanto è stato argomentato in un'importante pronuncia della Cassazione, per cui le situazioni di criticità segnalate (o rilevate dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni che possono determinare l'apertura di un procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità o a misure minori quali l'affido etero - familiare o di collocamento in comunità (L. n. 184 del 1983, artt. 2 - 5), possono determinare l'avvio di procedimenti limitativi od ablativi della responsabilità genitoriale, "*non dettati da un conflitto genitoriale e saldamente ancorati alla competenza del giudice specializzato*" (cfr. Cass. civ. , sez. I, n. 1349/2015).

Senza trascurare un'altra considerazione: una parte consistente dei procedimenti di accertamento dello stato di abbandono sono iniziati dal PM proprio in considerazione degli esiti problematici e delle valutazioni raccolte nel corso dei procedimenti *de potestate*.

In altri termini, ben più rilevante di qualsiasi interpretazione sulla continenza delle domande, propria dei rapporti tra giudizi regolati dal principio dispositivo, risulta essere la valutazione approfondita e diacronica delle condizioni di minore che rappresenta il *continuum* di molte vicende che dal controllo sulla responsabilità genitoriale prosegue poi nelle procedure di accertamento dello stato di abbandono.

Interrompendo questo *continuum*, la modifica nel senso indicato in precedenza dell'art. 38 disp. att. c.c. può di fatto generare un significativo vuoto di tutele. E' principalmente questo il danno che viene a prodursi nel caso del trasferimento della competenza: la dispersione del sapere processuale accumulato nel precedente procedimento minorile che non può certo essere compensata dal solo trasferimento degli atti.

2.4 Provvedimenti sull'affidamento dei figli e trasferimento della competenza

Il principio di concentrazione delle tutele in capo al tribunale ordinario viene ulteriormente esteso dalla proposta governativa, oltre che in relazione alla proposizione di procedimenti di separazione, divorzio e regolamentazione dei rapporti relativi ai figli di genitori non coniugati, anche ad ogni procedimento che preveda l'adozione di provvedimenti per la disciplina dell'affidamento dei figli (quali quelli previsti, nelle azioni di stato, dagli articoli 250, quarto comma, 268 e 277, secondo comma), che ancor meno presentano profili di connessione con i profili relativi al pregiudizio dei minori nei procedimenti *de potestate*.

Va altresì considerato che solo pochi grandi tribunali ordinari hanno sezioni specializzate in modo esclusivo o per lo meno prevalente nel settore della famiglia, mentre tale livello di specializzazione non viene di fatto garantito nei tribunali medio – piccoli, che sono la maggioranza in cui i magistrati si occupano soltanto parzialmente di questa materia, essendo costretti a far fronte a carichi spesso imponenti e diversificati in settori eterogenei.

L'indagine svolta dalla Squadra speciale istituita presso il Ministero della Giustizia all'indomani dei fatti di Bibbiano, ha evidenziato che rari sono i provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale, o di messa in sicurezza in via d'urgenza dei minori, assunti dai tribunali ordinari, e ciò dipende, probabilmente, dal fatto che una minore consuetudine di interlocuzione con i servizi del *welfare* per l'infanzia rende meno avvertita l'autorità giudiziaria delle situazioni di effettivo rischio per i minori. Peraltro, il numero di tali provvedimenti, rispetto alla mole degli interventi effettuati, è complessivamente contenuto, anche rispetto al numero di allontanamenti effettuati in altri Paesi europei.

Invero in base ai risultati dei lavori della Squadra Speciale ministeriale conclusi nel luglio 2019, nell'arco del periodo di 18 mesi, dal 1 gennaio 2018 al 30 giugno 2019, i collocamenti etero-familiari di minorenni in Italia, (in comunità o in affido etero-familiare), considerati al netto dei collocamenti dei minori stranieri non accompagnati e al netto dei collocamenti in comunità del minore con la madre e del collocamento all'interno della famiglia allargata, sono risultati essere n. 12.338.

Si aggiunga che, in linea con quanto precedentemente osservato, il 70 per cento dei provvedimenti di allontanamento sono stati emessi dai Tribunali per i Minorenni e solo il 30 % dai Tribunali Ordinari. Il dato così rilevato appare, comunque, di gran lunga inferiore a quello individuato nel rapporto di monitoraggio sulla osservanza della CRC in Italia, aggiornato al 31.12.2017, che ha evidenziato in Italia una percentuale di allontanamenti pari all' 1,4 per mille, diversamente dalla Francia con il 10,4 per mille, dalla Germania con il 10,5 per mille, dal Regno Unito con il 6,1 per mille e dalla Spagna con il 4,4 per mille.

Una così radicale concentrazione di competenze, in capo al tribunale ordinario, imporrebbe poi, quantomeno, una rivisitazione dei poteri del pubblico ministero ordinario, modificando l'art. 70 c.p.c. in modo da attribuirgli poteri di impulso autonomo, tenuto anche conto che, nella maggior parte dei casi, l'intervento del PM ordinario nei procedimenti di famiglia si svolge in modo formale, spesso attraverso pareri di stile.

Il sensibile svuotamento di competenze del tribunale per i minorenni viene, inoltre, scarsamente compensato dalla previsione di una *vis attractiva* inversa, dal tribunale ordinario al tribunale per i minorenni, in caso di ricorso *ex art 709 ter cpc* proposto davanti al tribunale ordinario quando è già pendente, o è instaurato successivamente il procedimento *ex art. 330 – 333 c.c.* davanti al tribunale per i minorenni.

In quest'ottica, pur apparendo positiva la previsione, in caso dello spostamento della competenza davanti al tribunale ordinario, della trasmissione ufficiosa degli atti non solo dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario, ma anche dalla procura per i minorenni alla procura ordinaria, non

è adeguatamente disciplinato questo passaggio, posto che il pubblico ministero, a seguito della proposizione del ricorso al tribunale, si spoglia dei propri atti.

2.5 Proposta

Alla luce delle suesposte considerazioni in ordine alle rilevanti criticità insite nel previsto svuotamento di competenze del tribunale per i minorenni, e, allo stesso tempo, dell'esigenza di porre rimedio alla scarsa chiarezza dell'art. 38 disp. att. c.c., relativa all'attribuzione della competenza per i procedimenti in materia di decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.), quando sia in corso un procedimento di separazione o divorzio, ovvero ai sensi dell'art. 316 cod. civ., si avanza una diversa proposta, già prospettata dall'AIMMF nella scorsa legislatura, condivisa nella proposta governativa che ha dato luogo al disegno di legge - delega, da ultimo all'esame del Senato della Repubblica con il numero 2284, nel testo già approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016.

Si propone, in particolare, di espungere dall'art. 38 disp. att. c.c., l'inciso relativo "ai provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo del medesimo articolo".

Tale espunzione eliminerebbe il dubbio circa il trasferimento di competenza al tribunale ordinario dei provvedimenti ex art. 330 cod. civ. in pendenza dei suddetti procedimenti tra le parti, lasciando ferma in quei casi la competenza del tribunale per i minorenni.

Pare opportuno, in tale fattispecie, preferire il tribunale per i minorenni, essendo il provvedimento ablativo della responsabilità genitoriale (un tempo potestà) particolarmente invasivo, dal momento che incide non già sul mero esercizio, ma sulla titolarità della stessa, secondo il consolidato insegnamento giurisprudenziale precedente alla citata modica, foriera di molteplici incertezze interpretative.

3. Articolo 15 bis co. 1 lett. b) e co. 5 sull'art. 78 del codice di procedura civile

3.1 La formulazione della proposta di riforma

Prevede la proposta di riforma all'art. 15 bis co. 5 la riformulazione in questo senso

"Il giudice provvede, anche d'ufficio, alla nomina del curatore speciale del minore in tutti i casi in cui i genitori, che esercitano la responsabilità genitoriale, anche a causa dell'esasperata conflittualità o per altre gravi ragioni, sono temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore e si trovano con lo stesso in conflitto di interessi".

Inoltre, ai sensi del co. 1 lett. b) della stessa disposizione, nel caso di adozione di provvedimenti urgenti ai sensi dell'art. 336 codice civile, il giudice deve nominare il curatore speciale a pena di nullità del provvedimento di accoglimento dell'istanza urgente.

Si tratta di una, certamente non unica, ipotesi di nullità di una decisione giudiziale derivante dalla mancata nomina del curatore speciale.

3.2. L'obiettivo di conferire alla disposizione dell'art. 78 c.p.c. la necessaria tassatività

Il profilo più critico dell'attuale formulazione della disposizione, che non sarebbe superato affatto dalla modifica proposta, deriva dal fatto che una conseguenza tanto grave quanto la nullità di un provvedimento giudiziale deriva dall'omessa nomina del curatore speciale, in assenza di precisi e tassativi presupposti che indichino quando questa nomina non solo è opportuna, ma è effettivamente

necessaria, tanto che la sua omissione è idonea a determinare le gravi conseguenze di cui la riformulazione proposta dell'art. 336 cod. civ. sarebbe solo una, non esaustiva, esemplificazione.

In sostanza, andrebbe colmata la lacuna normativa attualmente esistente, dovuta al fatto che non esistono indicazioni certe sui presupposti in presenza dei quali la nomina del curatore deve ritenersi necessaria.

Le conseguenze di questa lacuna sono molteplici: una notevole incertezza delle attività processuali svolte in assenza della nomina del curatore, per esempio in situazioni che non si configurano in termini tali da far ritenere la nomina effettivamente necessaria; attività che sono gravate da un certo grado di precarietà, perché proprio questa ragione potrebbe costituire in sede di gravame motivo di riforma delle decisioni adottate. Oppure, l'adozione di orientamenti più cauti e difensivi, con la scelta di nominare i curatori speciali praticamente sempre, visto che un qualche contrasto tra le parti è un fatto connaturato allo stesso insorgere del giudizio.

Solo una definizione puntuale dei presupposti consentirebbe di superare l'attuale situazione di incertezza; tale non è il riferimento all' *"esasperata conflittualità o per altre gravi ragioni"* contenuto nella proposta, dal momento che la prima è categoria extragiuridica, la seconda è una disposizione a clausola aperta e per sua natura quindi indeterminata.

3.3. Elementi per una proposta

Riprendendo, con alcune integrazioni, quanto l'AIMMF elaborò assieme ad alcune associazioni forensi ad esito del tavolo di lavoro sul processo licenziato il 27 luglio 2015, in relazione al disegno di legge n. 2953, citato in precedenza, si propone una riformulazione della disposizione in due parti.

In un primo comma la nomina del curatore speciale viene disposta nel caso di conflitto di interessi con i genitori – dunque l'ipotesi dell'attuale secondo comma dell'art. 78 c.p.c. cui aggiungere l'ipotesi di una condotta dei genitori gravemente pregiudizievole, in coerenza quindi con quanto previsto nei casi di cui all'art. 330 c.c.

In un successivo comma dovrebbero essere indicate quelle specifiche situazioni in cui il curatore deve essere nominato; qui alla tassatività dei presupposti segue, con un grado coerente di certezza, la sanzione della nullità degli atti processuali compiuti nell'inosservanza da parte del giudice dell'obbligo di nomina.

Le fattispecie tipizzate possono essere comprese in questa gamma di situazioni processuali:

“-quando è richiesta dal pubblico ministero la decadenza dalla responsabilità dei genitori o di uno dei genitori da parte dell'altro, (salvo nel caso di irreperibilità del resistente), o anche reciprocamente,

-quando è adottato un provvedimento di collocamento etero-familiare o di divieto di incontri con entrambi i genitori o con uno dei genitori,

-in caso di grave conflittualità tra i genitori, tale da privare o da rendere difficoltosi i rapporti del minore con uno dei genitori,

-in caso di abusi o di violenza intra-familiari,

ovvero quando ne fa richiesta il minore ultraquattordicenne a tutela del quale è aperto il procedimento”.

Come evidente, si tratta di presupposti della nomina individuati in ragione o dei provvedimenti richiesti o adottati, o delle conseguenze già prodotte dalla conflittualità familiare, oppure in situazioni idonee ad integrare fattispecie delittuose, o ancora quando sia il minore ad esprimere questa richiesta.

3.4. Risorse

Qualsiasi riforma che miri a potenziare il ruolo dei curatori speciali deve trattare contestualmente il tema delle risorse da destinare a questo obiettivo; per questo aspetto, nessuna riforma può essere immaginata a costo zero.

Un primo profilo di questo aspetto riguarda la definizione legislativa di un sistema di remunerazione delle attività processuali e non, soprattutto se si va nella direzione dei compiti di rappresentanza anche sostanziale.

Un secondo profilo riguarda le attività non direttamente processuali ma a queste strettamente connesse: un'ideale formazione professionale specialistica e l'istituzione di albi professionali coordinati dagli Ordini professionali rappresentano in questo senso obiettivi essenziali di cui il legislatore dovrebbe prevedere lo sviluppo, anche dotandoli delle necessarie coperture di spesa.

4. Principi di delega 15 bis del maxi – emendamento, relativi al rito, per tutti i procedimenti relativi alle persone, ai minorenni ed alle famiglie

Nella relazione della Commissione Luiso, a fondamento del maxi – emendamento, si legge che l'intervento normativo in esame persegue, quale principale finalità, la creazione di un unico rito, per tutti i procedimenti relativi alle persone, ai minorenni ed alle famiglie, e si inserisce nel quadro di una più ampia riforma, che ha l'obiettivo di realizzare un unico tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie che sarà, nel prossimo futuro, chiamato ad applicare il rito unitario. La Commissione considera altresì che, anche qualora l'intero progetto non dovesse realizzarsi, comunque l'unificazione dei riti sarebbe misura idonea a garantire importanti obiettivi quali: l'omogeneità di trattamento per situazione analoghe; l'omologazione delle tutele processuali; la creazione di orientamenti uniformi; l'adeguata risposta ad istanze da sempre sollevate da tutti gli operatori del diritto.

Seppure apprezzabile appare l'intento di razionalizzazione dei riti perseguito, tuttavia, dalla lettura dei principi di delega, appare palese che il rito unico sia stato disegnato soprattutto avendo in mente le caratteristiche e le esigenze insite nei procedimenti in materia di famiglia, la cui ottica è essenzialmente quella di comporre un contenzioso tra le parti genitoriali, e nei quali ampio rilievo hanno le questioni relative agli aspetti patrimoniali.

L'unico spazio che i principi di delega disegnano anche con riferimento alle esigenze proprie dei procedimenti *de potestate* è costituito dall'espressa previsione di ampi poteri ufficiosi per il giudice, nelle materie relative a diritti indisponibili e della possibilità di assumere *inaudita altera parte* i provvedimenti di urgenza nell'interesse dei minori, oltre che delle parti, con instaurazione successiva del contraddittorio.

Nell'ottica di una piena tutela dell'interesse del minore nei giudizi *de potestate*, non appare, tuttavia, condivisibile la previsione, nascente dall'adeguamento degli stessi alle caratteristiche dei riti in materia di famiglia, in cui la fase di trattazione è affidata al giudice relatore, che i provvedimenti urgenti siano adottati in forma monocratica. Tale previsione è assolutamente incompatibile con le esigenze insite nei procedimenti minorili, in cui valore fondamentale e irrinunciabile è la collegialità e la specializzazione del giudice, anche legata alla multidisciplinarietà garantita dalla presenza dei giudici onorari. Ciò vale a maggior ragione in relazione ai provvedimenti urgenti, relativi per lo più a ipotesi di allontanamento del minore e relative alla sua messa in sicurezza, che impongono delicate decisioni che incidono profondamente sul vissuto familiare e del minore. Si determinerebbe, conseguentemente, il già paventato rischio di mancata o

non adeguatamente ponderata assunzione di tali provvedimenti, con grave pregiudizio per i minori e per le famiglie.

L'esigenza di celerità alla base della proposta disciplina neppure si sposa con la complessità delle situazioni al vaglio dei tribunali per i minorenni, che, sia pure recependo l'esigenza ormai unanimemente avvertita di evitare la pendenza di procedimenti a tempo indeterminato e per tutto il percorso di vita del minore, impongono di seguire nel tempo l'evolversi delle situazioni, prevedendo la possibilità di plurime fasi procedurali, all'esito delle quali adeguare gli interventi attraverso l'adozione di provvedimenti provvisori, al di là della previsione di cui al punto o) della delega della possibilità, attribuita al giudice "anche relatore", di adottare provvedimenti relativi ai minori di ufficio, e della possibilità prevista nel punto p), di modificare i provvedimenti temporanei e urgenti solo in presenza di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori. Al fine di garantire la tutela delle parti rispetto a provvedimenti provvisori incisivi sulle loro posizioni soggettive, appare, invero, adeguata la previsione della loro reclamabilità.

Perplessità desta l'assimilazione della fase decisoria dei procedimenti minorili a quella dei procedimenti in materia di famiglia, con la necessaria previsione di un'udienza di rimessione della causa in decisione con assegnazione dei termini per gli scritti difensivi finali e la definizione del giudizio con sentenza. Tale previsione appare eccessivamente macchinosa nella maggioranza dei procedimenti minorili, in cui le finalità di sostegno del nucleo familiare, in funzione di un più adeguato esercizio delle funzioni genitoriali, è preponderante rispetto alle logiche del contenzioso, per non parlare dei procedimenti relativi ai minori stranieri non accompagnati.

4.1 Proposta

L'AIMMF è sensibile all'esigenza di introdurre, in ossequio al principio del giusto processo e alla garanzia del contraddittorio, una maggiore proceduralizzazione del rito rispetto alla scarsa disciplina dell'art. 336 c.c. e artt. 737 e seguenti c.p.c., e, nella richiamata proposta ha formulato un'ipotesi di riscrittura del rito minorile, che si ripropone:

A. fase preprocessuale 1. Chiunque ha facoltà di segnalare all'autorità pubblica situazioni di pregiudizio di minori di età. 2. I pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità, quando risultino vani gli interventi di natura assistenziale, devono riferire al più presto al pubblico ministero competente sulle condizioni di pregiudizio in cui un minore di età si trovi e di cui vengano a conoscenza in ragione del proprio ufficio. 3. Il pubblico ministero, assunte le necessarie informazioni, chiede al Tribunale con ricorso motivato di assumere i provvedimenti di cui agli articoli 330 e segg. c. c. 4. Se il pubblico ministero non propone ricorso, può segnalare ai servizi che l'azione giudiziaria non è stata promossa, trattandosi di intervento di natura assistenziale.

B. fase introduttiva 1. I provvedimenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti entro il quarto grado, della persona stabilmente convivente con il minore di età, del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare o modificare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato. 2. La domanda si propone davanti al giudice della residenza abituale del minore mediante il deposito del ricorso, che deve contenere gli elementi previsti ai numeri da 1 a 6 dell'art. 163 c.p.c., nonché le generalità, la cittadinanza e la residenza abituale dei figli di minore di età, l'indicazione della pendenza di altri procedimenti nell'interesse degli stessi minori e l'eventuale esistenza di figli avuti dai genitori da altre unioni. 3. Il ricorso è notificato a cura della parte istante entro il termine fissato dal giudice insieme al decreto di fissazione della prima udienza, da tenersi entro un termine non superiore a novanta giorni dal deposito del ricorso; la notifica va eseguita nei confronti di entrambi i genitori anche quando il provvedimento è chiesto nei confronti di uno solo di essi. 4. Le parti stanno in giudizio ex art. 82 c.p.c. con il ministero di un difensore, al quale la procura va rilasciata nelle forme previste dall'art. 83 c.p.c. 5. La rappresentanza processuale del minore, nel caso di conflitto d'interessi con i genitori o con chi ne esercita la responsabilità, è assicurata con la nomina di un curatore speciale.

fase istruttoria 1. Le parti hanno diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo salvo che, con provvedimento motivato, il giudice disponga che alcuni atti siano ostensibili soltanto ai difensori. 2. Le parti, tramite i loro difensori, possono partecipare agli accertamenti disposti dal Tribunale, produrre documenti ai sensi dell'art. 74 disp. att. c.p.c., e presentare istanze anche istruttorie, entro un termine all'uopo assegnato; il giudice decide con provvedimento motivato sull'ammissione dei

mezzi istruttori proposti dalle parti. 3. Salvi i casi di urgenza, il giudice decide sulla base di informazioni e documenti sui quali le parti siano state poste in condizioni di dedurre o di concludere, anche mediante la fissazione di termini per il deposito di note scritte prima della definizione del procedimento. 4. Quando, per ragioni di urgenza o perché la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione della decisione, il giudice adotta in via provvisoria provvedimenti senza avere sentito le parti, fissa con lo stesso decreto l'udienza di comparizione entro un termine non superiore a trenta giorni dalla data di emissione, per provvedere alla successiva conferma, modifica o revoca nel contraddittorio delle parti.

regime delle impugnazioni 1. I provvedimenti conclusivi possono essere impugnati davanti alla Corte di Appello entro il termine di trenta giorni dalla notificazione. 2. I provvedimenti non conclusivi sono reclamabili davanti alla Corte di Appello entro il termine di dieci giorni dalla notificazione quando siano idonei a determinare effetti stabili e duraturi e, in ogni caso, quando dispongano l'allontanamento dal nucleo familiare o il divieto di incontro con i genitori. 3. I provvedimenti della Corte di Appello che decidono sulla decadenza sono impugnabili con ricorso per Cassazione per violazione di legge.

Fase di attuazione 1. Le modalità e i tempi di attuazione sono stabiliti dal giudice che ha emesso il provvedimento; per i provvedimenti non conclusivi riformati dalla Corte d'Appello è competente il giudice di primo grado davanti al quale pende il procedimento. 2. I servizi incaricati, se il procedimento è ancora in corso, informano tempestivamente il giudice dell'attuazione del provvedimento o di ogni ostacolo o difficoltà che siano sorti al riguardo. 3. Se il procedimento è concluso, i servizi comunicano tempestivamente le informazioni di cui al comma precedente al pubblico ministero presso il giudice competente per le eventuali richieste. 4. Ciascuna delle parti può ricorrere al giudice che ha emesso il provvedimento perché venga attuato. 5. Il giudizio si svolge secondo le forme dell'art. 669 *duodecies* c.p.c., in quanto compatibili. 6. Sono applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 614 bis e 709 ter c.p.c.

Tale proposta contempera l'esigenza di maggiore procedimentalizzazione del rito e piena garanzia dei principi del giusto processo e del contraddittorio, con le irrinunciabili specificità proprie dei procedimenti minorili.

Si chiede, dunque, di rivalutare i principi di delega sul rito, in modo da attribuire autonomo rilievo ai procedimenti minorili.

CONCLUSIONI

Tenuto conto di quanto sin qui sottolineato con particolare riferimento alla specifica funzione di protezione e tutela dei soggetti di minore età attribuita al Tribunale per i Minorenni, organo opportunamente specializzato e a composizione multidisciplinare, si sottolinea in primo luogo la difficoltà di inserire norme precettive non del tutto sintoniche in un sistema che allo stato pare complessivamente rispondere ai bisogni della propria utenza.

Si ribadisce quanto più sopra specificato nel dettaglio rispetto al fatto che l'unificazione del rito proposta non può essere ritenuta esaustiva e rispondente alle descritte esigenze di tutela dei soggetti minorenni inseriti in famiglie altamente disfunzionali.

Sotto questo profilo si aggiunge che la proposta conclusiva della Commissione Ministeriale sulla futura costituzione di un Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, apprezzabile per lo sforzo innovativo e per la riflessione volta al superamento di tante disarmonie, tuttavia nella trattazione delle procedure *de potestate* dinanzi ad un giudice monocratico di prossimità rischia di disperdere la finalità di tutela e di protezione dei minorenni, per la quale è indispensabile un intervento multidisciplinare, dinanzi ad un organo collegiale nella composizione integrata dalla presenza dei giudici onorari minorili.

Roma 17/06/2021

Il Segretario generale
Susanna Galli

Il Presidente
Cristina Maggia

