

L'obbligo del patrocinio non porta allo stravolgimento del rito camerale

Il Sole 24 Ore - Famiglia e Minori Numero 9 del 01/10/2007 Pagina 13

È fondamentale non perdere di vista le prerogative sostanziali, ma anche processuali, di una giustizia che svolge una funzione di garanzia e di salvaguardia dei soggetti deboli

di Maria Francesca Pricoco

Ricorsi per Cassazione

In tema di tutela di minori, i provvedimenti emessi, in sede di reclamo, in materia di decadenza o di reintegrazione nella potestà, di affidamento della prole e quelli adottati ai sensi dell'articolo 333 del Cc - nel quadro degli atti innominati incidenti sull'esercizio della potestà dei genitori - nonché quelli emessi nel corso del procedimento per la dichiarazione di adottabilità, non sono ricorribili per Cassazione, in quanto non sono assistiti dall'autorità del giudicato sostanziale, ma si caratterizzano per un'efficacia meno intensa, propria dei provvedimenti camerali di giurisdizione volontaria, i quali sono soggetti a modifica o a revoca da parte dello stesso giudice che li ha emessi.

Cassazione, sezione I civile, sentenza 1° agosto 2007 n. 16989

A seguito dell'integrale entrata in vigore della legge n. 149 del 2001 che ha novellato la legge n. 184 del 1983 sull'adozione e sull'affidamento dei minori, è stato pienamente introdotto nel nostro ordinamento il principio della difesa tecnica sia nei procedimenti de potestate (riguardanti la decadenza o la reintegrazione nella potestà genitoriale, la condotta pregiudizievole ai figli, la rimozione e riammissione all'esercizio dei beni del figlio) che in quelli per l'adottabilità dei minori.

La procedura - L'articolo 37 della legge appena richiamata prevede che «all'articolo 336 del Codice civile è aggiunto, infine, il seguente comma: «Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore», mentre l'articolo 10 della medesima legge 149/2001 (sostituendo l'articolo 10 della legge n. 184 del 1983) ha previsto, al comma 2, che, fin dall'atto dell'apertura della procedura per la dichiarazione di adottabilità, i genitori e i parenti del minore, che abbiano mantenuto rapporti significativi con quest'ultimo, siano invitati dal presidente del tribunale per i minorenni «a nominare un difensore», e, al contempo, siano informati «della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano», con la successiva precisazione che: «Tali soggetti assistiti da un difensore possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice».

La distinzione tra assistenza e ministero - Dal tenore letterale delle due richiamate disposizioni normative (articoli 10 e 37 della legge 149/2001) scaturisce una prima riflessione di carattere preliminare: sembra, invero, che nella normativa ora in vigore si faccia riferimento a una distinzione tra «assistenza» e «ministero» del difensore prevedendosi che, nelle materie in discorso, la difesa tecnica possa essere garantita con la mera assistenza e non necessariamente con la rappresentanza processuale (si vedano gli articoli 82, 83 e 84 del codice di procedura civile).

In sostanza, nelle procedure per la declaratoria di adottabilità, ove la difesa è oramai obbligatoria (anche mediante la nomina di un difensore d'ufficio), la legge ha previsto che i genitori e i parenti del minore siano assistiti nel compimento degli atti processuali, ma non ha predisposto un obbligo di costituzione in giudizio delle parti, cosicché può ritenersi che la procedura sia stata validamente espletata se, per ogni singolo atto in cui è prevista la partecipazione dei soggetti interessati (quali, ad esempio, le udienze ovvero gli accertamenti peritali), questi abbiano avuto la possibilità di esercitare il diritto di difesa mediante la conoscenza tecnica delle questioni di diritto sostanziale e processuale, e non soltanto attraverso una contestazione fattuale e personale delle circostanze addotte nel corso della procedura.

Gli accertamenti extragiudiziari - In quest'ambito, resta da chiedersi se anche per gli accertamenti predisposti in sede extragiudiziaria (quali, ad esempio, le indagini dei servizi sociali ovvero socio-sanitarie, a cui frequentemente il giudice minorile fa ricorso per introdurre informazioni sulla situazione del nucleo familiare e sulla condizione dei minori), le parti debbano essere assistite da un difensore, ovvero se il diritto alla difesa venga efficacemente garantito attraverso la controdeduzione mediante produzione di note o memorie alla relazione socio-ambientale o psicologica acquisita agli atti (con la precisazione che, in quest'ultimo caso, il difensore dovrà essere munito di procura alle liti). **La qualificazione delle procedure de potestate** - La distinzione tra assistenza e ministero del difensore è, d'altra parte, strettamente connessa alla qualificazione della natura della procedure in discorso, atteso che, se pure per quella riguardante la dichiarazione di adottabilità sembra più netta la propensione per la natura «contenziosa», per quelle de potestate, e, segnatamente, per quelle relative ai provvedimenti «convenienti» di cui all'articolo 333 del Cc, una tale qualificazione appare più difficoltosa, appartenendo tali provvedimenti alla categoria delle procedure camerale «non contenziose» delineata dalla Suprema corte che, anche nella più recente giurisprudenza, continua a escludere la ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti adottati ai sensi degli articoli 330, 332, 333 e 317 bis del Cc (così Cassazione, sentenza 1° agosto 2007 n. 16989, inedita).

Riguardo a quest'ultima materia, per la verità, non sembra univoca l'assimilazione a quelle riguardanti i provvedimenti de potestate.

Sul punto, occorre rilevare che una interpretazione sistematica non consentirebbe di includerla in tali provvedimenti, atteso che l'articolo 336 ultimo comma del Cc, per un verso, fa riferimento «ai precedenti provvedimenti» e, per altro verso, delinea un iter processuale comune ai detti procedimenti che attiene non soltanto alla legittimazione ad agire in capo ai genitori, ai parenti e al Pubblico ministero (mentre una possibilità analoga non è prevista per l'articolo 317 bis del Cc), ma riguarda, anche, una diversa causa petendi fondata sul pregiudizio (non indicato nella procedura ex articolo 317 bis del Cc), e un petitum volto a una ablazione, limitazione o rimozione della potestà genitoriale e non a una mera modulazione del potere-dovere genitoriale prevista, invece, dal citato articolo 317 bis del Cc (in base al quale il giudice dispone «diversamente» circa l'esercizio della potestà in capo ai genitori), e, infine, dà puntuali indicazioni circa il «procedimento» da seguire, lasciato, viceversa, più deformalizzato nella procedura ex articolo 317 bis del codice civile.

Da ciò la questione interpretativa se, nella materia disciplinata dalla disposizione normativa di cui all'articolo 317 bis del Cc, la difesa tecnica sia necessaria ovvero facoltativa (e se possa mantenersi la difesa personale).

La partecipazione processuale del minore - Un'altra riflessione che sembra scaturire dalla legge 149/2001 e che può costituire argomento di discussione, è quella riguardante la qualificazione della partecipazione processuale del minore.

Se pure per quanto riguarda il minore oggetto della procedura possa profilarsi un conflitto di interessi con i genitori e, quindi, l'opportunità, o necessità, di una difesa tecnica autonoma

rispetto a quella dei genitori (mediante nomina di un curatore speciale), resta da chiedersi se, comunque, al minore possa attribuirsi la qualifica di parte processuale in senso tecnico. Sul punto, se è vero che la legge nel prevedere la difesa legale, nelle norme sopra richiamate, fa riferimento non soltanto ai genitori ovvero ai parenti significativi del minore, ma anche a quest'ultimo, deve ritenersi parimenti vero che, secondo una interpretazione sistematica fondata sulle norme nazionali e internazionali, la decisione nella materia minorile deve tenere conto sempre del preminente interesse del minore che assume, quindi, una posizione di super partes tale da affievolire i diritti contrapposti pretesi dagli adulti nei cui confronti viene adottato il provvedimento.

Da ciò potrebbe scaturire la conseguenza che il minore in posizione di conflitto di interessi con il genitore non debba essere necessariamente assistito da un difensore, ma debba, piuttosto, essere garantito nello svolgimento della procedura da un soggetto che possa integrare la sua capacità di agire mancante, se vuole anche processualmente, ma, soprattutto, con riferimento al confronto o contestazione delle richieste delle parti e con la possibilità di indicare al giudice altri mezzi o circostanze su cui acquisire informazioni d'ufficio.

Tra l'altro, occorre riflettere, infine, che nelle procedure camerali il diritto di difesa non può far venire meno le caratteristiche proprie del rito che nel corso del tempo sia la Corte costituzionale ma, soprattutto, la Corte di cassazione hanno delineato, ossia quelle scaturenti dalle «esigenze di celerità, snellezza, concentrazione ed officiosità» (si veda Cassazione, sezioni Unite, 19 giugno 1996 n. 5629, in «Giustizia civile», 1996, I, c. 2203, con nota di Giacalone), con necessario adattamento delle forme e dei termini propri del rito ordinario di cognizione a quelle che meglio rispondono al soddisfacimento di tali esigenze.

Il rispetto dei soggetti deboli - Pur nella tendenza a giurisdizionalizzare la materia minorile è fondamentale non perdere di vista le prerogative sostanziali, ma anche processuali, di una giustizia che svolge essenzialmente una funzione di garanzia e di salvaguardia dei soggetti deboli e non si basa su uno schema processuale impostato sulla dicotomia parte vittoriosa-parte soccombente, ma esclusivamente sul riconoscimento di un diritto del minore, pur nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dei soggetti interessati, o obbligati, a riconoscerlo (nello stesso senso, si veda Sacchetti, «La difesa nei procedimenti minorili», in «Famiglia e diritto», 2001, 5, 567, secondo cui: «nei procedimenti minorili la tutela del diritto di difesa sarà da perseguire, ma nei limiti del compatibile con la teleologia dello strumento processuale. Lo conferma la regola della secretazione degli atti, derogabile solo dietro autorizzazione del giudice alla loro visione, inserita nel nuovo articolo 10 comma 2, della legge 184/1983»).