

ANDREA PROTO PISANI

**Ancora sul processo e sul giudice minorile
(linee di una possibile legge delega di riforma del processo minorile) (*)**

SOMMARIO:

- 1. Premessa.**
- 2. Separazione (e divorzio).**
- 3. Diritto sostanziale e processo nel processo minorile.**
 - 3.1. Inadeguatezza del procedimento camerale.**
 - 3.2. Rottura della commistione tra giurisdizione e amministrazione.**
 - 3.3. Le linee di un nuovo processo minorile.**
- 4. I disegni di legge.**
 - 4.1. Il d.d.l. 2517/C di riforma del tribunale per i minorenni.**
 - 4.2. Il d.d.l. di riforma degli art. 336 e 337 c.c.**

1. - È difficile, dopo un dibattito così denso e impegnato nel quale nel corso di due giorni si sono succedute dieci relazioni e una miriade di interventi quasi sempre di grosso spessore, svolgere una relazione di sintesi.

Cercherò di farlo con qualche inevitabile semplificazione di cui sin da ora chiedo perdono.

Nonostante alcuni accenni avvenuti nel corso del dibattito non tratterò dei problemi della giustizia civile né dell'ordinamento giudiziario in genere. Mi limiterò al tema del convegno relativo al giudice e alla famiglia.

A tale riguardo è opportuno chiarire sin d'ora che nel settore del diritto minorile e della famiglia il rapporto tra giudice e legge sostanziale è stato da sempre caratterizzato da norme estremamente elastiche le quali spesso fanno riferimento a clausole generali quali l'interesse del minore, l'interesse dei figli, l'interesse della famiglia. Così è stato da sempre e così continuerà ad avvenire per il futuro. Quando nello specifico settore del diritto minorile e della famiglia si denuncia e si combatte una eccessiva discrezionalità del giudice, si ha di mira non la legge sostanziale, ma la legge processuale, le procedure che troppo spesso sono rimesse ad una determinazione pressoché integrale del giudice.

2. - Svolta questa premessa, vorrei ora dedicare alcune battute per così dire telegrafiche alla separazione e al divorzio, tema su cui si è soffermato Franco Cipriani con la competenza che gli deriva da quasi quaranta anni di studi e di riflessioni, e alla cui relazione mi sembra si possa rinviare.

Vorrei limitarmi ad aggiungere, ribadendo un pensiero già altre volte espresso, che a mio avviso è tempo di sopprimere sul piano sostanziale l'istituto dell'addebito; la possibilità di chiedere l'addebito mi sembra infatti arrechi un pregiudizio irreparabile non solo alle relazioni tra genitori e figli, ma anche agli stessi coniugi che in tal modo sono sollecitati a mettere in moto un meccanismo perverso di distruzione anche solo del ricordo di una relazione interpersonale che quasi sempre ha conosciuto anche momenti di arricchimento e non solo di crisi. Il rispetto del valore superiore della famiglia fondata sul matrimonio (art. 29, 1° comma, Cost.) mi sembra dovrebbe indurre ad una simile soppressione.

Comunque, indipendentemente da ciò, la pronuncia della separazione giudiziale per intollerabilità della prosecuzione della convivenza (stante la più che condivisibile interpretazione data dalla giurisprudenza all'art. 151, 1° comma, c.c.) dovrebbe indurre una modifica legislativa secondo cui il presidente del tribunale (o suo delegato), dopo avere sentito i coniugi ed esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, dovrebbe pronunciare immediatamente sentenza semplificata di separazione, immediatamente impugnabile, stesa in calce al ricorso introduttivo del giudizio (sulla falsariga, direi provocatoriamente, di quanto avviene per l'ordinanza di convalida di sfratto ex art. 663 c.p.c.); contestualmente il presidente del tribunale (o suo delegato) dovrebbe emettere, su richiesta di parte, provvedimento sommario allo stato degli atti in ordine all'obbligo di mantenimento del coniuge, provvedimento opponibile ex art. 645 c.p.c. nelle forme del processo ordinario di cognizione. Poi, se non soppresso, potrebbe continuare il processo per l'accertamento eventuale dell'addebito. Ove vi siano figli minori e occorra provvedere sul loro affidamento e conseguente mantenimento, il giudizio andrebbe devoluto alla sezione specializzata per i minori e andrebbe trattato nelle forme che indicherò fra poco.

Detto questo de iure condendo, de iure condito va ribadita la necessità di consentire la reclamabilità ex art. 669 terdecies c.p.c. dei provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e dei figli. Trattandosi di un provvedimento destinato ad avere efficacia extraprocessuale sulla realtà materiale, il diritto all'impugnazione davanti ad un giudice diverso e collegiale va a mio avviso doverosamente garantito (alla stessa stregua di quanto dovrebbe accadere in ipotesi di provvedimenti ex art. 186 bis, 186 ter, 648, 665 c.p.c., ecc.), e ove non si ritenga di poter procedere in via di analogia legis o iuris ad un'applicazione analogica dell'art. 669 terdecies, sarebbe doveroso rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Quanto infine al ricorso alla mediazione (ovviamente fuori dal processo) concordo pienamente con l'opinione secondo cui tale ricorso debba essere disposto dal giudice (con conseguente stasi del processo) solo in caso di consenso di entrambi i coniugi.

3. - Passo ora ad esaminare il tema centrale del convegno relativo al processo minorile.

Con piacere durante il dibattito ho sentito richiamare l'importanza che il processo (le regole processuali) siano conformi al diritto sostanziale, alla specie ed al rango dei diritti sostanziali coinvolti.

A tale riguardo mi sembra che unanime sia stato il richiamo alla necessità di prendere atto che la Costituzione (art. 2, 3, 2° comma, 30), la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (part. art. 14, 3° comma, e 24), la convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176), la parallela convenzione europea di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (recentemente resa esecutiva in Italia con l. 20 marzo 2003 n. 77) impongono di ritenere che oggetto dei processi minorili ex art. 330, 333, 317 bis c.c. o di dichiarazione dello stato di abbandono non sono «interessi» ma «diritti fondamentali della persona», dei genitori e dei figli, diritti che possono essere modificati solo a seguito dell'accertamento dei «fatti» di cui agli art. 330, 333 c.c. o 8 ss. l. 184/83.

Il carattere fondamentale di tali diritti, la loro strettissima inerenza a quanto di più intimo vi è nella persona, li avvicina al diritto alla libertà personale, ed avvicina, dovrebbe avvicinare, di molto le modalità di esercizio della giurisdizione che incide su di essi alle modalità di esercizio della giurisdizione penale.

Nel processo minorile, ha detto da tempo Paolo Dusi, si è alla presenza di una giurisdizione forte per i diritti su cui incide, ed allora i relativi processi devono essere forti anche nelle garanzie.

Cosa significa garanzia processuale? L'opposto di processo rimesso alla discrezionalità del giudice: significa predeterminazione tendenzialmente completa da parte del legislatore delle modalità di realizzazione del contraddittorio, del diritto di azione e di difesa delle parti, dei poteri processuali delle parti e del giudice nel cui esercizio il processo si risolve.

3.1. - Se le cose nel processo minorile stanno nel modo che — richiamandomi al dibattito di questi due giorni — ho tentato ora di sintetizzare, ne discende l'assoluta inadeguatezza del modello di processo camerale ex art. 737 ss. c.p.c. pensato per altro (la c.d. giurisdizione volontaria) e coerente solo in ipotesi di difetto di «diritti» e di presenza solo di «interessi» con conseguente commistione tra giurisdizione e amministrazione.

Solo ove si abbiano presenti questi dati elementari si può comprendere l'assoluta inadeguatezza del modello camerale ex art. 737 ss. c.p.c. a disciplinare (o a costituire il riferimento ultimo della disciplina del) processo minorile. Il procedimento camerale ex art. 737 ss. c.p.c. ha carattere inquisitorio nella peggiore accezione del termine. Consente la violazione del principio della domanda (si pensi per tutti al 3° comma dell'art. 336 c.c. o al vecchio testo, tutt'oggi in vigore, dell'art. 8 l. 184/83); consente la violazione del principio del divieto di utilizzazione da parte del giudice del suo sapere privato in punto di ricerca dei fatti rilevanti e delle fonti materiali di prova: consente cioè la violazione dei due principî che da sempre costituiscono il baluardo della terzietà ed imparzialità del giudice. Consente al giudice di modellare il contraddittorio nel modo che ritiene più opportuno anche in contrasto col valore della pubblicità del procedimento.

Come ha recentemente ben messo in rilievo GUSTAVO SERGIO (in Trattato di diritto di famiglia diretto da P. ZATTI, vol. VI sulla Tutela civile del minore, Milano, 2002) la sottoposizione del processo minorile al procedimento camerale ex art. 737 ss. c.p.c., realizza una pericolosissima commistione tra giurisdizione su veri e propri diritti fondamentali (dei genitori e dei figli) e la «gestione» dell'interesse pubblico alla «buona» educazione del minore. Commistione che oggi si pone in contrasto con tutte quelle indicazioni costituzionali e convenzionali che prima ho richiamato.

3.2. - Necessità quindi sul piano culturale del (l'inizio del) la rottura della commistione tra giurisdizione minorile su diritti fondamentali (dei genitori e dei figli) e amministrazione dell'interesse pubblico alla «buona» educazione del minore.

I corollari di una simile rottura sono dirompenti ma inevitabili.

Innanzitutto rottura del rapporto diretto tra giudice minorile e servizi sociali; superamento della prassi secondo cui è il giudice (e non il pubblico ministero) il destinatario e l'utilizzatore delle relazioni dei servizi sociali.

In secondo luogo restituzione al giudice minorile non solo della sua terzietà ed imparzialità (valori lesi dalla violazione del principio della domanda e del divieto di utilizzazione del suo sapere privato) ma anche di garante della legalità, cioè della applicazione della legge al caso concreto sulla base di prove assunte in contraddittorio. Abolizione definitiva del giudice minorile gestore di interessi.

In terzo luogo ristrutturazione e rivitalizzazione dell'ufficio del pubblico ministero in materia minorile. Attribuzione al pubblico ministero e non al giudice del potere di azione, di mettere in moto il processo; attribuzione solo al pubblico ministero e non al giudice della funzione di essere destinatario delle relazioni dei servizi sociali e delle loro richieste; attribuzione solo al pubblico ministero e non al giudice del compito di ricercare le fonti materiali di prova (se del caso sulla base delle relazioni o con l'aiuto dei servizi sociali) da riversare poi davanti al giudice (in questo contesto il problema della «secretazione» del materiale istruttorio scompare del tutto). Nella sostanza attribuzione

al pubblico ministero dei poteri d'indagine oggi a mio avviso impropriamente svolti dal giudice minorile.

3.3. - Se si conviene, come mi sembra sia avvenuto nel corso di questo convegno, sulle premesse che ho cercato di sintetizzare, allora le linee (se si vuole i principi di una ipotetica legge delega) della tanto attesa modifica del processo minorile da applicare non solo alle ipotesi ex art. 330, 333, 317 bis c.c., ma anche (se del caso con l'aggiunta di qualche norma processuale speciale) al giudizio di dichiarazione dello stato di abbandono, ecc., potrebbero essere le seguenti:

- a) previsione di un processo speciale accelerato e semplificato rispetto al processo ordinario di cognizione, ma a cognizione piena (cioè con forme e termini tendenzialmente predeterminati dal legislatore);**
- b) inizio del processo, su domanda di parte o del pubblico ministero, con ricorso, con previsione di termini minimi a difesa del genitore o dei genitori (e del figlio) nei cui confronti si chiede il provvedimento;**
- c) trattazione e decisione collegiale, con possibilità di delega ad un singolo componente tendenzialmente del solo ascolto «protetto» del minore;**
- d) tipicità della prova e delle sue modalità di assunzione nel processo nel contraddittorio delle parti; conseguente soppressione del valore probatorio delle relazioni dei servizi sociali che devono avere come unico destinatario il pubblico ministero;**
- e) attribuzione al giudice di poteri istruttori d'ufficio, nel rispetto del divieto di utilizzazione del proprio sapere privato (cioè del divieto di andare alla ricerca delle fonti materiali di prova, fonti che invece devono essere indicate dalle parti — compreso il pubblico ministero — o emergere da atti legittimamente acquisiti al processo);**
- f) definizione del processo con sentenza (se del caso emessa nelle forme semplificate ex art. 281 sexies c.p.c.) appellabile e ricorribile in Cassazione;**
- g) applicazione, per quanto non diversamente previsto, delle norme del libro primo e dei titoli primo e terzo del libro secondo del codice di procedura civile (e non già delle norme di cui agli art. 737 ss. c.p.c.);**
- h) attribuzione al pubblico ministero del potere — di ampiezza pari a quello riconosciutogli dal codice di procedura penale — di ricerca delle fonti materiali di prova, anche con l'ausilio dei servizi sociali;**
- i) previsione di un adeguato sistema di assistenza giudiziaria ai non abbienti nonché della difesa di ufficio anche alle parti non comparse; l'applicazione dell'istituto della difesa d'ufficio deriva dalla contiguità col processo penale evidenziata retro, sub 3, contiguità consistente nel carattere fondamentale dei diritti su cui incide la giurisdizione;**
- l) previsione di provvedimenti cautelari urgenti nel corso o prima dell'inizio della causa di merito, nel rispetto degli art. 669 bis ss. ed in particolare 669 ter, sexies, octies, terdecies c.p.c.;**
- m) previsione che il minore debba acquisire la qualità di parte necessaria perché oggetto del processo sono innanzitutto i suoi diritti;**
- n) attuazione dei provvedimenti sotto la direzione di un giudice singolo facente parte della sezione specializzata, con il potere di determinare le modalità di esecuzione più adatte allo scopo;**
- o) attribuzione al giudice che ha curato l'esecuzione del potere di provvedere sulle istanze di modifica che attengano alle modalità di esecuzione e non al contenuto del provvedimento;**
- p) ristrutturazione dell'ufficio del pubblico ministero minorile, con la riappropriazione da parte di tale ufficio della pienezza dei poteri propri dell'organo di indagine, poteri**

oggi di fatto impropriamente svolti dal giudice. A tale scopo è necessaria una revisione degli organici dell'ufficio del pubblico ministero minorile;

q) previsione della temporaneità delle funzioni di giudice (e di pubblico ministero) minorile: ciò per assicurare al massimo la garanzia della terzietà del giudice ed evitare che esso diventi troppo «parente» degli interessi su cui è chiamato ad incidere.

4. - Occorre ora esaminare (accennare) ai disegni di legge di riforma del tribunale dei minorenni e degli art. 336 e 337 c.c.

4.1. - Quanto al disegno di legge 2517/C di riforma del tribunale per i minorenni (nella versione risultante dalle modifiche apportate dalla commissione giustizia al 31 luglio 2003) mi sembra sia da osservare quanto segue:

— il disegno di legge si muove nell'ottica, da quasi tutti condivisa, di superare l'attuale parcellizzazione delle competenze in materia di famiglia e di persone, riunificandole davanti ad una sezione specializzata da istituire presso i tribunali tendenzialmente aventi sede in capoluoghi di provincia;

— inaccettabile è però la soppressione in civile della partecipazione al collegio dei giudici onorari specializzati (giudici ai quali l'art. 6 bis riserva l'ibrida funzione di «delineare (in assenza di contraddittorio?) il profilo psicologico del minore e svolgere le audizioni (?) nelle procedure di adozione»). A tale riguardo occorre essere particolarmente chiari. L'esperienza del tribunale dei minorenni è stata spesso oggetto di critiche per la sua eccessiva separatezza rispetto ai giudici c.d. ordinari e per atteggiamenti autoritari e paternalistici. Ma pur nella varietà degli accenti nessuno ha mai messo in discussione l'opportunità della composizione mista, in parte togata in parte onoraria. Una cosa è proporre — come è stato più volte proposto — di trasformare gli attuali tribunali per i minorenni in sezioni specializzate del tribunale c.d. ordinario, tutta altra cosa è volere distruggere l'esperienza in sé dei tribunali per i minorenni. Una cosa è richiamare, specie i giudici togati, al rispetto delle regole procedurali, altra cosa è sopprimere in materia civile la partecipazione della componente onoraria. Una cosa è (come è avvenuto anche in questo convegno) richiamare l'attenzione sulla esigenza di assicurare meglio l'indipendenza e la professionalità dei giudici onorari altra cosa è propugnarne la sostanziale soppressione;

— infine, come da molti è stato osservato, imprescindibile è l'esigenza di assicurare che i giudici (e i pubblici ministeri) assegnati alla sezione specializzata non possano in modo alcuno essere adibiti ad altre funzioni, così come è a dir poco risibile il pensare che la riforma possa essere effettuata sostanzialmente a costo zero (il disegno di legge prevede millesettecento euro come copertura finanziaria), laddove essenziale sarebbe l'aumento degli organici (dei giudici e come si è già detto dei pubblici ministeri) e dei supporti del personale amministrativo.

4.2. - Quanto al disegno di legge approvato dal consiglio dei ministri nella seduta del 31 luglio 2003 e recante «disciplina della difesa di ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli art. 336 e 337 c.c. in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni», è innanzitutto da valutare positivamente che dopo oltre sessant'anni d'inerzia il governo miri a sottrarre il processo minorile relativo ai provvedimenti ex art. 330, 333, 317 bis all'applicazione pura e semplice del c.d. rito camerale (in ciò probabilmente sollecitato dalla peraltro criticabile decisione n. 1 del 2002 della Corte costituzionale, in Foro it., 2002, I, 3302, con mia nota fortemente critica).

Ed ancora indubbiamente positivi sono: — l'abolizione del potere del giudice di iniziare d'ufficio il processo; — la previsione dell'assistenza giudiziaria ai non abbienti e della

difesa d'ufficio dei genitori; — l'audizione del minore; — la reclamabilità ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c. dei provvedimenti cautelari urgenti del giudice (non del presidente del tribunale); — l'attribuzione al giudice della cognizione del potere-dovere di provvedere all'attuazione dei provvedimenti.

Detto dei consensi è doveroso accennare ai molti e gravi dissensi:

— si conserva innanzitutto l'impianto camerale del procedimento come è reso evidente dal richiamo al reclamo ex art. 739 c.p.c. Ciò è particolarmente grave perché significa che, in caso di lacune, queste potranno essere colmate facendo ricorso alla determinazione discrezionale del giudice e non invece — come sarebbe opportuno — con l'applicazione delle norme contenute nel primo e nel terzo titolo del secondo libro del codice di procedura civile;

— si esclude la nomina del difensore d'ufficio ai controinteressati rimasti contumaci, il che è particolarmente grave perché non tiene conto che in procedimenti di tale specie la parte che rimane contumace è quella più debole, perciò stesso più bisognosa di difesa d'ufficio;

— si attribuiscono al giudice poteri di ricerca della prova, in spregio del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice;

— si prevede che l'assunzione della prova possa, sia pur eccezionalmente, avvenire in assenza di contraddittorio;

— si attribuisce efficacia di prova alle sommarie informazioni e alle relazioni dei servizi sociali;

— si consente la secretazione degli «atti e documenti acquisiti al processo, non rilevanti ai fini della decisione»;

— si prevede l'attribuzione di poteri cautelari urgenti al presidente del tribunale, senza il rispetto dei termini e delle forme di cui all'art. 669 sexies, 2° comma, c.p.c.;

— si esclude la ricorribilità in Cassazione avverso il provvedimento reso in sede di reclamo ex art. 739 c.p.c.;

— non si attribuisce la qualità di parte al minore e ciò in contrasto con quanto era stato previsto dal 4° comma dell'art. 336 c.c. introdotto dalla l. 149/01;

— anziché adottare la collegialità piena (unico pregio della applicazione del rito camerale ex art. 737 ss. c.p.c.) si reintroduce una distinzione tra giudice singolo che provvede alla trattazione ed istruzione e collegio che provvede alla decisione, adottando in tal modo una soluzione di recente fortemente criticata proprio da uno dei relatori al presente convegno (Franco Cipriani).

(*) Relazione di sintesi svolta al convegno «Il giudice e la persona: famiglia, individui, relazioni», tenutosi a Cagliari nei giorni 11-13 settembre 2003 su iniziativa dell'Aiaf e dell'Anf.

Nella relazione sono sviluppati, spero con qualche approfondimento, temi da me già trattati in Foro it., 1998 V, 124 ss., *Questione giustizia*, 2000, 467 ss., e Foro it., 2002, I, 3305 ss. (ripubblicati oggi in appendice al volume *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 633 ss.).

Una prima versione delle idee svolte nel paragrafo 3.3 è stata da me ampiamente discussa con il dott. Luciano Trovato.