

QUALE GIUDICE NATURALE PER I FIGLI NATURALI? COMPETENZA SULL’AFFIDAMENTO ED IL MANTENIMENTO DEI FIGLI NATURALI (relazione al seminario AIAF del 7 giugno 2007 – Padova)

di Maria Grazia Domanico

L’ordinanza della Corte di Cassazione n. 8362 del 22.3.2007, depositata il 3.4.2007, che ha risolto il conflitto negativo di competenza tra il Tribunale Ordinario e il Tribunale per i Minorenni di Milano in relazione ai procedimenti relativi all’affidamento e al mantenimento dei figli di genitori non coniugati, conflitto determinatosi a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 54/06, pone alcuni seri interrogativi, soprattutto di natura processuale, in relazione alla interpretazione e applicazione della normativa da parte dei Tribunali per i Minorenni che, secondo l’indicazione della Corte, dovranno decidere anche le domande di natura economica - già di competenza del Tribunale Ordinario ai sensi dell’art. 148 c.c. - se proposte contestualmente alla domanda di affidamento dei figli.

Ritengo tuttavia che questa importante decisione della Suprema Corte, se letta anche alla luce dei principi generali dell’ordinamento e della legislazione sovra-nazionale nonché di altre sentenze della stessa Cassazione e della Corte Costituzionale, renda possibile l’adozione, da parte dei Tribunali per i minorenni, di soluzioni efficaci e soddisfacenti dal punto di vista processuale, in attesa di interventi legislativi che chiariscano i numerosi dubbi che stanno emergendo nella applicazione della legge da parte della giurisprudenza di merito.

Va anzitutto apprezzato il fatto che sia stato dalla Corte affermato, che con l’entrata in vigore della legge n. 54 non è vero che tutto resta come prima in relazione alla ripartizione delle competenze, come viceversa sostenuto oltre che dal Tribunale di Milano, da gran parte della giurisprudenza sia dei Tribunali per i minorenni che dei Tribunali Ordinari. La legge n. 54 ha comportato una innovazione rispetto alla precedente regola del riparto che attribuiva la cognizione delle controversie concernenti il contributo al mantenimento del figlio naturale al Tribunale Ordinario anche in caso di contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella relativa all’affidamento, cosa oggi non più consentita. Questa corretta interpretazione della legge, affermata oggi in modo chiaro e autorevole dalla Suprema Corte, pone una importante base dalla quale credo non si debba tornare indietro¹. Afferma la Corte: “...una volta che gli artt. 155 e seg. c.c.

¹ Critico nei confronti dell’ordinanza della Corte MARIO FINOCCHIARO che, in particolare, rileva: “*Pare contraddittorio affermare, da una parte, che le nuove norme non hanno inciso sulla competenza per materia in ordine ai provvedimenti relativi all’affidamento della prole e – contemporaneamente – dichiarare che per il futuro, diversamente che per il passato, il giudice minorile potrà, proprio in virtù della nuova normativa (in realtà assolutamente muta in punto competenza), adottare anche provvedimenti di contenuto patrimoniale, quanto al mantenimento del minore. In realtà l’ambigua disposizione del secondo comma dell’articolo 4 della nuova legge...poteva essere utilizzata dalla Suprema Corte come strumento per superare – una volta per tutte – in via di interpretazione l’anacronistica e del tutto irrazionale contrapposizione prevista dalla vigente legislazione tra giudice minorile e giudice ordinario in tema di affidamento in caso di “separazione dei genitori” devolvendo ogni controversia al tribunale ordinario*”. (in Guida al diritto, n. 15 14.4.2007 p. 38 e seg.). LUCIANO SPINA rileva che “*si presentano ora per la magistratura minorile alcuni problemi operativi che sarebbe opportuno affrontare in tempi rapidi, individuando delle modalità “condivise” tra i vari soggetti professionali (magistrati, avvocati, funzionari di cancelleria) per quanto riguarda l’adattamento dello strumento processuale del rito camerale ai riferimenti normativi della legge n. 54 del 2006, tenendo presente che esistono già nel nostro ordinamento altri procedimenti contenziosi che vengono trattati con tale rito (si veda ad esempio il procedimento ex articolo 710 del c.p.c.)*” - in Famiglia e minori n. 5 maggio 2007 pag. 13.

CARMELO PADALINO osserva che il richiamo, nell’ordinanza in esame, di norme processuali ritenute dalla Cassazione compatibili con il procedimento che si svolge davanti al tribunale per i minorenni “...presuppone, necessariamente, il rispetto del diritto di azione, del diritto di difesa e, soprattutto, della garanzia del contraddittorio tra le parti (in forma certamente non più rudimentale, ove si consideri, tra l’altro, la possibile condanna di uno dei genitori al risarcimento del danno). Ne deriva che, a seguito della novella del 2006, il processo civile minorile si

concorrono a plasmare... l'art. 317 bis c.c., quest'ultima disposizione si arricchisce di nuovi contenuti: non solo quindi... dei nuovi principi sulla bigenitorialità, sull'esercizio della potestà genitoriale e sull'affidamento, ma anche della regola di inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento. Il giudice specializzato... è chiamato, nell'interesse del figlio, ad esprimere una cognizione globale, estesa alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione, e, quindi investente i profili patrimoniali dell'affidamento".²

L'unità delle competenze, su affidamento e mantenimento, è soluzione che appare maggiormente orientata, afferma la Corte, alla realizzazione di principi espressi dalla Costituzione: "...il principio di eguaglianza... esige che i minori non ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati. ...Ritiene il Collegio che vi sarebbe un trattamento deteriore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela, in caso di crisi del rapporto di convivenza tra i suoi genitori naturali ricevesse dall'ordinamento una risposta frazionata, con la perdita di quella valutazione globale... che soltanto una cognizione estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell'affidamento può assicurare." Inoltre, prosegue la Corte, lo sdoppiamento di competenze comporterebbe un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo.

Acquista dunque particolare importanza, per le conseguenti opzioni interpretative in campo processuale, questo richiamo forte della Suprema Corte alla necessità di garantire parità di trattamento ai figli, siano essi nati da genitori coniugati o meno, nel rispetto del principio di eguaglianza, figli minori che oggi sono titolari di diritti propri e autonomi, sanciti finalmente dalla legge n. 54 nel rispetto delle indicazioni già fornite dalla normativa internazionale³.

Ma la Corte di Cassazione fornisce anche altre indicazioni che possono orientarci per una corretta e efficace interpretazione delle norme.

Le indicazioni di natura processuale possono così essere riassunte:

caratterizza in senso tipicamente contenzioso e, conseguentemente, i provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 317 bis del Cc dovranno ritenersi suscettibili di passare in giudicato (sebbene rebus sic stantibus) e, quindi, potranno essere impugnati mediante il ricorso straordinario per cassazione di cui all'articolo 111 della costituzione (stante la loro "sostanza" contenziosa.)". In Famiglia e minori n. 5 maggio 2007 pag. 26. Osservazioni, queste ultime, pienamente da condividere; il nodo da affrontare, peraltro, è se da ciò ne derivi o meno l'obbligo della difesa tecnica in tali tipi di procedimenti. Esplicita sul punto è invece MARIA GIOVANNA RUO che ritiene che: "dopo l'ordinanza della Cassazione e l'ampliamento della competenza dei tribunali per i minorenni nel 317 bis del CC anche a questioni patrimoniali - che ...sono considerate aventi ad oggetto diritti soggettivi - se prima non si riteneva necessaria la difesa tecnica, oggi non dovrebbe esservi più spazio per dubbi interpretativi: la stessa è da ritenersi necessaria, tanto più che la comminatoria è la nullità degli atti processuali. ...non credo che sia necessario attendere che entri finalmente in vigore l'art. 336 c.c. nel nuovo testo novellato dalla legge 149/2001- In Famiglia e minori n. 6 giugno 2007 p.10.

² Per quanto riguarda l'aspetto sostanziale, per cui il contenuto dell'art. 317 bis sarebbe stato "riplasmato" dalla L. n. 45/2006, c'è da dire che l'ordinanza in esame della Suprema Corte appare, sul punto, contraddittoria e non facilmente comprensibile. Infatti, facendo riferimento al rapporto tra l'art. 155 c.c. riformato e l'art. 317 bis ed evidenziando che tale ultima norma risulta essere stata arricchita di nuovi contenuti, afferma che "...la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione". Successivamente però la Suprema Corte precisa che "è da escludersi che l'art. 4 comma 2 della legge n. 54 del 2006... abbia abrogato la parte dell'art. 317 bis c.c. in cui si stabilisce che il giudice... può provvedere sull'affidamento in modo diverso rispetto ai criteri predeterminati dalla stessa norma..." Quindi precisa che "l'art. 317 bis c.c. resta il referente normativo della potestà e dell'affidamento nella filiazione naturale anche in caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali".

³ v. in particolare convenzione New York 20.11.1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176 e convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori stipulata a Strasburgo il 25.1.1996 ed entrata in vigore in Italia l'1.11.2003 (L. 20.3.2003 n. 77)

- 1) Nel caso di contestualità delle domande di affidamento del figlio e di natura economica (contributo al mantenimento e assegnazione della casa familiare) - e solo in tal caso - il Tribunale per i Minorenni dovrà provvedere in relazione a tutte le domande, e quindi anche in relazione a tutte le questioni economiche, per “*attrazione*” delle domande in capo allo stesso giudice specializzato e ciò in quanto, in caso contrario, vi sarebbe un trattamento deteriore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela ricevessero dall’ordinamento una risposta frazionata. Inoltre il principio del giusto processo, recepito con la modifica dell’articolo 111 della Costituzione, “...*impone all’interprete – precisa la Corte – una nuova sensibilità e un diverso approccio ermeneutico, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo nella realizzazione di detto obiettivo costituzionale.*”.

Dunque la legge n. 54 avrebbe operato un’innovazione anche dal punto di vista processuale facendo venir meno la regola del riparto delle competenze rispetto alla quale la Suprema Corte aveva in passato avuto anche modo di affermare che, trattandosi di competenze di natura funzionale, indicate dall’art. 38 disp. att. c.c., e pertanto inderogabili, non potevano trovare applicazione le norme sulla connessione (v. Cass. 20.4.1991 n. 4273, Cass. 8.3.2002 n. 3457 e Cass. 15.3.2002 n. 3898 citate nell’ordinanza in esame). In realtà più che un richiamo all’articolo 111 della Costituzione e al principio di eguaglianza, che quindi anche prima della legge n. 54 avrebbero potuto indurre la giurisprudenza a rivedere la rigida regola del riparto delle competenze, appare calzante il richiamo allo stesso art. 155 riformato che, in base alla semplice interpretazione letterale, rende interdipendenti e non più scindibili le decisioni relative all’affidamento, al mantenimento e all’assegnazione della casa. Intero contenuto del 155 c.c. che avrebbe “riplasmato”, come dice la Corte, l’art. 317 bis c.c. Mi sembra peraltro non possano esservi dubbi sul fatto che, in base ad una corretta interpretazione dell’ordinanza, permanga la competenza del Tribunale Ordinario ai sensi dell’art. 148 c.c. nel caso siano proposte dai genitori non coniugati esclusivamente domande di natura economica che non implicino peraltro una modificazione dello stato di fatto con riferimento alle condizioni di vita del figlio ed alle relazioni tra lo stesso e i genitori. Contrasterebbe, infatti, con il 2° comma dell’art. 38 disp. att. c.c., non espressamente abrogato, prevedere una competenza funzionale del tribunale per i minorenni in relazione alle sole domande di carattere economico.

- 2) La disciplina della separazione dei coniugi (art. 706 e seg. c.p.c.) non è applicabile alla cessazione della convivenza di fatto, come già ricordato dalla *Corte Costituzionale con sentenza n. 166 del 1998* (che ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità avente ad oggetto il combinato disposto degli artt. 151, 1° c. c.c. e 155 c.c. nella parte in cui non disciplina la crisi della convivenza di fatto con le stesse regole previste per la famiglia legittima, evidenziando che l’assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di politica legislativa ma non determina la violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 24 e 30 della Costituzione). Vi è da dire anche che le lacune della specialità di un rito (in questo caso quello che si svolge avanti ai tribunali per i minorenni ex artt. 336 c.c. - 737 c.p.c.) non possono essere colmate con un richiamo ad altro rito speciale, bensì con il riferimento alle norme del processo ordinario di cognizione “in quanto compatibili”. (cfr. Cass. N. 15100 del 16.7.2005)
- 3) Il Tribunale per i Minorenni è un tribunale specializzato, che opera con il rito camerale, rito che appare peraltro compatibile con l’applicazione di talune norme processuali introdotte con la L. 54.

- 4) In particolare potranno essere utilizzati dal Tribunale per i Minorenni i poteri istruttori del giudice della separazione, compreso quello di disporre accertamenti tramite la Polizia Tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi; sui poteri di ascolto del minore; con il consenso delle parti si potrà rinviare o sospendere il procedimento – non strutturato in calendari di udienze fisse - per consentire un percorso di mediazione.
- 5) E' applicabile da parte del Tribunale per i Minorenni l'art. 709 ter c.p.c. in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. Il giudice minorile pertanto potrà non solo ammonire il genitore inadempiente o infliggere una sanzione a suo carico, ma anche disporre il risarcimento del danno in favore del genitore danneggiato dal comportamento dell'altro o disporre analogo risarcimento in favore dello stesso minore. Mentre ritengo che non si pongano problemi processuali, per il tribunale per i minorenni, con riferimento all'ammonimento e anche alla sanzione amministrativa – che, per sua natura, costituisce titolo esecutivo – diversamente problemi si porrebbero con riferimento alla possibilità di ottenere il risarcimento dei danni e alla possibilità di far valere in sede esecutiva tale titolo (a prescindere dal problema delle modalità di accertamento del danno che, se ritenuto esclusivamente quale ristoro per violazione di diritti fondamentali, come credo, potrebbe essere liquidato in via equitativa senza particolare attività istruttoria).
- 6) Non sono applicabili le disposizioni dell'art. 708, 4° comma c.p.c. introdotte dall'art. 2 c. 1° della legge n. 54 sulla reclamabilità della ordinanza presidenziale, che presuppongono che una ordinanza presidenziale vi sia e che quindi il processo si sia svolto nelle forme di cui agli artt. 706 e seg. c.c.⁴ Sul punto è bene ricordare che il tribunale per i minorenni non ha la figura del giudice istruttore e che qualsiasi provvedimento, anche di natura istruttoria, deve necessariamente essere assunto collegialmente.⁵

⁴ In proposito LUCIANO SPINA, nel commentare l'ordinanza della Corte di Cassazione, sostiene che ora la magistratura minorile dovrà affrontare alcuni problemi operativi adattando lo strumento processuale del rito camerale ai riferimenti normativi della L. 54. In particolare per i procedimenti ex art. 317 bis c.c. potrebbero individuarsi due fasi processuali, sul modello del procedimento di separazione personale, *“la fase provvisoria dinnanzi al presidente del Tribunale, a istruttoria sommaria, e la fase avanti al giudice relatore, a istruzione ordinaria. Durante la fase sommaria, dopo l'audizione degli interessati da parte del Presidente del Tribunale, svolti gli accertamenti indispensabili... a istanza di parte o d'ufficio ex art. 155 sexies c.c.(tra cui potrebbe rientrare anche la richiesta di informazioni ai servizi sociali) e disposta l'audizione del minore ultra dodicenne, il collegio emetterà i provvedimenti temporanei e urgenti relativi all'affidamento dei figli, al loro mantenimento e all'assegnazione della casa familiare, secondo la previsione di cui all'art. 336 comma 3 c.c. e, contestualmente, fisserà il prosieguo dell'istruttoria dinnanzi a un giudice relatore (tali provvedimenti provvisori non potranno essere monocratici in quanto non consentiti nei procedimenti di potestà e risulteranno certamente reclamabili dinnanzi alla Corte di Appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c.). esaurita la fase ordinaria dinnanzi al giudice relatore... il tribunale .. emanerà i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, al loro mantenimento e all'assegnazione della casa familiare ai sensi degli artt. 155 e seg. c.c. e 317 bis c.c. in via definitiva.”* (v. in Guida al diritto – famiglia e minori - maggio 2007 n. 5 pag. 13 e seg.). Per MARIA GIOVANNA RUO provvedimenti provvisori non potrebbero essere assunti dal Presidente in quanto *“...la pur stringata dizione dell'art. 737 del cpc, nel disciplinare il procedimento camerale, non lascia spazio alla possibilità di provvedimenti presidenziali.. e d'altronde i provvedimenti di urgenza provvisori ex art. 710 del Cpc sono assunti dal Collegio così come quelli dell'art. 336 del Cc in materia de protestate”* – op cit. p. 10.

⁵ Sul punto v. Cass S.U. sentenza n. 5629/1996 che ha affermato che il principio generale secondo cui un giudice può essere delegato dal collegio alla raccolta di elementi probatori da sottoporre, successivamente, alla piena valutazione dell'organo collegiale, in difetto di esplicite norme contrarie, trova applicazione anche nell'ipotesi di procedimento camerale applicato a diritti soggettivi quale quello per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale di minori per quelle ragioni di celerità e sommarietà delle indagini, cui tale particolare tipo di procedimento è ispirato, tenuto anche conto del fatto che la delega comunque non concerne l'ammissione delle prove, demandata al giudice collegiale il quale soltanto può valutarne l'ammissibilità e la rilevanza, bensì la loro mera assunzione attribuita dallo stesso collegio a uno dei suoi componenti. Tale sentenza delle sezioni unite viene ripresa anche da Cassazione n. 15100 del 16 luglio 2005 che afferma: *“il principio affermato dalle sezioni unite della corte di cassazione merita di essere condiviso, va osservato ...che il giudizio di dichiarazione della filiazione naturale ...è soggetto al rito camerale...sicché*

- 7) La Suprema Corte fa infine un significativo richiamo all'art. 277, 2° comma c.c. , anche se solo per dire che il giudice minorile, nei procedimenti di dichiarazione di paternità e maternità naturale, può dare i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione, e l'educazione del figlio e per la tutela degli interessi patrimoniali di lui. *“E proprio in forza di tale disposizione – si legge nell’ordinanza – questa Corte da sempre individua nel tribunale per i minorenni... l’organo giurisdizionale investito del potere di emettere altresì i provvedimenti opportuni per il mantenimento, l’istruzione e l’educazione dei minori stessi e per la tutela dei loro interessi patrimoniali quali misure consequenziali (“effetti della sentenza” secondo la rubrica dell’articolo 277 c.c.) alla pronuncia dichiarativa del rapporto di filiazione, perfino quando essi riguardino il tempo anteriore alla sentenza, come nell’ipotesi di rimborso pro quota delle spese di mantenimento in favore del genitore che le abbia sostenute per intero...E si tratta di soluzione interpretativamente da preferire, perché maggiormente orientata alla realizzazione di principi espressi dalla Costituzione. ...La giurisprudenza costituzionale invita l’interprete a considerare “il matrimonio non...più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli – legittimi e naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri”:...la condizione giuridica dei genitori tra loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell’insieme di regole, che costituiscono l’essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell’articolo 30 della costituzione che richiama i genitori all’obbligo di responsabilità” (Corte Cost. sentenza n. 166 del 1998).*

Dunque, come già detto, la Corte di Cassazione richiama più volte la necessità che sia rispettato il principio di eguaglianza e di parità di trattamento dei figli, a prescindere dalla natura del vincolo che ha legato i genitori in conflitto tra loro.

Tali principi richiamati dalla Corte esigono, allora, anche parità di trattamento con riferimento alla effettività della tutela, poiché, in caso contrario, sarebbe un richiamo solo formale e sterile, ove cioè i diritti fatti valere non avessero la effettiva possibilità di essere efficacemente azionati, con la previsione quindi dell'obbligo della difesa tecnica, per poter essere poi riconosciuti nell'ambito di un procedimento che segua un percorso prestabilito, ove le regole poste servano non solo a garantire il confronto tra diritti ed interessi contrapposti e la piena conoscenza di essi da parte di un giudice imparziale, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio – di fatto oggi già garantito anche nel procedimento camerale - ma consentano anche di fornire al giudice elementi di valutazione che abbiano poi valore probatorio pieno: essenzialmente, quindi, possibilità di ammettere prove testimoniali, disporre consulenza tecnica di ufficio, disporre ordini di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c., come già accade per i procedimenti ai sensi degli articoli 250 e 269 cod. civ. che si svolgono avanti al tribunale per i minorenni. A queste condizioni sarà poi più agevole riconoscere la natura di titolo esecutivo al provvedimento finale, quand'anche mantenga la forma del decreto, in mancanza di una espressa previsione legislativa che indichi la forma della sentenza.⁶

la natura contenziosa del procedimento comporta una sostanziale equiparazione delle indagini istruttorie a quelle proprie degli ordinari giudizi di cognizione. In altri termini, va rilevato che il processo ordinario di cognizione costituisce il paradigma procedimentale del nostro ordinamento per cui, salvo diversa disposizione di legge, il rito da seguire è quello ordinario da cui è possibile distaccarsi solo in caso di previsione espressa e che nei procedimenti speciali vige da sempre il principio per il quale essi si differenziano da quello ordinario solo nei limiti espressamente previsti dalla legge. ...le lacune dei procedimenti speciali vanno colmate con le norme dettate per il procedimento ordinario...e non possono essere colmate col ricorso alla disciplina di un altro procedimento speciale.”

⁶ E' questione non da poco quella della natura di titolo esecutivo o meno dei decreti, provvisori o definitivi, emessi dal tribunale per i minorenni, questione infatti posta particolarmente in luce nei diversi provvedimenti del TM di Milano che, dopo l'entrata in vigore della legge 54/06, ha declinato la propria competenza in favore della competenza del tribunale ordinario. Questione posta bene in luce da MARIA GIOVANNA RUO (pag. 11-12 op. cit.) che conclude

Si tratta infatti di procedimenti aventi certamente natura contenziosa nonché identico contenuto rispetto ai procedimenti di separazione che si svolgono davanti al tribunale ordinario (a parte la necessità, in quella sede, di sciogliere il vincolo di coniugio). Certamente il rito camerale è compatibile con l'esercizio dei diritti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli in caso di separazione dei genitori, a condizione però che non si faccia riferimento puramente e semplicemente agli artt. 336 c.c. e 737 e seg. c.p.c.⁷ - pena la violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa, che si riproporrebbe alla Corte Costituzionale in modo nuovo, ora che devono essere affrontate anche le conseguenti statuizioni di carattere economico - ma si adatti il rito camerale alla particolare natura delle controversie in questione e al tipo di domande che vengono proposte in giudizio, dal momento che il rito camerale, come ha evidenziato la stessa Corte di Cassazione, Sezioni Unite, non è altro che un "contenitore neutro, nel quale possono svolgersi non soltanto questioni *inter volentes*, ma vere e proprie controversie su diritti o status" (Cass SU n. 5629/1996) -

Certo la questione è delicata e non sembra che vi sia, allo stato, un orientamento in tal senso da parte dei giudici minorili né la necessità dell'obbligo della difesa tecnica sembra sia stato affermato dai primi commentatori alla ordinanza della Corte né, per la verità, in precedenza⁸. Colpisce inoltre il silenzio della Suprema Corte sul punto, nonostante questa tematica sia stata più volte affrontata dalla stessa Cassazione che, oltre ad avere sempre più puntualizzato che con il rito della volontaria giurisdizione, o meglio, nei procedimenti camerali vengono trattate le più diverse materie, con la conseguenza che è la particolare duttilità e snellezza del rito ad adattarsi alla diversa natura delle controversie, è arrivata da ultimo a sostenere, con una importante sentenza (la n. 6926 del 10.10.2006) la necessità della difesa tecnica nei procedimenti per la nomina dell'amministratore di sostegno in ogni caso in cui il provvedimento da emettere incida in maniera diretta sui diritti inviolabili della persona.

Questo, dunque, il nodo fondamentale che questa ordinanza della Corte non scioglie espressamente ma che può, a mio parere, essere sciolto dai Tribunali per i Minorenni attraverso una interpretazione sistematica delle norme nazionali e sovra-nazionali, nel rispetto dei principi richiamati dalla Suprema Corte e delle indicazioni dalla stessa fornite nell'ordinanza in esame.

Ritengo quindi che oggi si possa affermare, senza che questa sia una interpretazione arbitraria o non consentita dalla natura degli interventi del giudice minorile, la necessità di introdurre l'obbligo della difesa tecnica per tali procedimenti, per un pieno e sostanziale rispetto del principio di parità di trattamento e di eguaglianza. Né appare argomentazione convincente, per sostenere la impossibilità di prevedere la difesa tecnica obbligatoria, il fatto che la previsione legislativa di cui all'art. 37 comma 3 della legge 149/2001 non sia ancora divenuta operativa, essendo di anno in anno rinviata

affermando la necessaria natura di titolo esecutivo dei provvedimenti sia provvisori che definitivi che il tribunale per i minorenni dovrà d'ora in poi emettere dopo l'ordinanza della Corte di Cassazione, opinione pienamente condivisibile.

⁷ Lucidamente MARIA GIOVANNA RUO evidenzia che l'applicabilità ai procedimenti ex art. 317 bis c.c. delle disposizioni di carattere processuale di cui all'art. 336 c.c. suscita perplessità "...perché la legittimazione attiva è prevista dalla stessa in capo non solo ai genitori ma anche al pubblico ministero e ai parenti.. e non appare né auspicabile né opportuno che ciò si applichi ai procedimenti separativi della coppia genitoriale".

⁸ ELISA CECCARELLI ritiene che, in mancanza di una norma ad hoc, non sarebbe possibile, da parte del tribunale per i minorenni, imporre la difesa tecnica in tali tipi di procedimenti; l'assistenza di un difensore sarebbe però "opportuna" e "coerente" con l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'intero sistema, integrata con la legge 149/2001 significativa, per quanto ancora non efficace, della volontà del legislatore di garantire alle parti una difesa anche tecnica delle controversie minorili; sostiene quindi che, quantomeno, nel decreto di fissazione di udienza potrebbe essere richiamata espressamente la facoltà, del ricorrente e del resistente, di munirsi di un difensore, con l'indicazione di poter ricorrere, sussistendone i presupposti, al patrocinio a spese dello Stato (cfr la competenza del tribunale per i minorenni per i provvedimenti personali e patrimoniali nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati, pubblicato on line www.minoriefamiglia.it)

l'entrata in vigore della legge⁹. Infatti l'attuale quadro normativo non impedisce che sia adottata tale soluzione.

Il terzo comma dell'art. 82 c.p.c., che va considerata norma di carattere generale, prevede l'obbligo di stare in giudizio con il difensore *salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti*. L'art. 737 c.p.c., che si intitola forma della domanda e del procedimento (nei procedimenti in camera di consiglio, come titola il Capo VI) appare neutro, giacchè prevede che i provvedimenti che debbono essere pronunciati in camera di consiglio *si chiedono con ricorso al giudice competente e hanno forma di decreto motivato*. Vero è che l'art. 336 c.c. prevede espressamente che *i provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato*. Gli articoli precedenti sono quelli de titolo IX relativo alla potestà dei genitori, e quindi anche l'art. 317 bis. Peraltro, a prescindere dalla considerazione che dalla dizione di tale norma appare forzato farne derivare che avanti al tribunale per i minorenni non potrebbe mai essere prevista la difesa tecnica obbligatoria (la norma non dice che il ricorso non può essere presentato *personalmente* dalla parte) si osserva comunque che l'art. 317 bis è stato riformulato per effetto dell'art. 4 della legge n. 54/2006 che innesta nella norma applicata dal tribunale per i minorenni l'art. 155 c.c. che riguarda i provvedimenti relativi ai figli in cause di scioglimento del matrimonio e separazione dei coniugi (capo V del titolo VI relativo al matrimonio) che si svolgono con la difesa tecnica obbligatoria. Non può trascurarsi poi che l'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte ha con sempre maggiore attenzione valutato diverse fattispecie trattate in procedimenti camerale per arrivare ad affermare l'obbligo della difesa tecnica di cui all'art. 82 c.p.c. ogniquale volta la natura contenziosa del procedimento e gli interessi e diritti in gioco esigano, per la realizzazione del diritto inviolabile di difesa, non solo il rispetto del principio del contraddittorio ma anche la effettiva assistenza legale nel processo¹⁰.

Del resto la difesa tecnica obbligatoria viene già da tempo richiesta nei procedimenti camerale contenziosi ai sensi dell'art. 250 e 269 c.c. che si svolgono avanti al Tribunale per i Minorenni di Milano¹¹. Né può essere la diversa natura del provvedimento, in quei casi sentenza, a far derivare,

⁹ Sul punto LUCIANO SPINA ritiene che "...l'immissione nel rito camerale di una materia a carattere contenzioso quale è quella relativa alle decisioni sul contributo per il mantenimento del figlio minore e dell'assegnazione della casa familiare, presenta problemi di tutela anche dei diritti soggettivi patrimoniali dei genitori del minore e richiederebbe, secondo i principi generali che regolano i procedimenti contenziosi, la presenza obbligatoria della difesa tecnica. Tale obbligo di difesa non è però ancora divenuto operativo nonostante la previsione di cui all'articolo 37, terzo comma della legge 149/2001... Per tentare di ovviare a tale inconveniente, credo sarebbe opportuno che i giudici minorili nei procedimenti in cui vi è conflitto tra i genitori procedano a invitare le parti che ne siano prive a munirsi dell'assistenza di un difensore, informandoli già nelle prime fasi della causa della possibilità di beneficiare del patrocinio spese dello Stato, sempre che ne sussistano le condizioni"(op.cit.. pag. 14)

¹⁰ Per una puntuale e approfondita disamina del problema del patrocinio legale nei procedimenti di volontaria giurisdizione v. relazione MARIA ROSARIA SAN GIORGIO *Il ruolo della difesa tecnica nell'interdizione e nell'amministrazione di sostegno* all'incontro di studi CSM 4-6- aprile 2007 su l'amministratore di sostegno. L'autrice, in particolare, efficacemente evidenzia che "Nuove, pressanti istanze di tutela del diritto di difesa, quale garanzia del contraddittorio e di assistenza tecnico professionale, assicurata nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad una effettiva dialettica processuale, in condizioni di parità e davanti a un giudice terzo e imparziale, si correlano, per un verso, ai principi del giusto processo, costituzionalizzati attraverso la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. ad opera dell'art. 1 legge cost. 23.11.1999 n. 2; per l'altro, ai vincoli della giurisdizione nazionale nei confronti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Di tali istanze va fatto carico anche ai giudici, i quali, nella loro funzione di interpretazione della norma processuale, sono costantemente chiamati ad uno sforzo esegetico che produca il risultato di una lettura costituzionalmente orientata." (pag. 2-3 op.cit)

¹¹ I procedimenti ai sensi degli artt. 317 bis 155 c.c. dovrebbero quindi essere strutturati esattamente come già accade per i procedimenti ex artt. 250 e 269 c.c.: predisposizione di calendario a udienze fisse collegiali; dopo il deposito del ricorso instaurazione del contraddittorio con termine per deposito di atto di replica e fissazione udienza avanti al collegio con anche comparizione personale delle parti; in tale udienza si dovrebbero subito valutare possibilità di accordo tra le parti e questioni giuridiche; se necessario ulteriore termine alle parti per deposito di memorie istruttorie, sempre con rinvio a udienze fisse collegiali; possibilità di emettere provvedimenti provvisori da parte del collegio,

solo per quei procedimenti, l'obbligo della difesa tecnica, giacchè il tribunale per i minorenni pronunzia sentenze anche in procedimenti che possono essere proposti dalle parti personalmente, quali le adozioni speciali previste dalla L. 184/83 come riformata dalla L. 149/2001.

Solo l'obbligo della difesa tecnica anche nei procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli di genitori non coniugati potrà, da un lato, consentire l'applicazione delle norme del processo di cognizione *in quanto compatibili* con il procedimento camerale e, dall'altro, rendere effettiva la tutela e realizzare quella piena parità di trattamento tra i figli minori, portatori di identici diritti siano essi figli naturali o legittimi – distinzione, tra l'altro, che un disegno di legge varato dal Governo il 16 marzo u.s. mira ad eliminare, prevedendo un unico stato giuridico di filiazione – nel pieno rispetto dei principi richiamati dalla Suprema Corte.

anche di carattere istruttorio, e rimessione al giudice togato per la assunzione delle prove (o anche al giudice onorario esperto, che dovrà essere prescelto possibilmente tra coloro con esperienza nel settore, anche di mediazione, ma esclusivamente per sentire le parti personalmente e verificare possibilità di accordi); quindi decreto definitivo del collegio, eventualmente, se necessario, dopo termine alle parti per memorie conclusive, decreto che potrà costituire titolo esecutivo.