



*22° Convegno dell'Associazione Italiana  
dei Magistrati per i Minorenni e la Famiglia*

*GENITORI, FIGLI E GIUSTIZIA:  
AUTONOMIA DELLA FAMIGLIA E PUBBLICO INTERESSE  
(Parma, 13-15 novembre 2003)*

**“Il processo minorile: garanzie per i diritti dei minori e degli adulti”**

*Angelo Vaccaro*

Quando si parla di processo minorile il riferimento è alle norme, civili o penali, che regolano i procedimenti che si svolgono davanti al tribunale per i minorenni.

Ed è di questo che io devo parlare, con riferimento specifico alle norme procedurali civili.

Mi chiedo però se sia ancora il caso di perpetuare la distinzione tra i vari procedimenti, dovuta in alcuni casi a ragioni storiche che con l'andare del tempo hanno perduto la loro giustificazione, in altri alla pessima abitudine di legiferare per settori senza una visione organica d'insieme della materia minorile e familiare; in effetti, continuare a sostenere, con le parole o con i fatti, l'opinione che la struttura del rito debba, necessariamente, essere diversa secondo che il procedimento si svolga davanti al tribunale per i minorenni o al tribunale ordinario, significa continuare a pensare che le garanzie che occorre fornire ai minorenni ed agli adulti debbano essere, anche solo in parte, differenti, non in base ad una reale difformità della situazione di fatto, delle condizioni familiari e della materia del contendere, bensì solo sul fondamento della diversità dell'organo chiamato a decidere, significa, in buona sostanza, continuare a ragionare sulla base di sovrastrutture ideologiche risalenti nel tempo; inoltre si continua a mantenere la diversità procedurale tra settori che rientrano nella competenza dello stesso organo giurisdizionale, e mi riferisco alla potestà genitoriale, all'adottabilità ed all'adozione nazionale e internazionale, perpetuando una confusione che non ha alcuna giustificazione e non offre il sia pur minimo vantaggio.

Sono note le recenti vicende parlamentari che hanno portato alla bocciatura, alla Camera dei deputati, del progetto di legge, di iniziativa ministeriale, di soppressione dei tribunali per i minorenni e di creazione di sezioni specializzate del tribunale ordinario, progetto che aveva l'unico, indubbio, merito di proporre l'unificazione delle competenze in materia familiare.

Non so dire cosa avverrà in futuro, mi auguro che il discorso venga ripreso con maggiore serietà e correttezza giuridica, non con fini prevalentemente persecutori, e me lo auguro in quanto, prescindendo dai profili ordinamentali, io non credo si possa dubitare della necessità di unificare la competenze in materia minorile e familiare; la spinta in tal senso è molto forte perché è da tempo nell'ordine naturale delle cose e questa finalità va perseguita con forza.

Nello stesso tempo però mi chiedo come sia possibile continuare a proporre l'unificazione delle competenze in un unico organo di giustizia, senza interessarsi delle norme procedurali, senza proporre anche un unico procedimento che valga ad evitare che il giudice in persona del quale si unificano le competenze debba applicare norme procedurali nettamente diverse e non coordinate tra loro.

Ed io ritengo che sia possibile e nemmeno tanto difficile strutturare un unico procedimento in materia di famiglia, tenendo presente la diversità tra le ipotesi che attengono ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni dalle altre. E quindi prevedendo le particolarità interne in alcuni casi indispensabili.

In ogni caso, quali che siano le difficoltà reali o supposte che si possono prospettare, è indubitabile che i principi della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata del processo, le garanzie della difesa e le esigenze del contraddittorio, anche in seguito alla nuova formulazione dell'art. 111 Cost., pongono ineludibilmente il problema di adeguare il procedimento al fine di rendere in esso effettivamente applicati i detti principi e, al tempo stesso, eliminare le prassi diffuse e, di fatto, molto diversificate, e portare ad unità situazioni sostanzialmente eguali, in

un sistema processuale unitario e coerente, pur con le necessarie specificazioni e diversificazioni, che, nel quadro del giusto processo, tenga altresì conto della particolare natura degli interessi in gioco.

In data 19 settembre 2003 è stato presentato alla Camera dei Deputati un disegno di legge, di iniziativa ministeriale, atto n. 4294C, tendente a disciplinare nei procedimenti minorili il nuovo istituto della difesa di ufficio in sede civile introdotto dalla legge n. 149/2001.

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

Innanzitutto occorre tenere presenti i principi costituzionali.

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

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

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

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

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

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

Quanto detto spiega perché nella materia minorile e familiare in tutti i casi in cui si tratti di decidere in ordine ai diritti ed alla condizione personale del minore il procedimento è sottratto alla disponibilità delle parti; ciò vale, in base alla legislazione vigente, non solo in materia di potestà dei genitori, di affidamento familiare e di adozione, ma anche in materia di separazione e divorzio in quanto il

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

Quanto detto spiega perché al giudice nei detti casi sono riconosciuti particolari poteri: il potere di impulso d'ufficio, il potere di decidere indipendentemente dalle richieste delle parti, il potere non solo di ammettere le prove ma anche di ricercare le fonti di prova.

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

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

E "l'armonica tutela di diversi e fondamentali interessi" si ottiene, nell'ipotesi in esame, mantenendo ferme la struttura e le caratteristiche particolari del procedimento in camera di consiglio, che qualificano il rito minorile, così da assicurare un corretto coordinamento dei diversi principi costituzionali,

Le caratteristiche peculiari della materia in esame rendono con ogni evidenza inapplicabile il modello del procedimento contenzioso ordinario retto dal principio

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

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

superiore dello Stato; se ben si guarda è facile rilevare che genitori e figli non sono contitolari di uno stesso diritto, ad esempio quello all'educazione, perché al diritto del figlio corrisponde il potere-dovere dei genitori ai quali è attribuito un ufficio di diritto privato, una funzione che si differenzia dal comune diritto soggettivo unicamente per l'alienità dell'interesse per la tutela del quale la funzione stessa è conferita; si tratta di posizioni giuridiche soggettive distinte ma non necessariamente contrapposte, conflittuali.

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

Ed io ritengo che sia giunto il momento di smetterla di ritenere che nei procedimenti di cui si tratta il giudice si limiti alla mera gestione di un interesse per cui si tratterebbe di procedimenti che non hanno ad oggetto un diritto soggettivo; sono convinto che la trascuratezza, la violazione dei doveri inerenti alla potestà o

l'abuso dei poteri conferiti per l'adempimento dei primi determinano sempre una lesione dei diritti del minore, diritti che l'ordinamento riconosce e tutela in persona dell'individuo in quanto soggetto che ha capacità giuridica indipendentemente dalla minore età e quindi dalla soggezione alla potestà: il padre che abusa sessualmente della figlia lede il suo diritto alla libertà sessuale, il suo diritto all'educazione ed il suo diritto all'assistenza, per i rilevanti effetti negativi che l'abuso sessuale, soprattutto se colpevole è il genitore, determina impedendo l'acquisizione di una corretta identità psicologica, di una corretta identità sessuale e di una valida capacità di entrare in relazione con l'altro sesso; il genitore che impedisce al figlio la frequenza scolastica, per ragioni non contingenti e temporanee o comunque non corrispondenti all'interesse del figlio, lede il suo diritto allo studio, diritto allo studio che è leso anche se si costringe il figlio a frequentare un corso di studi assolutamente non corrispondente alle sue inclinazioni ed alle sue capacità (art. 147 cod. civ.); il genitore che offende il figlio senza un valido motivo e magari alla presenza di estranei, lede il suo diritto alla integrità morale; il genitore che percuote o cagiona lesioni al figlio lede il suo diritto all'integrità fisica; il genitore che maltratta il figlio, con comportamenti attivi od omissivi sul piano fisico o psichico, lede più diritti del figlio ma soprattutto il suo diritto all'educazione in quanto impedisce l'acquisizione di una corretta identità personale e sociale (è frequente il verificarsi del fenomeno della coazione a ripetere per cui il bambino maltrattato di oggi diventerà il genitore maltrattante di domani); il genitore che omette di far curare il figlio, ovvero impedisce che venga sottoposto a cure mediche o ad interventi chirurgici o alle



vaccinazioni obbligatorie, lede il suo diritto alla salute; il genitore che omette di interessarsi del figlio lede il suo diritto ad una assistenza qualificata nell'ambito della famiglia; il genitore che pone in essere comportamenti altamente diseducativi lede il diritto del figlio di essere educato nell'ambito della famiglia di origine; si tratta di esempi derivati dalla pratica di tutti i giorni, la quale insegna che nelle ipotesi di intervento sulla potestà il pregiudizio per il figlio consiste sempre in una lesione o in una probabilità di lesione di un suo diritto.

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

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

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

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

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

Passando a valutare il progetto di legge sopra menzionato (atto 4294C) non direi che esso soddisfi le esigenze esistenti in rapporto alle premesse di cui sopra.

Un primo rilievo critico di carattere generale è relativo al fatto che ancora una volta si tende a legiferare con riferimento ad un limitato settore senza alcuna visione d'insieme per cui se questo progetto venisse approvato si tratterebbe di un'ulteriore occasione perduta.

Altra critica, anche essa non relativa a specifiche disposizioni, attiene alle carenze che esistono nel disegno di legge; indico quelle più macroscopiche che appaiono evidenti ad una prima sommaria lettura: 1) è noto che il procedimento relativo alle ipotesi previste dagli artt. 330 e segg. cod. civ. trova la sua disciplina innanzi tutto nell'art. 336 cod. civ., che è norma di carattere processuale specializzante rispetto alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, e poi negli artt. 737 e segg. cod. proc. civ., i quali appunto perché contengono disposizioni comuni, ossia di carattere generale, cedono di fronte alle norme specifiche che prevedono una disciplina parzialmente diversa; queste norme non furono raccordate tra loro all'epoca in cui furono emanate e la proposta di legge continua a non farlo, ignorando completamente la distinzione tra procedimenti unilaterali e procedimenti bilaterali o plurilaterali; 2) la proposta non contiene alcun accenno ad una disciplina della competenza territoriale che resta affidata all'interpretazione, per sua natura mutevole nel tempo anche quando in un momento dato la giurisprudenza appare consolidata; personalmente ritengo che per i procedimenti sostanzialmente attinenti ai diritti ed alla condizione personale dei minorenni debba essere previsto lo stesso criterio dettato per la dichiarazione dello stato di adottabilità: determinazione della competenza territoriale con riferimento al luogo in cui vive il minore perché, data la

preminenza del suo interesse, è necessaria la maggiore possibile prossimità, perché solo questa consente veramente al giudice di ascoltare il minore, anche più volte, di dialogare con i servizi che lo assistono, di avere una conoscenza diretta della situazione e delle condizioni del minore; comunque quel che più conta è che il legislatore si decida a dettare un criterio chiaro ed uniforme di determinazione della competenza territoriale; 3) non v'è alcun accenno alle modalità di esecuzione dei provvedimenti che concernono minori, per cui ancora una volta tutto resta affidato all'interpretazione ed alla buona volontà del giudice; è ovvio che non basta al fine (art. 4 della proposta che introduce un articolo 337-sexies) avere spostato la vigilanza sull'osservanza delle condizioni stabilite per l'esercizio della potestà dal giudice tutelare, come attualmente, al giudice di primo grado che ha pronunciato (quale giudice? Il collegio o uno dei suoi componenti?); è evidente infatti che a stretto rigore la vigilanza non comporta il potere di dettare modalità esecutive; 4) i provvedimenti che vengono pronunciati nei procedimenti attinenti alla potestà dei genitori, come quelli in materia di separazione o divorzio sono per loro natura provvedimenti sottoposti alla clausola rebus sic stantibus, sono cioè provvedimenti ad incontrovertibilità ridotta, in quanto il mutare, in successione di tempo, della situazione di fatto può renderne necessaria la revoca o la modifica, per cui occorre una disciplina specifica, soprattutto in ordine alla natura, ai limiti ed ai motivi della revoca, ma nella proposta di legge non v'è alcun accenno in proposito; 5) non basta prevedere il ricorso di parte, stabilire chi sono i legittimati attivi e passivi, parlare della prima udienza di trattazione, prevedere la possibilità di provvedimenti

temporanei in corso di causa, stabilire che si può ricorrere in appello, è necessario disciplinare nei dettagli il procedimento altrimenti esso rimarrà pur sempre un misto di rito camerale e di rito contenzioso.

Anche l'esame delle singole disposizioni della proposta va condotto con riferimento alle ipotesi più rilevanti, non essendo possibile, in questa sede, un esame più approfondito e tanto meno la prospettazione di modifiche dell'articolato.

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

La dizione è generica e nella relazione si chiarisce che questa genericità è voluta essendosi inteso assicurare la difesa delle parti private in tutte le ipotesi previste dalla detta legge; io non ho niente da obiettare in teoria; rilevo però: 1) che sarebbe necessario un approfondimento, e quindi una maggiore chiarezza, soprattutto a livello delle conseguenze pratiche: ad esempio, la scelta della coppia cui affidare in preadozione un minore dichiarato definitivamente in stato di adottabilità è rimessa al tribunale e ci si deve chiedere in quale momento si colloca la necessaria assistenza di

un difensore; al momento della scelta? ma ciò è impensabile in quanto tutte le coppie che hanno proposto istanza di adozione e sono molte, dovrebbero essere assistite, dovrebbero pagare gli onorari, ed i tempi per l'affidamento preadottivo si allungherebbero a dismisura; nel momento successivo alla scelta della coppia cui affidare il minore? però in questa fase i problemi giuridici che potrebbero giustificare l'assistenza di un difensore tecnico sono minimi, se non inesistenti, essendo la decisione fondata su criteri extragiuridici e trattandosi di un procedimento unilaterale;

2) la norma andrebbe quanto meno coordinata con quelle in materia di adozione internazionale, perché non sembra possibile prevedere la presenza di un difensore per l'adozione nazionale ed escluderla per quella internazionale; la diversità tra le due ipotesi non è tale da giustificare una così marcata diversificazione.

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

In entrambi i casi esiste nella proposta, così come nella legge n. 149/01, una lacuna: il minore è, secondo me, parte non solo in senso sostanziale ma anche in senso formale, in quanto il riconoscimento della sua qualità di parte processuale costituisce

“funzione” essenziale di una tutela reale in sede di giurisdizione; però il minore è soggetto incapace di agire ed in conseguenza deve essergli nominato un curatore speciale che lo rappresenti nel processo, e solo nel processo, anche perché il difensore non può, in sede civile, assistere e tanto meno rappresentare una parte processualmente inesistente; il difensore, che non può certo agire in proprio, a livello tecnico giuridico, si troverebbe, formalmente, sospeso in una specie di limbo, non esistendo una parte che egli possa rappresentare o assistere.

Io sono anche dell’opinione che, data la particolarissima rilevanza e delicatezza degli interessi, nei procedimenti attinenti ai diritti ed alla condizione personale dei minori, le parti devono stare in giudizio personalmente con la necessaria assistenza di un difensore, non ritengo opportuno cioè che il difensore rappresenti la parte; dico questo per rilevare che la distinzione tra assistenza e rappresentanza può avere notevoli riflessi pratici: se la parte è irreperibile, se si disinteressa totalmente, se si rifiuta di comparire, se non intende costituirsi in giudizio, il difensore di ufficio può e deve svolgere il suo compito? la nomina di ufficio comporta automaticamente la rappresentanza da parte del difensore in caso di inattività del soggetto privato?

La verità è che la difesa di ufficio in sede civile è una novità assoluta per cui andrebbero chiariti la figura ed il ruolo del difensore di ufficio, prevedendo e disciplinando tutte le ipotesi che si possono verificare nella pratica; altrimenti si porranno più problemi di quelli che si pretende di risolvere.

L’art. 2 della proposta modifica l’art. 336 cod. civ.; il primo comma dice che il ricorso può essere proposto anche oralmente al presidente del tribunale che redige processo verbale; il ricorso, può essere proposto, per iscritto oppure oralmente, anche senza l’assistenza di un difensore, ciò risulta dal quarto comma dell’art. 337, come

modificato dalla proposta, il quale dice che se il ricorrente non ha difensore di fiducia il presidente nomina un difensore d'ufficio (disposizione identica è prevista, nel quinto comma dello stesso articolo, per le altre parti che si costituiscano senza difensore); il quarto comma prevede che il ricorso o il processo verbale devono essere notificati ai controinteressati unitamente al decreto presidenziale che fissa l'udienza di prima comparizione; nulla si dice in ordine alla notificazione, ed invece occorre stabilire se deve avvenire a iniziativa del ricorrente o di ufficio; a mio parere deve essere prevista la notificazione di ufficio: è ovvio che la proposizione del ricorso, che va iscritto a ruolo, determina l'apertura del procedimento camerale, il quale è sottratto alla disponibilità delle parti e nel quale il giudice ha, e deve avere, sin dall'inizio potere d'impulso d'ufficio, per cui non si può subordinare la prosecuzione del giudizio all'iniziativa del ricorrente che ometta, magari perché minacciato, di chiedere la notificazione.

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

Ed è appunto in considerazione di questa particolare caratteristica che l'ordinamento giuridico ha previsto uno strumento processuale diverso dall'ordinario rito contenzioso ed ha attribuito al giudice, ripeto, particolari poteri: impulso d'ufficio, anche se non ha potere di iniziativa d'ufficio; possibilità di decidere ultra



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

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

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

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

Nel valutare la regola eccezionale posta, attualmente, dal terzo comma dell'art. 336 cod. civ. si deve tenere presente che essa è coerente con il principio costituzionale di tutela del minore, per cui occorre armonizzare questo principio con quelli risultanti dagli artt. 24 e 111 Costituzione; e ciò può avvenire ritenendo che, nei casi di urgente necessità, aprire il procedimento d'ufficio, posticipando l'attuazione del diritto di difesa, per tutte le parti, al momento successivo alla notificazione del decreto d'urgenza, non determina violazione dei principi costituzionali della difesa, del contraddittorio e di terzietà-imparzialità del giudice, essendo l'eccezione imposta dalla struttura e dalle particolarità del rito e dalla necessità di salvaguardare il principio costituzionale di tutela del minore.

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

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

L'art 3 della proposta modifica l'art, 337 cod. civ.; al secondo comma si dice che la legittimazione passiva spetta al pubblico ministero ed ai genitori; la previsione mi sembra limitativa, in quanto esistono altri soggetti ai quali bisognerebbe riconoscere la legittimazione passiva, si pensi agli affidatari; che possano esistere anche altri interessati è confermato dalla disposizione, contenuta nel comma ottavo dello stesso articolo, che parla di soggetti che acquistano la qualità di parte nel corso del procedimento.

Il secondo comma dell'art. 337-ter (previsto dall'art 4 della proposta) dice che il giudice procede anche di ufficio nella ricerca delle prove, ed è ovvio che se può ricercare le fonti di prova può anche ammettere le prove d'ufficio; nulla è detto in ordine agli altri particolari poteri che debbono spettare al giudice minorile e si potrebbe ritenere per contrapposizione che essi siano esclusi; sarebbe quindi necessario riconoscere esplicitamente che il giudice ha anche il potere di impulso di

ufficio, nettamente diverso dall'iniziativa di ufficio, ed il potere di decidere ultra ed extra petita.

Nel terzo comma dell'art. 337-quinquies (introdotto dall'art. 4 della proposta) si dice che terminata la discussione il collegio trattiene la causa per la decisione e deposita in cancelleria entro quindici giorni ordinanza immediatamente esecutiva; io mi auguro si tratti di un refuso; sarebbe il primo caso di un provvedimento decisorio che chiude il giudizio pronunciato con ordinanza; comunque a me sembra evidente che occorre uniformarsi ai casi analoghi, in quanto non vedo perché in materia di stato di adottabilità e di adozione si pronunci con sentenza e nella materia in esame no; inoltre mi sembra troppo breve il termine di dieci giorni previsto per il reclamo dal quarto comma dello stesso articolo che richiama l'art. 739 e segg, cod. proc. civ.; trattandosi di procedimento che incidono su diritti soggettivi il provvedimento che chiude il giudizio deve essere una sentenza ed il termine per proporre appello deve essere quello di trenta giorni.