

Il processo e la prova su situazioni
indisponibili
nelle controversie di famiglia e
minorili

di Claudio Cecchella

1. I confini dei diritti indisponibili

Diritti disponibili e diritti indisponibili

Nell'esperienza delle controversie familiari e minorili il processo è strumento per la tutela sia di **situazioni disponibili che di situazioni indisponibili.**

Controversie su diritti indisponibili

Non erano arbitrabili (antica dizione dell'art. 806 c.p.c **le cause che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi**) e vedono la partecipazione necessaria del p.m. ex art. 70 c.p.c.:

- le cause matrimoniali comprese quelle della separazione personale dei coniugi;
- le cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone;
- Corte cost.n214/96 le cause dei genitori naturali che comportino provvedimenti relativi ai figli;
- art 5, 1° comma legge n. 898 del 1970, le cause di scioglimento del matrimonio, norma richiamata pure per le unioni civili (art. 1, 25° comma, legge 76 del 2016)

Regola generale

Vertono dunque su diritti indisponibili, se applichiamo tassativamente il diritto positivo:

- Le cause **su stato e capacità**;
- Le controversie che hanno titolo **nei rapporti familiari**, qualunque ne sia l'origine (matrimonio, unione o convivenza)

L'evoluzione della materia familiare

Se le controversie su **status e capacità** vertono certamente su diritti indisponibili, quelle **familiari** in senso lato hanno subito un'evoluzione giurisprudenziale. Sono rimaste nell'ambito della non arbitrabilità, e quindi della indisponibilità, le controversie sui diritti (sia economici che personali) **nella titolarità del minore o sui diritti personalissimi tra i coniugi (eguaglianza, libertà, incolumità fisica e morale)**; invece le controversie **sui diritti economici nella titolarità dei coniugi, parti dell'unione e conviventi**, sono oggi, sulla base del diritto vivente, disponibili.

Inderogabilità della disciplina

L'area dei **diritti economici tra i coniugi** (mantenimento in costanza di matrimonio o unione, contributo in sede di separazione, assegno divorzile, in caso di scioglimento del matrimonio o dell'unione, con il dubbio del caso di sua erogazione *una tantum*) è oggi **soggetta al regime dei diritti disciplinati da norme inderogabili e imperative**, tuttavia certamente disponibili.

La disposizione negoziale sui diritti economici tra coniugi **non ha un divieto di oggetto, ma al massimo un divieto di contenuto.**

conclusioni

In materia familiare **non sono arbitrabili** e quindi **indisponibili**:

- Le controversie **su status e capacità**;
- Le controversie **sui diritti del minore**.
- le controversie **sui diritti personalissimi dei coniugi (uguaglianza, libertà, incolumità fisica e morale)**.

L'indisponibilità garanzia dei diritti delle persone fragili

La indisponibilità diventa il baluardo contro la violazione dei diritti fondamentali delle persone fragili e deboli:

- Il minore;
- Il coniuge debole;
- l'incapace.

La negoziazione dei diritti indisponibili dei minori

La **negoziazione assistita dei diritti del minore ai sensi della legge 162 del 2014**, pone oggi alcuni dubbi, ipotizzandosi una nullità di contenuto e non di oggetto dei negozi dispositivi, anche per i diritti del minore:

- **gli avvocati** con la sottoscrizione dell'accordo si assumono la responsabilità di norme imperative e inderogabili;
- Il **controllo** (amministrativo) **del p.m.**, pur avendo una latitudine più ampia (controllo di merito e non di sola legittimità) si esercita prevalentemente con il rispetto dei minimi stabiliti dalla legge.

Le garanzie giurisdizionali delle soluzioni concordate

Le soluzioni concordate in sede giudiziale:

- **Separazione consensuale** (volontaria giurisdizione), art. 158, 2° comma c.c.;
- **Divorzio condiviso** (contenzioso), art. 4, 16° comma legge n. 898 del 1970

continuano a confermare il carattere indisponibile di tali situazioni, **con il sindacato esclusivamente degli interessi del minore.**

2. Il processo su situazioni indisponibili

Il silenzio del legislatore e la pluralità dei riti

Il legislatore non regola un processo su situazioni indisponibili **come espressione autonoma rispetto ai processi comuni**, affidando le controversie a riti diversi:

- **Status** regole del processo ordinario;
- **Capacità, separazione, divorzio e scioglimento unione** rito misto sommario anticipatorio e poi ordinario;
- **Minori nati nel matrimonio**, idem
- **Minori nati fuori dal matrimonio**, rito camerale.

La giurisprudenza inventa un rito speciale “trasversale”

Delle regole autonome sono invece **dettate dalla giurisprudenza** che interviene:

- Sul principio della domanda;
- sul principio della allegazione, anche in relazione alle preclusioni;
- sulla disponibilità della prova;
- sulle impugnazioni.

3. Le deroghe al principio della domanda e di allegazione e al principio di preclusione

Le peculiarità in ordine a domanda ed allegazioni

E' rilevante, ai fini di una ricostruzione delle regole di un processo su situazioni indisponibili, la deroga al **principio della domanda e della allegazione, non più esclusivamente affidati alla parte, ma soggetti anche ad iniziativa officiosa.**

L'incidenza sui mezzi istruttori

Il processo su situazioni indisponibili modifica inoltre il regime della prova per consentire l'esercizio dei sottolineati poteri officiosi in ordine all'allegazione del fatto:

- La consulenza diventa esplorativa dei fatti e assume caratteri più propriamente vicini alla prova;
- **Nascono nuovi mezzi istruttori:** - le indagini di polizia tributaria, - l'ascolto del minore; - i poteri di indagine patrimoniale del giudice sulle banche dati gestite dalla p.a. (in particolare dall'ufficio delle entrate).

Il diverso rilievo del principio di contestazione

Nel processo su diritti indisponibili non si applica il **principio di contestazione** ex art. 115 c.p.c., ciò è evidente nella lettura delle seguenti norme:

- art. 337 *ter*, u.c., c.c., se le informazioni di carattere economico dei genitori non sono sufficientemente documentate il giudice dispone un accertamento di polizia tributaria, **a prescindere da una contestazione;**

-art. 5, 9° comma, l.n. 898 del 1970, **solo in caso di contestazioni** il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita

La deroga alla preclusione

La accentuazione dei poteri officiosi **rende non assoggettabili ad alcuna preclusione** la formulazione della domanda , la allegazione dei fatti (e la deduzione di mezzi istruttori), anche quando siano di iniziativa della parte, ciò a valere anche nei giudizi di impugnazione.

gli appelli di rito camerale nelle controversie di famiglia

Nelle controversie di famiglia, seguono il rito camerale:

- i reclami avverso i decreti del tribunale per i minori e del tribunale ordinario (nuovo art. 38 disp att. c.c.);
- gli appelli in forma camerale delle sentenze di separazione e divorzio (art. 709 – *bis* c.p.c. e art. 4, c. 15, legge n. 292 del 1970)

La tendenza verso una cameralizzazione dell'appello nel diritto di famiglia, conseguenze

Per quanto il legislatore non sia sempre preciso (nel procedimento per separazione si ipotizza il rito camerale solo per la impugnazione delle sentenze non definitive art. 709 – bis, c.p.c.), **la tendenza è verso appelli che seguono rigorosamente il rito camerale, ispirati alla non-disciplina dell'art. 739 c.p.c.**

Inapplicabilità delle norme sul rito ordinario

Il rito camerale previsto per l'appello avverso le sentenze di divorzio e di separazione personale, essendo caratterizzato dalla sommarietà della cognizione e dalla semplicità delle forme, **esclude la piena applicabilità delle norme che regolano il processo ordinario** (Cass. 1179/2006 e Cass. 6094/2018); è stata quindi ritenuta ammissibile anche una produzione documentale al di fuori degli stretti limiti dettati dall'art. 345 c.p.c., purché sia garantito il diritto dell'altra parte ad interloquire sulla tardiva produzione documentale e quindi il principio del contraddittorio (Cass. 5876/2012; cfr. anche Cass. 11319/2005 e Cass. 8547/2003).

La ordinanza 27234 del 2020 della S.C.

Principio di diritto: "nel giudizio divorzile in appello, che si svolge, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 15, secondo il rito camerale, di per sé caratterizzato dalla sommarietà della cognizione e dalla semplicità delle forme, va esclusa la piena applicabilità delle norme che regolano il processo ordinario ed è quindi ammissibile l'acquisizione di nuovi mezzi di prova, in specie documenti, a condizione che sia assicurato un pieno e completo contraddittorio tra le parti"

Il regime di preclusione

Pertanto alla luce della riforma il principio di preclusione si applicherà **solo nei processi aventi ad oggetto diritti disponibili**, ovvero relativi ai diritti economici tra i coniugi

Il rilievo dei poteri officiosi in materia di prova

E' del tutto neutra, invece, contrariamente al principio della domanda di allegazione, l'accentuazione dei poteri istruttori (che contraddistingue anche riti su situazioni disponibili: i diritti del lavoratore; i diritti che nascono da rapporti locativi e assimilati; l'evoluzione del rito ordinario nell'art. 281 *ter* c.p.c.). Cfr. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, Milano Giuffrè, 1965.

L'onere della prova

L'accentuazione dell'iniziativa officiosa nella ricerca dei fatti e delle prove, non esclude l'applicazione della regola **dell'onere della prova** ai sensi dell'art. 2697 c.c.

Revisione del giudicato

*.Articolo 337 quinquies c.c.: “I genitori hanno diritto di **chiedere in ogni tempo la revisione** delle disposizioni concernenti l’affidamento dei figli, l’attribuzione dell’esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo”*

Il processo su diritti indisponibili

L'art. 337 *quinquies* c.c. si applica ai diritti del minore ovvero a processi che hanno ad oggetto **diritti indisponibili e sembra manifestare una minor tenuta del giudicato rispetto all'irrevocabilità dei provvedimenti in materia di diritti disponibili** (potrebbe essere all'origine di una revisione di giudicato un nuovo accertamento istruttorio o la scoperta di un fatto storico prima ignorato?).

4. Rilievi critici alle regole del processo su situazioni indisponibili

Il Pubblico Ministero parte necessaria del processo su situazioni disponibili

Nel processo su situazioni indisponibili è **dubitabile** la deroga al principio della domanda o dell'allegazione dei fatti, essendo presente una parte mossa, sul piano difensivo, da un interesse pubblico all'accertamento della verità dei fatti, qual è il p.m.

Il curatore speciale del minore parte necessaria in caso di conflitto di interessi

La presenza di un rappresentante, **il curatore del minore**, costituisce ulteriore remora alla deroga al principio della domanda e dell'allegazione dei fatti, poiché il minore - particolarmente ai sensi dell'emendamento 24 del disegno di legge governativo, che incide sull'art. 78 c.p.c. - sarà rappresentato nel processo, e non solo in caso di conflitto di interesse con il genitore, da un rappresentante anche nella veste di difensore tecnico.

5. La riforma con l'emendamento governativo

Emendamento 23

All'emendamento governativo 23 al d.d.l. AS/1662 si legifera sul processo avente ad oggetto situazioni indisponibili: «lettera e)...a pena di decadenza per le sole domande aventi ad oggetto diritti disponibili»
«lettera f)...a pena di decadenza per le sole domande aventi ad oggetto diritti disponibili»
»lettera g)...possibilità di introdurre domande nuove nel corso del giudizio nell'ipotesi di domande relative all'affidamento e al mantenimento dei minori»