

GLI ORDINI DI PROTEZIONE

CLAUDIO CECHELLA

Presidente ONDiF

SOMMARIO: 1. Il richiamo al rito cautelare. - 2. Autonomia della misura. - 3. La fattispecie e il modello di tutela. - 4. Il procedimento. - 5. I rapporti con gli artt. 330 e 333 c.c. - 6. I rapporti tra ordini di protezione ex art. 342-ter c.c. e ordine di protezione pronunciato dal giudice penale. - 7. I rapporti con le ordinanze presidenziali ex art. 708 c.p.c.

1. Il richiamo al rito cautelare

Nella tutela contro gli abusi familiari è insita un'esigenza di urgenza che contraddistingue peraltro l'intera materia del conflitto familiare e dunque il legislatore quando, con la legge n. 154 del 2001, ha introdotto lo speciale mezzo giurisdizionale di tutela novellando sia il codice civile (artt. 342-bis e 342-ter, c.c.) e sia il codice di rito (art. 736-bis c.p.c.) ha optato correttamente per un modello di tutela sommaria anticipatoria.

Pur non liberandosi tuttavia del modello camerale, che contraddistingue molte misure in materia di relazioni familiari, con tutti i gravi limiti di tenuta costituzionale – sia in relazione al principio di riserva di legge per la scarsa regolamentazione del rito camerale (sono dedicati pochi articoli del codice di rito, artt. 737 ss., c.p.c.), sia in relazione ai principi del giusto processo che devono comunque assicurare un'alternativa di tutela nelle forme del processo a cognizione piena, assicurazione mancante nel rito camerale – tra le righe il legislatore opta in realtà per le forme della tutela cautelare¹.

Infatti il richiamo alle forme camerale resta sullo sfondo dell'art 736-bis c.p.c. (riferimento al 1° e 5° comma), apparendo come una formula stereotipata del legislatore, solo che si esaminino i commi successivi al primo dove sono richiamate letteralmente le disposizioni dell'art. 669-sexies e 669-terdecies c.p.c., che regolano, com'è noto, il processo cautelare uniforme. Anche l'art. 342-ter c.c., nel suo ultimo comma, è costruito, per i problemi suscitati dall'attuazione, sull'art. 669-duodecies c.p.c. Il legislatore ha correttamente in mente, ma tiene il concetto nella "penna", almeno in quel frangente storico, che il processo modello, per il rito sommario familiare, nella specie gli ordini di protezione, è quello cautelare.

Ciò è bene evidente nella struttura del procedimento che precede l'adozione della tutela, ma non meno in relazione agli esiti successivi della misura cautelare, ovvero nella regolamentazione del reclamo e dell'attuazione.

Si potrà obiettare che il reclamo segue le forme del rito

camerale, ma se si legge la disposizione l'analogia con la disciplina del reclamo cautelare non può non apparire più evidente (peraltro è da ricordare che anche il reclamo cautelare rinvia alle forme del rito camerale, art. 669-terdecies c.p.c.).

2. Autonomia della misura

Non si può neppure negare che il provvedimento si caratterizza per la sua portata decisamente anticipatoria degli effetti che assumono integralmente quelli di una tutela di merito²: allontanamento (che ricorda l'assegnazione esclusiva all'altro genitore della casa coniugale, ma anche la misura dell'art. 330 c.c.), il contributo di mantenimento, la tutela esecutiva in via breve di questa misura, per cui, in analogia con le regole della tutela cautelare non conservativa, ex art. 669-octies c.p.c. (la misura conserva i suoi effetti ancorché il giudizio di merito non sia introdotto, salvo come è noto prevederne una durata temporale, oggi estesa, con la legge n. 28 del 2009, ad un anno e comunque lasciando intatta la possibilità di una proroga discrezionale successiva del giudice).

È un'ulteriore prerogativa della tutela cautelare anticipatoria, che costituisce un'importante novità della legge n. 80 del 2005, che ha riscritto in parte l'art. 669-octies c.p.c.: un provvedimento sommario bastevole a sé stesso, ma inidoneo al giudicato, i cui effetti sopravvivono, ma non acquistano la stabilità propria del giudicato.

La riprova è nella negazione, senza soluzione di continuità da parte del giudice di legittimità³, di un accesso del provvedimento conclusivo al ricorso straordinario ex art. 111 Cost. come conferma che esso non ha carattere decisorio, non è idoneo a definire i diritti in modo irrevocabile.

3. La fattispecie e il modello di tutela

La fattispecie si presenta come atipica e assai generica, nonostante che la misura sia fortemente limitatrice di libertà personali, per cui sarebbe stato auspicabile una maggiore precisione in ossequio al principio di tipicità, sul modello dell'illecito penale⁴.

L'originaria formulazione dell'art. 342-bis c.c. subordinava l'emanazione di un ordine di protezione civile al fatto che, nella condotta del familiare violento, non ricorressero gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio. La legge n. 304 del 2003 ha eliminato l'alternatività: ne consegue che oggi la via civile di tutela giurisdizionale non potrà essere preclusa dalla esistenza di una condotta penalmente rilevante, ponendosi il

¹ Conf. Cass., 15 gennaio 2007, n. 625, in *Fam. dir.*, 2007, 571, con nota di PRESUTTI; Cass., 5 gennaio 2005, 2005, n. 208, in *Foro it.*, 2006, I, 224; in senso contrario, D'ALESSANDRO, *Aspetti processuali*, in *Gli abusi familiari*, a cura di Paladini, Padova, 2009, 225 ss.; VULLO, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 129 ss.; AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1045 ss.; per l'assimilazione ad un procedimento di volontaria giurisdizione, invece, TOMMASEO, *Abuso della potestà e allontanamento coattivo dalla casa familiare*, in *Fam. dir.*, 2002, 637 ss., opinione che è accolta anche da D'ALESSANDRO, *loc. ult. cit.* Sommessamente l'assimilazione alla volontaria giurisdizione per misure che incidono in maniera estrema sui diritti fondamentali della persona, rischia di trascinare le regole del procedimento verso un modello privo di garanzie. Tutto il presente saggio è costruito, in applicazione dei principi, su di un modello differente, che si ritiene tuttavia di trarre dal sistema.

² Questo l'argomento principale a confutazione di quanto ritenuto da D'ALESSANDRO, *loc. ult. cit.*, e AULETTA, *loc. ult. cit.*

³ Cass., 15 gennaio 2007, n. 625; Cass., 5 gennaio 2005, n. 208.

⁴ RENDA, *Labuso familiare*, in *Gli abusi familiari*, a cura di Paladini, cit., 71 ss.

doppio binario e inevitabilmente il rischio di provvedimenti contraddittori, in sede civile come penale⁵.

Il primo profilo costitutivo della fattispecie è “il pregiudizio” quando la condotta del genitore o di altro convivente (anche del figlio verso il genitore) è causa di grave pregiudizio all’integrità fisica o morale, ovvero alla libertà dell’altro coniuge o convivente (libertà di circolazione, di soggiorno, di proprietà, ecc.).

Quanto al pregiudizio alla salute fisica e psicologica⁶ è da pensare al caso di violente aggressioni verbali e minacce di recare mali ingiusti, senza la necessità che la violenza sconfini nella lesione dell’integrità fisica o psicologica. Il *vulnus* si ha nei casi di condotta non comune, con modalità di grave intensità nella sua esecuzione e con una ripetitività e durata nel tempo⁷.

La semplice violazione degli obblighi coniugali e genitoriali, ex artt. 143 e 147 c.c., comporta una mera condotta omissiva e non integra i presupposti degli ordini, così come una incomunicabilità dei conviventi o incompatibilità di convivenza, che la rende intollerabile⁸.

Ugualmente la mancata consegna del minore ai fini del diritto di visita ed esercizio pieno di una effettiva bigenitorialità, può essere fondamento di una sanzione ex art. 709-ter c.p.c., ma non può fondare un ordine di protezione.

Quanto invece alle limitazioni delle libertà fondamentali della persona, vi deve essere una intollerabile limitazione delle fondamentali garanzie e libertà personali.

I soggetti autori della fattispecie possono essere i coniugi o altro convivente, il partner dell’unione, secondo la legge n. 76 del 2016, oppure anche un convivente non legato da una relazione sentimentale. Si deve trattare quanto meno di una convivenza⁹.

A fronte di questa fattispecie il legislatore ha optato per uno strumento che ha contraddistinto un’importante stagione del legislatore (artt. 708 e 189 disp. att. c.p.c.; artt. 186-bis e ter c.p.c.; art. 423 c.p.c.; art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003; art. 669-otties c.p.c. dopo la legge n. 80 del 2005), verso la pronuncia in tempi accettabilmente brevi di una regola al conflitto che muove da una cognizione sommaria, come tale idonea a raggiungere la revocabilità del giudicato, prerogativa consentita solo alle forme ordinarie di cognizione.

Ma soprattutto, per quello che qui interessa, la conservazione rigorosa e coerente di quella tutela sul binario della cognizione sommaria, sia nella fase che precede la misura, sia nella impugnazione che è concessa dopo che la misura è offerta (il reclamo e non l’appello).

Questo disegno aveva importanti suggestioni di diritto comparato, particolarmente nell’ambito dell’ordinamento transalpino, la tutela per *reféré* francese, ove è dato ottenere,

prescindendo dai presupposti cautelari, una tutela sommaria anticipatoria all’esito della quale è offerto uno strumento di impugnazione ancora radicato nelle forme del processo sommario, pur denominandosi appello.

Vi è infatti in questa esperienza, e in un’esperienza che si deve ritenere corretta sul piano processuale, una necessaria partizione tra le forme sommarie e quelle ordinarie, che devono conservare il proprio binario differenziale, senza la contaminazione dell’uno mezzo rispetto all’altro.

È noto invece il diverso modello a cui di recente il legislatore intende ispirarsi dopo la legge n. 69 del 2009, modello a cui l’art. 54 della stessa legge intende condurre tutte le forme sommarie, non solo camerali, ma anche quella del processo cautelare uniforme.

È il modello del processo denominato sommario, ma in realtà di rito semplificato o abbreviato, trattandosi di un processo a cognizione piena, introdotto con gli artt. 702-bis e ss. c.p.c., il quale conduce ad un’ordinanza di tutela che, in difetto di appello (art. 669-*quater* c.p.c.), acquisisce la stabilità piena del giudicato¹⁰.

Questo modello si presenta al contrario per il suo carattere profondamente ibrido dove le forme sommarie si confondono, convertendosi in quelle ordinarie:

- a) nella introduzione di forme degli atti preliminari al procedimento: il ricorso e la comparsa, sul modello del rito a cognizione piena (evidenti richiami agli artt. 163 e 167 c.p.c.), con tutto lo strascico delle preclusioni alle attività difensive delle parti che mai aveva caratterizzato il rito sommario;
- b) nella facoltà concessa al giudice di una via di fuga, a cui difficilmente il giudice potrà sottrarsi per ovvie ragioni di certezza e di tranquillità, attraverso la conversione dal rito sommario al rito ordinario, che costituisce il *de profundis* anticipato dell’istituto. Infatti, ad esclusione dei provvedimenti di rito che vengono assunti con ordinanza immediata non impugnabile, il giudice qualora ritenga inopportuna l’istruzione sommaria, fissa l’udienza dell’art. 183 c.p.c., ovvero avvia la controversia alle forme ordinarie (con tutte le ricadute drammatiche sulla conduzione di un’istruttoria un po’ debordante dalle forme sommarie che aveva caratterizzato il processo caute-

⁵ Cfr. DI MARTINO, *Honestanda domus. Appunti sull’allontanamento dalla casa familiare come misura cautelare personale*, in *Gli abusi familiari*, a cura di Paladini, cit., 253 ss.

⁶ Trib. Trani, 17 gennaio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 455; Trib. Bari, 11 dicembre 2001, in *Foro it.*, 2003, II, 948.

⁷ Trib. Monza, 29 ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 461.

⁸ Conf., Trib. Bari, 18 luglio 2002, in *Fam. dir.*, 2002, 623, con nota di DE MARZO.

⁹ Trib. Napoli, 1° febbraio 2002, in *Fam. dir.*, 2002, 504 ss.; ritiene correttamente necessaria la convivenza, ma lo stesso tribunale (19 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, II, 2037 ss.) ha ammesso la misura del caso del coniuge separato non più convivente. Il requisito della convivenza sussiste anche quando la vittima si sia allontanata nel timore di subire violenza fisica o morale da congiunto, mantenendo nell’abitazione familiare il centro degli interessi morali ed affettivi.

¹⁰ Per un’ampia disamina sull’istituto, v. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione, commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016, 91 ss., 173 ss.; MONDINI, *Il giudizio sommario di cognizione*, in *Il processo sommario e la riforma dei riti*, in *Quaderni volterrani del diritto*, a cura di Cecchella, 2012, 17; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione*, Torino, 2013, 3 ss.; CAPONI, *Relazione tenuta al Convegno “Come cambia il codice di procedura civile”*, Firenze, 25 giugno 2009, www.fondazioneforensesfirenze.it; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it; MENCHINI *L’ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, www.judicium.it; OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in www.judicium.it; VALERINI *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: funzionamento, vantaggi e limiti all’estensione come “modello” uniforme*, in www.dirittoegustizia.it; BOCE, *Il procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis ss. c.p.c.*, in judicium.it; CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione*, in www.treccani.it; BASILICO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 737 ss.; BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702-bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, IV, 722 ss.; BIANCHI, *Appunti sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 185 ss.; CEA, *L’appello nel processo sommario di cognizione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 135 ss.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 94 ss.; ROMANO, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 165 ss.; SCALA, *L’appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 738 ss.

lare uniforme e di cui nessuno si era mai lamentato e anzi aveva giovato alla giustizia e alla sua rapidità);

- c) nella idoneità del provvedimento finale ad assumere la stabilità del giudicato, ciò che – salvo l’esperienza monitoria – non aveva mai contraddistinto il rito sommario, mentre l’esperienza del recente passato si contraddistingueva per un provvedimento finale efficace nel tempo nonostante la mancata introduzione del giudizio di merito ma per ciò stesso non idoneo alla stabilità del giudicato e quindi sempre revocabile e modificabile;
- d) nella introduzione quale mezzo di impugnazione dell’appello, con tutte le sue caratteristiche di processo a cognizione piena (che lo differenzia dal reclamo) pur sotto la pressione di una peculiarità inusuale di un gravame mai preceduto da un processo a cognizione piena, il che giustifica una caratterizzazione del mezzo più come processo a cognizione piena in unico grado, tanto che il legislatore si affrettò a consentire la riapertura dell’iniziativa nella introduzione dei mezzi istruttori a favore delle parti in sede di appello.

Il procedimento degli ordini di protezione è ancora caratterizzato dalla maggiore coerenza con le regole del processo anticipatorio di natura cautelare, fondato rigorosamente sulla cognizione sommaria dei fatti e mai idoneo al giudicato.

4. Il procedimento

Nonostante il mancato richiamo espresso, rinviandosi come più volte detto, alle forme del rito camerale (art. 736-bis c.p.c.), il procedimento ha più di un’affinità con il processo cautelare uniforme: la monocraticità del giudice; la sua designazione; la mancanza di formalità non indispensabili al contraddittorio e all’istruttoria; la concessione in caso di urgenza *inaudita altera parte* salvo convalida; il reclamo al collegio al quale non può partecipare il giudice che emesso la misura; la regola sull’attuazione.

Il ricorso, essendo questa la formula della domanda, deve essere rivolto al luogo di residenza dell’istante, e, ovviamente, per materia, al tribunale. Come detto, le regole successive richiamano nella sostanza le norme sul processo cautelare uniforme. Il provvedimento si conclude con un ordine inibitorio volto a far cessare la violenza fisica o morale o la limitazione della libertà. Il giudice può provvedere all’allontanamento del convivente dall’abitazione familiare o dalla convivenza, ma anche presso altri luoghi (il luogo di lavoro, ovvero il domicilio; l’abitazione di prossimi congiunti o di familiari; i luoghi di istruzione dei figli).

Qualora la vittima non abbia risorse di reddito o di patrimonio per mantenersi, sulla base dei presupposti di un contributo di mantenimento, previa eventuale indagine istruttoria con l’ausilio della polizia tributaria, il giudice può stabilire un contributo o un assegno a carico dell’autore dell’illecito. Differentemente dalla norma comune – che consente il ricorso alla mediazione familiare solo su consenso delle parti – la norma, oltre a consentire il ricorso ai servizi sociali e alle strutture di accoglienza, può imporre d’ufficio il ricorso alla mediazione familiare (unico episodio nel sistema di una mediazione obbligatoria).

Lordine ha la durata di un anno e può essere prorogato per un termine indefinito, solo una volta per gravi motivi, poiché il provvedimento è destinato a risolversi in una soluzione pacifica di nuova convivenza, oppure nel vero e proprio

procedimento di separazione, per essere poi soppiantato dalle misure presidenziali.

Per quanto l’art. 736-bis c.p.c. consenta la proposizione personale dell’istanza, per ovvie esigenze di celerità, non pare che la previsione possa deporre nel senso dell’esonero dall’obbligo di patrocinio, poiché il carattere camerale e volontario del procedimento deve essere confrontato con il carattere contenzioso della lite e dunque con l’obbligo della parte di munirsi di difensore tecnico¹¹.

5. I rapporti con gli artt. 330 e 333 c.c.

Risolto il tema della natura e dei contenuti degli ordini di protezione e del procedimento che li precede, è da constatare una intensa analogia dei provvedimenti con le originarie misure del codice civile costituite dalla decadenza della responsabilità genitoriale, che prevedono anche, come misura meno grave, l’allontanamento del genitore dalla residenza familiare (artt. 330 e 333 c.c.).

Ad una lettura superficiale delle disposizioni appare evidente la loro sovrapposizione. I mezzi di cui agli artt. 330 e 333 c.c. sono offerti, per competenza funzionale dal tribunale per i minorenni e quindi in relazione a quelle azioni di responsabilità genitoriale avviate innanzi all’organo specializzato, non solo nell’ambito della famiglia fondata sul matrimonio, ma anche nell’ambito della convivenza e delle unioni.

Al contrario il mezzo dell’art. 342-ter c.c. appare esperibile solo innanzi al tribunale ordinario in funzione delle azioni esercitabili innanzi a quest’ultimo, particolarmente il successivo provvedimento per separazione e i provvedimenti sulla responsabilità genitoriale del figlio nato fuori dal matrimonio (art. 316 c.c.).

La diversità di competenze non risolve il problema della sovrapposizione delle tutele.

Fatta questa osservazione preliminare, non può non evidenziarsi una certa disparità di trattamento, essendo i contenuti delle tutele di cui agli artt. 330 e 333 c.c. di minor respiro rispetto a quelli di cui all’art. 342-ter c.c.

Appare in tal caso certamente giustificabile una integrazione dei “provvedimenti convenienti”, a cui si riferisce l’art. 333 c.c., attraverso le misure di cui all’art. 342-ter c.c., nella discrezionalità che la norma espressamente attribuisce al giudice, salvo ipotizzare al contrario un intervento della Corte Costituzionale per disparità di trattamento. In tal modo si risolve anche il rischio di possibili sovrapposizioni delle misure dettate in sede di giurisdizione minorile rispetto a quelle dettate in sede di giurisdizione ordinaria.

Residua il problema dei c.d. maltrattamenti indiretti, ovvero quando l’abuso verso il coniuge si traduce inevitabilmente in abuso verso il minore, con possibile intervento parallelo e autonomo dei giudici aventi diversa competenza, quello minorile e quello ordinario. Il tema è tuttavia facilmente risolvibile in concreto poiché, ferme restando le diverse competenze, l’una a tutela dell’adulto e l’altra del minore, è inevitabilmente destinato a prevalere la misura più grave nei confronti di chi ha tenuto l’abuso, il quale dovrà tenersi lontano dalla casa familiare per il periodo più lungo dettato dai differenti giudici, quando esso non è coincidente o peggio ancora quando uno dei due giudici non lo ha pronunciato.

¹¹ In senso contrario, D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 231.

Ugualmente sembra prospettarsi un conflitto rispetto al contributo di mantenimento, ma esso è apparente poiché riguarda il minore innanzi al giudice minorile e l'adulto innanzi al giudice ordinario.

6. I rapporti tra l'ordine di protezione ex art. 342-ter e l'ordine di protezione emanato dal giudice penale

Essendo previsti ordini di protezione simili nelle pronunce del giudice penale che accerti la esistenza di un reato tra quelli disciplinati dalla legge e recentemente riformati con la legge n. 38 del 2009, si pone il problema di coordinamento con le pronunce del giudice civile che può essere temporaneamente adito.

Ora, si deve constatare una non perfetta coincidenza dei contenuti dei due provvedimenti (ad esempio il provvedimento civile prevede la possibilità di un intervento dei servizi sociali), ciò che consente dunque una loro autonoma sopravvivenza; ma laddove vi è coincidenza di contenuti si può ritenere che, pronunciato per primo l'uno nel senso della disposizione dell'ordine di protezione, l'altro verrebbe meno per carenza di interesse ad agire e quindi il giudice adito come secondo dovrebbe pronunciarsi in rito¹².

¹² È pure l'opinione di D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 247, tuttavia l'Autrice sembra negare rilievo ai diversi ambiti di tutela che secondo quanto sostenuto nel testo, possono far sorgere, al contrario, un interesse ad agire.

7. I rapporti con le ordinanze presidenziali ex art. 708 c.p.c.

Il provvedimento presidenziale in sede di separazione ex art. 708 c.p.c., laddove autorizza i coniugi a vivere separati e assegna la casa coniugale ad uno di essi, esclude ogni prospettiva di sopravvivenza degli ordini di protezione, perché integralmente assorbiti dalle misure provvisorie ed urgenti, anche per i profili riguardanti gli aspetti economici. Coerentemente, l'art. 8 legge n. 154 del 2001 esclude l'ammissibilità degli ordini di protezione, quando si è tenuta l'udienza presidenziale.

Tuttavia vi è da dire che non esiste perfetta coincidenza dei contenuti dei provvedimenti presidenziali con quelli di protezione (manca l'espressione di un ordine di non frequentazione di luoghi diversi dalla casa familiare, l'intervento dei servizi sociali e dei centri di intermediazione familiare): per tale ragione l'art. 8 cit. della legge n. 154 del 2001 sancisce che quei contenuti possono essere fatti propri dal Presidente con il suo provvedimento o comunque essi possono essere demandati al giudice istruttore della fase di merito.

