



# **La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie**

Legge 26 novembre 2021, n. 206

*a cura di*

Claudio Cecchella



**Giappichelli**

## Prefazione

La raccolta di saggi sulla delega per la riforma del processo civile, la legge 26 novembre 2021, n. 206, è il risultato dello studio e della ricerca di Autori di provenienza universitaria e forense che condividono l'esperienza associativa dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia (ONDiF), i contributi alla rivista scientifica "L'osservatorio sul diritto di famiglia. Diritti e processo" e le docenze alla Scuola di alta specializzazione in convenzione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura e l'Università di Roma 3, il Master universitario di primo livello dell'Università di Pisa e tanti eventi formativi organizzati in tutte le sezioni italiane dell'Associazione.

Ne è nata una intensa e condivisa esperienza di ricerca e di studio, ma anche una fervida cultura della tutela giurisdizionale dei diritti delle persone fragili, come i fanciulli e le componenti deboli delle relazioni familiari, che costituisce l'obiettivo della riforma del processo e del giudice per le persone, per i minori e per le famiglie in questo scorcio del secondo millennio della Storia, come lo erano stati nel secolo scorso i diritti del lavoratore.

Questo il comune denominatore dei saggi che hanno condiviso, attraverso la lettura, in alcuni tratti pure critica, della grande riforma, la linea di politica legislativa che l'ha ispirata, conducendo all'abrogazione di un passato in cui il processo era del tutto privo di regole, destinato a differenti competenze giurisdizionali, corrispondenti a modelli antitetici, espressione di un ordinamento (quello del ventennio) del tutto incoerente con la attuale realtà dei diritti sul piano sostanziale, riconosciuto alle persone fragili nel contesto delle relazioni familiari e della filiazione.



# Introduzione generale alla riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie \*

di Claudio Cecchella

**Sommario:** 1. La riforma del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. – 1.1. I tentativi di riforma del Tribunale per i minorenni nel passato e le ragioni del suo fallimento. – 1.2. La duplicazione dei giudici. La sua origine storica. – 1.3. Il problema del giudice consulente: la violazione del principio del contraddittorio. – 1.4. Il problema del contrasto dei giudicati. – 1.5. La disuguaglianza tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio. – 1.6. La necessità indilazionabile di un giudice unico delle controversie sulle relazioni familiari e il problema della collegialità. – 1.7. Le soluzioni della legge delega. – 2. Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile. – 2.1. L'abito di applicabilità del processo unitario e il timido intervento sulle regole relative alla competenza. – 2.2. I diversi riti per il processo su situazioni indisponibili e su situazioni disponibili. – 2.3. Le misure provvisorie e la loro impugnazione. – 2.4. La domanda riconvenzionale di divorzio nel procedimento per separazione. – 2.5. Il procedimento in senso stretto, il duplice modello di sviluppo. – 2.6. Gli ausiliari del giudice. – 2.7. Il curatore speciale del minore. – 2.8. L'appello. – 2.9. L'attuazione delle misure. – 2.10. L'art. 403 c.c. e le misure in tema di affidamento familiare. – 2.11. I rischi dell'Emendamento 15.0.8/2: un grave attentato alle garanzie processuali. – 2.12. Il sollievo della mancata approvazione dell'Emendamento 15.0.8/2: le soluzioni nel testo della legge delega.

---

\* La presente introduzione costituisce la rielaborazione di due saggi, pubblicati su *Questione Giustizia*, dal titolo *Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie della legge delega di riforma del processo civile e Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, reperibili sul sito [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); si ringrazia la direzione della Rivista per avere autorizzato la pubblicazione.

## 1. La riforma del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie

### 1.1. I tentativi di riforma del Tribunale per i minorenni nel passato e le ragioni del suo fallimento

L'Emendamento governativo presentato dal Ministro Cartabia all'originario disegno di legge ispirato dal precedente Ministro della giustizia, contenente delega di riforma del solo processo civile comune, introduce invece una serie di principi direttivi destinati ad unificare (e razionalizzare, in funzione delle garanzie del giusto processo) il rito delle controversie sui diritti delle persone, dei minorenni e delle famiglie.

In linea con il progetto di maggior respiro della Commissione ministeriale, presieduta dal Prof. Francesco P. Luiso, il Senato, grazie all'impulso della Commissione Giustizia, ha ampliato, nel disegno di legge, approvato dall'Aula il 21 settembre 2021, e poi confermato dalla Camera dei Deputati il 24 novembre 2021, l'area di intervento del disegno di legge all'ordinamento giudiziario e avvia, seppure con una *prorogatio* di due anni, il *de profundis* del Tribunale per i minorenni, le cui competenze vengono nel disegno assorbite, come quelle del tribunale ordinario, in un organo unico specializzato, il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Si esaurisce con la legge delega una lunga stagione di tentativi di riforma, mai giunti all'epilogo legislativo e di cui vanno approfondite le ragioni, per comprendere il presente.

Da sempre si sono manifestati tentativi contrapposti, progetti in una prima fase ispirati dalla Magistratura minorile<sup>1</sup>, poi anche nell'ambito forense e accademico, come dibattuto in occasione di un importante convegno tenutosi a Cagliari<sup>2</sup>.

La progettualità, negli anni '60, ancora ispirata al modello del tribunale per i minorenni, che avrebbe unificato le competenze, si è espressa, nel periodo più recente, in favore della introduzione di una sezione specializzata

---

<sup>1</sup>Di cui è data documentazione in *La riforma della giustizia minorile in Italia* (atti del convegno di Firenze, 9-11 maggio 1986), a cura di A. Germanò, Milano, 1986, con un'appendice sulle principali ipotesi di riforma sino a quell'epoca, v. in part. 263 ss.

<sup>2</sup>I cui atti sono raccolti in *Quale processo per la famiglia e i minori* (atti del convegno di Cagliari, 5-6 dicembre 1997), a cura di L. Fanni, Milano, 1996, ivi le relazioni di Luiso, Cipriani, Proto Pisani e Chiarloni, con una ricca appendice di documenti, 185 ss.

del tribunale ordinario<sup>3</sup>. Certamente emblematico, in questa direzione, il progetto Casellati del 2013.

L'idea di una sezione specializzata del tribunale, sul modello adottato per le controversie di lavoro, ha tuttavia incontrato la ferma opposizione e il dissenso della Magistratura minorile, mai disposta a cedere sul modello originario, con la sua composizione, anche laica<sup>4</sup>.

In una posizione equivoca, invece, il disegno di legge delega di ispirazione del Ministro Orlando<sup>5</sup>, approvato dalla Camera dei Deputati in data 16 marzo 2016 e mai approvato successivamente dal Senato, il quale incontrò ostacoli insormontabili per le aspre critiche, ancora, dei magistrati minorili, ma anche delle principali associazioni specialistiche forensi, sino ad una presa di posizione critica del C.S.M. del 13 luglio 2013. Il disegno riproponeva modelli del passato, rivestendo solo nominalisticamente il tribunale per i minorenni, denominato sezione distrettuale del tribunale ordinario, ma confermandolo sostanzialmente nella struttura e nelle funzioni.

Ma questo progetto, l'ultimo nel tempo, merita un maggiore approfondimento, per comprendere le scelte del presente.

Il Tribunale per i minorenni cambiava solo denominazione (*“Sezione distrettuale del Tribunale ordinario”*), ma assorbiva i giudici togati e onorari dell'antico organo, sino al personale amministrativo e conservava intatte le competenze (i procedimenti adottivi e la responsabilità genitoriale). L'omonima sezione del Tribunale circondariale ereditava semplicemente le competenze già affidate al tribunale ordinario. Cosa mutava del recente passato: nulla; salvo il *nomen*.

I profili critici erano molti.

La diversità delle competenze confermava il tema dell'attrazione per connessione di domande verso il tribunale circondariale, con tutti i problemi relativi; permaneva la distanza del cittadino dall'organo (è auspicabile al contrario, nella particolare materia, che la parte possa accedere più agevolmente al tribunale circondariale rispetto a quello distrettuale); si con-

---

<sup>3</sup> A partire dal disegno di legge governativo n. 2517 del 2002, in *Dir. fam.*, 2003, 491 e di iniziativa parlamentare, nel biennio 1996-1997, promotori gli On. Magliocchetti, n. 966 del 16 luglio 1996 e Casinelli, n. 3041 del 23 gennaio 1997.

<sup>4</sup> Cfr. Le proposte governative di modifica della giustizia minorile: la novità sta nel tornare indietro, in *Minori giustizia*, nn. 1-2 del 2002 e Le ragioni di contrarietà alle proposte governative di abolizione del tribunale per i minorenni, *ibidem*, nn. 2-3 del 2002.

<sup>5</sup> V. i documenti essenziali in Cecchella (a cura di), *Il processo di famiglia: problemi e prospettive. Contributo critico al disegno legge delega di riforma*, Pisa, 2016, 63 ss.

servava all'interno della camera di consiglio l'esperto (art. 2 *sexies*) al cui parere le parti non possono né potevano contraddire. Veniva poi proposto un rito, per le controversie sulla responsabilità genitoriale presso la sezione distrettuale (art. 2 *septies*), privo di concreti principi direttivi, che rischiava di abbandonare il processo alla discrezionalità del giudice, se non addirittura alla sua libertà (con una duplicazione dei riti, rispetto alle controversie devolute alla sezione circondariale, veramente incomprensibile).

Su tale disegno di legge le varie categorie professionali tentarono un emendamento unitario, in un tavolo di discussione promosso dal C.n.f.

L'estremo tentativo di una composizione delle diverse idee, in quel dibattito degli anni 2016-2017 favorito dal Cnf, si concluse con un progetto che incontrò al termine ancora la contrarietà dell'A.i.m.m.f.<sup>6</sup>

Il modello fu il risultato dell'elaborazione, per iniziativa delle principali associazioni forensi specialistiche (in particolare Osservatorio e CamMino, con dei distinguo, anche Aiaf), che hanno approvato un documento di riforma delle competenze – sul modello del giudice di sorveglianza, con la sua articolazione collegiale distrettuale e monocratica circondariale – e del rito, con l'adesione di massima dell'A.n.m., confluito nel c.d. emendamento C.n.f., fatto proprio dalla relatrice del disegno di legge delega governativo del Ministro Orlando, Sen. Rosanna Filippin e presentato al culmine della legislatura, ma che però con il suo termine.

Anche su tale iniziativa, in occasione della quale era stata tentata uno strenuo compromesso con i magistrati minorili, si è manifestata, come si è detto, la contrarietà dell'A.i.m.m.f.

Dunque una lunga sequela di tentativi i quali, ogni qual volta toccavano la esistenza del Tribunale dei minorenni, nato da una legge del 1934, quindi del ventennio, naufragavano inesorabilmente.

## 1.2. La duplicazione dei giudici. La sua origine storica

L'incapacità del legislatore italiano, contrariamente a quanto accaduto nella disciplina dei diritti, di offrire un sistema unitario, razionale e sistematico alla giustizia delle relazioni familiari, con un giudice unico specializzato, proponendo al contrario interventi settoriali, frammentari e non coerenti, sulle fondamenta di un'impostazione positiva dovuta al ventennio

---

<sup>6</sup>Cfr. Comunicato A.i.m.m.f. sulla decisione del Ministro di stralciare dalla riforma del processo civile la parte ordinamentale relativa alla giurisdizione minorile, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it), 3 agosto 2017.

– la legge degli anni trenta<sup>7</sup>, istitutiva del tribunale speciale, e i codici degli

---

<sup>7</sup>Nel 1908 il Guardasigilli Orlando, con una circolare (11 aprile, n. 1615) rimasta nella storia della giustizia minorile, evidenziava la necessità, particolarmente nell'ambito dei procedimenti penali, di una specializzazione del giudice minorile, ma non trascurava la tutela dei diritti civili del minore, invitando il pubblico ministero ad avviare le opportune azioni a protezione del minore dalle distorsioni della potestà paterna (v. Majetti, *La circolare del Ministro Orlando circa la delinquenza dei minorenni*, Roma, 1909, 2 ss.; oppure Novelli, *Note illustrative del regio decreto 20 luglio 1934, n. 1404*, in *L'istituzione ed il funzionamento del Tribunale per i minorenni*, in *Riv. dir. pen.*, 1934, 802); l'illuminato politico liberale si è espresso esplicitamente in V.E. Orlando, *La delinquenza minorile secondo l'On. Vittorio Emanuele Orlando*, conferenza tenuta all'Istituto pedagogico forense di Milano, in *La scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale*, XX (1), Roma, 1910, 137 ss.

Nel silenzio del legislatore (lo stesso Guardasigilli istituì nel 1909 una Commissione ministeriale presieduta dal Primo Presidente della Corte di cassazione, Oronzo Quarta, che elaborò un progetto di codice per i minorenni, contenente le modifiche ordinamentali, le norme sostanziali e processuali, senza tuttavia che sia mai stato presentato alle Camere), seguì, in un ben diverso contesto storico, la circolare del Ministro Rocco n. 2236 del 22 settembre 1929 (in *Bollettino Ufficiale del Ministero della giustizia e degli affari di Culto*, Roma, 1929, 766 ss.) la quale dispose che in dieci capoluoghi di corte di appello fossero istituite delle sezioni apposite dei tribunali ordinari, a cui il procuratore generale presso la corte di appello poteva rimettere, discrezionalmente, l'istruttoria ed il giudizio nei confronti di imputati infradiciottenni così facilitando, per reiterazione di esperienze, la specializzazione dell'organo. In quel tempo, in mancanza di una risposta legislativa, si pensava comunque e sempre al tribunale ordinario, nel contesto del quale alcuni giudici togati si sarebbero visti assegnare gli affari che coinvolgevano i minorenni, in tal modo specializzandosi.

La specializzazione del giudice, nell'impostazione liberale, nasceva evidentemente dalla necessità di valutare con particolare attenzione e preparazione gli interessi del minore, alla luce anche di conoscenze non strettamente giuridiche, prevalentemente nell'ambito penale, ma anche in quello civile.

Solo nel 1934 (r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404, poi convertito, con modificazioni, nella legge 7 maggio 1935 n. 835, tutt'ora vigente nel suo impianto essenziale), in pieno ventennio, fu istituito il tribunale per i minorenni, che estese la sua competenza anche agli affari civili. L'istituzione non fu ovviamente coerente con l'idea liberale originaria di un giudice specializzato all'interno del tribunale ordinario e preferì adottare la soluzione estrema, che contraddistingueva il diritto italiano rispetto alle esperienze straniere, di un vero e proprio giudice speciale (e non semplicemente specializzato), composto sia da magistrati togati che da magistrati laici – questa l'ulteriore novità –, organizzati all'interno di un organo diverso, una sorta di “giurisdizione speciale” minorile. Il differente contesto storico in cui fu approvata la riforma non poteva attingere all'idea liberale originaria, sotto l'influenza del positivismo giuridico e filosofico, in una funzione rieducativa più che punitiva della giustizia minorile, particolarmente nell'ambito penale, sulla base della diversa sensibilità che doveva ispirare il giudicante, maggiormente attento agli interessi rieducativi del minore. Erano evidenti altre finalità tipiche del regime: l'accentuazione dei profili pubblicistici di controllo e normalizzazione della società civile, anche con strumenti diversi da quelli strettamente autoritari. Ciò spiega l'apertura verso una competenza civile, nell'ambito soprattutto della titolarità e dell'esercizio della potestà, e la partecipazione nell'organo giudicante di un giudice laico (inizialmente unito a due giudici togati, poi a partire dalla legge n.

anni quaranta – è l'unica plausibile ragione di un giudice minorile e della famiglia sdoppiato: il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario.

L'impianto del ventennio attingeva alla visione intensamente pubblicistica e autoritaria dell'epoca: quella di affidare ad un giudice, svincolato da ogni regola processuale e perciò munito della massima libertà nella scelta delle forme, un potere autoritario nella direzione e nello svolgimento del processo e nella determinazione delle regole sostanziali (destinato a sostituire il *pater familias*, nella visione gerarchica e autoritaria della famiglia dell'epoca). Si spiega solo così (in quella fase storica) l'uso – significativamente adottato parallelamente nel diritto fallimentare, che si alimentava della stessa visione intensamente pubblicistica, nel diverso ambito dell'economia e della crisi dell'impresa – delle scarse regole del processo a cui attinge la giurisdizione volontaria (il rito camerale *ex artt. 737 ss.*).

Si tratta di un modello che nella istituzione familiare non vedeva una componente intrisa di valori di libertà, eguaglianza, dignità, solidarietà, educazione e crescita del minore nella società civile, ma caratterizzata, come istituzione gerarchica, dalle prerogative del marito/padre sugli altri componenti e della scarsa o quasi inesistente considerazione di interessi meritevoli di tutela in capo al coniuge e in particolare ai figli.

Il giudice, come *pater familias*, avrebbe dovuto sostituire il padre/marito incapace di evitare la dissoluzione o la crisi. La rigorosa gerarchia che "caratterizzava" l'istituzione, sul piano della disciplina sostanziale della famiglia, anteriore alla riforma del 1975, imponeva sul piano processuale una soluzione autoritaria, nel caso di violazione della legge, svincolata dalle regole del giusto processo.

L'impostazione pubblicistica di un giudice *pater familias*, massima espressione dell'espansione dell'intervento dello Stato nella "istituzione" familiare, aveva reso necessaria una particolare sensibilità del giudicante per gli aspetti non strettamente giuridici imposti dalla crisi dell'istituzione, verso il profilo psicologico, psichiatrico e medico della crisi dell'unica relazione familiare rilevante all'epoca, quella fondata sul matrimonio.

Si giustificava così l'ulteriore aspetto della giustizia familiare minorile, costituita dalla presenza di un giudice laico, con una originale composizione paritetica del collegio di quattro membri (ciò che offre alla decisione un sapore fortemente compromissorio), di cui due togati e due laici, reclutati, nella disciplina delle origini, con criteri non del tutto coerenti alla specia-

---

1441 del 1956, in posizione paritetica all'interno di collegi formati da quattro giudici e l'uso delle forme della volontaria giurisdizione).

lizzazione psicologica e medica<sup>8</sup> che avrebbe dovuto contraddistinguere, in via esclusiva, la componente laica dell'organo.

In tal modo, con un'evidente abilità del legislatore dell'epoca, l'elemento autoritario era "mitigato" dalla componente psicologica e medica, che avrebbe dovuto indurre una particolare attenzione alle conoscenze scientifiche ed extra giuridiche.

Questa matrice storica ed ideologica dell'istituzione, pur nell'evidente diverso quadro discendente dall'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione repubblicana e delle leggi di riforma successive, dal 1975 in poi, resta oggi nella persistente continuità di un organo giurisdizionale svincolato da forme processuali e fortemente influenzato dalla componente laica.

Lo sfondo è pure, non lo si deve dimenticare, nella visione "amministrativa" e non "giurisdizionale" delle attività del giudice minorile, così come, in una significativa armonia, si contraddistingueva, prima della riforma degli anni 2006 e 2007, l'attività del giudice nel diritto fallimentare (un giudice snaturato dalle sue funzioni giurisdizionali e proiettato in quelle di amministrazione della impresa).

Lo scopo dello Stato era quello di amministrare interessi in ossequio al principio gerarchico di cui era intrisa la famiglia e paternalisticamente di imporre soluzioni coerenti con gli interessi pubblici, con conseguente funzione vicaria di giudice *pater familias*.

Almeno allora l'istituzione si manifestava una piena coerenza tra diritto sostanziale e diritto processuale, come deve essere e come la qualità, ovviamente tecnica, del legislatore dell'epoca favoriva.

In questo quadro, che è quello della legge del 1934 istitutiva del tribunale per i minorenni, si introduceva un elemento di forte contraddizione, già presente negli anni '40. Nel segno di una concezione del legislatore non del tutto coerente all'inquadramento amministrativo e non giurisdizionale dell'intervento pubblico nella istituzione familiare: si concedevano infatti spazi al tribunale ordinario in sede giurisdizionale, per alcune controversie che non fossero esplicitamente indicate come affidate al tribunale specializzato dall'art. 38 disp. att. c.c.

È la componente "liberale", che anche nella massima espansione del regime, contraddistinse i giuristi più illuminati.

Ne scaturiva, oltre all'impianto autoritario e paternalistico del tribunale per i minorenni, la ripartizione delle competenze tra due organi giurisdizionali.

---

<sup>8</sup>Basti ricordare la qualità richiesta dal r.d.l. n. 1404 del 1934, art. 2: "*benemeriti dell'assistenza sociale*".

zionali differenti: appunto il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario (con il suo bagaglio di garanzie processuali).

Questa scelta era indice, quando fu elaborata negli anni '40, di un'opzione, già maturata all'epoca, verso un processo più garantistico, quello disciplinato dal rito contenzioso del codice di rito e da un giudice integralmente professionale e certamente coadiuvato da esperti nella scienza medica, psicologica e sociologica, ma nella veste corretta di "ausiliari" e non di "giudici". In tal modo il legislatore coglieva l'esistenza *in nuce*, pur in un quadro di diritto sostanziale molto diverso, di diritti soggettivi meritevoli di tutela giurisdizionale e non solo di un intervento autoritario e amministrativo dello Stato.

Il tribunale ordinario, è bene ripeterlo, che acquisiva così le competenze sulle azioni di *status* e sul rito della separazione, giudicava in una composizione rigorosamente togata. Vi è da aggiungere che le controversie sullo *status* o quelle discendenti dalla crisi – la separazione con colpa, non essendo noto all'epoca l'istituto della separazione *tout court* o del divorzio – attingevano a forme ancor più garantistiche, in quanto volte a mutuare le regole ordinarie della cognizione, senza alcun distinguo particolare.

Ne seguiva, nell'impianto già emergente con il codice di rito del 1940 e il codice civile del 1942, una frantumazione dei giudici competenti, con una diversificazione dei riti, evidente nelle materie affidate al tribunale ordinario.

Questo modello, nato in un contesto ideologico del tutto avulso dalle soluzioni di principio che la Costituzione adotterà nel 1948, è stato nella sostanza mutuato nel sistema di giustizia minorile e familiare attualmente in vigore. Infatti la ripartizione delle competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario è rimasta. Una larga parte delle controversie nascenti dalle relazioni familiari (particolarmente il rito innanzi al tribunale per i minorenni e, seppure in parte, il rito innanzi al tribunale ordinario), è contraddistinta ancora da un rinvio mero alle scarse disposizioni degli artt. 737 e ss. c.p.c. dedicati al rito camerale; resta la composizione paritetica, con il giudice laico, del tribunale per i minorenni.

È evidente che questo modello, aderente all'ordinamento della famiglia che contraddistingueva il ventennio, non può più essere riproposto in un quadro di diritto sostanziale del tutto nuovo, dovuto ad un'evoluzione legislativa frenetica, ove il sistema muove dai diritti soggettivi che fanno capo al minore e ai componenti fragili della famiglia e tutto deve rendersi coerente alle garanzie della tutela giurisdizionale dei diritti.

### **1.3. Il problema del giudice consulente: la violazione del principio del contraddittorio**

La necessità della presenza di un giudice laico nel collegio che decideva e decide la controversia affidata al tribunale per i minorenni, che certamente può avere – ed ha – un significato differente nella parallela esperienza del giudizio penale sui reati del minore, dissoltasi la visione paternalistica e pubblicistica della famiglia, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e delle leggi successive, a partire dal 1975, incontra difficoltà di tenuta sistematica e di principio sempre più evidenti per poter essere conservata, in un'auspicata (e mai praticata in quasi un secolo) ipotesi di intervento del legislatore nella razionalizzazione e unificazione delle competenze e dei riti del processo sulle relazioni familiari.

Anzitutto l'esperienza del tribunale ordinario, pure adombrata in modo esplicito, anche nell'impianto pre-repubblicano, attraverso l'art. 38 disp. att. c.c., della cui eredità beneficia, per così dire, ancora oggi l'ordinamento, ne è conferma.

Forse che gli accertamenti e le indagini istruttorie nell'ambito della tutela dei diritti del minore sotto il profilo dell'affidamento e del collocamento, e comunque di un diritto pieno alla bi-genitorialità, pongono problematiche diverse in sede di separazione e divorzio, rispetto alle stesse problematiche poste dalle controversie sulla responsabilità genitoriale innanzi al tribunale per i minorenni?

Forse la giustizia offerta alle controversie familiari o alla crisi della famiglia dal tribunale ordinario è di diversa qualità rispetto alla giustizia offerta dal tribunale per i minorenni, tanto da rendere giustificata l'esistenza di una diversa composizione dei due organi?

Sono domande intorno alle quali deve essere condotta l'indagine.

Che diversità di una giustizia minorile con il consulente in camera di consiglio e una giustizia ordinaria, che si occupa – si badi bene – della stessa materia, con un consulente fuori dalla camera di consiglio, ausiliario del giudice sottoposto al contraddittorio delle parti? Che differenza tra il processo sulla responsabilità genitoriale, celebrato innanzi all'organo minorile, e il processo in cui si discute di affidamento condiviso o esclusivo e di rapporti tra genitori e figli, innanzi al processo ordinario, senza dimenticare la competenza attrattiva dello stesso art. 38 disp. att. c.c. nell'attuale versione?

Certamente la materia delle relazioni familiari necessita più di ogni altra dell'ausilio di cognizioni extragiuridiche, per le forti implicazioni personali

e psicologiche del conflitto, ma tale profilo, su cui vi deve essere sempre piena consapevolezza del giudicante, è risolto innanzi al tribunale ordinario in maniera corretta: l'accesso alle nozioni extra giuridiche di natura psicologica e medica nel giudizio avviene attraverso l'ausiliario del giudice, il consulente, il quale offre, attraverso la relazione peritale a cui viene incaricato, quegli elementi diversi dal diritto che il giudice intende utilizzare per dettare la regola concreta di comportamento alle parti, in cui si sostanzia il giudicato.

Tale impostazione, corretta sul piano dell'opportunità, lo è probabilmente anche sul piano della costituzionalità e dei principi.

Senza voler invocare il principio di razionalità ed eguaglianza dell'art. 3 Cost. (come può un sistema giuridico stabilire due pesi e due misure per lo stesso oggetto di giudizio?), vi è da considerare l'implicazione di quel principio, cardine del processo, che è il contraddittorio, disciplinato nell'art. 24 Cost. e, soprattutto, nell'art. 111 Cost.

L'impostazione confuta altresì la tesi, ripetuta in maniera un po' stereotipata, sulla maggiore propensione del tribunale per i minorenni verso la tutela del minorenne rispetto al tribunale ordinario, che sarebbe più adatto al conflitto familiare tra coniugi.

L'ingresso nel processo alle nozioni tecniche e scientifiche necessarie nelle forme più corrette, sul piano dei principi e delle garanzie, della consulenza, rispetto alla quale si esprime il contraddittorio delle parti, sia nella formazione della relazione peritale e sia, al suo termine, nei suoi contenuti finali, rende necessario superare il modello del tribunale per i minorenni.

Un contraddittorio che si conduce in coerente linea con il diritto di difesa e che oggi, dopo la legge n. 69 del 2009, assume forme procedurali molto peculiari (v. l'art. 195 c.p.c.).

Se sulla rilevazione officiosa della *quaestio facti* si deve condurre necessariamente, a pena di nullità, il contraddittorio delle parti, non è dubitabile che il contraddittorio si debba esprimere sulla formazione e sui contenuti finali delle regole extra giuridiche espresse dall'esperto, qualora il giudice in camera di consiglio intenda fondare su di esse il giudizio finale.

L'emersione solo in sede di camera di consiglio, in mancanza del contraddittorio delle parti, di una valutazione tecnica della controversia, è caso evidente di violazione del principio del contraddittorio, potendone discendere una "via" scelta dal giudice, sulla quale le parti non si sono potute confrontare e ciò particolarmente in una formazione del collegio dove il giudice esperto di diritto è presente come componente paritetica rispetto al giudice-consulente tecnico.

La riprova la si coglie in una norma, ispirata dai codificatori del 1940, che dimostrano, almeno nel processo comune, una invidiabile sensibilità verso le garanzie processuali, ovvero l'art. 197 c.p.c.: “*quando lo ritiene opportuno il presidente invita il consulente tecnico ad assistere alla discussione davanti al collegio e ad esprimere il suo parere in camera di consiglio in presenza delle parti, le quali possono chiarire e svolgere le loro ragioni per mezzo dei difensori*”.

Quando il legislatore del processo comune consente al consulente l'accesso alla camera di consiglio, ovvero al luogo nel quale si forma il giudizio, ad esso devono accedere anche le parti, per il sacrosanto (costituzionale) diritto di contraddire alla relazione tecnica che il consulente offre al giudice.

L'art. 197 c.p.c., ma probabilmente anche l'art. 101, 2° comma c.p.c., sul contraddittorio in relazione alle questioni che rileva l'ufficio<sup>9</sup> e, il suo antenato, l'art. 384, 3° comma, c.p.c., preceduto da alcune fondamentali pronunce del giudice di legittimità<sup>10</sup>, sono la base coerente ai principi costituzionali di una regola che rende inconcepibile l'accesso del giudice laico, ovvero del consulente tecnico, alla camera di consiglio senza il contraddittorio delle parti.

La parte può trovarsi la sorpresa di un giudizio finale che tiene conto di alcuni elementi tecnici offerti dal consulente nel solo contesto della camera di consiglio, sui quali non ha potuto condurre la propria difesa e il proprio contraddittorio, potendola offrire esclusivamente *ex post*, nel contesto delle impugnative consentite avverso la sentenza o il decreto, ciò che può condursi in sede di appello o reclamo, molto meno in sede di ricorso per Cassazione, per i noti limiti al sindacato sul giudizio di fatto che contraddi-

---

<sup>9</sup> Sulla rilevanza nell'art. 101, 2° comma, c.p.c. della questione di fatto o della questione mista di fatto e di diritto, rilevata d'ufficio, cfr. Cass., sez. un. 30 settembre 2009, n. 20395, in *Corr. giur.*, 2010, 352 con nota di Consolo; conf. tra le ultime Cass., 16 febbraio 2016, n. 2984.

<sup>10</sup> *Ex plurimis*, Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, in *Guida al dir.*, 2005, 38, 62 e Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002, I, 1, 1363 ss. con nota critica di Chiarloni, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* Tra le prime pronunce, dopo il riconoscimento legislativo dovuto al d. lgs. n. 40 del 2006, cfr., Cass., 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. it.*, 2009, 4 con nota di Giordano, *La sentenza della “terza via” e le “vie” d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una “terza soluzione” del giudice civile*. In dottrina cfr. E.F. Ricci, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750; Comoglio, *«Terza via» e processo «giusto»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755; Consolo, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 355 ss.

stingue questo organo, particolarmente dopo la novella, con la legge n. 134 del 2012, dell'art. 360, n. 5 c.p.c.

Vi è poi, e non deve essere trascurata, nella perfetta fungibilità del giudice togato e del giudice laico, la possibilità di una delega alla conduzione del processo e all'attività istruttoria, affidata al giudice laico, a questo punto, non solo affidatario di compiti di enunciazione delle regole della scienza psicologica e medica, bensì più strettamente giuridici, propri dell'organo che conduce e dirige il processo.

La delega è all'origine delle più gravi violazioni delle garanzie del giusto processo destinate presto o tardi ad essere sanzionate con l'annullamento del decreto da parte del Giudice di legittimità.

Considerazioni tutte queste che nel loro complesso, e non solo sul piano dell'opportunità, ma anche quello della costituzionalità, rendono ingiustificato sul piano dei principi, almeno nell'esperienza codicistica, la previsione di un giudice laico nel collegio.

Oltre ai principi, troppo eloquente in questa direzione l'esperienza del tribunale ordinario per non valorizzare questa impostazione. Sono affidate al tribunale comune delicate questioni di affidamento che coincidono con gli stessi casi di responsabilità genitoriale, affidati al tribunale per i minorenni, nella sua composizione mista.

#### **1.4. Il problema del contrasto dei giudicati**

La duplicazione delle competenze, oltre a rendere del tutto ingiustificata la presenza, in una sola articolazione, di un giudice laico, pone di per sé gravi difficoltà applicative, in particolare a tutela della certezza dei giudicati.

La sentenza sull'affidamento, sul collocamento dei figli e sui diritti del genitore non collocatario, ha lo stesso oggetto dei decreti sulla responsabilità genitoriale, l'uno è affidato, in sede di rito camerale, innanzi al tribunale ordinario, per i figli nati fuori dal matrimonio, o in sede di rito della separazione e divorzio, se il figlio è nato nel matrimonio; l'altro, anche dopo i recenti interventi sull'art. 38 disp. att., c.c., dovuti alla legge n. 219 del 2012 sulla filiazione, al tribunale per i minorenni.

Si tratta di questioni che hanno tendenzialmente lo stesso oggetto, in quanto riguardano la regolamentazione dei comportamenti delle parti nel rapporto tra genitori e figli, eppure sono giudicate da giudici diversi e in alcuni casi con riti diversi.

Orbene, potrebbe aversi, come si è avuto in concreto, ed è altamente probabile che avvenga, che il tribunale ordinario affidi congiuntamente il figlio ai genitori, dando collocazione preferenziale ad uno di essi e riservando ampio spazio all'altro, in un pieno esercizio della bi-genitorialità e, al contrario, il tribunale per i minorenni, magari sulla scorta di una consulenza espressa solo in camera di consiglio o di una relazione dei servizi sociali consegnata dopo l'ultimo degli atti difensivi della parte, non contraddetta quindi da alcuno, pronunci la decadenza proprio del genitore collocatario in sede di responsabilità genitoriale, ovvero un giudicato esattamente contrario.

Possiamo veramente pensare applicabili al giudicato nelle controversie sulle relazioni familiari i principi applicabili al contrasto dei giudicati nell'ambito del processo comune, ovvero, in difetto di impugnazione del secondo giudicato, ritenerlo prevalente, con una casualità tutta temporale?

Questo sistema è tollerabile nel contesto di diritti personali e sensibili che coinvolgono assai spesso persone fragili e vulnerabili come i figli minori.

A tale problematica non risponde affatto, anche alla luce di certe applicazioni giurisprudenziali, la previsione pur contenuta nell'art. 38, 1° comma, disp. att. c.c., laddove è imposta un'attrazione innanzi al tribunale ordinario delle questioni sulla responsabilità genitoriale quando penda giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c. La ragione della inidoneità di questa disposizione sull'attrazione per connessione a risolvere il contrasto di giudicati, è nei limiti della sua applicazione<sup>11</sup>.

Nonostante il legislatore affermi "l'esclusione della competenza" del tribunale per i minorenni, la giurisprudenza<sup>12</sup> ha applicato il diverso criterio della prevenzione, per cui il procedimento avviato anteriormente innanzi al tribunale per i minorenni prosegue indisturbato il suo corso se il procedimento sull'affidamento innanzi al tribunale ordinario è stato successivamente introdotto. Il legislatore nell'escludere la competenza ha però introdotto una regola differente rispetto a quella della litispendenza o della connessione. La litispendenza, la *perpetuatio jurisdictionis*, la prevenzione

---

<sup>11</sup> Certamente favorita dalla scarsa tecnica del legislatore, cfr. Danovi, *Il processo per separazione e divorzio*, Milano, 2015, 89; Tommaseo, *La nuova legge sulla filiazione; i profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2013, 252.

<sup>12</sup> Cass., 14 ottobre 2014, n. 21633, in *Fam. dir.*, 2015, 105 ss., con nota di Liuzzi; in dottrina, conf. Impignatiello, *Profili processuali della nuova filiazione. Riflessioni a prima lettura sulla l. 10 dicembre 2012, n. 219*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 724; conf. Cass., 22 febbraio 2015, n. 2833, in *Foro it.*, 2015, I, 2046.

non hanno rilievo alcuno<sup>13</sup>, ugualmente una disamina dello stato delle cause per valutare la convenienza del *simultaneus processus* ai sensi dell'art. 40 c.p.c.; se introdotta prima o dopo la causa – pilota davanti al tribunale ordinario ha sempre funzione attraente.

Ma il diritto vivente non è questo.

Il legislatore sottolinea, poi, “per tutta la durata del processo”, il che fa presagire che l'attrazione non operi nei c.d. casi di litispendenza attenuata, perché un grado di giudizio si è concluso e pende semplicemente il termine per impugnare, anche se non si è consumato, o il processo è quiescente. Qui appare doverosa la lettura ampia, che ammetta anche in questo caso l'attrazione<sup>14</sup>.

Il contrasto di giudicato si risolve in un modo solo: o attraverso l'applicazione rigorosa delle norme sulla litispendenza, per cui chi ha adito per primo prosegue e chi per secondo declina (art. 39 c.p.c.), oppure – nel segno di una disciplina razionale, unitaria e sistematica – si affidano ad un solo giudice tutte le controversie in materia di relazioni familiari.

Questo snodo non può essere più trascurato da un legislatore che tenga conto delle più elementari applicazioni del principio di certezza del diritto, particolarmente in relazione a situazioni sensibili e personali come quelle che fanno capo ai genitori e ai loro figli.

### 1.5. La disuguaglianza tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio

La ripartizione delle competenze, seppure con una certa attenuazione, dovuta alla trasmigrazione delle controversie sull'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, ex art. 316 c.c., innanzi al tribunale ordinario, dovuta alla legge sulla filiazione n. 219 del 2012, non esclude la maggiore probabilità di una regolamentazione delle controversie sull'affidamento e la

---

<sup>13</sup> La tesi è sostenuta anche da Danovi, *Il processo per separazione e divorzio*, cit., 98 ss.; conf. Lupoi, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati davanti al tribunale ordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013; in senso contrario, Durello, *La tutela processuale dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Diritto processuale della famiglia*, a cura di A. Graziosi, Torino, 2016, 100.

<sup>14</sup> È la lettura di Cass., 26 gennaio 2015, n. 1349, in *Fam. dir.*, 2015, 653, con nota di Buffone; vedine un'ampia disamina in Danovi, *Il processo per separazione e divorzio*, cit., 97. L'Autore tuttavia distingue i casi di pendenza del termine per impugnare da quello di quiescenza, dovuta a cancellazione del ruolo, perché in quest'ultimo caso mancherebbe il riferimento ad un giudice che decide il merito; la distinzione farebbe tuttavia propendere per una lettura rovesciata. La *ratio* che consente l'applicazione al primo caso fa ritenerlo applicabile ugualmente al secondo.

responsabilità genitoriale dei figli nati fuori dal matrimonio innanzi al tribunale per i minorenni, il quale viene spesso adito fuori dall'impulso delle parti private, prevalentemente dal p.m. attraverso le segnalazioni dei servizi sociali alle procure minorili.

Al contrario, la diversa vicenda della filiazione nel contesto della famiglia fondata sul matrimonio accede preventivamente, di fronte alla crisi, alle forme ben più garantistiche (e non rette dal rito camerale) del procedimento per separazione e divorzio, il quale è destinato a prevalere sulla competenza del tribunale per i minorenni.

Resta dunque sullo sfondo, anche se fortemente attenuato per l'affidamento delle controversie dell'art. 316 c.p.c. al tribunale ordinario, una ripartizione del recente passato verso un'attribuzione delle controversie minorili a differenti giudici, a seconda che il figlio sia nato nel matrimonio o fuori del matrimonio, con una discriminazione veramente intollerabile, alla luce proprio della unificazione degli *status*, dovuta alla riforma della filiazione negli anni 2012 e 2013.

## **1.6. La necessità indilazionabile di un giudice unico delle controversie sulle relazioni familiari e il problema della collegialità**

La soluzione alle gravi problematiche applicative dell'attuale sistema, denunciato nei paragrafi che precedono, può essere una sola: l'istituzione di un tribunale specializzato delle persone, dei minorenni e delle famiglie, come giudice unico delle controversie sulle relazioni familiari, conseguentemente munito di una competenza generale<sup>15</sup>.

Almeno nel settore civilistico tale giudice dovrà essere rigorosamente togato, ovvero un professionista del diritto, reclutato per concorso pubblico, il quale abbia le conoscenze per la piena applicazione delle garanzie del giusto processo, particolarmente il diritto di difendersi e di contraddire delle parti.

Le nozioni scientifiche necessarie per dettare la regola concreta al comportamento dei coniugi o dei partner dell'unione o dei conviventi e dei figli dovranno avere accesso al processo con le modalità della consulenza

---

<sup>15</sup>Di interesse il saggio di Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, in part. 36 ss., ove l'Autrice offre un modello di processo minorile, ricavandolo dalle fonti di diritto internazionale privato europeo e dalle singole esperienze nazionali, in una prospettiva comparativa.

tecnica, attraverso la nomina di esperto di conclamata preparazione ed esperienza, la cui relazione peritale, sia nella sua formazione e sia nelle sue conclusioni, dovrà essere posta al vaglio del contraddittorio delle parti. Perché così impone la Costituzione, che garantisce il contraddittorio.

Si tratta di nozioni di grande semplicità e coerenza con i principi e le garanzie del giusto processo, che il legislatore potrà finalmente far proprie (senza attendere altro tempo, essendo decorso quasi un secolo dalla istituzione del tribunale per i minorenni, avvenuta nel 1934).

Il giudice unico potrà essere poi modellato sul tribunale ordinario con sezione specializzata, sulla scia dell'esperienza del giudice del lavoro, oppure essere, al contrario, su di una duplice articolazione territoriale, circondariale e distrettuale, secondo il modello dell'ufficio di sorveglianza penale, ove il giudice circondariale va a comporre il giudice distrettuale quando investito, a cui *latu sensu* si ispira il disegno di legge approvato dal Senato e confermato dalla Camera.

Resta elemento imprescindibile, tuttavia, la istituzione di un giudice unico della famiglia e dei minori.

Vi è tuttavia un ulteriore aspetto che si è trascurato sinora, costituito dalla prossimità del giudice alla controversia. Il carattere esclusivamente distrettuale della distribuzione territoriale dei tribunali per i minorenni ha reso assai complesso il trasferimento delle parti e degli avvocati, nonché l'acquisizione dei mezzi istruttori, solo che si pensi alle testimonianze e, particolarmente, seppure non costituisca mezzo istruttorio, all'ascolto del minore.

Pertanto la riforma del giudice unico non potrà prescindere da un primo grado affidato alla articolazione circondariale, con competenza generale, come giudice della prossimità, essendo i reclami e gli appelli affidati alla articolazione distrettuale. In questo modo si potrebbe sacrificare quella collegialità in prima istanza, che si recupera in sede di impugnazione dei provvedimenti anticipatori o finali, con buona pace della spesa pubblica.

Infine, un ulteriore elemento di sapore ordinamentale, è la necessità di un'elevata professionalità specializzata del giudice (come auspicabilmente degli avvocati, ma qui il legislatore ha già avviato una strada da tempo) e ciò attraverso norme che il sistema può mutuare dalla consolidata esperienza del giudice dal lavoro, reclutati attraverso selezioni autonome, sottoposti ad una formazione specialistica, prima e durante il servizio, muniti di stabilità nell'appartenenza all'organo.

Si tratterà dunque di un tribunale munito di elevata specializzazione, nelle componenti del giudice e degli avvocati e che segue un processo dalle regole intensamente differenziate.