

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA FAMILIARE E MINORILE  
E LA FISSAZIONE DEL FATTO

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. L'inquadramento del tema della prova nella giustizia familiare e minorile risente dell'ampiezza e irregolarità del perimetro applicativo di indagine, nonché, dal punto di vista strutturale, della non sempre agevole trasposizione in tale area dei rigorosi schemi e tecniche tipici del diritto processuale. – 2. Dalla codificazione all'attualità: la sensibilità dimostrata dal legislatore verso le istanze provenienti dal tessuto sociale e le correlate tappe evolutive della normativa sostanziale ... – 3. ... alle quali ha fatto lungamente riscontro la chiusura e arretratezza della legislazione processuale. I problemi derivanti dalla eterogeneità di fonti e dal pluralismo strutturale dei modelli processuali. – 4. L'influenza determinante della giurisprudenza. Il diritto familiare e minorile quale diritto "doppiamente vivente". – 5. Certezza degli *status* e uguaglianza, diversità e fragilità quali generali criteri informativi, dalle spinte a volte anche contrastanti. Necessità di una loro compenetrazione e bilanciamento. – 6. La tradizionale regola dell'onere della prova e l'esigenza di un suo fisiologico adattamento nell'ambito dei procedimenti familiari e minorili. Le parti e il giudice di fronte alla prova nel procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie. – 7. La fissazione del fatto e il libero convincimento del giudice: variabile estensione del principio (eroso nelle azioni di stato e al contrario elevato a fattore coesenziale di decisione in alcune aree della giustizia familiare e minorile) e suo rapporto con l'equilibrio soggettivo dei poteri di iniziativa istruttoria. – 8. Un esempio illuminante: la prova dell'addebito nel procedimento di separazione giudiziale. – 9. I poteri del giudice di selezione nel processo del materiale probatorio. – 10. La peculiare declinazione, all'interno della giustizia familiare e minorile, dei mezzi di prova tipici: le prove documentali e le riproduzioni meccaniche. – 11. *Segue*: la confessione. – 12. *Segue*: il giuramento. – 13. *Segue*: la testimonianza. – 14. *Segue*: la prova indiziaria. Certezza e convinzione, probabilità e verosimiglianza nella giustizia familiare e minorile: i diversi gradienti di valutazione delle prove tra loro contrastanti. – 15. I mezzi di prova atipici: le indagini investigative. – 16. *Segue*: nuove forme di accessibilità alle fonti di prova. La circolazione dei fatti nel web e la diffusione delle conoscenze.

1. *Posizione del problema. L'inquadramento del tema della prova nella giustizia familiare e minorile risente dell'ampiezza e irregolarità del perimetro applicativo di indagini, nonché, dal punto di vista strutturale, della non sempre agevole trasposizione in tale area dei rigorosi schemi e tecniche tipici del diritto processuale*

Un lungo intervallo è trascorso da quando, alle soglie del primo conflitto mondiale, nell'introdurre quella che sarebbe divenuta una pietra miliare per lo studio della teoria della prova, Francesco Carnelutti sottolineava che il processo della conoscenza del giudice sui fatti controversi deve seguire “*mezzi determinati*” utilizzati “*secondo regole determinate*”<sup>1</sup>; e il rintocco di un secolo ha scandito il monito di Giuseppe Chiovenda, che nel battezzare la neonata *Rivista di diritto processuale* (in allora anche *civile*) ricordava come al giudice che dovesse “necessariamente applicare criterii aprioristici, formali, convenzionali” mancherebbe “il più utile strumento per la ricerca della verità, l'osservazione”<sup>2</sup>.

In questo *spatium temporis*, lungo o breve a seconda della prospettiva, i lineamenti del processo civile si sono profondamente trasformati, rendendo non più attuabile, e forse nemmeno utile, un confronto diacronico analitico e puntuale su tutti gli aspetti che nello stesso sono coinvolti. Così, se da un lato il primo riferimento alla determinatezza dei mezzi istruttori (e delle regole della loro assunzione) tendeva all'epoca a proteggere un sistema di tipicità della prova e di equilibrio tra le prove legali e il libero apprezzamento del giudice assai diverso da quello attuale, dall'altro il padre della scienza processualistica italiana moderna ricollegava l'idea dell'osservazione alla necessaria rivalutazione dell'oralità, in un'accurata difesa del processo orale nei confronti del processo scritto rivolta anche alla dimensione istruttoria del giudizio. Malgrado ciò, entrambi quei richiami mantengono intatta la loro valenza astratta, confermando quanto la formazione della prova continui in ultima analisi a essere affidata nel processo a una delicata sintesi di diverse componenti (formale, tecnica, umana), alla ricerca del più corretto equilibrio tra le attività delle parti e i poteri del giudice.

In questa prospettiva, il proposito di indagare i temi dell'istruttoria, i suoi istituti, i dubbi e gli interrogativi che inevitabilmente la relativa disciplina porta con sé, e confrontarli con l'area delle controversie familiari e minorili, alla ricerca (se possibile) di un punto di incontro – armonico e consonante – tra i due mondi, rappresenta un obiettivo ambizioso per la complessità e finanche impervietà dei possibili piani di indagine. In questo ambito, invero, il terreno sostan-

---

<sup>1</sup>F. CARNELUTTI, *La prova civile (Studi)*. I. (*Il concetto giuridico della prova*), Venezia, 1914, p. 12 (il corsivo nel testo è dell'A.).

<sup>2</sup>G. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2024, p. 17 (il corsivo nel testo è sempre dell'A.). Per la ricorrenza celebrata dalla Rivista v. S. BOCCAGNA, *Cento anni con la Rivista di diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 313 ss.

ziale nel quale il processo affonda le sue radici presenta connotati specifici, sconosciuti ad altri settori del diritto e anche nella sua declinazione processuale pare differenziarsi in modo marcato dalla logica che nel complesso sorregge il sistema. Il diritto processuale, invero, è per definizione contraddistinto da forme<sup>3</sup> e tecniche<sup>4</sup> (intese nella loro accezione pura e più nobile, evitando le derive dei formalismi<sup>5</sup> e dei tecnicismi) che mal parrebbero adattarsi ai tratti variegati e policromi che definiscono tanto l'individuo quanto le relazioni familiari, entrambi per loro natura contraddistinti da relativismi soggettivi e da correlate pressoché infinite sfumature e variabili.

Nel contempo, tuttavia, il diritto processuale resta un'area tenuta a raccordarsi in senso stretto con il diritto sostanziale di riferimento. È al riguardo universalmente condivisa l'idea per la quale la disciplina processuale rappresenti una normativa sussidiaria e secondaria, dal punto di vista teleologico finalizzata alla tutela dei diritti sottostanti e dunque agli stessi funzionale (e in tale veste anche strumentale)<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Non è certo possibile in questa sede descrivere in modo compiuto il complesso significato e ruolo delle forme nel processo civile, che lungo l'arco di oltre un secolo, a far tempo dalla pubblicazione del classico saggio di G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma, 1930, p. 353 ss., è stato oggetto di fondamentali studi. Per alcuni riferimenti, anche sull'operare di una pretesa contrapposizione tra forma e sostanza nel diritto processuale, ma altresì di una loro (se non necessaria quanto meno auspicata) compenetrazione v. ad es. *ex plurimis* G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, 1937, in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 402 ss., spec. p. 508 ss.; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile. L'individuazione della sentenza*, Milano, 1967, *passim*; M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988 ss.; S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 81 ss.; S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale e abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1281 ss.; B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 417 ss.; N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1185 ss.; S.A. VILLATA, *Contro il neo-formalismo informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 155 ss.; A. TEDOLDI, *Il processo civile telematico tra logos e techne*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 843 ss., spec. 848; R. ORIANI, *'Essere' e 'dover essere' nell'impugnazione dei provvedimenti del giudice civile*, Napoli, 2023; A. PROTO PISANI, *Vittorio Coesanti: processo e diritto sostanziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1182 ss., spec. p. 1192; G. VERDE, *Le forme. Ah! Che c'è oltre le forme? (Leggendo l'ultimo libro di Renato Oriani)*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 122 ss.; L. DI COLA, *Provvedimento anomalo e processo civile*, Napoli, 2024, spec. p. 416 ss.

<sup>4</sup> Il riferimento va in questo caso al classico studio di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 693 ss.

<sup>5</sup> V. in proposito S. SATTA, *Il formalismo nel processo*, ora in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 44 ss., che separa e differenzia tra loro gli aggettivi formale e formalistico, sottolineando che il primo tende a descrivere l'essenza delle cose (ricordando Dante, *Paradiso*, I, 104 "e questo è forma – che l'universo a Dio fa simigliante", nonché Id., *Paradiso*, III, 79, "anzi è formale ad esto beato esse"), mentre il secondo ha il significato "empirico di esteriorità a cui non corrisponde nessuna essenza".

<sup>6</sup> In questo senso cfr. *ex plurimis* S. SATTA, *La tutela del diritto nel processo*, ora in *Soliloqui e*

Per questa ragione, il processo non può mai prescindere dalle qualità dei di-

---

*colloqui di un giurista*, cit., p. 32 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, 15<sup>a</sup> ed., Milano, 2024, p. 3; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 25<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 4 ss.; S. MENCHINI, *Diritto processuale civile. I. Parte generale*, Torino, 2023, p. 3. Per ulteriori riflessioni sull'argomento v. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014, p. 5 ss., laddove afferma che "lo studio del d.p.c. è principalmente il riesame della disciplina del diritto privato sostanziale attraverso l'ottica privilegiata che offre il processo", il che equivale, in altri termini, a vedere "il diritto civile nel momento in cui occorre riaffermarne la vigenza attraverso l'intervento del giudice"; nonché A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 1 ss., laddove pone l'accento sulla strumentalità del processo e sulla necessità che questo assicuri la più ampia tutela del diritto sostanziale, con riferimento a ogni singola "categoria" di quest'ultimo, soprattutto nel senso di strumento atto ad accordare a chi vanta un diritto, nei limiti del possibile e del lecito e seguendo la nota impostazione chiovendiana, tutto quello e proprio quello che ha diritto a conseguire. Secondo l'impostazione tradizionale, il diritto processuale è dunque chiamato a svolgere una funzione (meramente o quanto meno principalmente) di appoggio e "servizio", essendo rivolto ad apprestare una specifica salvaguardia per le situazioni soggettive meritevoli di tutela lese o anche soltanto minacciate. In questa prospettiva, il flusso della relazione tra i due mondi parrebbe dunque univocamente direzionato, dal processo verso il diritto sostanziale, poiché il primo rappresenterebbe nella sostanza soltanto un mezzo (o, in altri termini, uno strumento in senso stretto), ma l'obiettivo finale dovrebbe sempre trovare il suo fondamento nel diritto sostanziale. A ben vedere, tuttavia, l'impostazione tradizionale pecca per difetto, in quanto il processo non esaurisce la sua funzione nella sola tutela dei sottostanti diritti, né si rivolge al solo risultato statico al quale pure tende (il fine ultimo della decisione, che attraverso la formazione della cosa giudicata acquista il crisma della definitività e torna in definitiva a far parte del rapporto sostanziale che lega le parti), ma costituisce un fenomeno assai più articolato e complesso, volto a individuare una regola per la soluzione dei conflitti e per salvaguardare l'effettività delle relazioni nei contesti di crisi. In tal senso, approntando vie di tutela *ad hoc* e modificando l'*iter* attraverso il quale tale tutela viene erogata, di fatto il processo finisce per intervenire anche sulla stessa realtà sostanziale e in particolare sul modo di essere dei relativi istituti, contribuendo a meglio delineare le caratteristiche dei diritti, dei rapporti e delle ulteriori situazioni giuridiche soggettive che ne costituiscono oggetto, anche modificandoli e rafforzandoli. Così ragionando, dunque, ben si può cogliere l'idea per cui la relazione tra diritto sostanziale e processo non deve essere impostata seguendo un'unica direzione, né conosce a ben vedere una netta prevalenza gerarchica: diritto e processo sono in effetti entrambi fondamentali e imprescindibili l'uno all'altro, e la relazione che tra loro si genera è reciproca e (*si licet*) osmotica. Questo legame di mutuo scambio è particolarmente evidente nel campo del diritto di famiglia, nel quale forse più che in ogni altro il diritto risente dell'evoluzione del sottostante tessuto sociale e del costume e modo di sentire della collettività, che, in ultima analisi, non è altro se non la *summa* delle esperienze dei singoli individui (per l'intrinseca variabilità del diritto di famiglia v. già A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1937, p. 266 ss.). Ne consegue che se da un lato il diritto sostanziale si trasforma e richiede costantemente nuove regole e discipline e con esse anche tutele formali, dall'altro proprio queste ultime, attraverso una organizzata serie di regole e istituti processuali (quali, a titolo soltanto esemplificativo, i termini processuali, i poteri officiosi del giudice, le garanzie delle impugnazioni, gli effetti dei provvedimenti e il loro regime di esecuzione/attuazione) assumono a tal punto carattere preminente da poter influenzare e addirittura modellare gli istituti che le legittimano e le situazioni giuridiche che ne costituiscono oggetto. Per queste riflessioni v. F. DANOVÌ, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 73 ss.

ritti e delle altre situazioni soggettive che lo stesso è volto a proteggere, e anzi ne deve evidenziare, comprendere e (*si licet*) interiorizzare anche le singole specificità. Ciò risulta tanto più agevole in quanto il diritto processuale è per definizione anche un diritto convenzionale, che risente di sottostanti istanze e spinte, che ben possono variare in dipendenza dei contesti geografici, culturali e politici di riferimento e con essi dell'evoluzione storica dei vari sistemi giuridici<sup>7</sup>.

E ancora, la disciplina propria dell'*iter iudicii* non è contraddistinta soltanto da regole formali e tecniche, ma da una più ampia ed elevata cornice di canoni e principi, che hanno un fondamento valoriale e sono volti a proteggere non soltanto i diritti sottostanti, ma altresì quelle irrinunciabili garanzie che già appartengono *ab interno* all'essenza stessa del processo. È a tutti noto, sotto questo profilo, il cambiamento non puramente nominalistico intercorso nel nostro ordinamento nel secolo scorso, con il passaggio – o meglio l'evoluzione – dalla locuzione *procedura civile* al più denso sintagma *diritto processuale civile*<sup>8</sup>, proprio a sottolineare che anche l'area del processo non può prescindere da una costante attenzione alla dimensione etica e valoriale<sup>9</sup>, imprescindibile guida nella scel-

---

<sup>7</sup> Per alcune settoriali (nel tempo o nello spazio) specificazioni di tale enunciato, particolarmente rilevanti in relazione al tema dell'indagine, v. ad es. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità di Italia ad oggi. Parte prima: dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità". Centralità del "rapporto" e "primato" della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1043 ss.; Id., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità di Italia ad oggi. Parte seconda: "pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1287 ss.; L. GARLATI, voce *Rapporti tra coniugi (evoluzione storica)*, in *Enc. dir., I tematici, IV, Famiglia* diretto da F. MACARIO, Milano, 2022, p. 1103 ss.; ID., *Le relazioni familiari nell'esperienza giuridica italiana tra otto e novecento. Storia di disuguaglianze e asimmetrie tra diritti riconosciuti e negati*, in G. LA ROCCA, E. BILOTTI, V. PICCININI (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*. Milano, 26-27-28 gennaio 2023, Torino, 2024, p. 3 ss.

<sup>8</sup> Per questo processo di trasformazione, non soltanto lessicale ma altresì concettuale, v. S. SATTÀ, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 28 ss.; ora in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 100 ss.; E. FAZZALARI, *Chiovena e il sistema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 287 ss.; F. CIPRIANI, *Il «Diritto processuale» e il «metodo veramente scientifico»* (Lessona, Chiovena e la cattedra di Napoli), in *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, p. 89 ss.; F. DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, p. XVII, 210.

<sup>9</sup> La dimensione valoriale del giudizio civile è stata in particolare indagata nell'ambito dell'abuso del processo, argomento del quale, in aggiunta ai saggi più risalenti (G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 582 ss.; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nei processi civili e nella legge professionale forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 257 ss.; S. PATTI, voce *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.) vi è stata in epoca recente una vera e propria riscoperta attraverso una serie di approfonditi studi, per i quali v. in particolare G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *www.judicium.it*, 2013, p. 1 ss.; ID., *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1085 ss.; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, *passim*; EAD., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, *passim*; EAD., *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in

ta dei mezzi, delle modalità e dei fini che sorreggono le azioni umane. In questa prospettiva, anche il diritto processuale civile partecipa della generale funzione valutativa e di indirizzo che appartiene all'universo del diritto.

Vi è poi un'ulteriore, sottostante difficoltà metodologica nella direzione alla quale è avviata l'indagine, legata alla circostanza per la quale non è agevole de-

---

*Riv. dir. proc.*, 1998, p. 196 ss.; EAD., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 445 ss.; EAD., *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 362 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I-II, Padova, 2000, *passim*; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249 ss.; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *L'abuso del processo. Atti del XXVIII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Urbino 23-24 settembre 2011*, Bologna, 2012, p. 49 ss.; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 459 ss.; ID., *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 23-3-2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 62 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 787 ss.; ID., *Spunti in tema di «Legal Ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 261 ss.; ID., voce *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, III, 1, Milano, 2010, p. 1 ss.; A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 193 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, cit., p. 435 ss.; ID., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, cit., p. 19 ss.; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, *passim*; L.P. COMOGGIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 ss.; ID., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 591 ss.; ID., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, *passim*; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 297 ss.; M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 556 ss.; M. BRUNIALTI, *Abuso del processo e credito solo parzialmente certo e liquido*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 173 ss.; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 91 ss.; ID., *Sul c.d. abuso del processo*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, cit., p. 157 ss.; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 993 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, *passim*; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002, *passim*; V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 502 ss. Il tema si collega e si interseca anche con quello dell'individuazione di un vero e proprio dovere di verità, profilo, questo, sul quale si avrà modo di ritornare più volte nel corso dell'indagine, e per il quale v. sin d'ora *ex plurimis* A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 47 ss.; ID., *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 491 ss.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, *passim*; ID., *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in *Corti fior.*, 2023, p. 39 ss.; ID., *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in *Foro it.*, IV, 2015, c. 198 ss.; ID., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo sguardo. Riv. fil.*, 2012, p. 95 ss.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato. Diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, spec. p. 231 ss.

limitarne con precisione il perimetro sostanziale di riferimento. Il diritto delle persone, dei minori, e della famiglia (*rectius*, come si dirà in seguito, delle famiglie<sup>10</sup>) è invero contraddistinto da una molteplicità di temi che spaziano dalla prospettiva degli *status* (già di per sé complessi in quanto atti a descrivere l'individuo non soltanto *ab interno*, ma anche nella sua proiezione verso altri soggetti e verso l'ordinamento, e tali da dare vita a un caleidoscopico fascio di diritti e ulteriori situazione soggettive), alle relazioni personali e familiari, delle quali l'ordinamento è chiamato a disciplinare in modo dinamico tanto il momento formativo quanto quello patologico<sup>11</sup>. Siamo dunque in presenza di un territorio che ha tutta l'aria di non essere protetto da linee e regole che aiutino a tracciarne con precisione i confini (o forse piuttosto le coste, ricordando la celebre immagine dell'isola di Arturo Carlo Jemolo, che il mare del diritto può "lambire, ma lambire soltanto"<sup>12</sup>).

Confluiscono in effetti nella giustizia che riguarda le persone e le famiglie tutte le ipotesi in cui la tutela giurisdizionale è finalizzata a incidere sugli *status* personali, con portata *stricto sensu* costitutiva, ma altresì modificativa o estintiva (e dunque demolitoria), i giudizi volti ad attivare gli istituti di protezione degli incapaci (interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno), il contenzioso tra coniugi e tra genitori non legati da matrimonio, e oggi anche tra gli uniti civilmente, non soltanto di natura personale, ma altresì economico-patrimoniale, nonché la fitta selva di procedimenti di volontaria giurisdizione che riguardano le persone o le relazioni familiari (un elenco completo dei quali riuscirebbe pressoché impossibile). Un posto *ad hoc* (in una sorta di settoriale *species* rispetto al più ampio e ricomprendente *genus*) spetta poi alla giustizia minorile, nell'ambito della quale rientrano, come è stato sottolineato dal Giudice delle Leggi<sup>13</sup>, tutti i procedimenti che hanno ad oggetto i "preminenti personalissimi diritti" del minore, e che assumendo lineamenti variegati e forme eterogenee, attribuiscono a detta nozione confini estesi e (occorre ammetterlo) irregola-

---

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, in questo cap., par. 3.

<sup>11</sup> Tra i molteplici richiami proponibili v. ad es. N. LIPARI, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, Milano, 2022, p. 417 ss.; G. BEVIVINO, *Introduzione "critica al diritto di famiglia. Regole e tendenze del moderno diritto delle relazioni familiari"*, Torino, 2024, p. 1 ss.

<sup>12</sup> Cfr. A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 57 ss. Per una recente ripresa e revisione di tale prospettiva v. S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 507 ss.

<sup>13</sup> Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1264 ss.; in *Foro it.*, 2011, V, c. 1289 ss.; in *Giust. civ.*, 2011, 4, p. 833 ss.; in *Fam. e dir.*, 2011, p. 547 ss., con nota di F. TOMMASO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; in *Guida al dir.*, 2011, n. 13, p. 28 ss., con nota di M. FINOCCHIARO, *Nel giudizio sul riconoscimento del figlio naturale via libera al curatore speciale per l'infrasedicenne. Un'interpretazione opposta della disposizione che crea una nuova norma nell'ordinamento.*

ri<sup>14</sup>. L'ambito della giustizia minorile spazia così da procedimenti di mero controllo formale (autorizzazioni a compiere atti per minore, rilascio del passaporto, autorizzazioni in ambito successorio), ad altri volti a disciplinare le conseguenze derivanti sul minore dalla patologia corrente dell'unione familiare (con le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale e le modalità di frequentazione tra genitori – coniugati o meno – e figli, in tutte le ipotesi di processi che riguardano la crisi familiare), ad altri provvedimenti maggiormente invasivi, come quelli adottabili nei giudizi *ex artt.* 330 ss. c.c., volti a deviare dal modello legislativo della responsabilità genitoriale, sospendendola o addirittura elidendola, per arrivare infine ai giudizi sullo *status filiationis* o per la dichiarazione di adottabilità, in cui l'intervento giudiziale è il più grave e profondo, poiché l'accoglimento della domanda incide sullo *status*<sup>15</sup> comportandone l'elisione

---

<sup>14</sup>Cfr. F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 409.

<sup>15</sup>Secondo la concezione tradizionale, la tutela giurisdizionale può avere ad oggetto diritti, rapporti giuridici e *status* personali, e con riferimento a questi ultimi presenta innegabili peculiarità dal punto di vista della finalità, della struttura e degli effetti. Al riguardo, e per le rare specifiche eccezioni, cfr. *ex plurimis*, E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 20, secondo il quale “Per quanto concerne le situazioni accertabili” “vige nel nostro sistema il generale principio della accertabilità dei diritti soggettivi. Questa regola, già preesistente alla entrata in vigore della Costituzione, ha assunto con la Costituzione stessa il ruolo di garanzia fondamentale non derogabile neppure dalla legge (art. 24, 1° co., Cost.). Ciò significa che un mezzo per l'accertamento è in ogni caso presente; e nell'ipotesi di mancanza di un procedimento *ad hoc* è disponibile l'ordinario processo di cognizione come canone di chiusura”; accanto ad essi, oltre a situazioni eccezionali (come la querela di falso e il giudizio di verificaione della scrittura privata, nei quali l'accertamento ha ad oggetto meri fatti giuridici, o ancora come le ipotesi di accertamento di situazioni giuridiche preliminari, come la nullità di un contratto), figurano poi “anche le ipotesi, nelle quali si prevede l'accertamento di uno “status”. Rispetto a tali ipotesi vige in primo luogo un principio di necessaria tipicità e non già di atipicità (precisa sempre E.F. RICCI, *op. loc. cit.* “Ci pare che la configurazione dell'accertamento come tutela generale possa essere accolta solo con riferimento ai diritti soggettivi, e che l'accertamento delle situazioni non configurabili come diritti debba essere limitato ai casi tipici previsti dal legislatore. Prima di giungere a questa conclusione, abbiamo non poco esitato. Le classiche pagine chiovendiane sulla tutela di accertamento come tutela generale potrebbero infatti (se intese in tutte le loro possibili implicazioni) avvalorare l'idea di una attitudine all'accertamento come predicato di qualsiasi situazione giuridica”; “Ma in realtà l'intera esposizione chiovendiana è centrata sull'accertamento dei rapporti tra soggetti, e quindi dell'esistenza o inesistenza dei diritti: tanto che l'estensione del discorso oltre tale ambito è forse ingiustificata; ed alla prudenza induce il rilievo che anche nel sistema tedesco, in sede di commento al ricordato § 256 ZPO, si manifesta anche un orientamento restrittivo”; “Il fatto è che, se non si parla di diritti soggettivi, l'ammissibilità dell'accertamento non dipende da una esigenza di tutela, ma da un più mutevole apprezzamento di opportunità e convenienza; e pensare che i casi consentiti siano solo quelli previsti risponde alla più prudente visione delle cose. In ogni caso, su questo tema l'accertamento non è garantito dall'art. 24, 1° co., Cost.”. Negli stessi termini v. anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 7ª ed. a cura di V. COLESANTI, E. MERLIN, E.F. RICCI, Milano, 2007, p. 142 ss. Con specifico riferimento ai diritti inerenti agli *status* valgono poi le riflessioni di L. QUERZOLA, *Riforma della filiazione e processo: nuove sfumature delle categorie giuridiche tradizionali?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013,

(alla quale può eventualmente accompagnarsi, nel caso della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità o del procedimento di adozione, la formazione di un nuovo *status*)<sup>16</sup>.

In questa prospettiva, quando il diritto processuale si interseca con la complessa area del diritto delle persone, dei minori e delle famiglie, non può che avvertire una più marcata necessità di adattamento (ovvero, in altri termini, una

---

p. 1041 ss., per la quale “nel caso della separazione, del divorzio, dell’interdizione, dell’inabilitazione, dell’adozione, e via discorrendo, il provvedimento del giudice che ha natura, contenuto e finalità tipicamente costitutivi ai sensi dell’art. 2908 c.c., andando ora a costituire ora a modificare ora ad estinguere un rapporto giuridico, è un provvedimento che, partendo sempre dalla verifica di una situazione di fatto (ad esempio e in sintesi, l’intollerabilità della prosecuzione della coabitazione fra coniugi per la separazione, il decorso del tempo necessario dalla pronuncia del provvedimento di separazione per il divorzio, le condizioni fisio-psichiche del soggetto per l’interdizione o certi comportamenti pregiudizievoli per l’inabilitazione, lo stato di abbandono di un minore e le condizioni degli aspiranti genitori per l’adozione) crea, cioè tecnicamente costituisce, la corrispondente situazione di diritto e/o di rapporto giuridico”. In generale, sulla complessità dell’area della tutela costitutiva v. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, I, diretto da A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1999, *passim*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2023, p. 29 ss.; ID., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 44 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 60 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.; R. TISCINI, *Riflessioni sparse intorno alla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1231 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1994, p. 17 ss.; C. FERRI, *Profili dell’accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 259 ss.; ID., voce *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, X, Milano, 1988, p. 1 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, *passim*; R. MURONI, *L’azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, p. 21 ss.

<sup>16</sup>Le più approfondite indagini volte a individuare l’ambito della giustizia minorile e le molteplici questioni interpretative che al suo interno si pongono si devono agli studi di F. TOMMASEO, fra i quali v. *ex plurimis*, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 583 ss.; *Il processo minorile e il diritto di difesa*, in *Studium Juris*, 2001, spec. p. 293 ss.; *Processo minorile, forme camerali e «mistica del giusto processo»*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 321 ss.; *Il diritto processuale speciale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 305 ss.; *Profili processuali dell’adozione in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 399 ss.; *L’interesse dei minori e la nuova legge sull’affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 295; *Le nuove norme sull’affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 388 ss.; *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 409 ss.; *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 453 ss.; *La Cassazione sull’audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 884 ss.; *La disciplina processuale sull’audizione di minori*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 197 ss.; *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, cit., p. 254 ss.; *La Cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 678 ss.; *Nuove regole per il processo civile e controversie in materia familiare e minorile*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 653 ss.; *Ancora sulla curatela del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 808 ss.; *Giustizia minorile: ancora un’esclusiva pronuncia della Consulta sulla disciplina delle competenze in materia di filiazione naturale*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 222 ss.; *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, cit., p. 547 ss.

ancor più spiccata strumentalità). In questi casi, invero, è necessaria un'attenzione elevata e costante al dettaglio, alla moltitudine e particolarità dei profili che riguardano l'ordinamento della famiglia (o, come pure si definisce, la famiglia-ordinamento<sup>17</sup>), che ricomprende in sé gli individui e le relazioni familiari, le molteplici declinazioni soggettive che li contraddistinguono, le disuguaglianze (*sub specie*, in particolare, di fragilità e più intense esigenze di tutela) che sovente a queste si accompagnano. Sorge, in ultima analisi, un'esigenza di differenziazione anche delle tecniche di tutela. In questo senso il binomio tecniche processuali/sottostanti tutele deve essere sottolineato quasi fosse un fisiologico moto oscillatorio, del quale è necessario prendere atto per rinvenire un corretto equilibrio tra spinte non necessariamente contrastanti, ma neppure sempre dirette in modo omogeneo<sup>18</sup>. Il processo, invero, è per definizione contraddistinto da una tensione tra il suo *modus procedendi* e i suoi obiettivi, da una stretta compenetrazione tra forma e sostanza, tra regole interne che potrebbero sembrare convenzionali e astratte e concreti diritti da salvaguardare. Si tratta di un dissidio solo apparente, che può e deve essere composto tenendo conto delle caratteristiche delle sottostanti situazioni oggetto della tutela giurisdizionale, e seguendo una particolare specifica declinazione laddove il giudizio involga soggetti fragili e privi di personali strumenti di difesa, quali sono ad esempio e per definizione i minori. All'analisi di questi problemi è dunque rivolta l'indagine.

## 2. Dalla codificazione all'attualità: la sensibilità dimostrata dal legislatore verso le istanze provenienti dal tessuto sociale e le correlate tappe evolutive della normativa sostanziale ...

La vitalità del diritto si esprime in molteplici direzioni. Il diritto risente invero della determinante influenza dello spazio e del tempo, poiché ogni ordinamento ha una sua precisa estensione e anche una sottostante logica di esistenza (ovvero, in altri termini, una sua declinazione) in uno specifico contesto temporale. La storia e l'esperienza dimostrano che gli ordinamenti giuridici risentono

---

<sup>17</sup>In questo senso v. C. GRASSETTI, voce *Famiglia (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 49; C. CARDIA, *L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la dissolubilità del matrimonio*, in AA.VV., *Studi sul divorzio*, a cura della Cattedra di Diritto ecclesiastico dell'Università di Roma, Padova, 1972, p. 227; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità di Italia ad oggi. Parte prima: dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità". Centralità del "rapporto" e "primato" della persona*, cit., p. 1044.

<sup>18</sup>Sul tema il primo riferimento è al già citato saggio di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 693 ss.; ma sul rapporto intercorrente tra i modelli processuali e le sottostanti situazioni giuridiche sostanziali v. anche G. COSTANTINO, *Note su tutela dei diritti e regole del processo*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e le regole del processo. Atti del XXXI Convegno Nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2019, p. 21 ss.