Opera stampata con il contributo di

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

FONDAZIONE DEL
MONTE
1473

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2010 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-520-7

Impaginazione: Lucia Bottegaro
Stampa: Editografica (Rastignano)
Prima edizione: marzo 2010

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXLI

LEA QUERZOLA

IL PROCESSO MINORILE IN DIMENSIONE EUROPEA

Bononia University Press

Al Principe Blu

Vivere un'esperienza paragonabile
a quella che si cela nelle stanze della casa
da cui ci siamo allontanati. Tale esperienza
è l'infanzia. È il ricordo dell'attesa. È ciò
che sta in fondo a ogni vita. Resta impresso per sempre
nella nostra memoria […]. È questo che amiamo, che
cerchiamo per tutta la vita e forse soltanto l'amore è in
grado di restituire un po' di quest'attesa piena di trepidazione
e di speranza… l'amore intendo, non soltanto il letto
e tutto ciò che vi è connesso, bensì i momenti in cui
due persone si cercano, l'attesa e la speranza che le attraggono
l'una verso l'altra […] e forse non si può nemmeno definire
amore un sentimento che non sia stato purificato
dal fuoco dell'attesa […].

Sándor Márai, *Az igazi*

Parte I

INTRODUZIONE

Capitolo I

INQUADRAMENTO DEL TEMA FRA DIRITTO E ALTRE SCIENZE

"Il matrimonio, dunque […] un problema. Divenuto problematico, ai nostri giorni, come tutto il resto. […] Son brutti tempi i nostri, in cui le cose più necessarie, gli ordinamenti più elementari sembrano divenire impossibili, impossibili dal di dentro, dall'intimo stesso dell'uomo, che è di per sé stesso un essere problematico, legato alla natura, obbligato verso lo spirito, una creatura vessata dalla propria coscienza, costretta all'ideale e all'assurdo, con la tendenza a segar sempre il ramo sul quale è seduta".

Thomas Mann, *Sul matrimonio*

1. *La crisi degli adulti catapulta il minore nel mondo del processo*

Sono state scritte pagine così interessanti sull'universo che ha generato il microcosmo di cui andrò ad occuparmi, che non posso fingere di non averle incontrate sul mio sentiero, e desidero invece fortemente metterle sul piatto della discussione, che non può che essere interdisciplinare[1]. Questa parola porta con sé il rischio dell'inciampo o, nella peggiore delle ipotesi, della caduta rovinosa; ma credo che, trattando il tema con la necessaria ed opportuna prudenza, questi inconvenienti possano essere evitati, specie se si leggeranno queste righe con la benevolenza che si riserverebbe al pittore che, prima di concentrarsi sulla tela e por mano solo a

[1] La "pluridisciplinarité" è la prima specificità di questa materia anche per Meulders-Klein, *Quelle justice pour les familles?*, in Aa.Vv., a cura di Id., *Familles & justice*, Bruxelles-Parigi, 1997, p. 3 ss., spec. p. 5.

pennelli e colori, desidera invece occuparsi per qualche momento della cornice.

Entrando immediatamente nel vivo del tema che vorrei sviluppare in queste pagine, non si può non focalizzare l'attenzione su un dato apodittico che, in quanto tale, per definizione non richiede alcuna dimostrazione: il minore arriva a lambire il territorio del processo in conseguenza dello sfaldamento delle relazioni fra gli adulti, essenzialmente i genitori. Questa crisi diffusa nei rapporti interpersonali e di coppia è stata messa in luce dagli studiosi di diverse discipline.

Osservando le principali caratteristiche delle relazioni familiari all'inizio del terzo millennio, nel panorama condiviso dagli scienziati europei si evidenziano alcuni tratti dominanti, che si possono così sinteticamente individuare[2]:

– innanzitutto, il passaggio dalla famiglia multigenerazionale alla famiglia nucleare;

– contemporaneamente e progressivamente, l'affermazione del principio di uguaglianza dei coniugi, con la conseguente maggior presa di coscienza, da parte del singolo, dei propri diritti come persona;

– infine, il mutamento della relazione tra genitori e figli, rappresentato essenzialmente dal tramonto dell'autorità all'interno della famiglia[3] e dal riconoscimento della personalità del minore, nell'aumento dell'attenzione per i suoi bisogni e le sue aspirazioni.

Per quanto impressionante, la fenomenologia ora descritta è

---

[2] In questo senso e ampiamente v. Patti, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, p. 529 ss., spec. p. 537. Per un'analisi relativa al diritto interno, v. Frezza, *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 3 ss.

[3] Non si può qui approfondire l'argomento, che tuttavia ha un peso assai rilevante nelle modificazioni del costume sociale descritte; mi riferisco al tema del declino dell'autorità nella famiglia, in ordine al quale osserva Ferri, *Potestà dei genitori*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1988, p. 1, che "ogni organismo sociale abbisogna di un ordine interno. […] Anche la società più democratica e più rispettosa della persona umana non può prescindere dall'esistenza, al suo interno, di un'autorità, cioè di un soggetto o di soggetti investiti di potere. […] Poiché la famiglia è indiscutibilmente una società, non può non essere dotata di poteri. La potestà dei genitori soddisfa dunque questa esigenza di ordine, propria di ogni forma, anche elementare, di società". Sul tema v. anche Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 207 ss.

soltanto, forse, la punta dell'*iceberg*. Ad avviso della dottrina più autorevole, infatti, il corpo centrale e più massiccio del problema, da cui si dipanano i tentacoli sopra ricordati, è un altro, ovvero una maggiore tensione del singolo verso la ricerca della felicità individuale o, almeno, del benessere[4]. Il crescente riconoscimento dei diritti individuali, unitamente all'abbandono di una visione istituzionale della famiglia, sono i parametri ispiratori dei mutamenti del diritto di famiglia avvenuti negli ultimi decenni: i diritti dei singoli hanno così ricevuto una protezione sempre più estesa, a scapito delle ragioni dell'istituto familiare in sé e per sé considerato[5].

Su questo punto l'analisi dei più raffinati intellettuali, appartenenti alle diverse discipline, converge. Come è stato notato mirabilmente, nell'età della tecnica, dove sembrano frantumati tutti i legami sociali, l'amore, più che una relazione all'altro, appare come un culto esasperato della soggettività, in perfetta coerenza con l'esasperato individualismo serpeggiante nella nostra cultura, per cui l'altro è solo un mezzo per l'accrescimento di sé[6]. A questo cambiamento, che più opportunamente potrebbe definirsi stravolgimento, del concetto di "amore", fa da *pendant* necessario l'altro diabolico inganno dei tempi moderni: l'illusione generata da una mal interpretata nozione di *libertà*.

Stretti sono gli anelli della catena: nella cultura del consumo, ove non c'è nulla di durevole, la libertà non diventa più la scelta di una linea d'azione che porta all'autorealizzazione, ma è la *scelta di mantenersi aperta la libertà di scegliere*, così che la trama illusoria della "libertà di scelta" si traduce in una "astensione dalla scelta". E comunque, anche laddove si faccia una scelta, i rapporti personali seguono lo schema dei prodotti di consumo: l'amico, l'amante, il coniuge, sono suscettibili di una sostituzione immediata, non

---

[4] V. Patti, *op. cit.*, p. 537.

[5] Così efficacemente e con toni analoghi A. Finocchiaro, *Le prospettive europee del diritto di famiglia*, in Aa.Vv., a cura di Andrini, *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 1 ss., spec. p. 2; Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005², pp. 29-30 (ad avviso dell'a., peraltro, il processo di valorizzazione della sfera individuale sembra tutt'altro che giunto a compimento, anche a livello comparatistico); Id., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 370 ss., spec. p. 370.

[6] Così Galimberti, *Le cose dell'amore*, Milano, 2005, p. 14.

appena si offrano opportunità all'apparenza più vantaggiose[7]. Anche alla persona si inizia ad applicare il concetto di utile/inutile, sapientemente definito "l'elemento diabolico della vita"[8].

Avviene così che la libertà, l'individualismo, l'idea del "diritto alla felicità" favoriscono lo scontento, il desiderio di liberazione[9]; la visione privatistica della relazione di coppia (che si manifesterebbe in specie nella negoziazione preventiva e nella fase di mediazione successiva all'insorgere del conflitto familiare) e la svalutazione del matrimonio, destinato a divenire sempre più un'unione la cui finalità essenziale è costituita dal soddisfacimento di esigenze personali, portano con sé la conseguente possibilità di rimuoverlo una volta che tale obiettivo non sia realizzabile[10].

Ancora e con altri termini, evidenziando una linea di tendenza che viene definita "indiscutibile" e riferita ormai a tutti i paesi dell'Unione europea, si è affermato che la tutela dei rapporti familiari viene fondamentalmente riferita alle posizioni individuali caratterizzate da rapporti sentimentali, affettivi, sessuali, di reciproca dedizione e mutuo aiuto, senza alcun riferimento diretto ad una garanzia del gruppo in quanto tale, inteso genericamente come luogo in cui quelle posizioni possano risultare protette o compromesse[11].

Ecco dunque che la scelta dell'impegno, e dell'impegno che si protragga nel tempo, diviene impossibile. La difesa della libertà

---

[7] Ancora Galimberti, *op. cit.*, p. 137, ove l'a. poi conclude: "Ma là dove la scelta non implica più effetti irrevocabili, là dove non muta il corso delle cose, perché tutto è intercambiabile, allora è l'idea stessa di scelta che nega la libertà che pretende di sostenere".

[8] Da Satta, *Il giorno del giudizio*, ristampa, Milano, 2001, p. 94 (precisamente, scrive l'a., "il senso dell'utile e dell'inutile è estraneo a Dio e ai bambini: esso è l'elemento diabolico della vita").

[9] Sono parole di Thomas Mann, *Sul matrimonio*, ristampa, Milano, 1993, p. 46.

[10] V. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Familia*, 2003, p. 123 ss., spec. p. 161. Sulla "privatizzazione" del diritto di famiglia, v. anche Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trenta anni dopo*, in Aa.Vv., a cura di Mariani-Passagnoli, *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova 2007, p. 1 ss. Nello stesso senso la dottrina sociologica, v. per tutti Donati, *La famiglia come relazione sociale*, Milano, 1992, *passim* e spec. p. 46, ove l'a. sottolinea come "la crescente privatizzazione della famiglia consiste nel fatto che la società contemporanea tende a rappresentare e legittimare la famiglia *essenzialmente* come sfera delle relazioni espressivo-comunicative libere da qualsiasi responsabilità pubblica".

[11] Così Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, p. 1 ss., spec. p. 9.

personale si spinge al punto di essere disposti a vederla "ingabbiata in un impegno solo a patto che questo sia frutto di una contrattazione che veda l'individuo decidere che cosa cedere ed a quale prezzo per mantenere in vita il rapporto coniugale"[12]. Il matrimonio non fa eccezione a questo costume e diviene così, anch'esso, impossibile; benché (ma sono riflessioni che esulano per complessità e tema da queste pagine e che ciascuno deve svolgere nel proprio foro interno e che qui mi limito solo ad accennare), come ebbe a scrivere icasticamente Satta, "il matrimonio diventa impossibile a chi non riconosce la semplicità della vita"[13].

Tornando a noi contemporanei, che viviamo in un'epoca tutt'altro che semplice, occorre trarre le fila e dedurre le conseguenze, di fatto e di diritto, dell'aria che si respira e che ho cercato qui di ricostruire sinteticamente.

Come sempre è accaduto, *ex facto oritur ius*. La *ratio* della produzione normativa, anche a livello sovranazionale, è ispirata ad un'intonazione chiaramente liberista[14]; è spiccato un nettissimo *favor* per la riacquisizione dello *status* di libero[15]; l'ansia di tutela della propria libertà personale si traduce in una sorta di "diritto alla solitudine"[16]. È su questo sfondo che si delinea quello che, da un certo punto di vista, potrebbe apparire quasi un paradosso: il principio di indissolubilità, un tempo riferito per definizione al matrimonio e oggi sempre più evanescente, viene trasferito dal rapporto di coniugio a quello di filiazione[17].

---

[12] Fortino, *Verso una nuova "privatizzazione" della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 167 ss., spec. p. 172.

[13] Satta, *op. cit.*, p. 19.

[14] Così Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1241 ss., spec. p. 1246, ove l'a. definisce "eccessiva" la suddetta intonazione, la quale, aggiunge, "mette in secondo piano valori di maggiore peso e strutturalmente costitutivi del tessuto sociale".

[15] V. Baratta, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 573 ss., spec. p. 583.

[16] Così Fortino, *op. cit.*, p. 173. Triste conseguenza del fenomeno, come rileva Galletta, *I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore*, in *Familia*, 2004, p. 795 ss., spec. p. 797, è che "il nuovo, drammatico problema della nostra società è la solitudine".

[17] V. Sesta, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella crisi della famiglia: un difficile equilibrio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 293 ss., spec. p. 294.

Il folle ruotare di questa folle giostra produce inesorabilmente l'effetto "catapulta" cui accennavo sopra: è inevitabile, infatti, che la crisi dell'individuo, che infetta l'organismo della coppia e quindi della famiglia, e per porre fine alla quale si ricorre al giudice, si ripercuota sui figli, bambini o ragazzi che siano[18], i quali arrivano a fare esperienza, in modo più o meno diretto, del processo.

2. *Postmodernità e diritto: alla ricerca di una possibile composizione*

Questa visione delle cose e del mondo deve essere inquadrata nel più ampio periodo storico che, ormai da alcuni decenni, vive l'epoca attuale e che è noto come "postmodernità". Approfondire il tema, evidentemente, richiederebbe uno spazio amplissimo, quanto peraltro affascinante; ritengo tuttavia, proprio per questo, di non poter omettere alcuni accenni, fra i più significativi, specie in quanto ciò possa portare il giurista a riflettere, fra l'altro, sulle ricadute che la postmodernità inevitabilmente ha sulla disciplina di cui noi ci occupiamo (prima fra tutte, *ratione materiae*, sul processo).

È stato scritto che il concetto di postmodernità "è tanto disperatamente eterogeneo quanto la realtà che si propone di riflettere e descrivere"[19]. Indagando un po' più a fondo il tema, viene da chiedersi provocatoriamente, se avverbio ed aggettivo non possano in fondo invertirsi, giungendo ad affermare che il concetto di postmodernità è "eterogeneamente disperato"; determinanti nell'idea di postmodernità, infatti, sono i concetti di differenza e di frammentazione, cioè, detto ancora e in altri termini, la frantumazione di un'unità coerente e monolitica in molti pezzi diversi, che rimangono sciolti, singolari, godendo della propria irriducibilità reciproca[20]; le differenze postmoderne sono forze senza centro né dominio, che

---

[18] Più drastico Galletta, *op. cit.*, p. 805, ove si legge che "la crisi della coppia e la rovina della famiglia mietono le loro vittime innocenti fra i figli".

[19] Così Kumar, *Le nuove teorie del mondo contemporaneo*, Torino, 2000, p. 250.

[20] V. Gelsumini, *Comunicazione politica* contro *postmodernità*, in Cosenza, *Semiotica della comunicazione politica*, Roma, 2007, p. 17 ss., spec. p. 19.

nella loro erranza cieca ed empirica, senza inizio né profondità, mettono in crisi, decostruendolo, ogni senso di unità, verità, finalità e autorità: non esiste un senso, la polifonia dilagante fa acquistare spazio e legittimità a tutte le fonti informative, mediatiche e culturali, la stessa identità personale non è unica e acquisita una volta per tutte bensì fluida, multipla, caleidoscopica, come in una continua combinazione e ricomposizione di frammenti[21].

Uno dei corollari del panorama descritto è che entra prepotentemente in crisi il concetto di verità. Essa non è più concepita come un dato obiettivo, un punto di riferimento stabile che permette di distinguere il vero dal falso, il bianco dal nero, ma diviene il risultato di ciò che, di volta in volta, ha la meglio nel gioco del conflitto fra interpretazioni: diviene dunque sempre relativa, prospettica, arbitraria[22]. In questa prospettiva, diventano inutili gli sforzi di svelamento alla ricerca di una verità pura e originale, perché al termine del percorso si scopre che le cose paiono essere prive di essenza, o che la loro essenza è il risultato di una costruzione pezzo per pezzo[23].

Se quello sommariamente descritto è lo scenario del sociale, e se il diritto, la norma giuridica, è essenzialmente e prima di tutto un fenomeno sociale, giacché nella quasi totalità delle ipotesi la norma pone una regola di comportamento del soggetto nei confronti degli altri soggetti, tradizionalmente definiti, per l'appunto, i consociati, allora potrebbe essere molto interessante chiedersi quali spazi effettivi residuino al diritto, essendo evidente che esso ha perso quella connotazione di quasi sacralità che aveva agli albori della tradizione; l'indagine sarebbe poi tanto più interessante ove, con riferimento al processo, si ponesse l'interrogativo sulla ricerca della verità: in altre parole, in un'epoca in cui essa pare non esistere più come tale ed assoluta, una volta per sempre, il processo sembra potersi ridurre ad un meccanismo quasi fuori dal tempo, il solo rimasto, ormai, nell'incertezza generale, a mettersi in moto per andare alla ricerca di una (e non della) verità. Come si vede, un'indagine siffatta ci

---

[21] V. Derrida, *La différance*, in Id., *Margini della filosofia*, Torino, 1997, pp. 10 ss. e 33 ss.

[22] V. Deleuze, *Nietzsche e la filosofia*, Torino, 2002, p. 164.

[23] Così Foucault, *Il discorso, la storia, la verità*, Torino, 2001, p. 43 ss., spec. p. 45.

condurrebbe ben al di là dello scopo di queste pagine, risultando dunque più opportuno accontentarsi del solo aver posto il dubbio, lasciando ad altri le possibili soluzioni, per tornare al tema centrale di questo studio, potendo però ora visualizzare in modo più completo la nostra cornice.

3. *La quadratura del cerchio nell'ipocrisia dei tempi moderni*

La situazione sopra descritta genera un equilibrismo di non semplice esecuzione, al quale pertanto non è facile assistere senza provare qualche brivido.

Da una parte, infatti, la cultura dominante nella società attuale, che è quella del *wellness*, del *fitness*, del bello a tutti i costi, rifiuta concettualmente l'idea che essa possa produrre qualcosa di brutto, di non apprezzabile esteticamente. Come ha notato certa dottrina anglosassone, "[…] there is a growing tendency to talk about *parenting across households* rather than *family breakdown* […] the term *breakdown* fixes in the imagination the idea that something has gone wrong which should not have gone wrong […]"[24]. La rottura della famiglia, pertanto, che un tempo era considerata un evento patologico ed eccezionale, tende oggi ad essere presentata dai *quivis de populo*, dalla gente comune, come un evento del tutto normale, quasi fisiologico (e tutto si tiene, si potrebbe dire, avendo presente il quadro delineato nel paragrafo precedente)[25].

---

[24] V. Smart, *Children and the transformation of family law*, in Dewar-Parker, *Family Law*, Portland, 2003, p. 223 ss., spec. p. 226 (l'a. ragiona riflettendo in particolare sul sistema inglese e su quello scozzese, ma ritiene, ivi, p. 223, che le sue considerazioni possano estendersi al *common law* più in generale).

[25] Mentre gli studiosi delle scienze umane, invece, e questo è un punto importante, sono concordi nell'affermare il carattere traumatico dell'evento "separazione dei genitori" sui minori. Su come uno stress grave o un trauma emotivo nell'infanzia possano compromettere i centri dell'apprendimento cerebrale e quindi avere effetti dannosi sull'intelletto, v. Goleman, *Intelligenza emotiva*, ristampa, Milano, 2004, pp. 232-233. Sulla circostanza che le problematiche relative alla monogenitorialità siano di rilevanza anche psicologica, v. Paschetti-Giacobbe, *Genitorialità negata e diritti del minore*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 199 ss., spec. pp. 199 e 203. Quanto al fatto che psicologi e psichiatri parlino di trauma per i figli di genitori che si separano, v. Galletta, *op. cit.*, p. 806.

Si vuole dunque vivere nell'illusione che, nonostante l'avvenuto *breakdown* familiare, tutto possa continuare in certo modo come prima, con qualche piccola differenza pratica. E l'equilibrismo consiste proprio in ciò: si vorrebbe che l'esercizio delle prerogative in termini di libertà individuali degli adulti potesse convivere con il diritto dei minori a mantenere entrambe le figure genitoriali, nonostante la cessazione della convivenza[26].

Il legislatore si è fatto contagiare da questa ventata utopica, che si potrebbe anche definire ipocrita al di là degli eufemismi, quando ha varato la tanto attesa (soprattutto dalla comprensibile battaglia dei padri separati) legge sull'affidamento condiviso[27]. Il motivo ricorrente di quest'ultima è l'affermazione del c.d. principio di bigenitorialità o cogenitorialità, per effetto del quale si opera una netta cesura per quanto riguarda i rapporti tra i genitori da un lato, ed i rapporti tra costoro e i figli dall'altro: questi ultimi rapporti

---

[26] Così Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., p. 37, obiettivo che l'a. definisce "di difficile realizzazione se non addirittura utopico". V. anche Autorino Stanzione-Musio, *Il divorzio, disciplina, procedura, profili comparatistici*, Milano, 2002, p. 281, ove gli aa., con riferimento a questi ultimi decenni, i quali vedono prevalere e giganteggiare la figura del minore e della sua protezione, nella pretesa di tenerlo indenne e sostanzialmente estraneo al conflitto, esclamano "oh ipocrisia dei tempi!".

[27] Sul tema rimando qui a Tommaseo, *L'ambito di applicazione della legge sull'affidamento condiviso*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 104 ss.; Id., *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 295 ss.; Id., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, ivi, 2006, p. 388 ss.; Salvaneschi, *Alcuni nodi processuali da districare: reclamo dei provvedimenti provvisori, competenza in materia di figli naturali e soluzione delle controversie in caso di inadempienza*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 116 ss.; Danovi, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1883 ss.; M.A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1063 ss.; Morozzo della Rocca, *Alcune osservazioni critiche riguardo alla legge sull'affidamento condiviso*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 11 ss.; Ruo, *Riflessioni di un avvocato sulla prima giurisprudenza*, ivi, 2006, p. 21 ss.; Ruvolo, *Il cerchio di gesso del Caucaso. Brevi riflessioni di una psicologa sull'affidamento condiviso*, ivi, 2006, p. 35 ss.; Lenti, *La legge sull'affidamento condiviso: nell'interesse dei figli o dei padri separati?*, ivi, 2006, p. 246 ss.; Long, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1432 ss.; Dosi, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio*, in www.minoriefamiglia.it, p. 46 ss.; Calfapietro, *Affidamento condiviso e mediazione familiare*, in *Mediares*, n. 4 del 2004, p. 189 ss.; Maglietta, *L'affidamento condiviso*, ivi, n. 4 del 2004, p. 199 ss.; Galuppi, *L'affidamento condiviso*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 401 ss.; Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Familia*, 2006, p. 395 ss.

divengono impermeabili rispetto a quelli esistenti tra i genitori[28]; la vera novità della legge, dunque, è costituita dal permanere dell'esercizio pieno della potestà sui figli minori in ambedue i genitori, nonostante la separazione[29].

Ora, a parte il rilievo che "condivisione" dell'affidamento non significa necessariamente (né a mio avviso può significare, pena un disagio psicologico immane per i minori che, com'è noto, necessitano di punti fermi e fissi e non di essere sballottati da una casa all'altra nessuna delle quali percepiscono come propria) pendolarità della residenza del figlio per periodi analoghi da un genitore all'altro[30], faccio mie le parole di chi ha affermato, senza troppi peli sulla lingua, che "è assurdo pensare che i coniugi procedano di comune accordo nell'esercizio della potestà quando sono separati o divorziati, eventi questi che presuppongono tutti un disaccordo fondamentale

---

[28] V. ampiamente Balestra, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Familia*, 2006, p. 655 ss., spec. p. 655; Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 377 ss., spec. p. 380, ove l'a. metaforicamente afferma che il nuovo istituto vede i genitori esercitare il loro ruolo assieme, cioè "a mani unite". Sul tema v. anche Ruscello, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, ivi, p. 625 ss.; D'Avack, *L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, ivi, p. 609 ss.; Bianca, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 676 ss.; Giacobbe, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, ivi, p. 707 ss.

[29] Così Sacchetti, *Sul nuovo protezionismo degli adulti deboli e dei figli minori di genitori che si separano*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 443 ss., spec. p. 448. Nella dottrina processualistica, a commento della legge ora in discorso, v. Tommaseo, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 295 ss.; Id., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, ivi, p. 388 ss.; Salvaneschi, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1287 ss.; M.A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1063 ss.; Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1007 ss.

[30] V. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, cit., spec. p. 403, ove l'a. specifica poi che condivisione dell'affidamento significa invece "conformazione delle modalità della relativa residenza alla fondamentale esigenza di conservazione del rapporto bigenitoriale"; apprezzato lo sforzo definitorio, non riesco francamente a comprendere come in pratica, concretamente, questo possa trovare attuazione (ma un'indagine siffatta esula dall'obiettivo specifico del mio lavoro, pertanto la lascio alla prassi dei genitori e ai sostanzialisti).

e una lontananza morale e fisica"[31]. Per non dire di come possa apparire curiosa, seppur lodevole nelle intenzioni, la circostanza che, in quello che per l'appunto forse possiamo definire il periodo più nero di crisi della famiglia, il legislatore sia intervenuto modificando il titolo della legge sull'adozione da "disciplina dell'affidamento e dell'adozione" a "diritto del minore ad una famiglia" (ciò che, come noto, è avvenuto con l. n. 149 del 28 marzo 2001)[32]. In buona sostanza, e con un po' di ironia, si può affermare che l'ordinamento appare decisamente schizofrenico: da una parte, infatti, consente lo scioglimento del matrimonio, e quindi della famiglia; dall'altra, riconosce in capo ai minori un diritto ad una famiglia, diritto che in certo modo è più garantito a quei minori che una famiglia non avevano, e che quindi possono trovarla attraverso adozione e affidamento, rispetto a quei minori nati in una famiglia poi disgregatasi; augurandosi che poi la coppia affidante/adottante resista unita al passare del tempo (ma comunque il problema non si porrebbe, perché se anche la coppia dovesse deflagrare, ci potrebbe essere una condivisione dell'affidamento dei figli, dunque nulla cambierebbe concretamente…).

Una domanda sorge spontanea e provocatoria: se esiste un diritto del minore a crescere nell'àmbito "della *propria* famiglia" e non "di *una* famiglia" (come prevede l'art. 1 della l. n. 184 del 1983), vien fatto di chiedersi se allora, forse, chi esercita un proprio diritto di libertà, smantellando la famiglia, non calpesti un diritto del minore. La complessità del bilanciamento dei diritti in discussione mi suggerisce di lasciare ad altri studiosi, e non solo di discipline giuridiche, le possibili risposte.

Diritto a parte, comunque, non si può fingere che la dissoluzione della famiglia non imponga ad un soggetto inerme (al di là degli affidi più o meno condivisi) di subire il distacco da un genitore, di rinunciare ad una parte delle proprie gioie quotidiane, alle proprie abitudini, immettendo il minore nella condizione di orfano a tempo, di oggetto di contesa, oppure addirittura imponendogli un genitore

---

[31] Ferri, *op. cit.*, p. 47.

[32] V. la legge 28 marzo 2001 n. 149, *Riforma dell'adozione (modifiche alla l. n. 184 del 4 maggio 1983)*, in *Gazz. uff.*, n. 96 del 26 aprile 2001, serie generale; e in *Fam e dir.*, 2001, p. 237 ss.

posticcio, fratelli posticci, un'altra famiglia nella quale non ha chiesto di entrare[33].

4. *Un primo risultato: l'impossibilità di una definizione univoca di "famiglia"*

Il diffondersi di questa cultura liquida produce una serie di risultati[34].

Per quel che qui più interessa e da un punto di vista di stretto diritto, il giurista è obbligato a concludere, "guardando allo stato delle cose, […] che non esiste più della famiglia un'unica nozione"; nel sistema attuale, infatti, il concetto di famiglia ha perso quel carattere di unitarietà e di compattezza che lo contrassegnava nel passato[35]. Acquisire consapevolezza di questo fenomeno non può lasciare indifferenti se si ritiene che la famiglia, al di là dei possibili significati che le si vogliano assegnare a seconda delle circostanze, per non dire delle comodità, rimanga luogo privilegiato di formazione della persona[36].

Limitando l'analisi agli Stati europei, si può qui ricordare

---

[33] Parole dure per le quali v. Galletta, *op. cit.*, p. 806, il quale prosegue accennando a come i giuristi, a proposito di tali situazioni, comincino a parlare di danno morale (sofferenza, lacrime, paure, senso di frustrazione per l'abbandono subìto, nostalgia per il genitore lontano, rimpianto del passato) ed esistenziale (per tutto ciò che il bambino da un certo momento in poi non può più fare, come i giochi improvvisati con papà, una confidenza nel momento giusto, avere un rimprovero quando occorre o anche soltanto il bacio della buonanotte).

[34] Sulla società "liquida", che si contrappone a quella "solida" dei secoli scorsi e che è caratterizzata essenzialmente dall'assenza di fini e in cui sono liquefatti i legami che trasformano le scelte individuali in progetti ed azioni collettive, v. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, 2002, p. XI.

[35] Così Rescigno, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, p. 1 ss., spec. pp. 2-3. Sul tema, inoltre, v. Pace, *Breve evoluzione storica della nozione giuridica di "famiglia"*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1127 ss.; Giacobbe, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, ivi, 2009, p. 305 ss.; Caiulo, *Famiglie ricostituite: "puzzle" familiari*, ivi, 2008, p. 2105 ss.; Grossi, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, ivi, 2005, p. 585 ss.

[36] Così Scotti, *Il diritto del minore alla riservatezza*, Napoli, 2006, spec. pp. 12 e 61. Sul tema v. anche Cavana, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 902 ss.

come alcuni abbiano disciplinato nuove forme di unione familiare (c.d. *partnership* registrate) e aperte a coppie di persone di sesso diverso (così in Germania, Regno Unito, Svezia, Finlandia, Danimarca, Lussemburgo) o anche dello stesso sesso (Francia); alcuni Stati hanno esteso la disciplina dell'unione matrimoniale alle coppie del medesimo sesso (Paesi Bassi, Belgio, Spagna)[37]; altri Stati continuano a riconoscere la sola famiglia fondata sul matrimonio tradizionale (Grecia, Italia, Malta, Polonia, Irlanda, Repubblica Ceca)[38]. In sostanza si potrebbe dire che, mentre non vi è un diritto di famiglia europeo che esprima la conformità a un modello sociale dominante, esiste in vari paesi europei una fase di trasformazione del diritto di famiglia che ha alterato la tradizionale geografia normativa[39]. Se in via di principio, infatti, è vero che ciascuno Stato è libero di disciplinare e organizzare secondo criteri e obiettivi suoi

---

[37] Non è possibile, per più di una ragione, dilungarsi su questo specifico tema. Sento di condividere, tuttavia, il pensiero di Schlesinger, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 415 ss., spec. p. 418, ove l'a. esprime, in senso letterale, rammarico per il fatto che alcuni Stati membri, finora in assoluta minoranza, non si siano accontentati di introdurre figure normative di tutele adeguate e specifiche per le coppie di uno stesso sesso, senza bisogno di annacquare la concezione istituzionale tradizionale del matrimonio come unione tra un uomo e una donna, *naturaliter* idonea strutturalmente alla generazione di figli. Sul tema, con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo, v. anche Lasarte, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, in *Familia*, 2006, p. 545 ss.; Ruiz-Hornero Mèndez, *Un nuevo matrimonio en España (a próposito de las recientes reformas del derecho matrimonial español)*, ivi, 2006, p. 299 ss., spec. p. 312, ove viene sottolineato come, tra gli effetti della legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, vi sia il conseguente riconoscimento della possibilità di adottare.

[38] V. Tomasi, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 47 ss., spec. p. 50. Più ampiamente, v. Brunetta d'Usseaux, a cura di, *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, Padova, 2005, *passim*.

[39] In questo senso, Bisogni, *Il diritto comunitario e la costruzione di un diritto di famiglia europeo*, in Aa.Vv., a cura di Andrini, *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, cit., p. 17 ss., spec. p. 19. Come nota Martinelli, *Per una giurisdizione minorile mite (la giurisdizione della non decisione)*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 34 ss., spec. p. 35, in materia di diritti fondamentali stiamo vivendo un'epoca nella quale i fondamenti stessi delle nozioni giuridiche si muovono e i sistemi delle fonti si mescolano in modi non sempre dichiarati; in particolare, nel diritto di famiglia e delle persone, non può passare sotto silenzio la trasformazione del diritto internazionale da tradizionale (ma ormai risalente) diritto neutrale sulla localizzazione delle fattispecie dotate di caratteristiche di internazionalità a sistema di fonti sovranazionali che pongono una serie di obiettivi di diritto materiale orientati verso la

propri la struttura che è alla base di ogni comunità sociale, cioè la famiglia, è altrettanto vero che l'ordinamento del singolo Stato viene influenzato in maniera più o meno incisiva anche dalle esperienze degli altri Stati, specie di quelli con cui ha legami maggiormente frequenti ed intensi; fino a non molti anni fa, la generalità degli ordinamenti vedeva nel matrimonio la fonte primaria ed unica di tutti i diritti e i doveri relativi alla famiglia; di recente, invece, vanno moltiplicandosi situazioni che presentano taluni caratteri del nucleo familiare e non altri[40].

Il fenomeno, evidentemente, non riguarda solo ciò che accade nei nostri angusti confini, nazionali o europei che siano, ma è globale; la circostanza che si riconosca da più parti come non sia possibile dare una definizione di famiglia che abbia validità *worldwide*[41], deve portare a riflettere, se è vero che, come è scritto nella nostra Costituzione e come personalmente credo, la famiglia è "una società *naturale*"[42].

Sventurata a me pare una società, qual è la nostra, che si trova a dover definire tutto, anche nozioni che qualche tempo addietro erano acquisite; una società in cui si promuove la problematizzazione di ogni cosa, avallando quello che molti considerano sinonimo di intelligenza, ovvero lo scetticismo dilagante che ci circonda, poeticamente definito invece una "carie secca dell'intelligenza"[43], in quanto porta a non ritenere mai nulla per vero e a dubitare di tutto, sempre e comunque. Sotto il vessillo del relativismo, tutti hanno un'opinione (ovviamente legittima e fondata) su tutto.

Peccato che la vera intelligenza sia *intus legere*; ma, ahinoi, statistiche ben note informano sul fatto che pochissimi leggono,

---

creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia programmato dal trattato di Amsterdam. Su questo punto tornerò, per svilupparlo, nei paragrafi seguenti.

[40] V. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 305 ss., spec. p. 305.

[41] V. Hale-Pearl-Cooke-Bates, *The Family, Law and Society*, Londra, 2002, p. 1; v. anche Lowe-Douglas, *Bromley's family law*, Oxford, 2007, p. 1, "the word *family* is one which it is difficult if not impossible to define".

[42] Come recita l'art. 29 Cost. italiana. Sulla lettura più condivisa di questa espressione, ovvero che la famiglia sia un fenomeno sociale che preesiste al diritto, v. Caggia, *Il rispetto della vita familiare*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 212 ss., spec. p. 219; Rescigno, *op. cit.*, p. 2.

[43] Così Hugo, *I miserabili*, ristampa, Milano, 1988, p. 640.

si fermano a pensare, ad ascoltare, attività queste desuete nella società dell'*homo* perennemente in corsa, che non è più *sapiens* ma sartorianamente *videns*, che sembra quasi non saper fare più nulla se non ha uno schermo davanti, sia il cellulare, il computer, il palmare, il televisore.

È quasi come se la cultura contemporanea, anziché poggiare su basi sicure per indagare ciò che ancora è sconosciuto e quindi progredire, si interrogasse guardando indietro, mettendo in dubbio le conoscenze acquisite[44]. Il che fra l'altro inficia, per non dire rende impossibile, la stessa comunicazione, diventando infatti necessario definire ogni singolo elemento della proposizione, perché è impossibile capirsi se, parlando, l'interlocutore non sa cosa intenda l'altro pronunciando quel termine. E questo mi sembra tanto più inquietante quanto più riguarda nozioni che, per l'appunto, in quanto *naturali*, dovrebbero preesistere al pensiero dell'uomo, e delle quali, quindi, non dovrebbe in certo modo che prendersi atto[45].

Personalmente condivido l'opinione di chi ritiene che questa prospettiva di evoluzione del diritto familiare, di un "diritto leggero buono per tutte le esigenze", lasci perplessi, in quanto non è affatto detto (e a me pare sinceramente che sia sufficiente guardarsi intorno con attenzione e occhio un po' critico per cogliere questo umore senza dover fare troppe indagini scientifiche) che il nuovo sia sempre buono e che il riconoscimento di maggiori spazi di libertà e di autonomia rappresenti un sicuro progresso nella tutela dell'individuo e nel miglioramento della società[46].

---

[44] Anche quest'ultimo è prodotto tipico della postmodernità, in stridente contrasto con quanto invece affermano i classici dell'antropologia, che insegnano come la riduzione della complessità, la riconduzione del difficile e dell'ignoto al semplice e conosciuto siano meccanismi fondamentali del pensiero umano; sul punto rimando per tutti a Hertz, *La preminenza della destra e altri saggi*, Torino, 1994, pp. 137 ss.; Douglas, *Purezza e pericolo: un'analisi dei concetti di contaminazione e di tabù*, Bologna, 1976; Lévi-Strauss, *Le strutture elementari della parentela*, Milano, 1969, e Id., *Il pensiero selvaggio*, Milano, 1996, cui rimando qui in via generale.

[45] Mi sembra che confermi l'assunto il rilievo di Lipari, *op. cit.*, p. 8, ove l'a. afferma come sia "significativo constatare che nella giurisprudenza delle corti europee con riferimento al parametro *famiglia*, essa non è mai definita, ma sempre data per presupposta […]".

[46] V. Auletta, *Dal* code civil *del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, p. 405 ss., spec. pp. 434-435.

Comunque, vorrei chiudere questo paragrafo con una notazione positiva. A dispetto dell'impossibilità riconosciuta di intendersi in modo univoco sul concetto di "famiglia", è ancora la sociologia ad informarci che, tuttavia, questa evoluzione non investe il "valore-famiglia", perché dalle indagini di opinione più recenti si può riscontrare che nella scala dei valori, sia dei giovani che degli adulti, la famiglia rimane un valore essenziale e prioritario rispetto agli altri[47].

Un altro curioso equilibrismo dei nostri tempi: dare un posto in classifica alla "famiglia" quando non si sa più bene che cosa sia.

5. *Diario di bordo della "nave-famiglia" nelle acque europee*

È giunto ora il momento di addentrarci più da presso nel mondo del diritto, per verificare lo stato dell'arte in materia di diritto di famiglia. Per proseguire nella metafora del quadro usata all'inizio: ancora alle prese con la costruzione della cornice, ne è stata conclusa la parte più esterna e si può ora dedicare l'attenzione alla passamaneria che conterrà il dipinto.

Noto agli studiosi è il fenomeno che, sotto il nome di "comunitarizzazione del diritto privato e processuale", ha portato in modo progressivo e via via più accentuato nell'ultimo decennio, prima all'influenza su e poi all'inclusione di importanti settori di discipline giuridiche nell'alveo dell'elaborazione compiuta nelle rispettive materie a livello europeo[48].

Con riguardo al diritto di famiglia, ciò è avvenuto quando l'attenzione degli organi dell'Unione si è spostata, dopo la traiettoria dal mercato comune al mercato unico, sul terreno della persona e dei suoi attributi[49]; inizialmente, infatti, le situazioni di natura personale erano lontane dall'immaginario delle Comunità europee, ponendosi

---

[47] V. Pellegrini, *La famiglia di fatto. Una rivoluzione silenziosa*, in Aa.Vv., a cura di Costa, *Metamorfosi del matrimonio e altre forme di convivenza affettiva*, Bologna, 2007, p. 55 ss., spec. p. 55.

[48] Nella vastissima bibliografia sul tema, v. per tutti De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, spec. pp. 8-38.

[49] V. Lipari, *op. cit.*, p. 2.

in una zona d'ombra apparentemente estranea agli obiettivi che in origine si perseguivano[50]. Poi, gradualmente, l'approccio è andato mutando, e non avrebbe potuto essere altrimenti, essendosi acquisita la consapevolezza che una effettiva Unione europea si può realizzare solo attraverso un'integrazione e una cooperazione in tutti i campi, compreso il diritto di famiglia[51]. Fino al punto in cui, oggi, si può affermare che "[…] almost every aspect of European Union law impacts directly or indirectly on children […]"[52].

Ripercorriamo sinteticamente alcuni fra gli svincoli più significativi.

Già nel lontano 1989 il Consiglio affermò come fosse "imperativo indagare sulle prospettive, gli obiettivi e le modalità di intervento di un'azione comunitaria a dimensione familiare"; tra le ragioni alla base di una politica siffatta si rinviene "il riconoscimento di dati oggettivi, come la funzione economica della famiglia, la responsabilità della famiglia nell'educazione dei figli, l'importanza della famiglia come polo di solidarietà tra generazioni, il carattere irreversibile della parità tra uomo e donna e l'aspirazione della donna a realizzarsi pienamente"[53].

Pochi anni più tardi, è dato riscontrare in una raccomandazione della Commissione il riconoscimento dell'essenzialità della promozione del "benessere dei bambini e delle famiglie, garantendo il soddisfacimento delle loro diverse esigenze"[54]; ed in una risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994, è contenuto l'invito agli Stati membri ad abolire le disposizioni di legge che criminalizzano o discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso, chiedendo in sostanza che alle famiglie monoparentali, alle coppie non

---

[50] *Ex multis* lo nota Ruscello, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Familia*, 2001, p. 697 ss., spec. pp. 697-698.

[51] V. Queirolo, *Comunità europea e diritto di famiglia: i primi interventi "diretti" in tema di separazione e divorzio*, in *Familia*, 2002, p. 449 ss., spec. p. 451; A. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 4.

52 Così Stalford-Drywood, *Coming of age? Children's rights in the European Union*, in *Common market law rev.*, 2009, p. 143 ss., spec. p. 143.

[53] V. il documento del Consiglio in *Gazz. uff. com. eur.*, serie C n. 277 del 31 ottobre 1989.

[54] V. raccomandazione n. 92/241 del 31 marzo 1992, in *Gazz. uff. com. eur.*, serie L n. 123 del 8 maggio 1992. Per altri interventi del Parlamento europeo in materia, v. Ruscello, *op. cit.*, p. 703.

sposate e alle coppie dello stesso sesso sia garantita parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, specie in materia di legislazione fiscale, di regime patrimoniale e di diritti sociali[55].

È poi ancora con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata originariamente a Nizza il 7 dicembre 2000 ed entrata in vigore congiuntamente al trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009[56], che si ha un'esplicita presa di posizione dell'Unione in materia di famiglia e matrimonio, venendo sancito espressamente il "diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio" (art. 9)[57].

Ma il momento della svolta, nel senso della vera e propria "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale, si ebbe con il trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, il quale introdusse nella terza parte del trattato Ce il titolo IV, dedicato alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa, la cui *ratio* era la creazione di uno spazio giudiziario unitario in materia civile nel mercato interno, spazio nel quale fossero garantiti, per i procedimenti con implicazioni transnazionali, l'accesso alla giustizia e il riconoscimento delle decisioni[58]. Dall'entrata in vigore del

---

[55] V. *Gazz. uff. com. eur.*, serie C n. 40 del 28 febbraio 1994.

[56] V. il trattato di Lisbona, che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *Gazz. uff.*, n. C 306 del 17 dicembre 2007.

[57] Nota Lipari, *op. cit.*, p. 9, che l'art. II-9 del trattato che adotta una Costituzione europea svincola il "diritto di sposarsi" da quello di "costituire una famiglia", ponendo chiaramente su piani paralleli la tutela dell'atto rispetto a quella del rapporto ed evidenziando come la garanzia del secondo non discenda dall'esistenza del primo. Anzi di più, perché, come aggiunge Patti, *op. cit.*, p. 542, l'art. II-69 del medesimo trattato tutela il diritto di fondare una famiglia senza fare riferimento a uomo e donna, sembrando così ampliare il campo di applicazione di tutte quelle norme che, fino ad ora, facevano riferimento soltanto alla famiglia formata da persone di sesso diverso. Ma queste sono riflessioni, con i conseguenti sviluppi, che potranno essere curate solo dai sostanzialisti.

[58] V. Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, spec. p. 5 ss.; Id., *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.; Id., *Interessi e mercato nel processo comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 793 ss.; Id., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 717 ss.; Id., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, e la bibliografia ivi citata, spec. p. XXI; Bariatti, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del*

trattato di Amsterdam, infatti, avvenuta il 1° maggio 1999, l'Unione europea è andata sviluppando un'intensa attività normativa che, per qualcuno, ha superato le più ottimistiche previsioni[59]. Come noto, l'art. 2 tr. Ue previde come uno degli obiettivi prioritari dell'Unione conservare e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per realizzare il quale occorreva, fra l'altro, adottare provvedimenti adeguati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile; al riguardo ed in particolare, l'art. 65 tr. Ce, oggi art. 81 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea[60], attribuisce all'Unione europea il potere di adottare provvedimenti che, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà, si prefiggano l'obiettivo di migliorare e semplificare, fra l'altro, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la promozione delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale, l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri[61]. È nell'alveo di questo fiume impetuoso che vedono la luce e nuotano, con prime timide bracciate, fra gli altri, i regolamenti in materia di famiglia.

È proprio con i regolamenti n. 1347 del 2000, prima, e n. 2201 del 2003, poi, che per la prima volta la allora Comunità europea si è pronunciata in modo chiaro sull'appartenenza del diritto di famiglia al diritto dell'Unione[62]; il diritto di famiglia infatti, già considerato

---

trattato Ce, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 261 ss.; Rossi, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.; Queirolo, *op. cit.*, p. 460 ss.

[59] V. Kohler, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in Aa.Vv., a cura di Picone, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 65 ss., spec. p. 65.

[60] V. la versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2008/C115/01), in *Gazz. uff.*, n. C 115 del 9 maggio 2008.

[61] Art. 65 tr. Ce il quale, per Biavati, *Europa e processo civile*, cit., p. 6, è "cuore e punto centrale" dell'intervento organico in materia di giustizia civile compiuto dalla Comunità.

[62] Per dirla, *ex multis*, con Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in Aa.Vv., a cura di Picone, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, cit., p. 485 ss., spec. p.

incidentalmente in atti normativi relativi a materie diverse, non aveva mai formato in precedenza oggetto di uno specifico regolamento o di una specifica direttiva[63]. Il fenomeno è andato assumendo proporzioni tali che, nel 2001, si è proceduto all'istituzione di una commissione europea che ha il compito di elaborare i principi del diritto europeo della famiglia[64]. Anzi, autorevole dottrina, non soddisfatta che da alcuni anni si possa parlare di "europeizzazione" del diritto di famiglia, ritiene che non si dovrebbe limitare l'intervento alla disciplina della materia attraverso regolamenti, che peraltro si riconosce aver dato un rilevante contributo, bensì addirittura mirare alla formazione di un codice europeo della famiglia[65]. Se questa potrà essere probabilmente la prospettiva di un futuro fors'anche prossimo, rimanendo all'oggi possiamo dire che, seguendo il percorso sinteticamente tratteggiato, il diritto europeo è giunto a riconoscere come oggetto d'attenzione anche quei settori del diritto privato tradizionalmente lasciati alla normativa interna degli Stati membri, tra cui era certamente il diritto di famiglia[66].

Fra gli atti più recenti, è dato infine di registrare la comunicazione della Commissione europea del 4 luglio 2006, intitolata "Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori"[67], ove si

---

508, il regolamento n. 1347 "ha avuto il merito di invertire, con effetti che si preannunciano travolgenti, la tradizionale prospettiva secondo cui il diritto di famiglia non interesserebbe l'integrazione europea".

[63] Così Pocar, *Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in Bariatti, *op. cit.*, p. 267 ss., spec. p. 267.

[64] Sulla *Commission on european family law*, di cui attualmente fanno parte ventisei esperti in rappresentanza di ventidue paesi e presieduta da Katharina Boele-Woelki, v. Patti, *op. cit.*, p. 533; A. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 12; Boele-Woelki, *Il metodo di lavoro della Commissione sul diritto europeo di famiglia*, in Aa.Vv., a cura di Andrini, *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, cit., p. 225 ss.

[65] In questo senso Patti, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento fra ex coniugi*, in *Familia*, 2005, p. 337 ss., spec. p. 337.

[66] V. Queirolo, *op. cit.*, p. 452.

[67] V. la comunicazione della Commissione del 4 luglio 2006, *Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*, COM(2006)367def. All'art. I si proclama ufficialmente il proposito di "elaborare una strategia globale dell'Unione europea per promuovere e salvaguardare i diritti dei minori nelle politiche interne ed esterne dell'Unione e di sostenere gli sforzi degli Stati membri in questo settore". Si noti che questa comunicazione rientra in una più ampia sfera di azione europea; infatti, i diritti dei minori sono al centro dell'attenzione della Commissione che li

riconosce che i diritti dei minori sono parte integrante dei diritti dell'uomo che l'Unione europea è tenuta a rispettare, in virtù dei trattati internazionali ed europei in vigore, che la stessa Unione ha riconosciuto, in particolare all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali.

È quindi dato pacifico che le politiche europee riservino un interesse sempre crescente al diritto di famiglia[68]. In modo alquanto significativo è stato affermato che queste politiche siano "frutto di una sorta di cattiva coscienza dell'Unione", essendo indubbio che le politiche di mercato, la mobilità dei lavoratori e tutto ciò che riguarda la libera circolazione, abbiano come effetto indiretto un'accelerazione dei meccanismi di rapida formazione ed altrettanto rapida dissoluzione dei nuclei familiari[69]. È evidente infatti che, se l'individuo riesce a "portare con sé" le situazioni giuridiche matrimoniali che lo riguardano sulla base di normative favorevoli al divorzio, ne esce rafforzata contestualmente la libertà di circolazione delle persone, che è uno dei pilastri su cui il mercato si fonda[70]. Si abbraccia quindi, e pressoché necessariamente, nelle fonti normative il *favor divortii*; trovandosi così inevitabilmente di fronte al problema dei minori, sui quali, più che su chiunque altro, ricadono gli effetti delle politiche suddette.

In certo modo, si potrebbe dire che, sui piatti della bilancia del legislatore europeo, il peso della famiglia è più leggero di quello del buon funzionamento del mercato.

Nessun accento particolarmente critico connota questa affermazione, che è una mera constatazione che si impone da sé, guardando

---

ha posti tra i suoi obiettivi strategici per il quadriennio 2005-2009, v. in proposito la comunicazione del 26 gennaio 2005, COM(2005)12 def., nonché la risoluzione del Parlamento (2007/2093/INI).

[68] Sul punto, *ad abundantiam* ed *ex aliis*, v. nella dottrina internazionale Mc Glynn, *Families and the European Union: law, politics and pluralism*, Cambridge, 2006, spec. p. 21 ss.; Stalford, *Constitutionalising equality in the European Union: a children's rights perspective*, in *Intern. jour. of discrim. and the law*, 2005, p. 53 ss.; Opromolla, *Children's rights under articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law*, in *Eur. law rev.*, n. 3 del 2001, p. 42 ss.

[69] Così Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, cit., p. 1249.

[70] Sulla circostanza che il *favor divortii* sia in linea con i motivi ispiratori del mercato interno, v. Baratta, *op. cit.*, p. 585.

e leggendo la produzione normativa; il legislatore dell'Unione non è la reificazione di un Cupido postmoderno, quindi nessuno si aspetta da lui che caldeggi la riconciliazione della coppia in via di dirsi addio; da lui ci si aspetta invece che sia un efficiente propulsore del mercato, e in questa ottica le sue scelte di politica legislativa sono del tutto condivisibili. È noto, infatti, ragion per cui mi limito soltanto ad un brevissimo accenno, che alla base delle politiche familiari dell'Unione siano un approccio e un metodo spiccatamente manageriali, pragmatici, mercantilistici[71]: il "buon funzionamento del mercato", in buona sostanza, per citare l'espressione che sempre ricorre nei considerando dei preamboli ai regolamenti[72].

Varrebbe forse la pena di chiedersi, in un'altra sede che non sia questa, se un legislatore sovranazionale che manifesti, in certo modo senza troppi scrupoli, di considerare la persona umana come mezzo, come strumento per il raggiungimento di una finalità (il mercato), e non come se fosse essa stessa un fine, non induca anche inconsciamente il singolo cittadino a fare altrettanto, incidendo così sottilmente ed in modo devastante sull'evoluzione dei rapporti sociali. Ma è questa una riflessione che lascio sul tappeto di altri studiosi e necessariamente anche di altre scienze.

Rispetto all'atteggiamento rinvenibile nelle fonti normative, più tradizionale appare quello adottato dai giudici di Lussemburgo. Mentre il legislatore europeo, infatti, si è aperto nel tempo al rico-

---

[71] V. Trezza, *Il progetto "Roma III": verso uno strumento comunitario in materia di divorzio*, in *Familia*, 2001, p. 221 ss., spec. p. 238; Kohler, *op. cit.*, p. 75; Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, cit., p. 1249; Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, cit., pp. 1, 32, 120; Queirolo, *op. cit.*, pp. 454-456; Pocar, *op. cit.*, p. 268, ove l'a. sottolinea come la nozione di libero mercato interno oggi abbia una portata non solo economica, ma si estenda ad ogni settore suscettibile di avere conseguenze sulla condizione delle persone titolari del diritto di libera circolazione nell'Unione. Per Finocchiaro, *op. cit.*, p. 4, può addirittura parlarsi di "necessaria interdipendenza tra l'aspetto economico dell'Unione e il diritto di famiglia"; il regolamento n. 2201 del 2003 è, ad avviso dell'a., esempio significativo di questa interdipendenza.

[72] In proposito, condivido il timore di Queirolo, *op. cit.*, p. 457, ove si ponga mente alla circostanza che si trasportino nel diritto di famiglia soluzioni e scelte normative che pure hanno dato un'ottima prova di sé nell'àmbito del settore economico, e che la globalizzazione dei mercati e dell'economia porti con sé la globalizzazione delle culture, intesa come perdita sia dell'identità nazionale sia delle tradizioni appartenenti alle diverse culture giuridiche.

noscimento e alla promozione di unioni familiari non tipiche[73], gli organi giurisdizionali dell'Unione non hanno seguìto la volata verso questa apertura[74], nel senso che, nella giurisprudenza disponibile sul tema, è sempre alla famiglia legittima, dunque formata da due persone di sesso diverso ed unite in matrimonio, che si fa riferimento[75]; ciò che ha fatto affermare ad alcuno che le indicazioni provenienti dall'Unione non siano sempre unidirezionali[76].

A mio avviso questo apparente contrasto si spiega in modo agevole se solo si pone mente al fatto che, mentre gli organi deputati a legiferare guardano in prospettiva, e quindi cercano di focalizzare l'attenzione sullo stato normativo per cercare di adeguarlo a quelle che sembrano essere l'evoluzione dei costumi e, conseguentemente, le istanze sociali ad esso sottese, gli organi giurisdizionali giudicano e applicano le norme guardando allo stato di diritto positivo ed attualmente vigente (e questo, al momento, riconnette il riconoscimento di alcune posizioni solo a vincoli derivanti dal matrimonio tra coppie di persone di sesso diverso). Esemplificativamente, per citare direttamente alcune affermazioni del supremo giudice dell'Unione, basti ricordare come la Corte di giustizia ha ritenuto che il termine "matrimonio", secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra persone di sesso diverso e, nonostante dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri

---

[73] È del 16 marzo 2000 una risoluzione del Parlamento europeo che invita gli Stati a provvedere a disciplinare all'interno dei propri ordinamenti nuove forme di convivenza diverse dal matrimonio tradizionale; su questa linea si è poi giunti alla risoluzione n. 12 del 2003 con cui il Parlamento europeo raccomanda agli Stati membri di riconoscere le relazioni non matrimoniali (tra persone di sesso diverso o identico) e di connettervi gli stessi diritti del rapporto discendente da un matrimonio. Su questi aspetti, v. Lipari, *op. cit.*, p. 10; Ruscello, *op. cit.*, p. 703; Balestra, *La convivenza omosessuale in Italia*, in Aa.Vv., a cura di Costa, *Metamorfosi del matrimonio e altre forme di convivenza affettiva*, cit., p. 47 ss., spec. p. 50.

[74] Sul punto, v. nello stesso senso Mosconi, *op. cit.*, p. 309 ss.; C. Ricci, *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in Bariatti, *op. cit.*, p. 91 ss., spec. pp. 93-94 e 100 ss.

[75] V. in particolare Corte giust., sent. 25 luglio 2002, c. 459/99, *Mrax* c. *Belgio*, in *Fam e dir.*, 2002, p. 569 ss., spec. punti 53, 61 e 80 della motivazione; Corte giust., sent. 11 luglio 2002, c. 60/00, *Carpenter* c. *Secretary of State for the Home Department*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 573 ss., spec. punti 42-46 della motivazione.

[76] Così Giacobbe, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 481 ss., spec. p. 494.

abbia istituito, a fianco del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, "tuttavia è chiaro che, a parte la loro estrema eterogeneità, i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio"; quindi il giudice dell'Unione non può "equiparare al matrimonio situazioni giuridiche che ne sono distinte"[77].

In via di conclusione, comunque, si deve rilevare e porre l'accento su un dato: alla luce delle riforme della seconda metà del secolo scorso, almeno per ciò che concerne le scelte di fondo, può già parlarsi di una armonizzazione del diritto di famiglia in Europa; il ravvicinamento di principi nell'àmbito del diritto di famiglia è una realtà di fatto e ormai da decenni è evidente la tendenza all'uniformazione fra i diritti dei paesi dell'Unione, tendenza che riflette gli aspetti di crescente omogeneità del costume e delle relazioni economiche in àmbito europeo[78].

6. *Obiettivo del presente lavoro*

Raccogliamo gli elementi più rilevanti emersi fin qui.

Le scienze sociali, e prima ancora l'osservazione del mondo che è dato a ciascuno di fare, evidenziano una crisi profonda della famiglia, della sua permanenza nella nuclearità; ciò porta con sempre maggiore frequenza i minori a fare esperienza, più o meno diretta a secon-

---

[77] V. Corte giust., sent. 31 maggio 2001, c. 122/99 e 125/99, *D e Regno di Svezia* c. *Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2001, I, p. 4319 ss., spec. punti 34-39 della motivazione. In precedenza e sulla stessa lunghezza d'onda, v. Corte giust., sent. 17 febbraio 1998, c. 249/96, *Grant* c. *South-West Trains Ltd.*, in *Racc.*, 1998, I, p. 621 ss.

[78] V. Patti, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento fra ex coniugi*, cit., p. 338; Honorati, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 3 ss., spec. p. 4; Boele-Woelki, *op. cit.*, p. 231; Zatti, *Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9 ss., spec. p. 11; De Stefano, *Le nuove fonti europee dei diritti fondamentali*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 45 ss., spec. p. 49, ove l'a. pone l'accento sul fatto che, poste le premesse di cui nel testo, le fonti sovranazionali sono divenute "il punto di riferimento vincolante per tutti i giudici italiani".

da degli ordinamenti e delle circostanze, del fenomeno processuale. Quest'ultimo produce, di regola, un provvedimento giurisdizionale che, sempre più spesso, è destinato a emanare i suoi effetti in un raggio d'azione che si espande ben oltre i confini nazionali; la formazione di "famiglie transnazionali", favorita dall'apertura delle frontiere e più in generale dalla globalizzazione, rende spesso transnazionale anche la disciplina della crisi della famiglia e, quindi, la natura dei provvedimenti che vengono pronunciati, i quali devono poter essere trasferiti da un ordinamento all'altro senza particolari impedimenti.

Gli ordinamenti nazionali, di fronte a quella che si è presentata non dico come un'emergenza (forse così sarà stato nei primi anni o di fronte ai primi casi) ma certo come una novità di rilevante impatto anche dal punto di vista quantitativo (perché nella "società solida", per dirla con Bauman, la disgregazione del nucleo familiare era l'eccezione alla regola, mentre oggi le proporzioni del fenomeno sono capovolte), si sono trovati, in certo modo, ora più ed ora meno spiazzati.

Il processo era cosa fra adulti; ed era (e sostanzialmente è) disciplinato per gestire un fenomeno che si sviluppa essenzialmente fra adulti. Ma la questione minorile è esplosa e la deflagrazione che ne è derivata non può non indurre lo studioso a riflettere sul processo minorile. E quindi a porsi, innanzitutto, alcune domande[79].

Esiste un modello di processo minorile europeo? Se sì, quali caratteristiche ha? Se invece, ancora, un modello di processo minorile europeo non è riconoscibile come esistente, è possibile tentare di ricostruirne uno? In ipotesi, quali caratteristiche dovrebbe avere? È possibile ragionare con i paraocchi, nemmeno troppo rassicuranti, del diritto interno, o dobbiamo e possiamo utilizzare coordinate extraordinamentali?

Questo libro vorrebbe cercare di rispondere, almeno parzialmente, alle domande ora poste.

---

[79] Come nota Fadiga, *Minore, famiglia, processo: esigenze di tutela, esigenze di garanzia*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1246 ss., spec. p. 1247, riflettendo sulla relazione tra diritto processuale e condizione minorile, emerge in modo lampante la diversa quantità di attenzione dedicata dal legislatore dell'ultimo ventennio all'argomento nel campo penale in raffronto a quello civile, sul quale questo lavoro vuole specificamente concentrarsi.

7. *Elaborazione di uno scheletro di processo minorile a vocazione europea*

È il momento di richiamare ora le ragioni in virtù delle quali si rende a mio avviso opportuno, per non dire necessario, uno studio quale vuole essere il presente, che si pone quale obiettivo, come accennavo poco sopra, l'elaborazione di quello che ora definisco "scheletro di processo minorile a vocazione europea"[80].

Prima di fare questo, abbozzo in via di prima approssimazione una risposta ad alcune delle domande poste al termine del paragrafo precedente. A quel che a me sembra, e che naturalmente cercherò di dimostrare nei capitoli seguenti, mi pare si possa dire che, allo stato, e come peraltro tutti sanno, non esiste sulla carta un rito riconoscibile come *processo minorile europeo*, applicabile in tutte le ipotesi in cui una controversia con elementi di transnazionalità coinvolga minori e al quale fare ricorso per avere una ragionevole certezza sulla libertà di circolazione del provvedimento che lo conclude. Il fatto che non esista sulla carta non significa che esso non esista, quantomeno nelle sue grandi linee, fra le righe delle discipline normative di settore che hanno ambizioni non ristrette ai singoli ordinamenti e, ciò che più conta, nella consapevolezza, in molti casi forse ancora non pienamente espressa, di molta parte degli studiosi e anche di certa giurisprudenza particolarmente al passo con i tempi. Questa circostanza fa sì che mi paia esperienza meritevole, oltre che interessante, quella di cercare di far emergere e portare alla luce questo ipotetico modello di processo minorile che abbia qualche velleità di viaggiare tra un paese e l'altro; per dirla con una metafora, le sembianze del processo minorile europeo sono già intravedibili sulla

[80] Spirito analogo è ravvisabile nell'opera di uno dei membri della *Commission on European Family Law* e precisamente Schwenzer, *Model Family Code from a global perspective*, Antwerp-Oxford, 2006 (questo *model family code* deve essere tenuto distinto, tuttavia, dal lavoro della commissione, può essere considerato una sorta di lavoro complementare). Due le differenze macroscopiche rispetto a questo mio lavoro: intanto, l'a. ora menzionato si concentra sul diritto familiare sostanziale; secondariamente, come afferma a p. V, il suo modello di codice di diritto di famiglia è elaborato partendo "from a global, rather than an european perspective". In questo lavoro, invece, la prospettiva europea, sia intesa a livello di Unione che comparatistico, è senza dubbio preminente, per non dire l'unica.

carta fotografica: si tratta solo di afferrare quest'ultima con l'apposita pinza prelevandola dal fondo della vaschetta, facendo emergere la fotografia dal liquido di sviluppo e fissandola per l'asciugatura.

Ho utilizzato sopra il termine *scheletro* per due ragioni principali: la prima è che, essendo l'elaborazione in materia ai primordi (e nella millenarietà che contraddistingue lo studio giuridico, una materia in auge da qualche decennio si può considerare, per l'appunto, ai suoi primordi), non può che trattarsi di uno studio che si limiti (e comunque l'impresa è già consistente) all'ossatura portante, ad alcuni aspetti fondamentali del tema, per aprire così la discussione verso ulteriori approfondimenti e necessari arricchimenti; la seconda è che, evidentemente, sarebbe del tutto assurdo immaginare l'elaborazione teorica di un rito "ideale" per il processo minorile, identico e completo, definito in tutti i suoi aspetti, che si immagini possa essere importato uniformemente e senza le inevitabili integrazioni negli ordinamenti processuali degli Stati membri. In altri termini, e come è noto, la palese armonizzazione che si sta verificando in più di un settore richiede la convergenza su alcuni aspetti, che si possono e devono considerare fondamentali, lasciando alle normative interne, naturalmente, la disciplina di quegli elementi che fondamentali non sono e pertanto, ove regolati in modo differente nei diversi paesi, non impediscono il riconoscimento del prodotto giurisdizionale che provenga *aliunde*, in quanto esso, nonostante le suaccennate difformità relative ad aspetti secondari, non viene percepito come qualcosa di "estraneo"[81].

Per dirla efficacemente con la dottrina che più ha approfondito il tema, occorre infatti fare sempre riferimento alla nozione di autonomia procedurale, la quale è nozione positiva che si traduce non

[81] La circostanza che non si debba perseguire "una forzata omologazione" è ben espressa, proprio con riguardo alla circolazione dei provvedimenti nella materia in discorso da Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, cit., p. 1249. Rimando ancora ampiamente a Biavati, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, spec. pp. 151 ss. e 271 ss., sul tema della circolazione dei provvedimenti all'interno dello spazio giudiziario europeo. Sulla non esaustività della normativa europea di diritto processuale civile internazionale e sulla necessità quindi di integrarla con le norme nazionali, v. anche Salerno, *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in Aa.Vv., a cura di Picone, cit., p. 95 ss., spec. p. 105 ss.

nella trasposizione netta di contenuti predeterminati da un livello superiore (quello europeo o internazionale) a quello dei singoli ordinamenti nazionali, ma nell'indicazione di livelli minimali (i c.d. *standard* minimi di tutela); per essere efficace, quindi, un percorso armonizzatore non potrà che essere articolato ed elastico[82]. Se ci chiedessimo, a questo punto del lavoro, quali debbano essere le linee-guida nella ricostruzione che mi prefiggo, risponderei prendendo a prestito i punti cardine individuati da autorevole dottrina in prospettiva analoga ma di ordine generale, ovvero: pensare ad un processo il più possibile aderente alle particolarità del singolo caso; epurare il processo dalle regole poco rispettose della strumentalità alla sostanza e che suppongono di ricollegare gravi perdite sostanziali ad errori commessi nel rito; adottare un linguaggio semplice e comprensibile unitamente alla semplificazione del rito[83].

Le medesime caratteristiche, evidentemente, deve possedere il tentativo di elaborazione di un rito processuale che voglia cercare di enucleare un modello per la materia che qui voglio considerare.

Limitandoci alla situazione europea, come è stato rilevato da più di una voce, appare fuor di dubbio che l'Unione abbia già cominciato ad utilizzare uno strumento idoneo a favorire – se non ad imporre – il livellamento dei modelli normativi, a partire da quelli inerenti la patologia del matrimonio[84]. Il meccanismo del riconoscimento, e quindi sostanzialmente della libera circolazione del provvedimento nel territorio dell'Unione (sul quale tornerò diffusamente nei capitoli successivi), disegnato originariamente nel 1968 in via generale per la "materia civile e commerciale", è stato esteso e perfezionato per la materia familiare dal regolamento n. 2201 del 2003. Ciò postula che

---

[82] V. ancora Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, cit., pp. 8 ss., 32 ss., 43-60; v. emblematicamente spec. p. 10, ove l'a. in modo efficace afferma che "lo sforzo europeo per costruire modelli comuni non si comprenderebbe senza aver chiaro l'obiettivo finale. Questo obiettivo è, al contempo, il miglioramento del livello di protezione dei diritti e l'estensione di tale livello più elevato a tutti gli ordinamenti".

[83] Ho parafrasato da Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, cit., pp. 161-162.

[84] Così Mosconi, *op. cit.*, p. 313, ove l'a. fa riferimento, evidentemente, al regolamento n. 2201 del 2003, richiamando l'esperienza "madre" di tutte quelle regolamentari che poi le sono succedute, ovvero quella relativa alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968.

la decisione abbia alcune caratteristiche formali, processuali, rituali (le quali peraltro sottendono, specie nella materia di cui qui si tratta, un'imprescindibile sostanza), che la rendono idonea a spostarsi serenamente da un ordinamento all'altro senza incorrere in spiacevoli soste le quali, tra l'altro, vanificherebbero lo spirito che è alla base della normazione europea degli ultimi decenni (oltre che delle esigenze di vita del singolo che ha necessità di ricorrere al processo familiare, e minorile in particolare); è evidente, infatti, che il principio di libera circolazione delle persone, e dei capitali che spesso si spostano con le persone, sarebbe compromesso ove un soggetto, nello spostarsi da un paese all'altro, non vedesse riconosciute le decisioni che lo riguardano o riguardano i suoi prossimi congiunti[85]. Questo vale ancora maggiormente quando il soggetto, anziché essere l'autore dello spostamento, subisce lo spostamento di membri della famiglia che si allontanano, magari cambiando persino Stato, in conseguenza della dissoluzione di quest'ultima.

Per raggiungere questo obiettivo, pertanto, occorre trovare un accordo e una convergenza su uno scheletro, appunto; perché, per dirla in altri termini forse meno macabri, è soprattutto sui principi, quindi sugli orientamenti di fondo, che si va costruendo l'unità europea[86]; principi e regole di fondo che siano in genere privi di un elevato grado di specificità e che, guardando al futuro, sembrino meglio in grado di essere recepiti e garantire un equilibrato svolgimento dei rapporti[87]. E ciò vale, allo stesso modo, tanto per il diritto sostanziale quanto, forse anzi *a fortiori* viste le esigenze di circolazione cui accennavo sopra, per il diritto processuale.

Corollario di quanto precede è che, nella ricostruzione di questo scheletro, oltre che dalle fonti internazionali ed europee, non si potrà prescindere dall'avere riguardo a quanto accade negli altri ordinamenti, quantomeno in quelli che, con sguardo forse discriminatorio, vengono da sempre considerati più significativi. La dottrina da tempo ribadisce che le riforme in materia di famiglia devono es-

---

[85] V. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 5.

[86] V. Patti, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, cit., p. 534.

[87] Ancora Patti, *op. ult. cit.*, p. 535.

sere discusse avendo riguardo a quanto accade nel resto d'Europa[88], essendo ormai finito il tempo in cui il diritto di famiglia si poteva trattare fra le mura domestiche di un singolo ordinamento[89]; i fenomeni in atto, infatti, lasciano pensare che nel medio e lungo termine l'integrazione europea recherà con sé un naturale processo di parziale osmosi normativa e di progressiva condivisione dei *Grundrechte* familiari[90]. Se queste affermazioni sono state compiute con riferimento al diritto sostanziale della famiglia, ritengo non sia neppure il caso di spiegare perché lo stesso valga per il diritto processuale della famiglia, in quanto nessuno dei lettori dubiterà che sostanza e processo sono, da sempre, le due facce di un'identica medaglia[91]. E comunque, al di là del fine specifico e concreto sopra menzionato (la rapidità nella circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nel territorio dell'Unione), non si può ignorare in questa sede un altro rilievo fondamentale, che è al contempo postulato del precedente, a ben vedere, ovvero che la comparazione e la conoscenza di altri sistemi, oltre all'essere interessante in sé sotto il profilo culturale, è anche il modo migliore per conoscere il proprio sistema e per progettare riforme che abbiano qualche speranza di essere efficaci[92].

Un interrogativo inquieta, inevitabilmente, lo studioso che si prefigge ciò di cui sopra, ovvero l'enucleazione di un modello europeo di processo minorile: *common core* o *better law*[93]? In altri termini, dovendo compiere una scelta, è da privilegiare il primo (da intendersi essenzialmente come novero dei principi comuni) o il secondo? In questa sede, approssimerei una risposta: a mio avviso, occorre verificare quale sia il *common core* e riflettere su di esso

---

88 V. Sesta, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella crisi della famiglia: un difficile equilibrio*, cit., p. 294.

89 È la bella espressione figurativa di Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 22.

90 Così Baratta, *op. cit.*, p. 602.

91 Il rapporto di stretta complementarità della giustizia minorile con il profilo sostanziale è evidenziato anche da Rossi Carleo, *La riforma della giustizia minorile: spunti di discussione*, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. al n. 3/2004, p. 149 ss., spec. p. 152.

92 V. Taruffo, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 551 ss., spec. p. 555. Sul processo minorile di diritto interno, allo stato attuale e con uno sguardo *de iure condendo*, svolgerò le opportune considerazioni nei capitoli successivi.

93 Lo stesso si chiede Boele-Woelki, *op. cit.*, p. 246.

per tentare di ricavarne la *better law*. Tutto ciò allo scopo di tentare di costruire uno scheletro di processo minorile europeo le cui ossa non potranno che essere infine individuate in alcuni principi generali, termine da intendersi, ai miei fini, sia nell'accezione di "valore fondamentale" che, al contempo, di "nozione di base"[94], utilizzando un'ermeneutica aperta che, muovendosi su testi multilingue e giocando su contesti pluriculturali, giunga a costruire un'interpretazione senza frontiere che corra in senso europeisticamente conforme[95].

8. *Chi è il minore?*

La domanda può apparire bizzarra, ma soltanto a prima vista. Cercando di approfondire l'argomento oggetto di questo studio, infatti, non avevo mai messo in dubbio che vi fosse una convergenza generalizzata fra ordinamenti in ordine alla nozione di "minore"; ma non è proprio così.

Andando a scorrere atti normativi e strumenti internazionali, infatti, è incerto se la nozione di minore debba essere ricostruita in via autonoma o attraverso il rinvio ai diritti nazionali, che considerano minore ora il soggetto che ha un'età inferiore a diciotto anni (e sono la maggior parte), ora colui che abbia un'età inferiore a ventuno anni[96].

Limitandosi all'àmbito dell'Unione, è pure registrabile qualche discrasia. Il parere del Comitato sociale europeo sulla proposta di regolamento n. 2201 del 2003, infatti, assume che tale nozione sia autonoma e designi il soggetto che non abbia ancora compiuto il diciottesimo anno di età[97]. Diversamente, secondo la guida pratica per l'applicazione del regolamento, la questione della maggiore o minore età è risolvibile facendo riferimento a quanto previsto in ciascuno Stato membro, anche se poi si ammette che, di regola, si ha riguardo

---

[94] Per le diverse accezioni sono ricorsa ad Alpa, voce *Principi generali*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, 1996, XIV, p. 355 ss., spec. p. 355.

[95] Parafraso da Benedetti, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1 ss., spec. pp. 7-8.

[96] V. Tomasi, *op. cit.*, p. 74 ss., per alcuni esempi di norme nazionali che differiscono nelle varie legislazioni in ordine alla nozione di minore.

[97] V. il parere in *Gazz. uff. com. eur.*, serie C n. 80 del 3 aprile 2002, spec. punto 2.6.

al compimento del diciottesimo anno. Sul tema è intervenuta infine la Commissione, ad avviso della quale, ove si voglia ricostruire una nozione generale di minore o maggiore età, si dovrebbe fare riferimento all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale è basato su quanto prevede la Convenzione ONU del 1989 sui diritti dei fanciulli, il cui art. 1, appunto, definisce "fanciullo" ogni essere umano avente un'età inferiore ai diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile[98].

A mio parere è del tutto condivisibile quest'ultima impostazione, aderendo alla quale potremmo di qui innanzi intendere per "minore" il soggetto che non abbia ancora compiuto il diciottesimo anno di età; e ciò per varie ragioni. Intanto, nella stragrande maggioranza degli Stati, non solo membri dell'Unione ma anche extraeuropei, il discrimine fra maggiore e minore età è appunto rappresentato da quel momento di passaggio; secondariamente, ipotizzare l'applicazione di un diverso regime per il provvedimento in ragione di una differenza tutta interna ad un singolo Stato sulla nozione di "minore", integrerebbe certamente una discriminazione (quindi violerebbe il principio che la vieta) all'interno dello spazio europeo; il ragionamento, peraltro, essendo il diritto dei minori sufficientemente omogeneo anche a livello internazionale (come vedremo proseguendo nella trattazione), può essere esteso anche oltre i confini europei. In sostanza, a me pare che, in questa materia più che in altre, sia necessario l'intendersi preventivamente sull'adozione di una nozione autonoma di "minore", che quindi prescinda dai singoli contesti nazionali, con la maggior parte dei quali, comunque, risulta essere coincidente.

L'indagine relativa alla nozione di "minore", tuttavia, non si esaurisce qui. È a tutti evidente, infatti, che da zero a diciotto anni sono numerose le sfumature di crescita e di capacità di un fanciullo, e che ciò potrebbe ripercuotersi sui diversi ruoli che egli potrebbe avere nel processo a seconda, appunto, delle diverse età in cui si trovi; su questo ulteriore aspetto ritengo preferibile e più congruo soffermarmi nei successivi e più specifici capitoli anziché in questa sede di premessa generale ed introduttiva, pur tuttavia indispensabile.

---

[98] V. la comunicazione della Commissione del 4 luglio 2006, *Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*, cit., *sub* art. I.

9. *Prevenzione e patologia: una riflessione opportuna*

In questo paragrafo conclusivo, mi piace chiudere con alcune considerazioni di ordine non strettamente giuridico ma, tuttavia, profondamente connesse al tema che tratterò e comunque giustificate, semmai vi fosse la necessità di farlo, dalla circostanza che il diritto, la scienza giuridica, trova il suo fondamento nella vita dell'uomo, toccandone i tasti che producono i suoni più acuti quanto più si tratti di temi che ineriscono al diritto della famiglia e dei minori. Come è stato efficacemente affermato, infatti, la tecnica sovente propria dell'operatore giuridico, consistente nel "disincarnare le situazioni di fatto", non si addice al diritto di famiglia; questo infatti, a differenza del diritto in genere, che rinviene il proprio oggetto nell'àmbito della categoria dell'*avere*, si sottrae a tale logica perché appartiene all'*essere*[99].

Il presupposto dal quale parto per svolgere le considerazioni che seguono, e che naturalmente può ben essere non condivisibile, è che la disgregazione del nucleo familiare sia un evento patologico e non la ordinaria fisiologia del fenomeno. Non tutti la pensano così; ad avviso di alcuni terapeuti della famiglia, per esempio, la rottura del rapporto viene considerata come un mero evento paranormativo nel ciclo vitale della coppia[100].

A chi, aderendo all'opinione ora ricordata, obiettasse che, guardando alle statistiche, la separazione della coppia è divenuta la normalità, e che quindi non possiamo considerarla un evento patologico, considerata la frequenza con cui accade, vorrei replicare con un paragone forse un po' forte ma che mi pare efficace. Altre statistiche, infatti, questa volta provenienti dalla scienza medica, ci informano del fatto che, in previsione futura, una persona su tre ha alte probabilità di contrarre il cancro, il quale peraltro, specie in alcune sue forme, grazie ai progressi della ricerca, sta diventando in larga parte malattia curabile con successo al pari di tante altre meno spaventose; ebbene, credo che a nessuno venga in mente, siccome ammalarsi di cancro

---

[99] Così Arena, *La famiglia in tribunale*, Milano, 1998, p. 4.

[100] Lo segnala Marcucci, *L'affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 220 ss., spec. p. 220.

nel corso di una vita ad oggi mediamente ottuagenaria è cosa molto probabile, di considerare questo non più come una patologia ma, per l'appunto, come qualcosa di normale. Lo stesso può dirsi pertanto, a mio avviso, per la separazione della coppia e per la diaspora del nucleo familiare che, dunque, va riguardata non come un evento normale della vita della famiglia ma come un episodio patologico.

E così come per la patologia oncologica siamo bombardati di messaggi sulla prevenzione, anche per la patologia che si traduce nella rapida formazione e spesso nell'altrettanto rapida dissoluzione delle famiglie potrebbe pensarsi a qualche forma di prevenzione. È necessario, infatti, studiare il tema del minore rispetto al processo, perché sono i numeri a chiederlo, ma ancora meglio sarebbe forse evitare al minore l'esperienza del processo, che in genere consegue necessariamente alla dissoluzione della famiglia. Per quanto buono il processo possa essere, infatti, e nonostante tutte le norme che si cerchi di escogitare, anche a livello sostanziale, per rendere meno amara possibile la vita ai minori che fanno esperienza di situazioni difficili (*rectius* patologiche), cercando di prendere coscienza dei bisogni del minore e approntando per essi una forma di tutela, condivido il pensiero di chi afferma con decisione che il diritto non è onnipotente, perché una serie di fondamentali bisogni del minore possono essere appagati solo da un incontro tra persone; il diritto, infatti, non può costruire relazioni effettivamente e affettivamente strutturanti, che è proprio ciò di cui il minore ha bisogno[101]. La dottrina sociologica ha sintetizzato il processo in atto con un'efficace espressione: il fenomeno cui stiamo assistendo è "la caduta di forza della famiglia come sistema sociale che orienta le persone"[102].

È evidente che, crollato l'edificio, non si può far altro che industriarsi per la raccolta più efficace possibile delle macerie e per lo sgombero del campo; ma forse si può riflettere meglio, ed a livello preventivo, sull'edificazione dello stabile. Questa mia opinione è condivisa da altri i quali ritengono che proprio l'esperienza

---

[101] V. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, pp. 20-21.

[102] Così Donati, *op. cit.*, pp. 90-91. L'a. prosegue illustrando come tale caduta stia dentro un paradigma più generale di cambiamento societario, quello dell'adattamento funzionale a sfondo biologico, caratterizzato, fra l'altro, dalla collocazione di gusti e preferenze al posto dei valori.

fallimentare di molte coppie dovrebbe richiamare l'attenzione sulla fase che precede la formazione del nucleo familiare, in particolare sull'importanza di una decisione libera, ma altrettanto responsabile, dei coniugi; è soprattutto attraverso l'attività di prevenzione, infatti, che possono essere recuperati i valori familiari, aiutando le persone a riscoprire il significato della loro vita e quello del legarsi all'altro, maturando il senso del dovere e lo spirito di sacrificio che rappresentano la condizione fondamentale per una piena comunione di vita qual è quella matrimoniale, in cui l'autodisciplina è l'elemento indispensabile della felicità dell'unione[103].

Con toni altrettanto decisi e nello stesso spirito, che condivido, altra dottrina invita a prendere le distanze non solo da sentimenti di simpatia o di compiacimento, ma anche da quelli di neutralità nei confronti degli eventi che coinvolgono il costume sociale, tanto diffusi fra la gente comune (quindi anche fra noi, aggiungo), neutralità che cela un malinteso senso di anticonformismo e trascura i gravissimi problemi emergenti, primo fra tutti il danno esistenziale sui minori; è un dato difficilmente confutabile, infatti, la consapevolezza che la crescita migliore dell'individuo, nonché la formazione più sana ed equilibrata della sua personalità, siano quelle che avvengono in seno alla famiglia biologica e unita[104].

L'impresa si può definire ardua, pur ricorrendo ad un eufemismo; si tratta infatti di ricostruire e rinsaldare la famiglia, che è "il luogo" per eccellenza, giardino di crescita, di protezione e di amore, nel contesto della globalizzazione, che è "il non luogo" per antonomasia[105]. Ma è impresa che riguarda tutti, nessuno escluso, e specialmente le generazioni oggi considerate tipicamente "in crisi", alle quali nemmeno il cinema dell'ultimo decennio ha risparmiato analisi costruttivamente critiche e talvolta ironicamente spietate. E questa è impresa che sì sarebbe vera partecipazione diretta del cittadino alla politica, nell'esercizio di una consapevole responsabilità individuale di ciascuno, che non è pensabile si possa serenamente delegare senza causare un danno profondo a chi verrà dopo di noi.

---

[103] V. Arena, *op. cit.*, pp. 4 e 103.

[104] In questo senso, Galletta, *op. cit.*, p. 803.

[105] Sul rapporto famiglia-globalizzazione, v. le belle pagine di Fortino, *op. cit.*, p. 167 ss., e la ricca bibliografia, anche extragiuridica, che l'a. richiama.

Parte II

IL CUORE PULSANTE DEL PROCESSO MINORILE

Capitolo II

L'ASCOLTO DEL MINORE

"[…] quell'aria seria e talvolta severa dei bambini
è un mistero della loro luminosa innocenza
dinanzi alle nostre virtù che volgono al crepuscolo;
si direbbe che si sentano angeli
e che ci sappiano uomini".
Victor Hugo, *I miserabili*

1. *Psicologia e processo: il minore nel colloquio con l'estraneo*

Uno dei profili di maggiore interesse, nei quali lo studioso si imbatte allorché approccia il processo minorile, è rappresentato senza ombra di dubbio alcuno dal tema, insieme delicatissimo ed affascinante, dell'ascolto del minore.

Fermandosi ad un livello di superficie, si potrebbe essere tentati di pensare che la procedura, e dunque un insieme di regole che disciplina un rito, non copra in via immediata un momento qual è quello dell'audizione del minore, se non per ciò che, per l'appunto, riguarda i profili formali e rituali (cioè a dire, quando sentire il minore, in che modo, che valore conferire a queste dichiarazioni, e via di séguito). In realtà, non è esattamente così che il fenomeno può essere riguardato: perché esso, invece, rende attualissimo un risalente rilievo della migliore dottrina, secondo cui è necessario non dimenticare mai che le leggi, ed in specie quelle processuali, sono fatte per

uomini vivi dei quali, prima di studiare il diritto, bisogna conoscere la psicologia[1]. E diritto e psicologia, come peraltro è facile intuire, non vanno mai così fittamente a braccetto come accade rispetto al tema che vorrei ora considerare.

Prima ancora che a livello processuale, infatti, l'ascolto del minore assume rilevanza proprio in àmbito educativo. È attraverso l'ascolto che il minore diviene persona e, in quanto tale, effettivo titolare anch'egli delle situazioni esistenziali che le norme gli riconoscono. Anzi, come autorevole dottrina ha ben evidenziato, la posizione del minore in àmbito familiare non solo deve caratterizzarsi per l'identica dignità che contraddistingue la posizione del minore rispetto agli altri membri della famiglia, ma tale identica dignità, pur nella diversità di ruoli, è addirittura tale da rendere i figli, in quanto espressione di personalità in formazione, i soggetti privilegiati di una comunità che, nel vivere insieme per realizzarsi, insieme trova il suo limite e la sua finalità[2]. Se questi rilievi sono condivisibili in quanto espressi con riferimento alla vita fisiologica del nucleo familiare e dal punto di vista sostanziale, a mio avviso lo sono ancora di più ove si ponga mente al minore allorquando egli si trovi non solo a dover fronteggiare il momento patologico della vita familiare, ma anche quel suo sgradevole corollario che è il processo che ne segue.

Il tema presenta molte sfaccettature, che verranno approfondite partitamente nelle pagine a venire. Innanzitutto, però, è opportuno spendere qualche parola su ciò che si intende per "ascolto" del minore, prima ancora di calare il tema più da presso nelle maglie del processo.

---

[1] Sono parole di Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in Id., *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Napoli, 1965, I, p. 537 ss., spec. p. 538.

[2] Così Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Familia*, 2002, p. 933 ss., spec. p. 937. Sul tema e ampiamente v. anche Dell'Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela*, Milano, 2001, spec. p. 2 ss., ove l'a. sottolinea che la tutela del bambino assume un significato diverso se lo si considera già persona nel presente, con capacità di comprensione e di valutazione di ciò che lo circonda; riconoscere il bambino come persona, aggiunge l'a., comporta altresì il riconoscimento della sua partecipazione attiva alle situazioni in cui si trova e alla loro evoluzione con proprie opinioni e aspettative, con la conseguenza che egli potrà reagire differentemente se esse vengono o meno tenute presenti, nonché negativamente se si sente escluso o non tenuto in adeguata considerazione.

In termini psicologici, ascoltare significa capire[3]. Con la conseguenza che, sovente, "ciascuno ascolta solo quel che comprende"[4].

In termini giuridico-processuali, a me pare che il primo significato che il termine "ascolto" può (e deve) assumere, non possa che essere il medesimo. Ascoltare il minore nel processo significa capirlo.

Nel momento stesso in cui pronuncio queste sintetiche e semplici parole, mi rendo perfettamente conto della incommensurabile difficoltà del còmpito che dietro ad esse si cela; ma questo non è motivo sufficiente per non ribadire questa convinzione: l'ascolto del minore deve essere, prima di tutto, comprensione. I minori, infatti, non sono privi di una propria opinione; e la difficoltà di determinarla non solleva nessuno *ab origine* dal tentare di raccoglierla[5].

Non occorre essere esperti di scienze della comunicazione per sapere che spesso le parole sono la parte meno importante di ciò che viene detto o di ciò che si vorrebbe dire. Sovente il c.d. paraverbale (gesti, espressioni, più in generale i comportamenti di chi parla, o di chi tace, perché tutti abbiamo esperienza di come il silenzio possa essere comunicazione ancor più efficace delle parole) è più importante e trova un'eco più profonda nell'intimo della persona di quanto non accada considerando il mero linguaggio verbale. Questo rilievo non può essere trascurato, perché consente di fissare un primo punto fermo: ascoltare il minore nel processo non significa, né può significare, limitarsi a prendere atto di ciò che dice.

Come è stato ben evidenziato, infatti, i motivi in base ai quali il minore si esprime in un modo ovvero in un altro sono complessi: può

---

[3] V. Salzano, *Il procedimento di ascolto dei minori nei processi di separazione e divorzio*, in Aa.Vv., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, 2001, p. 379 ss., spec. p. 380.

[4] Così Benedetti, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, cit., p. 1, ove l'a. aggiunge come l'ascolto, oltre che carico di attese cognitive, sia anche intriso di "precomprensione".

[5] In questo senso anche Salzano, *op. cit.*, p. 381. Colgo l'occasione per annotare qui come lo stesso Garante per la protezione dei dati personali (con deliberazione del 26 ottobre 2006, aggiornamento della Carta di Treviso del 10 ottobre 1990 sulla tutela del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali relativi a minori, in *Gazz. uff.*, 13 novembre 2006, n. 264, e in *Guida al dir.*, n. 3 del 2007, p. 116 ss.) inviti, fra l'altro, al superamento di tutte le condizioni negative che impediscono di fatto il pieno esplicarsi della personalità del minore, nel rispetto delle condizioni tipiche dell'infanzia e della gioventù, per attuare il diritto all'educazione e ad un'adeguata crescita umana.

avere timore della stessa libertà di espressione che si vede accordata; può desiderare di mostrarsi come pensa che gli altri vorrebbero che fosse; può avere paura di alterare equilibri consolidati rispetto agli adulti che si occupano di lui; può desiderare di mantenere il più possibile l'alleanza con ciascuno dei genitori, specie quando questi sono in contrasto tra loro; può aver subìto pressioni da uno o da entrambi i genitori, che a loro volta temono di essere giudicati negativamente nel loro ruolo di educatori; può temere di esprimersi liberamente perché sopraffatto dal timore ancora più grande di affrontare in modo realistico gli aspetti della realtà in cui vive e che magari cerca di negare anche a se stesso o di rappresentarsi in funzione autorassicuratoria; e molto altro ancora[6].

A questi motivi di ordine generale, che cioè potrebbero valere quando il minore esprime il proprio pensiero a un qualunque estraneo, si devono aggiungere quelli specifici del contesto giudiziario allorché andiamo a ragionare in termini di processo. Nella sede giudiziaria, infatti, il messaggio che il minore recepisce è che lì vengono "giudicati" i suoi genitori, cioè quei soggetti ai quali egli pensa come persone competenti in ogni cosa e detentori della verità; veder venire meno in loro queste qualità, per di più ad opera di una figura estranea, non idonea né in grado, giustamente, di fornire un appoggio sul piano affettivo, genera ansia nel minore, che nella stragrande maggioranza dei casi si avvicinerà al giudice con timore, magari costruendo fantasie che corrispondono ai suoi stati d'animo piuttosto che alla realtà delle cose, anche se la situazione gli viene prospettata in modo abbastanza realistico[7].

---

[6] V. Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, 1990, pp. 54-56; rimando spec. alle pp. 113-117 per l'analisi di una serie di casi concreti i quali dimostrano come anche minori che in apparenza assumono posizioni nette e razionalmente giustificate nei confronti di un genitore, lancino in realtà a chi li sa ascoltare messaggi assai più complessi di quelli deducibili dalle loro parole e dalle loro prese di posizione di fronte al giudice; spesso infatti esiste, sotto il messaggio apertamente espresso, come accennavo sopra nel testo e come evidenzia qui l'a., un messaggio "nascosto" e di valenza diversa, che risulta però emotivamente più pregnante del primo e quindi molto più aderente alla situazione concreta. È evidente dunque che, in casi siffatti, il semplice assecondamento delle richieste espresse verbalmente dal minore non può essere considerato il modo migliore per tenere in considerazione i suoi desideri.

[7] Ancora Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, cit., pp. 59-60.

Gli psicanalisti non ritengono che, per ciò solo, dovrebbe rinunciarsi aprioristicamente ad un contatto giudice-minore; vi è anzi chi sostiene che il bambino dovrebbe essere posto in grado di comunicare con il giudice sulle questioni matrimoniali dei suoi genitori, per quanto queste lo concernono e tutte le volte che egli lo desidera, ed il giudice stesso dovrebbe essere capace di parlare al bambino spiegandogli la situazione di fatto relativa alla separazione dei genitori e le decisioni che, in conseguenza della separazione, devono essere prese rispetto a lui[8].

Le considerazioni ora ricordate, del tutto condivisibili, potrebbero portare l'operatore a rinunciare al momento dell'ascolto del minore. Posto che ciò non è ad oggi possibile anche in virtù dell'elaborazione compiuta a livello normativo e giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale (come si vedrà meglio oltre), continuando a riflettere ancora per un momento ad uno stadio metagiuridico, ritengo che i motivi sopra elencati, pur veri e fondati, non esonerino colui che incontra il minore, dentro o fuori dal processo, dal raccogliere il suo pensiero. Anzi, le difficoltà suaccennate, che possono in qualche modo indurre l'ascoltatore a ritenere pressoché inutile l'ascolto, devono al contrario spingerlo ad un ascolto più attento, più ponderato, più competente, più confidente, più partecipato. Ciò consente di fermare l'attenzione su un altro punto fermo: le difficoltà intrinsecamente connesse a questa attività non possono diventare un alibi per astenersi dall'ascolto del minore o per darvi luogo in modo meccanico e stereotipato.

Come pure, pensando specificamente all'ascolto del minore che avvenga nel processo da parte del giudice, non può divenire un alibi, per evitare di interagire col minore, la circostanza che l'audizione possa rappresentare per il fanciullo un ulteriore trauma[9].

---

[8] V. Dolto, *Quando i genitori si separano*, Milano, 1995, pp. 125-126; e Contri, *Rappresentare un minore in giudizio: sostituirlo? capacitarlo?*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 154 ss., per un'interessante analisi psicologica dei comportamenti dei fanciulli ascoltati in relazione alle vicende familiari. A questo punto si dovrebbe aprire la riflessione al tema del soggetto da ritenersi competente all'ascolto del minore nel giudizio; ritengo più opportuno, invece, rimanere ora in un àmbito più generale per affrontare specificamente l'argomento in un paragrafo successivo.

[9] V. Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, cit., p. 73.

Rispetto a quelle che precedono, comunque, è predominante una considerazione che, a mio avviso, deve stare a monte di tutte le successive. È ormai tralatizio l'insegnamento, divenuto quasi un motto nel gergo processualistico, secondo cui la giustizia (e la decisione giusta) è quella e proprio quella del singolo caso, non potendosi procedere aprioristicamente attraverso norme generali ed astratte, ma essendo al contrario indispensabile valutare concretamente le particolarità del caso di specie[10]. Ebbene, quest'ultima considerazione, che si può forse ritenere una delle poche verità del processo (nel quale, come in tutti i giochi che pur hanno le loro regole, il risultato è sempre diverso e non c'è mai una partita uguale all'altra), vale nel suo massimo grado quando si tratti di procedere all'ascolto del minore e deve valere rispetto a ciascuno dei momenti valutativi che riguardano l'ascolto: se procedervi oppure no, ed in caso per quali motivi, come procedervi, secondo quali parametri orientarsi nella valutazione di ciò che è emerso in sede di ascolto, e via dicendo.

2. *L'ascolto del minore: dalle fonti normative sovranazionali agli ordinamenti interni*

Prova dell'importanza ascrivibile all'ascolto del minore, nonostante le difficoltà suaccennate, è la circostanza che esso, da

[10] Sul tema v., ampiamente, Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 315 ss.; Id., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, p. 11 ss.; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ivi, 2001, p. 665 ss.; Id., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in Bessone (a cura di), *L'attività del giudice*, Torino, 1997, p. 150 ss.; Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129 ss.; Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, I, 1965, p. 22 ss.; Wroblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making*, in *Rechts-theorie*, 1974, p. 27 ss.; Id., *Justification Through Principles and Justification Through Consequences*, in *Reason in Law*, Milano, 1987, I, p. 140 ss.; Id., *Justification of Legal Decisions*, in Id., *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, 1983, p. 55 ss.; Mazzarese, *Scoperta* vs *giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, 1995, p. 145 ss.; Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, spec. p. 218 ss.

alcuni decenni, sia previsto come momento fondamentale, garanzia sostanziale e processuale, dalle fonti internazionali sul tema.

Il "diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa" e la "possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne" sono riconosciuti al minore dall'art. 12, commi 1° e 2°, della Convenzione ONU di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, la quale trae le proprie origini dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[11].

La Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali (*Convention on contact concerning children* recita il titolo nella versione inglese) riconosce il diritto del minore di essere informato, consultato e di esprimere la propria opinione (art. 6), analogamente a quanto previsto dalla Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori (artt. 3 e 6)[12].

La Convenzione di Strasburgo del 19 ottobre 1996 su giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione in materia di responsabilità genitoriale e misure per la protezione dei minori, prevede il mancato ascolto del minore come motivo di rifiuto del riconoscimento della decisione, salvi i casi di urgenza (art. 23)[13].

La Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili

---

[11] La convenzione ora richiamata, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 44/25 del 20 novembre 1989 e aperta alla firma a New York il 26 novembre successivo, è stata ratificata dall'Italia attraverso la l. n. 176 del 27 maggio 1991, in *Gazz. uff.*, n. 35 del 11 giugno 1991. Correttamente Moro, *op. cit.*, p. 14, definisce questa Convenzione "non solo o non tanto un codice di diritti, quanto principalmente un programma pedagogico di sviluppo umano del minore". Non è un caso, peraltro, che la Convenzione eviti il termine "minore", che evoca uno *status* di inferiorità giuridica e sociale, e parli di "fanciullo", come sottolinea Sergio, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 590 ss., spec. p. 591. In via generale sulla Convenzione in parola e l'applicazione avutasene negli anni, v. Fottrell, *Revisiting Children's Rights: Ten Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Bruxelles, 2000, spec. p. 87 ss.

[12] Questa convenzione è stata ratificata con la l. n. 77 del 20 marzo 2003, in *Gazz. uff.*, n. 91 del 18 aprile 2003, suppl. ord. n. 66/4, e in *Fam. e dir.*, 2003, p. 213 ss. Sul tema, fra gli altri, v. Manera, *Prime impressioni e valutazioni della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo*, in *Giur. mer.*, 2004, IV, p. 166 ss.

[13] Per questa ragione, fra l'altro, Grazioli, *I minori stranieri non accompagnati*, in *Giur. mer.*, 2004, suppl., p. 59 ss., spec. p. 66, ritiene che merito di questa convenzione sia non tanto interrogarsi su quali particolari diritti facciano capo

della sottrazione internazionale di minori[14], consente all'autorità competente di rifiutare di ordinare il ritorno del minore "qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno e che ha raggiunto un'età e una maturità tali che sia opportuno tenere conto del suo parere" (art. 13), con ciò presupponendo che il minore debba essere stato previamente ascoltato sul punto; analogamente prevede l'art. 15 della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento e di ristabilimento dell'affidamento[15].

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha recepito l'*acquis* internazionale; l'art. 24, comma 1°, afferma infatti che i minori "possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità"[16].

Rimanendo nell'àmbito dell'Unione, l'art. 23, lett. b, regolamento Ce n. 2201 del 2003, prevede il mancato ascolto del minore come motivo di rifiuto del riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale[17]; l'ascolto del minore, poi, è previsto dalla medesima fonte come condizione per il rilascio del certificato relativo al diritto di visita (art. 41) e per quello riguardante il ritorno del minore (art. 42)[18].

---

alla persona in età evolutiva, ma soprattutto aprire la riflessione su quali dovranno essere le modalità per una loro effettiva azionabilità da parte del singolo soggetto.

[14] Ratificata attraverso la l. n. 64 del 15 gennaio 1994, in *Gazz. uff.*, n. 23 del 29 gennaio 1994.

[15] Quest'ultima convenzione è stata ratificata con la legge cit. alla nota precedente.

[16] V. il testo della Carta da ultimo approvato, la cui entrata in vigore coincide con quella del trattato di Lisbona, in *Gazz. uff. Un. eur.*, serie C/303 del 14 dicembre 2007.

[17] È a tutti evidente, come nota Facchini, *L'ascolto del minore*, in Aa.Vv., a cura di Oberto, *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, 2007, p. 137 ss., spec. p. 145, che in mancanza di ascolto o, aggiunge l'a., di una motivazione stringente ed inoppugnabile che escluda la necessità dell'ascolto, la relativa sentenza non potrà circolare nei paesi dell'Unione, rivelandosi sostanzialmente inutile; il medesimo rilievo, compiuto con riguardo al regolamento n. 1347, ma evidentemente trasferibile al sistema del regolamento successivo, si trova in Marcucci, *op. cit.*, p. 223.

[18] Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, cit., pp. 1250-1251, nota come la mancata audizione del minore nel processo *a quo* sia elemento che può impedire il riconoscimento e quindi l'esecu-

La rapida elencazione cui ho proceduto non ha altro scopo se non dimostrare come il tema dell'ascolto del minore, *rectius* il diritto del minore ad essere ascoltato, sia un elemento che deve essere considerato ormai limpidamente acquisito alla cultura giuridica processuale contemporanea. Questo snodo concettuale è importantissimo perché per lungo tempo, invece, le dichiarazioni contenute negli accordi internazionali sono state ritenute alla stregua di norme non vincolanti direttamente gli Stati o i loro cittadini, con il risultato che, di fatto, i principi in esse contenuti rimanevano, per l'appunto, null'altro che principi scritti sulla carta, senza ricevere alcuna concreta applicazione. È relativamente recente, infatti, l'acquisizione della consapevolezza che la rilevanza dei principi suddetti concerne insieme il piano etico e quello giuridico; pertanto, attualmente possiamo ben dire che i principi solennemente riconosciuti come validi dalla comunità delle genti rendono espliciti valori che devono essere insiti nei sistemi giuridici e così orientare il legislatore e l'interprete del diritto e imporre prassi che non siano in contrasto con essi[19].

Gettiamo ora sinteticamente uno sguardo, a volo d'uccello, su alcuni ordinamenti interni.

Per quel che riguarda l'Italia, già oltre un lustro addietro la Consulta affermò che il principio di cui all'art. 12 della Convenzione di New York era ormai entrato nell'ordinamento, per cui al minore si doveva dare la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura che lo concernesse[20]. Ben prima, tuttavia, la dottrina aveva sottolineato

---

zione della decisione, ma nulla si dica circa la possibilità per il minore adeguatamente rappresentato di interloquire nel procedimento davanti al giudice dello Stato richiesto; ad avviso dell'a., non si può escludere il diritto del minore ad assumere una sua posizione autonoma, se non nel procedimento di *exequatur*, almeno in quello di opposizione; il minore potrebbe chiedere di essere sentito e, in ipotesi di conflitto di interessi, anche intervenire, previa nomina di un rappresentante *ad hoc*. Sul regolamento di cui ora nel testo, tornerò ampiamente in un capitolo successivo.

[19] Così Moro, *op. cit.*, p. 12.

[20] V. Corte cost., sent. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 229 ss., con nota di Tommaseo, *Giudizi camerali* de potestate *e giusto processo*, ivi, p. 233 ss., spec. p. 236, ove l'a. sottolinea la circostanza che il giudice delle leggi abbia affermato la "efficacia operativa" della Convenzione ONU nell'ordinamento interno. Commentando la pronuncia, Moro, *op. cit.*, pp. 121-122, afferma che la conclusione raggiunta dalla Consulta "impone che in tutte le procedure sia riconosciuta al minore la qualità di parte, gli sia nominato un curatore, assicurato un difensore,

come, proprio in virtù dell'art. 12 summenzionato, in ogni processo di cognizione o di esecuzione che vedesse coinvolto un minore, compresa la giurisdizione volontaria, si doveva ritenere esistente un vero e proprio diritto del minore ad essere ascoltato[21]. La giurisprudenza più recente poi, se mai residuasse ancora qualche dubbio al riguardo, chiarisce ulteriormente, richiamando le fonti internazionali e in particolare la Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, che l'audizione del minore ha ricevuto una consacrazione normativa indiscutibile e, pertanto, la rilevanza dell'ascolto è tale che esso può essere escluso solo ove l'audizione stessa esponga a pregiudizio il minore[22]. Il legislatore, infine, per ciò che concerne specificamente i processi di separazione e di divorzio, ha reso obbligatoria l'audizione del figlio minore, subordinandone peraltro l'ascolto al compimento del dodicesimo anno di età o comunque alla capacità di discernimento (così, infatti, dispone oggi l'art. 155 *sexies*, comma

---

poiché il principio della Convenzione ONU riguarda tutte le procedure che concernono il bambino".

[21] Così Graziosi, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1281 ss., spec. p. 1286.

[22] V. Cass., sez. I civ., ord. 3-16 aprile 2007, n. 9094, in *Guida al dir.*, n. 18 del 2007, p. 50 ss., spec. p. 52, ove la suprema corte giunge alla conclusione di cui nel testo dopo aver richiamato le fonti internazionali sul tema fin qui ricordate (con nota di Galluzzo, *L'adempimento può essere escluso in presenza di rischi per l'interessato*, ivi, p. 54 ss., spec. p. 56, ove l'a. sottolinea come l'ordinanza in esame fornisca un'interpretazione della funzione dell'ascolto del minore ribaltata rispetto ai precedenti interventi giurisprudenziali). In senso più attenuato, tuttavia, corre l'obbligo di dar conto di quanto affermato da Cass., 15 febbraio 2008 n. 3798, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 885 ss. (con nota di Liuzzi, *Sottrazione internazionale di minori e questioni processuali: ancora in tema di ascolto e di residenza del minore*, ivi, p. 888 ss.), ove la suprema corte, nell'àmbito di un pronunciamento in ordine alla Convenzione dell'Aja sulla sottrazione di minori, afferma che il minore si può opporre all'ordine di rimpatrio, sempre che abbia raggiunto un'età e un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione; a tal proposito, prosegue, nell'indagine sul raggiungimento da parte del minore di un'adeguata capacità di discernimento, il giudice non è tenuto a procedere all'audizione del minore secondo modalità particolari, ad esempio attraverso una consulenza tecnica d'ufficio, purché le ragioni del suo rifiuto di procedere all'audizione del minore siano adeguatamente motivate. Il punto è delicato perché, come è facile notare, adottando un'impostazione qual è quella appena illustrata, tutto (*rectius* tutte le garanzie del minore) viene a giocarsi intorno alla "adeguatezza della motivazione", e dunque, come avrò modo di dire ampiamente nelle pagine successive, intorno al come il giudice del processo minorile deciderà di interpretare il proprio ruolo.

1°, c.c.)[23]; la suprema corte di diritto interno non ha esitato ad applicare i principi ora menzionati, statuendo a sezioni unite che in tema di modifica delle condizioni della separazione personale tra coniugi, quanto all'affidamento dei minori, costituisce violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo non solo il mancato ascolto del minore che ha superato i dodici anni, ma anche il mancato accertamento della capacità di discernimento del minore che abbia un'età inferiore[24].

Alla luce di questi recenti sviluppi, pertanto, e con riferimento all'ordinamento italiano, mi pare che si possa concludere che, al di là delle norme di diritto interno che prevedono espressamente come momento tipico della procedura l'audizione del minore, questa debba trovare spazio in ogni procedimento che riguarda il minore, anche nelle ipotesi in cui, eventualmente, la disciplina specifica processuale di dettaglio non la contemplasse[25]; in quanto espressione di un principio generale, infatti, la regola che prevede l'audizione del minore non può essere considerata eccezionale e quindi, se tale non è, ben può estendere il suo campo d'applicazione anche oltre i limiti formalmente indicati dalla formulazione letterale delle norme[26]. Pertanto, la disomogeneità e l'incongruenza, di cui autorevole dottrina taccia le norme interne vigenti raffrontandole con i principi internazionali[27], possono ritenersi emendate ora nella via interpretativa suesposta e avallata tanto dalla Suprema Corte quanto dalla Consulta.

Negli ordinamenti di matrice anglosassone, analogamente, la dot-

---

[23] V. sul tema, ampiamente e in generale, Graziosi, a cura di, *I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008; Id., *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1113 ss.; Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 7 ss.; Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, ivi, 2006, p. 356 ss.; M.A. Lupoi, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 955 ss.; Cea, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 103 ss.

[24] V. Cass., sez. un. civ., sent. 6-21 ottobre 2009 n. 22238, in *Guida al dir.*, n. 48 del 2009, p. 36 ss.

[25] Nello stesso senso Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., pp. 941-942.

[26] Così ancora Ruscello, *op. ult. cit.*, p. 943.

[27] È quanto correttamente rileva Sergio, *op. cit.*, p. 590.

trina sottolinea come lo sviluppo più recente sia stato nel senso di passare da una considerazione del minore come mera vittima della disgregazione della famiglia a quella del minore come soggetto attivo nelle procedure familiari, con la conseguenza che è ormai pacifico che sia dovere del giudice ascoltare il minore e avere riguardo alle opinioni da questo espresse[28]; l'*Infant Act* inglese, in particolare, prevede espressamente che il giudice ascolti il minore in qualsiasi procedimento in cui debbano essere risolte controversie familiari che vengano dedotte in giudizio, e che il minore possa rivolgersi direttamente al giudice nel corso del procedimento se ritiene che non vengano presi nella dovuta considerazione i suoi punti di vista e le sue aspettative[29]; la *section* 11 del *Family Law Act*, poi, colloca al primo posto tra i criteri decisivi per il giudice, al fine di adottare le propria decisione, i desideri e i sentimenti espressi dal fanciullo, alla luce dell'età di quest'ultimo[30].

In Francia, è reperibile l'interessante dato della *loi* 93-22 del 8 gennaio 1993 di recepimento della Convenzione di New York, ove si prevede che tutti i minori capaci di discernimento possano essere sentiti, dal giudice personalmente o dalla persona da lui designata; se poi è il minore a chiedere di essere ascoltato, si specifica, l'audizione non può essere rifiutata, se non attraverso una decisione specialmente motivata[31]. La generale necessità di procedere all'audizione del minore capace di discernimento in ogni procedura che lo concerne è poi prevista a livello normativo anche dall'art. 388-1 *code civil*[32].

Su binari dagli snodi analoghi si muove il Lussemburgo, ove la materia è stata oggetto di una riforma recente. Con la *loi* 5 giugno 2009, n. 5848, sono stati modificati tanto il codice di diritto civile sostanziale che quello di rito, nonché la legge che disciplina la

---

[28] V. Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 480; Marcucci, *op. cit.*, p. 228.

[29] Lo sottolinea Dell'Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela*, cit., p. 118.

[30] V. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, cit., p. 420. Nella letteratura d'oltremanica, v. sul tema anche Carr, *The voice of the child: the debate continues*, in *Family Law*, 2009, p. 299 ss.; Macdonald, *The child's voice in private law: loud enough?*, ivi, 2009, p. 40 ss.

[31] V. Guinchard-Ferrand, *Procédure civile*, Parigi, 2007, spec. pp. 506 e 963; Cadiet-Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2007, p. 555 ss.

[32] V. sul punto anche Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, cit., p. 420.

professione forense; allo stato, l'art. 388-1 del *code civil* prevede che il minore capace di discernimento possa essere sentito in tutte le procedure che lo riguardino, e che tale facoltà divenga un obbligo per il giudice allorquando sia il minore a chiedere espressamente di essere sentito.

Nell'ordinamento spagnolo, l'audizione giudiziale del minore è prevista in via generale dall'art. 9 della *Ley Orgánica* n. 1 del 1996, oltre che dagli artt. 92, comma 2°, 156, comma 5° e 159 del *código civil*. La prima delle norme ricordate prevede un vero e proprio diritto del minore ad essere ascoltato in qualsiasi procedimento giurisdizionale o amministrativo nel quale sia direttamente coinvolto e che riguardi la sua sfera personale, familiare o sociale[33].

Non rimane certo indietro, rispetto a queste riforme e al loro spirito, la Germania, che già nel 1991 emana il *Kinder Jugend Hilf Gesetz*, ove si dichiara obbligatorio nel processo l'ascolto del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età[34]; sulla stessa linea è anche la più recente riforma in materia di diritto di famiglia: la *Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (*FamFG*), approvata il 17 dicembre 2008 e in vigore dal 1° settembre 2009, rafforza ulteriormente il diritto di partecipazione del minore al processo, prevedendo che per le controversie relative ai minori la causa debba essere discussa in udienza con tutte le parti (art. 155, commi 1° e 2°). Quanto al riconoscimento del minore come parte nel processo che lo riguarda nell'ordinamento tedesco, il tema sarà affrontato nel capitolo successivo.

Un dato mi preme ora sottolineare, in via di parziale anticipazione delle conclusioni che trarrò sul punto: l'accenno ai singoli ordinamenti interni che ho sinteticamente richiamato è spia di una tendenza uniforme che emerge in modo pressoché omogeneo dall'analisi comparatistica[35].

---

[33] Più ampiamente sul punto v. Graziosi-Carnevale, *Brevi osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio in Spagna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 539 ss., spec. p. 553 ss.

[34] V. Dell'Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela*, cit., pp. 116-117; Schwab, *Droit de la famille et juridiction en Allemagne*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 105 ss.

[35] Come affermano Marcucci, *op. cit.*, p. 228; e Dell'Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela*, cit., spec. pp. 116 ss. e 118, ove l'a. conclude

3. *Un primo possibile limite all'ascolto del minore: la valutazione della capacità di discernimento*

Nelle pagine precedenti, mi sono limitata volutamente a dare conto della circostanza che, ad oggi, non è più dubitabile che il minore sia titolare di un vero e proprio diritto ad essere ascoltato nelle procedure che lo riguardano.

Entrando più profondamente nel tema, tuttavia, diviene subito necessario chiarire che il diritto di ascolto non è attribuito al (e quindi esercitabile dal) minore *tout court*, bensì è subordinato alla verifica della previa esistenza di condizioni che dunque, rispetto a tale diritto, vengono ad assumere le sembianze di possibili limiti al suo esercizio.

Le norme che contemplano il diritto di ascolto del minore lo subordinano, innanzitutto, alla positiva verifica della capacità di discernimento in capo a quest'ultimo, capacità che viene valutata tipicamente in rapporto alla "età" e al "grado di maturità" del minore (si pronunciano in questo senso, in particolare, l'art. 12 della Convenzione di New York, l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, l'art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, l'art. 15 della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980). La *ratio* di tali previsioni risiede nella considerazione che l'ascolto del minore, in quanto strumento per la realizzazione del suo interesse, viene escluso quando si ritenga che il minore non goda della capacità suddetta e quindi, anche ove venisse ascoltato, non potrebbe contribuire ad un'efficace tutela della propria persona.

Se il concetto di "età" non richiede, a livello definitorio, che vengano spese parole, diverso è per il "grado di maturità" e per la "capacità di discernimento"; esse, infatti, sono nozioni che non trovano spazio in sede normativa e devono quindi essere ricostruite in via interpretativa.

Parte della dottrina ha sostenuto che per "discernimento" deve intendersi la semplice attitudine a conoscere ciò che accade fuori di noi; ne sarebbero dunque privi i minori di giovanissima età e quelli

---

che il diritto del minore di partecipare attivamente nei procedimenti in cui viene coinvolto è principio ormai assimilato in quasi tutte le legislazioni europee.

affetti da gravi malattie fisiche o psichiche[36]. Altri ancora ritiene che la capacità di discernimento non sia una categoria scientifica bensì giuridica, e richiama la giurisprudenza penale la quale afferma, con riferimento alla categoria della "maturità", che essa si sostanzierebbe nell'insieme delle condizioni personali, educative, culturali e psicologiche del minore[37]. Entrambe le definizioni proposte dalla dottrina ora ricordata non mi trovano pienamente concorde.

A me sembra, intanto, che la "capacità di discernimento" non sia categoria giuridica, se non in via indiretta, cioè in quanto possa produrre effetti nel mondo del diritto; essa piuttosto è in via primaria categoria della scienza umana, poi di quelle sociali e psicologiche, e infine, evidentemente, può ridondare nel mondo del diritto[38]. Ancora ed in altri termini, a me pare che non occorra un giudice o un altro raffinato giurista per valutare se un bambino abbia o no capacità di discernimento, come invece dovrebbe essere se questa fosse primariamente ed essenzialmente una categoria giuridica, per valutare la quale, dunque, dovrebbe occorrere un esperto di diritto (la circostanza che poi sia il giudice a compiere tali valutazioni nel processo è altra cosa). Scivolosa è anche la definizione che àncora la capacità di discernimento alla "attitudine a rendersi conto di ciò che accade fuori di noi"; come è emerso nelle pagine precedenti[39], infatti, il bambino non è né potrebbe essere distaccato emotivamente da ciò che accade intorno a lui, e quindi in lui, quando sul tavolo della discussione è la disgregazione del nucleo familiare o altre questioni relative alla sua vita con genitori fisicamente ed affettivamente separati, potendo quindi tendere a darsi rappresentazioni della realtà che in qualche modo gli attenuino la situazione di sofferenza. Anche altri ha notato, infatti, come alla domanda sul quando il bambino diventi in grado di valutare ciò che gli conviene per il suo sviluppo al

---

[36] Così Graziosi, *op. cit.*, p. 1284.

[37] V. Sergio, *op. cit.*, p. 597, ove l'a. sottolinea altresì come la giurisprudenza civile debba ancora elaborare appieno la categoria della capacità di discernimento.

[38] Di questo avviso pare anche La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005, p. 246, quando afferma che "la capacità di discernimento […] certo non va configurata come una capacità di diritto, bensì come una capacità-contenitore graduabile e misurabile".

[39] V. *sub* par. 1 in questo capitolo.

di là dei valori che gli sono stati suggeriti e a prescindere dall'approvazione che potrà ottenere dagli adulti per lui significativi, non può essere data una risposta generalizzata e valida sempre e comunque; essa, infatti, deve essere riferita al tipo di rapporto e alle capacità di autonomia che "quel bambino" ha sviluppato[40]. Così come mi pare eccessivamente *tranchant* dedurne, quasi per definizione, che sarebbero privi di tale capacità i minori in "giovanissima età" (quando comincia o finisce la giovanissima età?) e quelli "affetti da malattie fisiche" (perché, a mio avviso, un bambino che ha una malattia o una disabilità fisica per ciò solo non necessariamente non è in grado di avere percezione degli eventi).

Per queste ragioni non ritengo condivisibile la rigida schematizzazione proposta da qualcuno e che si basa sulla predeterminazione, in base all'età, di facoltà e poteri in capo al minore[41]. Da un punto di vista pratico, infatti, basti pensare all'assurdità che si verificherebbe nelle ipotesi concrete per cui, volendo immaginare un esempio, il minore che ha compiuto l'età prevista dalla legge può essere ascoltato, mentre il minore al quale mancano pochi mesi per il compimento dell'età suddetta si vede privato dell'identica possibilità. È quindi palesemente insufficiente qualunque criterio che faccia riferimento all'individuazione di un'età prestabilita a partire dalla quale il minore possa avvalersi di posizioni giuridiche soggettive, in questo caso processuali, che la legge gli riconosce[42]. E se è a tutti evidente che un neonato o un fanciullo non ancora capace di scelte ponderate non può essere ritenuto capace di discernimento, è altrettanto

---

[40] In questo senso, che condivido, Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, cit., p. 45.

[41] È quanto propone Schwenzer, *op. cit.*, p. 94; nella sua proposta di *Model Family Code*, l'a., in una norma rubricata *Child's right to be heard and to consent*, immagina una disposizione in base alla quale il minore che abbia compiuto 5 anni debba essere sentito in tutte le questioni che lo riguardano, quello che abbia compiuto 12 anni si possa opporre alle azioni e alle decisioni prese in senso contrario ai suoi desideri, quello maggiore di 15 anni abbia il diritto di assumere decisioni autonome in tutte le materie di natura puramente personale.

[42] V. Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., p. 938. Non si potrebbe invece prescindere dal criterio cronologico ai fini della determinazione della capacità di discernimento ad avviso di Scardaccione, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1319 ss., spec. p. 1333.

vero che diversa è la posizione e il grado di maturità da fanciullo a fanciullo, come diversa è la consapevolezza del proprio essere e dei propri comportamenti, onde non può che rilevarsi l'insufficienza e l'inadeguatezza di qualunque criterio utile alla definizione di un'età prestabilita a partire dalla quale riconoscere al minore il diritto di essere ascoltato[43]. L'età, dunque, che da una parte è criterio rassicurante perché di facile determinazione, va estrapolata dal mero dato cronologicamente determinabile e interpretata per ciò che è, ovvero uno soltanto dei diversi fenomeni evolutivi che concorrono a determinare il grado di maturità del singolo minore[44].

A mio avviso potrebbe essere ipotizzabile, in via interpretativa, una soluzione pratica qual è la seguente. Premesso che l'ascolto è acclarato come un diritto del minore, nel giudizio non si dovrebbe procedere ad una valutazione preventiva della capacità di discernimento per fare poi luogo, in caso di esito positivo, all'audizione del minore; al contrario, si dovrebbe sempre poter procedere all'audizione, salvo poi interromperla o decidere di non tenerne conto in sede di valutazione perché, dalla stessa, emerge in modo chiaro l'assenza nel minore della capacità di discernimento necessaria al fine di esprimere pensieri su cui fondare la pronuncia.

Affermato questo punto in via preliminare, mi sembra che sia poi possibile proporre due discorsi distinti per quanto riguarda, da un lato, l'età e, dall'altro, la capacità di discernimento, perché è ad ora emerso chiaramente che tali entità non sono tra loro interdipendenti in modo inscindibile.

Si prenda ora in considerazione, per primo, il parametro

---

[43] In questo senso La Rosa, *op. cit.*, pp. 206-207, ove l'a. auspica il ricorso a strumenti duttili e flessibili che favoriscano l'espressione della capacità di manifestare le proprie aspirazioni e inclinazioni. Propendono per lo scartare la tesi del limite fisso di età in ordine alla determinazione della capacità di discernimento anche Stanzione-Sciancalepore, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 11, ove gli aa. poi aggiungono che sul tema non è neppure opportuno enunciare un'altra regola di carattere generale.

[44] Parafraso da La Rosa, *op. cit.*, p. 21. Nello stesso senso, benché con altre parole, Alderson-Hawthorne-Killen, *The Participation Rights of Premature Babies*, in *The intern. jour. of children's rights*, 2005, p. 31 ss., spec. p. 47, ove si legge "[…] it is more important that adults respect what they understand to be babies' views and rights, than they try to prove that babies have an arbitrary level of consciousness high enough to count as a human-rights-holding personhood […]".

dell'età. Il diritto richiede regole, le quali sono, insieme, garanzia ma anche, inevitabilmente, limite. Ora, a mio avviso, sullo specifico punto dell'età a partire dalla quale si possa procedere all'ascolto del minore nel processo, la regola dovrebbe essere che non vi sia alcuna regola. Ovvero, detto in altri termini, che non vi sia un limite di età prefissato al compimento di un determinato numero di anni del minore che funga da spartiacque tra il non ascolto e la possibilità (e il diritto) di essere ascoltato. Il minore dunque, con riferimento a questo singolo parametro, dovrebbe poter essere sentito sempre, salva la concreta impossibilità derivante dall'incapacità del fanciullo di rispondere con parole di senso compiuto alla domanda che gli venga rivolta[45].

Quanto alla capacità di discernimento, essa è a questo punto ancora da definire in modo soddisfacente, nonostante le proposte di altri autori sopra ricordate. Un tentativo di definizione mi pare peraltro inutile, in ragione della considerazione che ora segue. La sintetica ricostruzione dello stato dell'arte a cui ho proceduto sopra mi pare che evidenzi come, di fatto, il requisito della verifica della capacità di discernimento non sia altro, se non un ostacolo, per giunta ingombrante, nello sviluppo del processo. Non si può fare a meno di notare, infatti, come l'unico modo per valutare l'esistenza della capacità di discernimento in capo al minore sia ascoltarlo; in altri termini, l'accertamento del prerequisito (cioè la capacità di discernimento) per dare luogo all'attività (l'ascolto del minore) presuppone lo svolgimento dell'attività stessa (l'ascolto appunto)[46]. *De iure condendo*, pertanto, mi parrebbe opportuno che tale requisito fosse espunto da eventuali nuove norme che vengano elaborate sul tema; mentre, *de iure condito*, varrebbe forse la pena di non disperdere eccessive energie in tentativi di inquadramento e definizione.

Le norme e l'elaborazione interpretativa al riguardo, tuttavia, dicono quel che dicono; dunque è interrogativo opportuno quello che interpella sul chi debba essere il soggetto deputato, nel processo, ad accertare la capacità di discernimento del minore.

---

[45] V. Gorassini, *Allontanamento volontario del minore*, Napoli, 1994, p. 213, ove l'a. afferma che, al di fuori dei casi limite (ad esempio, il neonato), nessuno può predefinire i tempi dell'autosufficienza del minore.

[46] Lo nota anche Marcucci, *op. cit.*, p. 226.

Recentemente, la suprema corte di diritto interno ha affermato che l'accertamento della capacità di discernimento del minore rientra nell'insindacabile giudizio del giudice (nella specie si trattava del tribunale per i minori), senza che sussista l'obbligo di disporre di specifici mezzi di accertamento di tale capacità[47]. Parte della dottrina non condivide questa posizione, perché ritiene che affidare al giudice l'accertamento di tale capacità permetta all'organo decidente il ricorso ad un'eccessiva discrezionalità[48]. Quest'ultimo rilievo, pur apprezzabile, mi sembra tuttavia non completamente condivisibile. Credo che si possa concordare, infatti, su un punto di partenza: deve essere un organo "terzo", rispetto al minore e rispetto alle altre parti del processo che lo vede coinvolto, a stabilire se il minore abbia o meno capacità di discernimento e possa quindi essere sentito. Questa premessa consente di escludere immediatamente valutazioni in tal senso espresse dai genitori o dai loro difensori. Dovendo quindi individuare un soggetto "terzo", la migliore delle alternative possibili mi pare quella che vede nel giudice colui che possa valutare se il minore abbia o no capacità di discernimento[49]; l'esito di tale accertamento, sia esso positivo o negativo, deve comunque essere compiutamente motivato.

4. *Un secondo possibile limite ad un ascolto efficace del minore: le modalità pratiche di attuazione*

È del tutto evidente che un aspetto assai delicato è quello che si sostanzia nella individuazione delle modalità pratiche e concre-

---

[47] Così Cass., sez I, sent. 18 marzo 2006, n. 6081, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 585 ss., spec. p. 587 (con nota di Lena, *Le eccezioni all'ordine di rimpatrio del minore illecitamente sottratto al genitore affidatario*, ivi, p. 588 ss.). La fattispecie del caso concreto riguardava gli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori e l'ascolto del fanciullo per verificare eventuali ragioni di opposizione al rimpatrio; la non opportunità di disporre una consulenza tecnica per verificare tale capacità, ad avviso della Cassazione, è in tali fattispecie giustificata anche dall'urgenza nel provvedere che caratterizza ipotesi siffatte.

[48] È il pensiero di Marcucci, *op. cit.*, p. 226.

[49] È quanto prevede anche l'art. 12 della Convenzione di New York; sul punto, v. Liuzzi, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 675 ss., spec. p. 676.

te attraverso le quali fare luogo all'audizione del minore; se è vero che l'ascolto del minore è un suo diritto, è altrettanto vero che, a differenza di ciò che accade per la più parte dei diritti, l'esercizio dei quali rievoca pressoché esclusivamente in capo al titolare una situazione di potere e di vantaggio, chiunque può invece facilmente immaginare come l'attuazione del diritto di essere ascoltato nel processo non sia "a costo zero" in termini di impatto emotivo e psicologico sul minore. Ecco allora che anche le modalità concrete di realizzazione dell'ascolto dovrebbero tendere ad attutire, per quanto possibile, qualsivoglia situazione di disagio o di potenziale trauma in capo a quest'ultimo.

Tendenzialmente, il minore sollecitato ad esprimere la propria opinione può sperimentare sentimenti contrastanti. Da una parte, infatti, ciò potrebbe farlo sentire titolare di un certo potere nell'àmbito di una situazione di crisi familiare; il minore non si sente più, soltanto, come lo spettatore passivo di uno spettacolo in cui non è attore e nemmeno comparsa; la circostanza che gli venga data voce gli fa pensare di essere importante nello svolgimento di quella situazione, percependo che anche il suo parere può contare, non soltanto quello degli adulti. D'altra parte, tuttavia, gli adulti a lui sconosciuti che incontra nel processo non possono ispirargli immediatamente fiducia, dunque apertura; per questa ragione, sarebbe opportuno che la comprensibile diffidenza che demotiva alla comunicazione venisse superata all'interno di un rapporto nel quale si sperimentino disponibilità al dialogo e all'accettazione[50]. Ora, non occorre avere consumato, percorrendoli, i corridoi dei palazzi di giustizia per comprendere come il contesto relazionale e ambientale che essi umanamente possono offrire al minore non corrisponda ai parametri suggeriti; l'asimmetria straordinaria che si frappone tra la posizione del giudice e quella del fanciullo è un dato innegabile, senza contare lo stato emotivo di quest'ultimo, il quale sta vivendo e deve metabolizzare la disgregazione della famiglia o comunque una situazione non auspicabile per chi sia in così tenera età[51].

---

[50] È la ricostruzione, che mi pare condivisibile, di Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, cit., p. 53.

[51] *Ex multis*, v. Sergio, *op. cit.*, p. 599.

Acuta mi pare la proposta di chi[52] ha suggerito che sarebbe opportuno pensare ad una modalità di "preparazione" del minore all'incontro con il giudice o, aggiungo più in generale, con il processo. Non abbisogna di dimostrazione alcuna l'affermazione secondo cui alla suddetta preparazione non possono certo procedere i genitori o altri adulti che abbiano per il minore un ruolo significativo. Del pari non è opportuno che ad occuparsi della preparazione del minore all'incontro con il processo siano i difensori dei genitori[53]. Uscire dall'*impasse* non è semplice, ma forse si potrebbe approssimare una soluzione. A me pare che il soggetto più idoneo a conferire con il minore debba essere individuato, ancora una volta, nel giudice. È il giudice che, prima di raccogliere opinioni e pensieri del minore, può e deve intrattenersi con lui in una descrizione semplice ma aderente alla realtà della situazione in corso di svolgimento. È evidente che il minore non arriva all'incontro con il giudice scevro di idee, condizionamenti più o meno espressi, pressioni più o meno velate; ciò, lungi dal far desistere il giudice da un ascolto consapevole, deve indurlo ad un ascolto più attento nel corso del quale poter essere in grado di percepire cosa di ciò che il minore esprime sia un pensiero suo proprio e cosa invece gli appartenga in via derivata da altri.

Per le ragioni sopra ricordate, mi pare quindi non condivisibile la tesi della dottrina che, partendo dalla lettera dell'art. 12 della Convenzione di New York, ove si prevede che all'ascolto del minore possa procedere il giudice direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato, afferma che la soluzione possibile sia solo una, ovvero che sia il giudice ad autorizzare espressamente qualcuno fra coloro che sono più vicini al minore ad andare a raccogliere la sua opinione e farsene portatore nel processo[54]. Se questa soluzione, infatti, avrebbe l'indubbio pregio di risparmiare al minore l'incontro fisico con il processo, dall'altra ha l'indubbio svantaggio di frapporre

---

[52] V. ancora Dell'Antonio, *op. ult. cit.*, p. 66, ove l'a. sottolinea in modo particolare, fra l'altro, non solo la novità e l'inusualità dell'esperienza giudiziaria per il minore, ma soprattutto la sua pregnanza emotiva, poiché il minore percepisce l'ingerenza di un terzo, essenzialmente un estraneo, nelle dinamiche familiari.

[53] Sul punto e sulle relative motivazioni, v. ampiamente Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, cit., pp. 67-72.

[54] È l'idea di Graziosi, *op. cit.*, p. 1287.

un filtro pesante fra la voce diretta del minore e colui che alla fine è chiamato a decidere e che dovrà basarsi, per farlo, non su quanto il minore ha effettivamente espresso ma su ciò che altri, per giunta adulti vicini al minore, quindi non imparziali rispetto a quelle vicende familiari, afferma che egli abbia detto.

Sempre muovendo dalla prospettiva di risparmiare al minore l'incontro con il processo, altra dottrina ritiene che, con riguardo all'ascolto del minore, non sarebbero aprioristicamente da escludere, ma anzi da favorire, soluzioni informali, quale potrebbe essere un'audizione extraprocessuale[55]; la proposta, tuttavia, non viene sviluppata nei particolari, ciò che invece sarebbe indispensabile, perchè il carattere di "extraprocessualità" dell'audizione che si immagina va riempito di un contenuto il quale, a sua volta, è in grado di rendere accoglibile oppure no la proposta avanzata. Sulla medesima linea di pensiero si muove altra dottrina che, propugnando un ascolto extraprocessuale, che quindi non deve avvenire necessariamente nelle aule giudiziarie, ritiene che esso possa svolgersi anche in luoghi privati e più vicini al minore, come ad esempio la scuola o l'abitazione[56]. A mio avviso, invece, sarebbe preferibile che i luoghi cari al minore, o che comunque questi deve frequentare abitualmente, come sono appunto la scuola e l'abitazione, vengano preservati dall'introduzione in essi di un estraneo; se l'incontro con il giudice o con il suo delegato, come si paventa, potrebbe essere traumatico, allora mi sembra preferibile che il ricordo del trauma resti legato ad un luogo lontano, nel quale il minore non si muove quotidianamente, e non invece ad un luogo suo, il ritorno costante nel quale potrebbe richiamare alla memoria quell'evento che, evidentemente, è meglio rimanga legato nel ricordo ad un spazio fisico in cui il minore potrebbe essere accompagnato *una tantum*.

Altra dottrina, con una tesi a mio avviso condivisibile, ritiene che l'audizione del minore debba essere effettuata dal giudice, ma che quest'ultimo debba essere un giudice formato *ad hoc* ed esperto

---

[55] Così Ruscello, *op. cit.*, p. 949, ove l'a. sostiene la sua proposta richiamando i traumi che un processo, inevitabilmente, provocherebbe sulla personalità in formazione del minore.

[56] V. De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Milano, 2007, p. 654.

anche di relazioni interpersonali; egli, comunque, dovrebbe sempre potersi fare assistere da un esperto in materia psicologica[57].

Un punto mi pare debba essere sottolineato in ordine a questo tema e tenuto fermo: con il minore devono entrare in contatto nel processo e per il processo il numero minimo di persone possibile. Per questa ragione, a me pare che sia da valutare e studiare attentamente il rapporto giudice-minore e che il giudice, a parte la presenza eventuale di uno psicologo in funzione di ausilio (e sottolineo ausilio), non debba essere contornato di varie altre figure. Volendo immaginare un esempio concreto, non troverei opportuno che all'audizione del minore si procedesse in presenza del giudice, dell'eventuale psicologo, dei genitori, dei rispettivi difensori, del cancelliere, magari anche del pubblico ministero. Per rispettare il principio del contraddittorio in sede di assunzione della prova, pertanto, si potrebbe pensare, come è stato suggerito, ad un colloquio ristretto tra il giudice e il minore, al quale parti e difensori possano assistere stando in un'altra stanza collegata via audio a quella in cui si svolge l'audizione[58].

Da un raffronto comparatistico, emerge una modalità del tutto peculiare di audizione del minore alla quale si ricorre nel dirit-

---

[57] V. Marcucci, *op. cit.*, p. 223. In questo senso anche Sergio, *op. cit.*, p. 600, ad avviso del quale, sebbene sia comprensibile che i giudici recalcitrino di fronte ad un compito così difficile ed emotivamente coinvolgente, occorre riconoscere che alla fine è il giudice l'interlocutore del fanciullo; il giudice così individuato, evidentemente, dovrà possedere capacità comunicative peculiari, che in parte sono sue proprie ed in parte deve affinare attraverso formazione ed esperienza. Quella di cui ora nel testo, ovvero audizione del minore affidata tendenzialmente al giudice, il quale può decidere di farsi assistere da uno specialista, è la soluzione adottata nella recente riforma spagnola in materia di processo di separazione e di divorzio; v. sul punto Graziosi-Carnevale, *op. cit.*, p. 554, ove gli aa. rilevano come, dalla lettera delle norme, non sia scontata la presenza neppure dei difensori delle parti.

[58] È il suggerimento di Marcucci, *op. cit.*, p. 223, del quale, tuttavia, non condivido la conclusione, ovvero che coloro che assistono al colloquio via audio possano intervenire eventualmente attraverso un citofono. Mi pare infatti che, se così potesse essere, il minore potrebbe perdere quel senso di riservatezza che invece può essere particolarmente prezioso ai fini di una qualsivoglia conversazione importante; senza contare l'"effetto fantasma", e il disagio che ne deriverebbe, causato dalla percezione di voci di persone che non sono visibili ma, in qualche modo, presenti. Nel modo che suggerisco, invece, si rispetterebbe il principio del contraddittorio, perché genitori e difensori assistono all'audizione del minore, senza tuttavia metterlo in una condizione di disagio con la loro presenza fisica.

to anglosassone. In questo sistema, opinioni e pensieri del minore, normalmente, sono affidati ad un *welfare report*, redatto dai c.d. *Children and Family Reporters*, i quali sono una sorta di ufficiali giudiziari, organi ausiliari del giudice nella specifica materia della famiglia e dei minori, indipendenti rispetto alle parti e designati dal giudice per provvedere a questo ufficio; colui che redige il *report* ha l'obbligo di spiegare al minore, tenendo conto della sua età e della relativa maturità, quali elementi vadano inclusi nel *report* e a quali considerazioni e conclusioni il redattore ritenga di essere giunto[59].

Per alcune ragioni che vado ora ad esporre, questa modalità non mi pare la *better rule*. Intanto, in questo modo viene impedito qualsiasi contatto immediato tra il giudice e il minore, elemento dal quale invece, come ho già chiarito sopra, non è opportuno prescindere; è mia opinione, infatti, che l'incontro personale e diretto fra il giudice e il minore sia probabilmente il momento non solo più delicato, ma anche più importante del processo che coinvolge minori e che, pertanto, esso debba assurgere a regola di rito, lasciando alle altre modalità il ruolo di eccezione alla quale fare ricorso, appunto, in ipotesi particolari[60].

Secondariamente, a me pare che un *report* scritto sottragga all'audizione tutta la sua spiritualità, quindi il suo significato più

---

[59] V. Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 484. V. anche pp. 498-499, ove gli aa. chiariscono che il giudice può decidere a sua discrezione di incontrare i minori in privato (ma questa ipotesi, per l'appunto, assume carattere eccezionale rispetto alla regola, che è quella del *welfare report*). Due dati, tuttavia, mi paiono molto interessanti: la decisione del giudice di sentire il minore in privato appartiene al giudice soltanto ed è inappellabile; inoltre, benché per giurisprudenza risalente il bambino che viene sentito dal giudice in privato deve aver compiuto gli 8 anni, ciononostante si ritiene pacificamente che il giudice non sia tenuto ad osservare rigidamente questo limite. Dallo studio di Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Londra, 2003, pp. 240-241, poi, emergono altri aspetti interessanti: l'a. afferma che sia in crescita il numero di giudici che si avvale di questo potere discrezionale di incontrare il minore in privato; non solo, ma la giurisprudenza e alcune ricerche empiriche sul tema mostrerebbero che alcuni minori tengono ad incontrare direttamente il giudice e a parlare con lui del caso e che si sentono privati di un'opportunità se ciò non accade.

[60] Posto che, peraltro, al di là delle questioni tecniche, l'ascolto nei processi di diritto di famiglia vale anche semplicemente a soddisfare l'aspettativa di chi vuole comunque avere un contatto con il giudice chiamato a decidere sulla propria vita (come nota Sergio, *op. cit.*, p. 596), e ciò deve poter valere non solo per gli adulti ma, quasi *a fortiori*, per i minori.

vivo e profondo. Per dirla con un maestro, nel processo, più delle parole scritte, vale la parola parlata, che ha la sua musicalità, e quindi le sue pause, e i suoi silenzi[61]. Ridurre la voce del minore ad un muto supporto cartaceo, o ad una comunque anonima registrazione inanimata, equivale ad escluderlo dal processo che invece, quasi per definizione, dovrebbe svolgersi davanti al giudice.

In terzo luogo, il *welfare report* è un *confidential document*, quindi non può essere esibito senza il permesso del giudice il quale, in alcuni casi (seppur eccezionali), può disporre che non ne vengano rese edotte nemmeno le parti[62]; come ho già avuto modo di chiarire sopra, a me pare che sia necessario preservare e garantire il contraddittorio anche nella fase dell'audizione del minore, che pur deve svolgersi, come specificavo, alla presenza diretta del minor numero di persone possibili oltre al giudice. Per "garanzia del contraddittorio" non intendo necessariamente che le parti del processo, che magari ascoltano via audio sedendo altrove, possano effettivamente dire e contraddire in quella sede e in via immediata (è facile immaginare l'effetto "paralisi" che un tale comportamento potrebbe avere rispetto al minore); bensì, piuttosto, che le parti si vedano assicurato il diritto di ascoltare dalla viva voce ed in diretta, senza mediazioni o filtri, pensieri, opinioni e dichiarazioni del minore, sulle quali è auspicabile vorranno poi riflettere e, quindi, potranno poi replicare.

5. *Un terzo possibile limite all'ascolto del minore: le regole di procedura*

Ritorniamo ora al dato acquisito poco sopra, ovvero che l'ascolto del minore, salvi casi eccezionali, sia ormai pacificamente ritenuto necessario, indispensabile, nelle procedure che lo riguardano, e che ciò sia pacifico tanto a livello di fonti sovranazionali quanto al piano inferiore degli ordinamenti nazionali. Il tema richiede qualche specificazione perchè, come accennavo e come emerge fra le righe

---

[61] Carnelutti, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 201 ss., spec. p. 212.

[62] V. ancora Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 491.

da quanto precede, l'ascolto del minore è assurto al ruolo di principio generale ma, in quanto tale, è stato lasciato libero da qualsivoglia guinzaglio che lo possa orientare nel percorso. Prendendo a parametro, qui per tutte, la norma più significativa al riguardo, ovvero l'art. 12 della Convenzione di New York più volte richiamato, essa rappresenta sì il primo solenne riconoscimento del diritto all'ascolto del minore, ma "in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale" (così il comma 2° della norma).

Ad una prima lettura, dando alle parole il significato più semplice e immediato, potrebbe sembrare che l'ascolto del minore sia dunque subordinato alle regole di procedura del singolo ordinamento di volta in volta considerato e nel quale si sta svolgendo il concreto processo minorile che si considera. Ma a me pare che una lettura siffatta non sia più sostenibile attualmente.

Se, infatti, le norme che ricordavo poche pagine addietro[63] attribuiscono al minore il diritto ad essere ascoltato, dietro al quale si cela, evidentemente, il diritto a dare voce alla persona e a riconoscerla, attraverso questo, come individuo del quale rispettare affetti, desideri e aspirazioni, non si può immaginare che il suo diritto ad essere ascoltato possa dipendere dalle norme dei codici di procedura o delle leggi speciali reperibili quali esse sono allo stato nei diversi ordinamenti.

Al di là di questa considerazione, poi, a mio avviso peraltro già sufficiente, ve n'è un'altra di ordine più squisitamente pratico se ragioniamo in un'ottica transnazionale (dalla quale nell'epoca presente non è possibile prescindere): il provvedimento adottato relativamente ad un minore senza che quest'ultimo sia stato sentito, in assenza di congrue giustificazioni al riguardo, è un provvedimento inamovibile, non idoneo a circolare da un paese all'altro[64]: sostanzialmente, un provvedimento inutile. Ed è vero che, limitandosi in via esemplificativa all'àmbito europeo, le fonti non prevedono né disciplinano le modalità dell'ascolto del minore[65]; ma ciò non deve de-

---

[63] V. *sub* par. 2 in questo capitolo.

[64] Sul punto, v. Biavati, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, cit., p. 1250.

[65] Lo nota, con riferimento al regolamento n. 2201, Porchia, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di Ferrando, Bologna, 2007, p. 576 ss., spec. pp. 576-577.

stare alcuno scandalo o preoccupazione, perché le fonti sovranazionali ed europee non compiono ciò che spetta ai singoli ordinamenti nazionali porre in essere, ovvero elaborare le norme e disciplinare le procedure affinché i principi del livello superiore vengano trasfusi negli ordinamenti nazionali, in capo ai quali permane un alto grado di autonomia, fermo restando l'obbligo di raggiungere il risultato.

Pertanto, per questa ragione le norme processuali che disciplinino riti nei quali sono coinvolti minori o rispetto all'esito dei quali i minori possano risentire effetti nella loro sfera personale, di qui innanzi vanno pensate e scritte tenendo ben presente questo momento fondamentale del processo; per le norme già esistenti, invece, laddove esse non prevedano nulla al riguardo, deve valere un criterio interpretativo-additivo: dunque, l'ascolto del minore deve essere previsto ed effettuato, in modo efficace ed effettivo, nello snodo del processo che al giudice, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del procedimento e della sua discrezionalità, parrà più opportuno[66]. Per dirla in altri termini e con la migliore dottrina, in questa materia più che in altre, e per ragioni intuibili, non si può pensare che si possa perdere un diritto, per giunta il diritto di essere ascoltato, per una lacuna o un limite di procedura[67].

Vale ora la pena di spendere qualche parola sulla qualificazione che si possa dare all'ascolto del minore, operazione sulla quale gli studiosi, salvi rarissimi casi, non si sono cimentati[68].

A me pare che l'interrogarsi sulla natura dell'istituto "ascolto del minore" non possa condurre ad una risposta unica ed unitaria che sia pacificamente utilizzabile in relazione a qualsivoglia tipo di procedimento. In altri termini, credo sia opportuno distinguere le

---

[66] Anche Graziosi, *op. cit.*, p. 1288, afferma che la clausola di chiusura dell'art. 12 della Convenzione di New York "non può in alcun modo menomare il diritto soggettivo all'ascolto" del minore.

[67] V. Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, cit., spec. p. 72, ove l'a. afferma come l'esperienza europea illumini il cammino verso una forte sottolineatura delle esigenze del diritto sostanziale e di una correlativa scoloritura degli equilibri processuali, "in altre parole, nel senso di non far perdere un diritto per un errore di procedura".

[68] L'unica definizione che, allo stato attuale della ricerca, ho reperito, è di Graziosi, *op. cit.*, p. 1305, ove l'a. afferma di considerare l'audizione del minore come "una sorta di mezzo istruttorio atipico ad esperimento necessario".

possibili ipotesi concrete operando, per così dire, una sorta di *summa divisio*. Da una parte, infatti, si potrebbero ravvisare tutti i casi in cui il minore venga ascoltato nel processo in quanto ciò consenta di dimostrare l'esistenza di (cioè a dire provare) alcuni fatti storici determinati[69]. In queste ipotesi, l'ascolto del minore integra un vero e proprio mezzo di prova, di carattere testimoniale e di natura che può quindi definirsi tipica. Dall'altra parte, invece, porrei tutte le diverse fattispecie in cui dall'ascolto del minore non si pretende di trarre elementi utili nel senso appena indicato, bensì la sua posizione, il suo modo di essere e di sentire e di desiderare, rispetto ai fatti oggetto di causa[70]. In queste ipotesi a me sembra che non si abbia a che fare con un mezzo di prova idoneo a convincere il giudice in ordine all'esistenza o meno di determinati fatti storici, quanto piuttosto con una forma di partecipazione del minore al processo il cui svolgimento, inevitabilmente, avrà effetti di notevole peso sulla sua vita personale. Abbandonare la qualificazione di mezzo di prova riferito all'ascolto del minore con riguardo a questo secondo ordine di ipotesi non implica, tuttavia, che il giudice non debba tenere conto delle dichiarazioni del minore e, ove lo ritenga opportuno, utilizzarle e porle a fondamento della sua decisione[71].

Questa ricostruzione non mi pare in contrasto con la lettura delle fonti internazionali sul punto (e penso qui, in particolare, alle Convenzioni di New York e Strasburgo), le quali assegnano

---

[69] Si può pensare, a titolo esemplificativo, al classico caso in cui, in un giudizio di separazione personale fra i genitori con richiesta di addebito a carico di uno dei coniugi, il minore venga sentito in qualità di testimone per provare i fatti che possano essere valutati, appunto, ai fini dell'addebito della separazione.

[70] Ciò che accade, ad esempio, quando si controverta in tema di affidamento del minore e si chieda a quest'ultimo di esprimere il proprio pensiero sulla questione.

[71] Perciò non condivido Sergio, *op. cit.*, p. 596, quando afferma che, se l'ascolto del minore viene concepito come fonte di informazioni e di prova da cui il giudice trarrà elementi per maturare il suo convincimento e pervenire alla decisione, allora in queste ipotesi il fanciullo è quasi oggetto, strumento di indagine, restando in ombra la sua soggettività. A me sembra, anzi, proprio il contrario: quanto più la decisione del giudice si baserà sugli elementi che emergono direttamente dalla persona e dalla personalità del minore, per maturare la sua decisione, tanto più il minore sarà stato soggetto, e non oggetto, della procedura.

all'ascolto del fanciullo, innanzitutto, lo scopo di consentire allo stesso di esercitare un diritto della personalità[72]; questa funzione, infatti, che considera il mezzo dell'ascolto dal punto di vista, per così dire, teleologico (rispondendo alla domanda "a cosa mira l'ascolto"), non influenza la sua valutazione dal punto di vista sostanziale (rispetto al quale, invece, la domanda è "che valore possiamo attribuire all'ascolto effettuato").

Da quanto ho affermato sin qui, non si inferisca che intenda attribuire all'ascolto del minore importanza decisiva sempre e comunque. Come è stato sottolineato, infatti, è fuor di dubbio che, dovendo il giudice perseguire l'esclusivo interesse del minore, l'opinione espressa da quest'ultimo non può essere vincolante se non quando motivata e cosciente[73]; e che, invece, possa e debba essere disattesa quando profili prevalenti (quali l'accertata mancanza di capacità di discernimento, per esempio, o la circostanza che si possa presumere l'esistenza di condizionamenti esterni sulle opinioni espresse dal minore), che devono naturalmente essere enucleati esaustivamente in motivazione, portino a concludere in questa direzione[74]. Ecco dunque che, ancora una volta, i riflettori si accendono sul ruolo, fondamentale e non delegabile, che il giudice è a mio avviso chiamato a rivestire nel processo minorile (argomento sul quale tornerò in un capitolo successivo *ad hoc*).

---

[72] Correttamente, pertanto, Graziosi, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. di fam. e delle persone*, 2006, p. 1856 ss., spec. p. 1866, afferma che l'obbligo del giudice di ascolto del minore, "in quanto istituito a garanzia di un diritto della personalità, per ciò stesso indisponibile, è certamente insuscettibile di deroghe processuali, tanto ad opera delle parti che ad opera del giudice".

[73] In questo senso Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., p. 950, ove l'a. specifica che, evidentemente, "si deve escludere che si possa assegnare in ogni caso valore decisivo alla volontà del minore".

[74] Come nota Sergio, *op. cit.*, p. 596, infatti, se l'ascolto del minore è considerato un mezzo di prova, potrebbe essere incoraggiato un atteggiamento dei genitori o dei difensori volto a far sostenere al fanciullo una ben precisa linea processuale.

6. *Il criterio prevalente nelle valutazioni concernenti l'ascolto: l'interesse del minore*

L'ascolto del fanciullo trova il suo indefettibile parametro di riferimento nella realizzazione dell'interesse del minore[75]. Ciò vale, naturalmente, sia nel momento iniziale, quando cioè si tratta di decidere se procedere o meno all'ascolto (il quale andrà escluso ove si ritenga che darvi luogo sia contrario all'interesse del minore), sia nel momento finale e valutativo di ciò che da quell'ascolto è emerso (perché, evidentemente, sarebbe mero paradosso procedere all'ascolto per utilizzare ciò che ne promana in senso contrario all'interesse del minore).

Che cosa debba intendersi per interesse del minore è punto sul quale si sono versati fiumi di inchiostro, sostanziandosi esso in una "clausola generale, nozione a contenuto variabile, porta aperta alla discrezionalità del giudice"[76].

Una premessa è indispensabile; come ha sottolineato la migliore dottrina sul tema, parlare di interesse del minore non implica affatto un declassamento dei diritti soggettivi del minore in meri interessi, cioé in mere aspettative il cui appagamento è affidato alla discrezionale volontà di altri soggetti[77]. Questa notazione si impone, specie quando si riflette a partire dalla tradizione del nostro diritto interno, i cui cultori forse troppo a lungo si sono affannati in discussioni interessanti (ma forse ormai decisamente superate, alla luce dell'evoluzione europea) sulla teoria generale delle posizioni giuridiche soggettive.

Per qualcuno, l'interesse del minore si sostanzia nel rispetto dei suoi diritti e si realizza approntando quanto è necessario per consentirne il pacifico godimento ed esercizio[78].

Con una bella metafora, davvero molto efficace, altri ha definito l'interesse del minore "il re del mazzo"[79].

---

[75] Così Ruscello, *op. ult. cit.*, p. 945.

[76] V. Autorino Stanzione-Musio, *op. cit.*, p. 287.

[77] V. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, in Aa.Vv., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., p. 295 ss., spec. p. 297.

[78] In questo senso Salzano, *op. cit*., p. 387.

[79] V. Zatti, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *La nuova giur. civ. comm*., suppl. al n. 3 del 2004, p. 1 ss., spec. p. 7.

Altri ancora, poi, ritiene che l'interesse del minore sia una vera e propria categoria giuridica, diversa da quella dei diritti del minore, sia strutturalmente che funzionalmente: i diritti del minore sono un *prius* rispetto all'interesse e non si identificano con esso[80].

Spostando il *focus* in prospettiva finale, altra dottrina, più che chiedersi che cosa sia l'interesse del minore, si è interrogata sulla funzione che esso è chiamato ad assolvere, concludendo che questa è di individuare le modalità di comportamento più idonee a garantire l'effettività della tutela, delineando il passaggio dall'interesse astratto del bambino ideale all'interesse concreto del bambino storico-reale[81].

Si astiene dal dare definizioni della categoria "interesse del minore" anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[82], pur rinviando ad essa costantemente e facendolo assurgere a criterio alla cui stregua orientare tutte le decisioni che devono essere prese con riguardo ai fanciulli[83].

A mio avviso, l'interesse del minore non può considerarsi una categoria giuridica in senso proprio. Se così fosse, infatti, avremmo norme di legge che ne riempiono, seppur in modo elastico, i confini

---

[80] Così De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 397.

[81] In questo senso v. La Rosa, *op. cit.*, p. 45.

[82] Colgo l'occasione per notare qui come la suprema corte di diritto interno, a sezioni unite, con le sentenze nn. 1338, 1339, 1340 e 1341, del 26 gennaio 2004, abbia riconosciuto la prevalenza e la diretta applicabilità nell'ordinamento giuridico italiano della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, alla quale farò più volte riferimento nel corso di questo studio. Si noti peraltro che, come sottolinea Ruo, *Riflessioni a margine della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e procedimenti di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1482 ss., spec. p. 1483, nonostante il riconoscimento ad opera delle sezioni unite suaccennato, tale giurisprudenza è per lo più ignorata dagli addetti ai lavori, difficilmente se ne avvalgono gli avvocati nei loro scritti e non se ne rinviene pressoché traccia nei provvedimenti dei giudici.

[83] Nella giurisprudenza più recente v., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, sent. 10 novembre 2005, causa n. 40324/98, *Süss* v. *Germany*, in *Eur. human rights rep.*, 2006, p. 73 ss. (sull'interesse del minore che aveva rifiutato di mantenere relazioni con il padre); sent. 5 aprile 2005, causa n. 71099/01, *Monory* v. *Romania & Hungary*, ivi, 2005, p. 771 ss. (sull'interesse del minore, oramai radicatosi in un luogo, a subire lo spostamento in un altro); sent. 26 luglio 2007, causa n. 58077/00, *Chepelev* v. *Russia*, ivi, 2008, p. 846 ss. (sul *best interest* del minore in ipotesi di adozione).

di contenuto, mentre così non è[84]. L'interesse del minore è, piuttosto, *criterio di valutazione*, cui fare appello in vari momenti, tanto nella vita del minore (quando si debbano assumere scelte che dispieghino effetti anche nei suoi confronti, a prescindere dal momento patologico della crisi familiare) quanto nel cammino del processo. Come altri ha detto in modo analogo, l'interesse del minore indica la direzione nella quale tutelare e garantire i diritti soggettivi del medesimo[85]. Certamente, si può ancora dire in proposito che l'interesse del minore è divenuto ormai principio consolidato di diritto internazionale[86].

Ciò posto, tuttavia, la difficoltà di una definizione non scema, perché è di tutta evidenza come la valutazione del criterio dell'interesse del minore non possa essere solo di ordine giuridico, dovendo necessariamente radicarsi anche su elementi che si acquisiscono nell'àmbito di altre scienze dell'uomo, attingendo in particolare al sapere psicologico, pedagogico, sociologico[87]; come pure mi sembra che la via da percorrere non possa condurre ad una definizione astratta, valida per tutti i tempi, per tutti i luoghi e per ogni occasione[88].

La clausola generale "interesse del minore", dunque, non ha né potrebbe avere razionalmente un contenuto precettivo sostanziale e predeterminato; spostando l'asse delle valutazioni sul processo, ciò comporta che il giudice sia investito, ancora una volta, di un potere discrezionale che assume i toni di un potere di scelta dei fini[89]. Occorre infatti che il giudice abbia come punto di riferi-

---

[84] Lo notano gli stessi De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *op. cit.*, p. 397, ove gli aa. affermano che il concetto è a rischio di approssimazione e quindi anche di falsificazione, perché la legge non lo definisce e ne lascia la valutazione al libero apprezzamento del giudice.

[85] V. Dosi, *Dall'interesse ai diritti del minore*, in Aa.Vv., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., p. 149 ss., spec. p. 151.

[86] Così Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 12.

[87] V. Moro, *op. ult. cit.*, pp. 304-305.

[88] Così Stanzione-Sciancalepore, *op. cit.*, p. 9, ove gli aa. poi distinguono l'interesse del minore da quello dell'adulto, essendo il primo tutto proteso verso il futuro.

[89] V. Zatti, *Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, p. 337 ss., spec. p. 357.

mento non un concetto astratto, riferito ai minori (e dunque al loro interesse) come categoria, ma il concetto di interesse di quel minore, inteso come persona, nell'unicità ed irripetibilità della sua dimensione esistenziale[90].

Secondo taluno, anzi, proprio nella flessibilità e nella relatività in funzione delle esigenze di volta in volta da soddisfare consisterebbe la vera forza della nozione di "interesse del minore", ciò che renderebbe il concetto refrattario ad ogni tentativo di astratta definizione[91]. Il criterio dell'interesse del minore, quindi, non può che essere legato al presupposto di valutazioni ed accertamenti delle circostanze concrete; di fatto, un "vuoto da riempire", di volta in volta, in quanto criterio di natura soggettivistica, cioè legato all'identità personale e particolare di quel singolo minore, e non oggettivistica e predeterminata né predeterminabile[92].

Un punto, tuttavia, pare indiscutibile: nonostante l'evanescenza del suo contenuto e la conseguente difficoltosa tangibilità a livello definitorio, l'"interesse del minore" appare esprimere l'esigenza, avvertita come valore, della miglior realizzazione possibile di quel *quid* che rappresenta[93]. E l'ascolto del minore, ferme le differenze poste, rappresenta a mio avviso e indubitabilmente lo strumento processuale più efficace per tentare, se non di realizzarlo, almeno di perseguirlo.

---

[90] V. La Rosa, *op. cit.*, p. 243; Ferrando, *Il controllo giudiziale sulla potestà dei genitori*, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. al n. 3 del 2004, p. 21 ss., spec. p. 28.

[91] Così Quadri, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 80 ss., spec. p. 94. Nello stesso senso Sciancalepore, *L'interesse del minore nella crisi familiare*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 611 ss., spec. p. 616, ove l'a. sottolinea come l'interesse del minore, se inteso funzionalmente, si atteggi quale modalità opportunamente duttile (*rectius* clausola generale) potenzialmente idonea a realizzare le esigenze dei singoli soggetti interessati.

[92] V. Zatti, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, cit., p. 8.

[93] Così Gorassini, *op. cit.*, p. 105.

Capitolo III

L'IMPROCRASTINABILE DUBBIO: IL MINORE COME PARTE. SÌ O NO, E PERCHÉ?

"I vostri figli non sono i vostri figli. […]
Vengono attraverso di voi, ma non da voi,
e benché stiano con voi,
tuttavia non vi appartengono.
Voi potete dar loro il vostro amore,
ma non i vostri pensieri,
poiché essi hanno i propri pensieri.
Potete dare alloggio ai loro corpi,
ma non alle loro anime, poiché le loro anime
dimorano nella casa del futuro
che voi non potete visitare
neppure in sogno".
Kahlil Gibran, *Il profeta*

1. *L'indiscutibile affermazione del minore quale soggetto titolare di diritti*

Obiettivo del precedente capitolo era dimostrare come, ad oggi, non possa più dubitarsi della necessità di dare voce al minore nelle procedure che lo riguardano; residuano incertezze, per così dire, sui dettagli e sulle modalità, peraltro di rilevantissimo conto, ma non certo in ordine all'*an* dell'esperimento dell'audizione.

La questione più urgente che si pone, invece, allo studioso contemporaneo del processo minorile (a vocazione europea, s'intende) è quella che riguarda l'attribuzione o meno al minore della qualità di parte nel processo. Per rispondere al quesito, che posso fin d'ora

anticipare sia a mio avviso da risolversi in senso positivo, occorre procedere per gradi e nel quadro di una ricostruzione di più ampio respiro, che oscilla continuamente tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Iniziamo facendo un passo indietro e richiamando alla mente la Convenzione di New York del 1989. Come è stato efficacemente affermato, essa rappresenta, fra l'altro, il momento più significativo di una tendenza che promuove una nuova considerazione della condizione del minore, il quale non viene più visto come soggetto incapace e meramente destinatario di protezione, bensì come titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve non solo riconoscere, ma anche garantire e promuovere[1]. La Convenzione segna l'emersione, nella sostanza ed a livello internazionale, di una nuova consapevolezza: il minore non è una persona debole o diversa, meritevole di una generica protezione concessa dall'alto, ma membro con pienezza di diritti della comunità nel cui inserimento deve essere favorito[2].

Il fenomeno in parola non consiste nell'attribuzione al minore di posizioni che in precedenza si riteneva non gli appartenessero; esso semplicemente comporta, invece, un mutamento nello sguardo dell'osservatore, il quale arriva a cogliere elementi preesistenti ma fino a quell'istante non riconosciuti. La migliore dottrina afferma

---

[1] V. Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., p. 33, ove l'a. aggiunge che, in questo senso, la Convenzione predispone un organico e completo statuto dei diritti del fanciullo; ancora Id., *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, cit., p. 162; Cassano-Quarta, *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 205 ss., spec. p. 206, ove l'a. afferma che, grazie alla Convenzione di New York, il minore "per la prima volta viene considerato alla stregua di persona".

[2] Sono parole di Carpi, *Il giudice civile e i conflitti in materia di famiglia*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, 1984, II, 1, p. 85 ss., spec. p. 108. La bibliografia sulla Convenzione è sterminata, e peraltro non avrebbe neppure senso richiamarla in questo mio lavoro; mi limito tuttavia a sottolineare un dato importante, riportato da Beghé Loreti, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 4, ove l'a. nota come il numero assai rilevante di Stati firmatari di questa Convenzione, entrata in vigore il 2 settembre 1990 (e ratificata in Italia attraverso la legge n. 176 del 27 maggio 1991) e che contava, all'epoca in cui l'a. scrisse, già oltre 150 Stati partecipanti, testimoni come, al di là delle differenze insite nei vari sistemi giuridici, delle diverse tradizioni storiche e culturali, nonché delle diverse religioni, la tutela della condizione minorile rappresenti un obbligo che tutti gli Stati si impegnano a salvaguardare nel proprio ordinamento giuridico.

che sia la storia stessa dell'infanzia a dimostrare l'inadeguatezza dello sguardo a lungo posato sul minore, per secoli considerato più come un essere che solo attraverso l'educazione diviene persona, che non come una persona umana già esistente e quindi portatrice in sé di esigenze autonome e peculiari, che devono trovare risposta e appagamento[3]. Il 1989, dunque, è degno di passare alla storia come anno di caduta di significativi muri; fra gli altri, se ne abbatte uno che consente un allargamento di orizzonte rispetto al fanciullo: l'angolo prospettico, infatti, si sposta dalla soggezione del minore all'enucleazione ed attuazione dei diritti della persona che è il bambino[4].

Il coro in questo senso, tuttavia, non è unanime. Nell'opinione di qualcuno, infatti, i documenti internazionali non legittimano necessariamente l'idea che i minori siano titolari di diritti[5]; in

---

[3] V. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 7.

[4] Così La Rosa, *op. cit.*, p. 5. Sottolinea la circostanza che il 1989 sia stato anno cruciale per la tutela del minore anche Quadrato, *Il minore tra interessi e diritti*, Bari, 1995, pp. 3-6, ove l'a. ricorda come dalla Convenzione Onu di quell'anno derivarono, di lì a breve, tanto il *Children Act 1989* inglese quanto la legge tedesca del 26 giugno 1990 (*Kinder und Jugenhilfegesetz*), che accentua spiccatamente la soggettività del minore (il § 1 riconosce i diritti di *jeder junge Mensch*). Su quest'ultima riforma, v. anche Beitzke-Lüderitz, *Familienrecht*, Monaco, 1992, spec. p. 370 ss.; Deisenhofer, *Jugendrecht*, Monaco, 1993, p. XXIII; Schellorn-Wienand, *Kommentar zum Kinder und Jugendhilfgesetz*, Berlino, 1991, p. 12.

[5] Ad avviso di Turri, *I grandi principi europei di tutela dei minori*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 7 ss., spec. pp. 7-8, che esistano grandi principi europei in materia di tutela dei minori è affermazione tutta da dimostrare. L'a. sostiene che esistano certo grandi principi universali e che questi abbiano trovato accoglienza da parte delle comunità internazionali, ma ritiene altresì che tali norme, mentre tutelano tutti i soggetti coinvolti "quando tutto va bene", rischiano invece, in circostanze critiche, di trasformarsi in diritti che vengono agiti "contro" i minori, che pure ne sono i titolari o i contitolari. A parte questa condivisibile impostazione, l'a. cade a mio avviso poi in un eccesso di scetticismo, per non dire di pessimismo, giungendo a mettere in dubbio persino il fatto che davvero si possa ritenere esistente nei fatti, e non solo a livello di affermazione di principio, un unico spazio giuridico europeo, ove i principi anzidetti in materia di tutela del minore sarebbero chiamati ad operare. Per un'affermazione decisa nel senso dell'esistenza di uno spazio giuridico e giudiziario europeo, che condivido appieno, v. Biavati-Lupoi (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, *passim* e spec. p. 8 ss.; Biavati, *Europa e processo civile*, cit., spec. p. 130 ss.; Andolina, *La cooperazione internazionale nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 755 ss.; Id., *Costituzione europea e cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 393 ss.; Chiti, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 979 ss.; Tarzia, *Modelli europei per un processo civile*

quest'ottica, le affermazioni dei trattati sarebbero più idee sociali che diritti individuali, una sorta di descrizione dei *children's needs in a perfect world*[6].

A mio avviso una lettura siffatta non è sostenibile[7]; innanzitutto, essa contrasterebbe con la lettera delle norme internazionali. A titolo meramente esemplificativo, basti pensare che la Convenzione di New York, oltre ad essere dedicata già nell'intitolazione ai "diritti del fanciullo" (*children's rights*), pullula di norme che riconoscono al minore veri e propri diritti soggettivi (al nome, alla cittadinanza, ad intrattenere rapporti con entrambi i genitori, ad esprimere la propria opinione, alla libertà di espressione, di pensiero, di coscienza, di religione, di associazione, e via di seguito): ora, e in secondo luogo, se non è dubbio (come a me pare che non sia) che tali diritti costituiscano non mere affermazioni di principio ma vere e proprie posizioni giuridiche soggettive del minore, tutelabili davanti alla legge negli ordinamenti nazionali di matrice europea-occidentale[8], mi sembra che *a fortiori* non si possa ritenere che quelle stesse posizioni, che rappresentano diritti in senso stretto, configurino semplicemente mere affermazioni di principio a livello internazionale; è proprio a livello internazionale, infatti, che è iniziato il cammino di riscossa della tutela del minore nei confronti del resto del mondo adulto; cammino che, studiato e partito appunto dal piano sovranazionale,

---

uniforme, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 947 ss.; Trocker, *"Civil law" e "common law" nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 421 ss.; Verde, *Un processo comune per l'Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 3 ss.; Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento Ce n. 805/2004*, Torino, 2006, e De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Torino, 2005, cui rimando qui in via generale.

[6] V. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, cit., pp. 12-13. L'a. riporta queste opinioni discostandosene, a mio avviso correttamente, ed affermando invece che la premessa per un'efficace attuazione dei diritti del fanciullo è che questi sia considerato effettivamente "as rights-holder" (v. p. 13).

[7] Di questo parere anche La Rosa, *op. cit.*, pp. 39-40. Ad avviso dell'a., la Convenzione di New York "apre una nuova stagione dei diritti dei minori […] Bisogni, aspirazioni, ideali che nel passato erano concepiti come valori morali assumono le connotazioni tipiche del diritto soggettivo".

[8] Per evidenti ragioni, limito affermazioni di così ampia portata ai paesi che appartengono ad una tradizione culturale e giuridica simile a quella dell'ordinamento italiano, lasciando in ombra i paesi asiatici e arabi.

si propone di giungere a méta nei singoli Stati nazionali[9]. In altri termini si è compreso, come è stato efficacemente affermato, che essere minori di età, lungi dall'implicare la titolarità di una soggettività ridotta, comporta invece peculiari esigenze di sviluppo e di promozione della personalità, impegnando la solidarietà dell'intera comunità per la loro immediata realizzazione[10].

Una conferma dell'impostazione sostenuta è rinvenibile, fra l'altro, ciò che peraltro non sorprende, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale riconosce espressamente al minore "the right to effective participation" al procedimento in cui è coinvolto[11], così che il fanciullo possa "express his feelings, without any outside pressure"[12].

Ritenere diversamente, fra l'altro, comporterebbe una conseguenza piuttosto grave, ovvero la negazione della stessa categoria "diritto minorile", della quale, in quanto intesa come "il diritto dei diritti del minore"[13], sarebbe addirittura un crimine dubitare.

Un'ultima annotazione s'impone; essa concerne la sfumatura dei diritti soggettivi ascrivibili in capo al minore quando si ragiona avendo riguardo all'àmbito familiare. All'interno dei rapporti familiari, a ben vedere, raramente si pongono in conflitto due diritti soggettivi contrapposti, esistendo piuttosto e principalmente diritti relazionali di cui si è contitolari[14]. Non è funzionale approfondire qui lo spunto, che mi servirà invece più oltre, anche al di là dei confini

---

[9] Sul tema v. anche ampiamente Quadrato, *op. cit.*, spec. p. 74, ove l'a. afferma che "nella Convenzione di New York l'attribuzione di diritti al minore è ormai un dato acquisito". Per il recepimento in giurisprudenza della "positività dei diritti del minore" anche nel nostro ordinamento, v. Cass., sez. I, sent. 19 aprile 2002, n. 5714, in *Fam e dir.*, 2002, p. 610 ss., con nota di Sciancalepore, *L'interesse del minore nella crisi familiare*, cit., spec. p. 615.

[10] V. Falzea, *Fatto vitale*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 414.

[11] V. fra le pronunce più recenti Corte eur. dir. uomo, sent. 15 giugno 2004, causa n. 60958/00, *Sc* v. *United Kingdom*, in *Eur. human rights rep.*, 2005, p. 226 ss. (nel caso di specie, si trattava di un minore di anni undici all'epoca in cui si svolgeva il procedimento in questione).

[12] In questo senso, v. Corte eur. dir. uomo, sent. 23 settembre 2003, causa n. 36141/97, *Hansen* v. *Turkey*, in *Eur. human rights rep.*, 2004, p. 394 ss.

[13] Così Dogliotti, *Sul concetto di diritto minorile: autonomia,* favor minoris*, principi costituzionali*, in *Dir. fam.*, 1977, p. 954 ss., spec. p. 954.

[14] V. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, cit., pp. 301-303.

di questo specifico capitolo, quando andrò a riflettere in tema di struttura del processo familiare e minorile, di attribuzione al minore della qualità di parte, di ruolo del giudice in queste dinamiche; pertanto rinvio, sul punto e ora, a quelle pagine.

2. *I primi inevitabili e significativi corollari*

La presa di coscienza che il soggetto minore non possa continuare ad essere concepito come mero oggetto delle altrui cura e potestà ma, prima ancora che *minore*, debba essere per l'appunto considerato *soggetto*, reca con sé una cascata di possibili corollari di non poco momento, i quali operano su vari piani.

Non si può non considerare, infatti, come il passaggio dalla *protezione* alla *promozione* dei diritti del minore implichi, innanzitutto, l'attribuzione al medesimo di sempre maggiori spazi di autodeterminazione; se il minore viene riconosciuto come centro di aspirazioni e volizioni di ordine personale, sono le stesse tradizionali categorie (soggettività, capacità, potestà) a richiedere un'attenta rilettura secondo i parametri più attuali che sono venuti affermandosi[15]. È la stessa affermazione dell'interesse del minore quale linea guida delle politiche che lo concernono, evidentemente inteso in senso sostanziale e non meramente retorico-formale, ad imporre, al di là delle qualificazioni tecnico-giuridiche, il riconoscimento del minore come soggetto capace di esprimersi e proiettarsi nel mondo della vita e nell'agire come soggetto autonomo, diverso e insostituibile[16].

L'affermazione del concetto di autodeterminazione del minore è un punto cruciale e merita la massima sottolineatura. A ben consi-

---

[15] Parafraso da La Rosa, *op. cit.*, pp. 3-4, ove l'a. evidenzia fra l'altro, come segno dell'avvenuto cambiamento, la circostanza che i documenti internazionali (su tutti, la Convenzione di New York e la Carta dei diritti dell'Unione europea) si riferiscano al minore con il termine "fanciullo" nonché il passaggio dalla "potestà" al più maturo concetto di "responsabilità" sui minori. Anche Sergio, *La tutela giurisdizionale dei minorenni e dei soggetti deboli: il ruolo del p.m.*, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. al n. 3 del 2004, p. 187 ss., spec. p. 190, afferma che "concepire il bambino come soggetto innanzitutto anziché come incapace comporta la necessità dell'aggiornamento di istituti antichi quali la potestà e la tutela".

[16] In questo senso, che condivido, Gorassini, *op. cit.*, p. 211.

derare, infatti, nel momento fisiologico della vita di relazione familiare sono i genitori a compiere le valutazioni concernenti il minore; nel momento patologico, è il giudice: dal punto di vista del minore, comunque, si tratta sempre di un'eterodeterminazione. Questa è la ragione per cui, fino a quando non si ammette che il minore è *persona* al pari degli altri, non vi possono essere veri rispetto e tutela della sua dignità né promozione del suo sviluppo[17].

Sarebbe difficilmente giustificabile, infatti, una volta riconosciuto il minore come soggetto in senso giuridico, porre differenziazioni o graduazioni di principio in ordine alla sua soggettività rispetto a quella dell'adulto; la tutela del minore, dunque ed in altri termini, passa in primo luogo attraverso l'affermazione generale della sua soggettività che, in quanto tale, è idonea a garantire la potenziale titolarità di tutti gli effetti che ineriscono al soggetto[18].

Poste queste premesse, occorre avventurarsi dal piano sostanziale a quello processuale, allo stato senza dubbio più insidioso sullo specifico tema. Se non si vuole, infatti, correre il rischio che le conquiste di principio suaccennate rimangano mere icone linguistiche, e si ritiene giusto, prima ancora che opportuno, dover passare dal piano puramente filosofico a quello reale, bisogna rispondere alla domanda che interpella sul come, concretamente, il minore possa vedere tradotti in garanzie materialmente percepibili i riconoscimenti attribuitigli a livello di affermazione di principi.

Innanzitutto, a me pare difficilmente confutabile la tesi secondo cui funzione ineliminabile dei procedimenti in generale, e di quelli giurisdizionali in particolare, è il coinvolgimento delle parti interessate, attuato in modo tale da consentire loro di rappresentare e promuovere le proprie posizioni, con piena garanzia di efficacia della

---

[17] V. Stanzione-Sciancalepore, *op. cit.*, p. 10; v. anche p. 20 ove gli aa. concludono, a mio avviso forse troppo enfaticamente, nel senso che, rispetto al minore, "ciò significa assicurare il trionfo dell'autodeterminazione sull'eterodeterminazione". Colgo l'occasione per rammentare qui che il concetto di "persona" trova una precisa sistemazione ad opera della pandettistica tedesca già nel XIX secolo; per tutti, v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, 1840, II, p. 2 ss.; Nass, *Person, Persönlichkeit und juristiche Person*, Berlino, 1964, p. 200 ss.

[18] Ricostruisco ancora una volta da La Rosa, *op. cit.*, pp. 20-22.

propria presenza nello svolgersi del procedimento stesso[19]. In altri termini, il diritto al processo, evidentemente ad un equo processo, deve essere riconosciuto a tutti i soggetti che dall'esito di esso siano riguardati; e ciò è tanto più lampante quanto più la materia oggetto della tutela sia il diritto della famiglia e delle persone, il quale, per definizione, concerne la più importante ed intima delle sfere dell'individuo. Se si concorda su questi passaggi, e si ritorna per un momento ed ancora una volta alle fonti internazionali, si deve rilevare come ciascuno, "ogni persona" (dunque anche il minore) "ha diritto a che la *sua* causa" sia trattata conformemente ai pilastri piantati dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (sinteticamente Cedu)[20].

È opportuno ricordare qui che la Convenzione appena menzionata nacque nell'àmbito del Consiglio d'Europa con l'intento di realizzare "un'unione più stretta tra i suoi membri al fine di salvaguardare e promuovere un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto", come recita testualmente il preambolo alla stessa; è in tale contesto che si pone il celeberrimo art. 6, il cui 1° comma dispone, nel testo inglese, che "in the determination of his civil rights and obligations […] *everyone* is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law […]", e analogamente, in quello francese, prevede che "*Toute personne* a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil […]". Attraverso i corsivi (miei) ho voluto sottolineare un dato che pare quasi apodittico, ovvero che la norma non compie distinzioni tra soggetti, preoccupandosi in-

---

[19] V. Zatti, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, cit., p. 9.

[20] La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, aperta alla firma a Roma il 4 novembre 1950, è stata ratificata dall'Italia con la legge n. 848 del 4 agosto 1955, per cui v. *Gazz. uff.*, n. 221 del 24 settembre 1955. Ad avviso di Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, cit., p. 21, questa convenzione è la più importante fonte internazionale del diritto di famiglia; sul tema v. anche Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 2005, spec. p. 27 ss.

vece di sancire rispetto a chiunque il diritto al giusto processo[21]; il processo può considerarsi equo, nel suo nucleo essenziale, quando sono rispettati principi sostanziali di civiltà giuridica: la terzietà del giudice, l'*audiatur et altera pars*, la pubblicità del giudizio, la sua ragionevole durata[22].

Partendo da queste considerazioni propedeutiche al ragionamento che cercherò di sviluppare, è possibile fin d'ora seguire alcune tracce logiche che consentono di porre immediatamente, seppur in via di prima approssimazione, la conclusione cui ritengo di giungere.

Se, infatti, non è dubbio che il diritto alla tutela giurisdizionale sia espressamente e direttamente riconosciuto come diritto soggettivo[23]; e se tale diritto soggettivo si riconosce spettante al soggetto, quando riguardi la sfera della personalità (come è nel caso dei processi che coinvolgono la sfera privata del minore), a partire dal momento in cui il soggetto stesso è titolare dei diritti della personalità, cioè dal momento della nascita; allora se ne può concludere che il minore, rispetto alle situazioni che riguardino la sua sfera di vita personale, è titolare di un diritto soggettivo autonomo all'esercizio e alla partecipazione nella sede giurisdizionale, laddove si discute non di diritti altrui che possano avere ricadute anche sulla persona del minore, bensì di posizioni giuridiche soggettive che, in primissima battuta, concernono direttamente il minore. Quest'ultimo pertanto, in ordine alle suddette situazioni sostanziali (e quindi processuali), ha diritto fin dal momento della nascita, in quanto momento attributivo in modo pieno dei diritti della personalità, a vedersi riconosciuta la qualità di parte nella sede giurisdizionale ove si discute (anche) di suoi interessi vitali.

Queste prime affermazioni, che già in piccola misura anticipa-

---

[21] V. Chiavario, in Bartole-Conforti-Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, *sub* art. 6, p. 153 ss., spec. p. 156, ove l'a. nota come, sotto il profilo soggettivo, l'area di riferimento del "diritto al processo", quale risulta dall'art. 6, par. 1, non è limitata *a priori*.

[22] V. Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 35 ss., spec. p. 37.

[23] V. Chiavario, *op. ult. cit.*, p. 157.

no le conclusioni che andrò a trarre in via definitiva più oltre, richiedono non solo una disamina più approfondita, ma comportano un'operazione ben più complessa. Come è stato efficacemente affermato, infatti, le nuove esigenze che vengono emergendo in ordine ai minori creano nuovi principi senza modificare le regole; i diritti del minore crescono nella permanenza del problema di sempre: chi può fare cosa, come e con quali effetti? I principi, in buona sostanza, incontrano la porta stretta dei dogmi del diritto classico e delle sue coordinate rigide di sempre, prime fra tutte l'incapacità di agire del minore e la potestà dei genitori[24].

Rispondere alle domande ora poste e capire come si possa oltrepassare, in modo non furtivo ma lecito, questa porta stretta è l'obiettivo delle prossime pagine.

3. *Il processo quale momento coessenziale all'affermazione e alla tutela dei diritti della persona del minore*

Dalle premesse fin qui poste, dovrebbe essere emerso chiaramente come il minore abbia intrapreso un cammino lento, ma inesorabile, verso l'acquisizione di una soggettività giuridica sempre più piena, che si traduce, fra l'altro, nel riconoscimento in capo ad esso della titolarità di posizioni giuridiche soggettive di natura personale, meritevoli di tutela al pari di quelle ascrivibili in capo agli adulti; se possibile, anzi, degna di un'attenzione e di una cura ancora maggiori, in ragione dell'evidente situazione di fragilità che generalmente connota la posizione del fanciullo rispetto a quella dei maggiori di età. Abbiamo anche visto come la prua del vascello nominato "processo minorile" punti a tutta dritta verso la destinazione "interesse del minore", per assicurare il raggiungimento del quale ormai tutte le rotte, internazionali e non, prevedono come sosta obbligatoria quella all'isola "ascolto del minore".

A questo punto emerge, con altrettanta evidenza, che è proprio il momento processuale a qualificare e garantire l'interesse del mi-

[24] Così Giardina, *La maturità del minore nel diritto civil*e, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. al n. 3 del 2004, p. 95 ss., spec. pp. 95-96.

nore; il quale, sulle fondamenta delle convenzioni internazionali, è colonna vertebrale dello scheletro che autorevole dottrina appella *diritto minorile europeo*, tutto ispirato alla valorizzazione della personalità del minore e ad una configurazione unitaria delle forme di tutela[25]. Diritto sostanziale e diritto processuale, in chiave europea, vanno dunque non solo a braccetto, ma accelerano il passo.

Tuttavia, se a livello sostanziale è pacifica l'affermazione dei diritti del minore, la consapevolezza che la tutela processuale, *rectius* una tutela processuale effettiva, costituisca il punto cruciale della definitiva e reale affermazione dei suddetti diritti, è invece un risultato ancora da raggiungere in modo pieno[26]; benché, fortunatamente, il cammino in questa direzione sia iniziato, grazie soprattutto a coloro, fra i giuristi più attenti, i quali hanno affermato senza mezzi termini come la questione minorile si traduca essenzialmente nella questione della giustizia minorile[27]: e quindi, evidentemente, del processo e delle sue regole.

La visione prospettata non è unanimemente condivisa. Vi è infatti chi, per esempio, afferma, a mio avviso in modo un po' miope, che "di fronte alle nuove istanze sociali, alle modificazioni culturali, ai tanti modelli di famiglia, è illusorio pensare che regole processuali di qualsiasi tipo possano affrontare in modo adeguato il problema di una efficiente tutela del minore"[28].

Ora, è certo a chiunque evidente che il processo non sia una sorta di *deus ex machina* in grado di risolvere, al suo solo entrare in scena, problemi complessi (e, talvolta, anche quelli più semplici). Il processo è infatti soltanto uno strumento. Ma la bellezza della musica che può emettere dipende principalmente da due fattori: lo spartito è uno; la bravura del musicista è l'altro. Sostenere che di fronte al mutato contesto sociale e culturale è illusorio pensare che il processo possa fare alcunché, è un po' come ritenere che,

---

[25] In questo senso, ma scevro di metafore anatomiche, anche La Rosa, *op. cit.*, p. 75.

[26] Concorda Quadrato, *op. cit.*, p. 77.

[27] V. Rossi Carleo, *op. cit.*, p. 149.

[28] Sono parole di Campanato, *Quale giustizia minorile? La prospettiva del giudice*, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. al n. 3 del 2004, p. 179 ss., spec. p. 186.

poiché oggi nelle discoteche va per la maggiore musica sintetizzata e campionata, allora possiamo disfarci delle note e, già che ci siamo, anche degli strumenti classici.

Per dirla più tecnicamente e fuor di metafora, il problema delle garanzie del minore scorre dal piano sostanziale a quello processuale; e le norme sostanziali, che proclamano il primato dell'interesse del minore, la tutela dell'identità e della personalità in formazione, il diritto del minore a crescere in una famiglia, e via dicendo, non possono sussistere in ragione del loro vuoto di significati predefiniti, bensì solo in combinazione con l'architettura delle garanzie processuali: in una espressione, è al processo che viene affidato il recupero della normatività[29].

Dunque ed in conclusione: quale processo minorile adottare non è una questione processuale; è la questione dello statuto della relazione educativa e della minore età nel sistema[30].

4. *L'opportunità di una digressione comparatistica nella necessità di immaginare un rito minorile "Europa-compatibile"*

L'argomento oggetto di queste pagine, consistendo nell'interrogarsi sul se attribuire al minore nel processo che lo riguarda la qualità di parte oppure no, è di tal delicatezza che merita di essere affrontato, seppur sinteticamente, da un punto di vista comparatistico, principalmente per due ragioni: intanto, ciò consente di verificare se il nostro ordinamento interno sia, sul tema, allineato a quanto accade negli ordinamenti a noi più vicini; secondariamente, non si potrebbe fare altrimenti, ovvero pensare di ragionare solo in termini di diritto italiano, senza presagire che, nello spazio giudiziario dell'Unione, che chiede omogeneità di provvedimenti liberamente circolanti da un paese all'altro, si sarebbe accusati, al minimo, di un

---

[29] Così Zatti, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, cit., p. 9.

[30] Ancora Zatti, *op. loc. ult. cit*. (l'a. afferma quanto sopra con riferimento al nostro sistema di diritto interno, ma a mio avviso la riflessione può, anzi deve ben estendersi, al processo minorile oggetto di questo studio, cioè al processo minorile a vocazione europea).

errore nell'approccio metodologico. Se quello che si vuole tentare di ricostruire è lo scheletro di un processo minorile "a vocazione europea", è necessario andare a verificare, oltre a quanto accade a livello sovranazionale (internazionale ed europeo), anche quelle che sembrano essere le linee di tendenza in altri paesi.

In via di prima approssimazione, si può affermare che in diversi altri ordinamenti è in corso, proprio nella prospettiva dell'art. 12 della Convenzione di New York, un fenomeno di allargamento dell'autonoma rappresentanza processuale degli interessi del minore in tutte le procedure che lo riguardano[31]. Ciò non deve tuttavia portare a raggiungere conclusioni affrettate, dunque errate.

Nell'ordinamento francese, infatti, per iniziare facendo un esempio di segno contrario, la legge è piuttosto chiara nell'affermare che il minore non ha "la qualité de partie à la procédure" (così l'art. 388-1 *code civil*, come modificato dalla *loi* n. 93-22 del 8 gennaio 1993). Nella norma in discorso, l'affermazione è compiuta dopo aver attribuito invece al minore il diritto di essere ascoltato nel processo, e per sostenere dunque che, nonostante l'ascolto, il minore non acquisisce per ciò solo la qualità di parte. Anche la dottrina d'oltralpe è schierata in modo tendenzialmente univoco (seppur forse un po' sbrigativo) sulla circostanza che, in questo ordinamento, il minore non sia parte nelle procedure che pur lo riguardano[32]. Il dato, tuttavia, non mi pare così pacifico. Certo, la lettera della norma sopra citata è a dir poco *tranchante*. Ciò nonostante, è la stessa *loi* 93-22 a prevedere, oltre all'obbligo di audizione del minore, la possibilità per il minore di adire egli stesso il giudice degli affari familiari, ottenendo la nomina di un curatore speciale[33]. Inferire da ciò, automaticamente, che il minore possa essere considerato parte, ed estendere la conclusione a tutti i procedimenti che lo riguardano, è un salto forse troppo lungo; tuttavia, se ne potrebbe più pruden-

---

[31] Così Quadri, *op. cit.*, pp. 95-96; Marcucci, *op. cit.*, p. 225, ove l'a. cita come esempio della suddetta tendenza Francia, Regno Unito, Germania, Svizzera e Olanda.

[32] V. Guinchard-Ferrand, *op. cit.*, p. 963; Cadiet-Jeuland, *op. cit.*, p. 555 ss.

[33] Lo ricordano Rubellin-Devichi, *Une importante réforme en droit de la famille: la loi n. 93-22 du janvier 1993*, in *La Semaine jur.*, 1993, 12, p. 124 ss.; e Autorino Stanzione-Musio, *op. cit.*, p. 290.

temente dedurre che quello che sembrava un portone sbarrato (*le mineur n'a pas la qualité de partie*) forse è solo un portone socchiuso (per passare attraverso il quale, dunque, basterebbe soltanto spingere un po').

Più analitico sembra l'approccio degli ordinamenti di matrice anglosassone. Il riconoscimento, infatti, "that a child is a person in his own right" ("and not merely an adjunct of his parents or an incidental factor in family proceedings") ha portato in un primo momento ad occuparsi della sua protezione e del suo benessere e poi, più recentemente, a riconoscere che il minore potrebbe vantare diritti suoi propri. Il significativo passaggio culturale verificatosi in ordine a questo tema, per cui i minori sono ora percepiti "as partecipants and actors in the family justice process", si è sostanziato a livello legislativo nel *Children Act* del 1989, una delle cui principali innovazioni è consistita proprio nel prevedere che i minori che abbiano "sufficient age and understanding" possano "bring their own proceedings"[34] o, quantomeno, essere parti nel procedimento iniziato dai genitori (in particolare dispongono sui punti in discorso le *sections* 1.3, 2, 4.3, 6.7, 10.1). La possibilità per il minore di essere rappresentato separatamente, comunque, è prevista nei procedimenti davanti alla *High Court* e alle *County Courts*[35].

---

[34] V. Lowe-Murch, *Children's participation in the family justice system: translating principles into practice*, in Dewar-Parker, *op. cit.*, p. 9 ss., spec. pp. 10-16; gli aa. notano peraltro, p. 16, come in pratica questa facoltà sia molto poco utilizzata, perché richiederebbe "an extremely confident, knowledgeable, resourceful and determined child or young person to commence such proceedings". V. anche Harris-Scanlan, *The Children Act 1989*, Londra, 1991, spec. p. 53; e Bainham, *Children, parents and the State*, Londra, 1988, p. 59.

[35] V. Lowe-Douglas, *op. cit.*, spec. pp. 350, 484 e 498. Sul punto v. anche Masson, *Paternalism, participation and placation: young people's experiences of representation in child protection proceedings in England and Wales*, in Dewar-Parker, *op. cit.*, p. 79 ss., spec. p. 79, ove l'a. riconduce la partecipazione del minore al processo al riconoscimento "[…] of their status as persons and an aknowledgement of the importance of their views. They are experts in their own lives" (lo studio dell'a., peraltro, mira a dimostrare che, a dispetto della previsione che vuole la rappresentanza dei minori nel procedimento, quest'ultima è basata più sul paternalismo che non sulla loro partecipazione effettiva); Smart, *Children and the transformation of family law*, cit., spec. p. 224, ove l'a. riconosce che "children themselves begin to become the speaking subjects of law, rather than the objects of law's benevolence"; Freeman, *The Family Law Act 1996*, Londra, 1996, alla *section* 64 (il *Family Law Act*, sul punto, riprende sostanzialmente il *Children Act* del 1989).

Quanto all'ordinamento tedesco, è da rilevare come, specie nell'ultimo decennio, la materia sia stata oggetto di riflessione e riforme da parte del legislatore. Attualmente, la già menzionata *Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (*FamFG*) prevede (§ 7) che siano parti coloro sul cui diritto si controverte in giudizio, nonché coloro che devono partecipare al procedimento d'ufficio o su istanza di parte; nelle controversie relative ai minori, poi, che hanno ad oggetto la dimora del minore, il diritto di relazione o la sua restituzione, si prevede che il tribunale discuta la causa "con le parti" in udienza (§ 155, comma 2°); è infine il § 9, comma 1°, n. 3, a ricomprendere espressamente tra coloro che hanno la capacità di stare in giudizio anche i minori che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età, ove questi vogliano far valere in un processo, che riguardi la loro persona, un diritto loro spettante in base alle norme del diritto civile; il minore deve essere a tal fine opportunamente informato circa l'oggetto, lo svolgimento e le possibili conclusioni del processo (§ 158, commi 1°-4°). È altresì previsto che il giudice possa nominare al figlio minore un curatore per i processi che riguardano la sua persona, se ciò è necessario per la tutela degli interessi del figlio; la legge individua poi alcune ipotesi in cui tale nomina si deve ritenere necessaria (ovvero, quando vi sia notevole conflitto di interessi tra il figlio e il rappresentante legale, ancora quando oggetto del processo sono provvedimenti diretti a scongiurare il pericolo per la salute o per il patrimonio del figlio e provvedimenti che contemplano il suo allontanamento dalla residenza familiare o la decadenza dalla potestà, nonché quando oggetto del processo è l'allontanamento del figlio dalla persona cui era stato affidato ovvero dal coniuge, come pure dalla persona legittimata all'esercizio del diritto di visita)[36]. Come si può notare, la

Secondo Fortin, *op. cit.*, p. 213, nel Regno Unito è in aumento la tendenza verso la rappresentanza separata del minore nel processo e i giudici appaiono sempre più sensibili al fatto che anche i minori più piccoli possano avvalersene, specie quando essi sono "oggetto" della lite fra gli adulti.

[36] V. ampiamente Caponi, *Il processo per le cause in materia di famiglia in Germania*, in Aa.Vv., a cura di Mariani-Passagnoli, *Diritti e tutele nella crisi familiare*, cit., p. 335 ss., spec. p. 354 ss.; Henrich, *La riforma del diritto di filiazione in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 1998, p. 33 ss.; Diurni, *La riforma*

legge non si pronuncia espressamente sull'attribuzione formale al minore della qualità di parte nel processo, ma a me pare che dalla disciplina ora ricordata si possa dedurre la concezione del minore quale autonomo centro di interessi e diritti, quindi, sostanzialmente, il suo riconoscimento come una delle parti del processo (il tema richiederebbe l'apertura di una parentesi troppo ampia che, peraltro, non verrà omessa ma costituirà oggetto di uno specifico paragrafo poco oltre; per ora, è sufficiente accontentarsi di questa non meglio dimostrata affermazione).

5. *Modernità* vs *Tradizione (ovvero, l'inevitabile scontro con i dogmi di sempre: intorno ad alcuni dei possibili concetti di capacità e di legittimazione)*

Le argomentazioni svolte nelle pagine immediatamente precedenti hanno il non celato intento di giungere alla seguente conclusione: nel processo minorile, il fanciullo ha diritto di essere una delle parti del processo, salve alcune ipotesi eccezionali che potranno essere individuate.

È a tutti evidente che altro è riconoscere in capo al minore il diritto all'ascolto, momento fondamentale e, come abbiamo visto, ad oggi sostanzialmente acquisito alla cultura giuridica moderna; e altro è, invece, riconoscere che, oltre ad essere sentito, il minore possa affermare il diritto di essere parte, e quindi di stare in giudizio, nel processo che lo riguarda e che, non a caso, aggettiviamo per l'appunto come "minorile".

Un'affermazione siffatta si scontra immediatamente, ragionando ora in termini di diritto interno, con alcuni capisaldi della nostra storia giuridico-processuale, che vogliono, almeno ad oggi, che il minore non possa essere parte nel processo, in virtù di una serie di considerazioni che andrò a ripercorrere a scopo costruttivamente critico ai miei fini.

---

del quarto libro del BGB: il nuovo diritto di filiazione, ivi, p. 47 ss.; Büttner, *Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz*, in *FamRZ*, 1998, p. 585 ss.

Prima di fare questo, tuttavia, vorrei evidenziare immediatamente una linea di tendenza che emerge a livello sovranazionale; trattati e convenzioni internazionali raramente hanno affrontato a viso scoperto il tema, avendo preferito, più frequentemente, limitarsi ad attribuire al minore diritti soggettivi più direttamente concernenti la sfera sostanziale. Ciò nonostante, un passo deciso nella direzione che, a mio avviso, non solo è quella più ragionevole ed auspicabile ma è anche, comunque, la direzione del prossimo futuro, è stato compiuto dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996. Essa infatti, dopo aver chiarito (art. 1) che scopo della Convenzione è, fra gli altri, promuovere i diritti dei minori, concedendo loro "diritti azionabili" dei quali facilitare l'esercizio, "facendo in modo che essi possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria", prevede espressamente (art. 5) che le parti contraenti esaminino l'opportunità di riconoscere ai minori ulteriori diritti azionabili nei procedimenti che li riguardano e, in particolare, "il diritto di esercitare completamente o parzialmente le prerogative di una parte in tali procedimenti" (art. 5, lett. d)[37]. Ho già premesso che, se anche questa mi pare essere la linea di tendenza di domani, tuttavia, a causa di quella che è una tradizione radicata nel nostro ordinamento, non mi sembra congruo proporre questo come risultato da ritenersi autodimostrato o acquisibile in sé, preferendo invece addentrarmi in una rilettura critica degli istituti che, ad ora, impediscono l'attribuzione al minore della capacità di partecipare direttamente al processo. E questo sarà il passo immediatamente successivo.

Ora, come è facile constatare, in molti procedimenti civili il minore è sostanzialmente il protagonista della vicenda che deve essere giudicata e il destinatario principale delle decisioni che saranno assunte all'esito del procedimento; eppure, raramente la sua posizione nel processo è vista come autonomamente rilevante e

[37] Secondo Resta, *Dare la parola all'infanzia*, in Magno, *Il minore come soggetto processuale*, Milano, 2001, p. XIV, la Convenzione ora ricordata "colma la lacuna della soggettività processuale del minore".

non invece come mero riflesso delle posizioni degli adulti coinvolti nella vicenda, che vengono erroneamente considerati gli unici protagonisti di essa[38]. Il sistema accolto nel nostro ordinamento non fa eccezione a questa esemplificazione: l'impostazione propria del nostro diritto interno, infatti, riconoscendo la capacità di essere parte in senso processuale, *ex* art. 75 c.p.c., a coloro che hanno il libero esercizio dei diritti che si fanno valere nel processo, esclude da tale qualità il minore; egli, infatti, pur evidentemente titolare della capacità giuridica, non gode della capacità di agire, quindi del libero esercizio dei diritti, potendo dunque essere tutelato nel giudizio solo attraverso il filtro della rappresentanza legale, che diviene poi anche processuale, dei genitori.

Rivedere l'impostazione tradizionale del sistema[39] postula che, preventivamente, si concordi su alcuni punti: innanzitutto, sul fatto che il minore è titolare di posizioni giuridiche, e precisamente di diritti soggettivi, nel processo che coinvolge la sua sfera personale (solo per fare alcuni esempi, il diritto ad essere cresciuto ed educato da entrambi i genitori che pur sono in via di allontanamento uno

---

[38] V. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 411. A mio avviso tale affermazione vale anche con riferimento ai giudizi di separazione personale e di divorzio che invece, ad avviso della Consulta (v. Corte cost., sent. n. 185 del 14 luglio 1986, in *Giust. civ.*, 1986, 1, p. 2321 ss.), in quanto concernenti la cessazione degli effetti civili del matrimonio, "non attengono né si riflettono, quale che sia l'esito dei giudizi stessi, sullo stato dei figli". Le affermazioni compiute nei capitoli precedenti (e spec. nel cap. 1), infatti, mi pare dimostrino, ciò che peraltro risulta dalle scienze sociali prima ancora che da quelle giuridiche, l'impatto di tali giudizi sulla prole; e se è vero che, in punto di forma e di stretto diritto, tali giudizi non incidono "sullo stato dei figli", che tali sono e tali rimangono rispetto ai genitori, è altrettanto vero che tali giudizi incidono sulla vita e sulle condizioni di vita stesse dei figli (mantenimento, affidamento, residenza, per esemplificare soltanto gli aspetti più immediati), momenti dunque ben più pregnanti e significativi rispetto alla mera nozione di "stato".

[39] Operazione a mio avviso necessaria, benché ottimisticamente autorevole dottrina, ovvero La Rosa, *op. cit.*, p. 47, affermi che "da un'interpretazione sistematica emerge nettamente che l'ordinamento ha portato a compimento il processo di giuridificazione della soggettività del minore, riconoscendogli non solo la titolarità formale ma anche la capacità sostanziale di esercitare i suoi diritti". La proposizione dell'a. è condivisibile nello spirito, ma da arginare quanto al fatto di affermare come esistente un processo che, almeno a me sembra, può forse dirsi iniziato ed è certo obiettivo da raggiungere ma, per l'appunto, non può ancora considerarsi acquisito.

dall'altra, il diritto di crescere in un ambiente sereno, il diritto di visitare/essere visitato, e via di séguito); secondariamente, sul fatto che tali diritti appartengono alla sfera dei diritti della personalità, sono cioè diritti personalissimi, e dunque, in quanto tali, appartengono al minore fin dalla nascita.

Dal riconoscimento di questi assunti, dobbiamo far derivare alcune logiche conseguenze. Innanzitutto, la più importante: come è stato efficacemente affermato, "children may have all sorts of substantive rights but they are of little value if they can not enforce them"[40]. In altri termini, data la premessa che titolarità ed esercizio dei diritti della persona sono inscindibili, il bambino capace di discernimento deve poter partecipare al processo in modo diretto ed autonomo, realizzando la sua dignità anche nel rapporto asimmetrico con il giudice, in un atteggiamento attivo, quale soggetto interlocutore della vicenda giudiziaria insieme a tutti gli altri interessati[41].

Questa affermazione, senza dubbio potente, si scontra evidentemente con la radicata distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, e con i necessari corollari che siamo adusi a farne derivare. A mio avviso i tempi sono maturi per un restauro dell'impostazione tradizionale, restauro che ben potrebbe valere anche al di là dei confini del processo minorile. Mi spiego meglio.

Come ha rilevato la dottrina più attenta alla valorizzazione della personalità del minore[42], la partizione tra capacità giuridica e capacità d'agire, quando sono in gioco situazioni esistenziali, non ha ragion d'essere; concedere infatti la titolarità di un diritto, senza concederne l'esercizio, significa escludere ingiustificatamente un

---

[40] Così Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, cit., p. 197.

[41] Lo spunto, che naturalmente condivido, è di Sergio, *La giustizia minorile. Funzioni, competenze, struttura. Prospettive di riforma*, in Zatti, *Trattato di diritto di famiglia*, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano, 2002, a cura di Lenti, p. 3 ss., spec. p. 55. Nello stesso senso, Dosi, *Dall'interesse ai diritti del minore*, cit., spec. p. 152 ove l'a., richiamate le Convenzioni di New York e di Strasburgo del 1996, in quanto attributive al minore di specifiche capacità processuali, afferma "se il diritto è, infatti, facoltà di agire per il soddisfacimento di un interesse, che senso ha attribuire diritti ad un minore se non gli si attribuisce anche la capacità a stare in giudizio?".

[42] V. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 370; La Rosa, *op. cit.*, p. 48.

soggetto dalla realizzazione della sua personalità[43]. Questo passaggio, che ad alcuni potrebbe apparire quasi rivoluzionario, in quanto va a toccare il repertorio dogmatico del giurista classico, richiede che si profondano alcune considerazioni in più.

Come è noto, le fonti normative interne, ed in specie il codice di diritto sostanziale, affermano la dicotomia capacità giuridica-capacità d'agire (rispettivamente, gli artt. 1 e 2 c.c.), accolta ancora oggi dalla dottrina civilistica tradizionale e maggioritaria, la quale fa corrispondere alla prima l'attitudine alla titolarità di poteri ed obblighi giuridici[44] e alla seconda l'idoneità a svolgere l'attività giuridica relativa alla sfera degli interessi della persona, a compiere atti giuridici e ad esercitare da sé i propri diritti[45]. Nel dibattito più recente, tuttavia, si comincia ormai da qualche anno a negare la dicotomia suddetta, in quanto la distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire sarebbe sorta principalmente in funzione di una logica patrimoniale e pertanto, per alcuni settori estranei a tale logica (come è, ad esempio, nell'àmbito dei diritti della personalità) tale distinzione non potrebbe operare; e non soltanto, perché si giunge ad affermare che, in questi settori, l'adozione di un'unica nozione di capacità favorirebbe una protezione più efficace e un più profondo rispetto nei confronti delle posizioni giuridiche degli incapaci (e, dunque, anche dei minori, per ciò che più interessa il nostro specifico oggetto d'indagine)[46]. A ben vedere, dunque, sembra che si possa affermare che, per ciò che concerne il minore con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive che lo riguardano

---

[43] Secondo La Rosa, *op. cit.*, p. 6, poi, sulla capacità giuridica e sulla capacità d'agire non dovrebbe incidere in modo astratto neppure l'età, criterio precostituito che rischia di dare luogo a classi discriminate di soggetti, onde occorrerebbe guardare alla posizione della singola persona, calata nel concreto delle circostanze, per meglio soddisfare le sue specifiche esigenze.

[44] V. per tutti Rescigno, voce *Capacità giuridica*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, II, p. 218 ss., spec. p. 218.

[45] V. ancora una volta Rescigno, voce *Capacità di agire*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, II, p. 209 ss., spec. p. 209.

[46] V. Dogliotti, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 3 ss., spec. p. 17; anteriormente, Bessone, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, *sub* art. 30, p. 86 ss.; Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 139 ss.

nello svolgimento della sua esistenza personale, sono venute meno le giustificazioni stesse del considerarlo costantemente in uno stato di incapacità.

Per il passato, infatti, la cultura giuridica modellava ogni posizione attiva del soggetto sulla base del diritto di proprietà e, almeno formalmente, ancorava il fondamento dell'incapacità di agire nell'esigenza di protezione del soggetto che non fosse ritenuto in grado di attendere ai propri interessi[47]; attualmente, acclarato che per i diritti della personalità, in quanto diversi per natura dai diritti a contenuto meramente patrimoniale, è possibile (per non dire necessario) ragionare utilizzando categorie diverse, e convenendo altresì sul fatto che il minore è titolare di veri e propri diritti personalissimi, si deve concludere che, laddove si continuasse ad inibire al minore il godimento di una vera e propria capacità di agire personalmente in relazione a tali diritti, non solo non si rispetterebbe la presunta *ratio* della nozione di incapacità (tesa, come ricordavo sopra, alla protezione del soggetto ritenuto debole), ma addirittura si priverebbe l'incapace (nella nostra fattispecie il minore) del legittimo esercizio di un diritto soggettivo, danneggiandolo in modo diretto e frustrando la sua soggettività giuridica. Come è stato efficacemente affermato, infatti, è proprio in relazione ai diritti della personalità (in quanto non aventi contenuto patrimoniale, indisponibili, imprescrittibili, e via di séguito) che la tradizionale dicotomia capacità giuridica-capacità d'agire mostra tutta la sua inadeguatezza; *proprium* dei diritti della personalità, infatti, è che il bene da essi protetto non è una *res* che si colloca nella realtà esterna al soggetto, bensì inerisce, all'opposto, necessariamente alla sua persona[48]. Attualmente infatti, e come è agevole peraltro constatare, vanno ridimensionandosi gli *status* c.d. di privilegio (un tempo riconosciuti, ad esempio, alla figura del marito e a quella del padre) e vanno invece aumentando gli *status* di protezione che riguardano i soggetti deboli; ma in una società complessa quale è quella contemporanea, il percorso individuale di ogni soggetto

---

[47] V. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, ristampa, p. 23 ss.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 109 ss.

[48] V. Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 60.

attraversa spesso, e a volte contemporaneamente, diversi *status*, onde il solo elemento unificante è l'affermazione piena e compiuta della personalità dell'individuo: il trovarsi in una posizione di debolezza, che per il minore è fisiologica e naturale, non può allora e non deve limitare lo *status* del soggetto debole, ma anzi esaltarne forme e modi di tutela che ne difendano la personalità e l'individualità[49]. Ora, se da queste riflessioni di ordine più generale si passa a considerare il minore nella concreta situazione in cui viene a trovarsi quando si tratta di operare o di esprimere desideri e scelte di vita personalissimi, le considerazioni suaccennate trovano conferma nella evoluzione medesima del diritto della famiglia. Quest'ultima, infatti, da "cellula fondamentale della società" (così la Carta sociale europea del 1996), ha da tempo iniziato un cammino verso la sua configurazione come una comunità di individui cui si riconosce sempre maggiore autonomia e nella quale si vengono ad affermare le singole personalità dei suoi membri[50]; il fenomeno è ampiamente diffuso e, in quanto sociale, sotto gli occhi di tutti; a qualcuno potrà non piacere, ma è innegabile. Evidentemente, questa "individualizzazione" e "autonomizzazione" dell'individuo (dunque anche del minore) all'interno della famiglia non può non spingere verso un'affermazione decisa della sua capacità, quando si tratti del godimento e dell'esercizio di diritti personalissimi.

Laddove tuttavia non si fosse ancora persuasi della bontà della tesi proposta e si volesse rimanere agganciati al tradizionale binomio, si può poi meditare sul fatto che "l'incapacità di agire non è condizione che accompagna costantemente la minore età"[51], né è condizione indefettibile che sia stata fissata una volta per tutte dal legislatore e debba perciò rimanere immutabile. Una breve digressione storica consente infatti di verificare come, ad esempio, nel codice civile del 1865 l'acquisto della maggiore

---

[49] Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 23, conclude nel senso che è proprio lo *status* di protezione che "contrasta radicalmente con la nozione tradizionale di capacità, qualità astratta ed ideale, sempre identica a se stessa, illusorio mito ottocentesco, sempre più lontano…".

[50] Così Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., p. 934.

[51] Così Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 583 ss., spec. p. 583.

età, e quindi della capacità, fosse fissato al compimento del ventunesimo anno di età; lo stesso era previsto dalla versione originaria del codice civile del 1942, ritenendosi in base a regole generali di esperienza che quella fosse l'età in cui il soggetto si presumeva potesse raggiungere una completa maturità. Fu la legge n. 39 del 8 marzo 1975 ad abbassare il limite in discorso al compimento del diciottesimo anno, confermando così che si tratta di una determinazione convenzionale, meramente legislativa, e consentendo di immaginare che, ad oggi, non desterebbe alcuno scandalo una eventuale proposta di legge che prevedesse un ulteriore abbassamento del limite a sedici o, addirittura, a quattordici anni, in considerazione dei mutamenti del costume sociale e di come, parimenti, si è evoluta la condizione dell'età giovanile. Queste ultime argomentazioni, seppur di peso, non sono tuttavia decisive, e necessitano del supporto di considerazioni di ordine più squisitamente teorico.

6. *Una possibile quadratura del cerchio*

Riprendiamo quindi le fila dei passaggi sin qui svolti, per traghettare il nostro ragionamento dal diritto sostanziale al processo. Se dunque abbiamo appurato che nessuno dubita del riconoscimento in capo al minore di diritti sostanziali, e che ciò significa quindi riconoscergli (e questo accade in alcuni casi già ora) la qualità di parte in senso sostanziale, non si vede come sia possibile privarlo della qualità di parte in senso processuale[52]. Anche questa affermazione, al pari di quella negatrice della dicotomia fra i due ordini di capacità, può apparire sovversiva, pertanto richiede una serie compiuta di argomentazioni.

Come ben si può immaginare, sul punto non vi è unanimità di vedute. Si è sostenuto, ad esempio, che "ritenere che il minore […] possa stare in giudizio da solo assistito da un avvocato, costituisce

[52] V. La Rosa, *op. cit.*, p. 223. Condivide l'obiettivo anche Rossi Carleo, *op. cit.*, p. 152, al cui avviso "occorre guardare al come, in campo processuale, vengano ampliati spazi nei quali il minore possa effettivamente essere considerato *parte* di un procedimento".

un *vulnus* nel nostro sistema"[53]. A me pare che a tale affermazione si debba replicare secondo due linee critiche.

La prima fa leva sulla circostanza per cui, quand'anche la suddetta impostazione vulnerasse il sistema, se ciò comunque fosse compatibile con quanto accade al di fuori e al di sopra dei nostri angusti confini nazionali, la ferita eventualmente inferta dovrebbe ritenersi ben presto e necessariamente rimarginata. Secondariamente, occorre interrogarsi sul se sia davvero così, ovvero se nel nostro sistema non sia già ricostruibile, in via di interpretazione sistematica, la qualità di parte in capo al minore. Ciò che a me sembra e che tenterò di dimostrare or ora.

Nel nostro ordinamento, allo stato attuale dell'elaborazione, il minore sarebbe privo di capacità processuale, intendendo questa come l'esistenza nell'agente delle qualità necessarie per l'esercizio del potere o per l'adempimento del dovere in cui l'atto si risolve[54]. Detto in altri termini, forse più concreti, ciò accade in ragione del fatto che la capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c. non è altro che la capacità di agire di cui all'art. 2 c.c. riferita al compimento degli atti processuali; e la capacità di acquistare la qualità di parte nel processo non è altro che la stessa capacità processuale[55].

Ebbene, se la capacità processuale non è altro che la capacità di agire trasferita nel mondo del processo; se la capacità di agire si acquista generalmente con il compimento della maggiore età, ma fatta salva l'ipotesi in cui la legge stabilisca un'età diversa per l'acquisto della capacità di compiere determinati atti (così dimostrando che non è assoluta l'equazione "capacità di agire = maggiore età"), come del resto prevede lo stesso art. 2 c.c.; se, dunque,

---

[53] Così Campanato, *op. cit.*, p. 182.

[54] V. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1951, I, p. 306. Per dirlo con autorevole dottrina contemporanea (v. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 306; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2004, II, pp. 14-16), mentre la capacità di essere parte in senso sostanziale nel processo, così come la pura e semplice capacità giuridica di diritto privato, spetta ad ogni persona fisica, la capacità processuale di agire e di svolgere le attività del processo, invece, non spetta a tutti, ma solo a coloro che possono esercitare direttamente i propri diritti.

[55] Così Satta, voce *Capacità processuale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 130 ss., spec. p. 131.

la capacità di agire può essere messa in relazione non allo sterile compimento di un certo numero di anni bensì, più proficuamente, con la titolarità e l'esercizio di una determinata posizione giuridica soggettiva; se inoltre, come accennavo sopra, le situazioni giuridiche oggetto del processo minorile devono, a buon diritto, farsi rientrare nelle situazioni personalissime di cui, per definizione, il minore (come chiunque altro) è titolare fin dal momento della nascita; allora, tutto ciò premesso, se ne può forse dedurre che il minore, nel processo minorile nel quale si tratti della sua sfera giuridico-esistenziale, gode della *capacità di agire processualmente*, intendendo con questa endiadi che egli goda sia della capacità di agire in ordine a questa sfera nel diritto sostanziale quanto della capacità processuale di essere parte nel processo (capacità le quali, se si accoglie, come faccio, la definizione sattiana, non sono altro che due facce di un'identica medaglia)[56].

Si potrebbe a questo punto replicare che, così ragionando, capacità processuale e legittimazione ad agire divengono concetti sovrapponibili, dai confini incerti, nel senso che la prima, in sostanza, non sarebbe distinguibile in modo netto rispetto alla seconda. La conclusione è corretta, infatti; ma questo non dovrebbe a mio avviso destare alcuna meraviglia: perché le nozioni di capacità processuale e di legittimazione ad agire, così come l'idea che esse siano distinte, non esistono in natura, bensì sono semplicemente il prodotto dell'elaborazione culturale giuridica costruita fin qui, nulla vietando, pertanto, che esse possano essere, per così dire, rivedute e corrette[57]. Se si ritie-

[56] Come nota Sergio, *La tutela giurisdizionale dei minorenni e dei soggetti deboli: il ruolo del p.m.*, cit., pp. 190-191, peraltro ed infatti, nella distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire si riconosce una deriva patrimoniale, mentre per i diritti personalissimi, invece, titolarità ed esercizio necessariamente coincidono, perché i diritti inviolabili dell'uomo si manifestano soprattutto nelle sue scelte esistenziali, si riferiscono al suo farsi, allo sviluppo della persona umana; per questa ragione non sarebbe possibile desumere dall'art. 2 c.c. una limitazione astratta e assoluta all'esercizio dei diritti della personalità fino alla maggiore età. Se si concorda con questa impostazione, allora se ne potrebbe dedurre che anche l'esercizio processuale delle facoltà e dei poteri che ineriscono ai diritti personalissimi oggetto del processo minorile, in quanto non suscettibili di essere assoggettati alla limitazione preventiva di cui all'art. 2 c.c., possano essere attribuiti al minore.

[57] Già Satta, *op. cit.*, p. 132, del resto, notava come la norma interna sulla capacità processuale contenga, di fatto, una norma superflua sulla legittimazione,

ne, infatti, che un diritto soggettivo sia oggetto del processo non nella sua oggettiva ed astratta esistenza, bensì nella sua esistenza concreta rispetto ad un determinato soggetto, e dunque che legittimato ad agire in nome proprio è colui al quale si attribuisce la soggettività del rapporto giuridico controverso, è anche e soprattutto in virtù del principio del contraddittorio che i soggetti di un rapporto giuridico oggetto di un processo devono essere parti del processo medesimo, poiché la decisione esplicherà i suoi effetti nei loro confronti[58].

La capacità dunque, intesa ora qui in senso generale e riferendosi alla sua etimologia (quindi come continenza), appare misurabile e graduabile[59]; la posizione del soggetto nel mondo giuridico, pertanto, non è esistente o non esistente a partire da un dato momento univocamente cristallizzabile, ma dipende dal grado di formazione e di elaborazione che un sistema normativo ha raggiunto, nonché dal livello più o meno alto di compiutezza interna e autosufficienza che gli si può attribuire: in sostanza, più questo grado e livello aumentano, più si estende la posizione del soggetto nel mondo giuridico[60]. Queste affermazioni, a mio avviso, ben possono essere traslate avendo riguardo alla posizione del minore nel contesto della società attuale, a ragione definita *paidocentrica*, volendo con questo termine alludere al costante e progressivo aumento di attenzione della nostra epoca per il minore, riconosciuto vittima delle onnipotenze adulte[61], per controbilanciare le quali è necessario, evidentemente, aumentare la sua posizione di potere e di autonomia, dentro come fuori dal processo[62].

---

essendo in sostanza un doppione dell'art. 81 c.p.c. (e, aggiunge, fra l'altro, che la differenza tra capacità processuale e legittimazione ad agire non è mai stata molto sentita dal legislatore, concludendo che "del resto i confini appaiono incerti anche nell'esperienza di dottrina e giurisprudenza").

58 Parafraso da Attardi, voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1993, X, p. 524 ss., spec. pp. 524-526, ove l'a. conclude "è perciò da prediligere l'opinione per cui i soggetti del rapporto sul quale il giudice pronuncia devono essere parti del processo".

59 V. Falzea, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss., spec. pp. 9-10 ss.; Santi-Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 190; Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, p. 26; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 120.

60 Ancora Falzea, *op. cit.*, p. 11.

61 L'espressione è di Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 7.

62 Basti pensare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ritiene, in quanto si tratti di diritti e libertà fondamentali, che per quelle persone la cui capa-

Non solo; ma l'art. 3 della nostra Costituzione potrebbe fornire un ulteriore elemento di supporto alla tesi che qui voglio sostenere. Quando questa norma, infatti, afferma che tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge senza distinzioni di vario ordine, contempla, fra queste ultime, le "condizioni personali"; ora, a me sembra che l'età non possa che essere considerata una condizione personale, anche ai sensi dell'art. 3 cost.; il minore, pertanto, è uguale a tutti gli altri davanti alla legge, dunque deve avere le stesse facoltà, senza che di una sua condizione personale, ovvero l'età anagrafica, possa farsi elemento di discriminazione preclusivo dell'esercizio di diritti, sostanziali e processuali[63]. Non solo; in questo senso un elemento importante è ricavabile anche dalle fonti sovranazionali: l'art. 21 della più volte citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, infatti, stabilisce che sia vietata "qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'*età* o l'orientamento sessuale" (art. 21, comma 1°). A me pare dunque che l'interpretazione proposta della norma costituzionale interna non sia fuor di luogo, e che non si pretenda di far dire alla norma qualcosa che, come si vede, è riconosciuto espressamente a livello europeo.

Se ancora non si fosse persuasi della bontà della tesi che qui propongo (o, quantomeno, della possibilità di prenderla in

---

cità di agire sia limitata o esclusa, e i minori vengono presi ad esempio della categoria menzionata, sia possibile proporre il ricorso individuale anche senza il concorso della persona che li rappresenta; v. sul punto e per i rimandi alle pronunce Raimondi, in Bartole-Conforti-Raimondi, *op. cit.*, p. 559 ss., spec. p. 563.

[63] Richiama, fra altre, la norma di cui all'art. 3 Cost. anche Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1257 ss., spec. p. 1259 s., ove l'a. conclude che, se si parte dalla consapevolezza che il minore è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo a preservare le proprie relazioni familiari, e se si concorda con l'idea che le norme costituzionali sul giusto processo sono destinate ad essere applicate in ogni àmbito della tutela giurisdizionale, se ne deve dedurre che il minore è "contraddittore necessario in qualsiasi processo destinato a concludersi con un provvedimento giurisdizionale idoneo ad incidere su uno dei suoi fondamentali diritti".

considerazione attentamente per aderirvi o dissentire), un altro argomento mi pare soccorra laddove si vada a riflettere in tema di teoria dell'azione.

È a tutti nota l'impostazione secondo la quale l'azione è "il potere giuridico che ha il privato di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge"[64]. Ci si potrebbe dunque chiedere in quali termini sia ricostruibile, nel diritto positivo, la volontà della legge rispetto al minore. Dal panorama visibile fin qui ed emerso dalle pagine precedenti, mi pare che si debba prendere atto che la legge (intesa in senso ampio come sistema scaturente dalle fonti interne e internazionali) intende riconoscere la dignità del minore in quanto persona, non solo con i suoi desideri, bisogni ed aspettative, ma anche in quanto titolare di veri e propri diritti soggettivi, per di più personalissimi[65]; e che, per riconoscerne concretamente tale dignità, afferma in modo indubitabile il diritto del minore di avere voce nel processo[66], così che non possano prendersi decisioni che da lui prescindano (ciò che non significa, comunque, assumere decisioni che in via automatica rispecchino quanto espresso dal minore, perché le sue opinioni vanno evidentemente passate al crogiolo delle voci degli altri soggetti del processo in una complessa e delicata attività di bilanciamento di interessi).

Se questi passaggi trovano accoglimento, a me pare allora che si possa riconoscere in capo al minore il diritto all'azione, e conseguentemente il diritto ad essere parte del e nel processo, in quanto tale diritto di azione si sostanzi, appunto, nel potere di

---

[64] È la notissima definizione di Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 3 ss., spec. p. 6.

[65] Ricordo qui, a volo d'uccello: il diritto di crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, amore e comprensione, nonché il diritto di ricevere una protezione e una cura particolari, compresa una protezione legale appropriata (preambolo della Convenzione di New York); il diritto di intrattenere rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori (art. 9 Convenzione di New York, preambolo della Convenzione di Strasburgo del 2003, art. 1 Convenzione dell'Aja del 1980); il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa e di essere informato e ascoltato in ogni procedura che lo riguarda (art. 12 Convenzione di New York, art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 2003, art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 1996).

[66] V. le fonti normative sul tema *sub* cap. II.

porre in essere le condizioni per attuare la volontà della legge, così letta ed interpretata, rispetto al minore[67].

In conclusione: ad oggi, sul piano processuale, il minore non ha la capacità di stare in giudizio personalmente ed autonomamente con l'assistenza di un difensore. Vero è che le fattispecie di giudizio sono varie: alcune coinvolgono il minore più da vicino, altre meno. Ma, come ho già anticipato poco sopra, anche nei giudizi che ad uno sguardo superficiale sembrano riguardare solo i coniugi, si incide inevitabilmente sulla posizione esistenziale e soggettiva del minore. In ogni modo, dunque, la sfera giuridica del minore viene ad essere impattata; quale che sia il modello di giudizio[68], allora, si avverte forte l'esigenza di assicurare la partecipazione del minore all'interno del processo, approntandogli idonei strumenti processuali (primo fra tutti, la difesa)[69].

Un ultimo punto merita di essere chiarito in questa sede. Si potrebbe avanzare, infatti, il sospetto che attribuire al minore la qualità di parte nel processo contribuisca ad aumentare il conflitto e a generare dunque tensioni nell'àmbito dei rapporti familiari, ritenendo così che sia preferibile "lasciar litigare gli adulti" e tenere il minore lontano da certe dinamiche; la stessa Consulta, infatti, ebbe ad affermare che "con l'attribuzione della qualità di parte ai minori-figli […] si istituzionalizzerebbe un conflitto tra genitori e figli"[70]. Ora, a ben vedere, come è stato notato, nel contenzioso

---

[67] Concludendo diversamente, saremmo obbligati a riconoscere, rispetto al minore, la verità dell'assunto per cui chi non è in grado di manifestare e far valere direttamente i propri interessi si trova di fatto, nella vita giuridica, in uno stato di menomazione, perché la tutela e la garanzia delle sue esigenze vengono a dipendere da altri (così Falzea, *op. cit.*, p. 20); ciò che contrasterebbe con la *ratio* di tutti gli interventi normativi in materia di diritto e giustizia minorile degli ultimi trent'anni.

[68] Tema questo sul quale mi soffermerò nel capitolo V.

[69] Anche ad avviso di Tommaseo, *Processo minorile, forme camerali e "mistica del giusto processo"*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 321 ss., spec. p. 322, fra i punti cruciali della riorganizzazione del processo minorile è l'esercizio del diritto di difesa, articolato nei due poli della difesa tecnica e della partecipazione al procedimento di tutti gli interessati, compreso il minore.

[70] V. Corte cost., sent. n. 185 del 14 luglio 1986, cit., p. 2323. È peraltro necessario e giusto dare conto dell'evoluzione della giurisprudenza della stessa Consulta, la quale (v. Corte cost., sent. 30 gennaio 2002, n. 1, cit., p. 231), richiamando proprio l'art. 12 della Convenzione di New York, ha successivamente riconosciuto che tale norma è ormai entrata a fare parte dell'ordinamento ed è idonea a consentire

che tipicamente potrebbe dare luogo ad un processo minorile, raramente si pongono in conflitto diritti soggettivi contrapposti; non c'è, per fare un esempio, il diritto del genitore all'educazione del figlio, il diritto dell'altro genitore all'educazione del figlio, il contrapposto diritto del figlio ad essere educato, e via dicendo, esistendo piuttosto un unico rapporto che accomuna tutti i soggetti, onde il giudice che decide una controversia familiare non deve tanto valutare quale dei diritti in contrapposizione sia quello maggiormente meritevole di tutela, quanto piuttosto identificare adeguate modalità di attuazione del comune diritto alla relazione che sussiste tra i diversi soggetti del rapporto[71]. Non solo, ma è stato anzi autorevolmente sostenuto che proprio l'accesa conflittualità tipica dei giudizi che vedono coinvolti i minori fa propendere per la scelta di munire costoro della qualità di parte, dandogli un difensore nella persona di un avvocato che tuteli i loro diritti[72].

Attribuire e riconoscere in capo al minore la qualità di parte nel processo, pertanto, non acuirebbe lo scontro antagonistico tra genitori e figli, semplicemente perché, a monte, di esso mancano gli elementi costitutivi, ovvero la contesa, la contrapposizione, la necessità di stabilire chi sia la parte vittoriosa e quale o quali le parti soccombenti; in buona sostanza ed in altri termini, il minore è sì parte del modello di rito su cui stiamo riflettendo, ma esso non ha ad oggetto una contesa in senso proprio, bensì le situazioni concrete ed esistenziali della vita dei soggetti interessati, non discutendosi (o non discutendosi soltanto) dell'attribuzione di beni e sostanze all'una parte piuttosto che all'altra.

"di configurare il minore come *parte* del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti" (nella specifica pronuncia la norma interna oggetto di esame era l'art. 336 c.c., ma il ragionamento si estende oltre i confini di essa perché, come afferma la Corte, anche dalla l. n. 149 del 2001 "si evince chiaramente l'attribuzione al minore della qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni").

[71] V. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, cit., pp. 302-303.

[72] Così Marcucci, *L'affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 224, ove l'a. aggiunge come non sia scontato che dallo scontro delle posizioni dei genitori riesca ad emergere e ad essere salvaguardata la posizione preminente del minore.

7. *Il minore come parte nel processo (ovvero, acclarato l'*an*, un'indagine sul possibile* quomodo*)*

Raggiunta la conclusione che al minore debba spettare, nei giudizi che lo riguardano, non solo la qualità di parte in senso sostanziale ma anche quella di parte in senso processuale, occorre interrogarsi su quali possano essere le modalità concrete più idonee a garantire la sua partecipazione attiva al processo. Varie sono le voci che si sono levate sul tema.

A mio avviso, se si vuole garantire l'effettività dell'operare del principio suaccennato, e dunque che il minore possa essere parte processuale nel giudizio che lo concerne, occorre individuare strumenti nuovi o, se non proprio, reinterpretare strumenti già noti ma destinati finora ad altri usi.

Immaginiamo una scena concreta. Non credo che nessuno riesca a figurarsi un minore, anche ove abbia un'età già a due cifre, che un giorno esce di casa e si reca da un avvocato per prospettargli il proprio caso e verificare se sia o meno opportuno iniziare un giudizio; né che si possa immaginare lo stesso minore che, in pendenza di un giudizio fra i genitori, si rechi dal medesimo avvocato chiedendogli cosa e come fare per intervenire e partecipare anche lui al processo che, sì, hanno iniziato i genitori fra loro, ma che egli si sta rendendo conto modificherà le sue condizioni e abitudini di vita, facendolo diventare quindi desideroso di poter fare la sua parte attiva nella vicenda[73].

Se così è, se cioè non possiamo, almeno senza un'abbondante dose di fantasia, ipotizzare un simile scenario, occorre chiedersi come altrimenti possa funzionare la partecipazione processuale del minore al giudizio. A mio avviso, una delle possibili soluzioni consiste nell'ipotizzare l'affiancamento del minore da parte di una figura altra, cioè di un diverso soggetto.

Non impantaniamoci nei termini, chiedendoci chi sia costui, se

---

[73] L'intervento del minore nel procedimento di divorzio dei genitori è previsto, solo per fare un esempio, nel diritto inglese (*section* 10.8 del *Children Act 1989*), ma previa valutazione del giudice che il minore risulti sufficientemente maturo sulla scorta di un apposito test previsto dalla legge. V. Montgomery, *Parents and children in dispute: who has the final word?*, in *Jour. of child law*, 1992, p. 85 ss.; Freeman, *The rights and wrongs of children*, Londra, 1989, p. 192 ss.

lo si debba chiamare tutore, curatore, assistente, e via dicendo. Proviamo ad intenderci invece sulla sostanza: questa figura dovrebbe incarnarsi in un soggetto che ha il compito di consentire al minore la partecipazione al processo, aiutandolo nella gestione della vicenda giudiziaria, tenendolo informato sugli eventi processuali, spiegandogli che cosa accade e quali possibili alternative e soluzioni possano prefigurarsi in base a come la vicenda giudiziaria va dipanandosi, portando nel giudizio desideri, aspirazioni e quindi, sostanzialmente, le domande del minore.

Mi sembra evidente che tale ruolo non possa essere impersonato da uno dei genitori, per ragioni pressoché ovvie, tendenzialmente riconducibili alla mancanza di imparzialità (del tutto giustificabile e comprensibile, essendo i genitori "parti") e di distacco che i genitori *naturaliter* manifestano rispetto alle vicende che riguardano i figli.

Non immaginerei neppure che un tale ruolo potesse essere svolto da alcune altre figure come tradizionalmente concepite (penso al tutore o al curatore, solo per fare un esempio).

Non condivido neppure l'ipotesi secondo la quale potrebbero essere i servizi sociali a rivolgersi al giudice; la grande varietà di modelli di servizio esistenti sul territorio, infatti, renderebbe spesso problematico individuare il servizio legittimato a svolgere tale ruolo, ed inoltre ciò implicherebbe la presenza nel processo di un soggetto "altro" rispetto a quelli già necessariamente presenti, con evidente complicazione delle dinamiche[74].

Opterei, piuttosto, per una diversa soluzione, che si giustifica in base ad una considerazione di carattere pratico: il minore, supportato dal soggetto che sopra ho cercato di descrivere, dovrebbe poi comunque stare nel processo attraverso l'attività di assistenza di un difensore tecnico, cioè di un avvocato. Ora a me sembra che, in un'ottica di semplificazione e di migliore gestione del processo, meno soggetti si agitano in esso e più agilmente questo può svolgersi per tutti: le funzioni e le figure fin qui individuate come necessarie,

---

[74] Concorde sul punto anche Fadiga, *Minore, famiglia, processo: esigenze di tutela, esigenze di garanzia*, cit., p. 1253, il quale pur nota che la legge n. 6 del 9 gennaio 2004, istitutiva della figura dell'amministratore di sostegno, prevede la legittimazione dei servizi a rivolgersi al giudice al quale, appunto, chiedere con ricorso la nomina dell'amministratore in discorso.

pertanto, potrebbero condensarsi nell'unica persona dell'avvocato difensore del minore[75]. Questo richiederebbe una riforma importante in tutti i paesi che ne siano privi, a cominciare dunque dal nostro: l'istituzione dell'albo degli avvocati specializzati in diritto dei minori e della famiglia, la preparazione dei quali dovrebbe sconfinare rispetto al solo àmbito giuridico per conquistare, nei limiti del possibile, il campo psicologico e quello pedagogico[76].

Il suggerimento che mi sento di ispirare in questo senso non è peraltro inaudito; già la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996, più volte richiamata, prevede che gli Stati contraenti esaminino l'opportunità di riconoscere ai minori diritti processuali supplementari nelle procedure giudiziarie che li riguardano; in particolare, tra essi è compreso "il diritto di chiedere essi stessi, o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante distinto, nei casi opportuni di un avvocato" (così gli artt. 5, lett. b), e 9, comma 2°, della Convenzione). Le norme richiamate attribuiscono agli Stati una semplice facoltà in questo senso, ma alcuni autori, la cui posizione condivido, hanno ravvisato in esse un indice dell'obiettivo della Convenzione di realizzare una sostanziale equiparazione tra i "minori" e le "parti" in senso formale del processo[77].

---

[75] Anche Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005, p. 5, con riferimento peraltro alla situazione attualmente vigente nel nostro ordinamento, afferma che sia "ragionevole pensare che la funzione di rappresentante sostanziale (curatore speciale) resti assorbita dalla nomina di un curatore speciale-difensore, un avvocato del minore appunto"; nello stesso senso, ancora, Ruo, *Il curatore, il rappresentante e l'avvocato del minore*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 91 ss., spec. pp. 92 e 102 ss.

[76] Sostiene l'idea dell'istituzione di un albo siffatto anche Magno, *Il minore come soggetto processuale*, cit., p. 53. L'a. nota che tale istituzione è già prevista dalla legge nell'ordinamento di diritto interno, ma finora non è mai stato realizzato. A proposito di riforme, tuttavia, qualcosa si sta muovendo. È infatti all'esame della Camera dei deputati il disegno di legge, approvato lo scorso 19 novembre 2008, per istituire anche in Italia un Garante dell'infanzia. La figura, ben nota ad altri ordinamenti, specialmente scandinavi (v. sul tema Fadiga, *Minore, famiglia, processo: esigenze di tutela, esigenze di garanzia*, cit. p. 1254 ss.), è nel nostro ordinamento ancora *in fieri*, essendo al momento dunque presto per trarre conclusioni di peso e necessario attendere il testo definitivo. Rimando per ora al sito www.cameraminorile.com e a *Guida al dir.*, n. 2 del 2009, p. 11 s.

[77] Così Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, cit., p. 127 ss., spec. pp. 129-130.

Il clima che si respira a livello sovranazionale, peraltro, ha già avuto modo di influenzare il giudice delle leggi di diritto interno: la Consulta, infatti, ha affermato che gli interessi del minore non sono adeguatamente tutelati dal p.m. in sede di intervento obbligatorio, anche perché i poteri di quest'organo non si ricollegano a tali specifici interessi ma a quello generale dell'attuazione della legge; pertanto sarebbe preferibile, ad avviso della nostra Corte costituzionale, la nomina di un curatore *ad hoc* del minore, trovando questa previsione una base normativa in alcuni documenti internazionali[78].

La prospettiva che ho appena suggerito solo parzialmente è innovativa se la si raffronta allo *ius conditum* del nostro ordinamento. La legge n. 149 del 28 marzo 2001[79], infatti, prevede l'obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure per la dichiarazione di adottabilità e in quelle di limitazione e di decadenza dalla potestà (in particolare, faccio qui riferimento agli artt. 8, 10 e 37 della legge 149)[80]. Come è stato notato, questa riforma può considerarsi un evento di straordinaria importanza per il nostro sistema processuale perché, se già prima era nota la figura del curatore speciale del minore che esercitava funzioni anche nel processo oltre che in campo sostanziale, la legge 149 sposta l'attenzione sulla difesa processuale, nella prospettiva di un processo più giusto, in una valorizzazione piena e necessaria del contraddittorio nei procedimenti civili minorili anche in base alla previsione generale di cui all'art. 111 cost.; in sostanza, questa legge riconosce la qualità di parte processuale al minore, collocando con determinazione la difesa dei suoi diritti nel contesto della giurisdizione e all'interno delle regole del processo[81]. Grazie

---

[78] V. Corte cost., sent. 15 novembre 2000, n. 528, in *Fam e dir.*, 2001, p. 121 ss.

[79] In *Gazz. uff.* n. 96 del 26 aprile 2001, e in *Fam. e dir.*, 2001, p. 237 ss., ove v. anche Dogliotti, *Il commento*, ivi, p. 247 ss.

[80] Ad avviso di Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 120, se è da valutarsi positivamente quanto previsto dalla legge ora richiamata, sarebbe tuttavia bene che la posizione del minore venisse tutelata nel processo attraverso la nomina di un proprio ed autonomo difensore in ogni tipo di processo in cui siano in discussione fondamentali esigenze della personalità del minore.

[81] V. Dosi, *La controriforma in tema di avvocato del minore (dalla legge 149/2001 al disegno di legge per le norme di attuazione S/3048)*, in *Fam e dir.*, 2006, p. 217 ss., spec. pp. 217-221.

a questa legge, spingendosi ancora oltre, è stato anzi affermato che il principio dell'obbligo dell'assistenza del difensore per tutte le parti, compreso il minore, "è stato acquisito a pieno titolo tra i principi generali dell'ordinamento processuale", potendosi dunque affermare che, "sotto l'angolo visuale del diritto di difesa, il processo civile minorile è ora equiparato al processo a cognizione piena"[82]. Non soltanto; autorevole dottrina si spinge ancora oltre, affermando che la legge n. 149 del 2001, modificando fra l'altro il testo della norma di cui all'art. 336 c.c. e prevedendo l'assistenza del difensore per i genitori e il minore, postula la considerazione del minore come parte del processo[83].

Queste affermazioni sono compiute dalla dottrina ricordata con riferimento ai soli procedimenti contemplati dalla legge n. 149 del 2001 ma, a mio avviso, possono essere estese anche a quei giudizi che, pur non essendo ricompresi nella legge in discorso, appartengono alla categoria "processo minorile", e per primi fra tutti ai procedimenti di separazione personale e di divorzio dei genitori[84]. A cosa deve servire infatti, principalmente, il difensore del minore? A dargli voce, a realizzare il contraddittorio, a proporre al giudice il dubbio, cioè una prospettiva diversa da quella che, nel processo, è portata dalle altre parti[85]; se così è, affermare l'inutilità o l'ultroneità del difensore del minore nel processo minorile diventa sempre

---

[82] Così Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., pp. 11-12.

[83] Così Tommaseo, *Processo minorile, forme camerali e "mistica del giusto processo"*, cit., p. 323, ove l'a. esprime poi un giudizio positivo in ordine a questa innovazione.

[84] Anche ad avviso di Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, cit., p. 588, "l'attuazione della tutela globale del minore deve avvenire, almeno nei processi in materia familiare, attribuendo al minore la titolarità di convenienti poteri processuali"; l'a. si spinge poi audacemente oltre, aggiungendo che questi ultimi potranno essere esercitati dal minore "anche personalmente e direttamente"; analogamente, Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 412, afferma che "la mancanza di una previsione di carattere generale per tutte le procedure giudiziarie che coinvolgono interessi personali di grande rilevanza per il minore si traduce in una drastica riduzione della effettiva possibilità di tutela di questi, perché viene a mancare nel procedimento proprio la voce del soggetto maggiormente interessato in quanto profondamente coinvolto in una decisione che segnerà irreversibilmente tutta la sua vita".

[85] Parafraso Irti, *Dubbio e decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64 ss., spec. pp. 65-66.

più difficile. È di conforto nel sostegno di questa tesi anche il vento che spira dal Parlamento europeo, il quale ha auspicato che gli Stati membri creino "l'istituto dell'avvocato difensore ovvero del difensore civico dell'infanzia"[86].

Gli altri ordinamenti, con riguardo a questo specifico aspetto, contemplano soluzioni differenti[87].

Pregevolmente elastico è l'approccio del Regno Unito nel quale, se ancora l'autonoma rappresentanza del minore in giudizio non è la regola generale, tuttavia è previsto dalla *rule* 9.5 dell'*Adoption and Children Act 2002* che "if in any proceedings it appears that it is in the best interests of the child to be made a party to the proceedings, the Court may appoint a) an officer, or b) the official solicitor, or c) some other proper person, to be the guardian ad litem of the child with the authority to take part in the proceedings on the child's behalf"[88].

In Germania, come ho più lungamente ricordato in precedenza, la novità più significativa delle ultime riforme sul tema è rappresentata proprio dall'introduzione della figura del curatore processuale per il minore, con specifico riguardo ai procedimenti in materia di famiglia[89].

---

[86] V. in questo senso sia la Risoluzione su una Carta dei diritti del fanciullo (Doc. A3 del 8 luglio 1992, in *Gazz. uff. com. eur.*, serie C 241/67 del 21 settembre 1992), sia la Risoluzione sui problemi dell'infanzia nella Comunità europea (Doc. A3-314/91 del 13 dicembre 1991, in *Gazz. uff. com. eur.*, serie C 13/534 del 20 gennaio 1992).

[87] Colgo l'occasione per ricordare qui come, con riguardo al nostro ordinamento, la dottrina, ed in specie Graziosi, *Le procedure contenziose in materia di famiglia nel quadro dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, I, p. 369 ss., spec. p. 374, abbia notato che l'assenza di strumenti di autonoma rappresentanza dei figli minori, sganciata cioè dalla posizione processuale dei coniugi-genitori, sia spesso avvertita come una carenza dell'ordinamento processuale italiano.

[88] V. Lowe-Douglas, *op. cit.*, pp. 500-502. Gli aa. aggiungono che le ipotesi in cui ciò avviene più comunemente si verificano quando il punto di vista del minore non può essere rappresentato adeguatamente dalle altre parti, quando si discute della residenza o del diritto di visita, quando i minori nel processo sono più di uno e i loro interessi sono confliggenti o uno di essi si trova in una posizione di particolare svantaggio; la tendenza comunque, concludono gli aa., è nel senso del rapido aumento del numero di ipotesi in cui il minore viene fatto parte.

[89] V. Caponi, *Il processo per le cause in materia di famiglia in Germania*, cit., p. 354 ss.

Al di là, tuttavia, del possibile reperimento in paesi altri dal nostro di tendenze che possano confortare la soluzione raggiunta e proposta, affermare l'opportunità dell'introduzione nel processo della figura dell'avvocato del minore potrebbe far sorgere una possibile obiezione che è doveroso prendere qui in considerazione.

Ci si potrebbe, infatti, interrogare sulla positività o meno dell'ingresso di un estraneo, cioè il difensore del minore, nel rapporto familiare che è alla base di quel rapporto processuale. Ora, l'obiezione ha certo un suo fondamento, ma a me sembra che, almeno allo stato, quella suggerita sia la migliore delle soluzioni possibili; non vedo, infatti, quale potrebbe essere un'alternativa quando il minore non abbia chi si occupi della tutela dei propri interessi, considerata l'inidoneità del/i genitore/i e dei relativi difensori a fare ciò. Un punto, a questo riguardo, si rivela assai importante: la corretta *interazione* dell'avvocato del minore all'interno di un sistema complesso quale è quello delle relazioni della famiglia. Come è stato efficacemente notato, infatti, la logica dell'avvocato è, di regola, quella della contrapposizione (= uno contro l'altro) e non dell'interazione (= uno di fronte all'altro), ed interazione significa proprio "cogliere per intero non solo la complessità del sistema famiglia, ma anche quella del contesto specifico in cui si lavora, mantenendo integre le caratteristiche del proprio ruolo nel contatto con l'altro […]. Non si tratta quindi di una questione terminologica da risolvere sostituendo un termine con un altro, ma di assumere un nuovo paradigma professionale, un cambiamento che può avere uno straordinario significato innovativo"[90].

Se si ritiene di condividere tutti i passaggi che precedono, si deve concludere che, a ben riflettere, ciò che realmente impedisce il pieno esercizio dei diritti del minore nel processo non è la legge o la dogmatica, di per sé suscettibili di essere interpretate con occhi nuovi e quindi modificate, bensì soltanto difficoltà di ordine pratico, causate dall'attuale inadeguatezza degli strumenti a disposizione: penso, in

[90] Così Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005, p. 64 ss., spec. p. 65, ove l'a. conclude che interagire, anziché contrapporsi, non implica l'annullamento delle caratteristiche funzionali della professione forense, avendo l'avvocato del diritto di famiglia, piuttosto, un impegno professionale nel senso della mediazione, della persuasione e dell'orientamento.

particolare, alla mancanza di un albo degli avvocati specializzati nel diritto della famiglia e dei minori, e alla previsione della gratuità dell'incarico, quando si tratti dell'assistenza del minore, cui deve provvedere lo Stato[91]; non essendo infatti il minore generalmente titolare di redditi propri né di una propria capacità economica (salvi casi più che eccezionali), se, come è stato giustamente affermato, si vuole che il minore possa essere in grado di esercitare effettivamente i propri diritti, occorre prevedere la piena gratuità, per il minore medesimo, di tutte le attività necessarie a garantire la sua partecipazione al processo[92], con conseguente attribuzione delle spese in discorso all'erario dello Stato[93]. La legge n. 134 del 29 marzo 2001 ha generalizzato il beneficio del patrocinio a carico dello Stato a tutte le procedure civili, prevedendo che la parte che si trova nelle condizioni reddituali previste può richiedere di essere ammessa al beneficio presentando istanza al Consiglio dell'Ordine degli avvocati; vero è che questa legge non contiene un riferimento esplicito alla difesa del minore, ma gli ordini degli avvocati fanno riferimento, per i limiti reddituali, ai redditi del minore[94].

In secondo luogo, occorre porsi un altro interrogativo: a partire da quale anno di età del minore si può ritenere che questi possa essere assistito da un suo difensore? A ben riflettere, mi pare che la risposta non possa che essere una: in tutti i giudizi che lo concernono, il minore ha diritto a tale autonoma rappresentanza e difesa, anche nell'ipotesi in cui egli sia infante, dunque non in grado di esprimere

---

[91] Sono queste le linee essenziali della già richiamata proposta di Magno, *Il minore come soggetto processuale*, cit., pp. 52-53.

[92] V. Magno, *Il minore come soggetto processuale*, cit., p. 53.

[93] Anche per Caponi, *op. cit.*, p. 356, in Italia si potrebbe pensare, oltre alla revitalizzazione della figura del p.m., alla possibilità di affiancare a questo la nomina di un curatore processuale per il minore, concepito come figura che, anche in virtù di una specifica preparazione professionale, potrebbe meglio farsi portavoce e interprete degli interessi e della volontà del figlio, prevedendo che il carico economico necessario sia attribuito allo Stato. Nello stesso senso e ancora più in là si spinge Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 413, ove l'a. sostiene l'opportunità di una generale previsione di nomina di un curatore speciale in tutte quelle procedure giudiziarie in cui vi può essere un sia pur potenziale conflitto di interessi tra il minore e uno o entrambi i genitori.

[94] V. Scolaro, *Il diritto di difesa del minore*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 160 ss., spec. p. 164.

una propria opinione di cui il suo difensore possa rendersi portavoce. A tale conclusione si deve giungere, almeno a me sembra, riflettendo sulle possibili ipotesi concrete; si pensi, per esempio, al caso in cui un minore di pochi mesi sia oggetto della disputa sull'affidamento da parte dei genitori. Certamente il minore non è in grado di esprimere una opinione in proposito e di manifestarla al proprio difensore, ma è lecito dubitare che una scelta imparziale, che sia soprattutto la migliore possibile per il minore e non per il singolo genitore, possa essere compiuta e sostenuta nel processo da uno dei genitori e dal relativo difensore.

Quid allora in ipotesi siffatte? In ragione di ciò che ho tentato di esemplificare, a me pare allora che non si possa (im)porre alcun limite di età alla presenza nel processo del difensore del minore; né mi sembra che sia ipotizzabile prevedere un temperamento alla regola individuata prospettando, ad esempio, l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale che gli consenta di alleggerire il processo della presenza del difensore del minore quando ritenga che la situazione concreta non presenti un alto grado di conflittualità sui punti che concernono la prole. Dico questo non soltanto perché pavento un'eventuale prassi poco virtuosa che si consolidi nel senso di fare di questo potere del giudice, che dovrebbe essere un'eccezione, invece di fatto la regola, ma soprattutto perché, come ho ricordato sopra, in giudizi siffatti non è il contenzioso fra le parti che deve condurre ad attribuire al minore stesso la qualità di parte, bensì il perseguimento del suo superiore ed esclusivo interesse che legittima una sua autonoma rappresentanza ed una altrettanto autonoma difesa.

In conclusione: l'assunzione della qualità di parte nel procedimento conferisce al fanciullo il diritto di dire e di contraddire, istituendo così una garanzia di grado assai elevato[95]; alla titolarità sostanziale e, vorrei dire, esistenziale, delle situazioni che sono oggetto del processo minorile in particolare e del processo familiare in generale, deve corrispondere la titolarità di legittimazione (o capacità, che dir si voglia) processuale in capo al fanciullo; per evidenti ragioni non solo pratiche, ma anche di unitarietà nello

[95] V. Salzano, *op. cit.*, p. 384.

svolgimento di un'attività così delicata, è opportuno che un'unica figura, individuata nell'avvocato del minore, concentri in sé queste funzioni[96].

[96] Com'è facilmente intuibile, il tema affrontato in queste pagine rinverdisce la materia e l'importanza della figura del difensore, al pari del (forse spesso ed inopportunamente trascurato) tema della deontologia forense, apportando nuova linfa la quale sarà necessario elaborare. Ad oggi sul punto rinvio qui a Carnelutti, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 65 ss.; Arnaud, *L'avvocato fra modernismo e post-modernismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 1229 ss.; Moreno, *Galateo degli avvocati*, Taranto, 2006, *passim*; Berti Arnoaldi Veli, *La riforma dell'ordinamento professionale forense e i suoi precedenti storici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 621 ss.; Satta, voce *Avvocato (procuratore)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 649 ss.; Danovi, *Avvocati e magistrati: una deontologia comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 1237 ss.; Punzi, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, p. 145 ss.; Dondi, *Spunti in tema di "Legal ethics" come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 261 ss.; Mandrioli, *Dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, Torino, 1973, p. 929 ss.; Giovannucci Orlandi, *Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nel processo civile e nella legge professionale forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 257 ss.; Pezzano, *Patrocinio (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 430 ss.; Redenti, *Stato moderno e professione forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 935 ss.; Grasso, *Note sul difensore nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 192 ss.; Ruggieri, *La deontologia nel progetto di riforma dell'ordinamento professionale forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 627 ss.; Murra, *Parti e difensori*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 262 ss.

Capitolo IV

IL DIRITTO DI VISITA

"Gavroche […] era uno di quei fanciulli degni di pietà
fra tutti, che hanno genitori e sono orfani".
Victor Hugo, *I miserabili*

1. *Le esigenze che il diritto di visita è chiamato a soddisfare, con particolare riferimento al quadro internazionale ed europeo*

Nel mondo complesso della tutela giurisdizionale dei fanciulli, uno degli aspetti più importanti, ed insieme affascinanti e spinosi, è rappresentato dall'esecuzione dei provvedimenti, in materia familiare in generale e minorile in particolare.

È a tutti evidente, infatti, che la disgregazione della famiglia, che è il fenomeno che più frequentemente conduce al coinvolgimento dei minori nel processo o in quelli che comunque ne sono i suoi effetti, non coincide con la disgregazione dei rapporti familiari, pur comportandone, senza dubbio, un significativo dilaniamento. A fungere da collante fra le particelle dell'atomo ormai esploso è chiamato in particolare, come vedremo non senza difficoltà e problemi di varia natura, l'istituto del diritto di visita[1].

---

[1] Per dirla con Salzano, *La sottrazione internazionale di minori*, Milano, 1995, p. 13, il ruolo genitoriale sopravvive alla separazione della famiglia, ren-

La protezione generale di questo istituto è stata affermata, fra l'altro, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, richiamandosi all'art. 8 della Cedu sul rispetto della vita familiare, ha proclamato in più occasioni che il diritto di visita appartiene sia ai genitori che al figlio e rientra, per l'appunto, nella previsione ampia di cui alla norma convenzionale richiamata[2]. Anche la più volte citata Convenzione di New York del 1989 protegge il diritto di visita: gli artt. 9, par. 3, e 10, par. 2, in specie, assicurano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con ambedue i genitori, e ciò anche ove questi ultimi risiedano in Stati diversi. Più recentemente si è pronunciata sull'istituto anche la Convenzione europea di Strasburgo sulle relazioni personali del 15 maggio 2003: affermato che obiettivo primario della Convenzione è "stabilire principi generali da applicare alle decisioni relative alle relazioni personali" (art. 1, lett. a), l'art. 4 sancisce il diritto del fanciullo e dei genitori a mantenere reciproci e regolari contatti, che possono essere limitati o esclusi solo quando lo richieda l'interesse preminente del fanciullo medesimo. Ancora ascrivibili all'anno 2003 sono poi le previsioni riguardanti il diritto di visita di cui al regolamento Ce n. 2201 (sul quale non mi soffermo ora, neppure brevemente, perchè sarà oggetto di un esame più approfondito nelle pagine seguenti)[3].

Il fondamento del diritto di visita, in buona sostanza, cade anch'esso in quella che ho definito, nelle pagine iniziali di questo lavoro, l'ipocrisia dei tempi moderni: si vuole creare e nutrire l'illusione che la coppia genitoriale sopravviva alla rottura della coppia coniugale o comunque degli adulti, e che il minore possa continuare

---

dendo così necessario lo strumento del diritto di visita dal quale può scaturire, fra i tanti aspetti problematici, quello forse più preoccupante, ovvero la sottrazione del minore.

[2] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005, p. 8 (v. in nota le citazioni della giurisprudenza richiamata dall'a.). Nota Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 54, che nessuna norma riguardante i minori è contenuta nella Convenzione Cedu ma, ciò nonostante, la Corte Cedu ha fin da subito riconosciuto e attuato i diritti dei soggetti minori.

[3] Sul tema, su cui tornerò oltre, v. recentemente per i profili sostanziali Long, *Il diritto del genitore e del figlio alla reciproca frequentazione*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 72 ss.

ad essere educato da entrambi i genitori, nonostante uno di essi si allontani fisicamente, e sia perciò necessario prevedere congrue visite tra il genitore e il minore separati[4]. Ma interrompiamo qui le valutazioni di ordine non strettamente tecnico, su cui comunque ciascuno è chiamato a interrogarsi, in quanto responsabile individualmente dei mutamenti sociali che interessano l'epoca in cui vive, per tornare alle norme.

Una prima osservazione mi pare interessante: sarebbe forse opportuno chiedersi se l'espressione "diritto di visita" appaia ancora congrua oppure no, considerato che essa presuppone la tendenza a considerare il minore quale oggetto di pretese e diritti altrui; tant'è che la succitata Convenzione di Strasburgo abbandona la locuzione "droit de visite" e preferisce parlare di "relations personnelles concernent les enfants"[5]. La suggestione merita senza dubbio una congrua riflessione, alla quale tuttavia non mi dedicherò; vorrei comunque notare, così a prima lettura, come l'uso della diversa espressione "relazioni personali" ponga un più spiccato accento, rispetto al freddo e burocratico "diritto di visita", sul lato umano e personale dei soggetti coinvolti, facendo tra l'altro risaltare la figura del minore, che viene riconosciuto una volta di più, parlandosi di "relazione" e potendo questa instaurarsi solo fra due o più parti, nella sua soggettività.

Tornando tuttavia immediatamente all'analisi del panorama tratteggiato all'esordio di queste pagine, e volendo affrontare la materia del diritto di visita, il livello di partenza, come peraltro intuibile, è ancora una volta quello internazionale. Il *corpus* di norme relativo alla protezione dei minori, infatti, si è formato attraverso il concorso dei diversi strumenti internazionali elaborati sul tema, ciò che impone che l'interpretazione dei diversi istituti (e dunque anche del diritto di visita, evidentemente) avvenga non singolarmente o

---

[4] L'indissolubilità della coppia genitoriale è "un mito" anche per Malaurie-Fulchiron, *La famille*, Parigi, 2004, p. 270; ad avviso degli aa., tale mito è alimentato dalla necessità di rispondere ai bisogni di una società (e il riferimento è alla sola Francia) in cui vive più di un milione di bambini figli di genitori divorziati. Sul tema v. anche Scalisi, *Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 520 ss.

[5] Così Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 10.

isolatamente, ma alla luce del complesso dei principi desumibili dal quadro normativo complessivamente considerato[6].

La ricostruzione dei principi, peraltro, può non essere del tutto agevole con riferimento all'istituto in discorso; intanto, per la pluralità di fonti e, secondariamente, per la natura peculiare della materia in sé. Come ha notato la migliore dottrina, infatti, se è facile entusiasmarsi, specie nello spazio giudiziario europeo, per la rapida circolazione dei titoli, non bisogna dimenticare che anche l'esecuzione forzata suppone un confronto di posizioni, una parte di fronte all'altra, e dunque il rispetto del diritto di difesa e la garanzia che l'esecuzione si svolgerà per dare all'esecutante tutto quello, ma solo quello, cui ha diritto; questi aspetti, evidentemente, si acuiscono pensando al titolo esecutivo in materia di diritto di visita[7]. La particolarità forse più caratteristica dell'esecuzione del diritto di visita, infatti, è la sua ciclicità; ogni intervento giurisdizionale deve dunque conservare il difficile equilibrio nei rapporti fra i genitori, tenendo conto del fatto che colui che oggi è creditore della prestazione dovrà astenersi da ogni ulteriore pretesa per un lungo periodo, per poi ripresentarsi ad esigere nuovamente quanto gli è dovuto[8]. A queste difficoltà se ne aggiungono altre di ordine squisitamente pratico, rappresentate, ad esempio, dagli ostacoli che possa creare il genitore affidatario rispetto all'esecuzione del diritto di visita, spinto magari dal timore, non necessariamente giustificato, che l'ex coniuge possa trasformare il diritto di visita in una sottrazione illecita di minore[9].

---

[6] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 25.

[7] Parafraso da Biavati, *Il diritto di visita: prove tecniche di titolo esecutivo europeo?*, in *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, cit., p. 89 ss., spec. pp. 100-101, ove l'a. nota come, in questa materia, sia opportuna una norma flessibile che, in relazione a circostanze personali che possono cambiare, temperi la rigidità di un comando forse dato in situazioni e con presupposti molto diversi.

[8] Ancora Biavati, *Il diritto di visita: prove tecniche di titolo esecutivo europeo?*, cit., pp. 107-108; l'a. sottolinea, poi, la differenza di questo tipo di credito rispetto all'esecuzione di un credito commerciale, il cui adempimento forzoso è unico, concludendo che le regole sull'esecuzione minorile non possono in alcun modo fungere da modello per quelle sull'esecuzione forzata a contenuto patrimoniale (e viceversa).

[9] V. Magrone, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (Ce) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 339 ss., spec. p. 342. Si consideri inoltre, come notano Stanzione-Sciancalepore, *op. cit.*, p. 153, che i confini del diritto di visita, quanto alla sua titolarità, tendono sempre più ad estendersi, coinvol-

Consapevoli del panorama delineato, e che rimane sullo sfondo, andiamo adesso ad osservare più da vicino la materia qui in esame al fine, auspicabilmente, di reperire il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza del titolare del diritto di visita transfrontaliero a che esso sia riconosciuto e reso concretamente attuabile attraverso modalità di esercizio realmente eseguibili e l'opposta esigenza del genitore affidatario a non vedere messo in pericolo il ritorno del figlio minore[10].

2. *Il diritto di visita nell'ambito dell'Unione europea (dal regolamento n. 1347/00 al regolamento n. 2201/03)*

Il regolamento Ce n. 1347 del 2000 ha rappresentato indubitabilmente un primo passo verso il reciproco riconoscimento delle decisioni in un campo così delicato qual è il diritto di famiglia, caratterizzato da differenze di non poco momento nei diversi paesi membri dell'Unione[11]. Esso ha segnato, infatti, il passaggio dall'originario di-

---

gendo anche persone che non rinvengono il fondamento del loro diritto in un rapporto di parentela col minore (pur rimanendo tale diritto una prerogativa essenziale dei genitori). Ciò che potrebbe, evidentemente, comportare ulteriori difficoltà, di ordine teorico e, soprattutto, pratico.

[10] Osservando i possibili problemi dall'angolo visuale del minore, tema sul quale peraltro non mi soffermerò ma cui è opportuno almeno accennare, nota Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 72, che il bambino rapito o trattenuto illegalmente in un paese diverso dal suo sperimenta non solo la privazione del genitore con cui ha ordinari rapporti di vita, ma anche la perdita di tutti i punti di riferimento ambientali che lo rassicurano, unitamente alla forzosa immissione in una cultura che può essergli del tutto estranea.

[11] Per un'approfondita analisi del regolamento n. 1347/00, adottato dal Consiglio il 29 maggio 2000 ed entrato in vigore il 1° marzo 2001 (pubblicato in *Gazz. uff. com. eur.*, serie L 160 del 30 giugno 2000, p. 19 ss.), v. Conti, *Il regolamento Ce "Bruxelles II" in tema di cause matrimoniali*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 653 ss.; Mosconi, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 376 ss.; M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, I, spec. pp. 299 ss. e 425 ss.; Baratta, *Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 455 ss.; M.A. Lupoi, *Brussels II: new rules for transnational matrimonial disputes*, in Aa.Vv., a cura di Carpi-Lupoi, *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001, p. 105 ss.; Carbone-Frigo-Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, p. 53 ss.; Uccella, *La prima pietra per la costruzione di un diritto*

sinteresse del legislatore europeo per il diritto di famiglia alla "comunitarizzazione" della cooperazione giudiziaria anche in tale settore.

In principio, fu proprio la consapevolezza dell'esistenza di una grande disparità di disciplina tra le legislazioni degli Stati membri nel diritto di famiglia a causare l'esclusione di tale materia dalla Convenzione di Bruxelles del 1968; soltanto l'adozione di uno strumento normativo completo e direttamente vincolante per tutti i soggetti residenti nei paesi membri o cittadini dei medesimi poteva consentire di realizzare, anche nel settore del diritto di famiglia, uno spazio giudiziario integrato in cui le decisioni potessero circolare liberamente e l'esercizio della giurisdizione fosse adeguatamente coordinato ed attuato secondo principi comuni: è appunto nel regolamento n. 1347 del 2000 che vengono trasfuse queste intenzioni[12]. È con esso che, per la prima volta, vengono individuati criteri di competenza giurisdizionale uniforme relativi a pronunce di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, ugualmente operando per le decisioni concernenti la potestà dei genitori; com'è poi tradizione dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 in avanti, la seconda parte dello strumento normativo viene tutta dedicata al riconoscimento delle decisioni straniere di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, nonché al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni concernenti la potestà dei genitori.

Al regolamento n. 1347 del 2000, tuttavia, mancava ancora qualcosa; ciò che ha fatto dire ad alcuni che esso non è riuscito a re-

---

europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *Giust. civ.*, 2001, II, p. 313 ss.; Gaudemet-Tallon, *Le règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, in *Jour. dr. int.*, 2001, p. 381 ss.; Bonomi, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 299 ss.; Davì, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 861 ss., spec. p. 878 ss.

[12] V. ampiamente sul punto Carbone, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (Ce) n. 1347/2000*, in Carbone-Frigo-Fumagalli, *op. cit.*, p. 51 ss., spec. pp. 53 ss. e 67 ss.; più recentemente, v. anche F. Moro, *Observations sur la communautarisation du droit de la famille*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 675 ss.

alizzare un autentico spazio giudiziario, basato sul reciproco riconoscimento delle decisioni né, *a fortiori*, a dare vita a un "diritto europeo delle relazioni familiari"[13]. Infatti, se concentriamo l'attenzione in modo specifico sulla disciplina del diritto di visita, si nota come le relative decisioni potessero rientrare nel campo di applicazione del regolamento n. 1347/00 solo in quanto ricorresse una duplice condizione: tali decisioni dovevano riguardare i figli di entrambi i coniugi e dovevano essere connesse con un procedimento pendente e relativo al vincolo matrimoniale.

Un sistema così congegnato faceva sì che il regolamento non si potesse applicare a tutte le fattispecie relative ai figli c.d. di fatto; inoltre, la stessa competenza giurisdizionale poteva considerarsi "a termine", in quanto destinata a venire meno al momento del passaggio in giudicato della decisione sul vincolo matrimoniale, ovvero, se successivo, della decisione relativa alla potestà dei genitori. Questo limite di ordine temporale assumeva una particolare importanza in tema di diritto di visita perché, come ho accennato, rispetto a questo àmbito è frequente che l'iniziale decisione del giudice debba, nel tempo, essere sostituita da una nuova pronuncia che rispecchi più fedelmente mutate o nuove esigenze ed abitudini di vita del minore e dei genitori. Non solo, ma, come è stato notato, un altro limite importante del regolamento n. 1347 era costituito dall'assenza di definizione dell'espressione "potestà dei genitori", per la quale la relazione esplicativa rinviava alla *lex fori*, comportando così interpretazioni unilaterali del regolamento che certamente non giovavano alla libera circolazione delle decisioni[14].

La situazione descritta ha fatto sì che venissero a succedersi una serie di iniziative dirette ad una revisione di questo strumento, ciò che ha portato all'adozione del regolamento n. 2201 del 27 novembre 2003[15]. Quest'ultimo, mentre lascia sostanzialmente in-

---

[13] V. Magrone, *op. cit.*, p. 346; Ruggiano, *Dal Regolamento (Ce) n. 1347/2000 al regolamento (Ce) n. 2201/2003*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 739 ss.

[14] V. Magrone, *op. cit.*, pp. 346-347.

[15] Per tutte le proposte presentate, v. Magrone, *op. cit.*, pp. 347-349; Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 143. È opportuno ricordare qui come sia già stata presentata una proposta della Commissione di modifica del regolamento n. 2201 (Doc COM 2006-399), nonché un *Libro verde sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali*, oggi non coperti dall'àmbito di

variata la disciplina in materia di controversie matrimoniali rispetto all'antecedente regolamento n. 1347[16], contempla invece novità significative con riferimento alla disciplina del diritto di visita e, più in generale, della responsabilità genitoriale[17]; come è stato efficacemente affermato, da questo punto di vista il regolamento n. 2201 rappresenta un vero capovolgimento di prospettiva rispetto al regolamento n. 1347: quest'ultimo, infatti, considerava la presenza di figli come un corollario eventuale del matrimonio, mentre il primo considera il matrimonio un'eventualità, pur frequente, in materia di filiazione[18]. Il diritto di visita infatti, insieme al diritto di affidamento, viene ricondotto nell'alveo della nozione di responsabilità genitoriale; quest'ultima, da intendersi come il complesso di diritti e di doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore (come prevedono gli artt. 1, par. 2, lett. a), e 2, par. 7, riprendendo così sostanzialmente la formulazione di cui alla Convenzione dell'Aja del 1996), viene sganciata dal regolamento n. 2201 da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale[19].

---

applicazione del regolamento vigente (Doc COM 2006-400); per un primo commento, v. Pocar, *Divorzi fra coniugi di Stati diversi: verso l'addio al* forum shopping, in *Guida al dir., dir. com. e internaz.*, 2006, n. 5, p. 98 ss. Al momento, comunque, è di qualche conforto (esclusivamente ai miei fini) sapere che ad ora la proposta di modifica del regolamento n. 2201 non contiene interventi riguardanti il minore.

[16] Nota Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 151, che le norme in tema di competenza giurisdizionale e di riconoscimento, già presenti nel regolamento n. 1347, sono rimaste praticamente immutate, pur essendo stati eliminati dalle nuove disposizioni i riferimenti alla potestà genitoriale.

[17] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 138; Magrone, *op. cit.*, p. 351; Rimini, *La responsabilità genitoriale nel Regolamento Ce n. 2201/2003*, in *Fam. pers. success.*, 2008, p. 542 ss.

[18] Così Fadiga, *Il regolamento "Brussels II bis" e i provvedimenti relativi ai figli minori*, in Aa.Vv., a cura di Mariani-Passagnoli, *op. cit.*, p. 95 ss., spec. p. 106.

[19] Più analiticamente, l'art. 1 del regolamento in discorso, definendo l'àmbito di applicazione del medesimo, prevede (par. 1) che esso si applichi al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio (lett. a) e all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale (lett. b). Il par. 2 stabilisce che rientrino nella nozione di "responsabilità genitoriale": il diritto di affidamento e di visita; la tutela, la curatela e altri istituti analoghi; la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentano o assistano; la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto; le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.

Con espressione poco felice, il legislatore appronta anche una definizione *ad hoc* per il diritto di visita, specificando che per esso deve intendersi "in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo" (così l'art. 2, par. 10). Avanzo una critica a tale definizione per due motivi: l'espressione "condurre il minore" attenua in quest'ultimo il ruolo di soggetto, per renderlo più simile a una cosa che si porta ora qua ora là; la seconda ragione, peraltro intimamente connessa alla prima, è che dalla definizione enucleata non emerge la posizione, che anche il minore ha, di titolare rispetto al diritto di visita, il quale non pertiene in via esclusiva al genitore non affidatario, come a mio avviso si può dedurre serenamente dalla Convenzione di New York, laddove essa sancisce a chiare lettere il diritto del fanciullo di "intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori" (art. 9, comma 2°)[20]. Detto in altri termini, il legislatore europeo, al quale molti hanno riconosciuto il merito di aver superato la concezione tradizionale (per cui la potestà dei genitori era un complesso di poteri cui corrispondono altrettanti doveri a carico dei figli e degli stessi genitori) per privilegiare l'aspetto degli obblighi dei genitori la cui somma integra la responsabilità genitoriale (cui non corrisponde una posizione di soggezione dell'altra parte del rapporto)[21], ha perso

---

Non rientrano invece nel campo di applicazione del regolamento n. 2201 del 2003 la determinazione e l'impugnazione della filiazione; la decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione; le questioni relative a nome e cognome del minore; l'emancipazione; le obbligazioni alimentari; la materia del *trust* e delle successioni; i provvedimenti derivanti dalla commissione di illeciti penali da parte dei minori (così l'art. 1, par. 3).

[20] Come invece nota Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 143, lo spostamento dell'attenzione sulla persona del minore era al centro della proposta francese del 3 luglio 2000 (in *Gazz. uff. com. eur.*, serie C 234 del 15 agosto 2000), che recepiva proprio l'orientamento internazionale sul punto e a cui accenno nel testo (v. anche in questo capitolo *sub* par. 1, terzo capoverso). Prevede il diritto del minore di intrattenere rapporti con entrambi i genitori anche l'art. 24, ultimo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[21] V. De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., p. 638; Finocchiaro, *Va in soffitta la nozione di "potestà": ora il nucleo ruota intorno ai figli*, in *Guida al dir.*, 2004, dossier n. 3, p. 112. Sul tema, rimando qui in via generale a Fulchiron, *La responsabilité parentale dans l'espace européen*, in Aa.Vv., a cura di Gabdin-Kernaleguen, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, 2004, p. 173 ss.; Djemni-Wagner, *L'évolution du droit communautaire de la famille: le règlement "Bruxelles II bis" sur la responsa-*

l'occasione propizia per accordare con il suddetto capovolgimento di prospettiva anche la definizione del diritto di visita. Lasciamo tuttavia da parte queste notazioni di ordine linguistico per tornare ad un esame della disciplina concreta.

Il regolamento n. 2201 contiene specifiche regole sul diritto di visita, sia per ciò che concerne il piano della competenza giurisdizionale che per quanto riguarda l'efficacia delle decisioni. Le prime, informandosi al criterio dell'interesse superiore del minore e della vicinanza (come prevede il considerando n. 12 nel preambolo al regolamento), attribuiscono anzitutto la competenza giurisdizionale ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente; il radicamento della competenza giurisdizionale in capo al giudice della residenza abituale del minore vale anche nell'ipotesi di sottrazione del medesimo (art. 10), al fine di evitare che con un mezzo illecito, qual è la sottrazione, possa essere creata artificialmente la competenza di un nuovo e diverso giudice in merito all'affidamento e al diritto di visita del minore[22]. Inoltre, a differenza di quanto accadeva nel regolamento n. 1347, non vale più il limite di applicazione della disciplina ai figli comuni di entrambi i coniugi, potendosi trattare anche di figli di uno soltanto dei coniugi[23]. Non solo; si ritiene infatti che la disciplina del diritto di visita non sia limitata ai genitori, e che quindi il relativo diritto possa essere vantato anche da soggetti diversi da essi, quali, per esempio, il nonno o il genitore sociale ma non biologico di un minore cresciuto in una famiglia ricomposta[24].

---

bilité parentale, ivi, p. 189 ss.; Fulchiron-Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Parigi, 2005, *passim*.

[22] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., pp. 151-153.

[23] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 146.

[24] V. Long, *L'impatto del regolamento Ce 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Familia*, 2006, p. 1127 ss., spec. p. 1144. Nel senso che l'abolizione dell'*exequatur* riguardi le decisioni sul diritto di visita di cui siano titolari anche soggetti diversi dai genitori, v. Magrone, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (Ce) n. 2201/2003*, cit., p. 339 ss., spec. p. 363, ove l'a. nota, fra l'altro, che beneficiari di tale regime agevolato non sono soltanto i genitori del minore. Nello stesso senso anche Amoroso, *Sul diritto di visita degli ascendenti*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 62 ss.; e Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 150, ove l'a. sottolinea che il nuovo regime è fruibile da chiunque sia "titolare" della respon-

Ma la novità senza dubbio di maggiore rilievo contenuta nel regolamento consiste, precisamente, nell'abolizione dell'*exequatur* per le decisioni in materia di diritto di visita (art. 41, par. 1, comma 1°) e di ritorno del minore (art. 42, par. 1, comma 1°), laddove queste siano esecutive nello Stato membro d'origine e siano state là certificate in conformità alle disposizioni del regolamento medesimo[25]. Inquadriamo con ordine questo profilo nelle norme del regolamento che concernono i profili dell'esecuzione[26].

Come accennavo sopra, il regolamento n. 2201 prevede due regimi distinti in materia esecutiva.

Il primo riguarda l'esecuzione delle decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale[27]: essa è subordinata all'attivazione di un apposito procedimento, volto ad ottenere l'*exequatur*, finalizzato a promuovere l'esecuzione in altri Stati membri delle decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale, emesse ed esecutive (ancorché non definitive) in un altro Stato membro (al riguardo dispongono gli artt. 28 ss.)[28]. Il modello esecutivo disegnato intende

---

sabilità genitoriale, in recepimento delle soluzioni già adottate dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e dalla Convenzione dell'Aja del 1996. Ampiamente poi, sul diritto del minore all'amore quale nuovo diritto della personalità, v. Bianca, *Il diritto del minore all'"amore" dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 155 ss., spec. p. 171 ss.

[25] Ciò che fa dire a Magrone, *op. cit.*, p. 369, che il regolamento n. 2201 rappresenta lo strumento attualmente più avanzato di tutela del diritto di visita transfrontaliero (e non solo per l'abolizione dell'*exequatur*, ma anche perché mira a combattere il fenomeno della sottrazione internazionale di minori). Sul punto v. anche Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 149 e p. 164 ss., ove l'a. nota che il certificato rilasciato dal giudice dello stato membro d'origine, redatto nella lingua della decisione e sulla base del modello di cui all'allegato III, segue le vicende della decisione e della sua esecutività, essendo dunque destinato a perdere effetto se la decisione è annullata o modificata nell'ordinamento di origine; Baratta, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, cit., p. 381; De Cesari, *op. ult. cit.*, p. 136.

[26] In via generale sul tema, per una ricostruzione a volo d'uccello ma di ampio respiro, v. Carpi, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1127 ss.

[27] V. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, in Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 175 ss., spec. p. 202 ss.

[28] Le decisioni in materia matrimoniale, invece, avendo contenuto dichiarativo/costitutivo, sono riconosciute automaticamente, senza che sia necessario il ricorso ad un procedimento esecutivo; sul punto, v. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, cit., p. 191. Pacificamente, ed in via

caratterizzarsi per semplicità e rapidità, ed è sostanzialmente diviso in tre fasi che il regolamento, peraltro, disciplina solo parzialmente; le norme processuali nazionali sono dunque destinate a fornire gli indispensabili complementi, come si desume dall'art. 30, par. 1, in particolare per la determinazione delle concrete misure di esecuzione[29].

Precisamente, il regolamento prevede una prima fase *inaudita altera parte*, che si apre con il deposito dell'istanza per ottenere la dichiarazione di esecutività. Le modalità del deposito dell'istanza sono determinate dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione (art. 30, par. 1) e il giudice competente è individuato in base all'elenco che ciascuno Stato membro ha fornito alla Commissione *ex* art. 68 del regolamento (così infatti dispone l'art. 29, par. 1). La competenza territoriale è attribuita, alternativamente, al giudice del luogo ove ha la residenza abituale la parte contro cui è chiesta l'esecuzione ovvero il minore cui l'istanza fa riferimento; nel caso in cui nessuno di questi luoghi si trovi nello Stato membro dell'esecuzione, la competenza territoriale è determinata dal luogo dell'esecuzione (art. 29, par. 2, commi 1° e 2°). Il giudice così adito "decide senza indugio"; né la parte contro cui l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni, e la decisione non può formare oggetto di un riesame nel merito. L'istanza può essere respinta solo per uno dei motivi previsti nelle norme di cui agli artt. 22-24 del regolamento[30], come stabilisce

---

di mera conferma, sulla circostanza che le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale richiedano un'apposita declaratoria di esecutività, pur non sottraendosi al principio del riconoscimento automatico, v. Cass., s.u., sent. 7-20 dicembre 2006, n. 27188, in *Guida al dir.*, *dir. com. e internaz.*, 2007, n. 1, p. 101 ss., spec. p. 103.

[29] Conti, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, cit., p. 304, sottolinea l'importanza del fatto che alle decisioni sia data volontaria esecuzione da parte dei soggetti interessati, per scongiurare le difficoltà che inevitabilmente sorgeranno dalla necessità di dover applicare le forme dei procedimenti di esecuzione coattiva regolate da ciascuna legge nazionale.

[30] Le norme ora citate prevedono quali motivi di non riconoscimento delle decisioni, quanto alle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio (art. 22): la manifesta contrarietà del riconoscimento all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; quando la decisione sia stata resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese; se la decisione è incompatibile con una decisione resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; se la decisione è incompatibile con una decisione anteriore avente le stesse parti, resa in un altro Stato membro o in un paese terzo, purché la decisione anteriore soddisfi le condizioni

l'art. 31[31]. Avverso la decisione resa sull'istanza per la dichiarazione di esecutività, ciascuna parte può proporre opposizione, aprendo così una seconda e soltanto eventuale fase; l'opposizione, dunque, può essere proposta sia dal richiedente l'esecuzione, se l'istanza è stata respinta, sia dalla parte contro cui è stata chiesta l'esecuzione (art. 33). In questa fase, il procedimento assume i caratteri del contraddittorio, che era stato assente nella precedente fase[32]; il giudice competente è il medesimo (art. 33, par. 2).

La decisione pronunciata dal giudice sull'opposizione può, a sua volta, essere oggetto di un ulteriore procedimento, individuato da ciascuno Stato membro e comunicato alla Commissione *ex* art. 68 (come prevede l'art. 34 del regolamento n. 2201).

Il secondo regime, invece, è dettato con riferimento al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore. Per questi provvedimenti è prevista una disciplina speciale e privilegiata rispetto alle decisioni sulla responsabilità genitoriale, disciplina che si traduce nell'automaticità e nell'im-

---

prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto. Quanto invece alle decisioni relative alla responsabilità genitoriale (art. 23): se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; se, salvi i casi di urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto; per l'analogo motivo di cui sopra riferito all'ipotesi della contumacia; su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato; se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto; se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o in un paese terzo in cui il minore risieda, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto; se non è stata rispettata la procedura di cui all'art. 56 (ovvero quella relativa al collocamento del minore in un altro Stato membro).

[31] Come nota De Cesari, *op. cit.*, pp. 161-162, la procedura per la dichiarazione di esecutività coincide con quella prevista dal regolamento n. 44 del 2001, ma con una differenza importante concernente la prima fase del procedimento: infatti, nel regolamento n. 44 non è prevista la possibilità che il giudice rilevi d'ufficio gli elementi ostativi nel primo stadio del procedimento che si svolge *inaudita altera parte*, mentre l'art. 31 del regolamento n. 2201 conferisce al giudice tale potere.

[32] Ciò che non significa che assuma anche e necessariamente carattere contenzioso, perché questo elemento dipende dalle norme interne della legge regolatrice del processo; sul punto, v. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, cit., p. 194.

mediatezza del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni che stabiliscono il diritto di visita a favore del genitore non affidatario ovvero dispongono il ritorno del minore illecitamente sottratto (artt. 41, par. 1, e 42, par. 1), senza che sia possibile proporre opposizione o sia necessario un procedimento di *exequatur*[33]. Ciò significa che tali decisioni, se certificate nello Stato membro d'origine, sono riconosciute e hanno efficacia esecutiva nello spazio giudiziario europeo senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento[34]; rimane ferma comunque la possibilità del titolare della responsabilità genitoriale di fare ricorso al procedimento improntato alla classica dicotomia tra riconoscimento automatico, salva la possibilità di ciascuna parte di far dichiarare che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta, e necessità di un procedimento giurisdizionale con contraddittorio differito ed eventuale ai fini dell'esecuzione (art. 40, par. 2)[35]. Una circoscritta e temporanea possibilità di intervento del giudice dello Stato di esecuzione è prevista solo con riguardo ai provvedimenti sul diritto di visita; ove essi risultino carenti circa le modalità pratiche necessarie per l'esercizio del diritto medesimo, è possibile che tale giudice li integri con un proprio atto (art. 48, parr. 1 e 2)[36].

---

[33] V. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in Aa.Vv., *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 163 ss., spec. p. 165.

[34] In proposito, afferma Lombardini, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il regolamento n. 2201 del 2003 (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 555 ss., spec. p. 556, il *novum* apportato dal regolamento in discorso è ravvisabile nell'aver introdotto il c.d. titolo esecutivo europeo per le decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore. Sul tema già ampiamente v. Biavati, *Il diritto di visita: prove tecniche di titolo esecutivo europeo?*, cit., cui rimando qui in via generale.

[35] Sul punto v. Magrone, *op. cit.*, p. 362.

[36] V. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, cit., p. 195 ss. Sul regime di circolazione dei provvedimenti ora in commento, v. anche Nascimbene, *Divorzio e diritto internazionale privato*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Busnelli, Milano, 2004, p. 211 ss., spec. p. 253; Conti, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 291 ss., spec. p. 291, ove l'a. sottolinea come il regolamento n. 2201 abbia notevolmente incrementato, rispetto al suo predecessore, il sistema dell'esecuzione delle decisioni rese in tema di affidamento e di diritto di visita, rendendo così evidente l'intenzione del legislatore europeo di imprimere una spinta significativa

Come ho accennato sopra, l'efficacia automatica dei provvedimenti in esame è subordinata a due condizioni soltanto: che la decisione sia esecutiva nello Stato d'origine e che sia certificata sulla base del modello predefinito allegato al regolamento (artt. 41, par. 1, e 42, par. 2).

Affinché le decisioni possano essere certificate dal giudice dello Stato membro d'origine, occorre verificare che siano state rese nel rispetto di alcuni requisiti procedurali, riconducibili all'osservanza delle norme minime di tutela, i c.d. *standard*[37]. Se il procedimento ha riguardato il diritto di visita, il certificato attesta, in sostanza, il rispetto del diritto di difesa e la possibilità offerta al minore di partecipare al procedimento (art. 41, par. 2); nel certificato relativo al ritorno del minore, invece, va attestata la possibilità offerta al minore e a tutte le parti interessate di partecipare al procedimento (art. 42, par. 2)[38].

La certificazione equipara *in toto* il provvedimento da eseguire ad un provvedimento pronunciato nello Stato dell'esecuzione[39]. In questo settore, pertanto, hanno trovato attuazione le conclusioni raggiunte sul punto al Consiglio europeo di Tampere del 1999. Come è noto, tali conclusioni individuano alcune aree di intervento privilegiato in cui sperimentare forme di integrazione più intensa della disciplina processuale sul territorio dell'Unione; fra queste erano previste anche le cause in determinati settori di controversie

---

al sistema di cooperazione giudiziaria civile nella delicata materia della tutela della prole; Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., p. 205, ove l'a. nota come questa sia probabilmente "l'innovazione più significativa del regolamento".

[37] Sugli *standard* minimi di tutela, v. per tutti Biavati, *Europa e processo civile*, cit., p. 35 ss.; Biavati, *Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?*, in Carpi-Lupoi, *op. cit.*, p. 103 ss.

[38] Per questa ragione è auspicabile che, sebbene non sia espressamente previsto dal regolamento, nella decisione siano sempre indicate le ragioni per cui si è ritenuto di non ascoltare il minore, come prevede invece la *Guida pratica per l'applicazione del regolamento n. 2201*, per cui v. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., p. 208.

[39] V. Conti, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, cit., p. 302. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., p. 208, sottolinea che il certificato contiene anche informazioni di carattere pratico, volte a facilitare l'esecuzione del provvedimento, quali nomi e indirizzi dei titolari del diritto di visita, della responsabilità genitoriale e dei minori, nonché eventuali modalità pratiche per l'esercizio del diritto di visita.

familiari, in specie quelle relative al diritto di visita[40]: per esse, il Consiglio ha ritenuto che le procedure per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni dovessero essere abolite, con la conseguente automatica esecutorietà dei provvedimenti, obiettivo dunque raggiunto dalle previsioni del regolamento n. 2201 in ordine alla disciplina del diritto di visita[41].

A tal proposito e a questo punto quasi *ad abundantiam* è opportuno chiedersi se, al fine di portare materialmente ad esecuzione un provvedimento concernente il diritto di visita, esso debba essere munito, per quel che riguarda il nostro ordinamento, della formula esecutiva, oppure no (l'interrogativo vale, evidentemente, anche rispetto agli altri ordinamenti, laddove contemplino un istituto analogo).

A mio avviso si può ritenere pacificamente che non sia necessaria l'apposizione di alcun comando di esecuzione alla decisione in discorso. Le norme, infatti, consentono il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti riguardanti il diritto di visita e il ritorno del minore "senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di

---

[40] V. il punto 34 delle conclusioni di Tampere, per cui rimando a Biavati, *Il diritto di visita: prove tecniche di titolo esecutivo europeo?*, cit., p. 91.

[41] Per cogliere appieno l'obiettivo di effettività cui si ispira il sistema regolamentare quanto all'esecuzione delle decisioni concernenti il minore, rinvio a Corte giust., sentenza 11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, Rinau c. Rinau, in http://curia.europa.eu., annotata da Fragola, *Il primo rinvio pregiudiziale "d'urgenza": il caso* Rinau, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2008, p. 765 ss. In questa occasione, il supremo giudice ha precisato la portata delle norme contenute in particolare agli artt. 42 e 24 del regolamento n. 2201 del 2003 in ordine al rientro del minore illecitamente trattenuto in un altro Stato membro, rilevando a proposito del rilascio del certificato che, a tal fine, una volta che un provvedimento contro il ritorno del minore sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non abbia effettivamente avuto luogo, spettando al giudice adito, non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità del certificato ed essendo questo redatto conformemente al formulario allegato al regolamento, soltanto di constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno del minore. Come rileva infatti Fragola, *op. cit.*, p. 774, se così non fosse e gli incidenti procedurali nello Stato membro dell'esecuzione fossero determinanti ai fini dell'applicazione del regolamento, quest'ultimo rischierebbe di essere privato del suo effetto utile, poiché l'obiettivo del rientro immediato del minore resterebbe subordinato alla condizione dell'esaurimento dei mezzi procedurali consentiti dall'ordinamento nazionale in cui il minore è illecitamente trattenuto.

esecutività", anche laddove il diritto interno non preveda l'esecutività di diritto (così dispongono gli artt. 41, par. 1, commi 1° e 2°, e 42, par. 1, commi 1° e 2°, del regolamento n. 2201); ritenere che alla decisione occorra, oltre all'esecutività *ex lege* di cui ho appena detto e al certificato summenzionato, anche l'apposizione di una formula esecutiva promanante dallo Stato dell'esecuzione, sarebbe non solo ultroneo ed inutile, ma soprattutto contrario allo spirito accolto dal regolamento n. 2201, la cui *ratio* è evidentemente quella di porre in circolazione provvedimenti che costituiscano in sé, e a buon diritto, un titolo esecutivo europeo. Benché infatti, ad oggi, l'espressione "titolo esecutivo europeo" si rinvenga soltanto nel regolamento n. 805 del 2004, relativo al pagamento dei crediti non contestati[42], cionondimeno la filosofia che lo ispira è a mio avviso estendibile ai regolamenti ad esso coevi i quali, pur riguardando *ratione materiae* altri àmbiti, ne condividono lo spirito fin dalle dichiarazioni di Tampere richiamate.

Come si legge nel preambolo al regolamento n. 805, infatti, obiettivo dell'Unione è rendere più celere e più semplice l'accesso all'esecuzione in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata pronunciata la decisione, sopprimendo "qualsiasi" procedura intermedia necessaria per l'esecuzione nello Stato membro dove si chiede l'esecuzione (così al punto 8); tant'è che, in modo pressoché identico a quanto previsto dalle norme del regolamento n. 2201 da ultimo richiamate, l'art. 5 del regolamento n. 805 del 2004 prevede che la decisione "certificata come titolo esecutivo europeo

[42] Mi riferisco al regolamento n. 805 del 21 aprile 2004, in *Gazz. uff. Un. eur.*, n. L/143 del 30 aprile 2004, tema per il quale v. Carpi, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 688 ss.; Carratta, *Il procedimento ingiuntivo europeo e la "comunitarizzazione" del diritto processuale civile*, ivi, 2007, p. 1435 ss.; Olivieri, *Il titolo esecutivo europeo e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2002, p. 62 ss.; De Cristofaro, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2004, n. 3-4, p. 141 ss.; Corno, *Il regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Dir. com. scam. internaz.*, 2005, p. 309 ss.; De Cesari, *Decisioni giudiziarie certificabili quali titoli esecutivi europei nell'ordinamento interno*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 104 ss.; De Stefano, *Il titolo esecutivo europeo*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2000, p. 430 ss.; M.A. Lupoi, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 171 ss.; Porcelli, *La "nuova" proposta di procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento*, ivi, 2006, p. 1259 ss.

nello Stato membro di origine è riconosciuta ed eseguita negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività". Certamente si ricorderà, inoltre, che proprio nell'ottica di agevolare sempre più la circolazione dei provvedimenti sul territorio dell'Unione il Consiglio d'Europa adottò, nell'anno 2000, un progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale: uno dei settori contemplati dal programma in discorso è quello che qui ci occupa, ovvero il settore del diritto di famiglia noto come "Bruxelles II" e delle situazioni familiari nate da relazioni diverse dal matrimonio[43]. Ebbene, come è noto, obiettivo ambizioso (e certamente attuabile) del programma suaccennato è il completo e totale superamento di ogni formalità di *exequatur* nei rapporti interni allo spazio territoriale e giudiziario dell'Unione, così che i provvedimenti giurisdizionali possano essere eseguiti in un altro Stato membro senza che quest'ultimo, cioè lo Stato di esecuzione, debba concedere alcun provvedimento certificativo o autorizzativo. Ora, se è vero che, ad oggi, gli interventi specifici avutisi sul punto, da parte del legislatore dell'Unione, sono costituiti in modo espresso soltanto dai due regolamenti in materia, ovvero rispettivamente il regolamento sul titolo esecutivo europeo e quello sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento[44], è a mio avviso altrettanto fondato ritenere che, in base allo spirito uniformante e performante che da sempre contraddistingue il legislatore europeo, la filosofia pilota della disciplina sia la medesima anche ove, come qui, si affronta il tema della circolazione dei provvedimenti relativi ai minori. *A fortiori*, anzi, si potrebbe dire: perché se ritardi e lungaggini vengono messe al bando per una materia importante, ma poco "sensibile", qual è quella commerciale, a maggior ragione si vorrà garantire l'effettività e la rapidità nell'esecuzione del provvedimento quando

---

[43] Gli altri tre settori sono, rispettivamente, quelli contemplati in "Bruxelles I", lo scioglimento dei regimi patrimoniali tra coniugi e le conseguenze patrimoniali della separazione di coppie non sposate, infine i testamenti e le successioni. Sul punto v. Porcelli, *I regolamenti Ce n. 805 del 2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e n. 1896 del 2006 sul procedimento di ingiunzione europeo*, in Biavati-Lupoi, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, p. 75 ss., spec. pp. 75 e 78 ss.

[44] Per una ricostruzione v. Porcelli, *La "nuova" proposta di procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento*, cit., p. 1259 ss.

esso ha ad oggetto una materia tanto delicata qual è quella della condizione dei minori.

Le decisioni in discorso, dunque, contengono *ex se* l'ordine di essere portate, su richiesta della parte, ad esecuzione, senza che sia necessario un comando ulteriore rispetto a quello risultante dalla pronuncia del giudice che viene certificata. A queste conclusioni a me pare che si possa giungere in via interpretativa; condivido tuttavia ampiamente il saggio rilievo della dottrina che afferma la necessità di un'esplicita affermazione di questo principio in una norma contenuta in un regolamento[45].

Quanto al certificato, esso segue le vicende della decisione e della sua esecutività (art. 44), pertanto è destinato a perdere effetto se la decisione è annullata o modificata nell'ordinamento di origine[46], rivelando così dunque tutta la sua natura accessoria rispetto al provvedimento principale. Ad avviso di parte della dottrina, desta perplessità il fatto che il rilascio del certificato sul diritto di visita o sul ritorno del minore non sia assoggettato ad alcun mezzo di impugnazione[47], ma personalmente non condivido questo rilievo. Il certificato, infatti, non ha natura decisoria nel merito e, come sottolineato, attesta il compimento ed il rispetto di attività formali all'interno del processo la cui violazione, in ipotesi, potrebbe e dovrebbe farsi valere attraverso i mezzi di impugnazione previsti nell'ordinamento *a quo* per il provvedimento principale.

È opportuno notare qui, quanto alle decisioni sul ritorno del minore di cui all'art. 40, par. 1, lett. b, che l'art. 42, par. 1, riprende l'art. 41, par. 1, ma i motivi che possono ostacolare il rilascio del certificato coincidono solo in parte (lett. a-b) con quelli previsti per il diritto di visita, non essendo considerata l'ipotesi di contumacia, prevista invece per quanto concerne il diritto di visita[48].

Per ciò che riguarda l'esecuzione del diritto di visita, dunque,

---

[45] V. Biavati, *op. ult. cit.*, p. 98, ove l'a. afferma di poter immaginare un'esecuzione sulla sola base del titolo proveniente da un altro paese.

[46] V. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., p. 210.

[47] V. Lombardini, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il regolamento n. 2201 del 2003 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 723 ss., spec. p. 729.

[48] V. Di Lieto, *Il regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia*

il regolamento cerca di garantirne l'esercizio transfrontaliero nella maniera più ampia, più semplice e più rapida possibile; basti pensare che l'art. 41, par. 1, comma 2°, prevede la possibilità che la decisione che accorda il diritto di visita sia dichiarata esecutiva, nonostante un eventuale ricorso, anche quando l'esecutività di diritto non sia prevista dall'ordinamento interno, al fine evidentemente di prevenire impugnazioni finalizzate esclusivamente a procrastinare l'esecuzione.

Guardando alla versione italiana della norma, che omette la specificazione "di origine" dopo aver affermato che il giudice può dichiarare esecutiva la decisione, potrebbe sorgere il dubbio di quale giudice si tratti, cioé se sia quello che ha pronunciato la decisione o piuttosto quello dello Stato in cui essa deve essere eseguita. Oltre che da ragioni di praticità e di logica, nonché dal considerando n. 23 del preambolo al regolamento, il dubbio viene dissipato dalle versioni inglese e francese che contengono, nelle rispettive lingue, il riferimento al giudice "d'origine"[49].

In via di sintetica conclusione, almeno parziale, sul tema, è opportuno dunque sottolineare gli aspetti centrali della disciplina ora ricostruita. L'eliminazione della procedura di *exequatur* per i provvedimenti in tema di diritto di visita, unitamente ad una riaffermazione dell'obbligo per gli Stati di assicurare il ritorno del minore al termine del periodo di visita, è motivata dall'esigenza di assicurare una rapida attuazione dei provvedimenti relativi a questo diritto, i quali equivalgono e sono omologati, una volta certificati, ai provvedimenti pronunciati nello Stato dell'esecuzione[50]; non appare dunque peregrino affermare che il diritto di visita, seppure ancillare alla decisione in merito all'affidamento, assume nelle norme regolamentari una propria autonomia sul piano dell'efficacia, proprio perché, in modo innovativo, le relative decisioni sono suscettibili

---

di responsabilità genitoriale, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2004, p. 117 ss., spec. p. 135; Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., pp. 208-209.

[49] V. Magrone, *op. cit.*, p. 364.

[50] Nell'ottica di quello che Long, *L'impatto del regolamento Ce 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, cit., p. 1146, definisce un "pregio" del regolamento, cioè la promozione di un "approccio unitario di tipo funzionale a tutte le questioni inerenti in senso lato alla protezione dei minori".

di immediata esecuzione[51]. Alla base di questa disciplina, evidentemente, è ravvisabile ancora una volta il substrato culturale fondante la disciplina europea, convenzionale prima e regolamentare poi, che si sostanzia nella reciproca fiducia fra gli Stati membri dell'Unione, nel postulato della tendenziale equivalenza delle giurisdizioni nazionali, unitamente al perseguimento della compatibilità fra i sistemi processuali degli Stati membri[52].

3. *Il diritto di visita nelle Convenzioni internazionali: Lussemburgo (1980), Aja (1980) e Strasburgo (2003)*

Al diritto di visita fanno riferimento anche le Convenzioni richiamate in epigrafe. Esse sono alquanto simili nello spirito generale; la loro elaborazione, infatti, si è resa necessaria perché mancava, in precedenza, uno strumento specifico che assicurasse (o cercasse di assicurare) il rimpatrio dei fanciulli arbitrariamente trasferiti oltre frontiera in violazione di quanto disposto in materia di affidamento o di diritto di visita; ed era pacifico che a situazioni siffatte non potesse ovviarsi ricorrendo alla progenitrice di tutte le normative europee successive, ovvero la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, in quanto le decisioni in materia di stato e capacità delle

---

[51] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., pp. 150 e 162 ss. In questa *ratio* è, a mio avviso, da individuarsi la base dell'eliminazione dell'*exequatur*; non concordo pertanto con De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, cit., pp. 646-648, spec. p. 648, a cui parere ciò dipenderebbe dal fatto che tali decisioni siano "connotate da una più attenuata interferenza sulle posizioni del minore" (rispetto alle decisioni sulla responsabilità genitoriale, aggiungono gli aa.; ma ciò non giustifica l'assunto perché anzi, come abbiamo visto sopra, il diritto di visita pertiene alla sfera della responsabilità genitoriale).

[52] Sul punto v. Biavati, *Notificazioni e comunicazioni in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 501 ss., spec. p. 507; Biavati, *Europa e processo civile*, cit., spec. p. 10 ss. Non è qui possibile affrontare compiutamente il tema, ma il principio della reciproca fiducia fra ordinamenti appartenenti all'Unione ha fatto sostenere a Mosconi, *La difesa dell'armonia interna dell'ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 5 ss., spec. p. 25, che nell'àmbito dell'Unione non sarebbe illogica una soluzione radicale che togliesse di mezzo l'eccezione di ordine pubblico per quanto riguarda il riconoscimento di sentenze di altri Stati membri.

persone sono escluse dal suo campo di applicazione (come del resto accade ancora attualmente in base al regolamento n. 44 del 2001)[53]. Diveniva così indispensabile elaborare nuovi strumenti.

Nonostante l'analogia dello spirito generale delle Convenzioni in commento, ritengo tuttavia preferibile parlarne partitamente, perché esse presentano comunque qualche differenza significativa, in specie nella disciplina del diritto di visita.

Presupposto per l'applicazione della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento e di ristabilimento dell'affidamento, è la circostanza che si sia verificato il trasferimento illecito, da uno Stato all'altro, di un fanciullo che non abbia compiuto i sedici anni di età. Essa opera nella sola area degli Stati membri del Consiglio d'Europa[54].

Suo scopo è, invece, assicurare il riconoscimento e l'esecuzione, nello Stato interessato, delle decisioni relative all'affidamento e al diritto di visita emanate in ogni altro Stato contraente[55]. Ciò si traduce, in sostanza, nella previsione di una condizione particolarmente restrittiva, la quale ha comportato che le norme della Convenzione di Lussemburgo siano di non frequente applicazione, presupponendo essa l'adozione di un provvedimento sull'affidamento che disciplini i rapporti personali tra il minore e i genitori. Per attivare la procedura di *exequatur*, infatti, occorre un provvedimento preliminare concernente il merito, dichiarato esecutivo, in base al quale l'autorità giurisdizionale o amministrativa abbia attribuito al soggetto istante il diritto di visita o la responsabilità della cura del minore e il diritto di stabilire la sua residenza. In ordine alla tutela del diritto di visita, che nel preambolo alla convenzione è definito

---

[53] V. Salzano, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 49.

[54] Secondo Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 176, il numero limitato di Stati che fanno parte di questa Convenzione e l'ampio margine di discrezionalità che è attribuito agli Stati nel rifiutare il riconoscimento, sono causa dei risultati poco soddisfacenti da essa ottenuti; v. anche Marini, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, in Aa.Vv., a cura di Beghé Loreti, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 137 ss., spec. p. 148 ss.

[55] V. *ex multis* Dosi, *Le convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 390 ss., spec. p. 394 ss.

come "il normale corollario del diritto di custodia", essa provvede nel senso di consentire all'autorità centrale dello Stato richiesto (art. 11, par. 3) di rivolgersi alle proprie autorità competenti a decidere sul diritto di visita ad istanza di chi invochi tale diritto, perché si disponga al riguardo.

La Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, invece, ha lo scopo esclusivo di tutelare l'affidamento quale situazione di mero fatto, indipendentemente dal titolo giuridico su cui l'affidamento si fonda e indipendentemente da chi sia il soggetto che impedisce il ritorno del minore[56], rivelandosi così, dunque, di ben più ampio utilizzo[57]. Essa è aperta all'adesione dei paesi che desiderino farne parte, quindi non conosce preventive limitazioni *ad hoc* quanto all'adesione di nuovi Stati[58].

Essa individua l'essenza del diritto di visita nel "diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo" (art. 5, lett. b)[59]. Avendo come

---

[56] V. Dosi, *op. ult. cit.*, p. 395 ss.

[57] Per dirla con parole del Parlamento europeo (v. la Risoluzione sulla sottrazione dei minori del 26 maggio 1989, in *Gazz. uff. com. eur.*, serie C 158 del 26 giugno 1989, p. 391), le Convenzioni di Lussemburgo e dell'Aja ora in commento, pur essendo complementari, sono tuttavia incomplete e derivano da tecniche giuridiche diverse: la prima è innanzitutto una convenzione sull'*exequatur* che subordina il ritorno immediato del figlio sottratto al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni nello Stato interessato; la seconda, invece, privilegia la riconsegna diretta dei figli sottratti al genitore che abbia la tutela, a detrimento del riconoscimento delle decisioni. Ricordo qui che entrambe le Convenzioni sono state ratificate dall'Italia con la legge n. 64 del 15 gennaio 1994, che inoltre ha dettato le norme processuali di attuazione di queste convenzioni.

[58] Nonostante la maggiore apertura soggettiva, secondo Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 177, l'applicazione di questa Convenzione non è risultata tuttavia agevole, a causa della formulazione spesso volutamente generica di molte sue norme; v. anche Dosi, *Le convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, cit., p. 395 ss.

[59] Sottolinea Salzano, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 19, che l'introduzione di questa norma, il cui enunciato è solo in apparenza ovvio, si è resa necessaria a causa della molteplicità di interpretazioni date al contenuto del diritto di visita. Quanto alla definizione del diritto di visita, essa, come è facile notare, è del tutto identica a quella contenuta nel regolamento n. 2201 del 2003; tuttavia, la critica che già in precedenza ho mosso a tale definizione è meno aspra nei confronti della Convenzione dell'Aja del 1980 che non nei confronti del regolamento europeo. La prima, infatti, non aveva precedenti di sostanza sul tema e andava ad

principale obiettivo quello di assicurare la restituzione immediata del minore (in quanto ha, per l'appunto, l'esclusivo scopo di tutelare l'affidamento), prescinde anche in ordine alla restituzione dall'esistenza di un titolo giuridico, *rectius* esecutivo. La tutela che la Convenzione così appronta, principalmente in via d'urgenza, di tale situazione di fatto (art. 2), non pregiudica in alcun modo i successivi provvedimenti di merito, essendo finalizzata esclusivamente a tutelare lo *status quo ante*; peraltro, la tutela approntata dalla Convenzione in discorso è particolarmente efficace e penetrante, prevalendo rispetto a quelle eventualmente emanate sulla identica questione dal giudice interno[60]. L'ordine di rimpatrio del minore, dunque, è subordinato alla sola circostanza che la sottrazione possa qualificarsi illecita. In ordine alla tutela del diritto di visita, la Convenzione in parola consente alle autorità competenti dei vari Stati, su iniziativa delle autorità centrali, di organizzare o disciplinare *ex novo* le forme di esercizio del diritto di visita (art. 21, par. 7, comma 2°, lett. f).

Nella Convenzione dell'Aja, tuttavia, e diversamente da quanto si sarebbe portati a pensare ad una prima lettura, il ritorno del minore non è, per così dire, un valore assoluto: viene valutato, infatti, anche l'interesse attuale del minore, riconoscendogli la possibilità di esprimere la sua opinione per verificare se egli si sia integrato o meno nel nuovo ambiente di vita, laddove sia trascorso un anno dalla sottrazione, e se quindi il ritorno potrebbe esporlo a pericoli o situazioni intollerabili; così non può dirsi, invece, della Convenzione di Lussemburgo, di cui è stato detto che tutela il minore in modo presuntivo, formale, indiretto, attraverso il rispetto di un provvedi-

---

intrufolarsi in un territorio quasi del tutto nuovo, mentre le stesse attenuanti non possiamo riconoscere al regolamento che, fra gli altri, aveva l'illustre precedente della Convenzione di New York, in virtù della quale (v. in questo capitolo *sub* par. 1, terzo capoverso) è possibile affermare che il diritto di visita si configura quale diritto del quale sono titolari tanto il figlio quanto il genitore non affidatario (in questo senso v. anche Salzano, *op. ult. cit.*, p. 21).

[60] Per una recente applicazione nell'ordinamento interno, v. Cass., sent. 7 luglio 2008, n. 18614, in *Giur. it.*, 2008, p. 2695 ss., ove la suprema corte ha affermato che il provvedimento adottato in una procedura internazionale, disposta ai sensi della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, prevale rispetto a quello emanato in via provvisoria ed urgente nell'àmbito di una procedura statuale concernente la limitazione della responsabilità genitoriale.

mento che ne ha disposto una certa situazione, sia essa l'affidamento o il diritto di visita, indipendentemente dalla valutazione di altre circostanze che consentano un eventuale adeguamento alla realtà attuale del provvedimento[61].

La Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003, infine, può forse considerarsi, almeno a mio avviso, lo strumento più evoluto sul tema del diritto di visita (grazie anche, evidentemente, alle esperienze normative che hanno funto insieme da apripista e da campo di allenamento). Essa desidera infatti, quali suoi obiettivi specifici (art. 1), fissare principi generali da applicarsi negli Stati contraenti nelle decisioni riguardanti le relazioni personali; ancora, definire misure idonee ad assicurare l'effettivo esercizio delle relazioni personali, tra cui in specie il diritto di visita e l'immediato rientro del fanciullo al termine del periodo previsto; infine, stabilire tra autorità centrali, giudiziarie o altre istituzioni, la collaborazione necessaria per favorire e migliorare i contatti fra i fanciulli e i loro genitori e altre persone aventi con loro legami familiari. Come si afferma a chiare lettere nel preambolo, infatti, la Convenzione in discorso non mira soltanto a facilitare l'esercizio del diritto di visita con carattere transfrontaliero ma, più in generale, ad introdurre principi comuni ai vari paesi quando si tratta di adottare provvedimenti in merito alle relazioni personali, nella convinzione che un'uniformità di criteri sul piano interno non possa che facilitare il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti pronunciati in altri paesi.

L'art. 2 procede indicando tre diversi livelli di relazioni personali, il primo dei quali riguarda il diritto di visita, individuato nel soggiorno per un periodo limitato o nell'incontro con una persona, anche diversa dai genitori, con cui il minore non viva abitualmente[62]. L'art. 4, poi, stabilisce che il fanciullo e i suoi genitori hanno il diritto di intrattenere relazioni personali regolari con il fanciullo (diritto di cui, invece, non sono titolari le persone diverse dai genitori, con le quali possono essere stabiliti contatti solo

---

[61] Per questa ragione Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 72, conclude che la Convenzione dell'Aja assicura una tutela più sostanziale del minore.

[62] Gli altri due livelli di relazioni personali vengono poi individuati in ogni forma di comunicazione tra il minore e tale persona, nonché nell'invio di informazioni a tale persona sul minore e viceversa.

se questi sono nell'interesse superiore del fanciullo; questo emerge dal combinato disposto degli artt. 4 e 5).

Al di là di queste statuizioni, pur importanti dal punto di vista generale, le previsioni più interessanti si incontrano procedendo oltre ed entrando nel territorio del processo. La Convenzione di Strasburgo, infatti, prevede che l'autorità giudiziaria, quando viene adita in materia di relazioni personali, deve adottare tutte le misure appropriate perché genitori e minore raggiungano un "accordo amichevole sul contatto", avvalendosi in particolare della mediazione familiare e di ogni altro strumento idoneo a risolvere la controversia (così l'art. 7, lett. a-b)[63].

Anche questa Convenzione ha tuttavia, e fra gli altri, un punto d'ombra. Essa, infatti, prevede che il giudice, prima di addivenire alla decisione, debba assicurarsi di avere acquisito sufficienti informazioni, in particolare dai titolari della responsabilità genitoriale, onde pervenire ad una decisione che sia nell'interesse del minore. Ancora una volta l'appunto è sul piano terminologico; esso peraltro ha ripercussioni significative anche sul piano sostanziale: ricordando qui ed ora tutto quanto abbiamo premesso sull'importanza dell'ascolto del minore e sul rapporto fra ascolto del minore ed interesse del medesimo, pare inopportuno il suggerimento offerto al giudice di acquisire informazioni "in particolare" dagli adulti (cioè i titolari della responsabilità genitoriale, nella formulazione della norma), perché non mi sembra che possa considerarsi meno importante quanto potrebbe emergere dall'ascolto del minore, a livello di informazioni per il giudice ai fini della decisione, specie se questa deve essere nell'interesse del minore prima ancora che nell'interesse dei genitori.

4. *Un unico tema, una pluralità di fonti normative: alla ricerca di una composizione*

L'*excursus* di cui sopra mostra in modo più che evidente come, in ordine all'unico tema della tutela transfrontaliera del minore e

[63] L'istituto della mediazione sarà oggetto di pagine *ad hoc* più oltre, quindi mi limito ora all'osservazione compiuta nel testo e rinvio ad esse.

con specifico riguardo al diritto di visita, vi sia una pluralità di fonti, che richiede, evidentemente, di essere organizzata[64].

Se il regolamento n. 1347 del 2000 assicurava, sul punto, la prevalenza della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, oggi non sussistono dubbi in ordine al fatto che, nell'àmbito dell'Unione, prevalga sulle altre fonti il regolamento n. 2201 del 2003[65]. In particolare, il rapporto tra il regolamento e le convenzioni internazionali è disciplinato dagli artt. 60 e 61 del regolamento, che prevedono la prevalenza di quest'ultimo rispetto alle convenzioni sopra citate nelle relazioni tra gli Stati che ne sono parti, quando queste riguardino materie da esso disciplinate[66].

Il regolamento, tuttavia, ribadisce l'applicazione della Convenzione dell'Aja in ipotesi di sottrazione dei minori, una volta che questa sia integrata con le disposizioni poste dall'art. 11, che hanno lo scopo di facilitare il ritorno del minore meglio precisando, rispetto a quanto stabilito dalla Convenzione, le condizioni cui è soggetto il provvedimento con cui lo Stato richiesto dispone al riguardo. Pertanto, se la sottrazione illecita del minore avviene tra Stati membri, si applicano congiuntamente il regolamento n. 2201 e la Convenzione dell'Aja del 1980; se invece il minore è trasferito illecitamente in uno Stato terzo che sia parte della Convenzione dell'Aja, si applica solo quest'ultima[67].

---

[64] Sul punto v. ampiamente Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 991 ss., spec. p. 998 ss.

[65] Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 131, nota come l'applicazione del regolamento 2201, il cui testo si sovrappone in larga misura a quello della Convenzione di Strasburgo del 2003, renda sostanzialmente inutile il ricorso a quest'ultima. L'importanza di essa, tuttavia, a mio avviso non viene affatto meno; scopo della Convenzione, infatti, è anche, *rectius* soprattutto, "fissare principi generali da applicarsi negli Stati contraenti nelle decisioni relative alle relazioni personali" (come dispone l'art. 1, lett. a), onde essa può contribuire in misura notevole ad un'armonizzazione delle discipline interne agli Stati membri, che divergono in specie nel momento esecutivo.

[66] V. De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., p. 134. La norma di cui all'art. 62 del regolamento chiude il cerchio, disponendo che le convenzioni producono effetti per gli Stati dell'Unione nelle materie che non rientrano nell'àmbito di applicazione del regolamento.

[67] V. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., pp. 156 e 176.

Quanto alla Convenzione di Lussemburgo, il regolamento n. 2201, sostituendosi ad essa per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale, compresi i provvedimenti sulla sottrazione internazionale di minori (art. 42), ne segna di fatto la fine[68]. Peraltro, l'art. 20, comma 2°, della Convenzione medesima, prevedeva già che gli Stati contraenti che per regolare i propri rapporti ponessero in essere una legislazione uniforme nel campo dell'affidamento dei minori o un sistema particolare di riconoscimento o esecuzione dei provvedimenti in questa materia, avrebbero potuto applicare tale normativa in sostituzione totale o parziale della Convenzione, previa notifica di tale volontà al segretariato del Consiglio d'Europa; prima ancora del trattato di Amsterdam, dunque, c'era già (consapevolmente o meno) una piattaforma di lancio per l'applicazione preferenziale dei regolamenti in questa materia.

Il quadro normativo, già complesso, lo diventa ancora di più a causa dell'entrata in vigore, per gli Stati membri dell'Unione europea, della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla responsabilità genitoriale e sulla tutela dei minori. Il campo di applicazione di quest'ultima, infatti, come è agevole desumere già dall'intitolazione, è molto simile a quello del regolamento. Poiché i singoli Stati membri non avevano il potere di aderire singolarmente alla Convenzione, essendo la materia di competenza comunitaria, il Consiglio autorizzò gli Stati a firmare la Convenzione nell'interesse della Comunità, cosa che è accaduta il 1° aprile 2003. Ciò comporta un doppio binario: ai cittadini degli Stati extraeuropei, infatti, potranno applicarsi solo le norme della Convenzione e non quelle del regolamento n. 2201, come prevede l'art. 52, par. 3, della Convenzione[69]; mentre il regolamento prevale sulla Convenzione in discorso quando il minore abbia "la sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro", anche nell'ipotesi di riconoscimento di una decisione emessa dal giudice di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro e ciò anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato

---

[68] Così Baruffi, *op. ult. cit.*, p. 177.

[69] V. Baruffi, *op. cit.*, p. 178. È invece pacifico, perché lo stabilisce l'art. 61 del regolamento n. 2201, che esso prevalga sulla Convenzione dell'Aja del 1996 nei rapporti intra Unione europea (sul punto v. De Cesari, *op. ult. cit.*, p. 134).

non membro che sia tuttavia parte della Convenzione dell'Aja, come prevede l'art. 61, lett. a), del regolamento, ed in linea con l'art. 52 della Convenzione dell'Aja del 1996, che è norma di coordinamento con le discipline uniformi adottate a livello "regionale" e fu voluta proprio dagli Stati dell'Unione durante i negoziati (è la c.d. clausola di disconnessione)[70].

Sul tema, come si vede alquanto complesso, della composizione delle più fonti normative a livello sovranazionale in tema di tutela dei minori, poi, ha avuto modo di intervenire anche la suprema corte di diritto interno; interpellata sul punto, ha enunciato un principio a mio avviso condivisibile e peraltro noto a chi sia uso a frequentare le fonti processuali transnazionali: in situazioni di dubbio causate dalla possibile sovrapposizione di più fonti di disciplina dell'identica materia, non resta che propendere per l'appartenenza della giurisdizione allo Stato che abbia col minore un collegamento più stretto[71].

Infine, occorre porsi un ultimo interrogativo: *quid* nell'ipotesi in cui le vicende che riguardano il minore si svolgano in uno Stato che non ha aderito ad alcuna delle convenzioni summenzionate? In questo caso non rimane che la via tradizionale, ovvero la richiesta di riconoscimento e di esecuzione, nello Stato *ad quem*, del provvedimento in questione.

5. *L'esecuzione materiale del diritto di visita*

In sede di esecuzione del diritto di visita nascono i problemi maggiori.

La delicatezza della materia, infatti, rende di difficile applicazione

---

[70] V. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, cit., p. 168. Nota Conti, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, cit., p. 295, che le possibilità di conflitto sono concrete, perché gli Stati che non sono membri dell'Unione non sono tenuti a riconoscere le decisioni emesse in base a competenze giurisdizionali stabilite a livello europeo, ed anche perché il regolamento non incide sulla disciplina sostanziale applicabile al rapporto, mentre la Convenzione dell'Aja invece sì, richiamando generalmente il diritto sostanziale vigente del luogo di residenza.

[71] Così Cass., sez. un., sentenza 9 gennaio 2001 n. 1, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 282 ss., spec. p. 284.

l'obbligo di consegna dei minori, anche a causa del possibile trauma in cui questi possono incorrere, nonché per la pura e semplice difficoltà materiale di attuazione della procedura, specie in mancanza del consenso del genitore che deve rendere possibile l'esercizio del diritto in questione[72]; senza contare che contribuisce a far definire il problema in discorso come "irrisolto" la circostanza che la disciplina materiale dell'esecuzione dei provvedimenti concernenti il minore varia da paese a paese, creando così problemi ulteriori che ben si possono immaginare[73].

Nell'affastellarsi delle opinioni, tuttavia, un punto pare possa ritenersi fermo: l'attuazione dell'esercizio del diritto di visita e, più in generale, l'obbligo di consegna del minore, devono avvenire nelle forme e con le garanzie giurisdizionali, non potendo trovare invece attuazione in via meramente amministrativa; in particolare, nel processo esecutivo in materia minorile devono sussistere tutte le garanzie del procedimento giurisdizionale, prima fra tutte il rispetto del diritto di difesa[74].

Nella ricostruzione del tema, l'analisi delle norme non è di grande aiuto e si può già affermare qui, preliminarmente, che di tutti gli àmbiti che il processo minorile coinvolge, quello relativo all'esecuzione dei provvedimenti è il più abbisognevole di una disciplina positiva efficace. L'art. 48 del regolamento n. 2201, infatti, si limita ad attribuire all'autorità giudiziaria dello Stato membro dell'esecuzione

---

[72] A titolo esemplificativo, per una recente e interessante applicazione dell'istituto del diritto di visita nell'ordinamento interno, v. Cass., sentenza 9 febbraio-13 marzo 2009, n. 6200, in *Guida al dir.*, 2009, p. 50 ss., con nota di Fiorini. In essa la suprema corte ritiene di non accogliere la censura mossa avverso la decisione, davanti ad essa impugnata, della corte d'appello ove veniva riconosciuta l'utilità per il figlio minore di conservare il legame con il genitore non affidatario (nel caso di specie, la madre), ancorché questi sia affetto da una patologia invalidante (nel caso di specie, anoressia), riconoscendone e garantendone così il diritto di visita (va detto che, onde approntare garanzie al minore in ordine ai pericoli in cui questi potrebbe incorrere incontrando la madre in precarie condizioni di salute, il giudice del merito aveva stabilito una periodicità settimanale per l'esercizio del diritto di visita in questione, da effettuarsi presso l'abitazione dei nonni materni).

[73] V. De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *op. cit.*, p. 462; Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 179.

[74] V. De Marzo-Cortesi-Liuzzi, *op. cit.*, p. 465; Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., p. 211.

il potere di fissare, in via provvisoria, le modalità pratiche volte concretamente ad organizzare l'esercizio del diritto di visita, quando esse non compaiono del tutto o compaiono in maniera insoddisfacente nella decisione cui viene data esecuzione, fermo restando che ne devono essere rispettati gli "elementi essenziali" (art. 48, par. 1) e che, comunque, l'efficacia di tali misure cessa quando intervenga una decisione successiva dell'autorità competente a decidere nel merito (art. 48, par. 2)[75]. A complicare la situazione, inoltre, sopravviene l'opera di certa giurisprudenza (e non solo); alcuni giudici di merito, infatti, e la Commissione europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo hanno affermato che l'esecuzione del diritto di visita può essere sospesa, anche a tempo indeterminato, ove la prole manifesti conflittualità e sentimenti di rifiuto verso il genitore, perché deve ritenersi poziore il diritto del minore alla serenità personale e al suo integrale benessere psicologico[76]. Anche una volta individuate le possibili modalità di esecuzione, dunque, non si può escludere che il giudice dell'esecuzione possa giungere a sospendere gli incontri tra il genitore titolare del diritto di visita e il figlio, rendendo così inefficace il provvedimento straniero, quando accerti che i sentimenti di ripulsa che il minore prova nei confronti del genitore siano tali da giustificare l'adozione di simili misure, dovendo l'interesse del minore prevalere[77].

Accantonando per un momento questo specifico problema, tuttavia, si deve evidenziare come, di tutte le fonti sopra ricordate, nessuna offre una risposta esauriente alla domanda centrale, ovvero: quali sono concretamente le modalità pratiche dell'esecuzione del diritto di visita e, più in generale, dei provvedimenti concernenti la persona del minore?

L'art. 48 del regolamento stabilisce che il giudice dello Stato dell'esecuzione può stabilire le modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita, ove queste non siano previste

---

[75] V. Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., p. 212.

[76] V. La Rosa, *op. cit.*, p. 215, spec. note 157-160 per le citazioni della giurisprudenza e della Commissione richiamate; Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 169.

[77] V. Grendene, *Diritto di visita e consenso del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 900 ss.; Baruffi, *Osservazioni sul regolamento* Brussels II-bis, cit., pp. 211-212.

dalla decisione dello Stato competente a conoscere del merito e nel rispetto degli elementi essenziali di quella decisione. Ciò comporta, come è semplice notare, che l'esecuzione di tali decisioni continui ad essere soggetta ai singoli ordinamenti nazionali[78], così che si torna al punto di partenza.

E da qui, dunque, dovremo prendere le mosse; non senza aver considerato prima, tuttavia, un aspetto problematico e talvolta inquietante.

6. *Il possibile esito infausto dell'attuazione del diritto di visita: la sottrazione del minore*

Si parla di "sottrazione internazionale" di minore (*kidnapping* è il corrispondente termine inglese) quando si verifica il rapimento del bambino ad opera di uno dei genitori, con permanenza del minore, per effetto della sottrazione medesima, in uno Stato diverso da quello di residenza abituale; in genere, il rapitore è il titolare del diritto di visita. È curioso notare che l'espressione inglese completa parla di *legal kidnapping*, per significare come il genitore che rapisce il proprio figlio ritenga di agire legittimamente, esercitando quello che ritiene essere un suo diritto naturale[79]. Il fenomeno è per lo più noto, anche a causa del suo essere sempre più spesso oggetto della cronaca giornalistica contemporanea.

La sottrazione di minore pone in via immediata una serie di problemi. Limitandoci a quelli che ineriscono al mondo del diritto, è inevitabile sottolineare come la soluzione dei casi di sottrazione imponga una celerità e una prontezza che, purtroppo, sono sconosciute agli orologi che scandiscono i tempi biblici delle procedure giudiziarie; ciò contribuisce al consolidamento della situazione che segue alla sottrazione, facendo sovente venire meno l'interesse

---

[78] Ciò che fa dire a De Cesari, *op. ult. cit.*, p. 163, che per il diritto di visita si presenta come necessario lo sforzo di armonizzazione delle norme nazionali degli Stati membri.

[79] V. Marini, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, in Aa.Vv., a cura di Beghé Loreti, *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, cit., spec. p. 138.

concreto del fanciullo al ripristino della situazione precedente, e favorendo così il rapitore (con un facilmente immaginabile effetto di incoraggiamento nei confronti di chi progetti gesta analoghe)[80].

La soluzione migliore alle problematiche sottese al *legal kidnapping* pare quella approntata dalla già citata Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento e di ristabilimento dell'affidamento. Il principio cardine in materia prevede che i provvedimenti pronunciati in materia di affidamento in uno Stato contraente devono essere riconosciuti ed eseguiti dagli altri Stati firmatari della Convenzione ove siano esecutivi nello Stato d'origine; la Convenzione obbliga gli Stati a dare séguito all'istanza di restituzione con la massima rapidità e senza opporre alcun motivo di rifiuto, a condizione che ricorrano determinati requisiti[81].

La Convenzione di Lussemburgo ora richiamata trova il suo naturale complemento, nella specifica materia qui considerata, nella Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, alla quale pure si è già fatto riferimento. Quest'ultima si occupa di provvedere nell'ipotesi di trasferimento illecito del minore dal luogo di residenza abituale o di suo mancato rientro in tale luogo, prevedendo procedure dirette ad assicurare l'immediato ritorno del minore; la competenza in materia è attribuita alle autorità dello Stato in cui il minore si trova (dispongono al riguardo gli artt. 8 ss.). Essa, dunque, prescinde dall'esistenza di un provvedimento concernente l'affidamento del minore, perchè ha come scopo, innanzitutto, quello di ristabilire lo *status quo ante* interrotto dall'atto di sottrazione; accertata a livello di *fumus* l'illiceità del trasferimento, viene disposto il rimpatrio[82],

---

[80] V. Marini, *op. ult. cit.*, p. 139.

[81] V. Marini, *op. ult. cit.*, pp. 148-150.

[82] V. Martino, *Il commento*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 380 ss., spec. p. 383, ove l'a. chiarisce che, essendo questa la *ratio* della Convenzione, il giudice adito deve occuparsi esclusivamente della pronuncia del provvedimento che dispone il rimpatrio o lo rifiuta, e non si può invece ricondurre in questo àmbito la pronuncia di ulteriori provvedimenti, anche provvisori, sulla potestà parentale o sull'affidamento del minore, invocando il loro rapporto di accessorietà rispetto alla domanda di rimpatrio; l'adozione di tali provvedimenti (affidamento temporaneo e sospensione della potestà parentale), invece, è possibile in quanto ciò sia consentito dalla Convenzione dell'Aja del 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori (art. 9).

nella speranza di tutelare l'interesse del minore alla continuità delle proprie abitudini di vita in un determinato paese[83]. Essa si applica solo nell'ipotesi in cui il minore residente in un paese parte della convenzione sia stato condotto o illegalmente trattenuto in un altro paese parte[84]. Dal punto di vista processuale, essa prevede l'instaurazione di un procedimento avente carattere sommario e caratterizzato dalla massima semplicità delle forme, in via d'urgenza, pur essendo contemplate, comunque, anche alcune eccezioni all'obbligo di disporre il rimpatrio immediato del minore[85].

Sia la Convenzione di Lussemburgo che quella dell'Aja dunque, a ben vedere, tendono a realizzare una tutela la più rapida e semplice possibile, ma attraverso un differente meccanismo: la prima subordina il ritorno del minore sottratto al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni giudiziarie nello Stato richiesto, mentre la seconda privilegia la riconsegna immediata del minore al genitore, a discapito del riconoscimento della decisione giudiziaria; ciò che ha fatto sostenere che il punto debole della prima sia proprio la farraginosità della procedura di *exequatur*, mentre il punto debole della seconda sia costituito dalle troppo numerose cause di rifiuto che consentono allo Stato interessato di opporsi al ristabilimento dell'affidamento[86]. A favore della Convenzione dell'Aja, tuttavia, e del fatto che essa venga ritenuta preferibile rispetto alla Convenzione di Lussemburgo (della quale, per fare un esempio molto significativo, non sono parte gli USA), depongono le quasi settanta ratifiche o adesioni raccolte da parte di Stati dei diversi continenti[87].

---

[83] V. Clerici, *Il commento*, in *Fam e dir.*, 2001, p. 173 ss., spec. p. 173.

[84] V. Merendino, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori: questioni interpretative ed applicative*, in Aa.Vv., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., p. 249 ss., spec. p. 251.

[85] V. Marini, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 152 ss.

[86] Così Marini, *La sottrazione di minore nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 160. Ad avviso di Dosi, *Le convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 390 ss., spec. p. 391, comunque, la Convenzione dell'Aja, a differenza di quella di Lussemburgo, si presenta in virtù delle caratteristiche accennate nel testo come un canale privilegiato per ottenere il ripristino dell'affidamento.

[87] V. Clerici, *op. ult. cit.*, p. 174, ove l'a. nota che, quando siano parte in causa gli Stati Uniti, le norme applicabili sono quelle di diritto internazionale privato.

Con riferimento a questa specifica materia, poi, occorre dare conto di un'altra fonte internazionale, la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori[88]. Essa consente agli Stati contraenti di ritenere la propria giurisdizione e di applicare le proprie norme quando si tratta di adottare misure di protezione della persona e dei beni di un minore che si trova nel territorio dello Stato[89]. Quanto al rapporto fra questa e le altre convenzioni, è espressamente affermato che sia la convenzione dell'Aja del 1961 (art. 13) che quella dell'Aja del 1980 (art. 4) sono direttamente applicabili, ciascuna nel rispettivo àmbito; la convenzione del 1980, come stabilisce il suo art. 34, prevale su quella del 1961 nelle materie di sua competenza[90].

Quanto ai profili specifici riguardanti l'esecuzione dei provvedimenti adottati alla stregua delle summenzionate convenzioni, è opportuno ricordare qui che le decisioni sull'affidamento e sul diritto di visita adottate da autorità straniere ai sensi della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e l'attuazione dei provvedimenti che, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, dispongono il ritorno del minore, nel nostro ordinamento sono affidate al Procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minori, che può avvalersi a tal fine dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia (sul tema dispongono gli artt. 6, comma 4°, e 7, comma 5°, della legge n. 64 del 1994); l'attuazione dei provvedimenti di affidamento e di allontanamento dei minori adottati da autorità straniere ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1961, invece, è affidata al giudice tutelare del luogo ove il minore risiede (così l'art. 4, comma 4°, della legge n. 64 del 1994)[91].

---

[88] Ratificata dall'Italia con la legge n. 742 del 24 ottobre 1980; le norme di attuazione sono invece contenute nella già menzionata legge n. 64 del 1994. Sulla Convenzione ora richiamata, v. Salzano, *La rete internazionale di protezione del fanciullo*, Milano, 1998, p. 15 ss.

[89] Nota Dosi, *op. ult. cit.*, p. 392, che in Italia, in virtù della legge n. 218 del 1995, l'applicazione della Convenzione è universale e non limitata agli Stati contraenti, pertanto nel nostro paese le norme della convenzione si applicano anche nei confronti di minori che siano cittadini di Stati non firmatari (in base all'art. 42 della legge di riforma del diritto internazionale privato).

[90] V. Martino, *op. cit.*, p. 382.

[91] V. Canavese, *L'esecuzione dei provvedimenti concernenti la persona del minore*, in Zatti, *Trattato di diritto di famiglia*, p. 325 ss., spec. p. 376.

Colgo l'occasione, infine, per ricordare qui come, a livello di diritto dell'Unione europea, sia prevista la specifica figura del mediatore del Parlamento europeo per i minori vittime di sottrazioni transfrontaliere. Tale funzione è prevista fin dal 1987; tuttavia, agli esordi e fino a tempi relativamente recenti, è stata poco utilizzata. Negli ultimi anni invece, a fronte della crescita del fenomeno delle sottrazioni internazionali, il legislatore europeo intende rilanciare questa figura. Più concretamente, il mediatore in discorso ha il compito di riunire e coordinare i casi di controversia tra genitori che rifiutano l'accesso ai loro figli, per poi tentare di favorire il raggiungimento di un accordo volontario tra il genitore che ha sottratto il figlio e l'altro genitore, avendo sempre riguardo, com'è intuibile, all'interesse del figlio; anzi, il ruolo principale del mediatore consiste proprio nel vigilare affinché sia rispettato il miglior interesse del minore, cercando di favorire una risoluzione alternativa, cioè a dire stragiudiziale, alla controversia, cercando così di risparmiare alle parti le tensioni e le angosce che derivano dai procedimenti giudiziari, in specie in questa materia. L'accordo che le parti dovessero raggiungere davanti al mediatore, oltre ad essere raggiungibile attraverso una procedura più rapida e meno costosa rispetto ad un procedimento giurisdizionale, può essere sottoposto all'autorità giudiziaria, la quale ne formalizza il contenuto in un provvedimento che può essere riconosciuto, e dunque circolare, in altri paesi. Il mediatore non è un soggetto unico, bensì più propriamente un ufficio, composto da un uomo, una donna, un avvocato, un altro soggetto tecnico non avvocato (psicologo, sociologo, pedagogo), i quali parlino entrambe le lingue delle parti coinvolte nella controversia[92].

[92] V. ampiamente, per ulteriori informazioni su questa figura, il sito *www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do?id=154&pageRank=2&language=IT*

Capitolo V

L'ESECUZIONE FORZATA DEI PROVVEDIMENTI CONCERNENTI IL MINORE

"Per la gioventù aveva un debole.
Forse perché prometteva tanto ed era
così breve; e gli sembrava che
l'amarezza che essa prova quando
la realtà infrange le sue illusioni
fosse qualcosa di più patetico
di molti più gravi malanni".
W. Somerset Maugham, *Acque morte*

1. *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia familiare: spunti di riflessione*

Il tema dell'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia familiare è problema di difficile approccio fin dal momento iniziale, ovvero quello di individuazione delle questioni e del metodo al quale pensare di far ricorso per cercare di approntare una possibile risposta. A mio avviso, è necessario muoversi in un'ottica di semplificazione e di concreto pragmatismo; senza trascurare, evidentemente, i princìpi. Quando utilizzo i termini 'semplificazione' e 'pragmatismo', non intendo riferirmi al fatto che sia opportuno spazzare via, in modo quasi irriverente, le elaborazioni compiute a livello dogmatico in questo settore; intendo soltanto fare mio il rilievo della migliore dottrina, che

ha sottolineato la diffusa tendenza ad affrontare i problemi sul piano della stretta tecnica processuale, senza prendere in adeguata considerazione le situazioni sostanziali bisognose di tutela[1].

Ed è proprio da un principio, a tutti noto, che desidero partire.

'Il processo per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quelle utilità che gli sono garantite dalla legge sostanziale'[2]. In quanto principio generale, non si può dubitare che esso trovi applicazione anche con riferimento alla materia del diritto di famiglia, benché la stessa idea di esecuzione forzata, in certo modo, ripugni alla nozione di famiglia, a ben sentire[3]; cionondimeno, il processo esecutivo attinente ai diritti della famiglia rimane sempre e comunque uno strumento per la realizzazione di un diritto sostanziale insoddisfatto[4]; anzi, ad avviso della migliore dottrina, il valore del principio chiovendiano deve essere attuato soprattutto per le situazioni a contenuto non patrimoniale, pena l'abbandono della disciplina del loro godimento ai meri rapporti di forza[5]. Per queste ragioni, il trasferimento del principio generale suaccennato nella specifica materia qui considerata mi porta a condividere la conclusione della dottrina secondo cui, in questa materia più che in altre, è necessario compiere ogni sforzo onde reperire una risposta adeguata, prima di tutto ed il più possibile, al caso concreto, rifuggendo da tecniche predefinite e generalizzate[6].

---

[1] Sono parole di Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in Aa.Vv., a cura di Mazzamuto, *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, cit., p. 63 ss., spec. p. 64, ove l'a. conclude che un approccio siffatto comporta la sottrazione della tematica dell'esecuzione ad ogni considerazione in termini di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, laddove invece, ad avviso dell'a., occorre proprio recuperare la complessità del problema della tutela esecutiva come momento essenziale della tutela giurisdizionale dei diritti.

[2] V. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1935, p. 41.

[3] Per dirla con Fornaciari, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991, p. 4, 'che l'argomento sia delicato e che in questa materia l'esecuzione risulti particolarmente penosa, è perfino superfluo osservare'.

[4] Così Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 53 ss. e 284.

[5] V. Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in Aa.Vv., a cura di Mazzamuto, *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, Napoli, 1989, p. 39 ss., spec. p. 50.

[6] Il rilievo, che condivido appieno, è di Danovi, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e pro-*

Pensando al diritto minorile, in particolare, i principali problemi sono rappresentati, innanzitutto, dall'inadempimento del soggetto obbligato alla consegna del minore e talvolta, purtroppo, dalle resistenze che il minore fa all'esecuzione altrui; in qualche caso, i problemi accennati potrebbero presentarsi contestualmente. La delicatezza e la peculiarità della materia, dunque, sono evidenti[7]; e ben si comprende, quindi, il rilievo dell'autorevole dottrina che ha suggerito come, in tema, dovrebbe prendersi in considerazione una riorganizzazione dell'intera materia, tanto che alcuni sono giunti perfino a preconizzare una vera e propria autonomia scientifica del contenzioso in materia familiare, riconoscendo una netta separabilità del diritto processuale familiare dal diritto processuale comune[8].

Consideriamo innanzitutto l'obbligo di consegna del minore.

Inizialmente ci si è interrogati persino sulla coercibilità dell'obbligo di consegnare il minore, in ragione dell'infungibilità del comportamento dell'obbligato[9]; ad oggi, tuttavia, si può affermare pacificamente che l'obbligo in discorso è ritenuto coercibile, e ciò sia che lo si consideri un *pati*, un *facere* o una consegna vera e propria[10].

---

spettive di riforma, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 550 ss., spec. p. 550. Con analoghi toni si esprime anche Vullo, *Il commento*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 238 ss., spec. pp. 238-239, ove l'a. sottolinea come il problema dell'esecuzione forzata dei provvedimenti che riguardano la prole si fa apprezzare non soltanto da un punto di vista sistematico e teorico, ma soprattutto per la delicatezza delle vicende che riguardano i minori nelle quali, ai problemi giuridici, si intrecciano corpose implicazioni di ordine sociale, psicologico, assistenziale, che sono spesso inevitabile corollario del coinvolgimento di soggetti deboli.

7 Per tutti v. Carpi, *La justice en matière familiale en Italie*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 119 ss., spec. pp. 133-134.

8 V. Carpi, *Il giudice civile e i conflitti in materia di famiglia*, cit., p. 79 ss.; Meulders-Klein, *L'autonomia giudiziaria del contenzioso familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1125 ss.; Martinelli-Sansa-Bessone, *Per una ricerca sul 'diritto minorile'*, in *Giur. merito*, 1975, p. 249 ss.

9 Propendevano per la tesi negativa Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, V, pp. 3-4; Bin, *I rapporti di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 185-186; Ferrone, *Inapplicabilità dell'esecuzione in forma specifica al permesso dato al coniuge separato di visitare i figli*, in *Nuovo dir.*, 1972, p. 240 ss.; Schettini, *Processo di esecuzione*, Roma, 1962, I, p. 138.

10 V. Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 799 ss., spec. p. 802, ove l'a. afferma che ad oggi non sia più possibile dubitare della coercibilità dell'obbligo di consegna del minore né della necessità che l'esecuzione avvenga

Nel corso degli ultimi decenni varie sono state le proposte della dottrina sulle possibili modalità della consegna: si è proposto ora un intervento del p.m., ora il ricorso alla polizia giudiziaria o all'ufficiale giudiziario con l'ausilio della forza pubblica, e altro ancora[11].

Fermandoci ad un livello di superficie, se il problema fosse soltanto quello di garantire che, nel rispetto di un provvedimento emesso dal giudice, un minore sia consegnato ad un determinato soggetto, vincendo le resistenze di chi lo ha attualmente in custodia, lo schema operativo più adatto sarebbe indubbiamente quello dell'esecuzione per consegna *ex* artt. 605 ss. c.p.c.[12]. Cionondimeno è difficile immaginare che, nella realtà concreta dei fatti, si ponga solo un problema di consegna, perché spesso il provvedimento del giudice contiene la traccia di un progetto educativo e dispone quindi, per il futuro, un nuovo assetto delle relazioni familiari; col che, l'esecuzione per consegna rivela tutta la sua inadeguatezza a governare la complessità delle situazioni sottese ad un provvedimento siffatto[13], perché l'aspetto materiale della consegna è inappagante rispetto alla complessità dei comportamenti connessi e consequenziali al trasferimento materiale del minore da un genitore all'altro, dovendo il genitore consegnante provvedere non solo ad una mera *traditio*, ma anche ad un'idonea preparazione psicologica ed emotiva, e quello ricevente a tutte le esigenze connesse all'accoglienza del minore[14].

Abbandonato dunque il modello dell'esecuzione per consegna[15], si è posta attenzione a quello dell'esecuzione degli obblighi

---

nelle forme e nelle garanzie giurisdizionali e non in via meramente amministrativa; Canavese, *op. cit.*, spec. p. 336.

[11] V. ampiamente Fornaciari, *op.cit.*, p. 57. Sulla 'assurdità' della prospettiva dell'intervento dell'ufficiale giudiziario in questo campo, v. Carpi, *Il giudice civile e i conflitti in materia di famiglia*, cit., p. 115; in questo senso anche Malagù, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986, p. 102.

[12] V. Canavese, *op. ult. cit.*, p. 351.

[13] V. Canavese, *op. ult. cit.*, p. 352, ove l'a. nota che "non si dovrebbe trattare, quindi, di *strappare* un minore ad un adulto per consegnarlo ad un altro, ma di orientare un rapporto (che è tendenzialmente trilatero) verso un nuovo equilibrio".

[14] V. Danovi, *op. cit.*, p. 532.

[15] Ad avviso di Fornaciari, *op. cit.*, pp. 203 ss. e 341, invece, l'esecuzione per consegna dovrebbe essere il modello al quale fare ricorso in materia di consegna dei minori; l'a. infatti, richiamandosi alla dottrina tedesca, per la quale il *punctum individuationis* dell'esecuzione per consegna non è rappresentato da ciò che viene consegnato, bensì dal comportamento finalizzato al trasferimento, ritiene che, se si

di fare e di non fare, che, a differenza dell'esecuzione per consegna, presenta l'evidente vantaggio di presupporre la necessaria intermediazione del giudice che, in un settore così delicato, pare decisamente opportuna[16].

Un'altra dottrina ha sostenuto l'applicazione della c.d. esecuzione in via breve, cioè di un'esecuzione informale che si svolge, senza necessità di previa notificazione del titolo e del precetto, sotto la direzione ed il controllo del giudice della cognizione, cui andrebbe devoluta la risoluzione di tutte le contestazioni e di tutte le difficoltà che si presentino nel corso dell'esecuzione[17]; proprio per questa sua caratteristica, anzi, lo schema dell'esecuzione in via breve apparirebbe come il più idoneo, anche in ipotesi di resistenze del minore, ove il problema diviene effettivamente cognitivo[18].

---

esamina la consegna di un minore, si nota come ad essa si attaglino le considerazioni applicabili alla consegna di una *res*: la consegna, infatti, produce sempre gli stessi effetti, indipendentemente dal titolo in base al quale essa avvenga, e tali effetti sono parimenti di ordine materiale, consistendo sempre e soltanto nel 'mettere concretamente in contatto' il minore stesso con l'avente diritto alla consegna. Il vero nodo del problema dunque, prosegue l'a., è tenere nella giusta considerazione gli aspetti umani coinvolti nelle vicende in questione, e che potrebbero trovare risposta in un certo grado di flessibilità dell'esecuzione.

[16] V. Moro, *op. ult. cit.*, p. 127; Danovi, *op. cit.*, pp. 536-538.

[17] V. Fornaciari, *op. cit.*, p. 76.

[18] V. Canavese, *op. ult. cit.*, p. 364, ove l'a. parla di un'alternativa 'secca': cioè o il minore è maturo, e allora il giudice non può né discostarsi dal suo volere né imporgli con la forza una scelta contraria ai suoi desideri; o il minore è incapace di autodeterminarsi, e allora è il giudice che valuta il suo interesse e, ove necessario, impone con la forza le scelte adottate. Sostiene l'esecuzione in via breve anche Chiarloni, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni; rapporto del giudice tutelare*, in Aa.Vv., a cura di Fanni, *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, 1999, p. 115 ss., spec. pp. 119-120, ove l'a. chiarisce che a suo avviso il modello delle esecuzioni in forma specifica di cui al terzo libro c.p.c. non sarebbe in generale applicabile all'esecuzione dei provvedimenti concernenti i minori, sia per ragioni simbolico-ideologiche (in quanto sottesa vi sarebbe una visione proprietaria dei rapporti tra il minore e l'adulto) che tecnico-pratiche (perché qui non sono in gioco obbligazioni patrimoniali e, comunque, non si tratterebbe di agire nell'interesse del titolare di un diritto soggettivo quanto piuttosto nell'interesse dal fanciullo); senza considerare che, quando si vada a ragionare in materia di attuazione del diritto di visita, conclude l'a., l'esecuzione classica non è neppure pensabile. Come nota tuttavia Vullo, *op. cit.*, p. 809, il minor tasso formale dell'esecuzione in via breve deve limitarsi alla sola possibilità di omettere la notifica del titolo esecutivo e del precetto, senza ulteriori compressioni del diritto di difesa o del contraddittorio e facendo salva la possibilità delle opposizioni esecutive, sia di merito che formali.

La dottrina che più approfonditamente ha studiato il tema dell'attuazione e dell'esecuzione dei provvedimenti, ha concluso nel senso che il procedimento per obblighi di fare e di non fare di cui agli artt. 612 ss. c.p.c. e il procedimento di esecuzione in via breve sembrino i più adatti, per la loro maggiore flessibilità rispetto a quello per consegna di cui agli artt. 605 ss. c.p.c., a permettere che la consegna avvenga nelle forme più idonee ad evitare disagi psicologici e materiali al bambino, forme e modalità che in concreto possono variare anche grandemente in relazione al contesto ambientale e, soprattutto, all'atteggiamento dei genitori e del minore, alla loro volontà di collaborare, nonché al grado e alla qualità della resistenza che oppongono all'attuazione coattiva dell'ordine del giudice[19].

Le difficoltà tuttavia si acuiscono quando, anziché alla mera esecuzione del provvedimento che dispone l'affidamento, si vada a riflettere sull'esecuzione del provvedimento che dispone il diritto di visita in favore del genitore non affidatario, richiedendo esso una spiccata immediatezza nell'esercizio; il diritto di visita, infatti, non può avvalersi delle forme esecutive classiche, perché il normale *iter* e i tempi che esso richiede non consentirebbero di rispettarne le modalità, rendendo così la prestazione 'irrecuperabile'[20]. In proposito si è sostenuto che la possibilità di munire anche la fattispecie in esame di una tutela esecutiva efficace non possa che passare per la via dell'anticipazione delle fasi esecutive stesse, essendo possibile soltanto in questo modo che l'organo pubblico si surroghi all'obbligato in modo tempestivo; la prima anticipazione riguarderebbe la stessa fase della cognizione, essendo necessario che l'obbligo in questione sia sancito in una condanna in futuro che imponga una volta per tutte all'obbligato di consegnare il minore ad intervalli prestabiliti, eliminando così il problema del tempo necessario a procurarsi un titolo esecutivo. Occorrerebbe, poi, un'unica notificazione del titolo esecutivo e del precetto, anch'essa una volta per tutte, preannunciando tutti gli episodi esecutivi ai quali l'obbligato andrà incontro in ipotesi di inadempimento; infine, occorre anche che sia preventi-

---

[19] Così Vullo, *op. cit.*, p. 810; e Graziosi, *L'esecuzione forzata*, in Aa.Vv., a cura di Graziosi, *I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008, p. 225 ss., spec. p. 229.

[20] V. Fornaciari, *op. cit.*, p. 298.

va la ricerca dei soggetti ausiliari (forza pubblica, ufficiali giudiziari) necessari all'espletamento dell'esecuzione[21].

A ben vedere, e come spesso accade, ciascuna delle posizioni ricordate presenta punti di forza ed altri, inevitabili, di debolezza. A me pare, tuttavia, che su un aspetto non si possa che convenire: come ha sottolineato autorevole dottrina, con una tesi molto equilibrata, dunque certamente apprezzabile, nella fase esecutiva dei provvedimenti concernenti i minori, l'esigenza inderogabile di tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti (*in primis* la prole, ma anche i genitori o gli altri affidatari) impone il ricorso a forme giurisdizionali, tali cioè da garantire il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa; chiarito questo punto, prosegue la dottrina in discorso, la questione della specifica procedura da seguire perde molta drammaticità e non si pone più come scelta necessariamente esclusiva di altre[22].

Dal canto suo, la giurisprudenza sul tema non è stata, almeno fino ad ora, di grande aiuto. Il *leading case* italiano[23], cui nel tempo sono andate adeguandosi in larga misura le pronunce successive, assumendo come parametro per la scelta delle modalità attuative la stabilità del provvedimento, ha ritenuto che se il provvedimento di affidamento minorile da eseguire è contenuto in una sentenza cui l'ordinamento riconosce il massimo grado di stabilità, cioè l'irrevocabilità, l'esecuzione forzata deve avvenire nelle forme giudiziarie previste per gli obblighi di fare e di non fare ai sensi degli artt. 612 ss. c.p.c.; ove si tratti di un provvedimento di volontaria giurisdizione, di per sé inidoneo a divenire irrevocabile ma tuttavia idoneo a regolare i rapporti familiari in modo tendenzialmente stabile, la strada da seguire è ancora una volta quella tracciata dagli artt. 612 ss. c.p.c; se il provvedimento da sottoporre ad esecuzione, invece, ha natura cautelare o comunque carattere interinale e provvisorio, sopravvenendo successivamente ad esso un provvedimento di merito a

---

[21] V. Fornaciari, *op. cit.*, pp. 302-306; è evidente, conclude l'a., che tale regime non potrebbe tuttavia essere la regola, cioè venire applicato ogni qual volta il minore debba incontrarsi con l'altro genitore, per l'ovvio pregiudizio che ne deriverebbe al minore.

[22] V. Vullo, *op. cit.*, p. 809.

[23] V. Cass., sentenza 7 ottobre 1980, n. 5374, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 311 ss.

carattere definitivo, la via esecutiva può essere quella breve, a mezzo dell'ufficiale giudiziario e senza il rispetto di particolari formalità, con l'ausilio, ove necessario, della forza pubblica.

2. *L'ostacolo che non ti aspetti sulla via esecutiva: la volontà del minore che si manifesta di segno opposto a quanto contemplato dal provvedimento*

Un diverso problema, di ancor più difficile risoluzione, è quello in cui ci si imbatte quando la volontà del minore si manifesti di segno contrario rispetto a quanto disposto dal provvedimento sulla cui esecuzione ci si interroga. *Quid* in questa ipotesi?

Personalmente concordo con la tesi di chi sostiene che, in un'ipotesi siffatta, occorrerebbe prevedere anche nella fase dell'esecuzione la necessaria audizione del minore e, in caso, riconoscere al giudice dell'esecuzione, in certo modo contrariamente ai princìpi generali, il potere di rifiutare la tutela esecutiva richiesta pur in presenza di un titolo insindacabile sotto ogni profilo formale[24]. A questo proposito, tuttavia, non si può ignorare la saggia obiezione della dottrina che è contraria alla posizione esposta, per la ragione secondo cui consentire al giudice dell'esecuzione di non procedere, quando riscontri il dissenso del figlio minore, equivarrebbe nella sostanza a riconoscergli il potere di modificare il provvedimento pronunciato dal giudice che lo ha emesso[25]. A mio avviso, un punto di contemperamento tra le due teorie ora richiamate potrebbe ravvisarsi nel modo seguente. Da un lato, infatti, è da condividere la tesi di chi sostiene che, di fronte a resistenze fondate e ad un atteggiamento di rifiuto del minore, l'esecuzione debba fermarsi, per non sottoporre il fanciullo ad

---

[24] V. Danovi, *op. cit.*, p. 541; Palazzo, *La questione dell'esecuzione degli obblighi familiari non patrimoniali*, in Aa.Vv., a cura di Mazzamuto, *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, cit., p. 225 ss., spec. p. 233, ove l'a. afferma che, stanti resistenze e rifiuti da parte del minore, l'esecuzione dovrebbe arrestarsi.

[25] Così Graziosi, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, cit., p. 1302; Id., *L'esecuzione forzata*, cit., p. 233, ove l'a. afferma che ciò determinerebbe un'indebita sovrapposizione funzionale tra fase cognitiva e fase esecutiva, e per evitare questo sarebbe opportuno applicare gli strumenti per ottenere la revoca o la modifica dei provvedimenti.

un'ulteriore violenza. D'altra parte, l'atteggiamento del minore non può essere ritenuto *ex se* sufficiente a paralizzare il titolo esecutivo; la condizione del minore in una ipotesi siffatta richiede, pertanto, che si apra un riesame della situazione sostanziale, per meglio indagare quale sia la volontà del minore e pronunciare un provvedimento che sia anche nel suo interesse e di fronte al quale, dunque, egli non abbia a ribellarsi con comportamenti che facciano sembrare crudele l'esecuzione del provvedimento che il minore rifiuta. È pertanto necessario, da una parte, non procedere con l'esecuzione e, dall'altra, ritornare nella sede della cognizione sul merito per verificare se occorra approntare un diverso provvedimento che verrà a costituire il nuovo titolo esecutivo.

Mi permetto di aggiungere, relativamente al profilo concernente la paralisi della procedura esecutiva di fronte alle resistenze del minore, che il giudice dell'esecuzione la possa disporre soltanto dopo aver proceduto all'ascolto di quest'ultimo; ove le norme interne contemplino l'audizione delle parti del processo esecutivo nell'ordinamento di riferimento, *nulla quaestio*; ma, se così non fosse, il livello di elaborazione raggiunto a livello internazionale sul tema dell'ascolto del minore, unitamente alla sempre crescente attenzione nei riguardi del suo interesse, che è parametro fisso che deve orientare ogni decisione in materia, consentono a mio avviso di ritenere che il giudice possa comunque ascoltare il minore nel corso della procedura esecutiva, pur nell'eventuale silenzio delle norme interne, in applicazione di un principio generale al quale, in quanto tale, è sempre possibile fare riferimento.

3. *Una possibile soluzione, in parte già attuale eppur ancora* in fieri*: le misure di coercizione indiretta*

Le problematiche di ricostruzione nella materia in discorso, che emergono dai profili fin qui accennati e che generano una notevole insofferenza per la difficoltà di escogitare misure processuali realmente idonee a realizzare la soddisfazione del diritto[26], hanno porta-

[26] Così Carpi, *Note in tema di attuazione dei diritti*, in Aa.Vv., a cura di Mazzamuto, *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, cit., p. 157 ss., spec. pp. 158-159.

to molta parte della dottrina a sostenere il ricorso all'introduzione di forme di coercizione indiretta[27]. L'infungibilità tipica degli obblighi che generalmente sono oggetto della materia familiare conduce infatti, come abbiamo potuto verificare ampiamente, a ritenere insoddisfacenti le forme classiche dell'esecuzione forzata, sostenendo che l'attuazione della condanna dovrebbe avvenire attraverso misure coercitive che inducano l'obbligato ad adempiere[28].

Un riconoscimento della possibilità di ricorrere, nella materia in discorso, a misure di coercizione in via generale, è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; l'alta corte ha più volte avuto modo di affermare espressamente che, "[…] although coercitive measures against children are not desirable in this sensitive area, *the use of sanctions* must not be ruled out *in the event of unlawful behaviour by the parent* with whom the children live […]" (mio il corsivo)[29].

Da tempo, ed in specie nel corso degli ultimi decenni, la migliore dottrina ha costantemente rilevato, con riguardo al nostro ordinamento processuale, che esso non contempla al suo interno un adeguato sistema di misure di coercizione indiretta, capaci di assicurare l'attuazione dei provvedimenti di condanna all'adempimento di obbligazioni ed obblighi infungibili, sottolineando (e questo è il punto cruciale) come questo aspetto sia un *vulnus* gravissimo al principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale[30]. Partendo da questa constatazione di fondo, parte della migliore dot-

---

[27] V. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, III, p. 15 ss.; Carpi, *Note in tema di attuazione dei diritti*, cit., p. 168; Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 77; Chiarloni, Ars distinguendi *e tecniche di attuazione dei diritti*, in Aa.Vv., a cura di Mazzamuto, *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, cit., p. 183 ss., spec. p. 184; Ferroni, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, ivi, p. 235 ss., spec. p. 239; ; Danovi, *op. cit.*, p. 551; Malagù, *op. cit.*, p. 104 ss.

[28] V. Malagù, *op. cit.*, p. 237.

[29] In questo senso v., di recente, Corte eur. dir. uomo, sent. 12 marzo 2007, causa n. 35853/04, *Bajrani* v. *Albania*, in *Eur. human rights rep.*, 2008, p. 547 ss.; ancora, sent. 27 luglio 2006, causa n. 7198/04, *Iosub Caras* v. *Romania*, ivi, 2008, p. 810 ss.

[30] V. Carpi, *Note in tema di attuazione dei diritti*, cit., pp. 405-406; Denti, *'Flashes' su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 255 ss.; Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 165 ss., spec. c. 167; Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*,

trina si è dichiarata favorevole all'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive, atipico perché così in grado di approntare una tutela giurisdizionale specifica ed effettiva a diritti sostanziali previsti dalla legge come tali[31]. Dall'analisi dei rapporti tra diritto sostanziale e processo, infatti, emerge che la tutela di condanna può essere chiamata ad assumere connotati e funzioni notevolmente diversi in relazione alla diversità dei bisogni di tutela propri o della struttura delle singole posizioni sostanziali o delle peculiarità della crisi in cui ogni posizione giuridica soggettiva può venire a trovarsi. Per questa ragione, la tutela di condanna può essere chiamata ad assolvere non soltanto la funzione di tutela repressiva (cioè diretta ad eliminare gli effetti di una violazione già compiuta), ma anche la funzione di tutela preventiva (dunque diretta ad impedire la violazione o la sua continuazione). Da queste premesse discende che, specie in tutte le ipotesi in cui l'esecuzione forzata è inidonea ad assicurare l'attuazione della sentenza di condanna, possono soccorrere proprio gli istituti che rientrano nella categoria delle misure coercitive, e che sono diretti a provocare l'adempimento spontaneo dell'obbligato attraverso la 'minaccia di una lesione del suo interesse più grave di quella che gli cagiona l'adempimento'[32].

Rimanendo nell'alveo della dottrina più autorevole, e sempre nel senso dell'introduzione di misure di esecuzione indiretta, si distingue la posizione di chi non concorda sul profilo dell'atipicità; ad avviso di questa dottrina, infatti, sarebbe forse preferibile preselezionare per via legislativa singole ipotesi di misure coercitive perché, facendo altrimenti, si attribuirebbe al giudice un potere discrezionale molto ampio, che richiederebbe notevoli equilibrio e

1986, p. 635 ss., spec. p. 669; Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1998, XX, 2, p. 215 ss., spec. p. 352 ss.

[31] V., per tutti, Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., pp. 55-56, ove l'a. conclude che, quanto alla possibilità di concorso o meno delle misure coercitive con le forme di esecuzione forzata, si tratta di un problema di mera opportunità.

[32] V. ampiamente sul tema Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss., spec. pp. 1105 e 1161-1162; Id., *Note sulla tutela civile dei diritti*, cit., c. 165 ss.

ponderazione[33]. Altri ancora, infine, ragionando *de iure condendo* ha ritenuto che la direzione nella quale muovere debba essere quella dell'introduzione nel nostro ordinamento di un'esecuzione indiretta vera e propria; ciò, peraltro, non dovrebbe condurre all'eliminazione dell'esecuzione in via diretta, dovendosi predeterminare per legge i rapporti fra queste due forme di esecuzione[34].

Prima di verificare qual è la situazione attuale nel nostro ordinamento ad oggi con riguardo a questo specifico tema, è opportuno guardarsi un po' intorno.

4. *Esecuzione e misure di coercizione indiretta: spunti da oltre il confine*

Guardando al panorama comparatistico, è dato di osservare elementi di (ora maggiore ed ora minore) conforto alle suggestioni cui sopra ho accennato.

Emblematica in materia è certamente la figura della *astreinte*, caratteristica del modello francese. Essa si traduce sostanzialmente in un provvedimento di condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro, per ogni giorno (o diversa unità di tempo) di ritardo nell'adempimento di un'obbligazione, al fine di indurre l'obbligato all'adempimento, essendo beneficiario di tale somma il creditore stesso dell'obbligazione; si tratta, quindi, di una vera e propria forma di esecuzione indiretta del provvedimento.

Più precisamente l'*astreinte*, che la dottrina d'oltralpe definisce in via generale come 'une condamnation pécuniaire prononcée par le juge, ayant pour but de vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant et de l'amener à exécuter une décision de justice'[35], può essere pronunciata da qualunque giudice, anche d'ufficio, con riguardo a obbligazioni di fare, non fare, consegna o rilascio e anche per obbligazioni a contenuto pecuniario. La misura dell'*astreinte* non è

---

[33] In questo senso Chiarloni, Ars distinguendi *e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 204.

[34] Così Fornaciari, *op. cit.*, pp. 344-347.

[35] V. H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud-Chabas, *Leçons de droit civil*, II, 1, Parigi, 1998, p. 1027.

predeterminata dalla legge, essendo invece il giudice che ne decide discrezionalmente l'ammontare, senza che debba motivare in modo particolare sul punto; la somma oggetto dell'*astreinte* può essere modificata in qualunque momento, in considerazione dello svolgersi degli eventi e, soprattutto, del comportamento dell'obbligato. In via generale, la competenza a pronunciare l'*astreinte* è attribuita al giudice dell'esecuzione, salva l'ipotesi in cui il giudice che ha pronunciato il provvedimento non se ne riservi la liquidazione o resti 'saisi de l'affaire'; nota particolarmente interessante è che, ad oggi, anche il giudice che pronuncia un provvedimento di *référé* può contestualmente provvedere in ordine all'*astreinte*, come prevede espressamente l'art. 491 *n.c.p.c.*[36].

Come è stato notato, essendosi rivelata misura coercitiva particolarmente efficace, si è assistito ad una netta tendenza alla sua generalizzazione, ossia a prevederne l'impiego ogni qualvolta si tratti di assicurare l'attuazione coattiva di un obbligo sancito in un provvedimento del giudice; in sostanza, se inizialmente veniva considerata un rimedio utilizzabile in tutte le ipotesi in cui non fosse possibile ricorrere ad altre forme di esecuzione, nel corso del tempo è diventato invece istituto generale, applicabile in ogni caso ed anche in concorrenza, e in via preferenziale, rispetto ad altri strumenti di attuazione dei provvedimenti del giudice[37].

Negli ordinamenti di *common law*, ancora, se i diritti a contenuto economico-patrimoniale sono attuati essenzialmente attraverso forme di esecuzione diretta per consegna o rilascio o per espropriazione, le situazioni che non abbiano questo contenuto vengono invece tutelate anche in sede esecutiva attraverso il ricorso alla *injunction*, che si traduce in un ordine di fare o di non

---

[36] La letteratura sull'istituto in discorso è sterminata. Per tutti, v. Perrot-Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Parigi, 2000, p. 80 ss.; Vincent-Prévault, *Voies d'exécution*, Parigi, 1999, p. 25 ss.; Chabas, *La pena privata in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 349 ss.; Capponi, Astreintes *nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 158 ss.; Dondi, *L'*astreinte *endoprocessuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 524 ss.; Perrot, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 658 ss.; Frignani, *La penalità di mora e le* astreintes *nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 506 ss.

[37] V. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 86-94.

fare e che ha la particolare caratteristica di adattarsi, nel suo specifico contenuto, a qualunque situazione bisognosa di tutela[38]. I provvedimenti in materia di famiglia, insieme ai c.d. nuovi diritti, vengono tutelati seguendo proprio questa direttrice principale, ovvero l'estensione ad esse della misura dell'*injunction*, il mancato adempimento alla quale viene sanzionato attraverso lo strumento coercitivo più efficace ed atipico, il *contempt of Court*[39]. A questo proposito, anzi, autorevole dottrina ha sottolineato come la dottrina di *common law*, che considera il *contempt of Court* uno strumento indispensabile ai fini dell'adempimento delle obbligazioni, si stupisca di fronte ai frequenti casi in cui, negli ordinamenti di *civil law*, esistono provvedimenti per i quali mancano forme di coazione all'adempimento[40]; il tema non può essere qui sviluppato, basti tuttavia ricordare che le differenze insite fra il nostro sistema e quello anglosassone (a cominciare dal principio di elettività dei giudici, solo per fare un esempio), sconsigliano l'imitazione del modello nel nostro ordinamento[41].

È invece interessante notare, con riferimento all'esecuzione in forma specifica, come spesso il provvedimento non fissi analiticamente ed in anticipo le singole attività esecutive che dovranno essere svolte, bensì indichi il risultato che l'esecuzione deve produrre e, eventualmente, i criteri generali che devono essere seguiti; quanto all'*injunction* in materia familiare, invece, si rileva che il suo punto di forza sta nel fatto che l'obbligato inadempiente può essere condannato ad un'ammenda fissata discrezionalmente dal giudice, sen-

---

[38] V. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 66-68, ove l'a. conclude che attraverso l'*injunction* "il sistema della tutela compie un salto deciso verso la completezza, perché diventano giustiziabili tutte le situazioni sulla base dell'esigenza particolare di attuazione che emerge nel caso concreto"; Dondi, *Tecniche di esecuzione nell'esperienza statunitense*, in Aa.Vv., a cura di Mazzamuto, *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, cit., p. 249 ss., spec. p. 264, ove l'a. nota come nel settore dei c.d. *non money judgments* si abbia la netta prevalenza delle tecniche di esecuzione indiretta.

[39] V. ancora Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 69-70; Dondi, *op. ult. cit.*, p. 266 ss.

[40] V. Frignani, *Il 'contempt of Court' quale sanzione per l'inesecuzione dell'*injunction, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 112 ss.

[41] V. ampiamente i rilievi critici di Chiarloni, Ars distinguendi *e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 198 ss.

za limiti, o anche alla carcerazione, nonché al sequestro dei beni, fino a che non decida di eseguire la prestazione dovuta[42].

Quanto infine al modello germanico, esso prevede, per gli obblighi di fare infungibili, che si ricorra a forme di esecuzione indiretta, consistenti nell'imposizione di pene pecuniarie o nell'arresto[43]. In questo sistema processuale, tali forme di esecuzione indiretta hanno natura penale e trovano il loro modello nelle *Zwangsstrafen*; tali misure coercitive sono previste ai §§ 888-890 *ZPO*, e consistono in strumenti di coartazione della volontà del debitore che trovano applicazione nell'ipotesi di inadempimento di obblighi di fare infungibili o di obblighi di non fare. La misura può essere disposta solo su istanza del creditore e consiste nella condanna al pagamento di una somma di denaro (*Zwangsgeld*) nel limite massimo stabilito dalle norme sopra ricordate ovvero, nel caso in cui la somma non possa essere riscossa, in una misura limitativa della libertà personale come l'arresto (*Zwangshaft*); a differenza di quanto si è visto accadere nell'ordinamento francese, in Germania la pena pecuniaria non è pagata al creditore ma allo Stato[44].

5. *Lo stato dell'arte nel nostro ordinamento*

Già anteriormente alle riforme più recenti, sulle quali mi soffermerò oltre, il nostro ordinamento, privo di una clausola generale in materia di misure di coercizione indiretta, conosceva alcune ipotesi di misure coercitive, prevalentemente di natura penale.

In particolare, si possono qui ricordare i casi tipici in cui la legge ritiene di fare affidamento sulla supposta persuasività della sanzione penale per indurre il debitore ad adempiere, previsti rispettivamente dall'art. 28, comma 4°, della legge n. 300 del 1970 (statuto dei lavo-

---

[42] V. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 73-75; Silvestri, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 49 ss.

[43] V. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 78-80.

[44] V. Schuschke-Walker, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 1997, pp. 1318 ss., 1345 ss., 1350 ss.

ratori) e dall'art. 15, comma 4°, della legge n. 903 del 1977, con cui si prevede l'applicabilità delle sanzioni di cui all'art. 650 c.p. per l'ipotesi di inottemperanza ai provvedimenti con cui venga ordinata la cessazione e la rimozione degli effetti, in un caso delle attività antisindacali e nell'altro delle attività discriminatorie fondate sul sesso; ancora, si può ricordare l'art. 42, comma 8°, della legge n. 40 del 1998, ove si prevede la punibilità ai sensi dell'art. 388, comma 1°, c.p., del datore di lavoro il quale non cooperi all'esecuzione dei provvedimenti pronunciati dal giudice per far cessare o rimuovere gli effetti dei comportamenti discriminatori di cui all'art. 41 della legge medesima.

Più interessante, seppur non scevra di problemi, si presenta subito fin dal suo primo apparire il corrispondente profilo previsto dalla legge in materia di protezione contro gli abusi familiari. Come si ricorderà, la legge 4 aprile 2001, n. 154, ha introdotto, attraverso le norme di cui agli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., i cc.dd. ordini civili di protezione in materia di abusi commessi in famiglia, prevedendo che il giudice civile possa ordinare, al coniuge o al convivente autore di un comportamento qualificabile come 'abuso familiare', di allontanarsi dalla casa familiare nonché di non avvicinarsi ai luoghi normalmente frequentati dalla vittima dell'abuso; tali provvedimenti hanno sempre durata temporanea (sei mesi al massimo), prorogabile solo ove esistano gravi motivi e solo per il tempo strettamente necessario. Non rileva ai miei fini soffermarmi qui sulla natura dei provvedimenti in discorso, ovvero sulla questione se essi appartengano alla sfera della giurisdizione contenziosa o volontaria e se abbiano natura cautelare o meno[45]; ciò che qui interessa sono soprattutto i profili esecutivi.

---

[45] Ampiamente sul tema v. Vullo, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Riv. trim. dir. dir. proc. civ.*, 2005, p. 129 ss.; D'alessandro, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari*, ivi, 2007, p. 225 ss. In generale sull'istituto in discorso, v. De Marzo, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 266 ss.; Dolcini, *L'allontanamento del genitore violento dalla casa familiare*, ivi, 2003, p. 485 ss.; Figone, *Violenza in famiglia e intervento del giudice*, ivi, 2002, p. 506 ss.; Id., *La legge sulla violenza in famiglia*, ivi, 2001, p. 355 ss.; Mazzotta Mariani, *In tema di ordini di protezione in materia familiare*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 950 ss.; Abram-Acierno, *Le violenze domestiche trovano una risposta normativa*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 323 ss.

L'art. 342 *ter*, ultimo comma, c.c., dopo aver ripreso in larga parte l'art. 669 *duodecies* c.p.c. in materia di attuazione delle misure cautelari, stabilisce che il provvedimento del giudice debba necessariamente indicare, fin dal momento della pronuncia, le modalità di attuazione del provvedimento medesimo; la legge, cioè, riconosce al giudice di stabilire le modalità di esecuzione di queste misure, beninteso quanto ai provvedimenti relativi all'allontanamento dalla casa familiare e agli altri obblighi di fare e di non fare imposti al coniuge o al convivente, perché per i provvedimenti condannatori a contenuto patrimoniale è ancora da seguirsi la via di cui al libro III del codice di rito civile[46]. L'aspetto qui di maggior interesse, tuttavia, è quello contemplato dall'art. 6 della legge n. 154 del 2001: tale norma, infatti, prevede a garanzia degli ordini di protezione che l'inosservanza del provvedimento esponga il soggetto obbligato all'applicazione della pena prevista dall'art. 388, comma 1°, c.p.c., introducendo così una nuova ipotesi di misura coercitiva di natura penale, che va ad aggiungersi a quelle indicate in principio. La previsione non ha riscosso particolare successo in dottrina: si è evidenziato, infatti, che lo strumento non è il più adatto a risolvere le possibili difficoltà nei casi di specie, e che ben sarebbe stato più efficace introdurre invece una misura coercitiva di carattere patrimoniale[47].

Al panorama ora accennato si è venuta ad aggiungere l'introduzione di un sistema progressivo di misure coercitive indirette: l'art. 709 *ter* c.p.c., infatti, inserito nel nostro ordinamento processuale dall'art. 2 della legge n. 54 del 2006, prevede una serie di violazioni sanzionabili attraverso alcune misure afflittive, volte ad assicurare il rispetto di tutti i provvedimenti *lato sensu* di affidamento, istruzione ed educazione dei minori. In particolare, la norma prevede che il giudice possa ammonire il genitore inadempiente, disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore o dell'altro genitore, condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore

---

[46] Sulla natura 'speciale' di questa forma di esecuzione, v. Vullo, *op. ult. cit.*, p. 131.

[47] Così Vullo, *op. ult. cit.*, p. 157; Silvestri, da ultimo in Carpi-Taruffo (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, *sub* art. 736 *bis*.

della cassa delle ammende: considerata la lettera della norma ora riportata, non si possono che condividere le perplessità espresse dalla dottrina su queste misure, tacciate di scarsa qualità tecnica e di approssimazione, tanto nell'individuazione delle fattispecie sanzionate quanto delle misure afflittive[48].

Infine, esulando dall'àmbito del diritto di famiglia, sono rintracciabili altre misure coercitive tipiche a carattere patrimoniale, cui è opportuno almeno un cenno. In materia di diritti dei consumatori, l'art. 3, comma 5° *bis*, della legge n. 281 del 30 luglio 1998, intitolata 'Nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti', prevede una misura coercitiva pecuniaria per inadempimenti e violazioni ivi previsti; ciò che pure accade nella previsione di cui all'art. 8, comma 3°, del d.lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; nonché nella norma di cui all'art. 124 del codice della proprietà industriale, ove si prevede che con la sentenza accertativa della violazione del diritto di proprietà industriale e condannatoria dell'obbligato all'astensione dal comportamento illecito, il giudice possa stabilire il pagamento di una somma per ogni ritardo o violazione nell'esecuzione del provvedimento[49]. Al di là delle specifiche previsioni, cui ho ritenuto di dover accennare a fini di tendenziale esaustività (pur meramente a volo d'uccello sul tema, ma necessariamente per tentare di chiudere il cerchio sul punto), si può dire che se, da una parte, la progressiva introduzione nel nostro ordinamento di misure coercitive tipiche andava ad attenuare

---

[48] Così Graziosi, *L'esecuzione forzata*, cit., spec. pp. 234-235 e p. 239, ove l'a. conclude nel senso per cui lo strumento è senza dubbio pregevole, ma costruito in modo approssimativo. Sul punto v. anche Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, cit., pp. 1016-1017, ove l'a. sottolinea che la norma in discorso, evidenziando la necessità di attribuire un effettivo controllo al giudice della cognizione anche nella fase dell'attuazione dei provvedimenti, munendolo di strumenti effettivi, rinsalda l'idea che le tecniche coercitive e compulsorie meglio si adattano alla tutela degli obblighi in esame rispetto a forme di esecuzione per surrogazione; e Zingales, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709*-ter *c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 404 ss., ove l'a., pur apprezzando in via generale la riforma introdotta dal legislatore, conclude auspicando una 'riforma della riforma', a causa delle lacune e dei vizi riscontrabili nella disciplina predisposta.

[49] L'analisi del panorama appena schizzato fa dire a Vullo, *op. ult. cit.*, pp. 157-158, che il legislatore avrebbe agito con maggior coerenza ai più recenti indirizzi di politica processuale se avesse affidato ad una misura coercitiva di carattere patrimoniale anche la garanzia dell'attuazione degli ordini contro la violenza in famiglia.

in certo modo la nostalgia per la mancanza di una clausola generale sul punto, dall'altra, in buona sostanza, ne andava accrescendo il senso di vuoto, in specie per gli appassionati di costruzioni sistematiche e pur efficaci dal punto di vista dell'economia legislativa[50].

A colmare la lacuna presente nella disciplina positiva ed evidenziata a gran voce dalla dottrina[51], auspicando l'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, possibilmente costituito da un'unica norma a contenuto generale e atipico, è da poco intervenuto (si dica sùbito, in modo parziale e non del tutto soddisfacente) il legislatore: l'ultima riforma del codice di rito interno ha previsto l'inserimento nel codice di procedura civile di un nuovo art. 614 *bis*, il quale, dedicato in rubrica proprio all'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare, stabilisce che il giudice possa fissare con il provvedimento di condanna, su istanza di parte, la somma di denaro al cui pagamento è tenuto l'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva del provvedimento, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del medesimo; l'ammontare della somma in questione, prosegue la norma, viene determinato dallo stesso giudice, tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile, nonché delle condizioni personali e patrimoniali delle parti, unitamente ad ogni altra circostanza utile[52].

Al pari di ogni altro istituto processuale, la norma andrà verificata nella prassi concreta; sembra potersi affermare sin d'ora, tuttavia, che essa potrebbe rivelarsi un utile ed efficace strumento

---

[50] Un problema che si pone, e che qui ritengo di non approfondire *ratione materiae*, è quello dei rapporti tra le misure coercitive tipiche già esistenti all'atto dell'introduzione della norma più generale di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. e quest'ultima. Mi pare che in via di estrema sintesi si possa dire che le prime, per àmbito di applicazione e carattere speciale, in virtù dei princìpi generali in tema di successione delle leggi nel tempo, non sono derogate dalla seconda, che dunque si applicherà solo in quanto, nelle materie suddette, non sia possibile applicare lo specifico rimedio di coercizione indiretta per esse previsto.

[51] Per tutti, nel senso che i tempi fossero ormai più che maturi per l'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive modellate sull'esempio delle *astreintes* francesi, v. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, cit., c. 168.

[52] V. l'art. 49 della legge n. 69 del 18 giugno 2009, in *Gazz. uff.*, 19 giugno 2009, n. 140, suppl. ord. 95/L.

nell'esecuzione dei provvedimenti di consegna del minore e di quelli riguardanti l'ancor più problematico settore dell'esecuzione dei provvedimenti concernenti il diritto di visita. Cionondimeno essa appare sin d'ora suscettibile di qualche rilievo critico. A ben vedere, infatti, pare che ancora una volta il legislatore di diritto interno si sia lasciato affascinare dall'esperienza *extra moenia*, importandola tuttavia con una prudenza che, se in sé non è che virtù positiva, laddove divenga eccessiva, e quindi si tramuti in mancanza di coraggio, rivela tutto il suo lato negativo.

A ben riflettere, infatti, è senza dubbio ravvisabile una somiglianza tra la misura coercitiva introdotta nell'art. 614 *bis* c.p.c. e la figura francese dell'*astreinte*, che si potrebbe considerare la progenitrice, per definizione, di tutte le misure corcitive indirette; tuttavia, è stato subito notato che il campo d'azione dell'*astreinte* è decisamente più ampio di quello che è riservato alla misura coercitiva di diritto interno: l'*astreinte*, infatti, costituisce davvero uno strumento generale a presidio dell'effettività della tutela giurisdizionale, potendo essere comminata da qualunque giudice non solo al fine di indurre l'obbligato ad adempiere obblighi di fare o di non fare, ma anche in funzione compulsoria rispetto all'adempimento di una condanna a contenuto pecuniario, potendo ogni giudice ordinare un'a*streinte* per assicurare l'esecuzione delle proprie decisioni, senza ulteriori specificazioni in merito alla tipologia delle decisioni rispetto alle quali il ricorso alla misura coercitiva è ammesso; l'indipendenza della misura coercitiva rispetto al risarcimento del danno, nonché la discrezionalità lasciata al giudice sia relativamente al farvi ricorso o meno sia in ordine all'ammontare della condanna accessoria da infliggere, fanno dell'*astreinte* una misura *lato sensu* sanzionatoria che, nata dallo *ius* pretorio, è ora istituto previsto e disciplinato positivamente dal legislatore[53].

L'àmbito di applicazione della misura di diritto interno si presenta, invece, più ridotto; è la stessa rubrica della norma a limitarne lo spettro all'attuazione dei soli obblighi di fare infungibile o di non

[53] V. Silvestri, in Carpi-Taruffo (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, cit., *sub* art. 614 *bis*, par. I; Desdevises, *Astreintes - Introduction*, in *Juris Classeur* (*proc. civ.*), 2004, p. 2120.

fare, con esclusione, dunque, della sua applicabilità ad obblighi diversi dai suddetti, ed in specie agli obblighi aventi ad oggetto un fare fungibile e suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. E non solo ma, rispetto a quanto previsto nell'ordinamento d'oltralpe, ove la misura può essere disposta dal giudice anche d'ufficio[54], l'art. 614 *bis* c.p.c. prevede espressamente che a tal fine sia necessaria l'istanza di parte. Per non dire, poi, della clausola generale di salvezza della 'manifesta iniquità', salvagente per il giudice ma possibile nodo scorsoio per la parte, in presenza della quale l'ufficio giudiziario può disattendere la richiesta in tal senso proveniente dalla parte privata; soltanto un'analisi della prassi concreta, evidentemente, potrà consentire di verificare quale uso verrà fatto di questa scorciatoia che, sola, potrebbe frustrare l'effettività della disciplina introdotta.

Allo stato, mi pare si possa abbozzare una parziale conclusione: pur con le imperfezioni evidenziate, la previsione di una misura coercitiva di carattere patrimoniale può essere salutata con favore; come quasi sempre accade, si sarebbe potuto fare di più e fare meglio. Cionondimeno, si può confidare in un'applicazione giurisprudenziale in grado di far vivere la norma, dandole nella concreta applicazione quell'anima che forse sulla carta è un po' aggrinzita, per vedere di farne, anche nell'esecuzione dei provvedimenti relativi alla materia che qui ci interessa, uno strumento efficace di garanzia dell'effettività della decisione.

6. *Alcune riflessioni (nell'impossibilità di formulare conclusioni?)*

Volendo trarre qualche considerazione che aspiri ad essere conclusiva con riguardo allo specifico tema ora trattato, a me pare che non si possa iniziare se non da un punto fermo, ovvero la circostanza che, come è a chiunque evidente, l'obbligo di pagare una somma di denaro non può adempiersi in via esecutiva nelle stesse forme con le quali si darebbe corso alla costruzione di un immobile o a cui bisogna ricorrere quando l'obbligo, come è nel nostro caso di specie, si traduce nel dover interferire nella vita personale di un minore.

[54] V. in questo cap. *sub* par. precedente.

Esigenze diverse, pertanto, richiedono (per non dire impongono) regole e discipline diverse.

Lasciamo da parte i singoli tipi di esecuzione forzata noti al nostro ordinamento e concentriamo l'attenzione sul tema dell'esecuzione dei provvedimenti concernenti il minore. A mio avviso, sull'onda peraltro di quanto già sostenuto da parte della dottrina sopra richiamata, è proprio la delicatezza della materia che, lungi dal rendere auspicabili regole certe e rigide, che garantiscano la fragilità dell'operazione esecutiva considerata nel suo complesso quando coinvolge un minore, invoca invece regole elastiche, flessibili, che consentano la tutela maggiormente adeguata alle particolarità del singolo caso di specie, sotto la direzione attenta, rapida e consapevole del giudice.

Di quale giudice debba trattarsi, se debba cioè essere il giudice della cognizione o il giudice dell'esecuzione, è la seconda domanda cui rispondere. Non si può infatti trascurare il rilievo compiuto da alcuni, secondo cui nella giurisdizione minorile non può essere accettata la tradizionale e netta distinzione tra processo cognitivo e processo esecutivo; è stato affermato, infatti, che il processo non può che essere unico e tutto condizionato dall'attuazione del prevalente interesse del minore[55]. Unicità del processo non significa tuttavia, almeno a mio avviso, unicità ed immutabilità del giudice chiamato ad occuparsi delle due fasi, cognitiva ed esecutiva appunto; esse infatti, benché inscindibilmente collegate, presentano un innegabile grado di autonomia funzionale nonché, specie in questa materia, di autonomia territoriale. Cerco di spiegarmi meglio ed in altri termini.

Quanto ai provvedimenti che esauriscono la loro efficacia all'interno del territorio di un unico Stato, non vedo difficoltà ad affermare che sarebbe auspicabile la concorrenza, nell'unico giudice, di entrambe le funzioni. Quanto ai provvedimenti che, invece, sono chiamati ad esplicare i propri effetti in uno Stato diverso da quello in cui sono stati pronunciati, si potrebbe immaginare una soluzione diversa, che

[55] V. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 129, ove l'a. conclude che, pertanto, la fase esecutiva non può che essere seguita dal giudice che ha pronunciato il provvedimento di merito; così stando le cose, appare dunque a suo avviso indispensabile una nuova ed autonoma disciplina della esecuzione dei provvedimenti relativi all'affidamento dei minori.

oneri il giudice della cognizione, che è quello che più da vicino appunto conosce (o dovrebbe conoscere) il caso concreto, del compito di individuare le grandi linee dell'azione e delle modalità esecutive, le quali peraltro, proprio perché disegnate in via di ampio respiro e comunque suscettibili di non essere necessariamente ancora attuali se l'esecuzione segue a distanza di molto tempo il processo di cognizione, potranno essere ridefinite dal giudice di quest'ultimo. A ben vedere, infatti, e come peraltro ha sottolineato da tempo la migliore dottrina[56], per l'esecuzione dell'esercizio del diritto di visita è certamente opportuna una norma flessibile che, in relazione a circostanze personali che possono mutare nel tempo, temperi la rigidità di un comando forse emesso in situazioni e con presupposti molto diversi.

In proposito, dunque, potrebbe a mio avviso prospettarsi la seguente soluzione: partendo dal presupposto che, in questo àmbito più che in altri, il momento cognitivo e quello esecutivo sono intrinsecamente legati e dipendenti, è logico pensare che del mutamento delle circostanze possa e debba conoscere il giudice del merito, il giudice della cognizione, che è l'organo più idoneo a ridisegnare, in ipotesi, il provvedimento relativo al diritto di visita dopo che abbia accertato la mutata situazione sostanziale delle parti. Egli procederà altresì all'individuazione, come si diceva attraverso previsioni elastiche e flessibili, delle grandi linee delle modalità esecutive che si ritengono opportune per l'attuazione del diritto come venuto a configurarsi a seguito del mutamento delle circostanze. Se, invece, il mutamento delle circostanze fosse tale da non riguardare gli elementi strutturali del provvedimento (si pensi, per esempio, alla periodicità e alla durata temporale del diritto di visita), bensì elementi che possano ritenersi secondari (ad esempio, la previsione che i genitori siano liberi di stabilire, di volta in volta, in quale luogo debba essere riconsegnato il minore allo scadere della visita), allora in queste ipotesi si può pensare che non debba essere il giudice della cognizione ad essere investito per la modifica del provvedimento bensì che, di questi profili che potremmo considerare 'di dettaglio', possa occuparsi il giudice dello Stato membro dell'esecuzione.

---

[56] V. Biavati, *Il diritto di visita: prove tecniche di titolo esecutivo europeo?*, cit., p. 101.

Parte III

IL SISTEMA NERVOSO DEL PROCESSO MINORILE

Capitolo VI

IL GIUDICE NEL PROCESSO MINORILE

"[…] può darsi che la vita si svolga
in una unità di tempo e di luogo,
come le antiche tragedie,
e la successione del tempo abbia
la misteriosa fissità del cimitero.
Vista da Dio, nel giorno del giudizio,
credo che la vita appaia veramente così".
Salvatore Satta, *Il giorno del giudizio*

1. *Il giudice unico in materia familiare e minorile*

Occuparsi dello studio di un rito non solo comporta che si cerchi di comprendere quali possano essere le migliori norme processuali in ordine a quel genere di controversie, ma implica anche, ed in modo parimenti importante, l'interrogarsi sulla natura, sulle funzioni, sui poteri, in una parola sulle caratteristiche che si ritengono maggiormente idonee a configurare il miglior giudice possibile per quel tipo di rito.

Il processo, in certo modo, non è che una vettura, di cui il conducente può decretare la fortuna, forse anche a dispetto delle qualità intrinseche del mezzo; e poiché un'utilitaria in mano ad un ottimo pilota potrebbe dare filo da torcere anche ad una formula uno che si

trovasse nelle mani di un autista inesperto, se consideriamo il processo minorile come la vettura di cui in metafora, una riflessione sul conducente si palesa più che opportuna.

Volgendo lo sguardo intorno al nostro ordinamento, è dato di scoprire che, in tutta Europa, l'Italia è il solo paese a non aver rinnovato il suo sistema giudiziario minorile dall'anteguerra[1]. Ciò che a noi è sconosciuto, ovvero l'idea di un solo 'giudice della famiglia', marcatamente specializzato, cui siano devolute tutte le controversie familiari e minorili, non è cosa nuova nel panorama comparatistico, tanto di *civil law* quanto di *common law*[2].

Peraltro, le soluzioni adottate altrove, pur divergendo nei particolari, paiono affini nel disegno generale.

In Francia, è dal lontano 1945 che la questione della specificità del contenzioso familiare si pone sempre più in termini di creazione di una grande giurisdizione specializzata; è da allora, pertanto, che si inizia a diffondere l'idea di un diritto processuale dei minori e della famiglia, pur non mancando vari ordini di ostacoli alla realizzazione di un sistema unitario[3].

Più precisamente, è opportuno ricordare qui che nel 1975, due giurisdizioni furono chiamate a conoscere del divorzio: il giudice degli affari matrimoniali (*juge aux affaires matrimoniales*), che è divenuto con la già citata legge n. 93/22 del 8 gennaio 1993 (in vigore dal 1° febbraio 1994) il giudice degli affari familiari (*juge aux affaires familiales*) e che è un giudice specializzato del *tribunal de grand instance*; e il *tribunal de grand instance* medesimo, in formazione collegiale; dal 1993 il *juge aux affaires matrimoniales*

---

[1] V. Fadiga, *Tribunale della persona: le scelte necessarie per arrivare a una buona riforma del settore*, in *Guida al dir.*, n. 41 del 2006, p. 10 ss., spec. p. 10, ove l'a. individua nel r.d. n. 1404 del 20 luglio 1934, istitutivo del tribunale per i minori, la data più recente di intervento sul sistema giudiziario nella materia in discorso.

[2] Così Comoglio, *Giudice specializzato e garanzie processuali nelle controversie di diritto familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 296 ss., spec. p. 297.

[3] V. Hauser, *Le contentieux familiale en France: la form et le fond*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 87 ss., spec. p. 90 ss., ove l'a. individua, tra i 'falsi ostacoli' all'unità generale del processo familiare, la distinzione fra diritto penale e diritto civile nell'àmbito dei minori, quella tra un giudice della 'capacità' delle persone e un giudice della famiglia nonché, infine, la distinzione tra diritto alimentare e diritto familiare.

ha acquisito un ruolo predominante e il *tribunal de grand instance* non ha che un ruolo residuale ed eccezionale[4].

Il *juge aux affaires familiales* fu creato proprio per rispondere all'esigenza di specializzare un giudice in una materia complessa sia dal punto di vista giuridico che umano, ponendo queste controversie nelle mani di un'unica giurisdizione; questo ufficio giudiziario ha competenza generale in materia[5]. Esso conosce, infatti, della materia del divorzio e della separazione fra coniugi, della separazione di coppie non coniugate (soprattutto al fine di decidere in ordine alla residenza dei minori coinvolti nella vicenda), delle azioni in materia di obbligazioni alimentari, dell'esercizio della responsabilità genitoriale, e di altre azioni legate allo *status* del minore. In via di principio si tratta di un giudice monocratico, ma egli può, tuttavia, decidere di rimettere la trattazione della causa al collegio, del quale è egli stesso componente (così dispongono, in particolare, gli artt. L213-3 e L213-4 del *code de l'organisation judiciaire*)[6]. Tale giudice, è stato ripetutamente sottolineato, non assomiglia agli altri, che hanno tipicamente la funzione di risolvere una controversia attribuendo torto e ragione; egli infatti esercita funzioni conciliative, tese non tanto a recuperare le situazioni familiari oggetto del procedimento, bensì a favorire il raggiungimento di un accordo sulle conseguenze della separazione, in specie per ciò che riguarda i figli[7].

Accanto ad essi vi è poi un giudice dei minori (*juge des enfants*), istituito nel 1945, il quale ha una doppia competenza: in materia civile ha la c.d. 'assistenza educativa', procedura che gli consente di

---

[4] V. Malaurie-Fulchiron, *op. cit.*, p. 209; Bruel, *Il sistema francese*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 278 ss.; Cadiet, *A la recherche du juge de la famille*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 235 ss.

[5] Lo nota Cadiet, *Les métamorphoses de la juridiction familiale*, Parigi, 1995, p. 33 ss.

[6] V. Cadiet, *L'institution du Juge aux affaires familiales*, in *JCP*, 1994, I, n. 25, p. 3755 ss.; Kross, *Le statut, le rôle et les compétences du juge aux affaires familiales*, in *Gaz. Pal.*, 1993, p. 1154 ss.

[7] V. Malaurie-Fulchiron, *op. cit.*, p. 210. Interessante statisticamente è un altro dato; le controversie in materia di famiglia rappresentano oggi in Francia più della metà del contenzioso pendente davanti ai *tribunaux de grande instance*, di cui il *juge aux affaires familiales* è uno dei giudici (così Cadiet, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1303 ss., spec. p. 1319).

adottare misure graduate di accompagnamento o di separazione dei genitori e dei minori nell'interesse di questi ultimi, a condizione che siano considerati in pericolo (le sue decisioni, tuttavia, non limitano mai in modo definitivo e irrevocabile l'esercizio dell'autorità genitoriale, non intervenendo egli sul diritto sostanziale); in materia penale, è competente per i reati da loro commessi, decide in camera di consiglio in ordine a varie misure educative e pronuncia in composizione collegiale le sanzioni nei confronti dei soggetti che hanno commesso un reato e non hanno ancora compiuto i diciotto anni[8]. Il panorama evidenziato, pur caratterizzato da una certa evidente frammentazione, non suscita le critiche della migliore dottrina, la quale ritiene di leggerlo in chiave positiva intendendolo come una sorta di evoluzione e di conseguenza dei mutamenti verificatisi a livello sostanziale nel diritto della famiglia e delle persone; in altri termini ancora, la diversificazione delle giurisdizioni competenti viene interpretata come il prolungamento del pluralismo giuridico al quale sembra ispirarsi il legislatore sostanziale: nel contesto della pluralità dei modelli familiari di riferimento che caratterizzerebbe le società della tarda modernità, una diversificazione dei modi di risoluzione del conflitto familiare potrebbe in certo modo corrispondere alle attese stesse degli utenti della giustizia[9].

Nell'esperienza tedesca, alle cause in materia di famiglia era dedicata una serie di procedimenti speciali nel libro VI *ZPO* (§ 606 ss.)[10], e prevaleva ormai da tempo l'idea di un 'giudice della famiglia' specializzato (*Familiengericht*) costituito da apposite sezioni degli organi monocratici di primo grado, le cui decisioni erano impugnabili di fronte all'*Oberlandesgericht* e a cui era devoluta *ratione materiae* (ed a prescindere dal valore) la maggior parte delle controversie afferenti al diritto matrimoniale, familiare e di filiazione (in specie separazione, divorzio e annullamento del matrimonio,

---

[8] V. Bruel, *op. cit.*, p. 279; Hauser, *op. cit.*, p. 91.

[9] V. Cadiet, *A la recherche du juge de la famille*, in Meulders-Klein, *Famille et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruxelles-Parigi, 1997, p. 235 ss., spec. p. 248.

[10] V. Caponi, *Il processo per le cause in materia di famiglia in Germania*, cit., p. 336.

assegnazione della casa coniugale, controversie alimentari, esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti della prole, come si prevede ai sensi del § 23 del *Gerichtsverfassungsgesetzes*); le regole di procedura applicabili a queste controversie erano in parte quelle previste per l'ordinario processo di cognizione disciplinato dalla *Zivilprozessordnung* ed in parte quelle vigenti in materia di volontaria giurisdizione[11]. Tuttavia, la sterzata decisiva sul punto è riconducibile alla recente (e già qui menzionata) *Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (*FamFG*) con cui il legislatore tedesco ha completamente riformato il processo civile relativamente al diritto di famiglia, incidendo anche sul codice di diritto sostanziale (*BGB*). Attraverso questa riforma è stato introdotto un nuovo organo giudiziario, nel quale vanno a concentrarsi le controversie in materia di famiglia, il c.d. *Groß Familiengericht*, la cui competenza, ai sensi del § 111 *FamFG*, si estende ora a tutte le cause relative a matrimonio, minori, filiazione, adozione, assegnazione dell'abitazione e dei mobili facenti parte dell'abitazione, potestà, alimenti e regime patriomiale, cause particolari di famiglia e vita familiare.

Nel Regno Unito poi, se ancora è in corso il dibattito sull'introduzione di una *Family Court*, è stata tuttavia creata già da tempo nella *High Court*, attraverso i *Judicature Acts*, accanto alla *Queen's Bench Division* e alla *Chancery Division*, la *Family Division*, che è l'organo di vertice più alto per la materia familiare[12]. Essa conosce principalmente della materia matrimoniale, della separazione, del divorzio e delle cause che coinvolgono i figli minori, sedendo

[11] V. Comoglio, *op. ult. cit.*, pp. 297-298, ove l'a. conclude nel senso che le indicazioni comparatistiche di *civil law* esprimono una tendenziale preferenza per un giudice specializzato della famiglia in composizione monocratica; Caponi, *op. ult. cit.*, p. 337 ss., spec. p. 349, ove l'a. sottolinea che, per il momento, il legislatore ha rinunciato a delineare un nuovo e unitario processo per le cause in materia di famiglia, donde la circostanza per cui, davanti al *Familiengericht*, vengono trattate cumulativamente cause secondo il rito ordinario, secondo il rito speciale della famiglia e secondo il rito della giurisdizione volontaria.

[12] Notano Harris-Scanlan, *The Children Act 1989*, cit., p. VII, che davanti ad *High Court*, *County Courts* e *Magistrates' Courts* il *Children Act*, entrato in vigore il 14 ottobre 1991, ha stabilito una sorta di 'uniform procedure for children cases'.

pressoché esclusivamente in composizione monocratica[13]. Per poter rivestire tale ruolo, è necessario che il magistrato abbia acquisito profonda preparazione ed esperienza, che risulterà dal conseguimento di un *ticket*, che lo abilita a conoscere delle controversie inerenti alla materia della famiglia e dei minori[14]. Nel processo di rito anglosassone, tuttavia, deve essere sottolineato il ruolo che spetta ad un apparato che assiste i minori nel momento giurisdizionale, il c.d. *Cafcass* (*Children and Family Court Advisory and Support Service*), che opera dal 1° aprile 2001; esso è un organismo pubblico, che risponde al *Lord Chancellor*[15], e si occupa della redazione del già citato *welfare report*, che ha la funzione di informare il giudice sulla situazione e sulle condizioni di vita del minore[16].

Infine, quanto al modello spagnolo, si può rilevare in via generale che l'organizzazione e il funzionamento della giustizia minorile in Spagna presenta numerosi tratti in comune con il corrispondente modello italiano; il sistema iberico mostra, tuttavia, aspetti peculiari che lo differenziano dal nostro. Lasciando da parte la legislazione minorile in materia penale, è opportuno ricordare invece qui la riforma realizzata attraverso la *Ley orgánica de Protección Jurídica del Menor* n. 1 del 15 gennaio 1996, di modifica parziale del codice civile e del codice di procedura civile; essa, abbandonando il modello precedente, che assegnava ai giudici un ruolo preminente nella protezione dei minori, pone oggi l'accento sul ruolo delle pubbliche amministrazioni competenti, principalmente le Comunità Autonome[17]. La scelta di attribuire all'amministrazione un ruolo rilevante

---

[13] V. Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 15 ss., spec. pp. 20-21, ove gli aa. sottolineano che, nonostante il dibattito cui accenno nel testo sia ancora da terminare, la tendenza dominante pare nel senso della introduzione della *Family Court*.

[14] V. Agnello Hornby, *Ascolto del minore, sua rappresentanza e sua difesa nel processo in Gran Bretagna*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 167 ss., spec. pp.168-169.

[15] V. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, cit., p. 197 ss.

[16] Sul *welfare report* v. il cap. II *sub* par. 4.

[17] Le *Comunidades Autónomas* sono ripartizioni amministrative in cui è suddivisa la Spagna; esse godono di ampia autonomia amministrativa e anche legislativa, seppur entro precisi limiti, e benché la legislazione civile sia in via generale di competenza dello Stato, gli interventi nel diritto di famiglia delle Comunità Autonome sono numerosi e rilevanti; v. sul punto Peris Cancio, *Il sistema spagnolo di protezione dei minorenni: attenzione alla prevenzione e sussidiarietà dell'intervento giudiziario civile*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 292 ss.

nelle decisioni che riguardano la situazione giuridica dei minori fa sì che le decisioni che l'amministrazione deve adottare in materia sia regolata dal diritto amministrativo attraverso l'esercizio dei poteri che esso prevede (ad esempio, agire in via di autotutela)[18]. A livello giurisdizionale, giudice competente a conoscere di ciò che riguarda il diritto di famiglia (separazione, divorzio, filiazione, adozione, responsabilità genitoriale) sono i tribunali per la famiglia (*juzgados de famiglia*)[19].

2. *Il giudice del processo minorile nel nostro ordinamento*

Nel nostro ordinamento non si può parlare di un giudice della famiglia bensì, piuttosto, di numerosi giudici per la materia familiare e minorile, la distribuzione di competenze fra i quali crea sovente difficili problemi di coordinamento[20]. Per toccare con mano la palude in cui si va ad addentrarsi quando si considerano le norme sul punto, è senza dubbio opportuno un richiamo a volo d'uccello sulla ripartizione di funzioni cui faccio riferimento[21]. Soltanto per rendere meno faticosa la lettura, non richiamerò a margine di ogni singola competenza la relativa norma attributiva della medesima, ciò che non sarebbe neppure funzionale allo scopo delle righe che seguono, meramente finalizzate allo schizzo del panorama relativo all'argomento che ora ci occupa. Questa parte, peraltro, non potrebbe venire omessa, sol perché noiosa, serenamente; perché, come è stato ironicamente notato, se certo la competenza non è di per sé un argomento emozionante, sapere qual è il giudice al quale rivolgersi

---

[18] V. Peris Cancio, *op. cit.*, p. 294.

[19] V. Sánchez de las Heras, *Il minore nel processo civile e penale in Spagna*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 178 ss., spec. p. 178.

[20] A titolo esemplificativo richiamo l'efficace sintesi numerica di Vaccaro, *La riforma della giustizia minorile e familiare: due nuovi disegni di legge*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 417 ss., spec. p. 418, dove l'a. annota come, nel complesso di interventi civili relativi ai minori nel nostro ordinamento, 55 sono attribuiti al tribunale per i minori, 29 al tribunale ordinario ora in composizione monocratica ed ora in composizione collegiale, 48 al giudice tutelare.

[21] Più elegantemente parla di 'atomizzazione delle competenze' Carpi, *La justice en matière familiale en Italie*, cit., spec. p. 121.

costituisce già un rilevante vantaggio[22]. Inoltre, è accaduto sovente che, nella prassi, la questione relativa a quale giudice sia competente a giudicare di una determinata fattispecie coinvolgente un minore, in quanto questione pregiudiziale di rito, abbia assorbito le energie dell'organo giudicante, con gravi ripercussioni riguardo al merito, rimasto irrisolto e in secondo piano[23].

Iniziando l'esame dal tribunale ordinario, si può verificare come esso abbia numerose competenze in materia, fra le quali: i giudizi di separazione e di divorzio, siano presenti o meno figli minori (nel primo caso, questo giudice si occuperà anche del giudizio di determinazione dell'assegno per la prole minore, dell'affidamento della medesima e dell'assegnazione della casa coniugale); le domande di modifica delle condizioni della separazione o del divorzio (che talvolta possono riguardare il solo punto relativo all'affidamento della prole); le azioni in materia di stato e capacità delle persone (con riguardo ai figli, siano essi minori oppure no: mi limito a ricordare, fra esse, l'azione di disconoscimento della paternità, l'azione di contestazione o di reclamo della legittimità, l'azione per ottenere la legittimazione della prole e l'impugnazione dell'atto di riconoscimento di figlio naturale).

---

[22] Così Luiso, *La ripartizione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: attualità e prospettive*, in Aa.Vv., a cura di Fanni, *Quale processo per la famiglia e i minori*, cit., p. 45 ss., spec. p. 45.

[23] A titolo esemplificativo, ricordo la vicenda di cui in Cass., sentenza 3 novembre 2000 n. 14360, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 38 ss., con nota di Tommaseo, *Il commento*, ivi, p. 41 ss. Nel caso di specie, il contrasto fra coniugi riguardava le scelte scolastiche del figlio (la madre affidataria voleva trasferire il figlio da una scuola ad un'altra, più vicina e dunque più comoda, il padre era contrario); si è arrivati alla suprema corte perché quest'ultima risolvesse la vicenda processuale nella quale il processo si era arenato (la Cassazione ha poi risolto il dubbio sulla competenza in favore del tribunale ordinario e non del tribunale per i minori, in quanto è al primo che devono essere proposte tutte le domande che si configurino come volte a modificare l'assetto dei rapporti coniugali e relativamente ai figli minori stabilito, come nel caso di specie, con la sentenza di separazione o di divorzio). A complicare il quadro, si aggiungano le riflessioni di Vullo, *Il commento*, in *Fam e dir.*, 1997, p. 517 ss. (in nota a Cass., sentenza 4 settembre 1997, n. 8495), spec. p. 521, ove l'a. nota come la natura del procedimento di revisione delle condizioni della separazione non è sempre la stessa, ma muta a seconda delle disposizioni di cui si domanda la modificazione; ciò che fa concludere, se mai residuassero ancora dubbi in proposito, che un'unificazione delle competenze in capo ad un unico organo giurisdizionale è non soltanto auspicabile, ma necessaria.

Al confronto con quelle ora ricordate, più circoscritte appaiono le competenze attribuite al tribunale per i minori, e limitate al rapporto genitori-figli[24]. Tra esse, si possono annoverare: l'autorizzazione al matrimonio del minore e la nomina di un curatore per l'assistenza nella stipulazione della convenzione matrimoniale; l'amministrazione del fondo patrimoniale (proprio nell'ipotesi in cui vi siano figli minori); la costituzione in favore di uno dei coniugi del diritto di usufrutto su una parte dei beni dell'altro coniuge in ipotesi di scioglimento della comunione dei beni e in relazione alle necessità della prole; l'autorizzazione al riconoscimento del figlio naturale, quando il genitore che per primo lo abbia effettuato non dia il necessario consenso; l'autorizzazione all'inserimento del figlio naturale riconosciuto nella famiglia legittima di uno dei suoi genitori; l'autorizzazione all'assunzione del cognome paterno, quando il riconoscimento da parte della madre naturale sia stato anteriore; l'istanza di nomina di un curatore al minore per l'impugnazione del riconoscimento; l'azione di rimozione o reintegrazione dei genitori nell'amministrazione del patrimonio del minore; l'affidamento della prole ad uno o all'altro dei genitori quando essi non siano coniugati; l'affidamento provvisorio del minore ad una famiglia nell'ipotesi in cui quella originaria sia temporaneamente impossibilitata ad assolvere alle sue funzioni educative; e altro ancora.

Alle competenze attribuite a questi due organi giurisdizionali, si aggiungono poi quelle di un terzo giudice chiamato ad occuparsi di famiglia e minori, ovvero il giudice tutelare. Egli nomina il tutore e assume provvedimenti relativi all'educazione del minore e all'amministrazione del suo patrimonio; autorizza il tutore a compiere le operazioni relative al patrimonio del minore (benché, si noti, per quelle di maggiore importanza la competenza spetti al tribunale ordinario); riceve ed approva il rendiconto annuale ed il conto finale alla chiusura della tutela. Come si può vedere, i suoi compiti sono per lo più collegati all'istituto della tutela, dunque all'ipotesi che i genitori del minore siano deceduti o che, per altre cause, non possano esercitare la potestà. Ciò comunque non influisce sull'aspetto

[24] Così Dogliotti, *La giustizia minorile e familiare a una svolta?*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 281 ss., spec. p. 282.

che qui mi interessa considerare, ovvero la pluralità di giudici investiti, nel nostro ordinamento, del potere di conoscere della materia familiare e minorile. Continuando nella verifica delle competenze attribuite al giudice tutelare, infatti, si vede come egli, al di là dei poteri sopra ricordati, estenda la sua competenza ben al di là della materia della tutela: egli, infatti, autorizza le operazioni più rilevanti sul patrimonio del minore compiute dai genitori (benché per la continuazione dell'esercizio dell'impresa sia competente il tribunale ordinario); nomina un curatore speciale in ipotesi di conflitto di interessi patrimoniali tra i genitori e il minore (tale nomina, tuttavia, spetta al tribunale ordinario quando i genitori non possano o non vogliano compiere un atto nell'interesse del figlio minore); è ancora il giudice tutelare ad autorizzare la donna minore di età a procedere all'interruzione di gravidanza. Emerge dunque evidente, da quanto precede ed in buona sostanza, la confusa ripartizione di competenze tra i diversi uffici giudiziari di riferimento[25].

All'interno di questi ultimi, poi, le singole attribuzioni sono ulteriormente frammentate. Per ciò che concerne il tribunale ordinario, le funzioni in discorso non sono attribuite ad una sezione specializzata (come accade, ad esempio, per la materia del lavoro o per le controversie agrarie), benché nella prassi dei tribunali più importanti esse vengano fatte affluire ad un'unica sezione, che peraltro generalmente si occupa anche di altre materie[26]. Il tribunale per i minori, invece, si presenta come un giudice specializzato, composto da due magistrati e da due cittadini, un uomo e una donna, scelti tra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia o benemeriti dell'assistenza sociale, i quali abbiano compiuto il trentesimo anno di età; questo ufficio giudiziario è istituito in ogni sede di corte di appello ed ha giurisdizione su tutto il territorio di essa. Infine, il giudice tutelare è un organo costituito da un singolo magistrato presso ogni tribunale[27].

---

[25] Ancora meno generose sono le parole di Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 283, ove l'a. parla di 'irrazionale, complessa e contraddittoria distribuzione di competenze fra i diversi organi giurisdizionali'.

[26] V. Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 281.

[27] Per un'indicazione esauriente e dettagliata delle singole e specifiche competenze degli uffici giudiziari indicati in materia familiare e minorile, v. Dogliot-

Le decisioni del tribunale per i minori sono impugnabili davanti alla corte d'appello, che su di esse giudica in sezione, composta ricorrendo altresì alla presenza di esperti, che si aggiungono ai tre magistrati componenti la sezione e i cui requisiti sono identici a quelli già indicati sopra per svolgere la funzione di esperto presso il tribunale per i minori[28].

Infine, tanto nei giudizi presso il tribunale ordinario quanto nei procedimenti davanti al tribunale per i minori, è prevista la presenza del pubblico ministero: nei primi, come noto e previsto dal codice di rito civile, egli interviene obbligatoriamente nelle cause matrimoniali e in quelle relative allo stato e alla capacità delle persone, facoltativamente invece ove ravvisi un pubblico interesse; nei secondi, interviene obbligatoriamente in tutti i procedimenti civili e penali, e può talvolta proporre l'azione[29]. È peraltro acclarato che l'interesse del minore non paia sufficientemente tutelato dall'intervento del pubblico ministero, neppure nelle ipotesi in cui esso sia obbligatorio; i poteri del pubblico ministero, infatti, non si ricollegano ad un interesse specifico e particolare, operando egli nel processo per l'attuazione della legge e per assicurare la legalità nella risoluzione della controversia[30].

Le riforme intervenute in materia di diritto della famiglia e dei minori nel biennio 2005-2006, poi, non hanno contribuito più di tanto a far luce nella selva oscura ora richiamata. E ciò con particolare riguardo alla condizione dei figli naturali. Rispetto ad essi, infatti, fino all'entrata in vigore delle norme riformate, vigeva in materia di competenza la seguente dicotomia: il tribunale per i minorenni conosceva dei procedimenti relativi all'affidamento dei figli naturali, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 317 *bis* e 38 disp. att. c.c., mentre apparteneva alla competenza del tribunale ordinario la

---

TI, *op. ult. cit.*, p. 281 ss.; ID., *I giudici della famiglia nel diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 81 ss.

[28] V. DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 281.

[29] V. DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 283.

[30] Così DOGLIOTTI-PICCALUGA, *L'art. 8 della legge sull'adozione prima e dopo la riforma del 2001*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 593 ss., spec. p. 620; nota tuttavia CARPI, *La justice en matière familiale en Italie*, cit., p. 129, che la presenza del p.m. si riduce a un ruolo formale più che sostanziale soprattutto presso il tribunale ordinario, mentre si può dire diversamente del p.m. presso il tribunale per i minori, ove costituisce un servizio autonomo (art. 4 r.d. n. 1404 del 20 luglio 1934) e ha funzioni piuttosto estese.

materia delle questioni economiche relative al mantenimento dei figli naturali, *ex* artt. 148 e 261 c.c. Con l'entrata in vigore della legge n. 54 del 8 febbraio 2006 sull'affidamento condiviso, questa bipartizione di competenze può considerarsi superata: l'art. 155, comma 2°, c.c., nella sua nuova formulazione prevede infatti che, quando provvede sull'affidamento dei figli, il giudice fissi 'altresì la misura e il modo' con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento; pertanto, si può oggi dire acclarato che le misure relative all'affidamento, condiviso o meno, dei figli e quelle economiche relative al loro mantenimento dovranno essere contestuali e contenute nello stesso provvedimento[31]. Tuttavia, chiarito che debba essere lo stesso ufficio giudiziario ad occuparsi e a provvedere sull'affidamento e sul mantenimento dei figli naturali, residua ancora un dubbio: tale competenza spetta al tribunale ordinario o al tribunale per i minorenni?

In dottrina sono state sostenute entrambe le tesi[32]. Attualmente, nel confronto tra le due posizioni, pare vincente quella che radica la suddetta competenza in capo al tribunale per i minori, e ciò a causa di un intervento della Suprema Corte la quale, interpellata in sede di regolamento di competenza, ha affermato che tanto sulle domande relative all'affidamento dei figli naturali quanto su quelle relative al loro mantenimento debba essere il tribunale per i minori a pronunciarsi[33].

Sul punto, sono a mio avviso del tutto condivisibili le perplessità evidenziate dalla dottrina che sottolinea come tale permanere della

---

[31] V. ampiamente Graziosi, *Introduzione*, in Aa.Vv., *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2008, p. 1 ss., spec. p. 9.

[32] Si sono espressi a favore dell'individuazione della suddetta competenza in capo al tribunale per i minorenni Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 388 ss., spec. p. 397 ss.; Balestra, *Affidamento condiviso e figli di genitori non coniugati: l'imperdonabile balletto tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario*, in *Fam. e min.*, 2006, 1, p. 8 ss.; Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la l. 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, p. 1011 ss. Prediligono invece l'attribuzione di tali competenze in capo al tribunale ordinario Graziosi, *op. ult. cit.*, p. 10 ss.; Id., *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam.*, 2006, p. 1888 ss.; Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 356 ss., spec. p. 356; Id., *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1292 ss.

[33] V. Cass., ord., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2049 ss.

competenza del tribunale per i minori sull'affidamento dei figli naturali generi una disparità di trattamento tale da far dubitare persino della legittimità costituzionale dell'impianto: *rebus sic stantibus*, infatti, i figli naturali vedono relegate le loro vicende in quella sorta di terra di nessuno che è il procedimento in camera di consiglio, mentre i figli legittimi si vedono assistiti dalle garanzie piene dei processi di separazione e di divorzio[34]. A queste considerazioni, e ancora in favore della posizione che qui sostengo, sono poi da aggiungere valutazioni di compatibilità della giurisprudenza interna ora richiamata con quanto emerge a livello europeo. Come ho ricordato ampiamente nelle pagine precedenti, infatti, la regolamentazione europea in materia di famiglia e minori prescinde dalla distinzione dei figli in legittimi e naturali, adottando per entrambe le categorie un'identica disciplina; si consideri qui, esemplificativamente, il contenuto che promana del regolamento Ce n. 2201 del 2003: esso si applica alla 'responsabilità genitoriale' a prescindere sia dalla contestualità della decisione su quest'ultima con un procedimento matrimoniale, sia dalla circostanza che i genitori siano uniti dal vincolo coniugale[35]. Alla luce di queste considerazioni, benché ritenga di tornare sul punto in sede di conclusioni, appare più che maturo il tempo per uno squarciamento del velo che consenta agli operatori nelle cui mani la materia concretamente si trova, di gestirla con uno sguardo capace di andare oltre gli angusti confini della disciplina interna, che troppo spesso pare l'unico punto di riferimento non dico preso in considerazione, ma addirittura possibile.

L'*excursus* compiuto non ci allontani tuttavia dal problema centrale di queste pagine, ovvero la diversificata attribuzione di competenze in questa materia. Ad avviso della migliore dottrina, ad essa dovrebbe porsi rimedio attraverso l'unificazione delle stesse in capo ad un solo giudice; e ciò non soltanto perché questo assetto, come anticipavo sopra, è già stato realizzato in diversi ordinamenti a noi vicini, ma soprattutto perché l'unificazione delle competenze è criterio che andrebbe seguìto per ovvie ragioni di semplicità[36].

---

[34] V. Graziosi, *Introduzione*, cit., p. 11.

[35] Rimando al cap. IV *sub* parr. 1 e 2.

[36] Così Luiso, *La ripartizione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni: attualità e prospettive*, cit., spec. p. 50; l'intuizione è risa-

Tuttavia, premessa e ribadita la tendenziale uniformità di voci sull'esigenza di una profonda riforma del sistema ordinamentale nel senso di attribuire ad un solo giudice la materia in discorso[37], è necessario ricordare le diverse proposte avanzate sul punto. In buona sostanza, si fronteggiano sul tema due scuole di pensiero: da una parte, vi è chi sostiene che in ogni tribunale dovrebbe essere istituita una sezione specializzata che se ne occupi[38]; dall'altra, vi è chi sostiene che l'unica riforma auspicabile e di grande respiro consisterebbe invece nell'istituzione di un Tribunale per la famiglia e per i minori, dal quale non escludere la componente onoraria e nel quale unificare razionalmente tutte le competenze in materia, siano esse civili o penali[39].

---

lente in Carpi, *Aspetti processuali del tribunale della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1680 ss., spec. p. 1682 ss.

[37] V. Acquaviva, *Un passo indietro nella tutela dei minori*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 327 ss., spec. p. 327; Dogliotti, *Soppressione del tribunale per i minorenni?*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 323 ss., spec. p. 323; Id., *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 533; Vaccaro, *La riforma della giustizia minorile e familiare: due nuovi disegni di legge*, cit., p. 418, ove l'a. sostiene che la razionalizzazione del panorama attuale può compiersi solo con un intervento riformatore di modifica pressoché totale del sistema esistente, sia a livello ordinamentale che procedurale; Campanato, *op. cit.*, p. 179.

[38] V. Luiso, *op. ult. cit.*, p. 50; Comoglio, *op. cit.*, p. 297, per il quale andrebbe istituita una sezione specializzata in primo grado e una corrispondente sezione presso la corte d'appello; Dogliotti-Piccaluga, *op. cit.*, p. 618; Dogliotti, *I giudici della famiglia nel diritto italiano*, cit., p. 85, ad avviso del quale alla sezione famiglia così creata andrebbero attribuite tutte le controversie che riguardino diritti e interessi dei figli minori, lasciando invece al tribunale ordinario le controversie relative alle questioni economiche che riguardino i genitori e non il minore (per esempio, l'assegno di mantenimento).

[39] V. Acquaviva, *op. cit.*, p. 330; Campanato, *op. cit.*, pp. 179-180, anche se questa, ad avviso dell'a., è formula di difficile realizzazione dal punto di vista organizzativo; Vaccaro, *La riforma della giustizia minorile e familiare: due nuovi disegni di legge*, cit., p. 420, ove l'a. ritiene che l'unica e più logica possibilità sia prevedere l'abolizione del tribunale per i minori e la creazione di un organo unico di primo grado a composizione mista, competente per tutte le questioni di diritto minorile, personale e familiare, cioè a dire separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e suo annullamento, le questioni di diritto di famiglia e delle persone oggi appartenenti al tribunale ordinario, tutte le questioni di diritto di famiglia e minorile oggi di competenza del tribunale per i minori, nonché la competenza per tutti i reati commessi da soggetti in età minore (tale soluzione, prosegue l'a., ovvero un unico e distinto organo giudiziario, con un proprio organico anche di cancelleria e di dirigenza, sarebbe preferibile rispetto a quella della creazione di una sezione specializzata presso il giudice di primo grado, perché la maggiore agilità do-

Benché le riforme attualmente al vaglio del legislatore mirino ad attribuire le controversie in materia familiare e minorile ad un unico ufficio giudiziario, ad un giudice specializzato di nuovo conio chiamato ad esercitare tutte le funzioni in materia familiare (intendendo quest'ultima nella sua più vasta accezione) e finora rientranti nella competenza del tribunale ordinario e del tribunale per i minori[40], a me pare che la prima delle soluzioni suggerite sia preferibile, per le ragioni che vado a spiegare.

Innanzitutto, abbiamo potuto verificare come alcuni fra gli ordinamenti stranieri presi in considerazione abbiano optato per il modello della sezione specializzata presso il giudice di primo grado (infatti, a titolo di esempio e come è emerso dalle pagine precedenti, il *juge aux affaires familiales* e la *Family Division* altro non sono se non sezioni specializzate nel corpo di un più vasto ufficio giudiziario)[41]. In secondo luogo, mi pare che non si possa perdere l'occasione per raggiungere, al contempo, due distinti obiettivi attraverso un'unica soluzione: ovvero l'obiettivo, da una parte, di realizzare l'indispensabile unificazione delle competenze nella materia qui in esame; e quello, dall'altra, di attuare una desiderabile razionalizzazione dell'esistente a livello di vera e propria struttura dell'ordinamento giudiziario di diritto interno.

---

vrebbe riverberarsi in una maggiore rapidità delle decisioni). È invece critico verso la proposta di creazione di un tribunale della famiglia, investito di tutte le competenze in materia, Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 533, perché, ad avviso dell'a., vi è il rischio che un giudice autonomo e isolato accentui tendenze egemoniche già espresse dal tribunale per i minori.

[40] Sul tema di recente e in modo dettagliato v. Tommaseo, *Il Tribunale della famiglia: verso un nuovo giudice per la famiglia e per i minori*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 411 ss., spec. p. 412, ove l'a. nota che la creazione di una struttura giudiziaria specializzata e unificata che abbia la competenza a conoscere l'intero universo delle controversie familiari e minorili pone problemi tecnici di non facile soluzione.

[41] A onor del vero, come ci ricorda puntualmente Berizonce, *Tribunali e processi di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 543 ss., spec. p. 544, nella comparazione trova precedenti di rilievo anche l'idea che le questioni familiari, per le loro caratteristiche, possano essere affidate ad organi giurisdizionali *ad hoc*, i tribunali di famiglia, che ne conoscerebbero attraverso un rito altrettanto *ad hoc*, il processo di famiglia; nella tradizione, sul tema, v. anche Aa.Vv., a cura di Cappelletti, *Access to Justice*, Milano, 1978, I, pp. 210 ss., 450 ss., 712 ss., 840 ss., 934 ss.; Nakamura, *Family Courts. The role of the judge in family conflicts*, in *Effektiver Rechtsschutz*, Würburg, 1983, p. 467 ss.

Cerco di spiegarmi meglio tratteggiando il modello ordinamentale che immagino.

Il primo punto del piano di riforma a cui penso prevede la soppressione del tribunale per i minori. I giudici, che ne formano attualmente l'organico, entrano a costituire la nuova sezione specializzata del tribunale ordinario, dedicata e riservata alla trattazione delle cause in materia familiare e minorile in primo grado, senza eccezioni di sorta: rientrerebbero nella sua competenza, pertanto, sia le controversie familiari che riguardano i soli adulti, sia evidentemente quelle che coinvolgono a qualsiasi titolo un soggetto minore, e ciò tanto in materia civile quanto in materia penale[42]. Corrispondentemente, ad occuparsi della trattazione di queste controversie in secondo grado dovrebbe essere un'istituenda analoga nuova sezione specializzata presso la corte d'appello. Come si vede, non si tratta di creare o istituire nuovi giudici, né di sopprimere semplicemente uffici ora esistenti; la manovra comporterebbe una mera trasformazione di ciò che già esiste in qualcosa di parzialmente diverso, ciò che dunque, considerato da un punto di vista economico e per il bilancio dello Stato, non implicherebbe nessuna voce di spesa aggiuntiva (né, evidentemente, nessun taglio)[43]. Una soluzione siffatta ricomporrebbe divisioni di competenze, eliminerebbe procedimenti paralleli pen-

[42] Anche ad avviso di Acquaviva, *op. cit.*, p. 329, sarebbe da evitare la separazione della competenza civile dalla competenza penale; la giurisdizione minorile, infatti, costituisce un sistema unitario integrato che, ove scisso, vedrebbe pregiudicate fortemente la sua funzionalità e la sua stessa ragion d'essere. Inoltre, come sottolinea Vaccaro, *La riforma della giustizia minorile e familiare: due nuovi disegni di legge*, cit., p. 418, si deve tenere presente che nella giustizia minorile il momento penale e quello civile sono, in molti casi, inscindibili, ed ogni intervento che li volesse separare rischia di ridurre il momento penale alle sue caratteristiche meramente punitive e repressive, rendendolo così improprio ed incompleto perché la sola punizione non è sufficiente quando si interviene nei riguardi di soggetti la cui personalità è in evoluzione; pertanto, solo cumulando le due competenze in un unico giudice sarebbe possibile completare con provvedimenti civili per il minore l'intervento penale, per sua natura rigido, nonostante i particolari benefici previsti per i minori che commettono reati.

[43] Condivido il rilievo di Vaccaro, *op. ult. cit.*, p. 427, ad avviso del quale le sezioni specializzate non andrebbero istituite in numerose sedi, certamente non in tutti gli attuali tribunali, perché ciò determinerebbe scompensi per l'aumentato carico di lavoro nella giustizia familiare, impedendo così una proficua attività di formazione e quindi un'effettiva specializzazione. Ad avviso di Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 24, nell'avvocatura vi sarebbe un

denti, eviterebbe sovrapposizione di interventi sullo stesso nucleo familiare e spesso sulla medesima situazione patologica, rispondendo anche a ragioni di economia processuale, di riduzione dei costi e, auspicabilmente, di tempestività nella risoluzione[44].

Entrambe le nuove sezioni specializzate dovrebbero essere composte congiuntamente, date le caratteristiche della materia di cui devono conoscere, tanto da membri togati quanto da membri laici[45]. In questo senso, indicazioni interessanti provengono anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha ravvisato nella presenza di giudici laici l'elemento qualificante la specializzazione dell'organo della giustizia minorile[46]. Per entrambe le categorie di componenti, evidentemente, occorrono adeguate formazione e specializzazione, insieme umana e giuridica[47]; sarebbe dunque opportuno prevedere corsi di aggiornamento e perfezionamento periodici

---

sostanziale consenso alla prospettiva dell'istituzione di sezioni specializzate presso i tribunali ordinari.

[44] In questo senso v. anche Gatto, *Il processo civile minorile tra tutela e garanzie: basta una sezione specializzata?*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 1013 ss., spec. p. 1013.

[45] V. Vaccaro, *op. ult. cit.*, p. 423, ove l'a. afferma di non comprendere la ragione che ha indotto a mantenere solo nella sede penale la composizione mista del collegio (due giudici togati ed uno onorario), mentre nella sede civile la componente onoraria scompare. Ritiene invece che la collegialità o la monocraticità non siano in sé elementi che favoriscono la specializzazione del giudice Cadiet, *A la recherche du juge de la famille*, cit., p. 261.

[46] Per un riferimento relativamente recente, v. Corte cost., sent. 4 novembre 2003, n. 330, in *Foro it.*, 2004, I, c. 329 ss., ove la Consulta sottolinea come la specializzazione del giudice minorile è assicurata dalla struttura complessiva dell'organo, struttura che, proprio nel 'qualificato apporto di esperti laici', trova le ragioni della propria specializzazione.

[47] V. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, cit., p. 309. In generale ed ampiamente sul tema della formazione e della specializzazione del giudice, rinvio qui a Andrioli, *Il difficile mestiere di magistrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1059 ss.; Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 105 ss.; De Mattia, *La formazione professionale del magistrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1713 ss.; Ghirga, *Riflessioni sul significato di giudice naturale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 805 ss.; Di Federico, *La professione giudiziaria in Italia e il suo contesto burocratico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 798 ss.; Comoglio, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Milano, 1979, p. 477 ss.; La China, *Della selezione e formazione dei magistrati attraverso scuole superiori. Uno sguardo oltre frontiera*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 273 ss.; Trocker, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1283 ss.

(anche a periodicità 'lunga', affinché le pur necessarie esigenze di formazione non si trasformino in uno sgradevole adempimento ma siano un aspetto del proprio bagaglio professionale che il singolo desidera acquisire), perché non è pensabile che si possa prepararsi *una tantum* per lo svolgimento di siffatte funzioni, lasciando alla sola esperienza diretta sul campo l'affinamento delle proprie abilità[48].

3. *Fisionomia del giudicante (parole chiave: terzietà e discrezionalità)*

In quanto il processo tocca le corde dei diritti dei minori, ed in specie ciò avviene quando la posizione del minore viene in rilievo in primo piano nel procedimento e non soltanto come riflesso di una lite che riguarda principalmente gli adulti, è opportuno dedicare alcune riflessioni al ruolo del giudice che si occupa di quel singolo concreto caso, intendendo con il termine 'ruolo' il complesso di poteri, doveri, ampiezze di movimento e limiti che egli deve rispettare o che potrebbe aver diritto a che gli venissero attribuiti.

Un'indagine siffatta è tanto più opportuna in una situazione qual è quella che, per esempio, riguarda l'assetto attuale del nostro ordinamento, ove la normale assenza della qualità di parte in capo al minore può far correre al processo il rischio di uno sbilanciamento del giudice verso il minore, nel senso di farsi portatore e difensore egli stesso del diritto o comunque delle posizioni sogget-

[48] Sul punto v. Nasti, Nihil sub sole novi: *i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti hanno diritto al mantenimento*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 354 ss., spec. p. 359, ove l'a. nota che 'il nostro sistema giuridico appare carente sul fronte della tutela dei figli quando i genitori si separano […] perché non assicura agli operatori del diritto una formazione che li metta in grado di valutare come siano strutturate le dinamiche familiari e dei rapporti tra genitori e figli o quali siano le conseguenze, sul piano affettivo e psicologico, di provvedimenti adottati con finissimi ragionamenti giuridici, ma poco aderenti ad un'effettiva funzione educativa […]'. Sulla necessità di una specifica formazione e del costante aggiornamento dei giudici che si occupano della materia in esame, v. anche Vaccaro, *La riforma della giustizia minorile e familiare: due nuovi disegni di legge*, cit., p. 423, ove l'a. definisce 'evidente' il fatto che la decisione, in materie siffatte, non possa essere presa soltanto sulla base di canoni giuridici, rivelandosi così indispensabile l'apporto di conoscenze diverse da quelle di diritto; e Fadiga, *op. ult. cit.*, p. 11.

tive del minore[49]. Se tale atteggiamento può essere comprensibile dal punto di vista umano, esso tuttavia non è assolutamente auspicabile nella prassi giudiziaria, né comunque è abito sano per il processo, del quale soltanto (e non anche della posizione del minore) il giudice è sovrano, garante e tutore, dovendo perciò mantenersi in una congrua posizione di terzietà, la perdita della quale implicherebbe uno stravolgimento del senso profondo della funzione statuale che in quel momento egli è chiamato a svolgere; nell'esercizio delle sue funzioni, infatti, il giudice è e deve essere prima un giudice che un uomo[50].

A me pare che nei procedimenti in materia familiare in generale, e minorile in particolare, la fisionomia del giudicante si giochi tutta nel bilanciamento di due parametri fondamentali: la terzietà e la discrezionalità; in certo modo si potrebbe dire, con un gioco di parole, che il giudice deve garantire, e deve essere a lui garantita, terzietà nella discrezionalità e discrezionalità nella terzietà. In altri termini ancora, premesso quanto sopra in ordine al profilo della terzietà, è evidente che, dopo di essa, una delle questioni più rilevanti nei procedimenti in questa materia è quella dell'ampiezza degli spazi di discrezionalità che competono al giudice nella gestione del processo. Come è stato efficacemente affermato, infatti, l'esercizio di poteri discrezionali del giudice nell'àmbito del diritto di famiglia e dei minori deve misurarsi sia con esigenze di rispetto degli spazi di autonomia e privatezza che segnano le relazioni tra coniugi e tra genitori e figli, sia con esigenze di protezione di interessi preminenti, come sono quelli dei figli minori ad un'adeguata crescita e formazione della propria personalità[51]. Queste considerazioni, tuttavia,

---

[49] Lo nota Marcucci, *op. cit.*, p. 224.

[50] Sull'assunto, che non dovrebbe neppure essere dimostrato, per cui l'essenza della funzione giudiziaria consiste nell'estraneità e nella terzietà di chi giudica rispetto alla lite, v. Dosi, *Oltre il tribunale per i minorenni verso un nuovo modello di giustizia per la famiglia e per i minori*, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 331 ss., spec. p. 335.

[51] Parafraso da Ferrando, *Giudizialità ed extragiudizialità nella crisi della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 284 ss., spec. p. 286. Insiste sul recupero della terzietà del giudice come linea essenziale di intervento in materia di processo minorile anche Lenti, *Stato sociale e giustizia minorile*, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3 del 2004, p. 11 ss., spec. p. 16.

non possono essere sviluppate senza contare un altro imprescindibile profilo: la natura delle controversie in discorso. Vi è infatti una sostanziale uniformità di vedute sulla circostanza che, in processi di questo genere, non si tratti tanto di decidere chi ha ragione e chi ha torto, a chi appartiene o a chi non appartiene un diritto soggettivo, poiché oggetto della controversia sono relazioni umane, intessute della contestuale esistenza in capo a ciascuna delle parti di rispettivi diritti, sovente fondamentali e personalissimi, l'esistenza di uno dei quali non comporta necessariamente l'inesistenza degli altri, onde occorre ricercarne il contemperamento possibilmente ideale per ciascuna delle parti[52].

Non credo si possa immaginare l'esercizio di funzioni siffatte pensando ad un giudice imbrigliato in rigide ed immodificabili regole processuali, che cioè non gli permettano l'esercizio di quei poteri discrezionali che soli possono consentire di gestire il processo nel modo più idoneo a quanto va emergendo soltanto agli occhi di colui che abbia il polso della situazione concreta; certamente, come è stato opportunamente sottolineato, quanto più si aumentano o si pensa di aumentare i poteri del giudice, tanto più si deve garantire il rispetto del principio del contraddittorio da parte del giudice medesimo in relazione all'esercizio di tali poteri[53].

Permangono comunque difficoltà. Specialmente ove non si sottaccia un rilievo importante, ovvero che il nucleo della specializzazione richiesta per ogni giudice che si occupi della relazione tra minori e genitori risiede nell'essere specializzati a decidere solo se necessario e nella misura strettamente necessaria; a questo dovrebbe servire l'ascolto del minore e, soprattutto, il tempo che ogni singolo magistrato deve dedicare a capire i soggetti coinvolti nel processo e la loro situazione, ciascuna diversa dall'altra; detto in altri termini, tutti i giudici devono decidere, auspicabilmente il più in fretta possibile, ma quando si interviene sulla materia delle relazioni personali,

---

[52] V. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, cit., p. 301; Malaurie-Fulchiron, *op. cit.*, p. 210. In senso contrario v. Magno, *Il minore come soggetto processuale*, cit., p. 62, ad avviso del quale in queste controversie 'la prassi mostra che le parti sono agguerritissime, specie sulle questioni economiche e di affidamento dei minori'.

[53] Così Luiso, *op. cit.*, p. 52.

si deve prima lavorare, e molto, per capire innanzitutto, e poi, ma soltanto poi, per decidere[54]. Il giudice della famiglia e dei minori dovrebbe infatti possedere numerose qualità: uomo d'assetto e di decisione, insieme giurista, ma anche psicologo; il profilo ideale, infatti, sarebbe rappresentato da un giudice che integri, nella sua formazione, conoscenze giuridiche e scienze sociali[55]. 'C'est beaucoup pour un seul homme'[56].

E questa non è neppure la constatazione più preoccupante che può farsi in proposito; una domanda più brutale, infatti, può porsi: premesso tutto quanto sopra, il contenzioso in materia familiare è ancora un contenzioso di ordine giuridico[57]? Rispondere con serietà a questa domanda richiederebbe un lavoro monografico a sé; per questo la lascio qui sospesa, senza tuttavia alcun senso di colpa, convinta che il lavoro scientifico dia risposte attendibili solo quando queste risultino dal *collage* di pensieri provenienti da più ingegni.

4. *La natura della funzione del giudice nel processo minorile: amministrazione o giurisdizione?*

È molto per un solo uomo, in effetti, si diceva poco fa; ma non è ancora abbastanza, nel senso che, a mio avviso, al giudice del processo minorile e della famiglia si chiede qualcosa di più. Cerco di spiegarmi meglio.

---

[54] In questo senso Martinelli, *Per una giurisdizione minorile mite (la giurisdizione della non decisione)*, cit., pp. 40-41.

[55] A questa formazione, come suggerisce la migliore dottrina, si dovrebbe pensare preferibilmente nei corsi di specializzazione post-universitaria e nelle scuole forensi, v. Carpi- Di Federico, *The education and training of judges and lawyers*, in *Role of the organization of judges and lawyers in contemporary societies*, IX Congresso mondiale di diritto processuale civile, Coimbra, 1991, p. 385 ss.; Berizonce, *op. cit.*, p. 550; sul tema ampiamente v. per tutti, Vazquez Sotelo, *Sistemas juridicos y formación de jueces y abogados*, Barcellona, 1995, *passim*.

[56] Per dirla con Malaurie-Fulchiron, *op. cit.*, p. 210. In generale, sulla figura del giudice come efficace organizzatore del processo, rinvio a Zuckerman, *Civil procedure*, Oxford, 2003, p. 350 ss.; Donzelli, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di* case management *giudiziale*, in Lanfranchi-Carratta, *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, p. 515 ss.

[57] Si pone la domanda, senza darvi risposta, Hauser, *op. cit.*, p. 97.

Non è pensabile, almeno ragionevolmente, che ci sia un modo e uno soltanto di fare il (*rectius* di essere) giudice. È a tutti evidente, infatti, che decidere del piantamento di alberi o siepi è diverso dal pronunciare la risoluzione di un contratto, il che è a sua volta diverso dal decidere se Sempronietto sia da affidarsi preferibilmente ad un genitore piuttosto che all'altro e via dicendo. Ora, se per le controversie più asettiche, di cui sopra ho abbozzato una riduttiva ma credo efficace esemplificazione, può forse (e sottolineo forse) ritenersi che possa ancora valere, con i dovuti correttivi, la risalente e un po' polverosa raffigurazione del giudice quale bocca della legge, a me pare che, per le materie più delicate (categoria questa non definita tecnicamente o individuata tassativamente dalle norme, ma agevolmente ricostruibile attraverso l'impiego spesso sottovalutato di criteri di buon senso), si debba ripensare al tipo di attività che al giudice è richiesta nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, chiedendosi preliminarmente se si tratti di vera e propria giurisdizione e di essa soltanto, quindi di decisione su diritti, o non piuttosto di amministrazione di interessi facenti capo ai soggetti coinvolti nel procedimento[58].

Affermando ciò non intendo certo dire (cosa che non sarebbe neppure necessario specificare, ma è preferibile dissipare ogni dubbio) che il giudice del processo minorile non conosce di diritti soggettivi[59] ovvero che si fa (o dovrebbe farsi) portatore dell'interesse del soggetto più debole, *id est* il minore[60]; niente di tutto questo.

---

[58] Rispondeva in senso favorevole al secondo corno del dilemma già De Leval, *Accès à la justice, règles de procédure et attributions du juge dans le procès civil*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 313 ss., spec. pp. 323 s. Sul tema v. il più recente studio di Lipari, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 479 ss., spec. p. 484 ss., ove l'a. sottolinea la difficoltà del ruolo del giudicante nella realtà del nostro tempo, priva di un uniforme panorama assiologico e caratterizzata da una permanente conflittualità, elementi questi da cui discende sovente l'impossibilità per il giudice di offrire una soluzione che sia da tutti condivisa.

[59] Ho impiegato numerose pagine nei capitoli precedenti per diffondermi sulla titolarità in capo alle parti, ed in capo al minore, di veri e propri diritti soggettivi, onde rimando ad esse.

[60] Se così pensassi, mi contraddirei con quanto appena affermato nel paragrafo precedente, ovvero che la terzietà è e deve essere caratteristica prima ed irrinunciabile di qualsivoglia organo che eserciti una funzione decisoria. Sul tema della giustizia minorile da intendersi come giurisdizione sui diritti del minore e non

Ciò che vorrei sostenere è che l'attività del giudice nel processo minorile si configura e si deve configurare come vera e propria attività giurisdizionale su diritti soggettivi; tale attività, tuttavia, non va esercitata in modo, per così dire, meccanico, applicando il vetusto schema del sillogismo del giudice, alla ricerca di quale diritto debba prevalere nello scontro con l'altro, perché trattasi di diritti particolari, sussistenti non *in contrapposizione* l'uno all'altro ma *in relazione* l'uno con l'altro, relazione dal cui equilibrato svolgimento dipende l'equilibrato svolgimento delle esistenze in gioco. Poiché la ricerca dell'equilibrio generalmente può meglio derivare da un'attenta, lucida, elastica valutazione delle carte sul tavolo, piuttosto che non da un rigido calcolo di peso e contrappeso di diritti e doveri, al giudice della famiglia e dei minori si chiede un'attività decisoria più raffinata e creativa rispetto al giudice al quale si chieda di spostare un filare di alberi, essendo a quest'ultimo sufficiente prendere con un metro due misure per rendere la decisione[61].

Queste valutazioni devono essere poi inserite in uno scenario più ampio dal quale non possono che risultare avvalorate. Si ricorderà che ho esordito affermando che obiettivo di questo lavoro è tentare di ricostruire un modello di processo minorile che ho definito ora 'a vocazione europea' ed ora, con un sinonimo, 'Europa-compatibile', in quanto non è più pensabile, ai nostri giorni, per le ragioni esposte in precedenza, che si possano elaborare modelli processuali intracantonali che non siano idonei alla fungibilità con i corrispondenti modelli extraordinamentali e con le tendenze che soffiano a livello sovranazionale. Se tali considerazioni vengono riferite al ruolo del giudice nel processo, non si può ignorare come, a livello europeo, il giudice venga chiamato a sfuggire ad ogni forma di applicazione burocratica della norma, anche processuale, per dare giustizia concreta; l'esigenza di dare spazio al diritto sostanziale, l'attenzione

---

come mera amministrazione del suo interesse, v. Dosi, *Dall'interesse ai diritti del minore*, cit., pp. 151-152.

[61] Con altri termini ma analogamente, v. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Lessico di diritto di famiglia*, Roma, n. 4/2004, p. 25 ss., spec. p. 35, ove l'a. invita a tenere presente che 'nel momento delicato della definizione della crisi finale della famiglia, massima è la tensione fra libertà e responsabilità, valori sul cui equilibrio si fonda il senso stesso dell'esperienza familiare'.

per l'effettività, l'ampio uso di clausole generali unito all'elasticità, ebbene questi sono tutti aspetti che richiedono 'non solo un giudice attivo ma soprattutto creativo'[62]. Ancora, se dal piano della gestione del processo si passa a quello degli interessi in gioco, si vede come al giudice sia richiesto di governare ed amministrare tali interessi, guardando al processo con occhi non imbrigliati da considerazioni troppo formali che impediscano di vedere in esso non tanto la tecnica quanto l'impatto sociale[63]. Se ciò è vero, il giudice contemporaneo 'è sempre più chiamato a svolgere un ruolo attivo di gestione e di composizione della lite attraverso la ponderazione degli interessi'; la linea di tendenza, dunque, pare quella di un giudice attivo e di un giudice amministratore, ciò che apre il problema della qualità degli strumenti e dei poteri che a un giudice così individuato si vogliono affidare; in definitiva, viene aperto il problema del ruolo stesso del processo[64].

A questo punto si può dunque aggiungere a quelle precedenti un'altra conclusione parziale. Il giudice del processo minorile è giudice ed amministratore: giudice, perché terzo ed imparziale rispetto alle parti e perché pone termine al processo emettendo la decisione; amministratore, perché decide non nella rigida applicazione delle norme di diritto ma interpreta e crea egli stesso il diritto vivente, disciplinando l'assetto della situazione sostanziale portata al suo esame.

Sui profili dei poteri e degli strumenti che ad un tale giudice devono essere riconosciuti perché il processo così concepito possa funzionare, tornerò nel capitolo conclusivo.

5. *Uno strumento utile (forse sottovalutato) per disinnescare l'esplosione della bomba 'processo familiare': la mediazione.*

La mediazione familiare può essere considerata un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie; essendo un mezzo alterna-

---

[62] V. per tutti sul tema Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, cit., p. 153 ss., spec. p. 154.

[63] Parafraso da Biavati, *op. ult. cit.*, pp. 155-157.

[64] V. Biavati, *op. ult. cit.*, p. 159.

tivo al processo, dunque, non è processo (anche quando ad essa si faccia ricorso in via incidentale nel corso di un procedimento giurisdizionale, evidentemente)[65].

Le stesse fonti internazionali ne raccomandano l'uso: nel preambolo alla già citata Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori di Strasburgo, del 25 gennaio 1996, gli Stati firmatari sottolineano l'importanza che, in ipotesi di conflitto, le famiglie cerchino di trovare un accordo, e soltanto successivamente, ove ciò non sia possibile, portino il caso davanti all'autorità giudiziaria; così pure all'art. 7 della Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003, ove si raccomanda al giudice 'to encourage parents and other persons having family ties with the child to reach amicable agreements, in particular through the use of family mediation and other processes to resolve dispute'.

Parlare di mediazione familiare in modo compiuto richiederebbe una monografia a sé; in questa sede invece, dove è di vero e proprio processo con minori che si parla, vorrei dunque limitarmi ad accennare ad alcuni profili della mediazione che, tangenzialmente, possono incidere sul rito processuale[66].

---

[65] Lo confermano le chiarissime parole di *sir* Jim Lester, "mediation is a process where a third and impartial person helps those involved in a family crisis, and especially couples on the verge of separation and divorce, to communicate better with each other, and by mutual agreement to reach (personal) decisions relating to, or arising from, separation, divorce, children, financial aspects, property. Mediation is an alternative to decisions taken and imposed by the courts; it is not the fruit of the decisional proceedings of the court", riportate da Pera, *La mediazione familiare: riflessioni per la ricerca di un modello efficiente*, in *Familia*, 2006, p. 901 ss., spec. p. 901. Sul punto v. anche Dainesi, *La mediazione familiare*, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 89 ss., spec. p. 90, ove l'a. sottolinea che, mentre il processo è una risposta al conflitto di tipo antagonistico o competitivo, la mediazione familiare va alla ricerca di una risposta al conflitto di tipo collaborativo, in cui alla logica del bipolarismo vincente-perdente si sostituisce quella della logica bilaterale; e Rescigno, *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, p. 342 ss. sulla mediazione, spec. p. 344 ove l'a. nota che dall'esperienza ricavabile dai settori nei quali vi si fa ricorso, emerge come il mediatore non sia né voglia sostituirsi al giudice, né al consulente tecnico, né agli ausiliari del giudice stesso.

[66] Sul tema rinvio qui a Spadaro, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 209 ss.; Troisi, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, ivi, 2008, p. 267 ss.; Robinson, *Developing Family Mediation*, in *Family Law*, 2009, p. 253 ss.; Conti, *Mediazione familiare e intervento mediativo*, in *Minori giustizia*, 2006,

Il primo interrogativo al quale rispondere ci interpella sull'opportunità o meno di fare ricorso alla mediazione. Al di là delle opinioni dei singoli, un chiaro segnale da cui non si può prescindere proviene dal livello europeo. Già ormai un paio di lustri orsono, infatti, il Consiglio d'Europa ha adottato una Risoluzione[67], invitando gli Stati membri ad introdurre e promuovere la mediazione familiare nei loro ordinamenti o a rafforzarne la disciplina. Ad avviso del Consiglio, obiettivi da perseguire sono l'assicurare la salvaguardia del *best interest* del benessere dei figli, sviluppando tecniche di risoluzione delle controversie il più possibile consensuali in modo da ridurre e comporre i conflitti nell'interesse di tutti i membri della famiglia.

---

p. 172 ss.; Occhiogrosso, *Mediazione e affidamento condiviso*, ivi, 2006, p. 185 ss.; Id., *Il cammino della mediazione*, ivi, 2005, p. 12 ss.; Id., *La mediazione nella giustizia minorile*, ivi, 2008, p. 161 ss.; Id., *Ragioni della mediazione e tutela dei diritti dei bambini*, in *Mediares*, 2006, n. 7, p. 41 ss.; Allegri, *La mediazione familiare tra origini e prospettive di sviluppo*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 199 ss., anche per riferimenti comparatistici; Menicucci, *Mediazione familiare e procedimenti giudiziari: una civile convivenza*, ivi, 2006, p. 215 ss.; Colaianni, *La mediazione come valore costituzionale*, ivi, 1999, p. 32 ss.; Mazzoni, *La valutazione nel processo di mediazione familiare: le risorse della famiglia*, in Ardone, *Percorsi di mediazione familiare*, Roma, 2000, p. 81 ss.; Manera, *La mediazione familiare*, in *Fam., persone e success.*, 2006, p. 813 ss.; Id., *La mediazione familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 813 ss.; Civinini, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1305 ss.; Bernardini, *La mediazione familiare: uno strumento al servizio delle responsabilità di cura*, in *Connessioni*, n. 4 del 1998, p. 39 ss.; Carbone, *La mediazione familiare nella dottrina giuridica italiana, tra enfasi e scetticismo*, in *Minori giustizia*, 2005, p. 22 ss.; Dimattia, *Piccole riflessioni sulla mediazione familiare*, ivi, 2005, p. 31 ss.; Alexander, *Global Trends in Mediation*, Netherlands, 2006, spec. p. 259 ss. sulla mediazione nel nostro ordinamento (e p. 260, ove dalle parole dell'a. traspare il pensiero internazionale sulla situazione interna, sinteticamente descritta attraverso l'espressione 'italian courts on the verge of collapse'); Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., spec. p. 263 ss. su conciliazione e mediazione familiare nei conflitti coniugali; Freeman, *The Family Law Act 1996*, cit., spec. p. X ss., ove l'a. sottolinea come la mediazione sia al centro della nuova disciplina del divorzio dei sistemi di *common law*, e l'intera *part III*, dedicata all'istituto in esame.

[67] Si tratta della Risoluzione 616/98 del 21 gennaio 1998, nota anche come Raccomandazione R(98)1. Il 19 aprile 2004, poi, la Commissione ha presentato un *Libro verde sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale*, mentre è del 2 luglio 2004 il *Codice europeo di condotta per i mediatori*, elaborato da un gruppo di esperti con l'assistenza della Commissione. Per ciò che riguarda specificamente il nostro paese, la mediazione familiare è stata introdotta in Italia attraverso la legge n. 54 del 8 febbraio 2006.

In tempi più recenti, l'Unione europea è intervenuta nuovamente sul tema della mediazione, questa volta attraverso una direttiva (n. 52 del 2008) che mira a disciplinare alcuni aspetti della mediazione, in via generale, relativamente alla materia civile e commerciale[68]. In essa si precisa che il ricorso a strumenti stragiudiziali per la composizione delle controversie è funzionale alla semplificazione e al miglioramento dell'accesso alla giustizia[69], e che, in ogni caso, fra i pregi della mediazione (come pure delle altre forme di risoluzione stragiudiziale delle liti) vi è il poter raggiungere una composizione della controversia 'attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti', che dunque abbiano anche, quanto ai risultati raggiunti attraverso la mediazione, maggiore probabilità che essi siano rispettati volontariamente, preservando più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti[70].

Ciò non deve far ritenere, tuttavia, che l'Europa caldeggi la mediazione come passaggio obbligatorio nella risoluzione delle controversie familiari. Al secondo quesito che dobbiamo porci, infatti, ovvero se alla mediazione possa farsi ricorso a seguito di provvedimento discrezionale del giudice, evidentemente su richiesta delle parti, oppure essa debba/possa essere imposta *ex lege* appunto come uno *step* obbligatorio, si può rispondere ancora una volta guardando alle indicazioni provenienti dal Consiglio nella Raccomandazione citata (II principio), secondo cui, e ragionevolmente, la mediazione non dovrebbe mai essere obbligatoria[71]; essa, tuttavia, si palesa

---

[68] V. la direttiva 21 maggio 2008, n. 52, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in *Gazz. uff. Un. eur.*, serie L/136; e, fra i primi commenti, Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.

[69] Così il considerando n. 3 del preambolo.

[70] V. il considerando n. 6, ove poi si aggiunge che tale beneficio è ancora più evidente e apprezzabile nelle situazioni che presentano elementi di portata transfrontaliera.

[71] Come è confermato, peraltro, dall'art. 3 della direttiva 2008/52, ove si legge che, per 'mediazione', deve intendersi un procedimento strutturato nel quale due o più parti di una controversia tentano esse stesse, *su base volontaria*, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore; il procedimento, prosegue la norma, può essere avviato dalle parti, suggerito

come raccomandabile in quanto, 'alla luce dei risultati dello studio sull'uso della mediazione in diversi paesi, la mediazione familiare ha delle potenzialità al fine di migliorare la comunicazione tra le parti, ridurre il conflitto, creare rapporti amichevoli, dare continuità alle relazioni tra genitori e figli, ridurre i tempi della separazione e del divorzio'[72].

Guardando al diritto interno, poi, l'importanza crescente del tema è confermata anche dalla più recente legge di riforma, fra l'altro, del processo civile. L'art. 60 della legge n. 69 del 18 giugno 2009[73], infatti, delega il governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (prevista per il 4 luglio del medesimo anno), uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in àmbito civile e commerciale[74].

A mio avviso, tornando all'oggetto principale di questo lavoro, nel modello di processo minorile di cui qui vado alla ricerca, dovrebbe poter trovare posto la mediazione familiare nei termini correttamente intesi e che vado ad esporre.

Innanzitutto, deve essere ben chiara la sostanza dell'istituto 'mediazione', perché il giudice sia in grado, ove ne ravvisi l'esperibilità, di descriverla ed eventualmente suggerirla alle parti come soluzione, appunto alternativa, alle loro vicende familiari. Si deve aver ben presente, infatti, che la mediazione non è volta al recupero di una relazione personale fra le parti, e non è neppure una consulenza psicologica o legale, bensì ha la funzione di fornire un ausilio alle parti per stabilire, in certo modo d'accordo fra loro, attenuando così il conflitto, le condizioni della separazione[75]. Secondariamente, mi par quasi logico affermare che non si possa pensare ad un altro

---

od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dalla legge nazionale del diritto di uno Stato membro (mio il corsivo sopra).

[72] Cito testualmente dalla Raccomandazione; sul punto v. anche Pera, *op. cit.*, pp. 912-913; Capilli-Laselva, *Mediazione familiare e progetti di riforma*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 85 ss., spec. pp. 88-90.

[73] V. legge n. 69 del 18 giugno 2009, in *Gazz. uff.*, 19 giugno 2009, n. 140, suppl. ord. n. 95/L.

[74] Non è possibile né funzionale al mio tema approfondire qui questo inciso, rinvio pertanto all'art. 60, comma 3°, legge n. 69 del 2009, per un'analisi dei princìpi che dovranno ispirare le norme che saranno coniate sul tema.

[75] V. Capilli-Laselva, *op. cit.*, p. 86.

tipo di mediazione che non sia facoltativa ed eventuale, sulla scorta peraltro delle indicazioni sovranazionali cui accennavo sopra; in virtù delle caratteristiche stesse della mediazione infatti, ed eminentemente per il fatto di essere volta a cercare un assetto degli interessi in gioco il più possibile 'di comune accordo', non avrebbe alcun senso la previsione di un tentativo di mediazione obbligatorio il quale, in assenza di una concorde volontà delle parti, non sortirebbe alcun risultato se non quello di una perdita di tempo. In terzo luogo ed infine, nell'ipotesi in cui ad essa si facesse ricorso perché lo richiedono le parti o perché queste accettano l'invito loro rivolto dal giudice, la mediazione in questa materia andrebbe correttamente intesa come momento autonomo rispetto al processo al fine di comporre fra le parti i loro rapporti personali, familiari e patrimoniali, naturalmente anche per ciò che riguarda le questioni attinenti al mantenimento e all'educazione dei figli[76].

Volgendo lo sguardo altrove, non sono rinvenibili movimenti del tutto uniformi in ordine all'istituto ora in discorso[77]. Solo per fare qualche esempio, basti pensare che, mentre in Francia (art. 373-2-10 *code civil*) la mediazione è concepita essenzialmente come strumento atto a favorire il dialogo tra i coniugi ed è il giudice stesso a favorire il contatto tra le parti ed esperti di mediazione familiare, ove le parti abbiano manifestato il loro consenso in proposito[78], negli Stati Uniti essa è obbligatoria e assume il carattere di condizione di procedibilità rispetto ai procedimenti di separazione e di divorzio[79]; in Inghilterra, la mediazione familiare è stata istituzionalizzata (attraverso il *Children Law Act* del 1989 e il *Family Law Act* del

---

[76] Così Comoglio, *Giudice specializzato e garanzie processuali nelle controversie di diritto familiare*, cit., p. 300.

[77] Nota Zambrano, *Un modello alternativo di giustizia: la mediazione familiare in Europa*, in *Familia*, 2005, p. 487 ss., spec. p. 492, che l'indagine comparatistica evidenzia come la soluzione adottata vari in dipendenza dello spazio assegnato in ciascun ordinamento ai mezzi di autocomposizione del conflitto e del rilievo attribuito al concetto di *status*, laddove la sua maggiore o minore efficacia e/o praticabilità appare piuttosto dipendere dalla concezione che ogni ordinamento ha sviluppato del processo.

[78] V. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, cit., p. 423.

[79] V. Capilli-Laselva, *op. cit.*, p. 88; Zambrano, *op. cit.*, p. 493; Quadri, *op. loc. ult. cit.*

1996) e viene incoraggiata in via anticipata rispetto al procedimento giudiziario, pur non essendo obbligatoria[80]; in Spagna, inizialmente, la mediazione mirava soprattutto alla riconciliazione, mentre oggi (*Ley* n. 15 del 8 luglio 2005) si orienta a raggiungere gli accordi necessari per regolamentare la rottura, anche per le coppie non coniugate[81]; quanto alla Germania, infine, la mediazione è istituto di estrema attualità ed in pieno sviluppo, presentandosi come una sorta di procedimento senza diritto processuale, in cui il mediatore è libero di organizzarsi nel rispetto, comunque, dei princìpi validi per qualsivoglia tipo di procedimento, ovvero e soprattutto la neutralità e l'imparzialità del mediatore[82].

Le difformità evidenziate non sono a mio avviso idonee ad inficiare la parziale conclusione raggiunta sul punto, ovvero che nel processo riguardante la famiglia e i minori la mediazione, in tutte le ipotesi concrete in cui se ne ravvisi l'esperibilità (e quindi il conflitto fra le parti non sia alacremente acceso ma si respiri un clima di composizione il meno traumatica possibile della controversia), vada incoraggiata, perchè in questa sede possa essere raggiunta la soluzione momentaneamente definitiva delle questioni in campo o, almeno, si possa raggiungere l'accordo su alcuni punti base che poi, ove il processo dovesse proseguire perché l'accordo fra le parti non copre tutte le questioni, possa costituire una base di lavoro per il giudice che pronuncerà in via finale sulla controversia.

---

[80] V. Bitetto, *La mediazione familiare in Inghilterra e Galles*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 93 ss.; Zambrano, *op. cit.*, p. 495, ove l'a. nota che in Inghilterra la mediazione viene considerata il miglior approccio ai problemi familiari. Per dirla con dottrina madrelingua, ovvero Fortin, *op. cit.*, p. 207, 'mediation is a good thing […] settlement is desirable', perciò sia il giudice che gli avvocati possono suggerire alle parti di avvalersi di questo strumento.

[81] V. Zambrano, *op. cit.*, pp. 503-504; Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, cit., p. 423.

[82] V. Hohloch, *La mediazione familiare nel diritto tedesco*, in *Familia*, 2002, p. 129 ss., spec. pp. 130 e 137 ove l'a. nota che, e questo è un punto molto importante, potendo la mediazione essere impiegata laddove il principio dispositivo può esercitare un'influenza, essa non è utilizzabile come soluzione finale, per esempio, in materia di divorzio, rispetto alla quale vige il monopolio dell'autorità giurisdizionale (nel senso che il divorzio può essere ottenuto soltanto con sentenza del giudice), mentre può intervenire nella fase preparatoria e per ciò che concerne le questioni che riguardano i figli, e costituire in questo caso la base per una decisione da parte del giudice.

Questo punto è particolarmente importante: detto in altri termini, la mediazione non può mai essere o diventare qualcosa che si ponga in contrasto, o peggio aggiri, le determinazioni giurisdizionali adottate nelle sedi competenti. Di ciò si ha conferma anche a livello di fonti normative: come prevede il considerando n. 21 del preambolo alla direttiva dell'Unione sopra ricordata, poiché in materia familiare il regolamento Ce n. 2201 del 2003 prevede specificamente che, per essere esecutivi in un altro Stato membro, gli accordi fra le parti devono essere esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi, conseguentemente se ne deve dedurre che, se il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione in materia di diritto di famiglia non è esecutivo nello Stato membro in cui l'accordo è stato concluso e in cui se ne chiede l'esecuzione, le norme della direttiva in materia di mediazione non devono incoraggiare le parti ad aggirare la legge di tale Stato membro, rendendo l'accordo esecutivo in un altro Stato membro. A tal fine e a garanzia di ciò, l'art. 6 della direttiva n. 52 del 2008 prevede che le parti, d'accordo fra loro (o una di esse, con il consenso esplicito delle altre), possano chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo; all'attribuzione di esecutività si provvede con sentenza o con altra decisione o atto autentico di organo appartenente all'autorità giurisdizionale o amministrativa, se la legge dello Stato membro in cui la richiesta di esecutività è stata presentata lo prevede. Tuttavia, l'esecutività è negata se il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività (così l'art. 6, commi 1° e 2°). Se così è, a me pare che l'autorità giurisdizionale investita dell'istanza di esecutività, allorquando si tratti di materia ricompresa fra quelle di cui alla disciplina del regolamento Ce n. 2201 del 2003, possa rifiutare la concessione dell'e*xequatur* all'accordo risultante dalla procedura di mediazione ove ritenga che esso sia stato raggiunto in via di aggiramento della disciplina da questo stabilita, la quale è, evidentemente, legge dello Stato membro richiesto rispetto alla quale verrebbe a configurarsi un'ipotesi di 'contrarietà' ai sensi della norma in discorso.

6. *La riflessione del processualista dal livello sovranazionale all'ordinamento interno*

Dalla lettura delle pagine precedenti e dal metodo in esse seguìto si sarebbe dovuto comprendere, se sono riuscita a spiegarmi bene, che qualunque analisi odierna alla quale si accinga il processualista deve necessariamente confrontarsi con l'elaborazione compiuta sul tema *medio tempore* a livello sovranazionale; e se ciò vale in via generale, *a fortiori* l'assunto è imprescindibile quando si tratti del diritto dei minori, perché è emerso chiaramente come l'affermazione dei princìpi fondamentali in materia di tutela di questi ultimi sia esplosa, nel modo più significativo almeno da un ventennio a questa parte, proprio a partire dalle sedi internazionali. Il processo osmotico che attrae, lentamente ma inarrestabilmente, verso il livello superiore i diritti appartenenti agli ordinamenti interni ai singoli Stati, comporta che anche in relazione al tema specifico che qui si affronta non sia possibile muoversi guardando fissamente in avanti e procedendo imperterriti sul proprio binario, ma occorra piuttosto guardarsi intorno ed in alto, per vedere che cosa accada in quelle sedi[83]. Ciò è tanto più vero, evidentemente, con riguardo alla natura, alle caratteristiche e agli snodi che contraddistinguono quel fenomeno che siamo adusi ad etichettare come 'processo minorile'.

Il processo, infatti, è il punto centrale della effettiva tutela del minore; detto in altri e più prosaici termini, a ben poco potrebbe servire la Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia con le sue affascinanti enunciazioni di principio, pur fondamentali e imprescindibili, se poi non fossero intervenute le convenzioni successive a spostare l'attenzione sull'affermazione di più concreti diritti e momenti che devono trovare attuazione, e quindi rispetto, nel processo[84]. Se così è, non si può non pensare che i processi

---

[83] Sul tema v. per tutti Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, cit., *passim*; Carpi, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1037 ss.

[84] V. in questo senso anche Liuzzi, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 287 ss., spec. pp.

noti e praticati negli ordinamenti interni debbano cambiare faccia, in modo da rendersi somiglianti (*rectius* e tecnicamente compatibili), per ciò che concerne la loro fisionomia e i princìpi ispiratori, con la filosofia ormai emersa ed in via di perfezionamento al livello superiore.

L'affermazione, che a me pare assolutamente piana oltre che stimolante, perché comporta che ci si interroghi e confronti su nuovi riti, nuove prassi, nuove idee, non è invece facilmente realizzabile in pratica. La 'resistenza' di cui ha parlato la dottrina più attenta alle correnti attuali è particolarmente viva[85]: giudici e avvocati conoscono i riti vigenti e hanno, come tutti, le loro abitudini, difficili da sradicare; a ciò si aggiunga che, quando si parla di diritto internazionale ed europeo, la maggior parte degli operatori reagisce come se si stesse parlando di qualcosa che non ci riguarda da vicino e che dunque, in sostanza, si può fare a meno di conoscere, e quindi di applicare (il fenomeno accade certo meno frequentemente oggi rispetto a qualche anno orsono, ma è tuttavia presente); se poi a queste considerazioni si aggiunge la velocità da tartaruga del legislatore nell'approntare riforme, ecco che il definitivo colpo di grazia viene assestato a qualunque generoso ed ottimistico tentativo di restaurare o, laddove occorra, ricostruire *ex novo* gli istituti in questione. Dimentichi del fatto che già i maestri avvertivano della necessità di curarsi del processo nella sua attualità, privandolo di quell'aura polverosa ed antica che ne vuole artatamente offuscare i pregi, convincendoci a metterlo da parte in favore di strumenti più moderni[86]. Rimango invece convinta che il processo possa funzionare, ed anche bene; certo non nelle forme del secolo scorso, ma opportunamente rivisitato. A queste riflessioni mi preparo attraverso le pagine che seguono.

---

287 e 292, ove l'a. indica particolarmente nella Convenzione europea di Strasburgo del 1996 la fonte che più mira a rendere effettivo in àmbito giudiziario l'esercizio dei diritti dell'infanzia.

[85] Il riferimento è evidentemente a Biavati, *op. ult. cit*.

[86] V. per tutti Chiovenda, *Princìpi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965[5], p. 132 ('Forme create per un dato momento sono disadatte ad un altro… vi sono norme che hanno perduto ogni ragione storica di essere').

7. *Il processo minorile nell'ordinamento interno: l'eterno oscillare del pendolo fra giurisdizione contenziosa e volontaria, fra rito ordinario e rito camerale*

È noto che, nell'ordinamento italiano, i processi minorili si svolgono ora nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio ed ora nelle forme del processo ordinario di cognizione[87]. Ognuno dei due riti presenta aspetti positivi, che hanno come sempre il corrispondente risvolto negativo: il modello ordinario appare garantire maggiormente la posizione e il diritto di difesa delle parti, però mal si adatta alle esigenze di celerità e di semplificazione proprie della materia familiare; il rito camerale risponde meglio alle esigenze appena richiamate, mostrandosi tuttavia generico e lacunoso, concedendo ampi spazi alla discrezionalità del giudice e apparendo poco garantista nei riguardi delle parti[88]. A questa diversità di forme corrisponde una differenza in materia di competenza, nonché un diverso atteggiamento dei giudici che sono chiamati a conoscere del processo minorile[89].

Se, com'è facilmente prevedibile, il rito ordinario applicato alle controversie minorili solleva la suaccennata critica relativa soprattutto all'eccessiva durata e farraginosità del procedere[90], è tuttavia

---

[87] V. Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, cit., p. 586; Carpi-Graziosi, voce *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, 1996, XIV, p. 523 ss.

[88] V. Dogliotti, *La giustizia minorile e familiare a una svolta?*, cit., p. 284; Dogliotti-Piccaluga, *op. cit.*, p. 617. Colgo l'occasione per ricordare qui che il modello del procedimento in camera di consiglio è quello utilizzabile anche per i giudizi in materia di violenza familiare; v. sul tema Auletta, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 294 ss.; De Marzo, *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, ivi, 2002, p. 537 ss.

[89] Dogliotti, *I giudici della famiglia nel diritto italiano*, cit., p. 84, parla addirittura di 'ideologie' contrapposte che animano i giudici del tribunale ordinario rispetto ai giudici del tribunale per i minori, vedendo i primi prigionieri dei formalismi e delle lungaggini del procedimento, i secondi invece convinti di una sorta di infallibilità in materia, sentendosi unici garanti di un rapporto diretto ed immediato con il fanciullo che conduce ad un'applicazione disinvolta delle norme.

[90] V. Tommaseo, *Il diritto processuale speciale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 305 ss., spec. p. 306.

vero che le maggiori critiche sono piovute sopra al rito camerale[91]. Considerato dalla migliore dottrina inadeguato ad essere utilizzato

[91] Sul tema, e con riferimento anche al dibattito circa il ricorso al procedimento camerale in materia di diritti soggettivi, v. ampiamente CARNACINI, *Le norme sui procedimenti di giurisdizione volontaria (come nacquero e come riformarle)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 593 ss.; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431 ss.; ALLORIO, *Saggio polemico sulla 'giurisdizione volontaria'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487 ss.; FAZZALARI, voce *Camera di consiglio*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, 2002, Milano, II, p. 186 ss.; ID., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 909 ss.; ID., *Uno sguardo storico e sistematico (ancora sul procedimento camerale e la tutela dei diritti)*, ivi, 1990, p. 19 ss.; CIPRIANI, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 189 ss.; CARRATTA, *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1049 ss.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Milano, 1994, *passim*; COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1150 ss.; CAPPELLETTI-VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 604 ss.; DENTI, *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1097 ss.; ID., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, ivi, 1987, p. 325 ss.; MANDRIOLI, *'Procedimenti camerali su diritti' e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 921 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale* ex *art. 737 c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 393 ss.; ID., *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, in *Lessico di dir. di fam.*, n. 4 del 2004, Roma, p. 17 ss.; ID., *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, in *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, p. 569 ss.; MONTESANO, *'Dovuto processo' su diritti incisi da provvedimenti camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 915 ss.; LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio su diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 34 ss.; ID., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 905 ss.; GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 35 ss.; PAGANO, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e giur.*, 1988, p. 11 ss.; MALTESE, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela dei diritti soggettivi*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 127 ss.; BELFIORE, *L'inadeguatezza del modello camerale alla luce del novellato art. 111 cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1383 ss.; GRAZIOSI, *La proliferazione dei procedimenti in camera di consiglio: la parola alla Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 327 ss.; PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 265 ss.; PICCALUGA, *L'inadeguatezza del modello camerale alla luce del novellato art. 111 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1383 ss.; FRANCHI, *Sull'impugnabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 795 ss.; TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1467 ss.; JODLOWSKY, *La procedura civile non contenziosa in diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 1564 ss.

in via generale per la tutela giurisdizionale dei diritti[92], è stato ritenuto tale *a fortiori* quando lo si pensi applicato alla tutela giurisdizionale dei minori[93]: l'importanza primaria dei diritti su cui incide (cioè i diritti fondamentali del minore e dei genitori) e l'esistenza di norme sostanziali a maglie estremamente larghe, tipiche di questa materia, richiedono infatti che la giustizia minorile debba essere particolarmente forte in termini di garanzie processuali[94]. A onor del vero, tuttavia, è necessario ricordare che, nonostante siano decisamente minoritarie, alcune voci si sono levate a difesa e sostegno dell'applicabilità del rito camerale in materia di tutela dei diritti delle persone e della famiglia[95]; ciò nondimeno, è opportuno soffermarsi invece sul primo (e maggioritario) degli orientamenti menzionati, in quanto rende possibile una serie di riflessioni importanti per le conclusioni che vorrò trarre.

Il *punctum dolens* della procedura camerale, a ben vedere, oltre a quelli sopra ricordati, viene prevalentemente individuato nell'anoressica disposizione della norma di cui all'art. 738, ultimo comma ('il giudice può assumere informazioni'). La dottrina ha fatto la sua parte al fine di rimpolpare l'enunciato, sottolineando a più riprese come questa norma debba essere letta alla luce delle garanzie del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, avendo i prov-

---

[92] V. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 165 ss., spec. c. 172, nonché, dello stesso a., il celeberrimo *Usi e abusi della procedura camerale* ex *artt. 737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 393 ss., spec. pp. 423 ss. e 433; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2006, IV, p. 313 ss.

[93] V. Proto Pisani, *Intervento*, in Aa.Vv., a cura di Fanni, *Quale processo per la famiglia e i minori*, cit., p. 169 ss., spec. p. 170, ove l'a. afferma che "il processo minorile altro non è che lo strumento per individuare quale sia in concreto il bilanciamento tra diritti soggettivi pieni […] se questo è l'oggetto e la funzione del processo minorile, appare evidente l'inadeguatezza del modello camerale *ex* artt. 737 ss. c.p.c., pur con tutte le opere di *maquillage* della Corte costituzionale […]"; nello stesso senso Carpi-Graziosi, *op. cit.*, p. 539.

[94] V. ancora Proto Pisani, *I processi sulla potestà parentale: una riforma indilazionabile*, in Aa.Vv., a cura di Mariani-Passagnoli, *Diritti e tutele nella crisi familiare*, cit., p. 321 ss., spec. pp. 321-323.

[95] V. Dosi, *Riti, prassi e procedure nel diritto di famiglia. È possibile un rito camerale uniforme?*, in *Lessico di dir. di fam.*, n. 4 del 2004, Roma, p. 7 ss., spec. p. 13 ss.

vedimenti conclusivi del procedimento camerale carattere decisorio della controversia, pur nella ricordata inidoneità alla cosa giudicata[96]. L'inadeguatezza dell'istruttoria *ex* art. 738, ultimo comma, c.p.c., è stata individuata in particolare, con riferimento al processo minorile, avendo riguardo alla formazione del convincimento del giudice, che sovente avviene in modo assai informale, in ispecie attraverso lo strumento delle relazioni richieste ai servizi sociali, intese generalmente come relazioni quasi confidenziali tra giudice e servizi pubblici e così sottratte alla conoscenza delle parti, con patente violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio[97].

Prima di passare oltre e andare ad illustrare le voci critiche levatesi intorno alla situazione ora descritta, al fine di porvi rimedio enucleando possibili soluzioni alla 'questione giustizia minorile', desidero aprire una parentesi sull'alveo su cui poggia la tradizionale contrapposizione tra processo ordinario e rito camerale, ovvero l'altrettanto risalente confronto fra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria (ciò che è funzionale anche ai fini delle conclusioni che trarrò nell'ultimo capitolo di questo lavoro).

---

[96] V. G.F. Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss., spec. p. 440; Arieta, voce *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, 1996, Torino, XIV, p. 435 ss., spec. pp. 444 ss., 456; Tota, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1476 ss., spec. p. 1483.

[97] V. Biavati, *Il contraddittorio e il diritto di difesa nei procedimenti camerali*, in *Lessico di dir. di fam.*, n. 4 del 2004, Roma, p. 36 ss., spec. p. 41, ove l'a. individua come principali momenti di lacuna sul piano dell'attuazione della difesa, da una parte, la circostanza che non sia contemplata la facoltà di replica, dunque vi sia una sorta di contraddittorio *minor*, e dall'altra proprio le modalità di indagine istruttoria, di cui la collaborazione con i servizi sociali viene citata dall'a. come ipotesi emblematica di ciò che tratto ora nel testo (condivisibilmente, l'a. conclude, v. p. 44, nel senso per cui, dovendo trovare una modalità di equilibrio fra principio del contraddittorio ed esigenze di riservatezza, si potrebbe ritenere che determinati documenti non possano essere comunicati alle parti ma, al contempo, non possano formare oggetto di decisione se non preventivamente resi noti ai difensori); Tommaseo, *Processo minorile, forme camerali e* mistica del giusto processo, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 321 ss., spec. p. 322; Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 58, ove l'a. esprime la condivisibile esigenza che la relazione del servizio sociale venga inquadrata più garantisticamente nell'operare del principio del contraddittorio, ciò che si potrebbe fare comunicandola immediatamente alle parti, che potrebbero replicare in un termine loro assegnato dal giudice. Per un'analisi del tema compiuta da esperti del settore psicologico, v. Re-Vicini, *L'ascolto indiretto del minore: indagini dei servizi territoriali*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1294 ss.

8. *Ha ancora un senso ad oggi la distinzione fra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria quando si parla di diritto familiare e minorile?*

L'analisi compiuta nelle pagine precedenti mostra chiaramente come, nelle fonti internazionali nonché nelle legislazioni di diritto interno, le situazioni giuridiche soggettive che interessano il minore vengano rappresentate con sempre crescente convinzione in termini di diritti soggettivi pieni e perfetti; non solo, ma si può sottolineare e ricordare qui pacificamente come, nonostante ciò che ho rimarcato più volte, ovvero che il giudice in queste controversie non è chiamato tanto a stabilire chi abbia ragione e chi torto bensì a stabilire l'assetto di una relazione personalissima tra individui[98], queste controversie presentino un alto indice di conflittualità, toccando i nervi più profondi e scoperti delle persone.

Queste considerazioni non possono non condurre ad una seria riflessione sul se abbia ancora senso, oppure no, la tradizionale contrapposizione tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria e, per di più, l'appartenenza delle controversie che interessano il minore ora all'una ed ora all'altra categoria. A mio avviso non è casuale che un'altra giovane dottrina si ponga queste identiche domande, per concludere che 'la peculiare natura della tutela del minore affidata al giudice fatica ad inserirsi perfettamente tanto nella giurisdizione contenziosa quanto in quella volontaria'[99].

Sul tema vorrei fare alcune osservazioni. La prima è che l'argomento ora evocato appartiene a quelli che potremmo chiamare 'i grandi classici' della teoria del processo civile[100], ma non intendo approfondirlo; e non perché l'operazione non sarebbe interessante

---

[98] Per dirla con Zuckerman, *Civil Procedure*, Londra, 2003, p. 106, si tratta di 'non-adversarial proceedings'.

[99] Il riferimento è a Passanante, *Garanzie processuali e prospettive di riforma della giustizia civile a tutela dei minori*, in *La nuova giur. civ. comm.*, suppl. al n. 3 del 2004, p. 211 ss., spec. p. 214.

[100] V. per tutti Allorio, *Saggio polemico sulla 'giurisdizione' volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487 ss.; Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431 ss.; Chiovenda, *Princìpi di diritto processuale civile*, cit., spec. p. 314, dove già l'a. definiva 'impropria' la contrapposizione tradizionale fra le due.

e ricca dal punto di vista dogmatico, ma perché, avendo dichiarato fin dalle prime pagine di questo lavoro che intendo scrivere un libro che parli del processo civile minorile in chiave e a vocazione europee, mi parrebbe di andare del tutto fuori tema. L'Europa, intesa sia come Unione che come singoli Stati membri, non conosce (né può quindi interessarsi a) queste dispute. La teoria dell'azione, la distinzione tra diritto e interesse, il *mare magnum* della teoria della cosa giudicata, la contrapposizione appunto tra giurisdizione contenziosa e volontaria, sono temi che, opportunamente, hanno appassionato la migliore dottrina che, scrivendo pagine memorabili, ha costruito le fondamenta della scienza giuridica processuale. Inesorabile scorre tuttavia il tempo, e oggi pare forse più necessario occuparsi del diritto in una chiave di lettura più moderna. Un metodo di studio adeguato alle esigenze attuali, infatti, richiede piuttosto una verifica dei dati per capire in che direzione si stia andando, incentrando su quest'ultima l'attenzione per vedere se sia necessario aggiustare il tiro, ed eventualmente in quale modo.

Ebbene, verificando per l'appunto i dati più recenti, la dottrina contemporanea ha sottolineato come la tendenza sia nel senso del progressivo avvicinamento e assorbimento dei procedimenti che riguardano la giustizia civile dei minori nell'àmbito della giurisdizione contenziosa piuttosto che in quello della giurisdizione volontaria, come è opportuno che sia quando si tratti di giurisdizione che incide su posizioni giuridiche soggettive di rilievo pari, o addirittura superiore, a quelle del diritto soggettivo perfetto[101]. L'affermazione ora compiuta non contrasta con quanto ho sostenuto alcune pagine addietro quando, parlando del ruolo del giudice, ho espresso la tesi secondo cui, in queste materie in particolare ma anche in via generale, il processo moderno richiede più un giudice-amministratore di interessi, un giudice *manager* insomma, che non un giudice vetustamente parruccone che dall'alto del suo scranno fa calare 'il diritto'; non mi ripeto ora, avendo affrontato in via preventiva la possibile e legittima obiezione, e rinvio pertanto a quelle pagine[102].

---

[101] Così Tommaseo, *Profili processuali dell'adozione in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 399 ss., spec. p. 401; Passanante, *op. cit.*, p. 215; Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 21.

[102] V. il par. 4 in questo capitolo.

9. *L'auspicabilità di un rito uniforme per il processo civile minorile: le proposte fin qui avanzate.*

La dottrina più autorevole da tempo sottolinea l'infelice circostanza per cui, alla sostanziale unicità dell'interesse protetto nei giudizi minorili, non corrisponde un'unità, quantomeno tendenziale, delle forme processuali, auspicando conseguentemente che il legislatore costruisca un modello unitario che spazzi via e prenda il posto della confusa pluralità di riti ad oggi disponibili in materia e sparsi tra codice di diritto sostanziale, codice di rito e leggi speciali[103].

Fra le voci che invocano in via generale una riforma della giustizia e del processo minorile, alcune si distinguono per avanzare proposte più analitiche che entrano nelle pieghe del rito.

Riprendendole in ordine crescente di 'dettaglio', ricordo come alcuni, partendo ancora una volta dal tradizionale binomio in contrapposizione tra rito camerale e rito ordinario, abbiano sostenuto che, dovendo scegliere tra l'eccessiva discrezionalità del primo e l'eccessiva formalità del secondo, si potrebbe ipotizzare un procedimento sul modello di quello camerale, ma assai più attento a garantire la posizione di tutte le parti processuali, limitando altresì i poteri del giudice[104].

---

[103] V. Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, cit., pp. 587-588; Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 117; Gatto, *Il processo civile minorile tra tutela e garanzie: basta una sezione specializzata?*, cit., spec. pp. 1015-1017; Luminoso, 'Quale processo per la famiglia'. *Ricognizione dell'esistente e prospettive di riforma*, in Aa.Vv., a cura di Fanni, *Quale processo per la famiglia e i minori*, cit., p. 25 ss., spec. pp. 27-28, ove l'a. sottolinea come il legislatore italiano, sotto il profilo processuale, tratti la materia dei rapporti di famiglia, degli *status* e della capacità delle persone alla stregua di qualsiasi altro rapporto giuridico poiché, salve alcune rare eccezioni, non sono previsti speciali processi contenziosi o camerali né particolari procedure cautelari ed esecutive in materia di rapporti di famiglia, senza poi tralasciare la circostanza che le norme processuali esistenti sono poco coordinate e dunque alquanto confuse.

[104] È la proposta di Dogliotti, *La giustizia minorile e familiare a una svolta?*, cit., p. 285. Contrario all'applicazione del rito camerale ai processi minorili si dichiara invece Tommaseo, *Processo minorile, forme camerali e* mistica del giusto processo, cit., p. 322, perché ad avviso dell'a. questa soluzione, lungi dall'essere ragione di semplificazione, riproduce tutti i problemi costruttivi e applicativi sorti con riferimento ai procedimenti in camera di consiglio, cui vengono poi ad aggiungersi gli specifici problemi posti dalla giustizia minorile e dalla materia che ne è oggetto.

Sempre sulla scia della dicotomia classica, altri ritiene che una riforma che si preoccupi di riorganizzare il sistema potrebbe semplificarlo predisponendo tendenzialmente due modelli, uno per la giurisdizione contenziosa e uno per la giurisdizione volontaria[105].

Ad avviso di altra dottrina, ancora, l'unico modello procedimentale da adottarsi per l'intera materia della giustizia minorile dovrebbe assicurare il superamento di una concezione del processo che vede il giudice arbitro incontrastato nella ricerca dell'interesse del minore, in favore di un modello processuale dove sono tutelate posizioni di diritto soggettivo, nel contraddittorio delle parti, così da bilanciare il diritto dei genitori a svolgere pienamente il loro ruolo educativo ed il diritto del minore ad essere educato in modo adeguato allo sviluppo della propria personalità[106].

Altri poi, ed infine, suggerisce l'adozione di un modello di procedimento unico il quale, sulla scorta del rito camerale, ritenuto ben rispondente ad esigenze di semplificazione e di celerità, dovrebbe tuttavia essere assai più attento a garantire la posizione di tutte le parti processuali, quindi attraverso una disciplina più rigorosa e specifica, limitando il potere discrezionale del giudice[107].

A parte queste proposte, pur degne di considerazione, la maggiore attenzione deve essere tuttavia dedicata al modello più compiuto finora proposto, ascrivibile al pensiero di Proto Pisani.

Ad avviso di questa autorevolissima dottrina, il processo minorile di nuova generazione dovrebbe essere modulato secondo le seguenti linee guida: innanzitutto, dovrebbe essere un processo speciale, accelerato e semplificato, ma a cognizione piena, con forme e termini predeterminati dal legislatore; il procedimento dovrebbe

---

[105] V. Luminoso, *op. ult. cit.*, spec. p. 35 ss. Ad avviso di Magno, *L'assistenza e la rappresentanza del minore nel processo*, in *Lessico di dir. di fam.*, n. 4 del 2004, p. 50 ss., spec. p. 60, sarebbe opportuno orientarsi verso l'adozione di un rito camerale unico, assistito da tutte le garanzie del contraddittorio e della difesa; tale modello sarebbe preferibile, ad avviso dell'a., rispetto a quello ordinario per i suoi caratteri di informalità, celerità, immediata esecutività e modificabilità dei provvedimenti, nei limiti del principio *rebus sic stantibus*.

[106] Così Gatto, *op. cit.*, pp. 1017-1018; l'a. conclude indicando come linee guida quelle delineate nella disciplina del procedimento di adottabilità di cui alla legge n. 149 del 2001.

[107] V. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Milano, 2007, pp. 533-534.

iniziare su domanda di parte o del pubblico ministero, con ricorso, prevedendo termini minimi a difesa dei genitori e dei minori; trattazione e decisione dovrebbero poi essere collegiali, con previsione di un'eventuale delega ad un singolo giudice per il solo ascolto del minore; le prove utilizzabili dovrebbero essere soltanto quelle tipiche, come pure tipiche dovrebbero essere le modalità di assunzione delle medesime nel processo, nel contraddittorio delle parti, con soppressione del valore probatorio delle relazioni dei servizi sociali; al giudice dovrebbero essere attribuiti poteri istruttori d'ufficio, naturalmente vietando che egli possa utilizzare la propria scienza privata; il processo verrebbe definito con sentenza, appellabile e ricorribile in Cassazione; il rito sarebbe quello previsto dal libro I e dai titoli I e III del libro II del codice di rito; al pubblico ministero andrebbe attribuito il potere, di ampiezza pari a quello riconosciutogli dal codice di procedura penale, di ricerca delle fonti materiali di prova, anche con l'ausilio dei servizi sociali; dovrebbe essere naturalmente previsto un sistema di assistenza giudiziaria per i non abbienti e di difesa d'ufficio anche per le parti non comparse; il sistema potrebbe naturalmente avvalersi del sistema di tutela cautelare di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c.; il minore dovrebbe acquisire la qualità di parte necessaria, perché oggetto del processo sono suoi diritti; l'attuazione dei provvedimenti andrebbe diretta da un giudice singolo appartenente alla sezione specializzata, il quale dovrebbe poter determinare anche le modalità di esecuzione più adatte allo scopo e conoscere delle istanze di modifica delle modalità di esecuzione; dovrebbe essere ristrutturato l'ufficio del p.m. minorile, cui attribuire pienamente i poteri di indagine; le funzioni di giudice e di p.m. minorile dovrebbero essere temporanee[108].

Riservandomi di proporre il mio modello di processo minorile nel capitolo conclusivo, dichiaro fin d'ora che l'attenta proposta della dottrina ora ricordata incontra il mio consenso su svariati punti; rispetto ad altri, invece, vorrei proporre alcune osservazioni critiche. Poiché ciò postulerebbe anticipare qui il risultato al quale invece vorrei giungere solo al termine di questo lavoro, rimando alle pagine conclusive queste riflessioni.

---

[108] V. Proto Pisani, *Ancora sul processo e sul giudice minorile (linee di una possibile legge delega di riforma del processo minorile)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 215 ss.

Parte IV

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Capitolo VII

IL PROCESSO CIVILE MINORILE A VOCAZIONE EUROPEA

"Una delle cose più importanti
che ritengo di aver imparato
e che ho tentato di trasmettere,
è che non si dà mai un punto di partenza naturale,
che cioè sia tale per se stesso:
sta a noi scegliere da dove muoverci,
e il punto che sceglieremo dipende
dal percorso e dalla meta
che esso rende possibili".
Edward W. Said, *Orientalismo*

1. *L'ortopedico si accinge all'opera*

È a tutti nota la sensazione, quando si giunge al termine di un percorso, di non ricordare con precisione millimetrica da dove si era partiti. Questa sensazione, tuttavia, ci appartiene per lo più quando siamo lettori, e tanto più quanto numerose sono le pagine dello scritto che ci ha tenuto occupati. Quando si scrive è diverso, anzi forse è l'opposto, perché se la genesi di un libro (che aspirerebbe ad essere scientifico) è corretta, fin dalla prima pagina (alla quale si pone mano solo dopo molti mesi, a volte anni, di studio) si ha idea di quale sarà, per lo meno a grandi linee, la fisionomia dell'ultima. Pensando essenzialmente al lettore perciò, ma anche a mio vantaggio, mi sembra opportuno iniziare questo capitolo conclusivo traendo le fila

del discorso per ciò che è stato sin qui; ci si sarà resi conto, infatti, che il tema assomiglia ad un arcipelago, composto di tante isole, che non hanno necessariamente le stesse caratteristiche morfologiche: ciò che rende difficile un tentativo di ricostruzione unitaria.

Proprio per questa ragione, obiettivo dichiarato (e ragione giustificatrice) di questo lavoro fu, fin dall'inizio, l'elaborazione di un modello 'uniforme' di processo minorile, al quale in via di metafora ho pensato come ad uno scheletro; e ciò non casualmente, perché lo scheletro, appunto, suggerisce l'idea di un impianto che, da una parte, è fondamentale, è l'intelaiatura su cui costruire, e dall'altra è (vorrei dire necessariamente, tanto più pensando alla materia che ci occupa) incompleto, perché deve essere arricchito di numerosi (e potenzialmente infiniti) particolari. In buona sostanza, comunque, questa fu la méta posta: un modello uniforme di processo minorile a vocazione europea, il cui prodotto fosse cioè in grado di muoversi con elegante disinvoltura nel panorama sovranazionale ampiamente inteso[1].

Conforto all'annunciato intento ho trovato non solo nella letteratura che lambisce (e talvolta approfondisce) il tema, ma anche nelle fonti normative; come è dato infatti di leggere nel testo inglese, dunque ufficiale, del preambolo alla più volte menzionata Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003, la materia del diritto minorile 'is more likely to provide satisfactory results *where the principles* on which foreign orders are based *are similar* to the principles in the State giving effect to such foreign orders' (mio il corsivo); in altri termini, ragioni di giustizia sostanziale, oltre che di efficacia della circolazione dei provvedimenti in àmbito internazionale, richiedono un'armonizzazione della disciplina nello specifico settore che qui stiamo considerando e che risulta essere in continua espansione.

Qualunque tentativo di ricostruzione di un modello, poi, deve necessariamente individuare, prima di ogni abbozzo, le sue linee guida, i suoi criteri ispiratori, ciò che ho fatto in principio, ma che devo qui riprendere per esigenze di sistematicità del discorso[2].

---

[1] V. cap. I, *sub* par. 6, cpv. 1.

[2] Per le dichiarazioni di intenti cui faccio riferimento nel testo, v. cap. I, *sub* par. 6, cpv. 4, spec. secondo periodo.

Innanzitutto, a me pare che in questa materia più che in ogni altra, per ragioni lapalissiane, sia da privilegiare e da garantire, e ad ogni costo, un'idea del processo come giustizia del singolo caso concreto, come rimedio specifico alle particolarità di quella concreta situazione di fatto di cui il giudice è chiamato a conoscere. Questo è possibile, evidentemente, solo approntando un modello di processo elastico, a struttura flessibile, e non già rigido; quello ora accennato è un punto fondamentale di questo lavoro, e che pertanto sarà approfondito poco oltre, ma al quale non potevo non accennare ora.

In secondo luogo, mi sembra di poter affermare che, ancora una volta in questa più che in ogni altra materia, si debba sì tendere all'elaborazione di un modello uniforme; ma a me pare altresì che, nel rito minorile, la procedura debba fare un passo indietro; l'affermazione potrebbe apparire infondata nella migliore delle ipotesi, addirittura assurda nella peggiore, dunque deve essere intesa correttamente. Ciò che voglio dire è che il processo minorile deve essere epurato da questioni di procedura, nonché dal rispetto di inutili formalismi, che possano andare a scapito della sostanza. Questo si può e si deve fare, evidentemente, nel rispetto dei princìpi fondamentali del processo e dei suoi cardini essenziali; anche questo qui indispensabile accenno sarà approfondito oltre.

Infine, una notazione di stile, che potrebbe essere esportata ben al di là dei confini dell'argomento qui trattato, ed essere riassunta quasi attraverso una parola d'ordine: semplificazione. Il diritto processuale, infatti, sembra spesso scontare, come a causa di un sortilegio, una sorta di condanna al bizantinismo, all'involuzione, alla complicazione, caratteri tutti che nulla hanno a che vedere con la nota complessità della disciplina, la quale peraltro non è, *ex se*, di alcun ostacolo alla semplificazione delle forme, della lingua, della tecnica: in una parola, del processo[3]. E se ciò può valere in generale, *a fortiori* deve valere, in particolare, nel rito che vede coinvolti i minori.

---

[3] V. Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, cit., p. 161, ove l'a. compie un'efficacissima ricostruzione del moderno processo europeo, individuandone quattro momenti centrali, ovvero elasticità e flessibilità, soppressione delle regole processuali che causano perdite sostanziali a causa di errori nel rito, adozione di un linguaggio semplice e comprensibile, semplificazione del processo.

2. *Giustizia può far rima con elasticità*

Una domanda si pone preliminarmente allo studioso che si appresta a disegnare uno schizzo di modello processuale, ed è la seguente: quali esigenze tale rito è chiamato a soddisfare?

Qualcuno potrebbe non essere d'accordo con il metodo proposto; da un certo punto di vista, infatti, si potrebbe essere tentati di pensare che il processo deve rispondere sempre e comunque ad alcune garanzie, formali e sostanziali, che sono quelle ed irrinunciabili, e che pertanto il rito va pensato per rispondere ad esse, accada quel che accada, a prescindere dunque da eventuali esigenze della concreta materia trattata. A me sembra però che, così come lo stilista deve sapere, prima di disegnarlo, se l'abito commissionatogli sarà indossato di giorno o di sera, ad una festa o ad un funerale di Stato, da una signora giovane oppure *agé*, così lo studioso del processo deve conoscere, prima di provare ad immaginarlo, a quale tipo di rito soccorrerà il modello processuale cui è chiamato a pensare. Se si concorda su questo passaggio, si può calare la domanda di cui sopra nel nostro specifico àmbito e così chiedersi: quali esigenze è chiamato a soddisfare il processo minorile? Il modello di processo che si andrà ad elaborare, infatti, dipende in larga misura dalla risposta che si ritiene di dare a questa domanda[4].

Certamente, si dirà, il processo in discorso deve essere giusto[5];

---

[4] Anche ad avviso di Calamandrei, *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in *Giur. it.*, 1939, IV, c. 237 ss., il processo non va studiato e regolato a sé, come una sorta di microscopio logico la cui struttura rimanga invariata e obbediente alle stesse leggi ottiche qualunque sia l'oggetto che l'osservatore voglia esaminare attraverso le lenti del suo congegno, bensì occorre tenere presente la reciproca interferenza fra diritto sostanziale e rito processuale che di esso è chiamato a conoscere. Più recentemente su questo ordine di riflessioni Taruffo, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 63 ss., spec. p. 70, ove l'a. nota che, per rispondere alla domanda posta, la cultura tecnica non è utile, se non in minima parte, dovendo invece muoversi sul piano della politica del diritto e della cultura sociale prevalente nel sistema giuridico in questione.

[5] Al di là delle specifiche affermazioni che seguiranno nel testo, sul tema del 'giusto processo' rimando per tutti a Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129 ss.; Id., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; Trocker, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 ss.; Id., *Dal giusto processo*

deve poi essere un processo che si muove in modo agile, snello, così da conseguire rapidamente un risultato efficace; ancora, considerata la delicatezza della materia trattata, deve essere un processo che garantisce la riservatezza delle parti, in particolare dei minori.

Il rilievo ora compiuto potrebbe apparire scontato, ma così non è; anzi, avendo preso le mosse dalla premessa di cui sopra, ovvero che si deve tendere all'elaborazione di un modello di processo elastico, è imprescindibile sottolineare che l''elasticità' del rito dovrà trovare un contemperamento nella sicura 'giustizia' del processo, da intendersi innanzitutto come processo attuato, sempre e comunque, nel rispetto del principio del contraddittorio[6]. Considerando quest'ultimo principio come parte integrante del più ampio principio costituzionale del diritto di (e alla) difesa, altri due princìpi

---

all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, ivi, 2007, p. 35 ss. (parte prima) e p. 439 ss. (parte seconda); Fazzalari, *Il giusto processo e i 'procedimenti speciali' civili*, ivi, 2003, p. 1 ss.; Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 265 ss.; Id., *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 467 ss.; Id., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 242 ss.; Costantino, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il 'giusto processo civile'. Le garanzie*, in Civinini-Verardi, a cura di, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il 'giusto processo civile'*, Milano, 2001, p. 255 ss.; Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.; Comoglio, *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004; Id., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 673 ss.; Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.; Carpi, *A proposito di giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 293 ss.; Id., *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, ivi, 2002, p. 381 ss.; Rascio, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 601 ss.; Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del 'nuovo' art. 111 cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1185 ss.; Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007; Capponi-Verde, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile*, Napoli, 2002; Lanfranchi, *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 2001; Id., *'Giusto processo civile' e riforme incostituzionali*, in Id., *La roccia non incrinata*, Torino, 2004², p. 607 ss.; Guarnieri-Zannotti, *Giusto processo?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, Padova, 2006; Cecchetti, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, V, Milano, aggiorn., p. 618 ss.; Focarelli, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001; Matscher, *L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1155 ss.

[6] Lo sottolinea incisivamente anche Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, cit., p. 588.

si rivelano cardini del giusto processo (in generale, e minorile in particolare): la parità delle parti (e delle loro armi) e la terzietà del giudice[7].

Ma, evidentemente, il giusto processo nel senso in cui va propriamente intesa l'espressione non è tutto qui, non può essere tutto qui, specialmente nella materia ora in considerazione[8]. L'aggettivo 'giusto', infatti, evoca un concetto che trascende la mera legalità, perché richiama, nel suo significato corrente, l'idea di cosa fatta con giustizia; e la giustizia è una virtù morale, quella per cui si rispettano i diritti altrui e si attribuisce a ciascuno ciò che gli è dovuto; per questo l'espressione 'giusto processo' non si può ridurre a sinonimo di 'processo regolato dalla legge', perché essa vuol significare che il processo deve avere in sé, e in ogni sua articolazione, una tensione morale, una finalità di giustizia, per cui tra 'processo regolato dalla legge' e 'giusto processo' si scopre un rapporto da mezzo a fine[9].

Se si concorda con le affermazioni che precedono, e ci si chiede come sia possibile coniugare questa idea di processo giusto, *rectius* di giusto processo minorile, con le peculiarità del singolo caso di specie, la risposta risiede nella 'elasticità'; e, particolare questo ancora più importante, non potrebbe risiedere altrove, nel senso che non riesco ad individuare altro strumento o parametro che consenta di raggiungere l'obiettivo supposto.

Non solo, ma si tenga presente un'altra caratteristica propria delle controversie familiari e minorili in generale: il *processo*, pur svolgendosi nel presente e attuandosi (in termini di risultato) nel futuro, ha sempre riguardo al passato, in quanto si preoccupa di accertare *fatti* già avvenuti (se così non fosse, non se ne potrebbe

---

[7] V. La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari*, cit., p. 227.

[8] È comunque del tutto condivisibile, nonostante il mutamento di prospettiva che sto per fare nel testo, il rilievo di Vaccaro, *Procedimento minorile e art. 111 Costituzione*, in Aa.Vv., *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., p. 449 ss., spec. p. 449, ove l'a. sottolinea come, dato il disposto dell'art. 111, comma 2°, cost., per cui ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale, risulta evidente il contrasto tra questa norma e la lettera della legge concernente i procedimenti civili che si svolgono davanti al tribunale per i minori.

[9] V. Belfiore, *Procedimento camerale e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1385 ss., spec. p. 1385.

dare la prova) rispetto ai quali stabilire responsabilità e pronunciare condanne; sono le stesse parole, al participio e che ho evidenziato appositamente in corsivo, a dirci che nel processo si ha a che fare con qualcosa che è già accaduto. Nella materia che qui si tratta è esattamente all'opposto (salvi alcuni casi, come ad esempio nella materia delle violenze in famiglia): il giudice, infatti, deve regolare un assetto di rapporti e relazioni, spesso solo tangenzialmente legati a diritti, che si svolgeranno da quel momento in avanti, nel futuro appunto. Al giudice, quindi, si richiede uno sforzo maggiore e una sfumatura di decisione particolare che, invece, generalmente manca nell'esercizio classico della funzione giurisdizionale.

Poste queste necessarie premesse, cerco ora di chiarire meglio che cosa intendo facendo ricorso all'espressione 'elasticità'. Come ha notato la migliore dottrina, nel settore del diritto dei minori e della famiglia il rapporto tra giudice e legge è stato da sempre caratterizzato da norme estremamente elastiche, che spesso fanno riferimento a clausole generali, quali l'interesse del minore, l'interesse della famiglia, e via dicendo[10]; l'affermazione è compiuta avendo riguardo alla legge sostanziale, ma a me pare che essa possa trasferirsi anche sul terreno del processo, facendo alcune importanti precisazioni[11].

Ho accennato sopra al fatto che il processo migliore è quello che meglio si attaglia al caso singolo, alle concrete e non ripetibili esigenze delle parti della lite[12], e alla circostanza che questo risultato si può raggiungere essenzialmente attraverso un processo elastico. Ora, come è stato efficacemente chiarito, la nozione di 'elasticità' deve essere tenuta ben distinta da quella di 'discrezionalità'. Quando si parla di processo elastico, infatti, si ha in mente una struttura di base del processo che può conoscere, in determinati snodi, una serie di varianti, in uno spettro conoscibile a priori, dalle parti e dal giudice; il

---

[10] Così Proto Pisani, *Ancora sul processo e sul giudice minorile (linee di una possibile legge delega di riforma del processo minorile)*, cit., c. 4.

[11] Ciò che, peraltro, è stato affermato anche da Tommaseo, *Il diritto processuale speciale della famiglia*, cit., p. 305, ove l'a. nota che la diversità delle situazioni sostanziali rilevanti nel diritto di famiglia sollecita, quasi necessariamente, esigenze di tutela diversificate che difficilmente possono trovare soddisfazione in regole processuali rigidamente uniformi.

[12] V. Biavati, *Il contraddittorio e il diritto di difesa nei procedimenti camerali*, cit., p. 39.

termine discrezionalità, invece, riporta alla mente la figura del giudice governatore del processo, secondo l'opportunità del caso, nell'intero spazio processuale che va dall'atto introduttivo alla pronuncia della decisione finale[13], ciò che fa divergere dunque profondamente il modello di processo elastico dal modello discrezionale.

Non è dubbio, alla luce di tutto quanto precede, che il modello di processo minorile europeo al quale qui si pensa non possa che essere un processo elastico; in quali modi e termini ciò debba avvenire, è tema che sarà oggetto delle pagine che seguono.

3. *Previsioni per il futuro della materia familiare e minorile (il processo di cognizione batterà il rito camerale)*

È a tutti noto che, attualmente, i procedimenti che riguardano la materia della famiglia e dei minori possono inquadrarsi, seppur con talune differenze, in due tipi fondamentali, ovvero il processo contenzioso ordinario e il rito camerale *ex* art. 737 ss. c.p.c.; seguono il primo pressoché tutti i procedimenti in materia familiare di competenza del tribunale ordinario (anche quelli di separazione e di divorzio, dopo una prima fase presidenziale che ha più spiccato carattere camerale), mentre il secondo è seguìto per tutti i procedimenti innanzi al tribunale per i minori e davanti al giudice tutelare.

Ciascuno dei due modelli presenta pregi e difetti, come già ho avuto modo di ricordare nelle pagine precedenti. Il rito ordinario, certamente, mal si adatta alle esigenze di celerità e di semplificazione proprie della materia familiare[14]; il rito camerale, d'altra parte, è disciplinato in modo assai generico e lacunoso, lasciando ampi spazi alla discrezionalità del giudice e garantendo in modo insufficiente la posizione delle parti[15].

---

[13] Così Biavati, *op. ult. cit.*, p. 39, ove l'a. conclude, riflettendo sul rito camerale, che esso non è elastico, bensì semplicemente discrezionale.

[14] V. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 531 ss.; Gatto, *op. cit.*, p. 1016; Tommaseo, *Il diritto processuale speciale della famiglia*, cit., p. 306; Biavati, *op. ult. cit.*, p. 39.

[15] Lo nota Tommaseo, *Il diritto processuale speciale della famiglia*, cit., p. 305. Analogamente Zatti, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, cit., p. 9, afferma "[…] quale giudice e quale processo mi-

Nel tentativo di trovare una soluzione il più possibile appagante, la prima cosa che verrebbe di pensare è che si possa optare per l'uno o per l'altro modello, eleggendolo a rito processuale familiare, cercando poi di emendarne i difetti evidenziati tanto a livello normativo quanto nella prassi concreta. Ma a mio avviso è da preferire una terza via, ovvero quella della riflessione su un modello autonomo. Questa affermazione richiede una serie di precisazioni.

Innanzitutto, quella che ritengo la principale e la più delicata, perché tocca il profilo delle idee: il modello di processo minorile che si disegna, e questo vale chiunque sia a mettersi all'opera, è questione che trascende il processo e che ha grande rilievo, *in primis*, dal punto di vista sociologico e politico, perché tale modello dice, in buona sostanza, che cosa quella società pensa del minore e della famiglia. Non a caso, infatti, la stessa Costituzione sottolinea tutta la rilevanza pubblicistica delle situazioni e dei rapporti che formano oggetto della famiglia e che sono annoverati fra i 'rapporti etico-sociali'[16]; e se il diritto è un settore della politica, e quindi il giurista è prima di tutto un politico, allora elaborare un certo tipo di processo minorile piuttosto che un altro è indice della politica familiare propria di un determinato ordinamento[17].

La seconda puntualizzazione è di gran lunga meno importante, ma doverosa, perché sostenere l'opportunità dell'elaborazione di un modello processuale *ad hoc* per la materia familiare e minorile potrebbe apparire in contrasto con quanto affermai in un precedente lavoro monografico[18], a conclusione del quale auspicavo

---

norile non è una questione processuale, è la questione dello statuto della relazione educativa e della minore età nel nostro sistema".

[16] 'Il diritto è un settore della politica; perciò il giurista è un politico, prima di tutto, anche se non ogni politico è un giurista' sono precisamente le parole di Carnelutti, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 201 ss., spec. p. 207.

[17] Il riferimento è a Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, p. 270 ss.

[18] È appena il caso di notare qui che il legislatore dell'ultima riforma (il riferimento è, evidentemente, alla legge n. 69 del 18 giugno 2009, cit.) ha accolto gli auspici formulati: da una parte, infatti, ha introdotto un nuovo procedimento sommario di cognizione, oggi disciplinato dagli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.; dall'altra ha previsto, precisamente all'art. 54 della legge citata, una delega al governo per la riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili, l'attuazione della quale dovrebbe

l'introduzione di un procedimento sommario, parallelamente all'abrogazione della vasta selva di procedimenti speciali che popolano il codice di rito (e non soltanto)[19]. La contraddizione è apparente, perché quando parlo di 'modello autonomo', infatti, penso all'individuazione di una serie di princìpi generali che, a mio avviso, devono presiedere al processo civile minorile. Tale modello, peraltro, è un ordinario processo di cognizione[20] che, concretamente, potrebbe essere realizzato secondo una possibile alternativa: o interpretando nel modo che suggerirò le norme già esistenti per il rito ordinario di cui al secondo libro del codice di procedura civile (ciò che, come si vedrà, è possibile fare senza stravolgerne la lettera), ovvero enucleando un vero e proprio rito speciale nel quale condensare i princìpi suddetti, seguendo così l'indicazione del legislatore dell'ultima riforma[21]. Preferire concretamente l'una o l'altra via non cambia la sostanza del mio contributo, tutto e semplicemente teso all'individuazione di quelli che possano considerarsi i princìpi cardine del processo civile minorile moderno[22].

---

portare alla sopravvivenza di tre grandi modelli generali (processo di cognizione e rito del lavoro, unitamente al neointrodotto procedimento sommario, v. art. 54, comma 4°, lett. b, nn. 1-3), nonché di alcune disposizioni processuali in materie speciali, tra cui viene ricompresa, insieme ad altre, la procedura in materia di famiglia e di minori (così l'art. 54, comma 4°, lett. d).

[19] Anche Passanante, *op. cit.*, p. 215, conclude nel senso per cui si scorge con chiarezza nel legislatore la consapevolezza circa la necessità che i procedimenti in materia di diritto dei minori siano disciplinati con forme e modalità simili a quelle tipiche della giurisdizione contenziosa ordinaria, e ciò tanto più quanto più siano idonei a incidere su posizioni giuridiche soggettive di rilievo pari o superiore a quelle del diritto soggettivo perfetto.

[20] Come già chiarito nelle pagine precedenti, cui rimando.

[21] In termini analoghi si è mosso Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1 ss., spec. c. 60, ove l'a., di seguito al *corpus* del processo ordinario di cognizione, detta una serie di norme *ad hoc* per alcuni procedimenti speciali, tra i quali contempla i 'processi minorili sulla potestà parentale', cui dedica due norme, l'una per la disciplina della fase sommaria, l'altra per regolarne il rito a cognizione piena, che si sostanzia, salve alcune precisazioni, in un rinvio alle norme del rito ordinario.

[22] V. ampiamente *sub* cap. III.

4. *L'attribuzione al minore della qualità di parte nel/del processo e la necessità di procedere al suo ascolto*

Quelli evidenziati nel titolo del presente paragrafo sono due aspetti che considero risultati acquisiti dell'elaborazione fin qui compiuta e che riprendo solo in quanto sia necessario ora a fini di chiusura del cerchio complessivo di questo lavoro, ora a fini di sottolineatura di qualche aspetto particolare.

Non c'è processo senza parti; non può esserci processo minorile senza che il minore sia parte dello stesso. Ho dedicato un intero capitolo (e non avrebbe potuto essere altrimenti, data la centralità del tema) alla dimostrazione di come siano superabili una serie di ostacoli che, ad oggi, paiono porsi sulla strada che conduce all'attribuzione al minore della qualità di parte nel processo, pertanto rimando a quelle pagine[23]. Qui vorrei sottolineare un punto, ovvero che un mutamento di prospettiva che riguardi questo particolare profilo non è più dilazionabile[24].

L'attribuzione della qualità di parte al minore nei processi che lo riguardano non richiede neppure che si debba intervenire sulle norme come attualmente formulate per adeguarle sul punto; l'art. 75 c.p.c., infatti, attribuisce la capacità di stare in giudizio alle 'persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere', e abbiamo visto ampiamente come il minore sia titolare dei diritti che lo riguardano nella sua sfera esistenziale, in quanto personalissimi, fin dal momento della nascita: onde nulla impedisce che al fanciullo, fin dal momento della nascita appunto, possa essere attribuita la qualità di parte nel processo familiare e minorile che lo riguarda[25].

Se le norme non richiedono di essere modificate su questo punto, molto c'è da fare invece con riguardo al delicatissimo profilo della nomina del difensore del minore[26]. A me pare che un sentiero

---

[23] Per tutti, v. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit. p. 413 ss.

[24] V. i passaggi delle considerazioni ora riprese in modo sintetico ampiamente *sub* cap. III, parr. 2, 5 e 6.

[25] Nota infatti Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 11, che mancano norme sui criteri di nomina e di qualificazione dei difensori nel processo civile minorile, ciò che non accade invece, per esempio, nel settore della difesa penale dei minori.

[26] V. cap. III, *sub* par. 7.

percorribile potrebbe essere quello aperto dalle ultime riforme (delle quali al momento in cui scrivo occorre ancora verificare l'esito finale), in specie quella che prevede un istituendo Garante dell'infanzia (i cui compiti sono tuttavia, evidentemente, ancora in corso di definizione)[27], in collaborazione con i presidenti degli uffici giudiziari (essenzialmente il tribunale ordinario) competenti per il singolo processo; o, se si preferisce, e la differenza potrebbe non ridursi alla mera inversione formale dei termini, si può pensare che alla nomina del difensore del minore provvedano i presidenti degli uffici giudiziari di volta in volta presenti nella vicenda in collaborazione con l'istituendo Garante dell'infanzia[28].

È opinione per lo più condivisa che sia opportuna l'istituzione

---

[27] Per una recente applicazione nella giurisprudenza interna del principio di cui ora nel testo, v. sul tema Cass., sez. I civ., sentenza 7 aprile-4 maggio 2009 n. 10228 (in *Guida al dir.*, n. 21 del 2009, p. 64 ss., con nota di Padalino, *L'irregolarità del rapporto processuale porta alla dichiarazione di nullità*, ivi, p. 67 ss.), ove la suprema corte, in riferimento alla più volte citata legge n. 149 del 2001, ribadisce come le norme in discorso sono intese ad assicurare indefettibili forme di garanzia al minore, compreso il pieno contraddittorio tra le parti e l'assistenza legale dello stesso minore e dei genitori o degli altri parenti, tramite eventualmente la nomina di un difensore d'ufficio, in quanto il minore, anche in virtù delle norme internazionali sul tema, ha diritto ad essere autonomamente rappresentato in giudizio e tutelato nei suoi preminenti interessi e diritti, i quali si pongono in posizione potenzialmente confliggente con quella dei genitori e rappresentanti legali. La mancata nomina di un curatore speciale al minore, pertanto, determinerebbe l'assoluta nullità del procedimento, insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, per patente violazione del principio del contraddittorio. V. anche nella giurisprudenza di merito, sulla stessa linea, Corte d'appello Milano, sez. min., sent. 16 ottobre 2008 n. 787/7, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 251 ss., con nota di Tommaseo, *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, ivi, p. 254 ss. Nella pronuncia il giudice milanese, dopo aver affermato che nei giudizi di adottabilità il minore deve stare in giudizio fin dal principio con l'assistenza di un difensore, chiarisce che la nomina di quest'ultimo non può essere affidata a quanti ne hanno la rappresentanza legale, a causa dell'immanente conflitto di interessi che sussiste tra questi e il minore, e ciò anche nell'ipotesi in cui (come era nel caso di specie), la rappresentanza legale è stata attribuita a un tutore; la corte milanese, poi, giunge ad affermare che, ove dovesse mancare la nomina del difensore del minore, ciò costituirebbe violazione del principio del contraddittorio che, se rilevata, comporta la rimessione della causa al giudice di primo grado, che provvederà a disporre l'integrazione del contraddittorio procedendo alla nomina del difensore.

[28] V. Turri, *Minori, rappresentanti, difensori e curatori speciali*, in *Minori giustizia*, 2008, p. 149 ss., spec. p. 152. Ad avviso dell'a., v. p. 152, è preferibile che non coincidano la figura del difensore del minore e quella del rappresentante sostanziale (che non sia il genitore) nella gestione delle vicende giudiziarie che lo

di un albo *ad hoc* tra i cui componenti possa essere individuato, caso per caso, il professionista cui assegnare il ruolo di difensore del minore. La figura del difensore, prevista ad oggi dalla legge n. 149 del 2001 per le sole procedure di limitazione della responsabilità genitoriale e in quelle di adottabilità, non convince pacificamente perché, si osserva, il suo ruolo è soltanto tecnico, e si avverte la necessità di un *quid pluris*. Il potenziale, o attuale, conflitto di interessi con i genitori, e dei genitori fra loro, evidentemente, suggerisce che ci sia qualcuno che rappresenti sul piano sostanziale e processuale il minore in giudizio[29].

Altro profilo assai delicato e non trascurabile è quello della specifica formazione e preparazione che il professionista debba dimostrare di possedere per poter essere iscritto nell'albo suddetto[30]; è lo stesso preambolo alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989 a raccomandare che al fanciullo, proprio a causa della sua particolare condizione, debbano essere assicurate protezione e cura particolari, fra cui si ricomprende una 'protezione legale appropriata'; gli alti numeri che popolano l'ambiente forense suggeriscono che si proceda a una selezione attra-

---

riguardano; ho spiegato le ragioni di una diversa soluzione del problema, dal mio punto di vista, al cap. III *sub* par. 7, cui rimando.

[29] Come nota Dusi, *Il procedimento camerale nella giurisprudenza e nella prassi dei giudici minorili: linee evolutive*, in Aa.Vv., a cura di Fanni, *Quale processo per la famiglia e i minori*, cit., p. 37 ss., spec. p. 42, domanda preliminare da porsi sarebbe chiedersi in che cosa possa consistere la difesa quando nel processo non c'è A contro B, ma una relazione affettiva tra persone; l'a. risponde individuando il compito del difensore nella valorizzazione di tutto il contributo che il proprio assistito può fornire all'alimentazione della relazione. Ora, questa impostazione a me pare andare forse eccessivamente verso l'altro dei due estremi possibili (quello di una difesa esclusivamente tecnica da un lato, opposto a quello di una difesa forse eccessivamente patemica dall'altro), ma senza dubbio ha il merito di sottolineare la peculiarità e la delicatezza del ruolo del difensore tecnico in questo tipo di controversie.

[30] A titolo esemplificativo, ricordo qui che il d.d.l. n. 4294/C, approvato dalla Camera il 15 luglio 2004 (ma poi decaduto con la fine della relativa legislatura), con riferimento alla legge n. 149 del 2001 prevedeva, all'art. 1, che la scelta del difensore del minore dovesse essere effettuata tra gli avvocati iscritti in uno specifico elenco predisposto dal Consiglio dell'Ordine, pur non contemplando alcun riferimento ai requisiti che il professionista debba presentare in proposito. Benché esso non abbia conosciuto sviluppo, è comunque un indice di qualche momento per successive proposte che vengano fatte sul tema.

verso maglie molto strette, tutte da individuare[31]. Nell'ordinamento interno, attesa la mancanza di un regolamento di attuazione della legge n. 149 del 2001[32], alcuni Consigli degli ordini forensi hanno cercato di ovviare predisponendo un apposito elenco, nel quale sono stati iscritti gli avvocati che, oltre ad essere in possesso dei requisiti previsti in generale dalla legge n. 134 del 2001 (ovvero, attitudine ed esperienza professionale, assenza di sanzioni disciplinari, anzianità professionale non inferiore a sei anni), abbiano seguito corsi organizzati dagli ordini medesimi in materia minorile e possiedano un'esperienza specifica per aver patrocinato cause di responsabilità genitoriale o di adottabilità o abbiano svolto funzioni di curatori speciali[33]. Si consideri inoltre che, se già in via generale il codice deontologico forense prevede per l'avvocato un obbligo di competenza e di aggiornamento attraverso la formazione continua svolta dall'ordine professionale e dalle associazioni maggiormente rappresentative, è ormai acquisizione comune che l'assunzione del ruolo di avvocato del minore richieda attitudini e competenze specifiche, oltre ad un bagaglio di esperienza professionale nello specifico settore, onde sarebbe preferibile che il professionista fosse specializzato nel senso di essere, fra l'altro, un avvocato che esercita prevalentemente e con continuità la professione nel settore civile minorile . Quel che è certo è che, allo stato, manca nel nostro ordinamento una figura di 'avvocato del minore', e si richiede congiuntamente al legislatore

---

[31] Recentemente, sul punto, v. Dogliotti, *Adozione 'forte' e 'mite', affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 425 ss.; l'a. riferisce che tali norme di attuazione sono ancora in corso di elaborazione, pur essendo invece diventata finalmente operativa la parte processuale della legge n. 149 del 2001. Ciò comporta che, mentre in precedenza il procedimento di adozione legittimante presentava due fasi, una di tipo camerale e una, eventuale (l'opposizione al decreto di adottabilità), a carattere contenzioso, oggi invece tutto il procedimento, fin dall'inizio, ha le caratteristiche della contenziosità (presenza delle parti, rispetto del principio del contraddittorio, difesa tecnica). Tra gli aspetti riguardo ai quali occorre ancora provvedere, tuttavia, rimane quello di cui ora nel testo, ovvero come procedere alla nomina del difensore del minore.

[32] Sull'opportunità che si vadano diffondendo in tutte le corti d'appello corsi di diritto minorile per avvocati, tesi alla costruzione di una nuova cultura, più attenta alle esigenze del soggetto in crescita, v. anche Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 415.

[33] V. Scolaro, *Il diritto di difesa del minore*, cit., pp. 164-165.

e ai Consigli forensi di contribuire a forgiarne l'archetipo; con tutte le responsabilità che un compito così difficile e delicato comporta.

Altro punto fermo è la raggiunta consapevolezza, acclarata oramai anche a livello normativo dalle fonti interne e internazionali, della necessità dell'ascolto del minore nelle procedure che lo riguardano[34]. Alla luce dell'elaborazione compiuta, si deve affermare che l'audizione del minore deve trovare spazio in ogni procedimento che concerne il fanciullo, anche laddove, in ipotesi, la disciplina specifica processuale di dettaglio non la contemplasse; l'ascolto del minore, in buona sostanza, assurge a rango di principio generale, come tale dunque sempre applicabile. Ho analiticamente considerato il contenuto e la possibile valenza dell'ascolto del minore in un capitolo *ad hoc*[35]; qui in sede di conclusioni, tuttavia, senza negare quanto affermato in precedenza operando possibili distinzioni con riguardo all'audizione processuale del minore, vorrei che spiccasse rispetto agli altri il profilo più importante: l'ascolto ha come soggetto centrale il minore, i suoi desideri e le sue emozioni, e solo incidentalmente e marginalmente è teso alla ricostruzione di vicende e alla formazione di prove[36]; ciò che, dunque, se da un lato ne rende meno problematico l'inquadramento da un punto di vista di teoria del processo, dall'altro ne evidenzia tutta la delicatezza e difficoltà.

Conseguenza di quanto appena sostenuto è che nel processo minorile, dunque, deve essere esaltato massimamente il principio dell'oralità. Non è a mio avviso pensabile, infatti, che l'ascolto diretto del minore, effettuato in prima persona da parte del giudice, possa essere sostituito, *rectius* surrogato, ricorrendo ad assunzioni della voce del minore delegate a soggetti terzi (penso non soltanto ai servizi sociali ma anche a collaboratori del giudice incaricato di conoscere della specifica vicenda processuale) e che poi queste assunzioni si traducano in documenti, dichiarazioni scritte

---

[34] Su questo punto v. ampiamente *sub* cap. II.

[35] V. *sub* cap. II.

[36] Così Pazé, *L'ascolto del bambino nel procedimento civile minorile*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1334 ss., spec. pp. 1341-1342, ove l'a. ne deriva che, conseguentemente, persino la questione dell'attendibilità del minore non si pone o è secondaria, perché l'ascolto ha altri scopi.

o verbali, dei quali semplicemente il giudice prenderà visione indirettamente[37].

Ancora su questo punto, mi pare opportuno specificare che il campo potrebbe essere rapidamente sgomberato da un'altra solo eventuale, eppur probabile, obiezione. Nel corso del lavoro sin qui compiuto ho sostenuto a più riprese, infatti, non soltanto che il minore debba essere ascoltato, affinché il giudice possa prendere una decisione che possa qualificarsi come 'giusta', ma anche che al minore deve essere riconosciuta la qualità di parte nel processo ove si conosce di vicende fondamentali della sua esistenza. Ora, qualcuno potrebbe obiettare che se il minore è parte, e il suo ascolto può considerarsi alla stregua di una prova testimoniale sulla quale poi il giudice potrà basare la decisione, ciò urterebbe contro i princìpi generali del nostro sistema processuale che, allo stato, contempla nel processo la sola testimonianza del terzo, cioè di quel soggetto che, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., non ha un interesse nella causa che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio. Ebbene, a me pare che alla suddetta obiezione si possa rispondere facendo leva almeno su due diversi ordini di considerazioni: il primo, ed il più semplice, è quello per cui, posto che l'impossibilità della parte di testimoniare è mero risultato di una scelta di politica del diritto (che dunque domani potrebbe essere modificata con un colpo di penna dal legislatore), il nostro ordinamento permette alla parte di avvicinarsi a mezzi di prova i quali hanno efficacia vincolante nei confronti del giudice e le permettono di decidere dell'esito della lite;

---

[37] Dell'importanza di un contatto diretto fra giudice e minore e delle ragioni che ne sono alla base ho già detto ampiamente *sub* cap. II, al quale pertanto rimando. Qui invece, pur non potendo approfondire il tema del rapporto fra scrittura e oralità nel processo, che ci condurrebbe in qualche modo *ultra desiderata*, rinvio a Carpi-Ortells, a cura di, *Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Valencia, 2008; Chiovenda, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 1 ss.; Calamandrei, *Oralità nel processo*, in *Nuovo Dig. it.*, IX, Torino, 1939, p. 178 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, p. 110 ss.; Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 153 ss.; Segni-Costa, voce *Oralità*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 1028 ss.; Aa.Vv., *Scrittura e diritto*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, Milano, 2000; Vocino, voce *Oralità del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 592 ss.; Costa, *L'oralità e il processo civile odierno*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 77 ss.

confessione e giuramento, infatti, sono stati ricondotti dalla più autorevole dottrina a null'altro se non ad una 'forma di testimonianza della parte', precisamente ad una 'testimonianza in senso ampio'[38]. Vero è che confessione e giuramento sono dotati di efficacia vincolante anche grazie al fatto che ad essi la parte si avvicina in quanto provocata *ad hoc* dalla controparte, ma ciò nondimeno non può tacersi del profilo di contraddizione che emerge con riguardo alla prova testimoniale che, a conferma del ragionamento che tento qui di condurre, è dotata della semplice efficacia di prova liberamente valutabile da parte del giudice. Il secondo argomento poi, che mi pare ancora più convincente del primo in virtù della fonte da cui promana e dell'esigenza di farsi orientare dai venti internazionali, poggia sul più volte ricordato art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale prevede il diritto ad 'être entendu dans sa *propre* cause' come fondamentale[39]; del principio la Corte europea dei diritti dell'uomo, e così pure la Commissione europea dei diritti dell'uomo, hanno fatto più volte applicazione[40].

Già mi sono soffermata su alcuni delicati profili pratici, ed in specie sul fatto che non vi debbano essere aprioristici limiti collegati all'età o alla capacità di discernimento del minore che possano far ritenere di non procedere all'ascolto; in sintesi potrei dire qui, con un modo di dire abusato ma non privo d'effetto, che la regola deve essere che non vi sia nessuna regola, e che il giudice quindi deve pro-

---

[38] Così Carnelutti, *La prova civile*, Milano, 1915, pp. 121 e 175.

[39] Il punto è ulteriormente sottolineato da Cappelletti, *La testimonianza della parte davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 161 ss. Si noti, fra l'altro, che la Corte costituzionale, in specie con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 (in *Foro it.*, 2008, I, c. 39 ss., con note di Cappuccio e Ghera), superando precedenti esitazioni, ha incluso infine la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in modo esplicito e incondizionato, fra gli obblighi internazionali che il legislatore italiano deve rispettare nel legiferare.

[40] V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 ottobre 1993, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 153 ss., con nota di Tonolli; Commissione europea dei diritti dell'uomo, dec. 8 maggio 1962, in *Yearbook of the eur. conv. on human rights*, 1962, V, p. 210 ss. La necessità che la testimonianza della parte debba essere garantita nel processo civile quando dalla sua mancanza derivi una violazione dei diritti processuali della persona tutelati sul piano internazionale, dunque, non è una scoperta di queste pagine, come dimostra la giurisprudenza risalente non a caso citata; in dottrina, per tutti, v. Grementieri, *La testimonianza della parte nella giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1687 ss.

cedere all'audizione del minore, salvo poi, evidentemente, rendere compiutamente conto, in sede di motivazione del provvedimento, delle ragioni che lo hanno portato a procedere all'ascolto (ed eventualmente poi ad interromperlo) e a valutare i risultati che ne sono emersi in un modo ovvero in un altro[41].

Un ultimo profilo merita, infine, di essere qui approfondito: quando procedere all'ascolto del minore? A me sembra che una sola sia la risposta possibile: il giudice deve sentire il minore nel momento del processo che gli paia più opportuno, nel legittimo esercizio dei suoi poteri di direzione del procedimento, riconosciutigli in via generale dall'art. 175 c.p.c.; non sono dunque ipotizzabili vincoli o limiti derivanti da rigide scansioni procedurali, né tantomeno è prefigurabile l'ipotetica maturazione di una preclusione probatoria che ostacoli l'audizione del minore. Tutto ciò, evidentemente, nel pieno rispetto, e dunque attraverso la garanzia, del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle altre parti. Logica vorrebbe che, in materia tanto delicata e che richiede una trattazione spedita per giungere in tempi civilmente rapidi al termine del processo, l'audizione di tutte le parti coinvolte avvenisse all'inizio del processo, così che dalla stessa possa comprendersi, fra l'altro, quali fatti sia opportuno accertare in sede di istruzione, oltre a formarsi un'idea più consapevole della situazione concreta, al di là di ciò che emerge dalla mera lettura degli atti introduttivi.

5. *Il giudice nel processo familiare e minorile (ovvero, il protagonista della scena processuale)*

'Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale […]. Un contratto, un delitto, un processo sono degli uomini uno di fronte all'altro. Vuol dire che bisogna capire quegli uomini per capire il diritto. Ma questa è materia ribelle […]'[42].

Felice quell'epoca la cui dottrina parlava quasi in poesia. Il maestro ha detto, da par suo, una grande verità, il cui fondamento, se si

---

41 V. cap. II, spec. *sub* parr. 3-5.

42 È ancora Carnelutti, *Matematica e diritto*, cit., pp. 211-212.

pensa alla materia del processo familiare e minorile, è così intuitivamente percepibile da non richiedere alcuna spiegazione.

Il diritto è un fatto essenzialmente spirituale; forse oggi ce ne siamo dimenticati, siamo abituati a pensare che il diritto abbia riguardo a cose, a beni, e a diritti su queste cose e su questi beni; e ci sembra invece che lo spirito ben poco abbia a che vedere con il diritto, al quale (non a caso) chi non lo conosce guarda come ad una disciplina in fondo un po' sterile. Probabilmente, se si vuole recuperare una qualche dimensione alla giustizia e alla funzione giurisdizionale, e dunque anche al processo, e in certo modo ripristinare una qualche dignità alla materia di cui ci stiamo occupando (perché, nella migliore delle ipotesi, lo studioso del processo, considerata la condizione in cui versa la giustizia, viene ritenuto come qualcuno che svolge un compito inutile, nella peggiore addirittura come un incapace), si potrebbe tentare una modifica della rotta che si sta seguendo, cercando appunto di recuperare l'altezza morale, cioé spirituale, che dovrebbe appartenere al processo; e, massimamente, mi sembra che ciò debba avvenire innanzitutto nel processo che tratta dei diritti personalissimi degli individui (senza che, tuttavia, si debba concludere che alcuno spessore spetti ai processi, che sono poi la maggior parte, che hanno ad oggetto le 'cose').

Fin dall'inizio di questo lavoro ha fatto capolino un'idea, che è venuta via via consolidandosi, fino a raggiunere la consistenza di una vera e propria certezza; essa riguarda, precisamente, il ruolo che il giudice debba svolgere all'interno del processo minorile. Come ha sottolineato infatti la migliore dottrina, il giudice è l'unico soggetto del processo nel quale si dovrebbe personificare, concretamente, il superiore interesse alla giustizia; le parti, infatti, perseguono esclusivamente scopi egoistici, talvolta in contrasto con quello scopo superiore, perché ad esse non importa tanto la giustizia quanto la vittoria[43]. Ora, se questa affermazione può riscontrarsi come vera in generale, tanto più deve riconoscersene la bontà quando si vada a riflettere in materia di processo che coinvolge soggetti minori: il superiore interesse della giustizia, infatti,

[43] Così Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in Id., *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Napoli, 1965, I, p. 537 ss., spec. p. 540.

deve essere sommamente tutelato in questi casi, in cui il minore, sovente, rischia non solo di non essere tutelato in sé, ma di dover essere liberato da quel ruolo di moneta di scambio che i genitori utilizzano per far pagare all'altro (più o meno consapevolmente) veri o presunti debiti esistenziali[44].

Se dunque sono ormai lontani i tempi in cui la famiglia era un'isola felice appena lambita dal diritto[45], oggi è il giudice, nella tempesta che si agita nel processo familiare davanti a lui pendente, a dover svolgere il difficile compito di nocchiero[46]; senza che ciò si traduca, esito infausto assolutamente da evitare, nell'adozione da parte del giudice di ruoli paternalistici o moralistici: egli deve essere e rimanere il garante del corretto e giusto svolgimento del processo, che conduca all'adozione della migliore decisione possibile[47]. E null'altro. La figura del giudice va anzi in certo modo protetta nella materia che qui si tratta: la c.d. 'privatizzazione' delle relazioni familiari (cui abbondantemente ho fatto cenno all'inizio di questo lavoro) reca con sé, più o meno inconsciamente, una sorta di volontà di degiurisdizionalizzazione del contenzioso familiare, cioè di sottrarre

---

[44] Tra l'altro e più in generale, l'idea che il giudice debba partecipare sempre più attivamente al processo emerge anche dalla tendenza rilevabile a livello comparatistico. Non è possibile, evidentemente, addentrarsi qui in modo più approfondito nella discussione contemporanea sul ruolo del giudice nel processo; è tuttavia indispensabile almeno rinviare, nella letteratura più recente, a Chiarloni, *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 11 ss.; Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, ivi, 2002, p. 676 ss.; Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un 'revisionista'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 575 ss.; Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455 ss.; Costantino, *Le riforme della giustizia civile nella XIV legislatura*, ivi, 2005, p. 15 ss.; Fabiani, *La partecipazione del giudice al processo societario*, ivi, 2004, p. 149 ss. In particolare sulla figura del giudice, risolutore di controversie ed amministratore di interessi, v. Biavati, *Europa e processo civile*, cit., p. 153 ss., spec. p. 159 ss. con riferimento al giudice nazionale.

[45] È la nota metafora di Arturo Carlo Jemolo, ripresa da Magno, *Protezione, tutela e esercizio dei diritti del minore*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 53 ss., spec. p. 58.

[46] La tendenza a che il giudice del processo familiare e minorile acquisti 'a more managerial approach' e veda dunque aumentati i suoi poteri nella direzione del processo è diffusa anche a livello comparatistico, per cui v. per tutti Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 19.

[47] Lo sottolinea Ferrando, *Giudizialità ed extragiudizialità nella crisi della famiglia*, cit., p. 293.

a chiunque – salvi i membri della famiglia – ogni ingerenza, e *a fortiori* ogni decisione, sulle vicende domestiche[48].

Ricapitoliamo le funzioni che, sin qui, ho ritenuto di attribuire al giudice del processo minorile. A mio avviso, egli è il soggetto che ascolta il minore e ne valuta la capacità di discernimento, avendo auspicabilmente preparato il minore all'incontro con il processo, ciò che, evidentemente, non è opportuno che facciano i genitori o i loro difensori, per ovvia mancanza di imparzialità e distacco rispetto alla vicenda[49]. Considerata la delicatezza della materia, il giudice può decidere di farsi assistere da un esperto in materia psicologica, che lo aiuti specialmente nel momento dell'incontro con il minore, ma ciò che deve assolutamente essere assicurato è il contatto diretto, faccia a faccia, tra giudice e minore, così che il giudice si trovi ad emettere una decisione avendo udito con le proprie orecchie e visto con i propri occhi il minore, non affidandosi invece a relazioni di altri soggetti, pur esperti, che a lui raccontino dell'esistenza di un soggetto del quale egli neppure conosce la fisionomia[50].

Certo, la realizzazione di questo progetto presuppone che si esca dalla logica, purtroppo tipica della giustizia civile nel nostro ordinamento, del processo e dell'udienza (ciò che accade anche in materia familiare) come una sorta di catena di montaggio di decisione di cause; e questo mi sembra possibile (oltre che necessario) anche riflettendo sulla struttura del giudice che dovrebbe occuparsi

---

[48] Ho tratto lo spunto da Panier, *Le rôle et la coordination des acteurs dans la justice familiale contentieuse: entre contrôle juridictionnel et gestion assistée*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 361 ss., spec. p. 364, ove l'a. parla di 'déjudiciarisation' del contenzioso familiare.

[49] V. ampiamente *sub* cap. II, par. 4, cpv. 3 ss. Mi limito qui ad aggiungere che conferma di quanto suggerito si trova anche a livello di fonti sovranazionali; l'art. 6 della più volte citata Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996 prevede infatti, proprio riguardo al tema del 'processo decisionale' da compiersi da parte del giudice che quest'ultimo, prima di adottare qualsiasi decisione, consulti il fanciullo 'nella forma che riterrà più appropriata', dovendo poi 'tenere debitamente conto dell'opinione' da lui espressa.

[50] 'If ever a matter was a personal matter for a judge, it is the question of seeing or not seeing the children […] it is a very delicate situation indeed in my experience and it can be extremely embarassing to a judge when he can see already the likelihood that he will come to a decision which is adevrse to the wishes of the child', è l'efficace sintesi di Lord Judge Ormrod, riportata da Lowe-Douglas, *op. cit.*, p. 498.

del processo minorile. Si ricorderà che in proposito ho suggerito che, a livello ordinamentale, il giudice competente per questa materia dovrebbe essere individuato in un giudice specializzato *ratione materiae*, che siede in veste di sezione specializzata presso il tribunale ordinario[51].

Oltre a quelli richiamati sopra, tuttavia, a me pare che sia imprescindibile riconoscere al giudice del processo minorile un ruolo fondamentale allorché si vada a ragionare in termini di poteri istruttori. Come è evidente, infatti, ogni soggetto del processo, e questo in generale, formula sui fatti ipotesi doppiamente parziali: da un lato, perché la parte tende a sottolineare non tutti i fatti potenzialmente rilevanti, ma soltanto quelli idonei a fondare la propria richiesta, dall'altro, perché la parte tende ad affermare soltanto i fatti a sé favorevoli[52]; se questa inclinazione è riscontrabile nel processo civile in generale, non può che presentarsi più accentuata nel giudizio che coinvolge posizioni soggettive personalissime delle parti. Ma affrontare questo argomento richiede che si apra uno spazio *ad hoc*.

6. *Il tema dei poteri istruttori del giudice nel processo civile in generale, e minorile in particolare*

Il tema dei poteri istruttori del giudice nel processo civile è materia delicata, attraverso la cui lente, spesso e talvolta inopportunamente, si è tentato di far dire ad un ordinamento più di quanto esso non esprimesse *prima facie*; qui non mi interessa, né rileva, dare spazio a considerazioni di ordine inutilmente politico, premendomi invece riflettere sui modelli processuali per ciò che da essi risulta, a prescindere dalle possibili dietrologie.

Come ha efficacemente illustrato la dottrina che più si è occu-

---

[51] V. in dettaglio la rivisitazione che suggerisco per i profili di ordinamento giudiziario *sub* cap. V, par. 2, cpv. 10 ss.

[52] V. Taruffo, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 785 ss., spec. p. 790 ss., ove l'a. riprende l'elaborazione di Norbert Elias compiuta in sede di metodologia delle scienze sociali e va poi a ragionare in termini di processo, enucleando così le nozioni di 'parzialità' di cui nel testo, intesa la prima come 'incompletezza' e la seconda come 'partigianeria'.

pata del tema, si possono distinguere tre grandi tipi di approccio legislativo al problema dei poteri istruttori del giudice nel processo civile[53].

Ad un primo modello si possono ricondurre quegli ordinamenti che prevedono un generale potere del giudice di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove non dedotte dalle parti e che egli ritiene utili per l'accertamento dei fatti; all'interno di questo gruppo si possono ulteriormente distinguere gli ordinamenti che prevedono un vero e proprio dovere del giudice di fare questo (è il caso, per esempio, degli ordinamenti di tipo sovietico) da quelli che, invece, contemplano un semplice potere del giudice di acquisire d'ufficio tutte le prove rilevanti (ciò che accade, per esempio, in Francia)[54].

In un secondo ordine di modelli processuali si possono poi ricomprendere gli ordinamenti, tra cui anche il nostro di diritto interno, in cui il giudice è dotato di alcuni poteri di iniziativa istruttoria; all'Italia si può aggiungere, in questa prospettiva, anche l'ordinamento tedesco e il diritto processuale statunitense delle c.d. *Federal rules of evidence*[55].

Infine, vi sono ordinamenti in cui il giudice svolge un ruolo attivo nell'acquisizione delle prove, pur non essendo espressamente previsti veri e propri poteri di iniziativa istruttoria del giudice; è questo il caso, ad esempio, di Inghilterra e Spagna[56]. Ad avviso della migliore dottrina d'oltremanica, anzi, si può dire che oggi i giudici inglesi esercitano nelle varie fasi di una controversia molti più poteri di quelli che, per secoli, sono stati loro riconosciuti, tant'è che si

---

[53] V. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 451 ss., spec. p. 458 ss.

[54] V. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 458; Ferrand, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in Aa.Vv., a cura di Trocker-Varano, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005, p. 27 ss.

[55] V. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 461-464; Walter, *The German civil procedure reform Act 2002: much ado about nothing?*, in Aa.Vv., a cura di Trocker-Varano, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, cit., p. 75 ss.; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 2005, pp. 1075 ss., 1477 ss.

[56] V. ampiamente Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 465-467; Zuckerman, *Civil procedure*, Londra, 2003, p. 34 ss.; Andrews, *English Civil Procedure. Fundamentals of the new Civil Justice System*, Oxford, 2003, p. 333 ss.; D'az Fuentes, *La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Barcellona, 2004, p. 108 ss.

può ritenere che agli avvocati sia richiesto più che altro un comportamento di cooperazione con la corte[57].

La sintetica analisi comparatistica è finalizzata a dimostrare vari assunti: intanto, che nei principali ordinamenti europei si configura un ruolo attivo del giudice nell'acquisizione delle prove rilevanti per la decisione sui fatti; secondariamente, che nessun ordinamento processuale moderno fa affidamento esclusivo sull'iniziativa delle parti per conseguire l'obiettivo dell'accertamento dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia; ancora, che risulta infondato il timore che il giudice, esercitando un ruolo attivo nel processo, diventi per questo parziale[58]; infine, che vi sia una vera e propria tendenza, da tempo radicata nell'àmbito della cultura europea, a configurare il giudice come dotato di un ruolo *managerial* relativamente allo svolgimento del processo[59]. Da queste considerazioni di ordine più generale, avviciniamoci ora, per gradi, al tema del processo minorile.

È affermazione tralatizia che la fase dell'istruzione probatoria è il cuore del processo; e che tanto più essa ne è il momento centrale quanto più siano indisponibili i diritti che ne formano l'oggetto. Pertanto, se ne è dedotto, ben si può giustificare una struttura inquisitoria del procedimento quando esso attenga a posizioni giuridiche soggettive di rango primario e indisponibile, perché pare necessario escludere che l'inerzia (o, nelle ipotesi più gravi, il dolo) delle parti private possa incidere sulla giustizia della decisione[60].

---

[57] V. Andrews, *La giustizia civile inglese e il mondo esterno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 829 ss., spec. p. 831.

[58] V. molto più ampiamente Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 468-482.

[59] Ancora Taruffo, *Cultura e processo*, cit., p. 75; sul rilievo v. anche, con più specifico riguardo ai sistemi di *common law*, Goldstein, *Giudici* manager *e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 985 ss.

[60] Così Chizzini, *Il commento*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 342 ss., spec. p. 345. Noto qui, sempre al fine che ci siano di conforto le norme sovranazionali sul punto di volta in volta alla discussione, che l'art. 8 della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996 stabilisce espressamente che, nelle procedure che interessano un fanciullo, l'autorità giudiziaria abbia, secondo quanto determinato dal diritto interno, la facoltà di procedere d'ufficio. Ora, tale potere, riferito dalla norma in discorso all'iniziativa processuale, a me pare che, *a fortiori*, possa essere esteso al singolo profilo dell'iniziativa istruttoria; la norma pone comprensibilmente il limite della previsione contenuta nelle norme di diritto

Ora, mettere in campo, come è mia intenzione fare, l'idea ed insieme l'auspicio di un aumento dei poteri istruttori del giudice nella materia che ci occupa è argomento delicato, che richiede di essere ben inteso. Pensare, come a me sembra che sia opportuno fare, ad un processo minorile in cui il giudice sia chiamato a svolgere un ruolo di primissimo piano, anche e soprattutto, evidentemente, in sede di istruzione probatoria, non significa pensare ad una sorta di 'processo del giudice', da intendersi come 'processo contro le parti', bensì ipotizzare un rito in cui, all'attività delle parti, si affianchi un'attività penetrante del giudice, finalizzata a perseguire 'il migliore degli accertamenti possibili'[61]. Del resto, il *favor* della dottrina verso un ampliamento dei poteri del giudice nel processo familiare e minorile non è idea nuova; tale ampliamento pare infatti opportuno da tempo, sia sul piano della tutela giurisdizionale che della stessa tecnica del processo, sia per quanto attiene all'iniziativa del giudice che per quanto riguarda la formazione del suo convincimento[62].

Qualcuno potrebbe obiettare che quanto sostengo urti con il principio dispositivo, che è alla base della disciplina del processo civile, e che una struttura più 'inquisitoria' del rito non si giustifica se non nella sede penale. La fondatezza dell'assunto richiede un auspicabilmente altrettanto fondato tentativo di replica. Innanzitutto, la migliore dottrina ha ampiamente dimostrato come non vi siano implicazioni necessarie tra l'adozione del principio dispositivo in senso proprio, o sostanziale, e il non attribuire al giudice alcun

---

interno ma, come meglio si vedrà oltre nel testo, esso non sembra eccessivamente ostativo con riferimento agli strumenti istruttori che verranno considerati.

[61] In termini analoghi si esprime Dusi, *op. cit.*, spec. p. 41, ove l'a. sostiene anche un ampio potere del giudice nella gestione del tempo della procedura; egli nota, infatti, che esso andrebbe cadenzato sul minore, mentre le parti sono portate a imprimere al processo i tempi del genitore o del pubblico ministero, che spesso non rispettano le esigenze del minore in difficoltà. Ritengono che sia opportuno un potenziamento dei poteri d'ufficio del giudice in questa materia anche Carpi-Graziosi, *op. cit.*, p. 553; essi sottolineano, peraltro, che tale potere dovrebbe trovare un limite ben preciso nell'autonomia fisiologica dei singoli nell'àmbito della famiglia, richiamando il disposto degli artt. 29 e 30 Cost.

[62] V. Carpi, *Aspetti processuali del tribunale della famiglia*, cit., spec. p. 1685; Carnacini, *Bilancio di un convegno sulla riforma del processo di separazione personale dei coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 113 ss., spec. p. 116.

potere istruttorio autonomo; molti modelli processuali, infatti, attuano integralmente il principio dispositivo, pur conferendo contestualmente al giudice rilevanti poteri di iniziativa istruttoria[63]; come pure, che il processo civile non si esaurisce né può esaurirsi nel modello dispositivo[64].

La prevalenza dell'iniziativa di parte nel processo civile, infatti, è una proiezione sul piano processuale dei poteri di disposizione che le parti hanno sul piano del diritto sostanziale: pertanto, ne possiamo dedurre agevolmente che ove questi poteri di disposizione mancassero a livello di diritto sostanziale, verrebbero meno anche nel meccanismo del processo[65]. Non dovrebbe dunque destare alcuna meraviglia se, nel modello processuale in discorso, che ha ad oggetto situazioni sostanziali ad oggi prevalentemente indisponibili da parte dei soggetti coinvolti, il giudice facesse un uso consistente dei poteri istruttori d'ufficio che peraltro, come si vedrà meglio oltre, già le norme gli consentono di esercitare attualmente anche nel processo civile in generale[66]. Un ulteriore profilo inoltre, pur non

---

[63] V. per tutti Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., spec. p. 451.

[64] Ampiamente sull'antico e fondante tema del rapporto fra principio dispositivo e principio inquisitorio, v. per tutti Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, Milano, 1951, spec. p. 759 ss. Con particolare riguardo alla questione in riferimento al tema del processo in materia di famiglia e di minori, v. Carpi, *Aspetti processuali del tribunale della famiglia*, cit., spec. p. 1686.

[65] È il ragionamento di Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, p. 131 ss., spec. pp. 135-137, ove l'a. aggiunge che la regola dell'applicabilità o meno del principio dispositivo o inquisitorio al processo non è una regola assoluta, né dipende dalla circostanza che la materia trattata sia di diritto civile o di diritto penale, ma dipende esclusivamente dalla volontà del legislatore, e ne porta come esempio la legislazione processuale di Federico di Prussia, che estese il principio inquisitorio a tutte le controversie di diritto privato. Più recentemente e rimanendo sempre nell'alveo della migliore dottrina, per l'affermazione che quanti difendono il principio dispositivo nel processo civile hanno una visione 'nella quale l'attuale presenza di un divieto di iniziativa d'ufficio costituisce un'indiscussa premessa invece che il tema di una dimostrazione', v. E.F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss., spec. p. 382, ove l'a. poi conclude nel senso che l'art. 115, comma 1°, c.p.c., 'nel suo obiettivo tenore, non compie una precisa scelta né contro né a favore delle iniziative istruttorie d'ufficio'.

[66] Del resto, come ha sottolineato Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 304-307, andando anche oltre la più moderata idea

potendo essere qui approfondito, occorre tuttavia tenere presente: la tradizionale contrapposizione tra modello dispositivo e inquisitorio ormai ha ceduto il passo alla prevalente diffusione di modelli misti, intendendo per essi quegli ordinamenti processuali in cui si prevedono più o meno estesi poteri istruttori del giudice, accanto alla piena possibilità che le parti hanno di dedurre tutte le prove ammissibili e rilevanti per l'accertamento dei fatti[67].

A fronte della sostenuta auspicabilità di un aumento dei poteri del giudice nel processo, sulla scia della peraltro migliore dottrina[68], si potrebbe ulteriormente obiettare che ciò aumenterebbe inevitabilmente gli spazi di discrezionalità, potendo sconfinare addirittura, talvolta, nell'arbitrarietà della gestione del processo e, quindi, della decisione; ma a questa legittima obiezione è possibile una risposta: intanto, il rischio denunciato fa parte di quelli fisiologici del processo, il cui risultato non è giammai preventivabile aprioristicamente[69]; secondariamente, come ha sottolineato la più autorevole letteratura sul tema, nel processo minorile il giudice non può essere condizionato nella sua attività di accertamento dall'iniziativa delle parti e legato ai

---

proposta sopra nel testo, che i tempi siano maturi per l'abbandono del principio dispositivo in favore del principio inquisitorio è opinione abbastanza diffusa per non scandalizzare più nessuno; il bilanciamento, aggiunge correttamente l'a., si dovrà trovare nell'intangibilità del principio del contraddittorio, la cui garanzia deve procedere, logicamente e cronologicamente, l'aumento dei poteri istruttori del giudice. Come sostiene inoltre anche Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, cit., p. 588, è lo stesso diritto delle convenzioni internazionali a considerare il processo minorile particolarmente aperto all'esercizio di poteri ufficiosi da parte del giudice.

[67] Ampiamente sul tema v. Comoglio, *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, pp. 185 ss., 350 ss.; Id., *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, p. 59 ss.; Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 73 ss.

[68] L'attribuzione di maggiori poteri d'ufficio in capo al giudice (insieme all'eliminazione dell'atomizzazione delle competenze, al riconoscimento della natura speciale di questa materia, al rafforzamento di forme di mediazione, alla formazione professionale continua di giudici e avvocati), nel rispetto naturalmente del diritto di difesa, è uno dei princìpi a cui si dovrebbe ispirare una riforma della materia anche ad avviso di Carpi, *La justice en matière familiale en Italie*, cit., spec. p. 135.

[69] È Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in Id., *Opere giuridiche*, cit., p. 637 ss., spec. p. 647 ss., a sottolineare il ruolo del giudice 'uomo vivo', come tale libero nella gestione del processo, con tutti i possibili esiti che ne possono conseguire.

loro contributi probatori, ma deve potersi avvalere di ogni strumento che ritenga utile per entrare nelle pieghe dei fatti, sovente complessi[70]; senza contare che il migliore rimedio contro il rischio paventato consiste nella piena attuazione del contraddittorio tra le parti[71] e nella redazione di una motivazione analitica e completa della decisione[72]. Si consideri poi, per una volta, un lato positivo: più si sostiene, come ho fatto sin qui, l'idea di un processo la cui dinamica, all'insegna dell'elasticità e della flessibilità, nel costante rispetto dei princìpi fondamentali, risponda alle esigenze di personalizzazione del rito, più il processo può essere adeguato alle caratteristiche del singolo caso che interessa le singole parti, quindi in sostanza all'unico caso reale[73]; ed è proprio a tal fine che maggiormente deve essere valorizzato il ruolo attivo del giudice, unico soggetto del processo nel quale, appunto, dovrebbe concretamente personificarsi la tensione verso la tutela del superiore interesse alla giustizia.

7. *L'istruzione probatoria nel processo minorile fra esigenze di giurisdizionalità, rispetto dei diritti di libertà, garanzie per il minore e autorità di cosa giudicata*

Più specificamente, tra gli strumenti istruttori ai quali il giudice del processo minorile potrebbe fare ricorso, occorre annoverare *in primis*, e senza dubbio, l'ascolto del minore, della cui efficacia probatoria ho già detto[74]; accanto ad esso poi si pone, senza che ciò richieda alcuna particolare disamina, l'ampio spettro delle prove tipiche, della cui utilizzabilità nessuno dubita. Fra queste, un ruolo di primaria importanza spetta, nel processo minorile, alla consulenza tecnica, in specie di tipo psicologico, la cui importanza è andata aumentando soprattutto in anni recenti; l'analisi della prassi giudiziaria minorile vede assegnare alla relazione del consulente psicolo-

---

70 Così Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 118.

71 V. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit., p. 129 ss., spec. pp. 135 s., 149.

72 V. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., p. 482.

73 Cfr. Biavati, *Europa e processo civile*, cit., p. 32 ss., spec. p. 34.

74 V. cap. II *sub* par. 5.

gico un peso importante in ordine alla decisione del giudice, il quale trova nella relazione psicologica una possibile chiave di lettura e di interpretazione dei dati acquisiti[75].

Qualche perplessità potrebbe invece sorgere allorché si vada a riflettere in tema di utilizzabilità delle prove atipiche nel processo minorile. Ora, a ben vedere il problema potrebbe risolversi in questi termini. Innanzitutto, si potrebbe sgomberare il campo da ogni questione, ormai antica, relativa all'ammissibilità delle prove atipiche; come ha sottolineato la più autorevole dottrina sul tema, infatti, l'ammissibilità delle prove atipiche è fatto che ormai nessuno osa più contestare, specie dopo che l'art. 189 c.p.p. ne ha legittimato l'uso nel processo penale, onde se ne conclude che non si intravede il perché, in assenza di uno specifico divieto, lo stesso principio non dovrebbe valere anche nel processo civile; in base al riconoscimento in tutti i processi del diritto alla prova come momento essenziale del diritto di difesa, pertanto, può ritenersi consentito l'impiego di ogni strumento probatorio rilevante, purché non espressamente vietato dalla legge[76].

---

[75] V. Eramo, *La scelta del consulente tecnico d'ufficio nel tribunale per i minorenni*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 337 ss., spec. pp. 337-341. Sul tema v. anche Gelli, *Affidamento della prole, assegnazione della casa familiare e convivenza* more uxorio *del genitore affidatario*, ivi, 2005, p. 119 ss., spec. p. 126, ove l'a. sottolinea che sotto il profilo delle modalità la consulenza psicologica, a differenza dell'ascolto del minore in udienza, evita a quest'ultimo un'eccessiva responsabilizzazione, consentendo un'audizione in sede extraprocessuale, dunque meno traumatica e più informale; non ritengo di tornare ulteriormente sul punto, avendo già espresso la convinzione che il minore, ormai gravemente traumatizzato dalle proprie vicende di vita personale, può affrontare il contatto con il processo e con il giudice, nell'ottica, proprio al contrario, di una maggior tutela del suo tanto declamato 'interesse'. Ampiamente, sul riferimento sempre più frequente alle scienze umane e sociali (psicologia, statistica, sociologia, e via di seguito) a scopo probatorio, v. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 665 ss., spec. pp. 687 ss. e 692, ove l'a. conclude nel senso per cui il ricorso alle scienze come strumento di razionalizzazione degli aspetti metagiuridici del ragionamento del giudice apre certamente prospettive di indubbio interesse, ma dà altresì luogo ad una serie molto ampia di problemi di difficile soluzione quanto alla validità delle conoscenze scientifiche di cui si fa uso nel processo e al modo in cui il giudice svolge il proprio ruolo ed elabora le proprie valutazioni.

[76] In questo senso, G.F. Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss., spec. p. 410. Dello stesso a., v. anche l'ampio studio monografico *Le prove atipiche*, Milano, 1999, spec. pp. 20 ss., 459 ss., 524 ss. Ampiamente poi, sulla circostanza che le norme non aiuta-

Un punto, tuttavia, merita di essere precisato in proposito. Quando si fa riferimento al concetto di atipicità in ordine ai mezzi di prova, come è a tutti noto, si intende richiamare ora l'atipicità come relativa alla 'fonte di prova' e ora l'atipicità come riguardante il 'procedimento di acquisizione al processo' dell'elemento probatorio; mentre le fonti atipiche di prova sono ammesse in via generale e senza riserve, con il solo limite che non si risolvano in mezzi vietati, i procedimenti di acquisizione atipici non possono ritenersi ammissibili, se non nelle ipotesi in cui la legge espressamente consente che vi si possa ricorrere[77]. Ora, a me pare che, riflettendo in materia di processo minorile, l'eventuale atipicità che potrebbe presentarsi ragionando in termini di mezzi istruttori potrebbe riguardare il primo dei significati sopra ricordati, ovvero quello dell'atipicità della fonte di prova (penso, per fare soltanto un esempio, alla relazione dei servizi sociali che venga acquisita come prova documentale al processo)[78],

no nello stabilire se il giudice possa basare l'accertamento dei fatti anche su prove diverse da quelle regolate dalla legge, perché non è possibile dedurre un principio di tassatività dei mezzi di prova dal fatto che il legislatore abbia espressamente regolato l'ammissibilità e l'efficacia di alcuni mezzi di prova soltanto, e dunque che il problema delle prove atipiche sia esclusivamente un problema di poteri del giudice nella scelta e nella determinazione del materiale idoneo a fondare l'accertamento dei fatti controversi, v. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss., spec. pp. 391-393; e Verde, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXVII, p. 579 ss., spec. p. 606, ove l'a. afferma che nel nostro sistema sia tendenzialmente riconoscibile il principio dell'utilizzabilità, da parte del giudice, di prove innominate. Ritiene invece che l'ammissibilità delle prove atipiche si ponga in contrasto con la garanzia del giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost., Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 27 ss., spec. p. 55, ove l'a. giunge alla conclusione sinteticamente ricordata dopo lo svolgimento di ampie argomentazioni.

[77] V. G.F. Ricci, *op. ult. cit.*, p. 415; Taruffo, voce *Prova (in generale)*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1997, p. 3 ss., spec. p. 26, ove l'a. afferma che la presunta chiusura del catalogo dei mezzi di prova appare irrealistica e anacronistica, perché la giurisprudenza fa uso quotidianamente di prove atipiche, l'evoluzione scientifica e tecnologica sviluppa continuamente nuove metodologie e nuovi strumenti, e presupporre la vincolatività di un catalogo di prove ormai vecchio e storicamente condizionato appare soltanto un eccesso di formalismo interpretativo.

[78] Come nota Eramo, *op. cit.*, p. 340, le relazioni redatte dai servizi sociali entrano nel processo senza che su di esse si instauri un vero e proprio contraddittorio, creando talvolta questioni sulle quali è sovente difficile ammettere una prova contraria; non solo, ma mentre il consulente tecnico psicologo può essere scelto dal giudice, tra persone di cui egli ha conoscenza e fiducia professionale, altrettanto

e non il profilo, evidentemente più problematico, dell'atipicità del procedimento di acquisizione al processo[79]. Riflettendo ancora una volta in ordine al momento più delicato del processo minorile, che è quello dell'ascolto del minore da parte del giudice[80], ribadisco l'opinione espressa, che porta a concludere che la giurisdizionalità del momento dell'ascolto (da intendersi nel senso che sia il giudice, nella sede propria dell'ufficio giudiziario, a procedere personalmente all'ascolto del minore) possa recuperare la tipicità del procedimento di acquisizione del mezzo istruttorio.

Conclusivamente sull'argomento, tuttavia, vorrei sottolineare ancora un punto importante. La concreta realizzazione, nella pratica, di quanto auspicato, cioè a dire un aumento dell'esercizio di poteri istruttori da parte del giudice che governa il processo minorile, non richiede (almeno così a me pare) modifica alcuna delle norme che già oggi possediamo. A ben vedere, infatti, sotto questo profilo, un ruolo essenziale potrebbe essere svolto dal generale potere del giudice di interrogare liberamente le parti, in qualunque stato e grado del processo, come prevede da sempre l'art. 117 c.p.c. Quando invece fosse necessario acquisire la testimonianza di un terzo, ben potrebbe soccorrere il più recente potere previsto dall'art.

---

non può dirsi dell'operatore sociale, che il giudice non può scegliere e che verso di lui non ha alcun tipo di responsabilità, dovendo dar conto del proprio operato solo alla struttura sociale di riferimento, con tutte le conseguenze che questo comporta. Anche per queste ragioni è drastico Proto Pisani, *Ancora sul processo e sul giudice minorile (linee di una possibile legge delega di riforma del processo minorile)*, cit., c. 7, nel suggerire la rottura del rapporto diretto tra giudice minorile e servizi sociali nel nostro ordinamento, per cui nella prassi è il giudice, e non il pubblico ministero, il destinatario e l'utilizzatore delle relazioni dei servizi sociali.

[79] V. a conferma di questo l'orientamento dottrinale che ritiene opportuno bandire dal nostro sistema processuale qualsiasi limite di ammissibilità rispetto ai mezzi di prova e, richiamando l'art. 24, comma 2°, Cost. e il c.d. diritto alla prova, considera utilizzabile come *factum probans* qualsiasi strumento probatorio, anche se non ricompreso fra quelli che l'ordinamento individua come tipici mezzi di prova libera, e segnatamente Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 77 ss., spec. p. 103 ss.; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e del processo*, Padova, 1970, pp. 148 ss., 217 ss., 301 ss.; Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 513 ss. Per una critica, invece, a questa impostazione, v. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 73 ss., spec. p. 81 ss.

[80] Per le cui modalità rinvio a quanto ho già precisato al cap. II *sub* par. 4, cui rinvio.

281 *ter* c.p.c., così che il giudice possa disporre l'assunzione della prova testimoniale di quei soggetti ai quali le parti abbiano fatto riferimento[81]; la circostanza che costoro appaiano, come recita la norma con fraseggio salomonico, 'in grado di conoscere la verità', non rileva più che tanto nel tipo di processo in discorso perché, per le ragioni note e su cui già mi sono soffermata[82], la cognizione del giudice non va qui alla ricerca di un accertamento dei fatti in senso proprio e stretto, bensì della comprensione di una situazione relazionale fra individui e di come ne sia attuabile una composizione nel modo meno peggiore possibile. Scarso spazio (per non dire nessuno, salvi casi eccezionali) andrebbe invece riservato, almeno a mio avviso, all'istituto della testimonianza scritta, introdotto all'art. 257 *bis* c.p.c. dalla ormai più volte ricordata legge n. 69 del 18 giugno 2009; nella materia che ci occupa, infatti, come peraltro ho avuto modo di sottolineare in più di una occasione, è da privilegiare il contatto diretto, l'immediatezza, vorrei dire il faccia a faccia tra giudice, parti e terzi, per le ragioni esposte.

Pertanto, anche allorché entrino in gioco nel processo minorile strumenti probatori atipici, la garanzia più efficace per le parti, per tutte le parti del modello processuale su cui si medita qui, risiede nel valore intrinseco della cognizione piena, ovvero nel fatto che esso assicuri la realizzazione del principio del contraddittorio, e che le modalità di tale realizzazione non siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice, bensì siano nella loro massima parte predeterminate dalla legge[83].

---

[81] Affermo questo dando quasi per scontato che, della materia in discorso, possa occuparsi la sezione specializzata a cui più volte ho fatto cenno e di cui immagino una composizione essenzialmente monocratica, come del resto accade prevalentemente nei sistemi stranieri presi in considerazione; sul punto v. cap. V *sub* par. 1.

[82] Da ultimo al principio del presente paragrafo.

[83] V. per tutti, sul punto, Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale* ex *artt. 737 ss. c.p.c.*, cit., pp. 412-413, ove l'a. sottolinea che proprio la predeterminazione da parte delle norme di forme, termini e corrispondenti attribuzioni di poteri, doveri e facoltà in capo al giudice e alle parti, con riguardo alle allegazioni in punto di domande, eccezioni e fatti, con riguardo ai meccanismi di conoscenza del fatto (cioè l'istruzione probatoria) e quanto ai termini a difesa, è garanzia del processo di formazione del convincimento del giudice, che attraverso questa via diviene controllabile *in iure* ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.

Infine, un'ultima annotazione, per compiere la quale devo sottolineare (*rectius* richiamare, perché già vi ho fatto cenno in precedenza) un tratto tipico di questi procedimenti, che riguarda la natura dell'accertamento che ne è oggetto; ovvero la circostanza che, a ben riflettere, la 'verità' di cui in essi si va alla ricerca non consiste tanto (o principalmente) nell'accertare l'accadimento o meno di determinati fatti storici, cui ricollegare o meno norme attributive di diritti soggettivi, quanto piuttosto di conoscere di situazioni esistenziali che concretizzano 'diritti di relazione': in altri termini, il processo minorile, se visto sotto questa luce, appare come luogo di evidenza pubblica di diverse posizioni dialettiche[84]. Per dirla ancora e altrimenti, nel processo minorile non si tratterebbe tanto di vedere chi ha ragione e chi ha torto, bensì di enucleare la miglior sistemazione possibile di una serie di diritti e interessi in gioco; se volessimo ricorrere alle parole di un maestro, potremmo dire che, in questo tipo di procedimenti, 'si hanno soggetti, non parti'[85]. Se si concorda con questa premessa, ciò comporta altresì che si debba ritenere che la decisione raggiunta in ordine ad un certo caso sia sempre da considerarsi passibile di modificazione, che la sua definitività, cioè, sia una definitività da ritenersi esistente sempre e soltanto *rebus sic stantibus*, perché proprio la natura delle posizioni che ne sono oggetto implica necessariamente che, al variare delle condizioni di vita dei soggetti, debba poter corrispondere un parallelo adeguamento delle statuizioni giurisdizionali che su quelle avevano pronunciato[86].

---

[84] In questo senso v. Gorassini, *op. cit.*, p. 215 ss., spec. p. 216, ove l'a. conclude quindi che il processo minorile dovrebbe venire a modellarsi peculiarmente sulla funzione, senza alcuna pretesa di verità, non essendo il valore conoscibile se non attraverso il tentativo della sua realizzazione, per cui mai come in questi casi si avvertirebbe la presenza di un diritto a formazione dialogica.

[85] V. Chiovenda, *Princìpi di diritto processuale civile*, cit., p. 317, ove l'a. affronta nello specifico il tema trattando della giurisdizione volontaria in contrapposizione a quella contenziosa.

[86] Non è possibile approfondire in questa sede l'affascinante quanto eterno binomio 'processo e verità' su cui poggia l'intera architettura, e in fondo lo scopo (almeno per gli studiosi più idealisti), del diritto processuale; sul tema, tuttavia, rimando qui a Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giur.*, Napoli, 1972, V, p. 615 ss.; Falzea, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, I, p. 205 ss.; Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 387, considera uno dei 'miti' della disciplina processuale l'affermazione per cui il processo debba tendere all'accertamento della verità 'materiale'; Mon-

Ritenere che l'autorità di cosa giudicata non debba necessariamente accompagnare la decisione resa all'esito del processo minorile non significa vulnerare la 'giurisdizionalità' della funzione esercitata dal giudice all'interno di questo processo[87]; come ho avuto modo di chiarire, infatti, l'attività del giudice si configura come vera e propria attività giurisdizionale su diritti soggettivi la quale, tuttavia, implica, data la natura delle posizioni giuridiche soggettive in gioco, un'attività decisoria più attenta, più raffinata, più creativa e più elastica di quella che normalmente è propria di molta attività giurisdizionale civile. Come è a tutti noto, nell'impostazione della più autorevole dottrina tradizionale il binomio tra giurisdizione e giudicato si presenta come un legame necessario e indissolubile[88], onde, se si adottasse questa tesi e si affermasse che l'autorità di cosa giudicata sostanziale non rileva più di tanto nel modello di rito in discorso, si potrebbe arrivare a concludere che probabilmente, in materia di processo minorile, non si ha a che fare con l'attività giurisdizionale vera e propria. Ora, a me pare che il dubbio prospettato possa essere rapidamente messo da parte; in primo luogo, per le ragioni sopra esposte, ed in secondo perché occorre bene inquadrare la figura del giudice che si occupa della gestione del processo in discorso: il giudice minorile, infatti, non andrebbe visto tanto come un risolutore di conflitti fra diritti soggettivi contrapposti quanto piuttosto come il creatore di una decisione che va a comporre diritti soggettivi esistenziali di relazione fra persone, diritti i quali dunque,

---

TERO AROCA, *I princìpi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, 2002, spec. pp. 103-107, ove l'a. sviluppa il tema per cui si può affermare come la verità sull'accertamento dei fatti sia fuori della portata processuale, che può giungere al più all'accertamento di un buon livello di probabilità. Ampiamente, sulla relatività della conoscenza dei fatti acquisibile dal giudice nel processo, v. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 105 ss., spec. pp. 113 e 119.

[87] Accenno a questo profilo ricordando la celebre impostazione alloriana per cui là dove non c'è autorità di cosa giudicata non vi sarebbe neppure vero e proprio esercizio di attività giurisdizionale; v. tali pensieri in ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, II, pp. 16-17, ove l'a. dichiara di vedere 'l'idea della giurisdizione inseparabile dalla presenza dell'effetto dichiarativo, che identifico con la cosa giudicata', e in ID., *Saggio polemico sulla 'giurisdizione' volontaria*, cit., p. 513.

[88] Il riferimento naturalmente è, per tutti, ad ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., II, p. 58 ss.

per definizione e prima ancora per natura, sono allergici alla fissità del giudicato sostanziale[89].

8. *Lo scheletro del processo minorile a vocazione europea*

Siamo giunti dunque al termine di questo lavoro. Nello scrivere le ultime pagine, tuttavia, un dubbio si affaccia: poste le premesse di cui all'inizio[90], ha ancora senso oggi un contributo teso all'elaborazione di un modello, di qualcosa che aspira alla sistematicità, o non si dovrebbe piuttosto prendere atto di una (se non pandemica) diffusa tendenza allo studio dell'*hic et nunc* anche per quanto riguarda le discipline scientifiche? Alla domanda si può far rispondere dalla migliore dottrina: se è pur vero che il nostro è il paese dello scetticismo, è altrettanto vero che la ricerca sistematica in diritto è a suo modo una fede, segno di giovinezza creativa nel giurista, che questi abbandonerà solo quando, accortosi di quanto sia arduo il compito della costruzione sistematica, rinnegherà la vocazione costruttiva per anteporre l'esperienza ai princìpi[91]. Confortati dalle parole del maestro, convinti che il tentativo di ricostruzione sia l'obiettivo, a prescindere dall'effettiva bontà di quest'ultima, che solo sviluppi successivi potranno confermare o negare, si può a questo punto proporre una lettura unitaria di quanto sin qui è venuto individuandosi a maglie larghe come un possibile modello di processo minorile idoneo alla circolazione in uno spazio transnazionale: è emerso in modo evidente come la *ratio* del sistema imponga una internazionalizzazione, ora nella lettura delle norme già esistenti, ora nella creazione di norme future.

Il punto centrale è che debba trattarsi, a mio avviso, di un proces-

---

[89] Non ripeto quanto più diffusamente ha trovato spazio *sub* cap. V, par. 4. Per tutti e conclusivamente sul punto, v. Carpi, *Aspetti processuali del tribunale della famiglia*, cit., spec. p. 1686, ove l'a. lapidariamente conclude che 'la modificabilità dei provvedimenti, in questo campo, è essenziale'.

[90] Mi riferisco, in particolare, alle pagine iniziali ove ho ritenuto indispensabile un *excursus* sulle caratteristiche dell'epoca attuale, della postmodernità e della frammentazione, per cui rinvio al cap. I.

[91] Allorio, *Saggio polemico sulla 'giurisdizione volontaria'*, cit., pp. 492-493.

so di cognizione ordinaria, cioè a dire piena; la sostenuta necessaria elasticità del modello, infatti, non comporta né richiama, neppure in via implicita, alcun richiamo alla sommarietà della cognizione[92]. È lo snodarsi del procedimento che deve essere reso dal giudice, nei suoi poteri di direzione e gestione del processo, accelerato, semplificato, pur nel rispetto dei princìpi fondamentali del giusto processo[93]: essenzialmente e principalmente, nel rispetto del diritto di difesa di tutte le parti e del principio del contraddittorio, sia per ciò che riguarda lo scambio di atti fra le parti sia per ciò che concerne l'attività istruttoria[94]. Ed è proprio lo snodarsi del procedimento, che per definizione si qualifica come momento partecipativo, ad aumentare il consenso, cioè la ragionevolezza della soluzione pratica e la sua accettabilità da parte dei soggetti[95].

Il processo che immagino è un processo scritto per la sua minor parte; evidentemente e necessariamente negli atti introduttivi, nei quali deve trovare posto una già completa indicazione e allegazione dei fatti rilevanti per la causa; a questa fase deve poi seguire, a mio

---

[92] Colgo l'occasione per fare qui una precisazione che a qualcuno potrebbe forse apparire ultronea nella migliore delle ipotesi, autoreferenziale nella peggiore, ma che per lo spirito con cui scrivo è importante. La circostanza che il modello di processo minorile che propongo rimanga nell'alveo del rito ordinario di cognizione, fra l'altro, rende la tesi sostenuta del tutto compatibile con la riforma recentemente approntata del codice di procedura civile di diritto interno, per mano della quale il rito civile arriva a convergere su tre grandi modelli, ovvero il processo di cognizione, il processo del lavoro e il processo sommario. Ciò che vorrei sottolineare è la coincidenza della compatibilità della mia tesi con la recente riforma; detto in altri termini, convinta dell'idea che sostengo, la proporrei anche se il legislatore delle ultime riforme avesse varato progetti che, invece, si potevano muovere in senso diverso e, corrispondentemente, se non fossi persuasa degli assunti di cui nel testo, non li avanzerei, benché per ipotesi coincidenti con quanto diviene diritto positivo in virtù delle riforme.

[93] Laddove si operasse altrimenti, infatti, si negherebbe addirittura il sempre ricordato fondamento del processo minorile, ovvero la tutela dell'interesse del fanciullo; per dirla in altre parole con Zuckerman, *op. ult. cit.*, p. 107, 'in sum, in the absence of the normal procedural safeguards, it is very difficult to determine what is best in the interest of children, the parents or the family as a whole'.

[94] Il rispetto del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio è uno dei princìpi fondamentali in materia, come ho più volte avuto modo di ricordare e come peraltro naturale per il giurista continentale; tuttavia v. *ad abundantiam* e per tutti Van Compornolle, *La justice familiale et les principes fondamentaux du droit judiciaire*, in Aa.Vv., a cura di Meulders-Klein, *Familles & justice*, cit., p. 384 ss., spec. p. 393.

[95] Così Gorassini, *op. cit.*, p. 205.

avviso, la massima oralità, intesa soprattutto come sviluppo dialogico fra le parti e il giudice della materia oggetto del processo.

Come ho cercato di dimostrare nelle pagine precedenti, l'accelerazione del procedimento dovrebbe derivare, intanto, dall'organizzazione dell'ufficio giudiziario a ciò preposto, e questa potrebbe risultare dall'abolizione dell'attuale tribunale per i minorenni e dalla confluenza dell'organico che ad oggi ne è parte nell'ipotizzata sezione specializzata del tribunale ordinario. Tale giudice dovrebbe, sempre a mio avviso, lavorare in composizione monocratica, non essendo la collegialità garanzia *ex se* di maggior giustizia della decisione; anzi, ricordando quanto ho già avuto modo di sottolineare, ribadisco qui che a me pare preferibile che nel processo entrino in contatto col fanciullo il minor numero di soggetti possibile; inoltre, un'affermata collegialità della trattazione e della decisione della causa, che poi nella prassi si tradurrebbe facilmente nell'attribuzione ad uno dei giudici del collegio della conduzione dell'intero procedimento, diviene di fatto un inutile appesantimento per un processo che, invece, deve avere eminentemente caratteristiche di leggerezza e rapidità.

L'auspicata ampiezza dei poteri istruttori del giudice del processo in questione non deriverebbe, inoltre, dall'introduzione in capo allo stesso di nuovi poteri, essendo sufficiente, a tal fine, che il giudice si avvalga, consapevolmente e con spirito di iniziativa, dei poteri istruttori che il codice di rito civile già ampiamente gli attribuisce; in buona sostanza, più che una modifica delle norme, occorrerebbe un cambio di mentalità del giudicante, che i tempi e la materia richiedono un po' meno impiegato e un po' più *manager* nell'esercizio della sua insostituibile funzione. L'utilizzazione delle prove tipiche contemplate dal codice è quindi, a mio avviso, più che esaustiva in ordine al tipo di accertamento che un siffatto processo richiede; come ho avuto modo di chiarire sopra, poi, è senza dubbio ammesso anche il ricorso a mezzi di prova atipici e a strumenti *lato sensu* extraprocessuali (penso soprattutto alle relazioni provenienti dai servizi sociali), nei termini e nei modi specificati; esso, tuttavia, andrebbe sempre utilizzato con particolare attenzione, perché il contatto diretto fra il giudice, che è colui che renderà la decisione, e le parti, che sono coloro che la vivranno, non è suscettibile non solo di essere

sostituito ma neppure di correre il rischio di essere contaminato ad opera di soggetti estranei al processo (e sovente anche alle concrete vicende che in esso si dibattono).

Come ho avuto modo di spiegare diffusamente, il minore dovrebbe assumere, nei processi in discorso, la qualità di parte, non ostando a tal fine, come invece si potrebbe credere, alcuna norma attualmente vigente nel nostro sistema; non sussistono dunque, a mio modo di vedere, ostacoli di ordine formale all'acquisizione in capo al minore della qualità di parte, con l'assistenza, evidentemente, di un proprio difensore, che in nessun modo potrebbe essere il medesimo di alcuna delle altre parti. Dal punto di vista sostanziale, poi, è il mutato clima che si respira a livello sovranazionale a richiedere questo nuovo modo di vedere le cose di sempre con uno sguardo diverso, imposto dai mutamenti sociali.

Trattandosi di un processo di cognizione ordinaria, disciplinato pertanto, pur nello spirito di interpretazione suggerito, dai libri I e II del codice di rito, esso è normalmente destinato a concludersi con una sentenza, impugnabile attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione. La natura della materia oggetto di questo tipo di controversie riduce l'importanza del passaggio in giudicato della sentenza, che pure evidentemente si verifica secondo le consuete regole; avendo essa ad oggetto situazioni proprie dell'esistenza reale dei soggetti coinvolti nel processo, per definizione dunque sempre in mutamento, ho l'impressione che la vita sarà più forte del processo e dei suoi giudicati, come del resto è sempre avvenuto, e ciò appunto non può destare alcuna meraviglia.

Uno dei profili più delicati e scoperti, come si è visto, è quello del momento esecutivo, in ordine al quale si è tuttavia chiarito un punto fermo, ovvero che l'esecuzione forzata dei provvedimenti riguardanti il minore debba avvenire attraverso lo strumento giurisdizionale e non in via amministrativa, perché questo assicura le garanzie del procedimento, massimamente il rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, di cui si è evidenziata tutta l'importanza anche (e talvolta soprattutto) in fase esecutiva[96]. Ebbene, a me sembra che anche per ciò che concerne questo aspetto non sia necessario modificare le norme che disciplinano

[96] V. ampiamente *sub* cap. V.

attualmente il processo di esecuzione forzata, ma che la stessa vada animata caso per caso, dal singolo giudice appartenente alla sezione specializzata che ha pronunciato il provvedimento della cui esecuzione si tratta, scegliendo di volta in volta le modalità che appaiono più idonee in relazione alle concrete circostanze che l'attuazione di quel provvedimento, in ordine a quei soggetti, suggerisce; proprio il momento esecutivo, infatti, è quello in cui la delicatezza della materia impone di prediligere le sfaccettature del caso concreto rispetto ad un disegno tecnico predefinito e generalizzato.

In via di conclusione definitiva, a me sembra di poter affermare che un modello così congegnato sia in grado di conciliare le due anime del processo minorile: quella privatistica, che le appartiene in quanto giudizio nel quale si decide della vicenda di vita individuale di ogni soggetto che vi partecipa; e quella pubblicistica, che appartiene a qualunque processo giurisdizionale, per definizione, e che, nella visione proposta, è compito principalmente del giudice salvaguardare. Se è vero infatti che, nel processo, vediamo cadere le barriere potenzialmente edificate dalla scienza giuridica fra diritto pubblico e diritto privato, perché nel processo, che è indubitabilmente istituto di diritto pubblico, la parte ricerca un'utilità privata[97], forse è proprio nei processi che hanno ad oggetto diritti personalissimi che questa unione è massima, e dunque occorre assicurare che la caduta di queste barriere non crei un'inutile (con)fusione, bensì generi piuttosto una accresciuta garanzia di giustizia nello svolgimento della funzione giurisdizionale, tanto più necessaria quanto più importante è la sfera del soggetto di cui essa viene chiamata a conoscere.

---

[97] Così Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 23 ss., spec. p. 26, ove l'a. conclude perciò che "ogni atto del processo ci presenta l'uno e il trino […]. Tutte le leggi […] s'agitano e vivono nel processo civile: esso appare veramente nel mondo giuridico come "il punto al qual si traggon d'ogni parte i pesi […]".

* Ringrazio per l'aiuto e il sostegno costanti, per il consiglio sempre prudente e la disponibilità all'ascolto il mio maestro, professor Paolo Biavati.

SOMMARIO

Parte I

INTRODUZIONE

Capitolo I

INQUADRAMENTO DEL TEMA FRA DIRITTO E ALTRE SCIENZE

1. La crisi degli adulti catapulta il minore nel mondo del processo 9
2. Postmodernità e diritto: alla ricerca di una possibile composizione 14
3. La quadratura del cerchio nell'ipocrisia dei tempi moderni..... 16
4. Un primo risultato: l'impossibilità di una definizione univoca di "famiglia" 20
5. Diario di bordo della "nave-famiglia" nelle acque europee 24
6. Obiettivo del presente lavoro 32
7. Elaborazione di uno scheletro di processo minorile a vocazione europea..... 34
8. Chi è il minore?..... 38
9. Prevenzione e patologia: una riflessione opportuna..... 41

Parte II

IL CUORE PULSANTE DEL PROCESSO MINORILE

Capitolo II

L'ASCOLTO DEL MINORE

1. Psicologia e processo: il minore nel colloquio con l'estraneo..... 47
2. L'ascolto del minore: dalle fonti normative sovranazionali agli ordinamenti interni..... 49
3. Un primo possibile limite all'ascolto del minore: la valutazione della capacità di discernimento 60

4. Un secondo possibile limite ad un ascolto efficace del minore: le modalità pratiche di attuazione 65
5. Un terzo possibile limite all'ascolto del minore: le regole di procedura 71
6. Il criterio prevalente nella valutazione dell'ascolto: l'interesse del minore 76

CAPITOLO III

L'IMPROCRASTINABILE DUBBIO: IL MINORE COME PARTE. SÌ O NO, E PERCHÉ?

1. L'indiscutibile affermazione del minore quale soggetto titolare di diritti 81
2. I primi inevitabili e significativi corollari 86
3. Il processo quale momento coessenziale all'affermazione e alla tutela dei diritti della persona del minore 90
4. L'opportunità di una digressione comparatistica nella necessità di immaginare un rito minorile "Europa-compatibile" 92
5. Modernità *vs* Tradizione (ovvero, l'inevitabile scontro con i dogmi di sempre: intorno ad alcuni dei possibili concetti di capacità e di legittimazione) 96
6. Una possibile quadratura del cerchio 103
7. Il minore come parte nel processo (ovvero, acclarato l'*an*, un'indagine sul possibile *quomodo*) 111

CAPITOLO IV

IL DIRITTO DI VISITA

1. Le esigenze che il diritto di visita è chiamato a soddisfare, con particolare riferimento al quadro internazionale ed europeo 121
2. Il diritto di visita nell'ambito dell'Unione europea (dal regolamento n. 1347/00 al regolamento n. 2201/03) 125
3. Il diritto di visita nelle Convenzioni internazionali: Lussemburgo (1980), Aja (1980) e Strasburgo (2003) 141
4. Un unico tema, una pluralità di fonti normative: alla ricerca di una composizione 147
5. L'esecuzione materiale del diritto di visita 150
6. Il possibile esito infausto dell'attuazione del diritto di visita: la sottrazione del minore 152

Capitolo V

L'ESECUZIONE FORZATA DEI PROVVEDIMENTI CONCERNENTI IL MINORE

1. L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia familiare: spunti di riflessione 157
2. L'ostacolo che non ti aspetti sulla via esecutiva: la volontà del minore che si manifesta di segno opposto a quanto contemplato dal provvedimento 164
3. Una possibile soluzione, in parte già attuale eppur ancora *in fieri*: le misure di coercizione indiretta 165
4. Esecuzione e misure di coercizione indiretta: spunti da oltre il confine 165
5. Lo stato dell'arte nel nostro ordinamento 168
6. Alcune riflessioni (nell'impossibilità di formulare conclusioni?) 177

Parte III

IL SISTEMA NERVOSO DEL PROCESSO MINORILE

Capitolo VI

IL GIUDICE NEL PROCESSO MINORILE

1. Il giudice unico in materia familiare e minorile 183
2. Il giudice del processo minorile nel nostro ordinamento 189
3. Fisionomia del giudicante (parole chiave: terzietà e discrezionalità) 200
4. La natura della funzione del giudice nel processo minorile: amministrazione o giurisdizione? 203
5. Uno strumento utile (forse sottovalutato) per disinnescare l'esplosione della bomba "processo familiare": la mediazione 206
6. La riflessione del processualista dal livello sovranazionale all'ordinamento interno 214
7. Il processo minorile nell'ordinamento interno: l'eterno oscillare del pendolo fra giurisdizione contenziosa e volontaria, fra rito ordinario e rito camerale 216
8. Ha ancora un senso ad oggi la distinzione fra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria quando si parla di diritto familiare e minorile? 220
9. L'auspicabilità di un rito uniforme per il processo civile minorile: le proposte fin qui avanzate 222

PARTE IV

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

CAPITOLO VII

IL PROCESSO CIVILE MINORILE A VOCAZIONE EUROPEA

1. L'ortopedico si accinge all'opera..... 227
2. Giustizia può far rima con elasticità.....230
3. Previsioni per il futuro della materia familiare e minorile (il processo di cognizione batterà il rito camerale).....234
4. L'attribuzione al minore della qualità di parte nel/del processo e la necessità di procedere al suo ascolto.....237
5. Il giudice nel processo familiare e minorile (ovvero, il protagonista della scena processuale).....244
6. Il tema dei poteri istruttori del giudice nel processo civile in generale, e minorile in particolare.....248
7. L'istruzione probatoria nel processo minorile fra esigenze di giurisdizionalità, rispetto dei diritti di libertà, garanzie per il minore e autorità di cosa giudicata.....254
8. Lo scheletro del processo minorile a vocazione europea.....261

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale.* Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio.* Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini.* Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini.* Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione.* Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.

Finito di stampare nel mese di marzo 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)