



Processo Civile

La riforma del processo di famiglia di Giuliano Scarselli

di [Giuliano Scarselli](#)

15 dicembre 2021

La riforma del processo di famiglia

di Giuliano Scarselli

Sommario: 1. Premessa – 2. Pronunce d’ufficio e terzietà del giudice – 3. Il diritto alla prova – 4. I diritti della famiglia come società naturale – 5. Le sanzioni – 6. Brevi conclusioni.

1. Premessa

Mi presto a qualche osservazione sulla recente riforma del processo di famiglia di cui alla legge delega approvata ora definitivamente dal Parlamento.

Premetto che, seppur la riforma si faccia apprezzare per l’intento di unificare i numerosi riti oggi esistenti, su aspetti più specifici, o, se si vuole, più di dettaglio, a mio sommosso parere lascia invece a desiderare.

Credo, intanto, che, esclusa l’idea della completa soppressione del Tribunale per i minorenni, peraltro da più parti invece in passato avanzata, quello che ci si poteva aspettare era che al Tribunale per i minorenni fossero estese le garanzie e le regole del giusto processo esistente dinanzi al Tribunale ordinario; al contrario qui mi sembra qui si sia intrapreso il percorso

inverso, ovvero si siano estese a quest'ultimo le officiosità tipiche della giustizia minorile.

Se questo è il percorso fatto, secondo quanto mi cingo a rilevare sinteticamente, è chiaro che lo stesso non può trovarmi consenziente, poiché credo che l'indisponibilità di molti diritti riconducibili alla famiglia e soprattutto ai minori, non giustifichino comunque la rinuncia alle garanzie del giusto processo; e penso, infatti che, tutto al contrario, debba essere monito di ogni operatore di giustizia che tutti i processi, anche se aventi ad oggetto diritti indisponibili, debbano in ogni caso assicurare ogni garanzia processuale.

2. Pronunce d'ufficio e terzietà del giudice

Un primo settore da analizzare concerne i poteri d'ufficio attribuiti al giudice.

Non che già il sistema attuale della famiglia non li conoscesse, solo che questa riforma, come anticipato, invece di sopprimere, contenere, o dare nuova regolamentazione a detti fenomeni secondo criteri di rispetto della terzietà del giudice, ha fatto la cosa inversa, ovvero ha mantenuto ogni potere officioso esistente, e in più ne ha ribaditi e/o aggiunti di nuovi, sparsamente contenuti nella legge delega.

2.1. E valga quanto di seguito si osserva

a) In primo luogo, con riferimento ai procedimenti di cui agli artt. 330, 333, 334, vi erano già, e vi sono, poteri officiosi attribuiti al giudice dal 3° comma, dell'art 336 c.c., in quale recita che: *“In caso di urgente necessità il Tribunale può adottare, anche d'ufficio, provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio”*.

Questa disposizione, che consente al giudice, quindi, d'ufficio, di provvedere in via d'urgenza alla sospensione della potestà genitoriale o all'allontanamento di un genitore dalla vita familiare, e che da molti è considerata di dubbia costituzionalità, e in ogni caso espressione del periodo storico del codice civile, ovvero del 1942, non viene soppressa dalla odierna riforma del processo di famiglia ma anzi questa, dapprima addirittura riteneva di poter estendere il potere officioso del giudice dal terzo comma al primo comma, prevedendo così in generale che *“all'art. 336 del c.c. sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma dopo le parole sono adottati sono aggiunte le seguenti: “d'ufficio o” e dopo le parole “dei parenti” sono aggiunte le seguenti “del curatore speciale del minore qualora nominato”*; poi si è evitato di intervenire sul primo comma dell'art. 336 c.c. e si è previsto solo, sempre fermo il 3° comma, di *“modificare l'art. 336 c.c. prevedendo la legittimazione a richiedere i relativi provvedimenti anche al curatore speciale del*

minore” (così punto 26); e il curatore speciale al minore può essere nominato, anche d’ufficio, in ogni momento.

b) Cosa analoga è stata fatta con riferimento all’art. 403 c.c. (v. punto 27).

Lì si prevede che se il minore si trovi esposto nell’ambiente familiare a grave pregiudizio e pericolo per il suo benessere fisico, il provvedimento di allontanamento e di sua messa in sicurezza può essere preso dalla pubblica autorità, ovvero da un organo amministrativo.

Dopo di che si prevede che la pubblica autorità trasmetta la decisione al P.M. , il quale poi chiede la convalida nelle 72 ore al Tribunale per i minorenni, il quale la concede nelle 48 ore ancora successive con decreto, ovvero con provvedimento privo del contraddittorio, con il quale nomina, sempre senza contraddittorio, il curatore speciale del minore.

Soltanto successivamente, e con un termine, direi non perentorio, di ulteriori 15 giorni, viene fissata una udienza *“di comparizione personale delle parti”* (chi siano le parti non è indicato, e i genitori non sono espressamente nominati), a seguito della quale si provvede alla conferma, modifica o revoca del decreto di convalida.

Trattandosi in questi casi di limitazione della libertà personale, la scelta legislativa non sembra conforme ai limiti e alle regole previste dall’art. 13 Cost.

c) Seppur, poi, i poteri officiosi del giudice richiamati alla lettera m) del punto 23 possono considerarsi equivalenti a quelli già esistenti oggi all’art. 708 c.p.c., v’è comunque da rilevare che poteri officiosi del giudice sono in seguito ribaditi alla lettera r), visto che il giudice può pronunciare ogni provvedimento *“anche d’ufficio per i minori”*; al punto t) *“adottare provvedimenti relativi a minori d’ufficio e anche in assenza di istanze”*, e: *“possa disporre d’ufficio mezzi di prova a tutela dei minori nonché delle vittime di violenza, anche al di fuori dei limiti del codice civile”*; ed ancora statuito al punto z) dd), il quale prevede *“la nomina anche d’ufficio del curatore speciale del minore”*, disposizione che va ad incidere e modificare l’art. 78, 79 e 80 c.p.c., che fino ad oggi, e tutto al contrario, prevedevano che la nomina di un curatore speciale avvenisse solo a seguito di domanda di parte; e infine la medesima disposizione considera *“la possibilità di nomina di un tutore del minore, anche d’ufficio, nel corso e all’esito dei procedimenti di cui alla lettera a) (quindi: in tutti i procedimenti di famiglia) e in caso di adozione di provvedimenti ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c.”*.

d) Dunque, in estrema sintesi, invece di sopprimere i residui poteri officiosi ancora presenti nei codici, la riforma li ha ribaditi e introdotti di nuovi.

Mi sembra un primo punto sul quale porre una riflessione, poiché la pronuncia d'ufficio pone deroga al principio della domanda, e il principio della domanda, tutelato dall'art. 24 Cost., è posto a salvaguardia della terzietà del giudice.

Né può replicarsi che la deroga al principio della domanda è giustificata dalla indisponibilità dei diritti o dall'interesse superiore del minore, poiché questi interessi sono assicurati dalla presenza del PM e del curatore speciale del minore, mentre il giudice, anche dinanzi a questi diritti, e anche a fronte dell'interesse superiore del minore, deve comunque rimanere terzo e imparziale; e la terzietà e l'imparzialità del giudice escludono che questi possa provvedere d'ufficio.

Peraltro, a mio sommosso parere, contrasta con la terzietà del giudice anche la previsione di cui al punto 24 lettera f) per la quale ai giudici della famiglia non si *“applica il limite dell'assegnazione decennale nella funzione”*.

Il giudice della famiglia, ancorché si occupi di problemi particolari, deve rimanere, a mio sommosso parere, egualmente un *giudice*, sotto tutti i profili e nessuno escluso, e non può dunque trasformarsi in un funzionario, come diceva Piero Calamandrei, che *“si mette in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare”* (CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, 113), poiché ciò comprometterebbe la terzietà della sua funzione.

Dal che io credo che, proprio in ossequio alla sua indipendenza, anche i giudici della famiglia dovrebbero sottostare tanto al principio della domanda quanto al limite decennale dell'assegnazione della funzione.

2.2. La pronuncia d'ufficio trova poi due altre discutibili conseguenze:

a) la prima è che normalmente una pronuncia d'ufficio è anche una pronuncia che si emana *inaudita altera parte*, ovvero senza il contraddittorio; cosicché la scelta della decisione d'ufficio non infrange, normalmente, soltanto il principio della domanda ma anche quello della difesa.

Ciò, peraltro, trova conferma nel testo di legge al punto 23, lettera f) ove si prevede che il giudice possa *“assumere provvedimenti d'urgenza nell'interesse delle parti e dei minori prima dell'instaurazione del contraddittorio”*.

Dal che, direi, dal combinato disposto delle norme sopra menzionate, si arriva alla conclusione che tutti i provvedimenti in questione, se urgenti, possono essere assunti d'ufficio e senza contraddittorio.

b) La seconda, in questi casi, è data dall'individuazione del giudice che debba pronunciare d'ufficio questi provvedimenti.

Ebbene, al riguardo il punto 23 lettera c) afferma che *“la prima udienza di cui alla lettera l) e le udienze alle quali devono essere adottati provvedimenti decisori, anche provvisori, sono tenute dal giudice relatore (ovvero un giudice monocratico) con facoltà dello stesso di delegare ai giudici onorari specifici adempimenti”*.

Dunque, la pronuncia delle gravi misure sopra viste sono adottate da un giudice monocratico, il quale addirittura, per la relativa pronuncia, può delegare un giudice onorario per specifici adempimenti.

Credo che chiunque abbia a cuore le garanzie processuali non possa condividere scelte di questo genere.

3. Il diritto alla prova

Un secondo settore d'analisi deve essere quello attinente al diritto alla prova.

Mi sembra che in molte parti della riforma il principio dell'onere della prova non sia rispettato; e poiché anche il diritto alla prova attiene, evidentemente, ad aspetti del giusto processo assicurati dalla nostra costituzione, l'analisi di questi momenti mi sembra necessaria.

3.1. La prima questione sulla quale porre l'attenzione è quella che si trova disciplinata alla lettera b) del punto 23, la quale prevede che “in presenza di allegazione di violenza domestica o di genere”, ecc..... discendano misure di salvaguardia delle vittime

La norma è giustissima nella misura in cui tende a reprimere ogni forma di violenza, ma i provvedimenti restrittivi non possono discendere da una semplice *allegazione* e devono al contrario trovare riscontro in una prova, quanto meno sommaria e/o *prima facie*, della sussistenza della violenza allegata.

Immaginare viceversa che la sola allegazione, ovvero la sola denuncia che una parte faccia nei confronti di un'altra, possa costituire, di per se' sola, il presupposto per l'emanazione di provvedimenti di cui agli artt. 342 *bis* e *ter* c.c., ovvero provvedimenti di allontanamento del coniuge dalla propria casa e dai propri luoghi, e disporre altresì l'intervento dei servizi sociali, è qualcosa che è in contrasto con il principio dell'onere della prova e, direi, tutt'assieme, con le nostre regole di base della tutela dei diritti.

3.2. La lettera z), aa), prevede di nuovo che “in presenza di allegazioni o segnalazioni di un comportamento di un genitore tale da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l’altro genitore.....siano assicurate l’abbreviazione dei termini processuali e la concreta realizzazione dei provvedimenti adottati nell’interesse del minore”

Ripeto: al fine dell’emanazione di un qualunque provvedimento avente natura giurisdizionale la mera *allegazioni o segnalazioni* non può essere sufficiente.

I provvedimenti devono discendere dall’esistenza di prove; se le prove non vi sono, i provvedimenti non possono essere adottati.

Se, tutto al contrario, arriviamo ad accettare l’idea che un provvedimento possa esser dato senza prove, allora noi neghiamo garanzie che sono state la conquista della nostra civiltà giuridico/processuale.

3.3. Altra questione relativa al diritto alla prova è rappresentata dal comma 23 lettera f) per il ricorrente, e comma 23 lettera h) per il resistente convenuto, poiché entrambe le parti, nel processo di famiglia, devono fornire “l’indicazione dei mezzi di prova e dei documenti dei quali intendono avvalersi a pena di decadenza fin dagli atti introduttivi del giudizio”; dopo di che non sembra vi sia la possibilità di recuperare carenze o mancanze in punto di prova, e in nessun altro modo possono essere depositati dalle parti nuovi documenti o richiesti nuovi mezzi di prova

La successiva lettera i) dà una disciplina per il ricorrente in caso di domande riconvenzionali del convenuto, e la possibilità “*di nuove istanze istruttorie alla luce delle difese della controparte*”; ma, evidentemente, la norma è ambigua, poiché subordina il diritto del ricorrente a nuove istanze istruttorie solo se queste si pongano in nesso eziologico con le difese del convenuto, e non si capisce se questo diritto il ricorrente ce l’ha sempre o solo a fronte di domande riconvenzionali; mentre la legge non attribuisce in nessuna parte al convenuto la possibilità di articolare nuovi mezzi istruttori dopo quelli richiesti con la comparsa di costituzione.

Si tratta, decisamente, di un passo indietro rispetto all'esistente, sotto un duplice profilo:

a) in primo luogo perché nella situazione attuale, come è noto, i procedimenti in camera di consiglio non hanno preclusioni istruttorie, e nei procedimenti di separazione e divorzio, dopo l'udienza presidenziale, e ai sensi dell'art. 708 c.p.c., si nomina il giudice istruttore, e si danno alle parti in via istruttoria i nuovi termini di cui all'art. 183 c.p.c. (art. 709 e 709 *bis* c.p.c.), cosicché entrambe le parti, liberamente e successivamente, possono depositare ulteriori documenti e chiedere nuovi mezzi di prova anche dopo gli atti introduttivi del giudizio.

b) In secondo luogo perché queste decadenze istruttorie contrastano con il regime adottato dalla stessa riforma, sul medesimo punto, con riferimento al processo civile.

La legge delega, infatti, seppur dopo accese discussioni, ha sì scelto di porre decadenze istruttorie fin dagli atti introduttivi del giudizio, però ha poi inserito il temperamento di cui al comma 5 lettera f), con il quale entrambe le parti, dopo gli atti introduttivi del giudizio, possono sempre “*indicare i nuovi mezzi di prova e le produzioni documentali*”.

Questa ulteriore possibilità non è indicata nel processo di famiglia; cosicché appare incongruo che nel processo di famiglia, e diversamente dal resto del processo civile, vi siano decadenze istruttorie che fino ad oggi non esistevano, e che non esisteranno nemmeno domani nel processo civile.

È la prima volta che il processo di famiglia ha decadenze istruttorie più rigide rispetto a quelle degli altri processi civili.

Ciò, peraltro, può esser causa di inasprimento dei contenziosi, perché obbliga, come si dice, le parti a vuotare il sacco subito e per l'intero; ma non è scelta razionale in ambito di famiglia, ove al contrario sarebbe da favorire la misura e il contenimento delle pretese giudiziarie.

3.4. Sempre in punto di prova è poi discutibile la scelta che è stata fatta con riferimento all'intervento dei servizi socio-assistenziali o sanitari di cui alla lettera z), ff)

Il ruolo dei servizi socio-assistenziali nei Tribunali per i minorenni è stata causa di discussione in passato, ed in particolare si rilevava che per il loro ruolo, e le modalità con le quali questi assumevano informazioni, le loro relazioni non potessero costituire veri mezzi di prova ai fini delle decisioni del giudice, in quanto, appunto, assunte senza il rispetto delle regole del giusto processo, e senza il diritto al contraddittorio e alla difesa delle controparti, spesso addirittura nella segretezza delle stesse operazioni di raccolta dei dati e della loro esternazione.

Orbene, una volta arrivati a regolare un processo unico per la famiglia, doveva apparire chiaro porre delle regole precise a tutela del giusto processo alle relazioni dei servizi sociali, dalla pubblicità e trasparenza degli interventi, al diritto alla difesa e al contraddittorio.

Questa riforma non ha fatto niente di ciò.

Si è limitata a disporre che le relazioni devono essere *“redatte tenendo distinti con chiarezza i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e le valutazioni formulate dagli operatori”*; ma nient'altro è stato precisato né sulle modalità di acquisizione delle informazioni, né al diritto alla trasparenza e al contraddittorio nel momento in cui le informazioni vengono acquisite, né alla rilevanza probatoria che queste relazioni possono avere all'interno del processo.

E, ovviamente, il rischio è che esse continuino ad essere assunte senza il rispetto del diritto alla difesa, e parimenti continuino, anche da sole, ad essere la base di molte decisioni assunte dai giudici minorili.

4. I diritti della famiglia come società naturale

Una terza questione che mi permetto di rilevare è quella dell'idea stessa di famiglia che questa riforma sembra perseguire.

Poiché a me sembra, infatti, che questa riforma stia mirando ad una famiglia sotto forte incidenza dello Stato, ove gli spazi di autonomia delle persone sia assolutamente limitato.

E io non credo si possa accettare un modello di famiglia di questo tipo, perché la nostra stessa Costituzione, con l'art. 29, riconosce al contrario alla famiglia i diritti di “società naturale”.

E ripeto: una cosa è l'interesse superiore dei minori; altra cosa immaginare che la famiglia sia una società assoggettata al pubblico controllo.

Al riguardo faccio emergere quanto segue.

4.1. Alla lettera f) del punto 23 si prevede che il ricorso introduttivo di un qualunque processo di famiglia debba necessariamente indicare “un piano genitoriale che illustri gli impegni e le attività quotidiane dei minori, relativamente alla scuola, al percorso educativo, alle eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e ricreative, alle frequentazioni

parentali e amicali, ai luoghi abitualmente frequentati, alle vacanze normalmente godute”

Si consideri, poi, che il c.d. piano genitoriale può essere disposto dal giudice con l’emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, e che il mancato rispetto da parte dei genitori del piano genitoriale configuri comportamento sanzionabile ai sensi dell’art. 709 *ter* c.p.c. (lettera r).

Tengo a precisare, al riguardo, che il piano genitoriale non concerne le sole famiglie ove vi siano state violenze, o situazioni di grave pregiudizio o pericolo per la incolumità psico-fisica dei suoi componenti, o abbandono di minori, o forte degrado morale o materiale, ecc.....ma si ha, tutto al contrario, nei confronti di ogni famiglia, anche se di alto tenore culturale, sociale o economico, e senza alcun problema di violenze, o di sopraffazioni di uno sull’altro.

Ora, io non credo che il sindacato del giudice sulla vita di una famiglia possa spingersi fino a questi dettagli, e/o che lo Stato, tramite il giudice, abbia il diritto di conoscere e decidere financo sulle vacanze, sullo sport, sui luoghi o le persone che si frequentano, ecc...

Mi sembra sia la prima volta che si immagini una deriva di questo genere, che mi pare in contrasto con il diritto di libertà delle persone.

Credo, al contrario, che costituisca diritto della famiglia quello di frequentare le persone che più aggradano, studiare quello che più piace, avere tendenze religiose o completamente laiche, preferire il mare alla montagna o viceversa, il cinema al teatro, la palestra alle riunioni culturali, ecc....

E credo sia diritto di ognuno di mutare in ogni momento i propri impegni, o i propri programmi, o le proprie vacanze; ovviamente nel rispetto della libertà degli altri componenti della famiglia, ma certo liberi dal controllo dello Stato, che non può spingersi fino a questo punto.

4.2. Sempre sotto questo profilo va sottolineata la lettera g), con la quale:

“Il giudice indichi quali sono le informazioni che ciascun genitore deve obbligatoriamente comunicare all’altro”

Anche in questo caso, è vero che vi sono separazioni tra coniugi molto litigiose e colme di aggressività, e che non sempre i genitori hanno la civiltà di portarsi reciproco rispetto; tuttavia, anche in questo caso, mi sembra che qui la misura si sia un po’ oltrepassata, poiché il giudice della famiglia, sempre a mio parere, non può imporre ad una parte che comunichi, a sua discrezione, all’altra, necessariamente, fatti della sua vita privata.

Oppure, se si ritiene lo possa fare, allora, ripeto, il rapporto che si dà tra famiglia e Stato è nuovo, e stiamo marciando verso una famiglia che non è più quella che avevamo avuto fino ad oggi.

4.3. Stesso autoritarismo lo abbiamo sui poteri istruttori

Con la lettera t), il giudice ha *“poteri istruttori officiosi di indagine patrimoniale”*; e poi con la lettera t), il giudice *“può disporre d’ufficio mezzi di prova a tutela dei minori nonché delle vittime di violenze, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile”*.

Qui, probabilmente, non v’è molto di nuovo rispetto alle procedure già esistenti; tuttavia anche queste disposizioni si inquadrano, a mio parere bene, nel contesto che ho appena descritto.

5. Le sanzioni

Sempre nella medesima logica, la riforma del processo di famiglia prevede una serie di sanzioni per chi non si comporti nei modi comandati.

Come non fossero sufficienti le sanzioni che la riforma ha previsto per ogni processo civile, e che si trovano al punto 21, ove si legge: *“prevedere il riconoscimento all’amministrazione della giustizia quale soggetto danneggiato nei casi di responsabilità aggravata e conseguentemente, specifiche sanzioni a favore della cassa delle ammende”*; e poi ancora: *“Prevedere conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto giustificato di consentire l’ispezione prevista dall’art. 118 c.p.c. e nei casi di rifiuto o inadempimento non giustificati dell’ordine di esibizione previsto dall’art. 210 del medesimo codice”*; il processo di famiglia ne ha introdotti di altri, e precisamente alla lettera f) *“disponendo le sanzioni per il mancato deposito della documentazione senza giustificato motivo ovvero per il deposito di documentazione inesatta o incompleta”*; e poi ancora alla lettera l) *“disponendo le sanzioni per la mancata comparizione (alla prima udienza) senza giustificato motivo”*.

Mi sembra eccessivo.

Vorrei ricordare che il diritto alla difesa è, appunto, un diritto, non un dovere, e pertanto nessuno può essere sanzionato perché non si difende; cosicché è impensabile, almeno per me, che qualcuno possa esser sanzionato perché non partecipa ad una udienza o non deposita della documentazione.

Si danno disposizione senza tener conto degli equilibri che vanno necessariamente trovati tra ricerca della verità e diritto di libertà.

Bisognerebbe ristudiare i classici.

6. Brevi conclusioni

Qualcuno ha detto che si tratta di una riforma epocale.

Sinceramente, io non ne colgo la portata.

Capisco l'esigenza di dare un rito unico ai giudizi in materia di famiglia, ma non si poteva allora utilizzare per ciò il rito previsto per tutte le altre cause civili di cui al punto 5 di questa stessa riforma?

Ove si fosse fatta una cosa del genere, peraltro, meglio probabilmente si sarebbe assicurato anche ai procedimenti di famiglia la terzietà del giudice, il contraddittorio, il diritto alla prova, e si sarebbe evitato discutibili ingerenze sulla vita privata e familiare delle persone, evitato altresì di aggiungere sanzioni su sanzioni, e altre cose del genere.

Si dirà che i processi di famiglia necessitano di un pronto intervento che nell'ordinario processo di cognizione non si ha.

In realtà, non mi sembra che il rito unico di cui al punto 23 abbia caratteristiche tali da assicurare tempi senz'altro più brevi o pronti interventi; ne' mi sembra che lo stesso presenti divergenze rilevanti rispetto al rito previsto con il punto 5 in punto di ragionevole durata.

Sotto questo profilo, peraltro, erano allora più funzionali i vecchi riti camerali con i quali si giudicavano tante questioni attinenti alla famiglia; erano procedimenti certamente più rapidi e più elastici, e, sotto certi profili, anche più garantisti, poiché quelli non avevano, a differenza di questi, preclusioni in punto di eccezioni e prove.

Abbandonare i riti camerali per un rito ordinario poteva avere il senso di trasferire anche al contenzioso della famiglia e dei minori le garanzie del giusto processo; ma se la scelta del legislatore non è stata quella, poiché le officiosità di quei riti si sono mantenute e se ne sono aggiunte delle nuove, che senso ha avuto, allora, abbandonare i procedimenti camerali per aderire ad un rito autoritario e a preclusioni?

Ferma l'introduzione, peraltro già fatta propria dalla giurisprudenza, della nomina anche d'ufficio del curatore speciale del minore, per il resto, forse, si poteva fare meno.
