

Il nuovo processo di famiglia: la seconda puntata della riforma della filiazione e il migliore interesse del minore¹

Mirzia Bianca²

Sommario : 1. Il nuovo Processo di famiglia.- 2. Il migliore interesse del minore nel processo.-3. La residenza abituale del minore quale criterio di competenza territoriale.-4. Conclusioni.

1. Il nuovo processo di famiglia

Il nuovo processo di famiglia, la cui disciplina è contenuta nella legge delega 26 novembre 2021, n. 206, con l'introduzione del giudice unico della famiglia ha portato a compimento la riforma della filiazione del 2012 e 2013 e ha concretizzato l'incerta formula del *best interest of the child*³.

Al di là delle singole critiche che possono muoversi e che toccano fisiologicamente ogni intervento normativo di grande portata, mi sembra che nella sostanza si tratta di una Riforma attesa da tempo e già presente nella mente del legislatore del 2012 e 2013 e accantonata in quel momento solo per la complessità che non lasciava spazio anche ad un intervento sul processo. Non c'è dubbio, infatti, che i diritti del minore, così efficacemente e innovativamente declamati nel corpo del codice civile, rimangono belle formule se, come spesso avviene, essi vengono travolti dalla marea del giudizio e dalla caoticità delle competenze giurisdizionali. Quanto detto trova conferma nelle parole introduttive della relazione illustrativa⁴.

Anche rispetto al principio di unicità dello stato di figlio, *fil rouge* della Riforma della filiazione, la legge delega lo porta a pieno compimento, prevedendo l'estensione della procedura di negoziazione assistita ai figli nati fuori dal matrimonio. Deve inoltre rilevarsi che la normativa processuale della famiglia è rimasta ferma al passato e non ha tenuto il

¹ Dedico questo scritto al ricordo indelebile di mio Padre che con il suo instancabile impegno tanto ha contribuito alla costruzione di un più giusto diritto di famiglia.

² M. Bianca-Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Privato (IUS-01) della Sapienza Università di Roma, afferente al Dipartimento Scienze giuridiche.

³ Su questo principio, v. M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, consultabile anche in Open Access.

⁴ V. In particolare il § 7: “.....la Commissione, consapevole della situazione caotica relativa alle controversie in materia di persone e famiglia, nonché della mancata sussistenza in sede processuale di quell'uguaglianza dei figli realizzata invece sul piano sostanziale”.

passo con le grandi Riforme sostanziali del diritto di famiglia e delle persone che sono state introdotte nel corso di quest'ultimo cinquantennio. Questa discrasia normativa si coglie nella disciplina del processo di famiglia che risente inevitabilmente della mancata innovazione. Per questo motivo credo che una riforma del processo di famiglia fosse una tappa obbligata, se non si vogliono abbandonare con un colpo di spugna i traguardi che così faticosamente abbiamo raggiunto nel diritto sostanziale familiare.

Altre ragioni della bontà di questa riforma attengono a considerazioni sistematiche sul ruolo del diritto di famiglia.

A livello accademico, e non solo, il diritto di famiglia ha rivestito in passato un ruolo ancillare rispetto al diritto civile generale. La metafora della famiglia quale “isola che il diritto può solo lambire” di Carlo Arturo Jemolo e la definizione del diritto di famiglia quale “regione del diritto civile” nelle riflessioni di Angelo Falzea, sculpiscono il passato comune sentire in ordine alla posizione subalterna del diritto di famiglia nelle riflessioni del civilista. Questa prospettiva è stata superata quando autorevoli civilisti hanno dedicato poderosi scritti al diritto di famiglia. A livello professionale e giurisdizionale, ci si è accorti da tempo che la professionalità che richiede questa materia non può essere improvvisata e che l'avvocato familiarista è un avvocato che si è formato e che costantemente si dedica alle problematiche familiari. Mancava il tassello del giudice di famiglia. Questa riforma, oltre ad accentrare il ruolo e la funzione del giudice, si preoccupa di prevedere un'apposita formazione del giudice di famiglia, prevedendo altresì un apparato organizzativo di supporto che è l'ufficio del processo. A livello culturale anche questo aspetto sembra a chi scrive di una certa rilevanza al fine di assicurare una maggiore competenza di chi, a vari livelli e con diverse professionalità, si occupa delle questioni di famiglia.

Fatte queste brevi riflessioni di carattere sistemico, mi concentrerò sulle disposizioni che contribuiscono a realizzare il migliore interesse del minore nel processo.

2. Il migliore interesse del minore nel processo

Secondo l'espressione utilizzata da Carbonnier, il principio del migliore interesse del minore è una “formula magica” che tutti conosciamo e utilizziamo ma la cui definizione resta incerta per l'interprete. Cercherò di

spiegare perché le disposizioni contenute in questa riforma contribuiscono a realizzare e a rendere più concreto questo principio.

Per ragioni organizzative mi sembra utile operare una distinzione tra un primo gruppo di disposizioni che si occupano di tutelare il superiore interesse del soggetto minore rispetto ai terzi estranei alla compagine familiare e un secondo gruppo di disposizioni che tutelano e proteggono tale interesse rispetto ai componenti della famiglia, e in particolare rispetto alle figure genitoriali. Quest'ultimo gruppo di norme riguardano i casi eccezionali di violenza di un genitore nei confronti del figlio o i casi più frequenti di strumentalizzazione anche inconsapevole del minore nella conflittualità genitoriale.

Quanto al primo gruppo di norme, mi sembra che rivesta una posizione preminente la riformulazione dell'art. 403 del codice civile in tema di intervento della pubblica autorità per l'allontanamento del minore dalla propria famiglia. L'art. 1, comma 27 della legge delega prevede espressamente la sostituzione della originaria formula codicistica “Quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere all'educazione di lui” con la seguente *“Quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o si trova esposto, nell'ambiente familiare, a grave pregiudizio o pericolo per la sua incolumità psico-fisica e vi è dunque emergenza di provvedere”*.

L'allontanamento del soggetto minore dalla propria famiglia non è più come in passato uno strumento per realizzare le finalità pubblicistiche dello Stato ma uno strumento privatistico che è diretto unicamente a realizzare il migliore interesse del minore, nelle ipotesi gravi ed eccezionali che lo richiedono. Per la passata impostazione, basti leggere le pagine della Relazione al codice civile (197) in cui si prevedeva che *“l'intervento dell'autorità a favore dell'infanzia abbandonata o allevata in modo non conveniente costituisce nel nuovo diritto non tanto una funzione amministrativa di carattere eccezionale quanto una normale pubblica utilità nell'interesse della sanità fisica e morale della stirpe”*. La riformulazione dell'art. 403 del codice civile porta in definitiva a rendere *eccezionale* l'intervento della Pubblica autorità, limitandolo ad ipotesi gravi ed estreme. In questo mutamento di rotta vi è la conferma del riconoscimento del diritto del minore a crescere nella propria famiglia (art.

315- *bis* del codice civile), diritto che assume oggi una valenza generale anche con riferimento alla dichiarazione dello stato di adottabilità.

La riformulazione dell'art. 403 realizza poi il migliore interesse del minore in quanto prevede una procedura caratterizzata da una rigorosa scansione temporale volta ad evitare che il minore possa trovarsi esposto ad un procedimento lungo e travagliato. Altre disposizioni della legge delega confermano questa linea evolutiva. Quanto alla *eccezionalità* dell'intervento della Pubblica autorità nei provvedimenti assunti nella immediatezza si prevede che *“sia sempre salvaguardato il preminente interesse alla salute psicofisica del minore e che l'uso della forza pubblica, sostenuto da adeguata e specifica motivazione sia limitato ai casi in cui sia assolutamente indispensabile e sia posto in essere per il tramite di personale specializzato”* (art. 1, comma 23, lett. ff). Quanto al diritto del minore a crescere nella propria famiglia, valore simbolico assume quella disposizione che prevede che *“qualora il minore sia collocato in comunità familiare, quale ipotesi residuale da applicare in ragione dell'accertata esclusione di possibili soluzioni alternative, si applicano le norme in materia di affidamento familiare* (art. 1, comma 27).

Tra le disposizioni volte a tutelare il superiore interesse del minore nei confronti di soggetti terzi estranei alla compagine familiare, vanno ricomprese tutte quelle disposizioni che hanno lo scopo di riordinare e riorganizzare l'intervento e l'attività dei consulenti professionali nel processo. Tra queste la disposizione che prevede che nelle relazioni degli assistenti sociali o socio-sanitari *“siano tenuti distinti con chiarezza i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e le valutazioni formulate dagli operatori, con diritto delle parti e dei loro difensori di avere visione di ogni relazione ed accertamento compiuto dai responsabili del servizio socio-assistenziale o sanitario”*; la disposizione che prevede che anche nei casi gravi, come quelli relativi alla violenza domestica *“tale intervento sia adeguatamente motivato disciplinando presupposti e limiti dell'affidamento dei minorenni al servizio sociale”*; le varie disposizioni che prevedono incompatibilità per operatori professionali che sono a vario titolo coinvolti nel procedimento di affidamento dei minori (art. 1, comma 23, lett. ff e ss). Quanto alla consulenza tecnica psicologica se ne prevede un'autonoma regolamentazione *“anche con l'inserimento nell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio di indicazioni relative alle specifiche*

competenze” (art. art. 1 comma 23, lett. *dd*). Sempre con riferimento alla consulenza psicologica si prevede che il consulente nominato dal giudice “*deve attenersi ai protocolli e alle metodologie riconosciuti dalla comunità scientifica senza effettuare valutazioni su caratteristiche e profili di personalità estranee agli stessi*” (art. 1 comma 23, lett. *b*).

Quest'ultima disposizione si riferisce anche alla sindrome di alienazione parentale (PAS), la cui legittimità scientifica è stata smentita anche dalla Corte di Cassazione.⁵ In generale si tratta di un complesso di disposizioni che, attraverso la regolamentazione delle competenze degli operatori professionali, sono dirette a realizzare il migliore interesse del minore nel processo, evitando strumentalizzazioni e abusi.

Quanto alle disposizioni volte a realizzare il superiore interesse del minore all'interno della famiglia, vi sono tutte quelle riguardanti la fase patologica della crisi familiare. È frequente che il soggetto minore di età, oltre a soffrire il fallimento della famiglia, si trovi coinvolto nelle dinamiche del conflitto che riguarda i suoi genitori. Spesso i genitori assumono comportamenti ostruzionistici sia tra loro che nei confronti dei parenti dell'altro e utilizzano i figli quali strumenti di ricatto. Assumono pertanto un valore molto importante la delega ad adottare provvedimenti per “*prevedere che in presenza di allegazioni o segnalazioni di comportamenti di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale siano assicurate l'abbreviazione dei termini processuali e la concreta attuazione dei provvedimenti adottati nell'interesse del minore*” (art. 1, comma 23, lett. *aa*). Tale norma consente di dare concretezza ad un diritto che la Riforma della filiazione aveva codificato (art. 315-*bis* e 337-*ter* cc) ma che spesso viene violato proprio nella complessità e caoticità del processo di separazione e di affidamento dei minori.

Altrettanto rilevante è la delega ad adottare provvedimenti per “*prevedere che, in assenza di limitazioni o provvedimenti di decadenza della responsabilità genitoriale, nell'assumere i provvedimenti circa l'affido dei figli minori il giudice indichi quali sono le informazioni che ciascun genitore deve obbligatoriamente comunicare all'altro*” (art. 1, comma 23,

⁵C. 16 maggio 2019, n. 13274. Sulla necessità che il giudice valuti in concreto il comportamento delle parti v. di recente C. 17 maggio 2021, n. 13217.

lett. g). Tale norma impone ai genitori di adottare un comportamento leale e corretto, che si esplica anche attraverso l'informazione e la comunicazione. Si tratta in definitiva di abbandonare l'ascia di guerra del conflitto e di trovare un accordo esclusivamente per ciò che riguarda i propri figli e nel loro superiore interesse.

La stessa *ratio* deve attribuirsi alla norma che prevede che le parti depositino 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”*, individuando *“punti sui quali vi sia l'accordo”*, prevedendo che *“il mancato rispetto delle condizioni previste nel piano genitoriale costituisce comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 709-ter del codice di procedura civile”* (art. 1, comma 23, lett. f e r). Tali disposizioni non vanno lette come invasione nelle scelte genitoriali ma come imposizione di una cultura che pone al centro del conflitto le esigenze sociali, ricreative e di vita del soggetto minore di età, esigenze che necessariamente devono prevalere su quelle degli adulti.

Completa il quadro delle disposizioni, l'estensione della figura del curatore speciale. La Riforma, modificando l'art. 78 del codice di procedura civile, superando l'angusto ruolo ad esso assegnato nei procedimenti *de potestate*, estende la funzione del curatore speciale a tutte le ipotesi in cui *“dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori”*, anche *“quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni”*, prevedendo che *“in ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore”* (art. 1, comma 30). Si tratta di norma processuale che tuttavia contiene degli importanti corollari sotto il profilo sostanziale, in quanto consente di evitare che gli interessi del figlio minore siano pregiudicati dalla conflittualità che riguarda i suoi genitori.

Uno spazio importante in questa Riforma è poi riservato alla tutela del figlio minore nei casi eccezionali ma tragici di violenza domestica. La delicatezza della materia è affrontata avendo come unico punto di riferimento il superiore interesse del soggetto minore di età. Appare coerente con questa impostazione la disposizione che prevede che

“qualora un figlio minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori, prevedere che il giudice, personalmente, sentito il minore e assunta ogni informazione ritenuta necessaria, accerta con urgenza le cause del rifiuto ed assume i provvedimenti nel superiore interesse del minore, considerando ai fini della determinazione dell'affidamento dei figli e degli incontri con i figli eventuali episodi di violenza. In ogni caso, garantire che gli eventuali incontri tra i genitori e il figlio avvengano, se necessario, con l'accompagnamento dei servizi sociali e non compromettano la sicurezza della vittima”. La brutalità della violenza domestica spesso determina una chiusura del soggetto minore di età che si rifiuta di riconoscere nel proprio genitore l'autore della violenza. Tuttavia, il silenzio spesso si accompagna a comportamenti 'parlanti' e tra questi spesso compare il rifiuto di incontrare il genitore violento. Mi sembra allora corretto che il giudice indaghi le ragioni di questo comportamento, senza pregiudizi, ma al solo fine di dare voce alla sofferenza del minore, al fine di capirne le ragioni.

3. La residenza abituale del minore quale criterio di competenza territoriale

Infine una norma che conferma il *focus* della Riforma per l'interesse del minore è la delega ad adottare provvedimenti per “*procedere al riordino dei criteri di competenza territoriale, prevedendo quale criterio di competenza prevalente quello della residenza abituale del minore che corrisponde al luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita al momento della proposizione della domanda, salvo il caso di illecito trasferimento, prevedendo altresì che per il cambio di residenza ovvero per la scelta dell'istituto scolastico anche prima della separazione dei genitori sia sempre necessario il consenso di entrambi i genitori, ovvero, in difetto, del giudice*” (art. 1, comma 23, lett. d). Si tratta di previsione che sottolinea il diritto del minore alla stabilità, anche in caso di fallimento della famiglia.

4. Conclusioni

Concludendo questa breve disamina, occorre prendere atto che questa Riforma del processo di famiglia, con tutte le imperfezioni e i possibili aggiustamenti che è corretto ipotizzare, come per qualsiasi intervento normativo, appare a chi scrive una tappa necessaria che porta a compimento e dà ragione dei percorsi normativi che si sono succeduti

nell'ultimo cinquantennio e che hanno costruito la parabola evolutiva del diritto di famiglia e delle persone. Il diritto sostanziale è andato molto avanti e il diritto processuale non gli ha tenuto il passo. Se non si vuole evitare che gli sforzi per il riconoscimento di tanti diritti sia stato vano, occorre consentire che quei diritti trovino attuazione nel processo e questa Riforma, in attesa dei decreti delegati, mostra una sicura e valida direzione in avanti.