



MAGISTRATURA DEMOCRATICA

## **“La riforma della giustizia civile”**

TERZO SEMINARIO, 15 febbraio 2023 ore 15:30, Aula ANM presso la Corte di Cassazione

### ***Il processo “unificato” in materia di persone, minorenni e famiglie***

#### **RESOCONTO**

Il 15 febbraio 2023, dalle 15.30, si è svolto il terzo dei **Seminari** promossi da **Magistratura Democratica** sulla riforma del processo civile, **con la partecipazione di oltre duecentonovanta persone collegate da remoto** e dei presenti nella saletta della ANM, al sesto piano del Palazzaccio.

Nel corso del seminario, la cui registrazione è accessibile al link <https://youtu.be/tCmQE6abF3w>, proseguendo la riflessione iniziata sull'argomento nel seminario del 19 gennaio 2023, sono state esaminate diverse questioni relative al **processo “unificato” in materia di persone, minorenni e famiglie**.

#### **1. Oggetto dell'incontro e ambito di applicabilità della disciplina.**

Il seminario è stato dedicato alla normativa processuale in vigore dal 28 febbraio 2023, con esclusione quindi dell'esame relativo alla parte ordinamentale che entrerà in vigore - con l'istituzione del tribunale delle persone, dei minori e della famiglia - il 17 ottobre 2024 (due anni dalla pubblicazione in G.U. del d. lgs. 149/2022).

Nel corso del seminario è stata prospettata la tesi secondo cui la nuova normativa sul processo “unificato” non troverebbe applicazione con riguardo ai Tribunali per i minorenni, relativamente ai quali, sino a quando non sarà stata data attuazione alla parte ordinamentale, continuerebbe a valere la disciplina anteriore alla riforma. Porterebbero a tale conclusione le previsioni della legge delega relative all'istituzione di un nuovo tribunale per le persone, le famiglie e i minori quale *trasformazione* del tribunale per i minorenni e quella di un percorso di due anni comprendente modifiche ordinamentali, al regime e allo status dei giudici onorari, all'ufficio per il processo ed al processo medesimo; l'inefficacia delle disposizioni contenute nella sezione settima del capo IV del d.lgs. n. 149/2022 prima del decorso di due anni dalla data della pubblicazione di quest'ultimo nella Gazzetta Ufficiale (art. 49 d.lgs. n. 149/2022); la circostanza che nel d.lgs. n. 151/2002 sia prevista l'istituzione di uffici per il processo con riguardo al nuovo tribunale per le persone, minori e la famiglia, ma non anche per i Tribunali per i minorenni; la mancata previsione del passaggio dei giudici onorari all'ufficio per il processo sino all'attuazione delle nuove norme e alla creazione del nuovo ufficio e la mancata abrogazione delle norme che prevedono la composizione dell'ufficio, sia dell'ufficio di primo grado tribunale per i minorenni sia delle sezioni minorili; altri elementi, tra cui quello relativo alla mancata digitalizzazione del tribunale per i minorenni, prevista invece per il futuro nuovo tribunale quale aspetto –

insieme alla trasformazione del sistema dei giudici onorari – della sua struttura e della sue articolazioni territoriali.

Sotto altro profilo, sono state messe in luce in altri interventi le non indifferenti difficoltà che l'applicabilità del nuovo rito determinerebbe sul funzionamento dei Tribunali per i minorenni. Essi, infatti, sono rimasti esclusi dall'ufficio per il processo; non potrebbero più avvalersi della possibilità di delegare attività istruttorie ai giudici onorari, stante il rigido divieto di cui all'art. 473 bis.1 (ma su quest'ultimo punto vedi quanto osservato infra, al *par.* 2); restano la “cenerentola” degli uffici giudiziari italiani per quanto concerne il processo telematico, e dovrebbero continuare ad operare con un organico del tutto irrisorio, a fronte tra l'altro di una mole di lavoro cresciuta in modo esponenziale dopo il lockdown e dovendo far fronte anche alla contestuale attuazione della riforma penale. In tale contesto, i Tribunali per i minorenni si vedrebbero costretti ad abbandonare completamente l'attività di prevenzione, per la necessità di concentrarsi sulle urgenze determinate dalle tante fragilità (di ragazzi, di bambini, di famiglie intere) da proteggere.

Il differimento dell'entrata in vigore del nuovo rito - per quanto attiene alla parte minorile – al momento in cui entrerà in funzione il nuovo tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie avrebbe consentito di organizzare le risorse e di costruire un sistema in grado di funzionare.

Le difficoltà organizzative ed operative in cui verrebbero a trovarsi i Tribunali per i minorenni (l'assimilazione dei quali ai tribunali ordinari evidenzerebbe tra l'altro la visione “adultocentrica” della riforma) sono innegabili; e peraltro difficoltà non indifferenti si prospettano anche per i tribunali ordinari (sui quali andrà a trasferirsi un ulteriore gran numero di procedimenti rispetto a quelli che già vennero trasferiti nel 2012) e per le sezioni delle corti d'appello in materia di famiglia e minorenni, così come è certo che la futura unificazione degli uffici in materia di persone, minorenni e famiglie imporrà un notevole sforzo di adattamento anche per evitare la dispersione delle professionalità acquisite nell'esperienza dei Tribunali per i minorenni. Né è mancata la considerazione che l'insieme dei problemi da affrontare e risolvere, in assenza di un appropriato contesto organizzativo e di risorse adeguate (e purtroppo i segnali che provengono dall'ultima legge di bilancio, che ha tagliato alcuni capitoli di spesa relativi alla giustizia, non sono incoraggianti) rischia di mettere in crisi il principio della ragionevole durata del processo.

In contrario si è tuttavia osservato come una molteplicità di disposizioni (l'art. 1, comma 23, lett. a) della legge delega, secondo cui il procedimento in materia di persone, minori e famiglie si applica a tutti i procedimenti di competenza del giudice ordinario e del tribunale per i minorenni; i novellati art. 473-bis.1, 473-bis.69 e gli artt. 6 e 28 del d.lgs. n.149/2002, che si riferiscono anche ai tribunali per i minorenni) impongono di ritenere che la normativa sul rito “unificato” trovi applicazione anche con riguardo a questi ultimi uffici.

Le norme della riforma potranno piacere o non piacere, essere considerate adeguate o incongrue, ma il giudice - che per canone costituzionale è soggetto alla legge - non può non applicarle, salva sempre la possibilità di sollevare, ricorrendone i presupposti, questione di legittimità costituzionale rispetto a questa o a quella norma.

La riforma, ispirata all'intento di acquisire i fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, è stata indubbiamente frettolosa, e presenta contraddizioni e lacune. Ma spetta agli interpreti ed agli operatori sciogliere le prime e riempire le seconde avendo come criterio guida l'*interesse del minore* che, come ha anche recentemente ricordato la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ultima condanna dell'Italia (CEDU 10 novembre 2022, causa 25426/20), dovrebbe essere l'unico e fondamentale obiettivo della disciplina in materia: interesse da individuare non in base alle opinioni personali, ma alla stregua di un processo «giusto», rispettoso cioè del diritto di azione, del diritto di difesa, del contraddittorio e della parità delle armi. Sotto altro profilo, sarebbe inspiegabile perchè mai le norme della riforma poste a specifica tutela dei minori non dovrebbero trovare applicazione innanzi ai Tribunali per i minorenni.

## **2. Le questioni di ordine generale: a) Il ruolo del pubblico ministero; b) i poteri ufficiosi del giudice; c) l'ascolto del minore; d) la rappresentanza legale del minore.**

La riforma ha compiuto una svolta decisiva nel diritto processuale della famiglia, sostituendo alla sovrapposizione di tutele differenziate fino ad ora vigente, un nuovo rito in materia di persone, minori e famiglia che segue le forme della cognizione piena ed esauriente; attribuisce la competenza per ora a due organi distinti e a partire dal 17 ottobre 2024 al nuovo tribunale della famiglia; prevede una fase introduttiva (improntata al principio di collaborazione delle parti nella ricerca di una soluzione del conflitto), cui seguono una eventuale fase istruttoria e la decisione; introduce un regime di preclusioni "a geometria variabile" perché operante (il che potrà creare problemi nella concreta pratica applicativa) soltanto in materia di *diritti disponibili*. Il nuovo rito, disciplinato dal titolo IV bis del c.p.c., convive peraltro - oltre che con la disciplina generale del processo di cognizione di cui agli art. 163 e seguenti c.p.c. - con altre e differenti forme processuali nelle ipotesi in cui la legge ha disposto in modo diverso, ed è differentemente declinato a seconda delle situazioni sostanziali dedotte nel giudizio per effetto delle disposizioni speciali contenute nel capo terzo del titolo IV.

L'attenzione del legislatore è rivolta soprattutto a proteggere i soggetti più vulnerabili (minori o maggiorenni portatori di handicap), con un conseguente rafforzamento di tecniche di tutela già in qualche modo esistenti ma di fatto scarsamente utilizzate, come dimostra ad esempio il limitato spazio che nelle cause di separazione e divorzio o di modifica delle condizioni di separazione e divorzio avevano il pubblico ministero e l'istituto della rappresentanza legale.

Vanno nell'indicata direzione di una maggior tutela dei soggetti più vulnerabili le disposizioni relative ai poteri del pubblico ministero; quelle relative ai poteri ufficiosi del giudice; la disciplina dell'ascolto del minore.

**A)** Con riguardo al primo aspetto, occorre ricordare la norma che riconosce e comunque attribuisce al pubblico ministero che esercita l'azione civile - sia esso il pubblico ministero minorile o il pubblico ministero ordinario nell'ambito di un procedimento per separazione divorzio - il potere di assumere informazioni e di svolgere accertamenti anche avvalendosi della polizia giudiziaria e dei servizi sociali sanitari e assistenziali; l'apposita disposizione (art. 473-bis.13) dedicata alla domanda proposta dal pubblico ministero; l'intervento del pubblico ministero nel giudizio di appello che si deve perfezionare nel 10 giorni prima dell'udienza di discussione.

**B)** L'ampliamento dei poteri ufficiosi del giudice (art. 473-bis.2), viene attuato - generalizzando un principio già conosciuto per i giudici minorili e per i giudici specializzati della famiglia - con l'attribuzione esplicita del potere di nominare un curatore speciale, la previsione relativa alla possibilità di adottare provvedimenti in deroga all'art. 112 c.p.c. e quindi andando anche "ultra petita", sempre che si tratti di provvedimenti a favore del minore (ad es. disponendo un affidamento condiviso in luogo di quello esclusivo richiesto, o viceversa, aprendo la strada a un provvedimento *de potestate* per il tramite della nomina del curatore speciale etc.) e il rafforzamento dei poteri istruttori in virtù dei quali - purché sempre, ovviamente, nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria - è possibile derogare ai limiti di ammissibilità delle prove stabiliti dal c.c. In base all'art. 473.bis.2, secondo comma, tali poteri, allorché afferenti a domande di contributo economico, possono essere esercitati, seppure in forma più limitata, anche a favore di soggetti diversi dal minore (come il figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente o il coniuge che abbia diritto agli alimenti).

Con riguardo alle disposizioni del Capo terzo, Sezione prima (art. 473-bis.40 e segg.), contenente norme specifiche per i procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o

condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori, è stato evidenziato come nei procedimenti di separazione e divorzio, o in quelli aventi comunque ad oggetto una richiesta “*de potestate*” senza che si sia mossa la parte pubblica, la pronuncia di provvedimenti provvisori in mancanza di una preventiva valutazione circa la fondatezza o no delle eventuali allegazioni di violenza potrebbe portare ad esiti di “vittimizzazioni secondarie”. Sarebbe quindi opportuno, in presenza di tali allegazioni e sussistendo dubbi intorno alla possibilità di qualificare come violenza una determinata condotta, che il giudice interloquisse con il ricorrente, richiedendogli con decreto gli opportuni chiarimenti e assicurando poi al relativo fascicolo - in caso di riconducibilità della condotta all'ambito della violenza domestica - una corsia differenziata e preferenziale. Il “*fumus*” della fondatezza in ordine all'esistenza della violenza deve essere accertato prima di ogni altra cosa, perché se vi è fondatezza bisogna applicare l'articolo 31 della convenzione di Istanbul e quindi prendere delle cautele sia in termini di affidamento (quasi sempre affidamento esclusivo alla vittima di violenza se funzionale, ovvero affidamento al servizio se anche la vittima di violenza non è funzionale) sia con riguardo all'autore della violenza.

C) La disciplina dell'ascolto del minore e delle relative modalità (artt. 473-bis.4 e 5, 152-*quater e quinquies*), prima contenuta in modo sparso in diverse fonti normative, è stata ora riordinata:

- valorizzando l'esigenza che delle opinioni del minore si tenga conto, avendo riguardo alla sua età e al suo grado di maturità, sicché diventa più chiaro che l'ascolto non può essere strumentalizzato per stabilire chi ha torto e chi ha ragione, ma deve essere finalizzato unicamente alla salvaguardia dell'interesse del minore;
- disponendo che il minore ha il diritto di non essere ascoltato, oltre che nei casi in cui l'ascolto sia in contrasto con i suoi interessi ovvero si palesi superfluo (come già previsto dall'art. 315 bis c.c.), anche in caso di impossibilità fisica o psichica oppure se egli stesso manifesta la volontà di non essere ascoltato;
- prescrivendo che nel procedere all'ascolto il giudice non può più delegare ad altri l'incombente (come avveniva in particolare nei tribunali specializzati, dove nella prassi, anche a causa delle carenze di organico, il giudice togato delegava per l'audizione il giudice onorario incardinato presso il suo ufficio), ma deve procedervi direttamente, pur potendo farsi assistere da esperti.

Sul divieto in tal senso contenuto nell'art. 473-bis. 1, secondo comma (“*Davanti al tribunale per i minorenni, nei procedimenti aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale possono essere delegati ai giudici onorari specifici adempimenti ad eccezione dell'ascolto del minore, dell'assunzione delle testimonianze e degli altri atti riservati al giudice*”) sono stati formulati rilievi critici, non soltanto per le difficoltà operative che ne deriveranno nel funzionamento dei Tribunali per i minorenni finché essi resteranno ancora in vita, esistenza, ma perché secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione l'ascolto non è una testimonianza, non è un atto istruttorio e non è in generale un mezzo di prova, ma costituisce esercizio del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, con modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti. Proprio la delicatezza dei temi e della persona del minore, che secondo quanto si legge nella relazione sono alla base del divieto legislativo, avrebbe dovuto indurre a considerare che i giudici onorari incardinati presso i tribunali per i minorenni godono degli stessi requisiti di autonomia e indipendenza dei giudici togati, e sono professionisti di scienze umane che, in quanto tali, possono intervenire proprio al fine cioè di garantire il rispetto di quella delicatezza di cui parla nella relazione. Se in base all'art. 473 – bis. 5 il giudice può avvalersi di altri ausiliari, non si comprende perché non possa farlo per quanto concerne i giudici onorari, che del resto nel tribunale unificato potranno far parte dell'ufficio del processo quale ausilio per l'ascolto del minore; né divieti come quello introdotto dall'art. 476-bis.1 sono previsti per tutta una serie di altri procedimenti, come ad esempio in tema di adottabilità, nei procedimenti

amministrativi per irregolarità della condotta di cui all'articolo 25 R.D 1404/34, nei procedimenti che riguardano il minori stranieri non accompagnati, nel procedimento ex articolo 317 bis del codice civile, nelle cause dove è coinvolto un minore.

Secondo un'altra interpretazione, invece, occorre considerare che nella legge delega non è contemplata alcuna esclusione sul punto. Un'esclusione figura soltanto nel d.lgs. n. 149 di attuazione, dove però la norma non fa altro che riproporre, con diversa espressione, il contenuto del 336 – bis c.c. Tenuto conto dei principi ispiratori della riforma, il riferimento al 473- bis.1 che limita ai procedimenti “*de responsabilitate*” la possibilità di delegare ai giudici onorari dovrebbe essere letta in positivo e cioè la norma andrebbe letta come norma che ci dice che in quei casi, in quei procedimenti possono essere delegati specifici adempimenti.

La questione, tuttavia, ha perduto in parte rilevanza pratica, poiché in sede di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 (il c.d. “milleproroghe”), il divieto di delegare ai giudici onorari del tribunale per i minorenni l'ascolto del minore e l'assunzione delle testimonianze, previsto dall'articolo 473-bis.1, secondo comma, del c.p.c., si applica ai procedimenti instaurati successivamente al 30 giugno 2023.

Nulla è stato detto sul regime dei controlli, per cui si deve far richiamo all'orientamento della giurisprudenza secondo cui in caso di mancato ascolto non giustificato il provvedimento è nullo e tale nullità potrà essere fatta valere con l'impugnazione.

È stata poi valutata positivamente la previsione che l'ascolto possa trovare applicazione anche nell'ambito della negoziazione assistita (“*Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli o che è opportuno procedere al loro ascolto, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo*”:novellato art. 6, terzo comma del decreto-legge n. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 162/2014 , n.162), anche se ciò riapre la quesatione relativa alla natura del procedimento che verrà aperto in questo modo dal presidfente del tribunale.

**D)** Con riferimento alla rappresentanza legale, e cioè alla sostituzione della rappresentanza genitoriale in caso di necessità, il d.lgs. n. 149 del 2022, trasponendo negli art. 473 bis.7 e 473- bis.8 la disciplina che nella legge delega era prevista come modifica all'art. 78 disp. att. c.p.c., dispone che il giudice debba nominare d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento il curatore speciale quando: 1) il pubblico ministero chiede la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori o nei casi in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro; 2) siano stati adottati provvedimenti ex art. 403 c.c. oppure in materia di adozione; 3) dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precludere l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori; 4) ne ha fatto richiesta il minore che abbia compiuto 14 anni.

Al di là di queste ipotesi, il giudice, con provvedimento succintamente motivato, può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

Peraltro, con l'art. l'art. 473-bis.7 è previsto che il giudice nomina il tutore del minore allorchè dispone, anche con provvedimento temporaneo, la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, e può nominare il curatore del minore quando dispone, all'esito del procedimento, limitazioni della responsabilità genitoriale. La coesistenza di queste diverse figure induce a ipotizzare una serie di sovrapposizioni soprattutto perché il legislatore non ha precisato fino a dove arriva l'operato dell'uno e quando inizia l'operato dell'altro. Sotto altro profilo il legislatore ha omesso ogni riferimento ai costi consequenziali alla nomina del rappresentante legale e all'esercizio delle relative funzioni, omettendo di riconoscere anche sul piano economico il ruolo di coloro che benché estranei al processo scelgono di farsi carico del fabbisogno personale del minore di età. Né la lacuna può essere colmata facendo ricorso al comma 10 – *septies* dell'art. 4 del D.M n.

55/2014 aggiunto dal D.M n. 147/2022, dove un compenso è previsto unicamente per le attività difensive svolte dall'*avvocato* in qualità di curatore speciale del minore.

### **3. Il giudizio di primo grado.**

Nel vigore della disciplina attuale, precedente alla riforma, il processo in materia di famiglia era essenzialmente quello modellato sul rito della separazione e del divorzio con una prima parte decontenziosa e in sostanza di volontaria giurisdizione, legata alla figura del presidente del tribunale che tentava la conciliazione sulla base di difese non ancora formalizzate. Dopo i provvedimenti presidenziali provvisori si apriva la fase istruttoria e solo con le memorie integrative si provvedeva a formalizzare le difese, con gli avvisi di legge e le prime decadenze. Sulle memorie integrative e la prima udienza di comparizione innanzi all'istruttore, si innestava un procedimento con l'assegnazione dei termini ex art 183 c.p.c.

Questo modello processuale aveva dei punti positivi:

- l'accesso anche molto informale e immediato con i provvedimenti urgenti;
- successivamente trascorreva un lasso di tempo che consentiva di raggiungere nuovi equilibri nel nucleo familiare e magari accordi;
- la formalizzazione della lite era solo successiva e progressiva e consentiva pienezza di garanzie per le parti processuali.

Ma anche evidenti limiti:

- erano previste almeno quattro udienze e almeno sette memorie;
- ne derivava una dilatazione dei tempi che – considerati i termini ordinari di fissazione – prevedeva una attesa tra i 4 fino ai 12 mesi per udienza presidenziale, poi 6 o 7 mesi per l'udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore, poi 8 – 10 mesi tra rinvio, termini ex art. 183 c.p.c. e ammissione dei mezzi istruttori, sicché si arrivava al cuore della causa dopo almeno un anno e mezzo dal deposito del ricorso;
- soprattutto era vissuto con crescente fastidio il tempo che ci voleva per giungere alla sentenza sullo *status* (circa un anno dal deposito del ricorso).

Certamente vi erano molte vie di uscita alternative, ma si basavano tutte sull'accordo delle parti e sul raggiungimento di accordi.

Vi era poi una pluralità di riti in materia di famiglia:

- separazione (706 ss c.p.c.);
- divorzio (legge 898/1970);
- rito camerale per le modifiche 737 ss c.p.c. in relazione a 710 c.p.c. e art. 9 legge 898/1970);
- rito ordinario con competenza collegiale per le azioni di stato;
- rito camerale per l'affido e il mantenimento dei minori nati fuori del matrimonio (316 ss c.c. e 737 ss c.p.c).

La riforma va salutata positivamente perché si pone due obiettivi condivisibili:

- unificare il rito.
  - abbreviare i tempi in un procedimento che soffriva in effetti di lungaggini
- La riforma va salutata positivamente perché si pone due obiettivi condivisibili:

Mentre il vecchio processo in materia di separazione e divorzio era caratterizzato da quattro udienze e anche da 7 memorie, adesso è possibile che il processo giunga a compimento anche in una sola udienza. Sono state introdotte anche delle decadenze, destinate tuttavia ad operare (art. 473-bis.19) solo con riferimento alle domande aventi ad oggetto diritti disponibili, poiché le parti- in base ad un principio tralaticio che non perde vigore - possono sempre introdurre nuove domande e nuovi mezzi di prova relativi all'affidamento ed al mantenimento dei minori e possono altresì proporre, nella prima difesa utile successiva e fino al momento della rimessione della causa in decisione, nuove domande di contributo economico in favore proprio e dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente e i relativi nuovi mezzi di prova, se si verificano mutamenti nelle circostanze o a seguito di nuovi

accertamenti istruttori; e questo riguarda anche diritti disponibili, come quello dell'adulto al proprio mantenimento.

Il processo di famiglia era tendenzialmente un processo con due sole parti e con un contenuto predeterminato (contenuto tipico dei giudizi di separazione e divorzio).

Il nuovo processo ammette pluralità di parti: il PM, il curatore speciale del minore, i terzi intervenienti nelle azioni di stato (di qui la previsione dell'art. 473-bis.20 circa l'intervento volontario) e rappresenta un contenitore più elastico quanto alla tipologia contenuto dei provvedimenti, essendosi la riforma fatta carico di legificare una serie di prassi nate nella pratica dei tribunali italiani che già avevano introdotto diverse forme di tutela e intervento sul nucleo familiare e che però rimanevano fuori dal codice e si prestavano a interpretazioni non concordanti.

La competenza per i procedimenti ascritti al rito unico della famiglia e dei minori è collegiale quanto alla decisione del procedimento, mentre la trattazione e l'istruzione del procedimento possono essere delegati ad un giudice relatore (art. 473-bis. 14, comma secondo).

Non esiste più l'udienza presidenziale. I provvedimenti tipici dell'udienza presidenziale, in caso di cause di separazione e divorzio, o comunque i provvedimenti urgenti necessari (in caso di affidamento e mantenimento di minori) saranno assunti dal collegio ovvero – ove intervenuta la delega<sup>1</sup> – dal giudice designato per la trattazione, per l'istruzione e anche per l'adozione dei provvedimenti indifferibili (art. 473-bis. 15) e per i provvedimenti temporanei e urgenti (art. 743-bis. 22).

La forma della domanda, disciplinata dall'art. 473-bis.12, è quella del ricorso, che deve essere corredato anche degli allegati (in ragione della opportuna prescrizione circa la documentazione bancaria e fiscale e circa la necessaria allegazione degli altri provvedimenti giurisdizionali emessi tra le parti) e contenere l'indicazione dei mezzi di prova, a pena di decadenza, salvo quanto precisato più avanti. La previsione di un'apposita disposizione per la domanda proposta dal P.M. (art. 473-bis.13) vale ad uniformare prassi troppo diverse tra i vari Uffici di Procura e a consentire l'effettivo dispiegarsi del contraddittorio nei confronti delle altre parti.

Presentato il ricorso, il Presidente fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti e tra il deposito del ricorso e la prima udienza non devono decorrere più di 90 giorni (art.473-bis.14, terzo comma). Il rispetto del termine, pur di natura soltanto ordinatoria, varrà a consentire (specie in relazione a nuclei familiari in crisi caratterizzati da perdurante convivenza) l'adozione di provvedimenti urgenti volti a prevenire situazioni anche pericolose o comunque di pregiudizio per i minori.

Ricorso e decreto devono essere notificati a cura dell'attore almeno 60 giorni prima dell'udienza (art.473-bis.14, sesto comma), ed il convenuto deve costituirsi almeno 30 giorni prima di questa (art.473-bis.14, secondo comma). La costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui agli articoli 38 e 167 c.p.c.

Anteriormente alla prima udienza possono esservi le ulteriori difese contemplate dall'art. 473-bis.17, ove è previsto che dopo 10 giorni dalla costituzione del convenuto l'attore possa depositare una memoria con cui prendere posizione sui fatti da quest'ultimo allegati, nonché, a pena di decadenza, modificare o precisare le domande e le conclusioni già formulate, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle difese del convenuto, indicare mezzi di prova e produrre documenti; che entro dieci giorni anteriori alla data dell'udienza, il convenuto possa depositare un'ulteriore memoria con cui, a pena di decadenza, precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già proposte, proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio che siano conseguenza della domanda

---

<sup>1</sup> Per quanto concerne la delega, non essendo più prevista al riguardo una competenza del presidente del tribunale, si ritiene che vi si debba provvedere con atto interno alla sezione cui è affidata la materia in base a criteri idonei ad assicurare la predeterminazione della scelta.



riconvenzionale o delle difese svolte dall'attore con la memoria di cui al primo comma, indicare mezzi di prova e produrre documenti, anche a prova contraria; che entro cinque giorni anteriori alla data dell'udienza, l'attore possa depositare ulteriore memoria per le sole indicazioni di prova contraria rispetto ai mezzi istruttori dedotti dal convenuto nella memoria appena citata).

Un tale sviluppo del procedimento può essere molto favorevole quando la causa è semplice, perché probabilmente le parti non utilizzeranno tutti questi termini e il giudice potrà avvalersi dei poteri previsti dall'articolo 473-bis., terzo comma, provvedendo sulle richieste istruttorie, predisponendo il calendario del processo e fissando entro i successivi 90 giorni l'udienza per l'assunzione delle prove. Quando invece il processo è più complesso, è prevedibile che questa serie di difese veda molto impegnati gli avvocati i quali, per non incorrere in decadenze, faranno domande e chiederanno mezzi istruttori che magari secondo la logica del vecchio rito che prevedeva il passaggio di molti mesi tra l'udienza presidenziale e l'udienza istruttoria, non avrebbero chiesto. In questi casi si rischia quindi di espletare un'istruttoria sovrabbondante.

All'esito dell'udienza di comparizione il giudice – adottati i provvedimenti urgenti necessari – provvede anche sulle richieste istruttorie e predispose il calendario del processo, fissando entro i successivi novanta giorni l'udienza per l'assunzione dei mezzi di prova ammessi.

La decisione della causa è disciplinata dall'art. 473-bis.28: il giudice delegato per la trattazione fissa innanzi a sé udienza per la rimessione della causa in decisione (al Collegio) e assegna previamente un triplo termine: per la precisazione delle conclusioni, per comparse conclusionali e per comparse di replica. La sentenza è depositata nel termine di sessanta giorni successivi all'udienza.

#### **4. Questioni relative ai provvedimenti «temporanei ed urgenti», ai provvedimenti «indifferibili» ed ai provvedimenti «provvisori»; regime dei controlli.**

Uno dei punti innovativi e fonte di maggiori complicazioni della riforma riguarda i provvedimenti indifferibili, quelli temporanei e urgenti e quelli (sopravvissuti dalla disciplina anteriore) provvisori.

L'art. 473-bis.15 prevede la possibilità che siano emanati provvedimenti indifferibili necessari nell'interesse dei figli e nei limiti delle domande *proposte*, e quindi solo a giudizio già iniziato. Quest'ultima precisazione potrebbe indurre a ritenere che non sia possibile richiedere tali provvedimenti *ante causam*; ma sul piano applicativo, se vi è necessità di chiedere un provvedimento nell'interesse del minore per pregiudizio imminente e irreparabile, si potrà sempre fare ricorso all'art. 700 c.p.c., senza che l'eventuale erronea qualificazione della domanda (ai sensi dell'art. 700 c.p.c. ovvero dell'art. 473-bis.15) possa determinare una declaratoria di inammissibilità, dovendosi far riferimento al *petitum* sostanziale e non all'etichetta sotto la quale la richiesta sia stata presentata.

Per i provvedimenti emanati *inaudita altera parte* dopo il deposito del ricorso e prima della integrazione del contraddittorio la revoca, modifica o conferma dovrebbero spettare al collegio, trattandosi di un procedimento a trattazione collegiale ed essendo residuali le ipotesi di trattazione monocratica. Nel nostro sistema, del resto, esiste il principio della coincidenza del giudice della cautela e del giudice del merito; un principio che soffre eccezioni nei soli casi in cui il merito appartiene al giudice di pace o a un giudice straniero. Considerato, tuttavia, che i provvedimenti in esame debbono essere coordinati con quelli temporanei ed urgenti (art. 473-bis.22) emanati a conclusione della prima udienza, provvedimenti che possono essere modificati, revocati o confermati nel corso del processo dallo stesso giudice delegato o dal collegio (art. 473-bis.23), e sono reclamabili alla Corte d'appello (art. 473-bis.24), si è sostenuto che anche i provvedimenti indifferibili siano reclamabili innanzi alla Corte d'appello.



Secondo un'altra opinione, invece, i provvedimenti indifferibili cui si riferisce l'art. 473-bis.15 hanno una natura cautelare che li accomunerebbe agli ordini di protezione per cui il reclamo sarebbe devoluto al tribunale ordinario, non sembrando configurabile alcuna analogia con le sezioni specializzate agrarie relativamente alle quali questo il dilemma è stato risolto con l'attribuzione alla Corte d'appello. In base ad un'altra tesi ancora, invece, a fronte di disposizioni molto chiare e dettagliate come quelle degli artt. 473-bis.22, 473-bis.24 e della norma sugli ordini di protezione, ove si parla di reclamo, il fatto che il legislatore all'art. 473-bis.15 nulla abbia detto al riguardo più che a una dimenticanza dovrebbe far pensare ad una soluzione secondo cui tali provvedimenti vanno considerati indifferibili ed urgenti in quel momento, saranno revocabili e modificabili ma, poi, verranno assorbiti dai provvedimenti temporanei ed urgenti successivi quelli sì reclamabili in appello. Ed in effetti i provvedimenti in questione sono destinati ad essere assorbiti da quelli temporanei e urgenti una volta instaurato il contraddittorio.

Quanto precede mette in luce la complessità delle questioni che si prospettano anche solo avendo riguardo all'art. 473-bis.15 ed all'articolo 473-bis.22. Per di più il legislatore delegato, al quale erano stati attribuiti ingenti compiti di coordinamento, ha offerto una gamma vastissima di provvedimenti provvisori nell'interesse del minore:

- *«quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o si trova esposto, nell'ambiente familiare, a grave pregiudizio e pericolo per la sua incolumità psico-fisica e vi è dunque emergenza di provvedere»*, potrà applicarsi l'art. 403 c.c.;
- ai sensi dell'art. 330, comma 2, c.c., *«per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore»*;
- *«in caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale»*, potrà invocarsi l'art. 473-bis.39 c.p.c.;
- in presenza di *«abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori»*, potrà invocarsi l'art. 473-bis.40 c.p.c.;
- *«quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente»*, potrà invocarsi l'art. 473-bis.69 c.p.c.;
- quando il minore *«dà manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere»*, potrà trovare applicazione l'art. 25, r.d. 20 luglio 1934, n. 1404, novellato dall'art. 31, d.lgs. n. 149/2022;
- quando il minore esercita la prostituzione potrà essere invocato l'art. 25-bis r.d. 20 luglio 1934, n. 1404, aggiunto dall'art. 31, d.lgs. n. 149/2022;
- quando il minore si trova in una *«situazione di abbandono»* ed è privo *«di assistenza morale e materiale»*, potranno invocarsi gli articoli 8 e seguenti l. n. 184/1983;
- quando il minore straniero è privo di assistenza, potranno invocarsi l'art. 31, d.lgs. n. 286/1998, l'art. 18, l'art. 19 e l'art. 19-bis d.lgs. n. 142/2015, e la l. 7 aprile 2017, n. 47.

In base al sistema previgente i provvedimenti provvisori sarebbero stati reclamabili semmai alla fine, e quelli emessi nel corso del procedimento non costituivano autonomamente oggetto di controllo. Ora, in base all'art. 473-bis.24 sono tutti reclamabili, tuttavia con meccanismi diversi, perché se questa varietà di provvedimenti provvisori viene emanata nel corso di un procedimento unificato sulla responsabilità genitoriale, sullo scioglimento del matrimonio, sulla separazione, sullo scioglimento dell'unione civile, valgono le regole generali ex art. 473-bis.24, mentre se sono emanati nell'ambito di altri procedimenti valgono regole diverse. Vi saranno dunque problemi nel coordinare le regole processuali dell'uno e le regole processuali dell'altro.

L'orientamento della Corte di legittimità è nel senso di ammettere la reclamabilità.

L'art.473 - bis. 24 prevede anche la ricorribilità immediata per Cassazione; ma tenendo presente l'art. 111 Cost. è da ritenere che il ricorso sia consentito solo con riguardo ad un provvedimento decisorio e definitivo. È tuttavia da rilevare che con due ordinanze della Cassazione (la n. 30457/2022 e la 30478/2022) è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione della ricorribilità avverso provvedimenti aventi la caratteristiche della *decisorietà di fatto* e cioè con riguardo ai provvedimenti che, per lo stesso fluire del tempo, possano determinare una perdita definitiva o un pregiudizio irrimediabile ai minori d'età.

È stato infine rilevato come per effetto della disposizione che demanda al giudice che ha emesso il provvedimento l'esame delle circostanze sopravvenute (art. 473-bis. 24, terzo comma), potrebbe verificarsi che l'eventuale modifica o revoca da parte di quest'ultimo finisca per far venir meno il provvedimento oggetto di reclamo o di ricorso per cassazione.

## **5. L'attuazione dei provvedimenti.**

Gli articoli 476 - bis 36, 476-bis. 37, 476.bis.38 e 476-bis.39 hanno normato una materia - prima non disciplinata in modo uniforme - mediante l'introduzione di un modello unitario di strumenti di attuazione ed esecuzione dei provvedimenti in materia di famiglia e i mezzi di tutela più incisivi.

All'esito dell'udienza di comparizione delle parti di cui agli art. 473 - bis.21 e 473.bis. 22, il giudice, esperito senza esito positivo il tentativo di conciliazione, emette con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti e dei figli; ed in base all'art. 476-bis.36 , in cui sono confluite le disposizioni prima contenute negli articoli 156 del c.c., 8 della legge sul divorzio e nell'articolo 3 della legge 219 del 2012 (norme tutte abrogate dal d.lgs 149 del 2022), i provvedimenti anche se temporanei in materia di contributo economico a favore della prole e delle parti sono immediatamente esecutivi (come lo erano già in passato) e costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, che dovrà naturalmente avvenire nelle forme del c.c. (artt. 2827 ss.) e seguenti, spettando al creditore indicare la somma per la quale iscrivere ipoteca.

Resta in tal modo superata la disciplina generale previgente in base alla quale era titolo per iscrivere ipoteca soltanto la sentenza di condanna.

Con l'art. 473-bis.37 viene previsto che il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo in favore suo o della prole, dopo la costituzione in mora del debitore, inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento o l'accordo di negoziazione assistita in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al soggetto obbligato, con la richiesta di versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al debitore inadempiente. La norma, che unifica disposizioni prima contenute in tre diverse fonti (l'art. 156 del c.c. per quanto concerne la separazione; l'art. 8 della legge sul divorzio e l'art. 3 della legge n. 219/2012 relativamente ai figli non matrimoniali) appare fortemente innovativa sia per l'unificazione che appunto realizza, sia perché sono stati elisi tutti i limiti prima previsti dall'art. 156 del codice civile e dell'articolo 8 della legge sul divorzio, sia perché riconosce - come già prevedeva il quarto comma dell'articolo 8 testé menzionato - un'azione esecutiva diretta nei confronti del terzo.

L'art. 473-bis.38 stabilisce al terzo comma che a "*seguito del ricorso il giudice, sentiti i genitori, coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, il curatore e il curatore speciale, se nominati, e il pubblico ministero, tenta la conciliazione delle parti e in difetto pronuncia ordinanza con cui determina le modalità dell'attuazione e adotta i provvedimenti opportuni, avendo riguardo all'interesse superiore del minore*". Si tratta della disposizione con maggiore portata innovativa perché - dettando una disciplina organica e uniforme, e prescrivendo espressamente che il giudice debba indicare le modalità di attuazione dell'ordinanza con cui viene disposto l'affidamento e adottare i provvedimenti opportuni avendo riguardo all'interesse superiore del minore - colma una lacuna normativa

di non poco rilievo in questa materia, pur dovendosi rilevare che i giudici della famiglia sono stati da sempre inclini a specificare nei provvedimenti decisori le modalità attuative. A causa di questa lacuna l'Italia era stata più volte condannata dalla Corte CEDU per violazione dell'articolo 8 della convenzione.

## **6. Il rito di cui al novellato art. 316 – bis c.c. bis c.c. e la buona disciplina in tema di affidamento ai Servizi sociali.**

Nel corso del seminario è stata avanzata l'opinione secondo cui il rito in base al quale, in caso di contrasto tra i genitori, vengono decise le questioni di particolare importanza nella gestione della responsabilità genitoriale, come quelle relative alla residenza abituale e all'istituto scolastico del figlio minore (novellato art. 316 c.c.), non rientra nel novero dell'art. 473-bis, trattandosi di questioni di cui il giudice viene investito "senza formalità" e che richiedono uno strumento di decisione immediata, pena la vanificazione dell'esigenza di tutela che vi è sottesa.

Con riguardo **all'affidamento al Servizio Sociale**, che trova la sua origine ed il suo fondamento giuridico nell'art 25 comma 1 n. 1) del R.D 1404/34, il legislatore delegato, riempiendo di contenuti la generica previsione sul punto della legge delega, ha introdotto una disciplina assai dettagliata, collocandola all'interno della legge sull'adozione. Come si legge nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, l'esigenza di regolamentare in modo specifico la materia è derivata dalle criticità emerse da prassi applicative assai difformi sul territorio nazionale, dovute a vari fattori quali l'assenza di una disciplina dettagliata, la mancanza di una reale vigilanza sull'applicazione di tale misura, la presenza di diversi livelli di assistenza e di prestazioni da parte dei servizi sociali. A fronte delle carenti indicazioni normative in ordine alle modalità di attuazione dell'istituto, per decenni i tribunali si sono limitati per lo più a disporre l'affidamento al Servizio Sociale (sia con provvedimenti che mantenevano il minore collocato presso i genitori o uno dei due genitori, sia in presenza di collocamenti eterofamiliari: comunità, comunità di tipo familiare, famiglie affidatarie o parenti del minore) senza fornire ulteriori indicazioni, lasciando così indefiniti quali fossero i compiti ed i poteri del Servizio Sociale, chi dovesse prendere le decisioni, come si formassero le decisioni e quali doveri e diritti permanessero in capo ai genitori. Non sono mancate tuttavia prassi più attente, che hanno portato ad individuare nei provvedimenti un termine anche per l'affidamento al Servizio Sociale (in analogia a quanto previsto dall'art 4.4 l. 184/83 per l'affido familiare), ed a richiedere l'invio di relazioni periodiche (in analogia a quanto previsto dall'art 4.3 l. 184/1983). Il collocamento della nuova disciplina sull'affidamento al Servizio Sociale all'interno della legge sull'adozione è parso dunque quello sistematicamente più coerente "perché" – si legge sempre nella Relazione – *"è proprio nella disciplina sull'affidamento eterofamiliare di cui agli articoli 4 e 5 l. 184/1983 che la giurisprudenza di merito ha individuato i riferimenti fondamentali per fornire una cornice giuridica e maggiori garanzie ad un intervento da un lato necessario, ma altresì così invasivo e delicato da essere stato non a caso oggetto di censure e condanne dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo"*.

Il presupposto dell'affidamento resta sempre l'art. 333 c.c., vale a dire la presenza di una situazione di pregiudizio e non un semplice stallo dovuto alla conflittualità dei genitori o all'impossibilità di raggiungere un accordo, mentre sono stati richiamati gli articoli 1 e 2 della legge n. 184/1983 ed il principio di gradualità quivi previsto, per sottolineare che l'affidamento all'ente risponde al criterio di stretta necessità e deve seguire ad una sperimentata impossibilità di garantire il benessere del minore per il tramite di misure di sostegno meno invasive, fatta salva ovviamente la presenza di situazioni così gravi da rendere necessaria e indifferibile l'adozione immediata di tale misura così come previsto dall'art 2, comma 3, l. 184/1983.