



IL NUOVO DIRITTO PROCESSUALE DELLE PERSONE, DEI MINORENNI E DELLA FAMIGLIA

**Cod. T23004 e D23058
Lecce, 23 maggio 2023**

Gruppo di lavoro C

Questioni controverse in tema di procedimento unificato e la nuova ctu.

Geremia Casaburi, magistrato

Sommario

§ 1. Introduzione

§ 2 L'ambito di applicazione del rito unificato (art. 473 bis).

Quale era l'assetto pre novella?

Qual è l'ambito applicativo del nuovo rito?

A quali procedimenti non si applica il nuovo rito?

Quali sono le tipologie di procedimenti in ordine ai quali sono sorti dubbi circa l'applicazione del rito unificato?

§ 3 il "nuovo" art. 38 disp. att. c.c.: riparto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni 8art. 38 disp. att. c.c.)

*Come opera la *translatio iudicii* dal TM al TO?*

*Può configurarsi il "percorso inverso", la *translatio dal TO al TM*?*

§ 4 Il rafforzamento dei poteri del giudice, con particolare riferimento ai procedimenti cautelari e sommari (art. 473 bis.2; 473 bis. 19; 473 bis. 35))

Quali sono i poteri del giudice? Vi è spazio per le prove illecite?

Quali sono i poteri delle parti?

§ 5 I provvedimenti indifferibili ex art. 473 bis. 15.

Quale era l'assetto della giurisprudenza "prenovella"?

Qual è il contenuto del nuovo istituto?

Quella in esame è una misura cautelare?

Quali sono i presupposti della misura? L'esatta portata della disgiunzione "o".

Qual è il contenuto dei provvedimenti del giudice?

L'udienza per la conferma/modifica/revoca, coincide con la prima udienza di comparizione?

In caso di rigetto della misura "inaudita", l'udienza a contraddittorio pieno va fissata comunque? E all'esito il giudice può adottare la misura?

La misura può essere adottata "ante causam"? E può essere adottata solo all'esito del contraddittorio?

La misura può essere adottata anche in corso di causa?

La misura può essere adottata d'ufficio?

La misura è reclamabile?

Qual è la sorte delle misure adottate e confermate?

§ 6 I provvedimenti "temporanei e urgenti" resi dal giudice all'esito della prima udienza (art. 473 bis.22).

Qual è la portata applicativa della nuova norma? E chi è il giudice competente?

La cognizione del giudice è ancora sommaria?

Opera il principio della domanda?

Quali sono gli effetti processuali della ordinanza?

Il giudice può differire l'adozione dei provvedimenti provvisori?

§ 7 la modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti art. 473 bis.23)

Quali sono i presupposti per la modifica/revoca?

Quali i rapporti con il reclamo?

§ 8 il reclamo dei provvedimenti temporanei e urgenti (art. 473 bis. 24)

Qual è il giudice competente per il reclamo?

Qual è l'oggetto del reclamo avverso i provvedimenti di prima udienza?

Quali provvedimenti adottati in corso di causa sono suscettibili di reclamo?

Quali sono i principali profili procedurali del reclamo?

E' indispensabile la fissazione della udienza di discussione?

Quali sono i poteri, decisorio e istruttorio, del giudice del reclamo?

Il reclamo sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato?

Qual è il regime delle spese?

L'ordinanza sul reclamo è ricorribile per cassazione?

§ 9 la modificabilità dei provvedimenti (art. 473 bis.29)

§ 10 La Ctù , in particolare la Ctù psicologica (nonché l'ausiliario del giudice e il ruolo dei servizi sociali) (art. 473 bis. 25; art. 152 sexies disp. att. c.p.c., art. 473 bis.26; art. 473 bis.27)

Qual è il ruolo del Ctù, specie quello di famiglia?

Quali limiti la novella pone all'operato del Ctù?

A quali metodologie deve attenersi il Ctù?

La Ctù può contenere proposte di interventi di sostegno?

Qual era l'esatta portata del ruolo del coordinatore genitoriale nella giurisprudenza prenovella?

Come si configura il coordinatore genitoriale ai sensi della novella?

Qual è l'esatto ruolo del coordinatore?

Qual è il ruolo dei servizi sociali?

§ 11 Cumulo di domande di separazione e di divorzio nello stesso giudizio (art. 473 bis.49)

Come si realizza il simultaneus processus?

Quali sono i presupposti di procedibilità della domanda di divorzio?

Come opera la riunione dei procedimenti di separazione e di divorzio pendenti tra le stesse parti?

Che accade quando la separazione si converte in consensuale?

A fronte della domanda principale di separazione il convenuto, può proporre domanda riconvenzionale di divorzio?

L'istruttoria del giudizio di separazione e quella del giudizio di divorzio, quanto alle domande accessorie, è la medesima?

Come "si passa" dalla separazione al divorzio?

E' possibile proporre, contestualmente a quella di separazione, anche la domanda connessa di scioglimento della comunione legale dei coniugi?

E' possibile proporre, contestualmente a quella di separazione, anche la domanda di danno da illecito endofamiliare, fondata sulla stessa causa petendi dell'addebito?

Quid juris in punto di decorrenza dell'assegno divorzile?

Quid juris in caso di impugnazione della sentenza non definitiva sulla separazione?

Come è strutturato il dispositivo, quanto alla decorrenza dei provvedimenti economici?

E' possibile proporre domanda di separazione e divorzio anche con domanda congiunta?

Una prima applicazione giurisprudenziale

§ 1. Introduzione

Questo lavoro si propone di offrire, in una prospettiva eminentemente operativa, spunti di riflessione, e di discussione, su alcuni dei profili che appaiono di maggiore interesse della novellazione di cui al d.lgs 149\22.

Tra i tanti argomenti possibili ho individuato:

-ambito di applicazione (rectius, tipologia di procedimenti assoggettati al rito unificato);

-riparto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni (art. 38 disp. att. c.c.);

-procedimenti cautelari e sommari;

-Ctu psicologica;

-cumulo di separazione e divorzio¹.

¹ In dottrina sono di rilievo:

CECHELLA (a cura di) *la riforma del processo e del giudice delle persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Giappichelli, Torino, 2023;

CORDIANO, *La riforma n. 206\21 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità*, *Dir. fam. e pers.*, 2022, p. 811

DANOVI, *Il nuovo rito unitario per i processi relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, *Giur. It.*, 2023, 712;

DIDONE – DE SANTIS (a cura di), *il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Cedam, Padova, 2023 ;

GIORDANO. SIMEONE (a cura di), *La riforma del diritto di famiglia: il nuovo processo*; Giuffrè, Milano, 2023;

TOMMASEO, *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, *Famiglia e dir.*, 2023, 290

Particolare rilievo va dato sia alla *Relazione illustrativa sulla novella (in GU)* che alla *Relazione predisposta dall'Ufficio del Massimario della Cassazione (agevolmente reperibile in rete)*

§ 2 L'ambito di applicazione del rito unificato.

Art. 473-bis

(Ambito di applicazione).

Le disposizioni del presente titolo si applicano ai procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni, salvo che la legge disponga diversamente e con esclusione dei procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità, dei procedimenti di adozione di minori di età e dei procedimenti attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea.

Per quanto non disciplinato dal presente titolo, i procedimenti di cui al primo comma sono regolati dalle norme previste dai titoli I e III del libro secondo.

La disposizione, la prima del titolo Titolo IV-bis del libro II del c.p.c., rubricato "*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*" ha introdotto un rito unico, applicabile a tutti i procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie, di competenza del tribunale ordinario, del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare

Quale era l'assetto pre novella?

E' indubbio che, fino alla novella, le regole processuali dei giudizi relativi a famiglie, le persone e i minorenni, erano notevolmente frammentate.

E infatti:

-i procedimenti di separazione e divorzio erano soggetti al rito speciale, c.d. bifasico, che prevedeva una prima fase ad istruzione sommaria, finalizzata all'emissione di provvedimenti temporanei e urgenti, e una successiva regolamentata dal rito ordinario di cognizione;

-la disciplina della crisi della famiglia di fatto, benché con riguardo ai figli minori l'oggetto del giudizio fosse ormai regolamentato da identiche norme sostanziali, era affidata al rito camerale disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c.;

-allo stesso rito camerale erano ancora assoggettati: a) i procedimenti di cui all'art. 336 c.c. (cosiddetti *de responsabilitate*); b) quelli riguardanti la revisione delle condizioni di separazione o divorzio;

-le azioni di stato, sia che riguardino persone minori di età, sia che riguardino i maggiorenni, erano disciplinate dal rito ordinario di cognizione, con la sola eccezione dello speciale procedimento previsto dall'art. 250 c.c.

Era però ormai avvertita l'esigenza di una semplificazione e unificazione dei riti:

"Tale scelta tende a superare le distonie create da un sistema che da` luogo a una profonda asimmetria tra la disciplina dei profili sostanziali e la sua declinazione processuale. La soppressione avvenuta nel 2012 della distinzione tra figli legittimi e naturali e l'affermazione a chiare lettere dell'unitarietà dello status del minore hanno invero rafforzato l'idea che anche la giustizia familiare necessita di un giudice unico, capace di risolvere con un modello unitario in modo completo e coerente le molteplici questioni connesse alla crisi familiare, alle differenti patologie dello status filiationis e, piu` in generale, alle fragilità e al bisogno di istituti di protezione

della persona".²

Qual è l'ambito applicativo del nuovo rito?

Il nuovo rito unificato, come detto, si applica a tutti i procedimenti (di natura contenziosa) relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie di competenza del tribunale ordinario, di quello per i minorenni e del giudice tutelare, salvo che non sia diversamente stabilito e salve le esclusioni espressamente indicate dallo stesso articolo.³

La norma in esame è "aperta", non contenendo una analitica elencazione dei procedimenti disciplinati dal nuovo rito; si tratta – beninteso. di un "fondamentale impianto di sistema"⁴, che abbraccia tutti i procedimenti contenziosi relativi a persone, minori e famiglie, con le sole eccezioni espressamente previste.

Il nuovo rito si applicherà allora, senza dubbio⁵:

- ai giudizi di separazione e divorzio, ma anche di scioglimento delle unioni civili⁶; beninteso per essi occorre fare riferimento anche alle disposizioni integrative di cui agli art. 473 bis. 47 ss) ;
- alle azioni di nullità\annullamento del matrimonio\unione civile;
- alle azioni di stato;
- alle domande relative a riparto della pensione di reversibilità e al TFR ;
- alle domande su affidamento e mantenimento del figlio nato fuori dal matrimonio;
- alle domande relative all'esercizio della responsabilità genitoriale e alla ripartizione degli oneri di mantenimento (ex art. 337 ter c.c.);

² DANOVI, cit.

³ Così la Relazione ill. : "Le scelte compiute dal legislatore delegante si orientano verso un processo speciale dalle caratteristiche ben chiare e definite: a) a cognizione piena ed esauriente, ovvero con forme, termini e poteri delle parti e del giudice predeterminati dallo stesso legislatore; b) articolato in due distinte fasi processuali, sul modello dell'attuale processo di separazione e di divorzio, con una prima fase diretta alla comparizione personale delle parti e al tentativo di conciliazione (o di mediazione familiare) e una seconda fase diretta, a seguito dell'insuccesso di tale tentativo, all'istruzione della causa e alla pronuncia della sentenza, salva l'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti; c) di competenza del tribunale (ordinario o per i minorenni) in composizione collegiale, ma con nomina immediata del relatore davanti al quale si svolgeranno entrambe le fasi e con partecipazione obbligatoria del P.M.; d) improntato ad un sistema di preclusioni per le attività allegative e istruttorie delle parti modulato in maniera diversa a seconda che si tratti di domande aventi ad oggetto diritti disponibili (sistema preclusivo identico a quello del rito del lavoro) o diritti indisponibili (nel qual caso le preclusioni sono molto attenuate, se non del tutto assenti); e) caratterizzato dall'attribuzione di ampi poteri ufficiali al giudice, sia nell'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti e delle misure coercitive di cui agli artt. 614- bis e 709- ter c.p.c., sia nell'esercizio dell'attività istruttoria a tutela dei minori e delle parti vittime di violenza di genere o domestica, sia, quando occorra, per conoscere la situazione patrimoniale delle parti; f) coordinato con il riconoscimento di un ampio spazio al ricorso a strumenti di mediazione familiare; g) integrato dalla opportuna salvaguardia della posizione del minore parte del processo e della sua audizione".

Si è osservato criticamente che "l'unicità del rito significa che si applicano le stesse forme e garanzie processuali anche per affari diciamo "minori", nei quali la trattazione e la decisione sono intrinsecamente semplici (si pensi a molte ipotesi oggi di competenza del giudice tutelare), che possono allora risultare senz'altro appesantite, soprattutto nella tempistica della realizzazione di Giustizia . Le nuove disposizioni trasmigrano dal libro IV al libro II, in apposito titolo IV bis, dal titolo "norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie", come una delle nuove forme del processo a cognizione piena"

⁴ DANOVI , cit.

⁵ Una utile ricognizione è compiuta da SAPI- SIMEONE, Gli atti introduttivi, in SIMEONE, ci., p. 3

⁶ Quanto allo scioglimento delle unioni civili, le perplessità da taluno manifestate non hanno ragione di essere, tenuto conto dell'ormai indubbio carattere familiare dell'unione civile (cfr l. 76\16, art. 1, comma 12) , e della circostanza che allo scioglimento dell'unione civile si applica buona parte della disciplina processuale del divorzio (l. cit., art. 1, comma 25)

- alle domande per il mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente o portatore di handicap grave (art. 473 bis .9 c.p.c.);
- ai procedimenti promossi dagli ascendenti ex art. 317 bis c.c. per garantire la continuità del loro legame con i nipoti;
- ai procedimenti *de responsabilitate* (già *de potestate*), e infatti l'art. 336 c.c. è stato ampiamente novellato;
- atteso il riferimento normativo allo stato delle persone, il nuovo rito dovrebbe applicarsi ai procedimenti in materia di capacità, esistenza in vita, cittadinanza.⁷

A quali procedimenti non si applica il nuovo rito?

Il nuovo rito non trova applicazione, appunto per espressa previsione normativa, in conformità alla delega, ai procedimenti :

- volti alla dichiarazione di adottabilità, dei procedimenti di adozione di minori di età (soggetti al rito di cui alla l. 184\83);
- ai procedimenti attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea (compresi quelli sui minori stranieri non accompagnati e inerenti al permesso di soggiorno);
- ai procedimenti di volontaria giurisdizione, cui continua ad applicarsi il rito camerale, ex art. 473 ter c.p.c. (quest'ultimo dovrebbe continuare ad applicarsi anche ai procedimenti di reclamo, cfr infra).

Il riferimento è , in generale, ai procedimenti che si chiudono con decreto del giudice delegato.

Sono parimenti sottratti al nuovo rito, per espressa previsione, anche i procedimenti pe i quali la legge fissa specifiche disposizioni procedurali\processuali.

La dottrina⁸ ha richiamato i procedimenti:

- ex art. 145 novellato (intervento del giudice per risolvere contrasti familiari);
- ex art. 316 cpv c.c. (intervento del giudice per risolvere un contrasto tra i genitori su questioni di particolare importanza relative ai figli);
- ex art. 102 c.c. (opposizione al matrimonio);
- ex art. 262 c.c. (cognome del minore);
- ex art. 371 c.c. (provvedimenti su educazione e amministrazione del minore sottoposto a tutela),
- ex art. 25 r.d. l. 835\35, sl c.c. prosieguo amministrativo;
- ex art. 316 bis, c.c. relativamente alla condanna degli ascendenti a munire i genitori dei mezzi necessari per il mantenimento della prole (ma l'opposizione al decreto ivi previsto dovrebbe essere retto dal rito unificato);
- procedimenti di carattere patrimoniale, Sicuramente non sono soggetti al rito unificato i procedimenti relativi a contenzioso di carattere economico tra i coniugi \civilmente uniti\conviventi, che non attengano al regime patrimoniale della famiglia, es. divisione dell'immobile in comunione ordinaria, gestione c.c.,)

Va poi rimarcato che ai procedimenti su domanda congiunta di separazione personale dei coniugi, di divorzio,

⁷ LOMBARDI, *cit.*, p. 530

⁸ SAPI- SIMEONE *cit.*

di scioglimento dell'unione civile, regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, e relative modifiche, si applica il procedimento unitario di cui all'art. 473 bis. 51 c.p.c. ⁹

Quanto alla esecuzione dei provvedimenti economici (salva la procedura di "pagamento diretto" di cui all'art. 473 bis .37), operano le ordinarie norme codicistiche sul processo esecutivo.

L'attuazione dei provvedimenti sull'esercizio della responsabilità genitoriale, beninteso, è disciplinata dall'art. 473 bis. 37 c.p.c.

Quali sono le tipologie di procedimenti in ordine ai quali sono sorti dubbi circa l'applicazione del rito unificato?

Nonostante l'indubbia *vis expansiva* del rito unificato vi sono fattispecie normative su cui la dottrina ha manifestato dubbi, e che potranno in futuro porre problemi anche ai sensi dell'art. 40 c.p.c.:

- procedimento ex art. 129 c.c. "atto di citazione per richiesta di mantenimento a seguito di dichiarazione ecclesiastica di nullità del matrimonio"; si tratta di procedimento di competenza del Tribunale, che presuppone la delibazione della pronuncia di nullità da parte della Corte d'appello, arg. ex Cass. 9484\13 (la stessa Corte d'appello, in sede di delibazione, può adottare provvedimenti economici provvisori, cfr Cass. 8857\12); non sembrano esservi ostacoli all'applicazione del nuovo rito, sicchè il giudizio innanzi al tribunale va introdotto ora con ricorso.

Va solo precisato precisazione che l'applicazione del nuovo rito non discende dal fatto che si tratti di questione di stato, che è solo un mero presupposto della domanda (la questione di stato è stata già decisa dal giudice ecclesiastico, con pronuncia delibata dalla corte d'appello) ma, sicuramente, di questione di famiglia di competenza del TO, che quindi – mancando una diversa previsione – rientra nell'ambito applicativo dell'art. 473 bis. ;

-adozione di maggiorenne, ex art. 291 ss c.c. (quella di minorenni, di competenza del TM, è espressamente sottratta al nuovo rito).

-revoca dell'adozione per indegnità dell'adottato, ex art. 306 ss c.c. ;

le perplessità, circa l'adozione del rito unificato, discendono dal rilievo che almeno l'adozione di maggiorenne non è contenziosa, e che comunque gli art. 291 ss c.c. dettano norme procedurali specifiche.

Di contro si è replicato che le norme procedurali sull'adozione di maggiorenne non sono organiche, nè ostative all'applicazione del rito nuovo. Oltretutto non sempre il procedimento non è contenzioso: l'art. 297 c.c. disciplina proprio la fattispecie di diniego dell'assenso all'adozione dei soggetti legittimati ivi indicati.

In ogni caso è sicuramente contenzioso il procedimento di revoca.

⁹ LOMBARDI, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in DIDONE- DE SANTIS , cit., p. 529

-procedimenti relativi al regime patrimoniale della famiglia; in dottrina si è sostenuta l'applicazione del rito uniforme: *"la comunione dei beni è il regime patrimoniale della famiglia...le relative norme di riferimento sono contenute nel libro I del codice civile...In altre parole, sotto il profilo economico, non c'è nulla di maggiormente attinente alle famiglie quanto il regime patrimoniale che ad essa si applica"*.¹⁰

Forti perplessità pongono invece le azioni di responsabilità extracontrattuale (es. danno endofamiliare, destinate però ad essere attratte nella competenza del futuro tribunale della famiglia) o discendenti dalla domanda di adempimento\attuazione delle statuizioni di sentenze (es. domanda di pagamento delle spese straordinarie);

-azioni ex art. 250 c.c. (riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio in mancanza del consenso del genitore che abbia riconosciuto per primo), disposizione pure novellata, con notevole semplificazione¹¹. E' così previsto che il genitore, il quale intenda riconoscere il figlio, in mancanza del consenso dell'altro, può rivolgersi direttamente al giudice e il procedimento ha inizio immediatamente, non essendo più subordinato all'opposizione del genitore che ha riconosciuto per primo.

La dottrina¹² tende a ritenere applicabile il rito uniforme, come del resto indicato nella Relazione illustrativa, che ha inteso appunto "armonizzare" il procedimento in parola con i principi del nuovo rito. Oltretutto l'unica peculiarità del procedimento in parola sta nella possibilità per il giudice di adottare, anche prima della decisione, i provvedimenti opportuni per instaurare la relazione genitoriale.

¹⁰ SAPI- SIMEONE, cit., p. 4

¹¹ Così il novellato art. 250, 4° comma c.c.: *"Il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio. Il genitore che vuole riconoscere il figlio, qualora il consenso dell'altro genitore sia rifiutato, ricorre al giudice competente, che fissa un termine per la notifica del ricorso all'altro genitore. Se non viene proposta opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decide con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; se viene proposta opposizione, il giudice, assunta ogni opportuna informazione, dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni, o anche di età inferiore, ove capace di discernimento, e assume eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che l'opposizione non sia palesemente fondata. Con la sentenza che tiene luogo del consenso mancante, il giudice assume i provvedimenti opportuni in relazione all'affidamento e al mantenimento del minore ai sensi dell'articolo 315-bis e al suo cognome ai sensi dell'articolo 262."*

¹² SAPI- SIMEONE, cit., p. 6

§ 3 il “nuovo” art. 38 disp. att. c.c.: riparto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni.

Art. 38 disp. att. c.c.

Sono di competenza del tribunale per i minorenni i procedimenti previsti dagli articoli 84, 90, 250, ultimo comma, 251, 317-bis, ultimo comma, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile.

Sono di competenza del tribunale ordinario i procedimenti previsti dagli articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile, anche se instaurati su ricorso del pubblico ministero, quando e' gia' pendente o e' instaurato successivamente, tra le stesse parti, giudizio di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero giudizio ai sensi degli articoli 250, quarto comma, 268, 277, secondo comma, e 316 del codice civile, dell'articolo 710 del codice di procedura civile e dell'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898.

In questi casi il tribunale per i minorenni, d'ufficio o su richiesta di parte, senza indugio e comunque entro il termine di quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore e trasmette gli atti al tribunale ordinario, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua.

I provvedimenti adottati dal tribunale per i minorenni conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale ordinario. Il pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, nei casi di trasmissione degli atti dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario, provvede alla trasmissione dei propri atti al pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale ordinario.

Il tribunale per i minorenni e' competente per il ricorso per l'irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienze o violazioni, quando e' gia' pendente o e' instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile.

Nei casi in cui e' gia' pendente o viene instaurato autonomo procedimento per l'irrogazione delle sanzioni davanti al tribunale ordinario, quest'ultimo, d'ufficio o a richiesta di parte, senza indugio e comunque non oltre quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore e trasmette gli atti al tribunale per i minorenni, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua. I provvedimenti adottati dal tribunale ordinario conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale per i minorenni.

.....¹³

Quando il tribunale per i minorenni procede ai sensi dell'articolo 737 del codice di procedura civile, il reclamo si propone davanti alla sezione di corte di appello per i minorenni.

Tale disposizione¹⁴ (“provvisoria”, in quanto destinata ad essere assorbita dalla istituzione del tribunale delle famiglie) disciplina il riparto di competenze tra tribunale ordinario (TO) e quello dei minorenni (TM) e è entrata in vigore sin dal 22 giugno 2022 (in forza della l. 197\22), discostandosi in alcuni punti dalla l. delega¹⁵.

La novella (e già la l. delega) ha voluto assicurare il raccordo tra la competenza del TM e quella del TO,

¹³ Seguiva un secondo comma, soppresso dalla l. 197\22: “Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non e' espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria”.

¹⁴ Cfr, ormai ex plurimis:

DANOVI, *I confini delle competenze tra T. O. e T. M.: i possibili conflitti e la Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2021, 413.

RUSSO, *I processi in materia di famiglia*, in *DIDONE- DE SANTIS cit.*, p. 505;

SAPI- SIMEONE, in *SIMEONE, cit.*, p. 9;

TOMMASEO, *cit.* p. 292;

VECCHIO, *la competenza*, in *CECCHIELLA, cit.* p. 2.

¹⁵ VECCHIO, *cit.*, p. 3

nell'ipotesi di contemporanea pendenza di giudizio de potestate e quello familiaristico (cfr infra) per scongiurare vuoti di tutela e contrasti giurisprudenziali sulla stessa fattispecie.¹⁶

Rispetto poi al testo originario dell'art. 38 (rectius, quale novellato dalla l. 219\12) è venuto meno il riferimento al criterio della prevenzione¹⁷ e la oscura distinzione tra procedimenti e provvedimenti

Il TM resta competente per i procedimenti de potestate (e degli altri elencati, cui si è aggiunto- rispetto al sistema previgente – il riconoscimento del figlio da parte del genitore infrasedicenne, ex art. 250 u.c. c.c.) .

La competenza del TO è, in prima battuta, residuale, vale a dire su tutti gli altri procedimenti familiaristici, ma anche su quelli de potestate, in tutti i casi in cui sia pendente (anche su ricorso del PM, previsione che pure ha risolto un contrasto interpretativo), tra le stesse parti, un procedimento di separazione, divorzio, scioglimento dell'unione civile, modifica della separazione o del divorzio o dell'unione civile, regolamentazione di affido e mantenimento di figlio nato fuori dal matrimonio, ovvero per le azioni di stato di riconoscimento ex art. 250 c.c., impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 c.,c. (atteso il richiamo all'art. 268 c.c.) e dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ex art. 269 c.c. (vi è riferimento all'art. 277 c.c.), e infine un procedimento ex art. 316 c.c. (responsabilità genitoriale).

La *vis attractiva* non opera allorchè il procedimento de potestate sia stato proposto, innanzi al TM, da parenti, a differenza del curatore del minore (legittimato a promuovere l'azione de potestate ex art. 1, comma 4, lett d) l. delega).

Ma vi è di più.

Come opera la *translatio iudicii* dal TM al TO?

La competenza del Tribunale ordinario si configura anche quando i giudizi sopra richiamati¹⁸ sono proposti successivamente alla proposizione del giudizio de potestate innanzi al TM.

In questi casi – in definitiva quando pende innanzi al TM un procedimento de potestate, e innanzi al To un procedimento relativo alla crisi familiare - si ha *translatio iudicii*: il Tm, d'ufficio o su istanza di parte, può adottare i provvedimenti provvisori temporanei e urgenti nell'interesse del minore, e deve trasmettere gli atti al TO, che dispone- obbligatoriamente - la riunione, sicchè i giudizi proseguono davanti a lui.

I provvedimenti del TM , anteriori alla *translatio*, sono dotati di ultrattività (sul modello dell'art. 189 disp. att. c.c.) , ma possono essere modificati\revocati dal TO.

Può configurarsi il “percorso inverso”, la *translatio dal TO al TM*?

La legge delega (che aveva appunto novellato l'art. 38 disp, att. c.c.) aveva previsto anche l'”inverso”: il TM è

¹⁶ SAPI – SIMEONE, cit. p. 11

¹⁷ Così TOMMASEO, cit. ,p .294: *la vis attractiva del TO (ma di converso del TM) “ opera, ed è questa la novità più importante, anche quando la causa davanti al tribunale ordinario viene proposta successivamente a quella pendente davanti al tribunale per i minorenni. Viene così abbandonato il criterio della prevenzione che provocava la contemporanea pendenza di procedimenti davanti a giudici diversi con il rischio di decisioni tra loro confliggenti “*

¹⁸ Sono però escluse le azioni di stato non richiamate, quindi quella di disconoscimento della paternità e di contestazione dello stato di figlio, in quanto le norme di riferimento- gli art. 244 248\249 c.c. – non sono richiamati dall'art. 38 cit., che ha carattere tassativo, cfr Cass. 15 luglio 2021, n. 20248.

competente per l'adozione dei provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c., qualora sia già pendente o sia instaurato successivamente un procedimento de potestate innanzi al medesimo giudice minorile.

La *translatio* opera appunto allorchè il procedimento ex art. 709 ter cit. sia instaurato- prima o dopo il giudizio de potestate innanzi al TM – innanzi al TO.

In questo caso è il TO che, con le stesse modalità, e ferma quindi la possibilità di emettere provvedimenti urgenti nell'interesse della prole, a dover trasmettere gli atti al TM presso il quale è pendente, o è stato successivamente instaurato, un procedimento de potestate.

Il d.lgs 149\22 ha poi novellato, a sua volta, l'art. 38 cpv cit.

La nova disposizione ha limitato (o chiarito) la portata della vis attractiva della competenza minorile, laddove siano pendenti o successivamente instaurati procedimenti de potestate, limitandola al solo caso di ricorso per l'irrigazione di sanzioni in caso di inadempienze e violazioni, e senza quindi il riferimento al più ampio art. 473 bis. 39 c.p.c.

In dottrina si è osservato che

*“il generico riferimento all’art. 709 ter...rischiava infatti di creare molta confusione, soprattutto con riguardo all possibilità per il giudice, prevista dalla norma stessa, di modificare i provvedimenti in vigore. La nuova formulazione dell’art. 38 rende oggi evidente la ratio della scelta del legislatore di attribuire alla competenza del TM la mera valutazione di eventuali inadempienze e la conseguente irrogazione di sanzioni nel caso in cui tale organo giurisdizionale si stia occupando o si debba occupare di una situazione di potenziale pregiudizio per il minore”.*¹⁹

Si è ancora osservato che la previsione in parola

*“è coerente con un orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice minorile, investito di un procedimento de potestate, può assumere i provvedimenti di natura sanzionatoria o risarcitoria, non riservati in esclusiva al giudice ordinario”.*²⁰

¹⁹ SAPI – SIMEONE cit., p. 12

²⁰ RUSSO, cit., p. 507.

§ 4 Il rafforzamento dei poteri del giudice, con particolare riferimento ai procedimenti cautelari e sommari

Art. 473-bis.2

(Poteri del giudice).

A tutela dei minori il giudice puo' d'ufficio nominare il curatore speciale nei casi previsti dalla legge, adottare i provvedimenti opportuni in deroga all'articolo 112 e disporre mezzi di prova al di fuori dei limiti di ammissibilita' previsti dal codice civile, nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria.

Con riferimento alle domande di contributo economico, il giudice puo' d'ufficio ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria.

Sui poteri del Pm cfr l'art. 473 bis.3.

Centrale, nella novellazione, è il fattore “tempo”, vale a dire quello della rapidità delle decisioni.

La Rel. illustrativa chiarisce che stella polare della riforma sia la finalità acceleratoria,

*“eliminando ogni fase o incumbente processuale che possa rallentare l'esito del giudizio. In relazione a tale finalità sono previste una serie di disposizioni, quali l'introduzione come principio generale del criterio di sinteticità degli atti, la fissazione di preclusioni anticipate per le domande (e le deduzioni istruttorie) su diritti disponibili, la previsione all'esito dell'udienza di provvedimenti provvisori e urgenti di competenza del giudice monocratico, l'eventuale anticipata assunzione di provvedimenti indifferibili, la possibilità di proposizione della domanda di divorzio all'interno del giudizio di separazione, la previsione della riduzione dei termini processuali nell'ipotesi di violenze domestiche e di genere o di rifiuto del figlio di incontrare uno dei genitori. L'intero rito è quindi costruito seguendo una scansione serrata, volta ad evitare inutili dispersioni temporali”*²¹

Tale prospettiva è appunto quella che consente di meglio spiegare e comprendere la centralità del giudice delegato, in capo al quale sono concentrate istruzione e trattazione del procedimento (al Collegio è riservata la sola decisione finale: e si ricordi che, nella prospettiva del Tribunale della famiglia, è previsto il passaggio alla decisione monocratica anche per le cause di famiglia).

Quali sono i poteri del giudice? Vi è spazio per le prove illecite?

Al giudice della famiglia (monocratico e collegiale), inoltre, sono conferiti - – specie a tutela dei minori – poteri molto ampi, pressochè senza paragone nell'ordinamento²².

²¹ DANOVI, cit., p. 715.

²² Così DANOVI, cit.: “ la norma individua nella presenza dei minori l'elemento sufficiente per la piena esplicazione dei poteri inquisitori, sia sotto il profilo del thema decidendum sia nella dimensione dell'istruttoria, nel rispetto di quei pilastri portanti del processo civile, il contraddittorio e il diritto di difesa... che costituiscono canoni imprescindibili per consentire proprio la realizzazione del giusto processo”

Significativi sono inoltre i poteri istruttori (ma qui il modello è l'art. 421 c.p.c., circa i poteri del giudice del lavoro) che, sempre nell'ottica del rafforzamento della tutela, consentono al giudice di individuare i mezzi di prova che possono essere assunti ai predetti fini e ciò, sia a prescindere dalle deduzioni delle parti, sia anche *“al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile”*,

con riferimento pertanto alle limitazioni di cui agli articoli 2721 e seguenti del predetto codice.

Una disposizione simile, peraltro, è stata introdotta con riferimento alla disciplina delle violenze domestiche, cfr l'art. 473 bis.42 c.p.c.

Beninteso, la disposizione in parola non consente al giudice di fondare la propria decisione, su prove illecite: *“all'interno del codice di procedura civile, non sono contenute disposizioni che espressamente definiscano il concetto di prova illecita e sanciscano la possibilità o meno per le parti di avvalersene all'interno del processo. Quanto alla questione definitoria... il concetto di prova illecita non è equivalente a quello di prova vietata. In altri termini, definire la prova illecita come prova vietata non è corretto, in quanto il grande problema delle prove illecite è se esse siano vietate. Anche concettualmente il significato è diverso: l'illiceità è un attributo, il divieto è una disciplina...l'orientamento prevalente ... circa la nozione di prova illecita... si presenta come abbastanza restrittivo, circoscrivendo i confini dell'illiceità alla trasgressione di norme di natura sostanziale. Dunque la prova illecita sarebbe quella prova formata o ottenuta attraverso la violazione di norme sostanziali: la parte, all'esterno del processo, e solitamente in un momento prodromico, ha compiuto attività contra legem allo scopo di formare o di procurarsi determinati mezzi probatori. Il classico esempio è il furto di un documento rilevante ai fini della dimostrazione di un fatto in giudizio erreno fertile per il proliferare delle prove illecite è sicuramente quello delle controversie familiari, poiché è proprio in tale ambito che i soggetti possono più agevolmente formare o procurarsi materiale probatorio in contrasto con le norme di legge.*

*A titolo esemplificativo, possiamo pensare alla posta contenente informazioni riservate di un coniuge, ricevuta nell'abitazione coniugale, letta dal coniuge non destinatario, il quale potrebbe venire così a conoscenza di tali informazioni e potrebbe chiedere di utilizzarle in un processo contro il coniuge destinatario. Stessa cosa potrebbe accadere con le moderne tecnologie a disposizione, come la casella di posta elettronica su un computer o i messaggi di testo ricevuti sullo smartphone. Il progresso tecnico-scientifico ha determinato un enorme diffusione di mezzi tecnologici e questo ha portato a un sensibile incremento di casi di formazione e acquisizione di prove illecite. Infatti attraverso l'utilizzo di supporti, quali smartphone e computer, praticamente in grado di svolgere ogni tipo di funzione, è possibile agevolmente procurarsi registrazioni telefoniche, fotografie e filmati senza il consenso dell'interessato,”*²³

I poteri del giudice, del resto, sono stati rinforzati addirittura con riferimento alla fase pregiudiziale, il riferimento è alla novellazione dell'art. 145 c.c., che disciplina l'intervento del giudice nella soluzione dei contrasti tra i coniugi (o delle parti dell'unione civile).

Quali sono i poteri delle parti?

Beninteso, il giudice, qualora eserciti poteri istruttori d'ufficio egli è in ogni caso tenuto a garantire il contraddittorio con le parti ed attribuire loro la facoltà di dedurre mezzi di prova contraria.

²³ ROSATTI, *Casi frequenti di prova illecita nell'ambito delle controversie familiari*, Osservatorio ONDIF, fasc. settembre-dicembre 2022.

A ben vedere, del resto, l'esigenza di tutela dei minori si riflette sui poteri processuali delle parti (vale a dire dei difensori), in deroga al pur rigido sistema di preclusioni processuali, introdotto in via generale dalla novella, e operante anche per il rito unificato di famiglia.

E infatti:

Art. 473-bis.19

(Nuove domande e nuovi mezzi di prova).

Le decadenze previste dagli articoli 473-bis.14 e 473-bis.17 operano solo in riferimento alle domande aventi a oggetto diritti disponibili.

Le parti possono sempre introdurre nuove domande e nuovi mezzi di prova relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli minori.

Possono altresì proporre, nella prima difesa utile successiva e fino al momento della precisazione delle conclusioni, 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.

Art. 473-bis.35

(Domande ed eccezioni nuove).

Il divieto di nuove domande ed eccezioni e di nuovi mezzi di prova previsto dall'articolo 345 si applica limitatamente alle domande aventi ad oggetto diritti disponibili.

In sostanza, quindi, le parti non sono soggette a decadenze, quanto alle scritture difensive relative a diritti indisponibili (quindi, essenzialmente, i diritti dei minori): qui vi è deroga, clamorosa, ai principi del processo dispositivo, come quello della domanda o dell'onere di allegazione dei fatti ad iniziativa delle parti, con conseguente e continua possibilità di riapertura del processo.

Al rafforzamento dei poteri del giudice (ma in realtà, come si è visto, anche delle parti), si accompagna – coerentemente, a ben vedere- la grande attenzione prestata ai procedimenti cautelari\summari .²⁴

²⁴ In dottrina cfr FRASSINETTI *Sui provvedimenti provvisori de potestate: decisorietà e sistema delle garanzie*, in *Famiglia e Diritto*, 2022, 10, 929; GRAZIOSI., *Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli minori*, in *Famiglia e Diritto*, 2022, 4, 368.

Così la Relazione: "Le norme contenenti i "principi e criteri direttivi" cui il legislatore delegato si è dovuto uniformare nel disciplinare questo specifico e peculiare aspetto della materia sono, nell'ordine, le seguenti: • prevedere "la possibilità per il giudice relatore di assumere provvedimenti d'urgenza nell'interesse delle parti e dei minori prima dell'instaurazione del contraddittorio, quando ciò potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento o in presenza di pregiudizio imminente ed irreparabile, fissando l'udienza di comparizione delle parti per la conferma, modifica o revoca di tali provvedimenti entro i successivi quindici giorni" (art. 1, comma 23, lett. f, L. delega); • "prevedere che, qualora il tentativo di conciliazione non riesca, il presidente, anche d'ufficio, sentiti le parti ed i rispettivi difensori, assuma con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi" (art. 1, comma 23, lett. m, L. delega); • "prevedere che il giudice relatore possa (...), invitare le parti ad esperire un tentativo di mediazione familiare; in caso di rifiuto di una delle parti, il giudice pronuncia i provvedimenti temporanei ed urgenti" (art. 1, comma 23, lett. n, L. delega); • "prevedere che qualora il processo debba continuare il giudice relatore, nel contraddittorio tra le parti: adotti i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse delle parti stesse, nel limite delle rispettive domande e anche d'ufficio per i minori, per i figli maggiorenni non economicamente autosufficienti e per i figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, che costituiscono titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, disciplinando il regime della reclamabilità dinanzi al giudice, che decide in composizione collegiale" (art. 1, comma 23, lett. r, L. delega); • "prevedere che nell'adottare i provvedimenti temporanei e urgenti il giudice possa formulare una proposta di piano genitoriale (...) e che il mancato rispetto delle

Va certo rimarcato che i procedimenti di famiglia, soprattutto quelli che coinvolgono i minori, sono caratterizzati da una intrinseca urgenza: i rapporti oggetto di tali procedimenti, di regola, non possono attendere la decisione finale per trovare una regolamentazione.²⁵

La riforma ha inteso appunto completare e arricchire, organicamente, e colmando talune lacune, il “quadro” delle tutele “anticipate” già previste dall’ordinamento.

Anche il rafforzamento della tutela in parola si accompagna quello delle garanzie per le parti, in primo luogo la reclamabilità.²⁶

condizioni previste nel piano genitoriale costituisce comportamento sanzionabile ai sensi dell'articolo 709- ter del codice di procedura civile" (art. 1, comma 23, lett. r, L. delega); i procedimenti in materia di diritto di famiglia. Contro l'ordinanza presidenziale emessa all'esito dell'udienza contenente i provvedimenti provvisori ed urgenti è ammesso reclamo in camera di consiglio avanti alla Corte d'appello, ai sensi dell' art. 708, ult. comma c.p.c.; nel prosieguo del procedimento, il giudice istruttore, anche in mancanza di nuove circostanze, può modificare o revocare l'ordinanza presidenziale. La relativa ordinanza si ritiene non reclamabile né ai sensi dell'art. 708, ultimo comma, c.p.c. né ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c. 310 • "stabilire che i provvedimenti temporanei ed urgenti debbano contenere le modalità e i termini di prosecuzione del giudizio, che possano essere modificati o revocati dal giudice, anche relatore, nel corso del giudizio in presenza di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori, che mantengano la loro efficacia in caso di estinzione del processo e che siano disciplinate le forme di controllo dei provvedimenti emessi nel corso del giudizio" (art. 1, comma 23, lett. u, L. delega); • "stabilire che nel settore civile ogni provvedimento provvisorio adottato dalle sezioni circondariali che presenti contenuti decisori sia reclamabile dinanzi alla sezione distrettuale e che ogni provvedimento provvisorio adottato dalla sezione distrettuale che presenti contenuti decisori nelle materie di competenza della stessa sia reclamabile dinanzi alla sezione di corte d'appello per i minorenni, fatto salvo quanto previsto dalla legge 15 gennaio 1994, n. 64, in materia di sottrazione internazionale di minorenni" (art. 1, comma 24, lett. q, L. delega, relativo al funzionamento dell'istituendo, Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie)".

²⁵ Così la Relazione: “in questo ambito, la normativa prevede numerosi interventi a vario titolo “provvisori” con i quali il giudice detta discipline “interinali”, di norma a natura sommaria, nelle more della pronuncia definitiva. In particolare, “la prassi di adottare misure provvisorie nel corso dei giudizi de potestate viene spesso dettata dalla finalità di evitare al minore di vivere una situazione di grave conflitto tra i genitori e di concedere alle parti il tempo necessario a ristabilire un loro equilibrio gravemente compromesso, attraverso percorsi terapeutici e comportamenti indicati nel provvedimento provvisorio, che sono più facili da monitorare mediante misure interlocutorie, rispetto alla pronuncia di un provvedimento definitivo che potrebbe segnare una sorta di resa di fronte ad una situazione patologica e disincentivare i genitori nel seguire il percorso di recupero”

²⁶ Così la Relazione:

“Il giudice relatore condurrà, quindi, l'intera trattazione e istruzione del procedimento essendo la sola decisione rimessa al collegio, al quale egli dovrà riferire gli esiti del procedimento nella camera di consiglio che precede l'adozione della decisione finale.

Questa scelta, dettata dalla necessità di assicurare maggiore celerità e speditezza nella trattazione dei procedimenti in esame, comunque non comporterà una riduzione delle tutele delle parti, in quanto a differenza di quanto previsto nella normativa vigente, ai sensi della quale né i provvedimenti provvisori emessi dal giudice istruttore nei procedimenti di separazione e divorzio, né i provvedimenti provvisori emessi nell'ambito dei procedimenti camerale (tranne limitate eccezioni) sono reclamabili, sarà prevista la possibilità di proporre reclamo avverso tutti i provvedimenti provvisori adottati dal giudice all'esito della prima udienza di comparizione delle parti, nonché avverso tutti quelli emessi in corso di causa, in forza del potere di modificare e revocare i provvedimenti provvisori già emessi, qualora abbiano contenuti decisori particolarmente incidenti sui diritti dei minori; per esempio, in caso di sospensione o di sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, ovvero di sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione del minore (si pensi al mutamento di collocamento prevalente per il minore dall'abitazione di un genitore a quella dell'altro, ovvero all'autorizzazione alla modifica della residenza abituale da un comune all'altro) o ancora nel caso di affidamento a terzi del minore.

Al beneficio della maggiore celerità nella trattazione del procedimento, con superamento della collegialità per l'adozione dei provvedimenti istruttori o provvisori, si accompagna pertanto anche un ampliamento delle tutele derivante dal riconoscimento della possibilità di proporre reclamo anche avverso determinati provvedimenti provvisori sino a oggi non suscettibili di alcuna forma di controllo immediato da parte di altro giudice”.

Merita segnalare – come notato dalla Relazione del Massimario- che la novella (e così già la legge delega) usa l'espressione "provvedimenti temporanei ed urgenti" e non quella provvedimenti "provvisori ed urgenti"²⁷ D'altronde non tutte le misure ora introdotte possono definirsi cautelari o sommari nel senso almeno usuale (per non dire tecnico) di tali termini, fermo che l'esigenza "acceleratoria" è pressochè onnipresente.

Così, ad es., l'art. 473 bis. 6 " (Rifiuto del minore a incontrare il genitore). 1° comma, dispone che " *Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali.*"

²⁷ E' qui evocata una classificazione fondata sugli scritti di Calamandrei, secondo cui i provvedimenti d'urgenza temporanei sono quelli, perlopiù cautelari, destinati a vedere comunque caducata la loro efficacia per il sopravvenire del provvedimento di merito o per l'estinzione del giudizio di merito a cautela del quale sono stati emessi, mentre i provvedimenti d'urgenza provvisori sono quelli, anche non cautelari, la cui efficacia è appunto provvisoria, ovverosia certamente non definitiva e irretrattabile, ma potenzialmente idonea a disciplinare il rapporto sottostante per un tempo anche indeterminato.

Da qui però – ha rilevato il Massimario – una certa imprecisione della novellazione, in quanto " I provvedimenti d'urgenza cui la legge delega fa riferimento appartengono pacificamente a questa seconda categoria, in quanto, come è espressamente stabilito dall'art. 1, comma 23, lett. u), L. delega, essi "mantengano la loro efficacia in caso di estinzione del processo", in piena aderenza, peraltro, con la vigente disciplina contenuta nell'art. 189 disp. att. c.p.c."

§ 5 I provvedimenti indifferibili ex art. 473 bis. 15.

Art. 473-bis.15

(Provvedimenti indifferibili).

In caso di pregiudizio imminente e irreparabile o quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti, il presidente o il giudice da lui delegato, assunte ove occorre sommarie informazioni, adotta con decreto provvisoriamente esecutivo i provvedimenti necessari nell'interesse dei figli e, nei limiti delle domande da queste proposte, delle parti. Con il medesimo decreto fissa entro i successivi quindici giorni l'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti adottati con il decreto, assegnando all'istante un termine perentorio per la notifica.

Art. 473-bis.34

(Udienza di discussione).

(...)

Il giudice dell'appello puo' adottare i provvedimenti di cui agli articoli 473-bis.15 e 473-bis.22. (...)

Quella dell'art. 473 bis.15 è una disposizione di grande rilievo, specie con riferimento ai procedimenti di separazione, in quanto – indubbiamente- colma una lacuna²⁸: sinora non era prevista la pronuncia di provvedimenti provvisori prima dell'udienza presidenziale ex art. 706 c.p.c., se non ai sensi dell' art. 342 bis c.c..

Quale era l'assetto della giurisprudenza “prenovella”?

La giurisprudenza maggioritaria tendeva ad escludere la possibilità di emettere provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Non mancava, però, un orientamento opposto, che la novella ha sicuramente tenuto presente.

Cfr al riguardo:

-Trib. Roma decr. 4 dicembre 2017

“Il giudice può, con provvedimento d'urgenza, anche prima dell'instaurazione del contraddittorio, statuire sull'affidamento di un minore, al fine di assicurargli tutela piena e immediata (nella specie, è stato disposto l'affido esclusivo alla madre di una minore, figlia di genitori non coniugati, il cui padre vive

²⁸ Così Lupoi M.A., *Le misure provvisorie e la loro impugnativa in La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, a cura di Cecchella, Giappichelli, 2023:

“È fatto ben noto che, in molte situazioni, i rapporti tra coniugi/genitori in crisi ma ancora dimoranti sotto lo stesso tetto, pur non assumendo i profili patologici che giustificano un ordine di protezione, possano essere connotati da grave conflittualità e tensioni, a scapito della eventuale prole minorenni. In mancanza di un intervento terzo ed imparziale, sovente le parti sono incapaci di autoregolamentare, ancorché in via temporanea, i profili personali e patrimoniali della loro crisi. Molto spesso, d'altro canto, dopo il deposito di un ricorso giudiziale, passano numerose settimane (se non mesi) prima di comparire avanti ad un giudice per ottenere una regolamentazione provvisoria della situazione. In questo “limbo”, situazioni già di per sé delicate possono avere pericolose escalation di conflittualità ed incomunicabilità”.

all'estero, in Guatemala, e non se ne prende cura da anni, non essendo stato possibile notificargli tempestivamente il ricorso introduttivo)".²⁹

-Trib. Roma, decr. 9 novembre 2015

"Il giudice delegato per l'udienza presidenziale nel giudizio di separazione dei coniugi può, in data anteriore, con decreto inaudita altera parte, disporre il divieto di espatrio del figlio minore delle parti, allorché vi è il concreto rischio che lo stesso sia condotto all'estero da un genitore senza il consenso dell'altro".³⁰

- Trib. Napoli, ord. 25 marzo 2005

*"Va accolta la richiesta di provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., avanzata dalla moglie, anteriormente alla preannunciata instaurazione del giudizio di separazione personale dei coniugi, per conseguire l'affidamento dei figli minori, l'attribuzione di un assegno per il mantenimento proprio e dei figli a carico del marito, e l'assegnazione della casa coniugale, una volta accertata l'esistenza di un pregiudizio di eccezionale gravità — nella specie, individuato nella impossidenza della moglie, allontanata con i figli dalla casa coniugale — tale da non poter essere evitato dall'attesa dei tempi per la comparizione innanzi al presidente del tribunale per l'adozione dei provvedimenti provvisori di cui all'art. 708 c.p.c."*³¹

²⁹ Si tratta di un decreto adottato inaudita altera parte; il ricorso introduttivo, pur di merito, è stato quindi considerato come proposto «anche» ex art. 700 c.p.c., quasi si trattasse di un ricorso cautelare ante causam; il riferimento all'art. 669 ter c.p.c. è sotteso.

L'urgenza (tale da imporre la decisione inaudita) è stata qui ritenuta sussistere pressoché in re ipsa, in ragione dell'oggetto stesso della domanda (l'affidamento della minore), atteso che la situazione, ora regolarizzata, di fatto durava da anni.

D'altro canto, è convinzione diffusa che i provvedimenti presidenziali surrichiamati, ma anche quelli urgenti per i figli nati fuori dal matrimonio, hanno natura latamente cautelare, pur se il periculum è presunto per legge (da qui, però, complesse questioni processuali): cfr. Cass. 4 luglio 2014, n. 15416, Foro it., 2014, I, 2779, con osservazioni di Cea

³⁰ Il provvedimento rivendica il potere del giudice di modulare, anche d'ufficio, il contenuto dei provvedimenti da adottare a tutela della prole, ex art. 336 e 337 ter c.c.

Il profilo di maggior interesse sta però nel fatto che il provvedimento è stato adottato, con decreto inaudita altera parte, prima della udienza presidenziale (già fissata), dal magistrato delegato per quest'ultima dal presidente del tribunale.

Si è, dunque, in presenza di misura cautelare adottata ex comb. disp. art. 669 sexies, cpv., e 700 c.p.c. (il periculum in mora sta appunto nel rischio che, prima della decisione sull'affidamento, un genitore possa condurre all'estero il figlio, sussistendo concreti indizi in tal senso, con conseguente difficoltà di conseguirne, pur in via giudiziaria, il rientro).

Si tratta, quindi, di un provvedimento cautelare anticipatorio ante causam, la cui ammissibilità in ambito familiare, più precisamente, con riferimento ai giudizi di separazione e divorzio, nella fase anteriore all'udienza presidenziale e all'adozione dei provvedimenti provvisori, è discussa in dottrina ed in giurisprudenza (una volta adottati i provvedimenti provvisori, invece, non vi è più spazio per le misure ex art. 700 c.p.c., attesa la loro natura sussidiaria).

Nella giurisprudenza più recente prevale l'orientamento favorevole.

Così Trib. Padova 20 luglio 2009, id., Rep. 2010, voce Provvedimenti di urgenza, n. 10, ha ritenuto ammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. dopo il deposito del ricorso per separazione personale tra coniugi e prima della pronuncia dell'ordinanza presidenziale, avente ad oggetto e per effetto l'assegnazione della casa coniugale.

³¹ In Foro it., 2006, I, 944, nonché in Famiglia e dir., 2005, 641, con nota di Vullo.

Il Tribunale ha qui accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c., proposto ante causam da una moglie per conseguire — sostanzialmente — i provvedimenti tipici adottati dal presidente del tribunale all'udienza ex art. 708 c.p.c. (affidamento dei figli; assegno di mantenimento per sé e i figli; assegnazione della casa coniugale), alla stregua di una concezione molto ampia della tutela cautelare in generale e di quella sussidiaria, ai sensi dell'art. 700 cit. In particolare quest'ultima è stata riconosciuta sussistere ogni volta che, in concreto, altro provvedimento tipico (anche sommario non cautelare) non sia comunque idoneo ad assicurare

l'effettività della pretesa. Il tribunale ha anche identificato il giudizio di separazione, nella specie preannunciato, come il proponendo giudizio di merito.

Così Casaburi: La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono, invece, per l'inammissibilità di una tale tutela cautelare atipica; al riguardo è corrente l'affermazione che il legislatore ha dettato — in materia di separazione e divorzio — una disciplina completa, sia per la cognizione piena, sia per quel che attiene i bisogni di protezione ritenuti meritevoli di tutela; per questi ultimi è disciplinata una fase preliminare a cognizione sommaria, allo scopo di emanare provvedimenti provvisori ed immediatamente efficaci.

Vi è quindi la centralità ex lege dell'udienza presidenziale, la quale sola può portare ad un primo regolamento della famiglia — pur se in via provvisoria — in conseguenza dei conflitti coniugali; v. Civinini, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, id., 1995, 371.

Tale centralità dell'udienza presidenziale, come sede della prima composizione del conflitto, è affermata anche in quanto i provvedimenti relativi «sono emanati dopo la verifica dell'impossibilità di una riconciliazione dei coniugi e nel contesto di una visione unitaria della crisi matrimoniale e dei rapporti personali e patrimoniali della coppia»; v. Annunziata, *Profili processuali del diritto di famiglia*, Napoli, 2001, 20 (tale a. ha però mutato opinione, ora affermando la reclamabilità dei provvedimenti in oggetto: v. Annunziata, *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2005, 87).

Non vi sarebbe allora spazio per altri provvedimenti volti ad assolvere la stessa funzione.

A negare l'ammissibilità della tutela cautelare atipica sono soprattutto coloro che affermano la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali (v. infra).

Ciò in ragione, evidentemente, della natura solo residuale e sussidiaria della tutela di cui all'art. 700 c.p.c.: un provvedimento nominato non può certo essere modificato da uno innominato.

Cfr., ampiamente, Casaburi, *Le misure patrimoniali «provvisorie» (sommarie e cautelari) nella separazione, nel divorzio, nella crisi «di fatto» della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 2003, 1066, con ampi richiami alla dottrina e alla giurisprudenza.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza assolutamente maggioritaria, secondo cui la sopravvenienza di ragioni di urgenza nelle more tra il deposito del ricorso e l'udienza presidenziale al più giustifica un'istanza di anticipazione di udienza: cfr. Trib. Taranto 8 marzo 1999, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Separazione di coniugi*, n. 48, e, per esteso, *Famiglia e dir.*, 1999, 376, con nota di Carratta.

In particolare, in un caso in cui ex art. 700 c.p.c. era stato chiesto in via d'urgenza un assegno di mantenimento, nelle more dell'udienza presidenziale, si è osservato che «la situazione rappresentata trova la sua tutela cautelare tipica specifica ed organicamente disciplinata proprio nell'udienza presidenziale ex art. 708 c.p.c. ... Non vi è dubbio che l'ordinanza presidenziale rappresenti lo strumento normativamente previsto per dare risposta immediata alle situazioni di urgenza... e quindi assolve alle stesse esigenze tutelate in via atipica ed innominata dall'art. 700»: cfr. Trib. Napoli 29 dicembre 2000, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Provvedimenti di urgenza*, n. 50 (per esteso, *Giur. it.*, 2001, 931); in termini, v. Trib. Perugia 26 febbraio 1999, *Foro it.*, Rep. 2000, voce cit., n. 46, e, per esteso, *Rass. giur. umbra*, 1999, 751.

Non manca però, specie nella giurisprudenza più risalente, l'orientamento opposto, sull'ammissibilità della tutela cautelare atipica. Cfr. Trib. Napoli 9 novembre 1988, *Foro it.*, Rep. 1990, voce cit., n. 163, e, per esteso, *Dir. e giur.*, 1988, 700: «È ammissibile ricorrere all'art. 700 c.p.c. in pendenza di giudizio di separazione personale tra coniugi quando non sussistono adeguate e calibrate misure cautelari atte ad assicurare al coniuge beneficiario la puntuale corresponsione dell'assegno alle scadenze fissate, in quanto questo ricorso è l'unico modo per ottenere il pagamento del dovuto e per evitare al coniuge istante un danno irreparabile e grave, insito nella natura alimentare del diritto stesso».

In termini, v. Pret. Cosenza 11 dicembre 1991, *Foro it.*, Rep. 1992, voce cit., n. 114; Trib. Genova 27 settembre 1973, id., 1973, I, 3454.

Cfr. anche Trib. Brindisi 12 agosto 2003, id., 2003, I, 3156, con nota di Cipriani, e 2004, I, 624, con nota di Cea, secondo cui: i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole emanati dal giudice istruttore non hanno natura cautelare e perciò non sono in linea di principio reclamabili al collegio, ma i provvedimenti che il medesimo istruttore, nel contesto delle funzioni e dei poteri regolati dall'art. 708 c.p.c., adotta in via di urgenza al fine di far fronte con tempestività a situazioni di pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile prospettato da taluna delle parti, hanno natura cautelare e perciò sono reclamabili al collegio.

Trib. Napoli 4 febbraio 2000, *Giur. nap.*, 2000, 112, ha ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dalla moglie nei confronti del marito, con il quale tuttora convive, volto a conseguire la condanna di quest'ultimo, inadempiente, a corrispondere un assegno periodico quale contributo al mantenimento del figlio minore (anche con riferimento alle spese per la scuola privata e lo sport).

La pronuncia si fonda espressamente sull'obbligo dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole, ex art. 147 c.c., che trova ulteriore specificazione nell'art. 148, 1° comma, c.c.

Va infine segnalato che è tuttora molto contestata la natura cautelare o meno dei provvedimenti presidenziali e di quelli di modifica adottati in corso di causa di separazione dal giudice istruttore.

La giurisprudenza tende ad escludere il carattere cautelare dei provvedimenti in questione, e quindi la reclamabilità al collegio; ma v., in senso contrario, in ultimo, Trib. Rovereto 18 febbraio 2005 e Trib. Genova 22 novembre 2004, *Foro it.*, 2005, I, 1591, con nota di Cea (ove sono richiamati ulteriori precedenti giurisprudenziali).

Qual è il contenuto del nuovo istituto?

L'art. 473 bis. 15 consente quindi – su istanza di parte (ma cfr infra) – al Presidente (o al suo delegato) di adottare “provvedimenti opportuni”, in caso di pregiudizio imminente e irreparabile al diritto o di pregiudizio all'attuazione della misura, adotti provvedimenti opportuni, e assunte quando occorre sommarie informazioni; ciò prima ancora che sia suscitato il contraddittorio, salvo poi fissare udienza entro quindici giorni nella quale riesaminare la situazione e confermare, modificare o revocare le misure adottate.

Si tratta di misure urgenti di sicura natura cautelare³²; è così coerentemente mutuata la disciplina dell'art. 669 sexies, 2° comma, c.p.c. (si noti però che, a differenza di quanto disposto dall'art. 669- sexies, comma 1, c.p.c., tuttavia, il termine massimo di notifica non è indicato ma è qualificato come perentorio).

I provvedimenti in oggetto possono essere a carattere conservativo (laddove si corra il rischio che, a causa dell'instaurazione del contraddittorio, la controparte venga a conoscenza della misura provvisoria richiesta e modifichi lo status quo al fine di renderla concretamente inattuabile) o anche anticipatorio (qualora vi sia la necessità di neutralizzare il rischio di un pregiudizio imminente e irreparabile connesso alla previa instaurazione del contraddittorio).

I provvedimenti di cui all'art. 473 bis.15, come dell'art. 473 bis.22, possono essere adottati anche dal giudice d'appello: anche in appello potrebbero emergere le medesime esigenze che queste disposizioni prendono in considerazione con riferimento al giudizio di primo grado.

Il nuovo istituto colma, indubbiamente, una lacuna, attesa l'ostilità della giurisprudenza nei confronti dei provvedimenti cautelari in ambito familiare.

La questione va rivista alla stregua della l. 80/05, di conversione del d.l. 35/05, che — tra l'altro — ha profondamente novellato anche il processo di separazione e di divorzio (con profonde modifiche del c.p.c. e della l. 898/70); v., per una prima ricostruzione, Cipriani, Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005: Processi di separazione e divorzio, ibid., V, 140, e Tommaseo, Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio, in Dir. famiglia, 2005, 229.

Per quel che qui interessa, l'art. 709, ultimo comma, nuovo testo dispone che «i provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente... possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore», senza più il richiamo alle sopravvenienze, di cui all'abrogato art. 708, ultimo comma (come già previsto per il divorzio, con disposizione già ritenuta applicabile alla separazione in forza dell'art. 23 l. 74/87).

La nuova norma, peraltro, potrebbe costituire elemento a favore della tesi che tende ad escludere il carattere cautelare dei provvedimenti in oggetto, atteso che — in generale — le misure cautelari possono essere modificate solo a fronte di circostanze sopravvenute; v. art. 669 decies c.p.c.

Soprattutto potrebbe trovare applicazione anche per i procedimenti di famiglia, come per tutti gli altri, l'art. 669 octies nel nuovo testo che esclude per le misure cautelari ante causam l'onere di instaurazione del giudizio di merito nel termine perentorio (ora) di sessanta giorni (a pena di inefficacia della misura concessa: v. art. 669 novies), limitatamente ai provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e a quelli idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.

La novella del 2005 ha così generalizzato quanto già previsto dall'art. 23 d.leg. 5/03, limitatamente ai procedimenti societari e agli altri disciplinati dal decreto in oggetto (poi esteso ai procedimenti industrialistici dal d.leg. 30/05, codice della proprietà industriale). Cfr., sul punto, Casaburi, Il rito cautelare nel procedimento speciale commerciale, in Società, 2005, 1277, e Caponi, La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005), in Foro it., 2006, V, 69.

Sarà allora prossimo compito degli interpreti accertare se i provvedimenti provvisori del presidente e del giudice istruttore (ma anche quelli adottati ai sensi dell'art. 700 c.p.c., come nel caso deciso dall'ordinanza in rassegna) abbiano o meno carattere anticipatorio”

³² LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in CECHELLA, cit., p. 89 ss, il quale rimarca l'atecnicità del riferimento della norma ai “provvedimenti necessari”, pur se la delega faceva espresso riferimento ai provvedimenti d'urgenza; ciò evidentemente “per sganciare le misure cautelari di nuova introduzione dai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c.”.

Eppure tra il deposito del ricorso e l'udienza (già presidenziale) decorre un non insignificante periodo di tempo (nella prassi ben più ampio di quello previsto dalla legge, con termini ordinatori), durante il quale le parti sono prive di qualsiasi disciplina, il che esponeva la parte più debole (e i minori) al rischio di pregiudizi.

Non mancano però criticità, e profili su cui la dottrina (e verosimilmente presto la giurisprudenza) si sta dividendo.

Quella in esame è una misura cautelare?

Nonostante l'ambiguità della formulazione, non sembrano esserci dubbi al riguardo; semmai si tratta di una nuova misura cautelare, "speciale" rispetto all'art. 700 c.p.c., il cui contenuto non è predeterminato dalla legge (in quanto sottratto- quanto ai minori- alla stessa corrispondenza tra chiesto e pronunciato), e presupponenti una situazione di periculum particolarmente intensa.

Ne segue la questione della applicabilità – per quanto non disciplinato specificamente- del rito cautelare uniforme (che però- art. 669 quaterdecies c.p.c. – prevede la clausola della "compatibilità).

Quali sono i presupposti della misura? . L'esatta portata della disgiunzione "o".

Le situazioni che giustificano l'adozione del provvedimento "inaudita" sono, evidentemente, eccezionali.

La norma ne prevede l'adozione, come sopra riportato " In caso di pregiudizio imminente e irreparabile o quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti".

La prima fattispecie evoca situazioni di massima urgenza, reso evidente anche dalla rubrica della norma, incompatibile con l'attesa della pronuncia dei provvedimenti provvisori all'esito della prima udienza; la nozione di pregiudizio imminente e irreparabile è ben conosciuto alle misure cautelari , mentre il rischio all'attuazione del provvedimento può configurarsi, ad es., allorchè si riscontri violenza, abbandono o pericolo di fuga con la prole minorenni.

Le due fattispecie, in tale interpretazione della norma, si presentano come alternative: e infatti vi è la congiunzione disgiuntiva "o".

Non manca però chi reputa che quest'ultima non vada sopravvalutata e anzi la norma (come già quella della legge delega) sia tecnicamente carente.

E infatti *"i requisiti in questione costituiscono le due caratteristiche concorrenti, e non alternative, che il periculum in mora deve sempre possedere affinché possa essere concessa una misura cautelare inaudita altera parte. Il pericolo grave ed imminente non basta, da solo, a privare il destinatario della misura d'urgenza della basilare garanzia della previa instaurazione del contraddittorio, ma affinché ciò possa eccezionalmente avvenire è sempre necessario che ricorra anche l'ulteriore condizione (aggiuntiva e non alternativa) rappresentata dal pericolo di non poter attuare concretamente il provvedimento d'urgenza richiesto"*³³. Da qui, appunto, l'effetto "sorpresa" che vi è sotteso.

³³ GRAZIOSI, cit. ,

Beninteso, infine, anche se la norma tace sul punto, è che deve riscontrarsi anche il *fumus boni juris*, la probabile esistenza del diritto da tutelare.³⁴

“L'estrema e urgente necessità di provvedere, inoltre, dovrebbe essere sostanziata dalla forte probabilità, assunta con un giudizio prognostico, che la convocazione delle parti, l'ascolto del minore, l'assolvimento delle garanzie processuali, e di qui, il tempo necessario all'adozione delle cautele del processo, possano compromettere la protezione del minore da un pregiudizio grave e non altrimenti evitabile

*L'onere della prova incombe sul ricorrente, ma la disposizione prevede che il giudice possa assumere sommarie informazioni, il che “apre” allo svolgimento di una attività istruttoria ufficiosa, almeno a tutela della prole minorenni”.*³⁵

Qual è il contenuto dei provvedimenti del giudice?

La legge sul punto tace, sicchè il giudice ha ampia discrezionalità al riguardo, potendo adottare misure sia anticipatorie che “conservative” (tali da assicurare gli effetti della decisione finale) nei limiti però delle domande proposte: si tratta pur sempre di provvedimenti idonei a proteggere i diritti e le situazioni fatte valere in giudizio. Maggiore libertà (appunto oltre i limiti della corrispondenza tra chiesto e pronunciato) ha invece il giudice con riferimento alla posizione dei figli minori.

In dottrina si è osservato (con riferimento ai provvedimenti de potestate) che:

*“Non si tratta necessariamente solo di provvedimenti di allontanamento, potendosi rendere necessari, ad esempio, interventi sanitari di estrema urgenza, che si caratterizzano per essere salva-vita ...i provvedimenti urgenti ... talvolta esauriscono la loro efficacia con la materiale esecuzione dell'atto (ad es., un intervento medico); talaltra sono destinati a perdurare fino a che resiste la ragione che li ha determinati, fino a quando si assuma un provvedimento “finale” ovvero fino a quando non risultino incompatibili con una successiva deliberazione del giudice, assunta secondo le garanzie del procedimento (24). In questo senso, il carattere della temporaneità dovrebbe assumersi in maniera peculiare, non trovando corrispondenza in quelle situazioni nelle quali essi si esauriscano nel compimento materiale di un atto”.*³⁶

L'udienza per la conferma\modificarevoca, coincide con la prima udienza di comparizione?

Non è specificato, inoltre, se l'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti indifferibili adottati inaudita altera parte coincida con la prima udienza di comparizione nel procedimento di merito ovvero se si tratti di una udienza ad hoc, dedicata esclusivamente alla discussione dell'istanza cautelare, al cui esito il giudice relatore si debba limitare a confermare, modificare o revocare il provvedimento d'urgenza concesso inaudita altera parte.

La soluzione più corretta, secondo la Relazione del Massimario, sembra essere la seconda, tenuto conto che i tempi per l'udienza di conferma paiono incompatibili con quelli dell'instaurazione del contraddittorio nel procedimento di merito.

³⁴ LUPOI, cit, p. 91

³⁵ CORDIANO, cit.

³⁶ CORDIANO, cit.

Ne segue che il Presidente deve emettere due distinti decreti di fissazione dell'udienza, uno ex art. 373-bis. 14 c.p.c. "entro tre giorni dal deposito del ricorso", con il quale "designa il relatore, al quale può delegare la trattazione del procedimento, e fissa l'udienza di prima comparizione delle parti assegnando il termine per la costituzione del convenuto", ed uno, ove ne ravvisi i presupposti e senza indicazione di un termine massimo, ex art. 473-bis.15 c.p.c. con il quale emette i provvedimenti indifferibili inaudita altera parte e fissa l'udienza interinale destinata alla sola "conferma, revoca o modifica della misura provvisoria già concessa".

A sua volta il convenuto potrà difendersi con una memoria che non è quella del giudizio di merito, e nella quale potrà prendere posizione sulle domande cautelari.

In caso di rigetto della misura "inaudita", l'udienza a contraddittorio pieno va fissata comunque? E all'esito il giudice può adottare la misura?

Al riguardo la norma tace ma, tenuto conto dei generali principi della tutela cautelare, sembra doversi dare risposta positiva ai quesiti in parola.

In senso contrario può però richiamarsi uno dei primissimi provvedimenti di applicazione della norma, Trib. Nola 7 marzo 2023, giud. Barbalucca, r.g. 1811\23.

Nella specie, nel ricorso introduttivo di separazione, la moglie aveva chiesto "ha chiesto adottarsi provv.ti indifferibili ex art 473 bis 15 precipuamente: "autorizzare essa, sin da subito e con idoneo provvedimento indifferibile, ad assumere in via esclusiva ogni determinazione per la gestione delle esigenze scolastiche, sanitarie e ludiche della prole anche in riferimento proprio alla loro partecipazione a viaggi di istruzione in Italia e/o all'estero, di cui a breve quello in Umbria, compresa la possibilità di fare richiesta per essi figli di rilascio di documenti validi per l'espatrio".

Il Giudice ha rigettato l'istanza, e fissato quindi senz'altro l'udienza di merito, nello stesso decreto, senza disporre l'udienza di conferma\modifica\revoca, così motivando:

"parte ricorrente non ha né dedotto né comprovato il pregiudizio "imminente ed irreparabile" correlato al richiesto provv.to;

... inoltre non risulta essere verificata allo stato la volontà e l'interesse concreto dei minori a partecipare alla iniziativa formativa , né tanto meno risulta verificato l'eventuale diniego di parte resistente rispetto al consenso per il viaggio studio, nel senso che non è né dedotto né comprovato che questi sia stato interpellato , non potendo presumersi un diniego stando a quanto allegato ovvero tre denunce della ricorrente a danno del resistente ex art. 570 cp con rinvio a giudizio dello stesso (la parte lamenta la mancata contribuzione economica in particolare) , né potendo avvalorare tale diniego la "rinuncia" in atti al viaggio Erasmus, visto che in essa risultano annoverati a giustificazione "motivi personali";

..., infine , il provv.to ex art. 473 bis15 ha natura di provv.to cautelare, ragguagliabile al provv.to ex art. 700 cpc , motivo per cui esso è caratterizzato dai presupposti non solo del fumus boni iuris e periculum in mora ma anche della strumentalità e residualità, ovvero mancanza di possibile ulteriore tutela : nella fattispecie, invece , è prospettabile ulteriore tutela. Infatti la istanza , tra l'altro non immediatamente inquadrabile " nei limiti delle domande proposte dalle parti" (come invece testualmente previsto dal dettato normativo) poteva essere teoricamente finalizzata ad azione per attuazione della statuizione vigente cioè la sentenza di separazione del 18.5.2022 – che ha statuito il regime di affido condiviso con potere della madre di assumere in via esclusiva decisioni circa la ordinaria amm.ne della prole (azione ex art. 709 ter l c. cpc , con la novella

ex art. 473 bis 38) ovvero in azione ex art. 316 cc ;

quindi alla luce di quanto appena dedotto NON SUSSISTERE i presupposti del richiesto provv.to ex art. 473 bis 15” .

Si noti che successivamente, prima della udienza di merito, parte ricorrente ha reiterato l'istanza, questa volta ai sensi dell'er. 473 bis.38; il giudice ha accolto il ricorso, individuando la madre quale genitore idoneo a scegliere di autorizzare il viaggio all'estero del minore.

La misura può essere adottata “ante causam”? E può essere adottata solo all’esito del contraddittorio?

Dubbi sono sorti, tra i primi commentatori, in ordine alla possibilità, da un lato, di chiedere la pronuncia dei provvedimenti indifferibili anche ante causam, ovvero prima del deposito del ricorso introduttivo e, dall'altro, di adottare i provvedimenti indifferibili ed urgenti solo inaudita altera parte, ovvero anche all'esito di una udienza interinale fissata ad hoc prima della udienza di comparizione delle parti nel merito.

L'applicabilità del rito cautelare uniforme – ove si ritenga sussistere la compatibilità strutturale – comporta l'ammissibilità della tutela ante causam , nei termini sopra prospettati, con possibilità per il giudice di provvedere anche previa instaurazione del contraddittorio (e non esclusivamente *inaudita*).

La misura può essere adottata anche in corso di causa?

La Relazione governativa osserva che le situazioni di grave e urgente pregiudizio, che il nuovo istituto vuole contrastare , possono verificarsi anche in corso di causa; ne segue allora che l'adozione di tale misura è ammissibile anche nel prosieguo del giudizio (imponendosi comunque sempre la fissazione di un'udienza ravvicinata per la “convalida” o meno della misura).

La dottrina sul punto si mostra dubbiosa³⁷, pur riconoscendo che la disposizione possa valere a fronteggiare situazioni di particolare urgenza o pericolo, in cui la convocazione della controparte possa pregiudicare l'efficacia del provvedimento, tanto a tutela anche della parte convenuta.

La misura può essere adottata d'ufficio?

Un ulteriore dubbio interpretativo riguarda la possibilità di emettere d'ufficio i provvedimenti d'urgenza previsti dalla norma in esame, a prescindere da una specifica domanda di parte nel ricorso introduttivo, almeno per le misure a tutela immediata della prole minorenni.

Va, infatti, sottolineato che la norma non ha previsto espressamente né che la pronuncia dei provvedimenti qui in esame richieda l'istanza di parte né che essa possa derivare anche da un'iniziativa officiosa del giudice,

³⁷ Lupoi, *cit.*, p. 95, osserva: “dopo la prima udienza l'art. 473 bis.23 prevede un generale potere del giudice delegato di modificare\revocare i provvedimenti provvisori emessi in precedenza, al verificarsi di nuove circostanze, Non si tratta di un rimedio cautelare “puro” (la revoca\modifica, in effetti, prescinde dalla presenza di un periculum in mora e si basa su una cognizione non sommaria) e però essa svolge una funzione “cautelare” per adattare in tempo reale i provvedimenti esistenti all'evolversi della situazione sostanziale di riferimento. Nel corso della istruttoria, inoltre, il giudice può risolvere le controversie insorte tra le parti in merito alla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 473bis. 39, potendo anche emettere provvedimenti sanzionatori e misure idonee a garantire in via indiretta l'attuazione dei provvedimenti esistenti. Non sembra esservi spazio, dunque, per una misura cautelare atipica la cui funzione appare essere assorbita da norme tipiche del procedimento di famiglia”.

sulla base di quanto prospettato e documentato dal ricorrente, limitandosi a far riferimento ad una domanda di parte quale limite esclusivamente in relazione alla adozione dei provvedimenti nell'interesse delle parti e non di quelli nell'interesse dei figli.

Il d.lgs. n. 149 del 2022, peraltro, in adempimento dei principi di delega (ove si prevedeva che il giudice dei procedimenti di famiglia non fosse vincolato dalla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o dalle conclusioni delle parti) ha introdotto il nuovo Art. 473-bis.2 che espressamente dispone che "A tutela dei minori il giudice può d'ufficio (...) adottare i provvedimenti opportuni in deroga all'articolo 112 c.p.c."

La relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022 sembrerebbe, tuttavia, andare di contrario avviso ove precisa che con l'articolo 473-bis.15 c.p.c. "*è stata ammessa, su istanza della ricorrente, in caso di pregiudizio imminente e irreparabile al diritto o di pregiudizio all'attuazione della misura, la possibilità che il presidente adotti provvedimenti opportuni*".

Né va trascurato che, in caso di misura adottata d'ufficio, si pone la questione della individuazione della parte onerata della notifica, ai fini della conferma\modifica\revoca.

La misura è reclamabile?

Non è, inoltre, precisato se il provvedimento di conferma dei provvedimenti adottati *inaudita altera parte* sia reclamabile ai sensi del nuovo art. 473-bis.24 c.p.c., considerato che tale ultima norma limita la reclamabilità ai provvedimenti temporanei e urgenti di cui al primo comma dell'articolo 473-bis.22 ed a quelli "emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori".

In dottrina sembra prevalere la tesi negativa, per l'incompatibilità strutturale delle misure in parola- destinata ad essere assorbita nei provvedimenti di prima udienza- con il reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c., anche per evitare una inutile duplicazione di rimedi.

Inoltre,

*"la misura cautelare che non abbia già esaurito i suoi propri, di norma, sarà incorporata nei provvedimenti provvisori e urgenti emessi dal giudice delegato all'esito della prima udienza (eventualmente per relationem), ciò induce a ritenere incompatibile l'applicazione in questo contesto dell'art. 669 decies sulla revoca\modifica del provvedimento . In effetti a seguito di tale incorporazione, il provvedimento del giudice delegato perde di autonomia, e la modifica (anche) dei provvedimenti inizialmente emessi in sede cautelare, è assoggettata alla specifica disciplina della revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti di cui all'art. 473 bis.23".*³⁸

Qual è la sorte delle misure adottate e confermate?

Non è disciplinata la sorte dei provvedimenti adottati *inaudita altera parte* e successivamente confermati e, dunque, sembrano essere destinati ad essere "inglobati" nei provvedimenti provvisori ed urgenti emessi all'esito dell'udienza di prima comparizione dal giudice relatore, come sopra accennato.

³⁸ LUPOI, cit. , p. 95

§ 6 I provvedimenti “temporanei e urgenti” resi dal giudice all’esito della prima udienza.

Art. 473-bis.22

(Provvedimenti del giudice).

Se la conciliazione non riesce, il giudice, sentite le parti e i rispettivi difensori e assunte ove occorra sommarie informazioni, da' con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli. Quando pone a carico delle parti l'obbligo di versare un contributo economico il giudice determina la data di decorrenza del provvedimento, con facolta' di farla retroagire fino alla data della domanda. Allo stesso modo provvede se una delle parti non compare senza giustificato motivo.

L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, e conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo, finche' non sia sostituita con altro provvedimento.

Qual è la portata applicativa della nuova norma? E chi è il giudice competente?

La disposizione, nella parte che qui interessa, in punto di provvedimenti “temporanei e urgenti” , “sostituisce” l’art. 708, 3° comma c.p.c. (per la separazione) e 4, 8° comma l. 898\70 (per il divorzio), nonché 710 c.p.c. (per la modifica della separazione) , ma con portata generale, per tutti i procedimenti assoggettati al nuovo rito uniforme (con particolare riferimento a quelli relativi ad affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio).³⁹

Viene meno così una grave lacuna, avvertita specialmente con riferimento ai procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, ma anche per le azioni di stato⁴⁰.

Clamorosa, e inevitabile, il venir meno della competenza del presidente del Tribunale, ma anche della struttura bifasica dei giudizi di separazione e divorzio.

La principale innovazione anzi, come rilevato dalla Relazione del Massimario, sta

“nella concentrazione di poteri in capo al giudice relatore: sia quelli di natura tipicamente decisoria, attraverso l’adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti, prima della riforma attribuiti alla competenza del presidente ai sensi dell’articolo 708, terzo comma, c.p.c., sia quelli istruttori di valutazione e ammissione dei mezzi di prova, le cui richieste devono essere state definitivamente formulate dalle parti negli atti introduttivi e nelle successive memorie difensive, depositate nei termini indicati dall’articolo 473-bis.17”.

³⁹ COSTABILE, *I provvedimenti provvisori*, in SIMEONE, cit., 42, rileva che l’ordinamento prevedeva in realtà diverse altre norme sull’adozione dei provvedimenti provvisori all’esito della prima udienza:

-art. 419 u.c. c.c., per il giudizio di interdizione, all’esito dell’esame dell’interdicendo;

-art. 405, comma 4 c.c. , per l’apertura della amministrazione di sostegno;

-art. 250 c.c., per il giudizio di riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio in caso di opposizione dell’altro genitore, che già ha riconosciuto il figlio, norma già esaminata;

-art. 268 c.c., per il giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità;

-art. 10 l. 184\83, per i giudizi volti alla dichiarazione dello stato di abbandono del minore;

-art. 336, 3à comma c.c., procedimenti de potestate.

⁴⁰ COSTABILE, cit., p. 60

La cognizione del giudice è ancora sommaria?

Merita segnalare che qui la cognizione è tutt'altro che sommaria, atteso che il giudice provvede allorchè le parti hanno ormai depositato tutte le difese e memorie ex art. 473 bis.14- 17 c.p.c.

Alla prima udienza, infatti, si arriva allorchè le parti hanno già realizzato un ampio scambio di difese, e dopo che sono scadute le preclusioni istruttorie.

Oltretutto, nell'ambito dei procedimenti di separazione, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché di modifica delle relative condizioni è, inoltre, previsto dall'art. 473-bis.50 che, nell'adottare i provvedimenti temporanei e urgenti, il giudice indichi le informazioni che ciascun genitore deve comunicare all'altro.⁴¹

Ne segue che

*“seppure l'attività istruttoria costituenda si possa ancora svolgere, la cognizione del giudice sarà molto meno provvisoria e quindi con maggiore resistenza del provvedimento provvisorio al momento della decisione finale”.*⁴²

Si è così osservato, in dottrina, che

*“l'immediata esposizione delle allegazioni in fatto ed in diritto e del relativo bagaglio probatorio ad opera delle parti (peraltro con l'effetto di ingigantire gli atti introduttivi alla trattazione di ogni potenziale questione e relativa prova), può essere fonte, ed in genere lo è proprio, del noto fenomeno per cui, a quel punto, esposti “tutti i panni sporchi”, non residua più alcuno spazio per eventuali soluzioni assentite, anche parziali, in un vortice antagonista che nei fatti immancabilmente esplode divenendo irrecuperabile; epilogo evidentemente contrario all'autentico spirito della riforma ed alle esigenze che intendeva sanare, ma prima ancora al dettato normativo primo, secondo cui il giudice deve porre in campo non solo l'autorevolezza statale tesa a favorire comunque la conciliazione, ma deve realizzare la soluzione non contenziosa delle controversie, secondo il cardine del comune volere delle parti, ove noncontrasti con le esigenze di tutela “pubblicistiche” affidate anche alle sue mani”.*⁴³

Opera il principio della domanda?

Va ancora rimarcato che_ l'art. 473 bis.22 impone il vincolo della domanda solo in relazione ai provvedimenti nell'interesse delle parti

Così – quanto ai provvedimenti con contenuto economico – il giudice può indicare la decorrenza degli effetti anche retrodatandoli al momento della proposizione della domanda.⁴⁴

⁴¹ Tale previsione, secondo la Relazione min. “costituisce piana applicazione dei principi dell'affidamento, anche per le ipotesi di affidamento esclusivo o esclusivo rafforzato. Invero, anche in queste ultime due ipotesi il genitore non affidatario mantiene il generale potere/dovere di vigilanza (art. 337 quater, ultimo comma, c.c.), che può essere esercitato solo ove il genitore sia in possesso delle informazioni sulla vita del figlio”

⁴² Lupoi, cit., p. 97

⁴³ Savi, L'istituzione del tribunale per la persona e le relazioni familiari, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2022, 1215

⁴⁴ Così la Rel. del Mass.: “Si tratta di una previsione particolarmente importante e volta, per un verso, a prevenire il cospicuo contenzioso di carattere esecutivo innescato dall'incertezza circa l'insorgenza temporale degli obblighi contributivi discendenti dall'adozione dei

I provvedimenti possono essere emessi d'ufficio anche con riferimento ai figli maggiorenni non economicamente autosufficienti", come previsto dalla legge delega.

In dottrina si è però replicato che

“ non si comprende per quale ragione il giudice possa emettere un provvedimento destinato ad incidere direttamente nella loro intangibile sfera giuridica senza una loro esplicita domanda in tal senso, violando platealmente - qui si - il capitale principio della domanda (art. 99 c.p.c.). In sostanza, la legge delega ha equiparato, agli effetti della tutela d'urgenza, soggetti privi di capacità processuale (art. 75, comma 1, c.p.c.), quali sono i figli minori, a soggetti che ne sono certamente dotati, quali sono invece sono i figli già maggiorenni, e questa è con tutta evidenza una grave alterazione dei più elementari e basilari principi su cui poggia il nostro sistema processuale che, vi è da sperare, possa essere adeguatamente corretta negli emanandi decreti attuativi”.

I provvedimenti in parola possono essere adottati anche quando uno dei coniugi non compare all'udienza, così realizzando un'inversione di tendenza rispetto al testo attualmente vigente, in cui si tende a privilegiare la funzione conciliativa della prima udienza, con la possibilità di differire la stessa in caso di assenza ingiustificata del convenuto.

Quali sono gli effetti processuali della ordinanza?

L'ordinanza (come si dirà suscettibile di reclamo) costituisce titolo esecutivo (come già in forza delle norme previgenti) e altresì titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale

Tale seconda previsione costituisce una rilevante innovazione posto che attualmente l'ordinanza ex art. 708, 3° e 4° comma, c.p.c., non costituisce provvedimento idoneo a consentire l'iscrizione dell'ipoteca giudiziaria ai sensi dell'art. 2818 c.c., a garanzia dell'obbligo di mantenimento.

La norma, dunque, consentirà di anticipare la garanzia reale per l'adempimento delle obbligazioni poste a carico di una delle parti a favore dell'altra e/o della prole⁴⁵.

provvedimenti presidenziali e, per altro verso, a garantire che, anche nel tempo trascorso tra il deposito del ricorso e la celebrazione della prima udienza – oggi particolarmente contenuto nelle previsioni del legislatore delegante – gli oneri di mantenimento siano comunque assolti dal genitore/coniuge gravato.

Attualmente, infatti, si tende a ritenere che i provvedimenti provvisori ed urgenti decorrano dalla data della relativa pronuncia. La nuova previsione, dunque, permetterà di garantire che, anche nel tempo trascorso tra il deposito del ricorso e la celebrazione della prima udienza gli oneri di mantenimento siano comunque assolti dal genitore/coniuge gravato ed al contempo di prevenire il cospicuo contenzioso di carattere esecutivo innescato dall'incertezza circa l'insorgenza temporale degli obblighi contributivi discendenti dall'adozione dei provvedimenti presidenziali”.

⁴⁵ La Corte costituzionale con sentenza n. 272 del 24 giugno 2002 investita della questione aveva dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 708, commi 3 e 4, c.p.c., nella parte in cui non prevedono che l'ordinanza presidenziale sia titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale al pari delle sentenze di separazione e di divorzio, ed in quella pronuncia la Consulta aveva testualmente osservato che “i provvedimenti presidenziali pronunciati ai sensi dell'art. 708 c.p.c., ed i successivi provvedimenti, modificativi dei primi, pronunciati dal giudice istruttore, sono caratterizzati da un alto grado di instabilità e non possono essere assimilati né alle sentenze né agli altri provvedimenti espressamente previsti dalla legge; si veda anche Cass. Civ. 25 novembre 2000, n. 1100, secondo cui “In tema d'ipoteca giudiziale, il 2° comma dell'art. 2818 c.c. costituisce una norma di rimando, richiedendo che la legge specifichi tassativamente i provvedimenti, diversi dalla sentenza, che abbiano il medesimo effetto di consentire l'iscrizione dell'ipoteca; tra questi provvedimenti non è, dunque, inclusa l'ordinanza del 3° e 4° comma dell'art. 708 c.p.c. (ossia l'ordinanza con la quale, nel procedimento per la separazione dei coniugi, il presidente del tribunale dà i provvedimenti temporanei ed urgenti, oppure quella del giudice istruttore che revoca o modifica l'ordinanza presidenziale), alla quale l'art. 189 disp. att. al codice di rito si limita ad attribuire efficacia esecutiva, anche dopo l'estinzione del processo, ma non attribuisce l'effetto di costituire titolo per l'iscrizione d'ipoteca”

L'ordinanza infine è dotata di ultrattività, conservando la sua efficacia anche dopo l'eventuale estinzione del processo, finché non sia sostituita con altro provvedimento⁴⁶.

Il giudice può differire l'adozione dei provvedimenti provvisori?

Il giudice può sicuramente rinviare la pronuncia dei provvedimenti temporanei e urgenti, quando le parti raccolgono il suo invito ad avvalersi della mediazione familiare (art. 473 bis.10) per tentare di raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

E infatti, per incoraggiare le parti a seguire tale percorso la legge prevede che il giudice, nel fissare l'udienza di comparizione, indichi alle parti la possibilità di avvalersi della mediazione familiare (art. 473-bis.14).

Tale opzione, tuttavia, ha suscitato perplessità in dottrina "in quanto la ontologica provvisorietà di tali misure avrebbe forse dovuto consigliare che l'apprezzabile intento di rafforzare la garanzia patrimoniale delle obbligazioni pecuniarie in ambito familiare passasse più attraverso l'estensione alle misure d'urgenza dei mezzi specifici di rafforzamento della garanzia patrimoniale previsti dall'art. 156, comma 6, c.c. (sequestro dei beni dell'obbligato e ordine al terzo di pagare direttamente agli aventi diritto al mantenimento parte delle somme dovute all'obbligato) che non rendendole titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale.

D'altra parte, le misure cautelari a carattere anticipatorio, che pure costituiscono titolo esecutivo, non costituiscono anche titolo per l'iscrizione di ipoteca ex art. 2818, comma 2, c.c. proprio in considerazione della loro tendenziale provvisorietà; ed allora, forse, analoghe ragioni lo stesso avrebbe dovuto valere anche per i provvedimenti temporanei ed urgenti in campo familiare. Basti solo pensare ai gravi problemi operativi che possono porsi nel caso in cui il giudice decida di modificare in corso di causa i provvedimenti temporanei ed urgenti emessi in limine litis o all'ipotesi in cui il processo si estingua in tempi rapidi (magari per il raggiungimento di un accordo transattivo), ma dopo l'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni dell'obbligato in forza dell'ordinanza contenente le misure d'urgenza"

⁴⁶ La norma, pertanto, generalizza a tutti i provvedimenti provvisori ed urgenti emessi nella fase iniziale del nuovo rito di famiglia la previsione dell'art. 189 disp. att. c.p.c., espressamente riferita alla sola ordinanza presidenziale emessa in sede di separazione, disponendo che in caso di estinzione del processo i provvedimenti provvisori ed urgenti conservano la propria efficacia fino all'intervento di un nuovo provvedimento.

§ 7 la modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti

Art. 473-bis.23

(Modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti).

I provvedimenti temporanei e urgenti possono essere modificati o revocati dal collegio o dal giudice delegato in presenza di fatti sopravvenuti o nuovi accertamenti istruttori.

La norma ⁴⁷ prevede la modificabilità e revocabilità dei provvedimenti temporanei e urgenti, logica conseguenza del loro atteggiarsi *rebus sic stantibus* (non diversamente peraltro anche dai provvedimenti definitivi), ma non senza limiti (cfr infra).

Il primo profilo di novità sta, ovviamente, nella generalizzazione della intrinseca provvisorietà dei provvedimenti emessi nel corso del procedimento di separazione e divorzio a tutti i provvedimenti interinale emessi nel nuovo rito di famiglia, *“in modo da garantire che la regolamentazione giudiziale dei rapporti personali e patrimoniali delle parti sia tendenzialmente allineata all'evoluzione della situazione fattuale e delle emergenze istruttorie”* (così la Rel. del massimario).

I provvedimenti di revoca\modifica sono a loro volta provvisori, e quindi suscettibili di essere revocati o modificati nel prosieguo del giudizio, e ovviamente in sede di decisione finale.

Essi poi, in quanto intervengono su provvedimenti che hanno efficacia ultrattiva, “sopravvivono” all'estinzione del processo.

Quali sono i presupposti per la modifica\revoca?

I provvedimenti in parola possono essere adottati solo se il giudice riscontra la sussistenza di ragioni giustificatrici:

- di natura sostanziale (nuovi fatti sopravvenuti)
- ovvero processuale (nuovi accertamenti istruttori).

Si è quindi escluso un regime di libera modificabilità o revocabilità unicamente in considerazione di una diversa valutazione effettuata dal giudice in un successivo momento.

Si tratta di un profilo innovativo, o meglio un ritorno al passato rispetto alla formulazione dell'art. 709 c.p.c., come modificato dalla l. n. 80 del 2005 a decorrere dal 2006, che consentiva la modifica o la revoca dei provvedimenti ad opera del G.i. anche in mancanza di sopravvenienze.

La nuova norma, quindi, è sul punto (nuovamente) restrittiva, rispetto alla possibilità di intervenire sui provvedimenti interinali emessi, appunto reintroducendo la necessità di basare la richiesta di revoca o modifica sulla sopravvenienza di fatti nuovi o su nuovi accertamenti istruttori.

Quali i rapporti con il reclamo?

Da qui anche la sicura razionalizzazione del rapporto tra revoca\modifica e reclamo innanzi alla Corte d'appello, ex art. 473 bis24.

⁴⁷ La l. delega, art. 1, comma 23, lett. u) l. n. 206/2021 disponeva che i provvedimenti temporanei e urgenti “...possano essere modificati o revocati dal giudice, anche relatore, nel corso del giudizio in presenza di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori”.

Reclamo e revoca/modifica, infatti, hanno finalità diverse e rispondono a specifiche esigenze:

*“il reclamo alla corte d’appello permetterà una rivisitazione “re melius perpensa” del provvedimento del giudice delegato, sulla base degli atti già da questo esaminati, in modo da correggerne eventuali errori di valutazione o contrasti con le emergenze istruttorie”. La richiesta di modifica\revoca per contro, mira ad ottenere una revisione dei provvedimenti iniziali non sulla base di una loro iniziale erroneità , quanto per un adeguamento degli stessi alle nuove emergenze risultanti dall’istruttoria svolta o, comunque, da fatti sopravvenuti o portati all’attenzione del giudice delegato”.*⁴⁸

Viene così confermata la giurisprudenza alla cui stregua il potere di revoca o di modifica riconosciuto al giudice istruttore non può sovrapporsi al potere di riesaminare l'ordinanza presidenziale in sede di reclamo, pena un'inaccettabile interferenza fra i due istituti processuali.

⁴⁸ Lupoi, cit., p. 100

§ 8 il reclamo dei provvedimenti temporanei e urgenti

Art. 473-bis.24

(Reclamo dei provvedimenti temporanei e urgenti).

Contro i provvedimenti temporanei e urgenti di cui al primo comma dell'articolo 473-bis.22 si può proporre reclamo con ricorso alla corte di appello.

E' altresì ammesso reclamo contro i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori.

Il reclamo deve essere proposto entro il termine perentorio di dieci giorni dalla pronuncia del provvedimento in udienza ovvero dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. Eventuali circostanze sopravvenute sono dedotte davanti al giudice di merito.

Il collegio, assicurato il contraddittorio tra le parti, entro sessanta giorni dal deposito del ricorso pronuncia ordinanza con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato e provvede sulle spese. Ove indispensabile ai fini della decisione, può assumere sommarie informazioni. L'ordinanza è immediatamente esecutiva.

Avverso i provvedimenti di reclamo pronunciati nei casi di cui al secondo comma è ammesso ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione.

Quella sul reclamo⁴⁹ è una disposizione di sicuro rilievo, perché generalizza a tutti i procedimenti soggetti al rito unificato un istituto riservato ai soli provvedimenti provvisori adottati in sede presidenziale (art. 708, 4° comma c.p.c.) nei giudizi di separazione e divorzio.

La giurisprudenza escludeva la reclamabilità dei provvedimenti di modifica\revoca del giudice istruttore, come quelli dei provvedimenti interinali nei procedimenti di affidamento\mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio⁵⁰.

Particolarmente discussa, e fonte di statuizioni contrastanti, il tema della reclamabilità (e della ricorribilità in cassazione) dei provvedimenti *de potestate*.

Qual è il giudice competente per il reclamo?

⁴⁹ La legge delega prevedeva al riguardo una disciplina embrionale: l'art. 1, comma 23, lett. r) si limitava a prescrivere che la norma delegata debba disciplinare "il regime della reclamabilità dinanzi al giudice, che decide in composizione collegiale". Cfr CIARDO, *Reclamo e impugnazione nel nuovo rito del contenzioso familiare*, in SIMEONE, cit., p. 119 ss.

⁵⁰ Merita segnalare che la giurisprudenza era fortemente divisa anche in tema di reclamabilità dei provvedimenti *de potestate*: in alcuni casi si è ritenuto che i provvedimenti provvisori e urgenti sulla potestà dei genitori, per quanto destinati ad essere assorbiti dalla decisione che definisce il giudizio, essendo idonei, al pari di quest'ultima, ad incidere su diritti personalissimi del minore, sono reclamabili e che contro il provvedimento reso su reclamo è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione, mentre numerose altre pronunce hanno ritenuto che i provvedimenti meramente provvisori e interlocutori, sono privi dei caratteri della decisività, poiché sprovvisti di attitudine al giudicato *rebus sic stantibus* ed anche della definitività, in quanto non emessi a conclusione del procedimento, e perciò suscettibili di essere revocati, modificati o riformati dallo stesso giudice che li ha emessi anche in assenza di sopravvenienze.

La nuova norma, rispetto alla previsione della legge delega, che sembrava profilare una competenza attribuita allo stesso giudice (beninteso, in composizione collegiale) che ha emesso i provvedimenti in questione, in composizione collegiale, ha confermato (e anzi ovviamente esteso) la competenza della Corte d'appello.

La Relazione illustrativa osserva che

“ragioni di prudenza hanno invece consigliato di confermare (ed estendere in via generale) l'attuale regime proprio dei provvedimenti presidenziali emanati nella separazione e del divorzio, che prevede ex art. 708, quarto comma, c.p.c. il reclamo alla Corte d'Appello, e ciò per non introdurre una modifica eccessiva per il sistema ed esorbitante rispetto ai numeri dei processi e ai ruoli giudiziari”.

Qual è l'oggetto del reclamo avverso i provvedimenti di prima udienza?

Si è detto della “generalizzazione” del reclamo: e infatti se da un lato i provvedimenti temporanei e urgenti possono essere adottati nell'ambito di ogni procedimento cui si applica il nuovo rito, dall'altro tali provvedimenti – con le limitazioni che si diranno- saranno però reclamabili.

Beninteso, quanto ai provvedimenti di prima udienza, a essere reclamabile sarà solo l'ordinanza nella parte che contiene le statuizioni di merito temporanee e urgenti (concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli e del coniuge, i provvedimenti aventi contenuto economico e tutti i c.d. provvedimenti consequenziali), non ovviamente la parte dell'ordinanza che pronuncia su aspetti meramente organizzativi dell'*iter iudicii* ovvero istruttori (la parte dell'ordinanza relativa a tali profili sarà però – ex art. 177 c.p.c., - sempre revocabile o modificabile e lo sarà comunque nel caso di ricorrenza di fatti sopravvenuti).

Quali provvedimenti adottati in corso di causa sono suscettibili di reclamo?

Si è detto della piena reclamabilità dei provvedimenti emessi all'esito della prima udienza, ex art. 473 bis. 22. Quanto invece ai provvedimenti adottati in corso di causa, la novella, nonostante che la delega consentisse una più ampia estensione dell'istituto⁵¹, con riferimento a qualsiasi provvedimento emesso in corso di istruttoria, lo ha limitato- evidentemente allo scopo di evitare un sovraccarico degli uffici giudiziari, cfr infra - ai soli provvedimenti di maggiore rilevanza.

Si tratta comunque di una novellazione di rilievo, che si pone in contrasto con gli orientamenti granitici della precedente giurisprudenza, di legittimità come di merito (almeno con riferimento ai provvedimenti del Gi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio⁵²).

⁵¹ Così la l. delega, art. 1, comma 24, q): “q) stabilire che nel settore civile ogni provvedimento provvisorio adottato dalle sezioni circondariali che presenti contenuti decisori sia reclamabile dinanzi alla sezione distrettuale e che ogni provvedimento provvisorio adottato dalla sezione distrettuale che presenti contenuti decisori nelle materie di competenza della stessa sia reclamabile dinanzi alla sezione di corte d'appello per i minorenni, fatto salvo quanto previsto dalla legge 15 gennaio 1994, n. 64, in materia di sottrazione internazionale di minorenni.

⁵² Cfr Cass. 4 marzo 2022, n. 7266: “In materia di separazione personale tra i coniugi, i provvedimenti provvisori pronunciati dal giudice istruttore nel corso del giudizio, pur incidendo su posizioni di diritto soggettivo, sono suscettibili di modifica o revoca in sede di decisione del giudizio di merito e, in quanto provvedimenti interinali e provvisori, non possono essere oggetto di reclamo in Corte d'appello. Ne consegue altresì che, dovendo escludersi la ricorrenza dei caratteri della definitività e della decisorietà, nei loro confronti non è ammesso ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. Per le medesime ragioni non è ammissibile ricorso per cassazione sul provvedimento di reclamo adottato dalla Corte d'Appello avverso i provvedimenti presidenziali in tema di affidamento dei figli minori, trattandosi di provvedimento endoprocessuale”.

La disposizione in esame, infatti, prevede che siano reclamabili i provvedimenti emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori.

Il legislatore delegato, dunque, ha ritenuto opportuno *“per ragioni di insufficienza di ruoli”*, limitare la possibilità di reclamo ai soli *“provvedimenti più invasivi, id est quelli dotati di maggiore portata...Questo, almeno sino alla futura realizzazione della riforma ordinamentale e quando avrà luogo l’istituzione del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, quando la elevata specializzazione dei magistrati assegnati al costituendo tribunale potrà permettere l’assegnazione dell’intero giudizio alle sezioni circondariali (in composizione monocratica), e le impugnazioni dei provvedimenti sia provvisori che definitivi davanti alla sezione distrettuale”*. Così appunto la relazione del Massimario.

Da qui però una sicura indeterminatezza della disposizione, che verosimilmente darà luogo a interpretazioni restrittive.

Saranno così reclamabili i provvedimenti, sempre emessi in corso di causa, che comportano modifiche sostanziali al regime di affidamento e collocamento del minore; es, saranno reclamabili i provvedimenti di affido “superesclusivo”, o di modifica del collocamento preferenziale del minore (dall’uno all’altro genitore, o a terzi).

Saranno inoltre reclamabili i provvedimenti temporanei di sospensione o di limitazione della responsabilità genitoriale, emessi ex art. 330 e 333 c.c.

Quanto a questi ultimi, la giurisprudenza di legittimità – pur con notevoli aperture, anche recenti – aveva assunto indirizzi non sempre univoci, specie con riferimento alla ricorribilità in cassazione, cfr infra

Quali sono i principali profili procedurali del reclamo?

La norma (ma anche l’art. 473 ter) non precisa se il giudizio di reclamo debba svolgersi nelle forme del rito camerale, come stabilivano le norme previgenti.

In dottrina si è rilevato che la formulazione data all’art. 473-bis.24 là dove dispone che il collegio debba assicurare il contraddittorio fra le parti e che può assumere “sommarie informazioni” sembra fare implicito richiamo a quanto dispone l’art. 738 c.p.c. e quindi alle forme del rito camerale.⁵³

Il reclamo va quindi proposto con ricorso (pur nel silenzio della legge) nel termine perentorio di 10 gg dalla pronuncia del provvedimento in udienza o dalla comunicazione, ovvero dalla notifica se anteriore.

Rispetto alla disciplina previgente, quindi, è anticipato il dies a quo del decorso del termine (non trovando più applicazione l’art. 739 c.p.c.).

Inoltre -a differenza di quanto previsto dall’art. 669 terdecies c.p.c. – eventuali circostanze sopravvenute devono essere proposte al giudice del merito e non a quello del reclamo:

“nuove circostanze venute ad essere dopo l’ordinanza emessa in prima udienza ma prima del decorso del termine per reclamare dovranno essere fatte valere come motivo di revoca\modifica di quella ordinanza, essendo il reclamo impermeabile a tali mutamenti fattuali. A fortiori avanti al giudice del reclamo non potranno

⁵³ TOMMASEO, cit., p. 292

*essere dedotte circostanze sopravvenute al deposito del relativo ricorso. Questa novità potrà implicare un aumento dei casi di simultanea pendenza del reclamo e di una istanza di modifica\revoca, il cui accoglimento di norma determinerà la cessazione della materia del contendere del reclamo*⁵⁴

E' indispensabile la fissazione della udienza di discussione?

La nuova disposizione prevede il contraddittorio, ma non l'udienza di discussione; tenuto anche conto dell'art. 127 ter c.p.c., la Corte ben potrebbe prevedere un termine per il deposito di un memoria del convenuto e un ulteriore termine all'attore per la replica.

Quali sono i poteri, decisori e istruttori, del giudice del reclamo?

Il "modello" del nuovo istituto è il reclamo ex art 708, 4° comma c.p.c., come accennato.

Nondimeno, il nuovo istituto, almeno nelle intenzioni del legislatore, presenta profili innovativi.

Il vecchio istituto, nella giurisprudenza delle corti di appello, aveva essenzialmente la funzione di "*revisio prioris instantiae*", ed era destinato a correggere – senza lo svolgimento di attività istruttoria – profili di erroneità della ordinanza presidenziale, purchè immediatamente rilevabili.

Il nuovo istituto consente lo svolgimento di una pur limitata attività istruttoria, l'assunzione di sommarie informazioni, quando indispensabili per la decisione⁵⁵.

Da qui – si è affermato – "l'avvicinamento" al reclamo cautelare, ex art. 669 terdecies c.p.c., e il riconoscimento della funzione devolutiva del reclamo⁵⁶.

Merita rimarcare che il 3° comma art. in esame espressamente prevede che "eventuali circostanze sopravvenute sono dedotte davanti al giudice di merito", mentre l'art. 669 terdecies – pur contenendo una disposizione simile, al 4° comma – consente espressamente al giudice del reclamo di acquisire nuovi documenti.

Tanto non sembra però precluso al giudice del reclamo familiaristico.

La nuova disposizione ha inteso così meglio rimarcare, al fine di evitare sovrapposizioni, la diversa funzione del reclamo rispetto al procedimento di modifica\revoca del provvedimento provvisorio, ex art. 473 bis. 23 (cfr infra).

In sostanza mentre con quest'ultimo procedimento si consente l'adeguamento del provvedimento alla nuova realtà fattuale, appunto modificata da circostanze sopravvenute, con il reclamo si consente una – pur ampia- "rivisitazione" del provvedimento temporaneo e urgente, in base agli atti già esaminati, e ma anche di quelli eventualmente acquisiti (anche all'esito delle "sommarie informazioni"), ma pur sempre con riferimento allo stesso "contesto fattuale" di riferimento, pur se non è escluso l'ampliamento del thema decidendum⁵⁷.

⁵⁴ LUPOI, cit, p. 103

⁵⁵ CIARDO, cit., p. 125

⁵⁶ La giurisprudenza riconosce funzione devolutiva al procedimento di modifica delle condizioni di divorzio (e di separazione), cfr Cass. 9 marzo 2022, n. 7733.

⁵⁷ Così Cass. 9 marzo 2022, n. 7734: " In tema di procedimenti instaurati per la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, l'ampliamento in sede di reclamo del "thema decidendum" a comportamenti dei genitori pregiudizievoli al *minore*, rilevanti ex

Il reclamo sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato?

La proposizione del reclamo non dovrebbe sospendere l'efficacia esecutiva dei provvedimenti temporanei ed urgenti impugnati, salvo che, secondo la disciplina generale del reclamo dei provvedimenti cautelari ex art. 669 terdecies c.p.c., per motivi sopravvenuti, l'immediata esecuzione non arrechi grave e irreparabile danno alle parti e soprattutto ai figli minori coinvolti nella controversia. In ogni caso deve ritenersi che, in caso di accoglimento del reclamo, l'ordinanza emessa dal tribunale in composizione collegiale si sostituirà interamente al provvedimento reso dal giudice monocratico.

Qual è il regime delle spese?

Ulteriore profilo di novità, che si pone in contrasto con recenti indirizzi di legittimità⁵⁸, è l'espressa previsione che la Corte d'appello, nel decidere sul reclamo, deve provvedere sulle spese.

L'ordinanza sul reclamo è ricorribile per cassazione?

Le ordinanze pronunciate sul reclamo, limitatamente alle fattispecie di cui al secondo comma, pur se di natura "provvisoria", sono ricorribili per cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione: si tratta di una novità di sicuro rilievo, che però sicuramente "risente" dei più recenti interventi della giurisprudenza di legittimità in materia.

E infatti:

- il decreto pronunciato dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento con cui il tribunale abbia adottato statuizioni in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli minori è ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., poiché ha carattere decisorio e definitivo ed è volto a statuire su contrapposte pretese di diritto soggettivo con un'efficacia assimilabile, sia pure "rebus sic stantibus", al giudicato; Cass. 30903 del 19/10/2022;
- In materia di provvedimenti "de potestate" ex artt. 330, 333 e 336 c.c., il decreto pronunciato dalla Corte d'appello sul reclamo avverso quello del Tribunale per i minorenni è impugnabile con il ricorso per cassazione, avendo, al pari del decreto reclamato, carattere decisorio e definitivo, in quanto incidente su diritti di natura personalissima e di primario rango costituzionale, ed essendo modificabile e revocabile soltanto per la sopravvenienza di nuove circostanze di fatto e quindi idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure "rebus sic stantibus", anche quando non sia stato emesso a conclusione del procedimento per essere stato,

art. 333 c.p.c., comporta per il giudice, oltre al dovere di sollecitare il contraddittorio sul nuovo oggetto di indagine ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c., anche quello di nominare un curatore speciale al figlio per il sopravvenuto conflitto di interessi con i genitori".

⁵⁸Cfr Cass. 5 aprile 2023, n. 9344: "In tema di divorzio, il decreto di rigetto del reclamo proposto dal coniuge ai sensi dell'art. 708, u.c., c.p.c., nel testo vigente "ratione temporis", è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. limitatamente alla pronuncia sulla liquidazione delle spese processuali illegittimamente emessa, la quale, afferendo a posizioni di debito e credito discendenti da rapporto obbligatorio autonomo, imprime al provvedimento i caratteri della decisorietà e definitività, sì da essere idonea ad acquistare autorità di cosa giudicata. (Nella specie, la S.C., in accoglimento del ricorso straordinario proposto, ha affermato l'illegittimità della statuizione sulle spese assunta dalla corte d'appello, siccome riservata al tribunale in sede di definizione del giudizio, e, decidendo nel merito, ha disposto la sua revoca).

anzi, espressamente pronunciato "in via non definitiva", trattandosi di provvedimento che riveste comunque carattere decisorio, quando non sia stato adottato a titolo provvisorio ed urgente, idoneo ad incidere in modo tendenzialmente stabile sull'esercizio della responsabilità genitoriale. (Principio affermato in un giudizio in cui il Tribunale per i minorenni aveva disposto la decadenza della madre dall'esercizio della responsabilità genitoriale, il collocamento del minore in una casa famiglia e la temporanea sospensione di ogni rapporto tra il minore e la madre), Cass. 24563 del 9 agosto 2022; 9691 del 24 marzo 2022; in termini Cass. 1668 del 24/01/2020 (nella specie il Tribunale per i minorenni aveva sospeso il padre dall'esercizio della responsabilità genitoriale e demandato al servizio sociale di individuare i tempi e le modalità di frequentazione tra il padre ed il figlio, nonché di procedere, insieme ad un centro specializzato, alla valutazione del minore e del contesto familiare) ;

- I provvedimenti che incidono sul diritto degli ascendenti ad instaurare ed a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, ai sensi dell'art. 317 bis c.c., nel testo novellato dall'art. 42 del d.lgs. n. 154 del 2013, al pari di quelli ablativi della responsabilità genitoriale emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c., hanno attitudine al giudicato "rebus sic stantibus", in quanto non revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi, definendo essi procedimenti che dirimono comunque conflitti tra posizioni soggettive diverse e nei quali il minore è "parte"; pertanto, seppure adottati in via provvisoria e urgente, incidendo su diritti personalissimi e di rango costituzionale, hanno carattere decisorio e sono reclamabili dinanzi la Corte di appello, Cass. 9344 del 05/04/2023; in termini Cass. 34566\22; 19780 del 25/07/2018

-Il decreto emesso dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso un provvedimento del tribunale, che, nell'ambito del conflitto genitoriale, dispone l'affidamento del minore nato fuori dal matrimonio ai servizi sociali, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. poiché, già nel vigore della l. n. 54 del 2006, ed a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 154 del 2013, che ha abolito ogni distinzione tra figli nati da genitori non coniugati e figli nati dal matrimonio, al predetto decreto vanno riconosciuti i requisiti della decisorietà, poiché risolve contrapposte pretese di diritto soggettivo, e di definitività, perché ha un'efficacia assimilabile, "rebus sic stantibus" a quella del giudicato, non rilevando, a sostegno della tesi contraria, che si tratti di un provvedimento di affidamento ai servizi sociali, atteso che ciò non determina alcuna modificazione della qualificazione giuridica del provvedimento, Cass. 28998 del 12/11/2018

Tuttavia, quanto ai provvedimenti "de potestate" interinali:

- In tema di misure convenienti nell'interesse dei minori, il decreto con cui la corte d'appello dichiara inammissibile il reclamo contro la statuizione del tribunale per i minorenni, che sospenda la responsabilità genitoriale, attiene a un provvedimento privo dei caratteri di decisorietà e definitività e, pertanto, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione avverso la declaratoria d'inammissibilità del reclamo proposto nei confronti di un provvedimento provvisorio e non definitivo di sospensione della responsabilità genitoriale), Cass. 2816 del 31/01/2022;

-parimenti è costante l'affermazione che la ricorribilità in cassazione opera per i provvedimenti che incidano in modo almeno tendenzialmente permanente sui diritti dei soggetti implicati e sulla vita del minore, in assenza di mutamenti della situazione di fatto, e non può essere esteso a pronunce di carattere meramente interlocutorio e provvisorio emesse nel corso del procedimento, cfr Cass. 14 febbraio 2022, n. 4778;

- di recente però la SC ha mostrato una sicura “apertura” anche riguardo ai provvedimenti di sospensione della responsabilità endoprocedimentali;
- in particolare Cass. 17 ottobre 2022 n. 30457 ha rimesso alle SSUU la questione della ammissibilità del ricorso in cassazione della ordinanza di sospensione della responsabilità genitoriale adottata nell’ambito di un giudizio di divorzio, all’esito di un accertamento tecnico⁵⁹;
- Cass. 21 febbraio 2023, n. 5402 ha invece senz’altro ammesso la ricorribilità di tali provvedimenti⁶⁰;

⁵⁹ Così la motivazione: *Condizione imprescindibile infatti per l'esercizio del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. , avverso provvedimenti giurisdizionali aventi forma giuridica diversa da quella della sentenza come nella specie, e' la contestuale presenza, nel loro contenuto e nella loro disciplina, dei caratteri della "decisorietà" e della "definitività": decisorietà, nel senso che incidano su diritti o status; definitività, in quanto viga il giudicato, quale situazione ex art. 2909 c.c. , in cui l'accertamento giudiziale e l'attribuzione dei beni della vita non possono piu' essere rimessi in discussione in nessun modo e a nessuna condizione" (così Cass., sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914)..*

Ora ai fini di un corretto inquadramento della questione va ricordato che recentemente, le Sezioni unite di questa Corte, superando il pregresso orientamento contrario, hanno affermato il principio che i provvedimenti de potestate, emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c. , hanno attitudine al giudicato rebus sic stantibus, in quanto non sono revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi; pertanto, il decreto della corte di appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica i predetti provvedimenti, e' impugnabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell' art. 111 Cost. , comma 7 (Sez. U, n. 32359 del 13 dicembre 2018, Rv. 651820 - 02; vedasi anche Sez. I, n. 23633 del 21 novembre 2016, Rv. 642798 - 01).

Tale conclusione si basa sul fatto che la pronuncia dei provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale incide su diritti di natura personalissima e di rango costituzionale, tenuto conto del potenziale concreto mutamento della sfera relazionale primaria dei soggetti che ne sono coinvolti; la circostanza che tali provvedimenti possano, in teoria, esser modificati o revocati con effetti ex tunc - che costituiva il fondamento del precedente indirizzo preclusivo - non esclude che il soggetto che li subisca non sia al riparo dagli effetti nefasti che possano medio tempore prodursi nell'ambito delle relazioni familiari; pertanto, tenuto conto del potenziale grado d'incisività di tali effetti sui diritti dei soggetti implicati e principalmente sulla vita del minore, la tesi tradizionale che, ritenendoli non decisori e definitivi, esenta siffatti provvedimenti dall'immediato controllo garantistico della Corte di cassazione comporta un vulnus non accettabile al diritto di difesa.

Tale principio vale tuttavia per provvedimenti che incidano -in modo almeno tendenzialmente permanente sui diritti dei soggetti implicati e sulla vita del minore,in assenza di mutamenti della situazione di fatto, ed e' stato escluso per pronunce di carattere meramente interlocutorio e provvisorio emesse nel corso del procedimento. Come recentemente precisato (Sez. I, n. 24638 del 13 settembre 2021, Rv. 662541 - 01; Sez. I, n. 28724 del 16 dicembre 2020, Rv. 659934 - 01; nonché da ultimo anche Sez. I, n. 33609 dell'11.11.2021) i provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale adottati in via provvisoria nel corso dei giudizi ex art. 337 bis c.c. non possono essere impugnati con il ricorso straordinario per cassazione, trattandosi di provvedimenti privi dei caratteri della decisorietà, poiché sprovvisti di attitudine al giudicato anche rebus sic stantibus, e anche della definitività, in quanto non emessi a conclusione del procedimento, e perciò suscettibili di essere revocati, modificati o riformati dallo stesso giudice che li ha emessi anche in assenza di sopravvenienze; in quel caso e' stato dichiarato inammissibile il ricorso riguardante la statuizione assunta nel corso di un giudizio ex art. 337 bis c.c. , con la quale, in attesa della relazione di aggiornamento dei servizi sociali, il tribunale aveva disposto, in via provvisoria, l'affidamento esclusivo della minore alla madre, sospendendo le frequentazioni del padre, autorizzato ad effettuare solo visite protette, e prescrivendo percorsi a sostegno della cui carattere interinale e provvisorio ne esclude l'operatività oltre il tempo necessario all'adozione delle determinazioni definitive suscettibili, queste, di assumere la forza del giudicato (Sez. U, n. 4915 del 8 marzo 2006, Rv. 588883 - 01). Va tuttavia considerato che, quantunque i provvedimenti del tipo in esame siano destinati ad essere assorbiti dalla decisione finale, gli stessi però sono in grado di esplicare i loro effetti per un arco temporale assai ampio senza possibilità alcuna di sottoporli ad una verifica giudiziaria.

La complessa attività di indagine che ad essi inevitabilmente si accompagna non ne consente una rapida definizione con la conseguenza che la loro revisione e' destinata ad intervenire a distanza di tempo in un momento in cui ogni modifica diviene spesso inutile per il raggiungimento della maggiore età del minore.

Va qui introdotto il concetto di decisorietà di fatto di un provvedimento giurisdizionale poiché non può essere trascurato il fatto che, con riferimento ai minori di età, i cui diritti soggettivi sono ora garantiti dalle modifiche introdotte dalla cd. riforma della filiazione agli artt. 315 e ss. c.c., possa determinarsi, per lo stesso fluire del tempo, una perdita definitiva o un pregiudizio irrimediabile agli stessi. Specie in riferimento ai minori che si avviano al conseguimento della maggiore età. Con riferimento a tali situazioni, di volta in volta scrutinabili, va perciò ipotizzata la ricorribilità dei provvedimenti che incidono o possano compromettere definitivamente tali diritti. Onde la necessità, che sul punto, per la sua rilevanza in ordine alla teoria generale dell'impugnazione in esame, vengano a pronunciarsi le SU di questa stessa Corte.

La questione della natura di un siffatto provvedimento, limitativo di diritti fondamentali che possono ledere - senza possibilità di recupero - i diritti dei minori (specie di quelli che non riuscirebbero - per il tempo necessario per farli valere - a trovare una tutela temporalmente apprezzabile) presenta, per le ragioni sopra esposte, i caratteri di "questione di massima di particolare importanza" a norma dell'art. 374 c.p.c., comma 2, sì che la causa va rimessa alle determinazioni del Primo presidente ai fini della sua presentazione alle SU della Corte.

⁶⁰ Così la motivazione: *“La verifica della correttezza giuridica della decisione impediante in rito sottoposta a ricorso per cassazione richiede il pregiudiziale esame della natura del provvedimento soggetto a reclamo. Ove il provvedimento soggetto a reclamo emesso dal Tribunale per i minorenni, incontestatamente fortemente compressivo della responsabilità genitoriale, sia qualificato di natura meramente endoprocedimentale, ne difetterebbe la definitività, ferma la decisorietà dello stesso in quanto impeditivo fino a modifica o revoca, dell'esercizio della responsabilità genitoriale, ovvero del complesso di poteri e doveri che costituisce il fondamento della genitorialità.*

Al riguardo non si riscontra perfetta univocità nella giurisprudenza della prima sezione della Corte di Cassazione, ancorché le Sezioni Unite siano state già investite della questione relativa alla ricorribilità ex art. 111 Cost. dei provvedimenti cd. de potestate (oggi de responsabilità) ed abbiano fornito risposta incondizionatamente affermativa al quesito ad esse sottoposto. (Cass. S.U. 32359 del 2018). Affermano le Sezioni Unite che il grado d'incisività dei provvedimenti in oggetto sui diritti fondamentali dei soggetti implicati e sulla vita dei

- I provvedimenti che regolano il diritto di visita del minore, adottati ex art. 709 ter c.p.c., pur se in sede di reclamo, sono revocabili e modificabili non solo "ex nunc" per nuovi elementi sopravvenuti, ma anche "ex tunc" sulla base di un riesame di merito o di legittimità delle originarie risultanze processuali, sicché, dovendo escludersi la ricorrenza dei caratteri della definitività e della decisorietà, nei loro confronti non è ammesso il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., Cass. 33612 del 11/11/2021;

-non è suscettibile di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., la decisione della corte d'appello sul reclamo proposto avverso i provvedimenti con i quali il tribunale per i minorenni dispone l'apertura del procedimento per la dichiarazione di adottabilità ed assume i provvedimenti immediati e strumentali nell'interesse del minore, come il suo collocamento presso una casa famiglia, perché tali provvedimenti sono tutti privi del carattere decisorio, ed integrano atti di volontaria giurisdizione intesi ad assolvere ad una funzione meramente cautelare e provvisoria, essendo destinati a perdere efficacia alla conclusione del procedimento e rimanendo, in ogni caso, sempre revocabili e modificabili; Cass. 8805 del 29/03/2019;

-non è ricorribile in cassazione il provvedimento con il quale, nelle more del procedimento di adozione, vengano disposti incontri fra la famiglia affidataria ed il minore d'età, frattanto collocato presso altra famiglia, al fine di salvaguardare la "continuità affettiva" ai sensi dell'art. 4, comma 5 ter, della legge n. 184 del 1983, sebbene reso dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il decreto del tribunale, perché tale provvedimento risulta sprovvisto dei requisiti della decisorietà e definitività, essendo correlato ai tempi della decisione sulla domanda di adozione proposta ai sensi dell'art. 4, comma 5 bis della legge n. 184 del 1983, nonché al suo esito. Ne consegue che il provvedimento si pone in funzione meramente interinale ed è, pertanto, modificabile e revocabile in ogni tempo, per motivi originari o sopravvenuti nel corso del procedimento di adozione, nei modi e nei termini che meglio assicurino la tutela del superiore interesse del minore, Cass. 4524 del 14/02/2019 ;

-Il provvedimento emesso dal tribunale in esito al reclamo avverso il decreto del giudice tutelare che abbia concesso o negato l'autorizzazione ad un genitore di condurre con sé il figlio minore in settimana bianca, non ha natura definitiva e decisoria, trattandosi di atto di volontaria giurisdizione volto non a dirimere in via definitiva un conflitto tra diritti soggettivi dei genitori del minore, ma a valutare la corrispondenza del mancato assenso

minori impone il controllo garantistico ex art. 111 Cost. Non osta a questa conclusione la natura ontologicamente precaria dei provvedimenti in oggetto in quanto soggetti alla clausola rebus sic stantibus. La definitività è svincolata dal giudicato ma si fonda sugli effetti irreversibili di talune statuizioni ancorché temporanee. Nel caso di specie, la non definitività è stata collegata proprio alla funzione provvisoria del decreto adottato dal Tribunale per i minorenni. Ma sottrarre ad un genitore la responsabilità genitoriale significa escludere quest'ultimo dalle decisioni riguardanti il minore; significa negare l'esercizio dei poteri doveri connessi alla responsabilità genitoriale; significa creare un distacco non recuperabile con l'eventuale emenda successiva, per la fase temporale in cui il provvedimento ablativo o limitativo ha prodotto i suoi effetti. Ne consegue che alla luce dei principi affermati dalle

S.U. in relazione al criterio di valutazione della definitività del provvedimento emesso da trarsi alla stregua degli effetti sostanziali che produce e non della potenziale limitatezza temporale della sua efficacia, il decreto del Tribunale per i minorenni che ha sospeso l'esercizio della responsabilità genitoriale era reclamabile e la declaratoria d'inammissibilità del reclamo è illegittima, in quanto la provvisoria e temporaneità indicate dalla Corte d'Appello non consentono di qualificare il decreto come endoprocedimentale, in mancanza della previsione di un termine finale dell'efficacia dallo stesso prodotta sul modello dei provvedimenti cautelari emessi inaudita altera parte (art. 669 sexies cod. proc. civ.) Non ignora il Collegio i precedenti difformi (da ultimo 2816 del 2022) ma le conclusioni raggiunte non si confrontano con i chiari principi delle S.U. come sopra illustrati, oltre ad essere contrastati da una catena di precedenti che si adeguano ai principi stabiliti dalle Sezioni Unite (Cass. 1668 del 2020; 17177 del 2020; 9691 del 2022).

Non si ritiene peraltro necessario differire la decisione all'esito della decisione delle S.U. sulla rimessione effettuata con l'ordinanza interlocutoria n.30457 del 2022 attesa l'urgenza della decisione anche in relazione all'età del minore".

di uno di loro all'interesse del figlio e, dunque, espressivo di una forma gestoria dell'interesse del minore, sicché non è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., Cass. 28331 del 28/11/2017.

§ 9 la modificabilità dei provvedimenti

Art. 473-bis.29

(Modificabilità dei provvedimenti).

Qualora sopravvengano giustificati motivi, le parti possono in ogni tempo chiedere, con le forme previste nella presente sezione, la revisione dei provvedimenti a tutela dei minori e in materia di contributi economici.

La norma⁶¹ generalizza quanto già previsto dall'art. 710 c.p.c. per la separazione e dall'art. 9 l. 898\70 per il divorzio (e lo scioglimento delle unioni civili).

L'esigenza sottesa è quella di assicurare che i provvedimenti richiamati, quelli relativi alla prole (affidamento e mantenimento) e ai contributi economici (assegno di mantenimento nella separazione, assegno divorzile), pur se definitivi, corrispondano alle effettive esigenze degli interessati e alla realtà effettuale in cui si inseriscono.

Tali provvedimenti sono emanati *rebus sic stantibus*.

In altri termini il modificarsi del quadro di riferimento, considerato dal giudice al momento della loro adozione, a fronte della sopravvenienza di nuove circostanze, alterando- in modo anche significativo la prospettiva in base alla quale essi furono in origine assunti- può determinare la necessità di modificarli per adattarli alla nuova situazione venutasi a creare.

⁶¹ La l. delega, art. 1, comma 23, lett. hh, prevedeva l'introduzione di un "un unico rito per i procedimenti relativi alla modifica delle condizioni di separazione ai sensi dell'articolo 711 del codice di procedura civile, alla revisione delle condizioni di divorzio ai sensi dell'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e alla modifica delle condizioni relative ai figli di genitori non coniugati..."

§ 10 La Ctù , in particolare la Ctù psicologica (nonché l'ausiliario del giudice e il ruolo dei servizi sociali)

Art. 473-bis.25

(Consulenza tecnica d'ufficio).

Quando dispone consulenza tecnica d'ufficio, il giudice precisa l'oggetto dell'incarico e sceglie il consulente tra quelli dotati di specifica competenza in relazione all'accertamento e alle valutazioni da compiere.

Nella consulenza psicologica le indagini e le valutazioni su caratteristiche e profili di personalità delle parti sono consentite nei limiti in cui hanno ad oggetto aspetti tali da incidere direttamente sulle capacità genitoriali, e sono fondate su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica.

Il consulente svolge le indagini che coinvolgono direttamente il minore in orari compatibili con gli impegni scolastici, e con durata e modalità che garantiscono la serenità del minore e sono adeguate alla sua età'.

Nella relazione il consulente tiene distinti i fatti osservati direttamente, le dichiarazioni rese dalle parti e dai terzi e le valutazioni da lui formulate. La relazione indica altresì le metodologie e i protocolli seguiti, nonché eventuali specifiche proposte di intervento a sostegno del nucleo familiare e del minore.

Art. 152-sexies disp. att. c.p.c.

(Indagini del consulente)

Fermo quanto previsto dall'articolo 90, il consulente tecnico nominato ai sensi degli articoli 473-bis.25 e 473-bis.44 del codice fissa il calendario delle operazioni peritali e lo comunica ai difensori e ai consulenti tecnici di parte se nominati.

Il consulente può chiedere al giudice la proroga del termine per il deposito della relazione, con istanza motivata, su concorde richiesta delle parti o in caso di particolare complessità delle indagini.

Unitamente alla relazione di cui all'articolo 195 del codice, il consulente deposita la documentazione utilizzata e i supporti contenenti le registrazioni audiovisive delle operazioni relative al minore.

Art. 473-bis.26

(Nomina di un esperto su richiesta delle parti).

Il giudice, su istanza congiunta delle parti, può nominare ai sensi dell'articolo 68 uno o più ausiliari, scelti tra gli iscritti all'albo dei consulenti tecnici d'ufficio, o al di fuori dell'albo se vi è accordo delle parti, per intervenire sul nucleo familiare al fine di superare i conflitti tra le parti, fornire ausilio per i minori e agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli.

Il giudice individua gli obiettivi dell'attività demandata all'ausiliario tra quelli indicati nel primo comma, e fissa i termini, anche periodici, entro cui l'ausiliario deposita una relazione sull'attività svolta e quelli entro cui le parti possono depositare note scritte.

Se sorgono questioni sui poteri o sui limiti dell'incarico conferito, l'ausiliario o le parti informano il giudice il quale, sentite le parti, dà i provvedimenti opportuni.

Art. 473-bis.27

(Intervento dei servizi sociali o sanitari nei procedimenti a tutela dei minori)

Quando dispone l'intervento dei servizi sociali o sanitari, il giudice indica in modo specifico l'attività ad essi demandata e fissa i termini entro cui i servizi sociali o sanitari devono depositare una relazione periodica sull'attività svolta, nonché quelli entro cui le parti possono depositare memorie. Nelle relazioni sono tenuti distinti i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e dai terzi e le eventuali valutazioni formulate dagli operatori che, ove aventi oggetto profili di personalità delle parti, devono essere fondate su dati oggettivi e su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica, da indicare nella relazione.

Le parti possono prendere visione ed estrarre copia delle relazioni e di ogni accertamento compiuto dai responsabili del servizio sociale o sanitario incaricati, trasmessi all'autorità giudiziaria, salvo che la legge non disponga diversamente.

Qual è il ruolo del Ctu, specie quello di famiglia?

Si è detto già della latezza dei poteri, anche istruttori, del giudice, specie a tutela dei minori: e in questo quadro occorre interpretare le norme qui in commento.

Il diritto di famiglia postula la conoscenza di nozioni ampiamente extra giuridiche.

L'accesso nel giudizio a tali nozioni, specie a quelle di natura psicologica e medica avviene di norma – non potendo certo il giudice avvalersi di una sua eventuale “scienza privata” - attraverso l'ausiliario del giudice, il Ctu.

Il Ctu, offre, attraverso la relazione peritale a cui viene incaricato, quegli elementi diversi dal diritto che il giudice intende utilizzare per dettare la regola concreta di comportamento alle parti, in cui si sostanzia il giudicato (tanto non senza una sostanziale attenuazione degli oneri gravanti sulle parti, tenute sostanzialmente alla sola allegazione della vicenda fattuale da accertare).⁶²

La materia delle relazioni familiari necessita più di ogni altra dell'ausilio di cognizioni extragiuridiche, per le forti implicazioni personali e psicologiche del conflitto

Da qui la rilevanza del ruolo del principale ausiliario del giudice, il consulente tecnico, ma anche dei servizi sociali, nonché di una “nuova figura”, l'“esperto”, come si dirà infra.

Nella prassi, infatti, i giudici della famiglia ricorrono con ampiezza alla Ctu psicologica, il che ha dato luogo a situazioni discutibili: troppo spesso, specie in passato, al Ctu sono state demandate, sostanzialmente, in forza di quesiti troppo ampi e generici, statuizioni che, invece, competono ai giudici, sullo stesso regime dell'affidamento e delle relative modalità⁶³.

⁶² La giurisprudenza valorizza notevolmente il ruolo della Ctu, anche in punto di acquisizione di materiale documentale, cfr :

-Cass. SSUU 1 febbraio 2022, n. 3086: “ In materia di consulenza tecnica d'ufficio, il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti - non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a loro carico -, tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio”.

In termini Cass. 9 novembre 2022, n. 32935 (che ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto illegittimamente acquisito un referto medico, benché il c.t.u. fosse stato autorizzato all'acquisizione, presso strutture pubbliche e private, della documentazione riguardante il danneggiato, e nonostante tale referto fosse stato ritenuto dal giudice di primo grado indispensabile ai fini dell'integrale quantificazione del danno biologico, a mezzo di un supplemento peritale)”.
Cfr al riguardo , COMOGLIO, *Attribuzioni del Ctu e nullità correlate nell'attuale approccio giurisprudenziale*, Riv. Dir. Proc., 2023, 1 ss.

⁶³ FIGONE, *La fase istruttoria e la fase decisoria*, in SIMEONE, cit., p. 73 . Cfr anche COMOGLIO, *Attribuzioni del Ctu e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali*, Riv. dir. proc., 2023, 1.

D'altro canto la scienza, si è osservato, è per definizione asimmetrica: c'è qualcuno che sa e qualcuno che non sa;

*“se colui che è portatore di un sapere tecnico extragiudiziale ...non rende partecipi le parti, nella dialettica del processo su posizione isonomiche, di questa conoscenza specialistica, che non appartiene all'uomo medio, ex art. 115 cpv c.p.c., la parità delle armi è vulnerata da una asimmetria insolubile”.*⁶⁴

In dottrina, per altro verso, si è osservato che (al di là dell'ormai desueta distinzione tra attività percipiente e attività deducete del Ctu), hanno particolare rilievo proprio le “conoscenze” possedute dal Ctu:

*“più la scienza è forte, improntata a canoni epistemologici rigorosi, maggiore sarà il grado degli accertamenti di fatto specialistici, percipienti e deduceti a un tempo, che vengono trasferiti all'interno del processo, e portati alla cognizione del giudice, quando la scienza è debole (come la psicologia o la grafologia) , li occorre ben dubitare di certi riscontri, di certe ricostruzioni, di certe rappresentazioni e delle connesse deduzioni e interferenze. Ovunque vi sia debolezza dei parametri e dei criteri scientifici, l'attendibile ricostruzione del fatto giuridicamente rilevante sarà ancora più lacunosa, e soggetti a dubbi e riserve, maggiori casa quando il fatto sia oltremodo magmatico e inafferrabile, come il fatto mentale e comportamentale dell'individuo in sé e nelle relazioni con il prossimo suo, specie se in contesti familiari”.*⁶⁵

Quali limiti la novella pone all'operato del Ctu?

La riforma ha voluto porre rimedio a siffatta situazione, sicuramente rischiosa⁶⁶.

Quanto alla Ctu psicologica, l'art. 473 bis. 25 è, in effetti, fin troppo dettagliato (e si ricordi che la nuova norma concerne anche il giudizio innanzi al tribunale per i minorenni, che pure sono composti anche da esperti),⁶⁷ ed è completato dalle norme procedurali di cui all'art. 152 sexies disp. att. c.p.c.

Così la Rel. :

⁶⁴ TEDOLDI , cit., p. 1166.

⁶⁵ TEDOLDI, cit, p. 1176

⁶⁶ *Già la giurisprudenza di legittimità ha limitato la possibilità di avvalersi del Ctu per procedere all'ascolto del minore in luogo del giudice: “La scelta di delegare l'ascolto del minore al CTU non costituiva un'alternativa che può essere discrezionalmente assunta in sede rescissoria, per il solo fatto della ritenuta capacità dello psicologo nominato ad assolvere con pienezza a detto adempimento, ma avrebbe dovuto fondarsi sulle specifiche circostanze che, nel caso, sconsigliavano l'ascolto diretto del minore o apparivano contrarie al suo interesse; circostanze che, a fronte di un incumbente istruttorio ritenuto necessario da questa Corte, non possono all'evidenza essere individuate nella mera dilatazione dei tempi processuali (che sarebbe stata evitata qualora la corte del merito non avesse violato il disposto dell'art. 384 c.p.c., comma 2, e alla quale, peraltro, si sarebbe potuto facilmente ovviare attraverso l'immediata fissazione di apposita udienza).”*

⁶⁷ *L'art. 473-bis.25 costituisce attuazione dei principi di delega di cui al comma 23 lett. dd) che ha demandato al legislatore delegato di definire una autonoma regolamentazione della consulenza tecnica psicologica.*

Cfr anche il novellato ar. 38 ter disp. att. c.c. che – in una ottica di totale imparzialità del Ctu- dispone che: “Nei procedimenti riguardanti l'affidamento dei minori e l'esercizio della responsabilità genitoriale non possono assumere l'incarico di ..., consulente tecnico d'ufficio o svolgere funzioni di assistente sociale coloro che rivestono, o hanno rivestito nei due anni antecedenti, cariche rappresentative in strutture o comunità pubbliche o private presso le quali sono inseriti i minori, o partecipano alla gestione delle medesime strutture, o prestano a favore di esse attività professionale, anche a titolo gratuito, o fanno parte degli organi sociali di società che le gestiscono.

Il divieto previsto dal primo comma si applica anche a coloro il cui coniuge, parte dell'unione civile, convivente o parente entro il quarto grado svolge, o ha svolto nei due anni antecedenti, le funzioni di cui al primo comma”.

“Lo scopo perseguito dal legislatore delegato, in aderenza allo spirito della legge delega sul punto, è quello di definire il perimetro e le finalità del mezzo istruttorio, volto esclusivamente a fornire al giudice strumenti ed informazioni tecnico-scientifiche che gli consentano, unitamente ad ulteriori elementi istruttori, di formulare valutazioni e adottare soluzioni il più possibili adeguate a soddisfare e tutelare i diritti delle parti e dei minori”

La novella, in effetti, ha creato una sorta di “gabbia”, al cui interno ha “imbrigliato” la Ctu, i compiti del consulente, infatti, sono stati attentamente delimitati, tanto sia con riferimento al metodo che agli obiettivi.

Egli dovrà tenere distinto ogni “segmento” della propria indagine, precisando quali siano i fatti osservati direttamente, quali le dichiarazioni rese dalle parti e dai terzi.

A quali metodologie deve attenersi il Ctu?

Le sue valutazioni dovranno fondarsi su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica.

Grande prudenza – lo sottolinea anche la Rel. min.- è espressa dalla novella anche quanto agli accertamenti sulle competenze genitoriali; questi devono essere sempre demandati al Ctu. con provvedimento motivato, e il Ctu esprimerà una valutazione sulla personalità dei genitori solo se ciò assuma incidenza ai fini della verifica della loro capacità genitoriale, e supporterà i giudizi tecnici espressi con l’indicazione precisa sia delle metodologie seguite sia dei parametri riconosciuti dalla comunità scientifica⁶⁸.

Il richiamo – per altro verso sorprendente e polemico – alle metodologie e ai protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica- comporta il definitivo ripudio della Pas, la sindrome di alienazione parentale.

La giurisprudenza di legittimità, del resto, già aveva preso le distanze da questa controversa figura, propendendo per una soluzione “empirica” delle criticità sottese.

E infatti:

- “In tema di affidamento del figlio di età minore, qualora un genitore denunci i comportamenti dell'altro tesi all'allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), nella specie nella forma della sindrome della cd. "madre malevola" (MMS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova comprese le consulenze tecniche e le presunzioni, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena. (Nella specie la S.C. ha cassato la decisione della corte di merito, che aveva disposto l'affido c.d. "super-esclusivo" al padre, in considerazione della gravità dei comportamenti della madre, trascurando però di valorizzare il suo positivo rapporto con la minore e senza operare una più ampia valutazione circa la possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriali)”, Cass. 17 maggio 2021, n. 13217;

-“ il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale e ad ogni suo, più o meno evidente, anche inconsapevole, corollario, non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di

⁶⁸ FIGONE, cit., p. 78 ss

provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori, in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale della madre", Cass. 24 marzo 2021, n. 9691⁶⁹

⁶⁹ Così ancora la motivazione: *"va richiamata la giurisprudenza di questa Corte secondo la quale, in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena (Cass., n. 6919/16; n. 7041/13)".*

Ora, i giudici di merito hanno accertato che la ricorrente ha sempre ostacolato la ripresa dei rapporti tra l' A. e il figlio; al riguardo, le stesse relazioni dei c.t.u. e i plurimi provvedimenti susseguiti hanno verificato tale condotta impeditiva, tanto che l' A. lamenta di aver incontrato il figlio per circa complessive 4 ore dal (omissis). Sul punto, le doglianze della ricorrente sono essenzialmente incentrate sul vizio delle varie c.t.u., che sarebbero inficiate dal riferimento, anche inespresso, alla PAS, quale parametro antiscientifico della valutazione della sua condotta... al fine della tutela del diritto alla bigenitorialità, ciò che dev'essere adeguatamente provato non è se la condotta abbia o meno provocato una PAS, che abbia le caratteristiche nosografiche descritte, almeno da chi la qualifica come sindrome. Ciò che occorre provare è invece se la condotta sia stata tale da aver leso in modo grave il rapporto tra il figlio e l'altro genitore, sino al peggior risultato ipotizzabile, quello di renderlo difficilmente recuperabile o del tutto irrecuperabile. Tutto ciò tenendo sempre al centro il principio secondo il quale ogni decisione sull'affidamento del minore dev'essere prioritariamente orientata a garantire il massimo benessere per quel determinato minore, protagonista di quella determinata vicenda.... Ora, se è vero, come detto, che il giudice deve verificare se la condotta di un genitore sia impeditiva del diritto dell'altro genitore alla bigenitorialità (cioè a prescindere dal fatto che tale condotta ostruzionistica presenti o meno le caratteristiche della ipotetica cd. sindrome d'alienazione parentale o PAS), è altresì vero che non è però irrilevante la verifica del corretto percorso clinico-terapeutico intrapreso sul minore, al fine di realizzare il richiamato bilanciamento tra il suo superiore interesse e il diritto del padre alla bigenitorialità, ovvero di precludere qualunque danno al minore che sia diretta conseguenza dell'attuazione di quest'ultimo, atteso che sulla base dei rilievi clinici dei c.t.u. viene evidenziata l'assoluta necessità di recidere il rapporto tra madre e figlio, senza alcuna altra possibilità di recuperare il rapporto di quest'ultimo con il padre.

Orbene, le valutazioni strettamente psicologiche espresse dai c.t.u., cui la Corte d'appello, come detto, rinvia laconicamente e genericamente, senza svolgere alcun vaglio critico, presentano perplessità interpretative poichè, pur muovendo dai fatti indubbi inerenti all'ostruzionismo della ricorrente verso l'ex-compagno, fanno comunque riferimento al postulato patto di lealtà tra madre e figlio, o al condizionamento psicologico (espressione menzionata nel decreto impugnato), termini espressivi o suggestivi che lasciano aleggiare la teorica della sindrome dell'alienazione parentale di cui parla espressamente il c.t.u. quale forma specifica di abuso psicologico che la accomuna, ex art. 333 c.c., alle altre forme di violenza. Lo stesso controrricorrente evidenzia che la descritta condotta della ricorrente di per sé costituirebbe fonte di pregiudizio psico-fisico per il minore il quale, vivendo in simbiosi con la madre (patto di lealtà), ne subirebbe gli effetti deleteri, introiettando i sentimenti ostili e oppositivi espressi dalla madre nei suoi confronti. In particolare, la c.t.u., nelle note di replica al c.t.p. (qui richiamate solo a scopo di verifica dei fondamenti della decisione e senza pretesa di un loro riesame di merito) evidenzia che la volontà del minore "è coartata senza possibilità alcuna di autodeterminazione nelle questioni inerenti all'ambito familiare", e ritiene che il minore stia vivendo una situazione di grave pregiudizio per la sua salute, in quanto l'alienazione parentale costituisce una grave forma di abuso psicologico, sicchè egli avrebbe il diritto di essere allontanato dal genitore abusante; invece, la c.t.u., che redasse la prima consulenza in precedente procedimento, ha affermato che la ricorrente tende a costituire un ostacolo al bisogno del minore di accedere serenamente e con continuità alla figura paterna, anche se non intenzionalmente....

Occorre evidenziare che il collegio non intende, nè potrebbe, sindacare valutazioni proprie della disciplina della psicologia o delle scienze mediche, ma può certo verificarne la correttezza applicativa sulla base di criteri universalmente conosciuti ed approvati. Orbene, in questo perimetro valutativo, il concetto di abuso psicologico, di cui discorrono i c.t.u., appare indeterminato e vago, e di incerta pregnanza scientifica, insuscettibile di essere descritto secondo i parametri diagnostici della scienza medica, e di ardua definizione anche secondo le categorie della disciplina psicologica. Non può essere sottaciuto che quest'ultima, a differenza della disciplina medica, utilizza modalità e parametri che pervengono a risultati valutativi non agevolmente suscettibili di verifiche empiriche, che siano ripetibili, falsificabili e confutabili secondo i canoni scientifici universalmente approvati, e di riscontri univoci attraverso protocolli condivisi dalla comunità scientifica.

Tale classificazione della condotta materialmente alienante che la ricorrente avrebbe esercitato sul figlio, sebbene scientificamente inconsistente, ha prodotto il risultato di correlare il supposto abuso psicologico al grave pregiudizio per il figlio, di cui all'art. 330 c.c., prospettando come conseguente - ma in realtà apodittica - la conclusione che il rifiuto del figlio d'incontrare il padre sia, quanto meno, il frutto di una condotta di mera lealtà del minore verso la madre. In altri termini, il fatto che il minore abbia sempre convissuto con la madre non equivale apoditticamente a sostenere che la sua volontà di non incontrare il padre, o di non incontrarlo con le frequenze prescritte, sia ineluttabilmente coartata dalla madre, attraverso schematismi, in mancanza

Piuttosto, la giurisprudenza mostra di preferire accertamenti “empirici” sulle condotte tenute dai genitori, prescindendo da- “rischiosi”- richiami alla Pas, pur se condotti dal Ctu.

Così Cass, 19 settembre 2022, n. 27346,, ha confermato il provvedimento di merito, di collocamento di un minore presso una casa famiglia, previa sospensione della responsabilità di entrambi i genitori; ciò a seguito di condotte gravemente svalutative del ruolo paterno tenute dalla madre, che aveva oltretutto del tutto isolato il figlio, con condotta “iperprotettiva”. Addirittura risultava che il bambino (n. nel 2014) ha ormai seri problemi di mobilità , perché non è abituato a camminare e a correre. La Ctu – e da qui la censura della madre – aveva fatto espresso riferimento alla Pas (il padre, peraltro, aveva anche adito – vittoriosamente- la Corte di Strasburgo).

Di contro, osserva la SC *“la pronuncia impugnata si fonda su fatti concreti e non su teorie astratte”; anzi, l’ampiezza e la coerenza del quadro probatorio ha indotto correttamente il giudice di merito a non svolgere ulteriori indagini sulle capacità genitoriali materne e sulla valutazione prognostica del collocamento comunitario*”.⁷⁰

La Ctu può contenere proposte di interventi di sostegno?

Il riferimento, di cui all’u.c. art. cit., alle *“eventuali specifiche proposte di intervento a sostegno del nucleo familiare e del minore”* merita una particolare attenzione.

Esso, certo, sembra riconoscere al Ctu anche alla possibilità di sondare *“la capacità trasformativa della coppia di fronte a una nuova esperienza rappresentata dalla Ctu stessa”*; in tale prospettiva i genitori sono i soggetti responsabili del progetto trasformativo, e non oggetti passivi di un giudizio valutativo fine a se stesso.⁷¹

In effetti le Ctu, sovente (anche in assenza di mandato) contengono una serie di suggerimenti, quali terapie psicologiche o anche psichiatriche, sia per la coppia che per i minori.

Si è però osservato, in dottrina, che la norma è formulata in termini prudenti:

“si vuole evitare che la Ctu, da mezzo istruttorio, per coadiuvare il giudice ...possa diventare il prodromo di un setting di un percorso psicologico o psichiatrico....le proposte di intervento non solo devono essere eventuali, ma pure specifiche, espungendosi indicazioni generiche, che talora si riducono a orpelli formalistici”.⁷²

di riscontri verificabili su un supposto rapporto di così grave soggezione implicante la negazione di ogni autonomo processo decisionale anche istintivo di un minore ormai dodicenne”.

⁷⁰ Cfr anche Cass 26279\22 che ha escluso che occorra la Ctu ai fini della previsione dell’affido eterofamiliare: *L’assunto sotteso alla doglianza secondo il quale l’affido eterofamiliare richieda in via automatica una necessaria preventiva consulenza tecnica d’ufficio endoprocedurale che svolga la valutazione delle rispettive capacità genitoriali e le migliori modalità di affidamento del minore, con la diretta conseguenza che in difetto l’affidamento sarebbe nullo non discende dall’applicazione dei principi della giurisprudenza di legittimità. Ciò che appare imprescindibile è la valutazione non risalente da parte di professionisti competenti e terzi rispetto alle parti dei fatti concreti rilevanti ai fini della decisione e direttamente apprezzabili oltre che caratterizzanti le relazioni del minore con i genitori.*

Nel caso di specie, come rilevato dalla corte d’appello, la valutazione delle capacità genitoriali è stata effettuata da un Equipe multidisciplinare costituita all’interno dell’Asl Umbria, cioè da un organismo costituito da dipendenti dell’Asl istituzionalmente investito della materia della valutazione delle competenze genitoriali e composta da professionisti aventi differenti competenze mediche, psicologiche, neuropsichiatriche “

⁷¹ VILLA, *Una questione controversa: il senso della consulenza tecnica nelle contese familiari, in osservatorio sul diritto di famiglia, Diritto e processo, Roma 23-26.*

⁷² FIGONE, *cit.*, p. 85.

In sostanza la novella recepisce orientamenti ormai consolidati della giurisprudenza di legittimità⁷³, come dalla dottrina, che richiama anche per la Ctu il principio del giusto processo:

*“il Ctu ha da essere terzo, imparziale, indipendente, libero da preconcetti, ancorchè munito, per definizione, di parametri e conoscenze scientifiche, per formare il proprio convincimento tecnico solo attraverso ciò che avviene nel procedimento di consulenza tecnica e all'interno di questo, prestando il più attento ascolto alle parti, rappresentate dai loro consulenti: solo così, in forma dialettica e aperta, può aversi piena conoscenza dei fatti che, per esser correttamente percepiti, compresi e ricostruiti mediante ragionamenti inferenziali, esigono il compiuto svolgimento del gioco processuale nel campo specialistico degli esperti, in ragione del tasso intrinsecamente tecnico dei fatti giuridicamente rilevanti per la soluzione della lite”.*⁷⁴

Qual era l'esatta portata del ruolo del coordinatore genitoriale nella giurisprudenza prenovella?

“La sua designazione risponde quindi alla specifica finalità di facilitare la risoluzione di future dispute tra genitori (tanto più ricorrenti ove la fattispecie si connota per l'elevato tasso di conflittualità) e con lo scopo di ridurre l'eccessivo ricorso ad azioni giudiziarie

La coordinazione genitoriale rappresenta uno strumento basato sul necessario previo accordo dei genitori, pur se in qualche modo sollecitato dalla presenza di un contesto giudiziale. Non è un caso, quindi, che la sua matrice sia strettamente giurisprudenziale. ..Volendo descrivere la figura del coordinatore genitoriale, dalla sua funzione di esperto facilitatore discende la sua caratteristica primaria di essere un professionista (id est un soggetto privato) dotato di adeguate competenze nella gestione dei conflitti familiari e nella comprensione delle dinamiche evolutive. Proprio per la sua fondamentale caratteristica di essere un professionista, il coordinatore si distingue da ulteriori soggetti dei quali il nostro ordinamento dispone per monitorare il rispetto dei provvedimenti relativi all'affidamento e agli aspetti personali della prole. Il riferimento è ovviamente ai servizi socio-assistenziali, dislocati su tutto il territorio e sovente utilizzati con funzioni di ausilio e controllo dell'ottemperanza dei provvedimenti giudiziali. In questo caso il plus rispetto all'esperienza dei servizi socio-assistenziali risiede in ciò, che il coordinatore genitoriale ha una funzione riservata e con essa un'attenzione mirata al caso di specie e alle sue specifiche esigenze. Da questo punto di vista, rispetto ai servizi socio-

⁷³ Tanto tenuto conto della rilevanza della Ctu ai fini della decisione, cfr Cass. 19 febbraio 2020, n. 4210, secondo cui, qualora il giudice del merito aderisca al parere del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto ad esporne in modo specifico le ragioni poiché l'accettazione del parere, delineando il percorso logico della decisione, ne costituisce adeguata motivazione, non suscettibile di censure in sede di legittimità, ben potendo il richiamo, anche "per relationem" dell'elaborato, implicare una compiuta positiva valutazione del percorso argomentativo e dei principi e metodi scientifici seguiti dal consulente. Diversa è invece l'ipotesi in cui alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio siano state avanzate critiche specifiche e circostanziate, sia dai consulenti di parte che dai difensori: in tal caso il giudice del merito, per non incorrere nel vizio di assenza del requisito motivazionale ex 360 n. 4 e 132 n. 4, è tenuto a spiegare in maniera puntuale e dettagliata le ragioni della propria adesione all'una o all'altra conclusione.

Sullo spazio di intervento del Ctu cfr Cass. 1 febbraio 2022, n. 3086: *“In materia di consulenza tecnica d'ufficio, il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite, il cui accertamento si renda necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio”.*

⁷⁴ TEDOLDI cit., p. 1177.

assistenziali, esso consente di garantire un intervento più strutturato e capillare e quindi maggiormente dedicato... La funzione del coordinatore ha quindi carattere generale, risolvendosi in una supervisione e sostegno nella gestione futura dei più rilevanti aspetti relativi alla prole. Anche se esercitato nella vita quotidiana, il suo compito rimane peraltro in qualche modo legato al processo, sia pure in negativo, in quanto è come si è detto proteso a prevenire il ricorso a ulteriori provvedimenti giudiziari in punto di responsabilità genitoriale. Come spesso si è sottolineato nella giurisprudenza, la figura del coordinatore deve anche facilitare la risoluzione delle dispute tra genitori altamente conflittuali e scongiurare l'eccessivo ricorso ad azioni giudiziarie. Sotto questo profilo tra gli specifici compiti del coordinatore genitoriale può essere individuato anche quello di segnalare all'autorità giudiziaria ogni condizione di concreto pregiudizio psicofisico della minore che venisse a ravvisare. A questo proposito, tuttavia, è da escludere una legittimazione processuale diretta in capo al coordinatore genitoriale... per la sua funzione decisionale e di assunzione delle scelte necessarie nell'interesse del minore, acquisti anche alcune delle tipiche caratteristiche dell'arbitro"⁷⁵

La figura dell'esperto, di cui all'art. 473 bis.²⁶⁷⁶ corrisponde a prassi presenti in taluni tribunali, sviluppate dalla constatazione della necessità che il giudice della famiglia e dei minori sia coadiuvato da professionisti esperti in altri saperi, appunto i coordinatori genitoriali, non solo a fini di valutazione ma anche al fine di attuare specifici interventi.

⁷⁵ Così lucidamente DANOVI, *La coordinazione genitoriale nella crisi della famiglia: stato dell'arte e prospettive future*, Riv. Fam., 2022, 1023 ss., il quale ancora osserva: "Dal punto di vista della durata dell'incarico, infine, nel dare atto della scelta delle parti di dare ingresso al percorso di coordinazione genitoriale può invero risultare opportuna la fissazione da parte del giudice di un termine, affinché i genitori non traggano la sensazione di essere vincolati sine die a ricorrere all'ausilio di un terzo, in qualche modo "ipotecando" il pieno senso della responsabilità genitoriale. Naturalmente, nessuna obiezione si pone a che il termine possa essere anche alla scadenza prorogato in caso di persistente necessità... Il coordinatore genitoriale deve come detto affiancare i genitori nella gestione della relazione con il minore e nell'assunzione delle scelte fondamentali che lo riguardano. In concreto, di regola vengono individuati alcuni compiti rientranti in ambiti ormai "tipizzati", ma che possono anche essere diversamente declinati in ragione delle peculiarità proprie di ogni fattispecie, favorendone alcuni in merito ai quali è avvertita nel singolo contesto di crisi familiare una particolare importanza e urgenza di provvedere. Tra i compiti generali, vi è certamente quello del controllo e monitoraggio della relazione genitori/figli, in relazione alla quale il coordinatore genitoriale è chiamato a vigilare sull'osservanza del calendario di visite e incontri con il genitore presso il quale il figlio non vive in prevalenza, e a segnalare eventuali comportamenti disfunzionali, indicando quelle che possono essere i necessari interventi per correggerli. Da questo punto di vista, il coordinatore genitoriale viene chiamato proprio a "salvaguardare e preservare" la relazione dei genitori con il minore... A questi compiti generali si collega poi lo specifico ausilio ai genitori per quanto riguarda le scelte formative dei figli, con il potere di assumere le decisioni più opportune nel superiore interesse del minore in caso di eventuale disaccordo tra i genitori stessi... Cci si è in particolare interrogati se possano essere integralmente delegate al coordinatore anche le decisioni di maggiore interesse relative ai figli, quali quelle di carattere medico, scolastico o educativo. La premessa al riguardo è che in questi contesti è in linea di principio opportuno evitare di attribuire al coordinatore una discrezionalità esclusiva e con essa una responsabilità integrale nell'assunzione di scelte così delicate, rimanendo preferibile che le stesse vengano comunque assunte nel rispetto di un perimetro di riferimento indicato dal giudice e in attuazione dell'assetto di condizioni dallo stesso delineato (ovvero concordato tra le parti). Ma non è escluso che, di fronte a opzioni che comunque il giudice ha già vagliato (valutando ad esempio se alcune debbano essere scartate a priori), in caso di perdurante stallo la scelta definitiva sia compiuta proprio dal coordinatore genitoriale... Occorre ricordare come al coordinatore genitoriale non competano mai poteri processuali, tenendo conto che la sua funzione è quella di aiutare i genitori a risolvere le situazioni di stallo dovute al conflitto ma inerenti alle decisioni da assumere al di fuori del processo. Di qui la netta differenza, ad esempio, tra la figura del coordinatore e quella del curatore speciale.

⁷⁶ Attuazione del criterio di delega contenuto nell'art. 1, comma 23, lett. ee), l. n. 206/2021 nel quale era prevista: "la facoltà per il giudice, anche relatore, su richiesta concorde di entrambe le parti, di nominare un professionista, scelto tra quelli iscritti nell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio, ovvero anche al di fuori dell'albo in presenza di concorde richiesta delle parti, dotato di specifiche competenze in grado di coadiuvare il giudice per determinati interventi sul nucleo familiare, per superare i conflitti tra le parti, per fornire ausilio per i minori e per la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli".

La norma prevede appunto la possibilità che il giudice possa nominare ai sensi dell'articolo 68 c.p.c., quale suo ausiliario, un professionista, scelto tra quelli iscritti all'albo dei CTU⁷⁷ (ovvero anche al di fuori dell'albo in presenza di concorde richieste delle parti) per compiere specifiche attività, espressamente demandate dal giudice, qualora necessarie alla risoluzione del conflitto familiare o a fini di ausilio o sostegno alla relazione genitori-figli.

In dottrina si è però osservato che il coordinatore genitoriale, quale configurato dall'art. 473 bis. 26, è chiamato a svolgere una funzione molto diversa da quella elaborata" dalla giurisprudenza di merito.

Questa infatti nominava tale professionista, di norma su accordo delle parti, all'esito di un percorso valutativo già compiuto dal Ctu, o di un intervento dei servizi sociali.

Soprattutto il coordinatore agiva sulla base di un articolato piano genitoriale, "fonte contrattuale" del suo potere di azione, il tutto ratificato dall'AG.⁷⁸

Il coordinatore generale, quindi, opera- secondo la giurisprudenza di merito- "fuori" e all'esito di un procedimento, allo scopo di migliorare la comunicazione tra i genitori, nel rispetto degli accordi già raggiunti: *"di fronte ad una conflittualità tra i genitori protratta nel tempo, eventualmente complicata dalla sovrapposizione di molteplici interventi...la giurisprudenza di merito aveva tentato di fermar il moltiplicarsi del contenzioso o arrestare il loro lungo protrarsi attraverso l'operato nella gestione quotidiana dei figli di un soggetto autorevole, a cui i genitori si sarebbero dovuti riferire. Spesso infatti il procedimento giudiziario perpetuava, patologicamente, un rapporto di coppia irrisolto, e che funzionava da cassa di risonanza di istanze altre. La coordinazione genitoriale, in modo concreto, "riorientava le pari all'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale, attraverso un piano che ne regolava gli accordi con dettagliate indicazioni"*.⁷⁹

Per riferimenti giurisprudenziali cfr:

- *Nei processi della crisi della famiglia, sull'accordo delle parti, può essere designato un coordinatore genitoriale, soggetto terzo, privato e qualificato in quanto dotato di specifiche competenze, che - affiancando i genitori - li aiuti a ridurre il tasso di conflittualità e a ritrovare una corretta gestione della genitorialità condivisa, individuando altresì le necessarie soluzioni relativamente alle scelte di carattere medico, scolastico o educativo da assumere in relazione alla prole minore, nel rispetto e in attuazione dell'assetto di condizioni concordato ovvero indicato dal tribunale.*

Al coordinatore genitoriale viene demandato il compito di facilitare la risoluzione delle dispute tra genitori altamente conflittuali e prevenire il ricorso a ulteriori iniziative giudiziali in punto di responsabilità genitoriale; il coordinatore genitoriale non ha poteri processuali, poiché il suo obiettivo è

⁷⁷ Sono stati novellati anche gli art. 13 e 15 disp. att. C.p.c.; la prima disposizione prevede l'inserimento nelle categorie di Ctu anche quella della neuropsichiatria infantile, la psicologia dell'età evolutiva, la psicologia giuridica e forense (non anche la psichiatria), la seconda disposizione richiede per l'iscrizione all'albo una comprovata esperienza professionale in materia di violenza domestica e di minori, possesso di adeguati titoli di specializzazione o approfondimento post universitario in materie attinenti, ecc. Cfr anche l'art. 24 bis disp. att. c.p.c., sulla introduzione dell'elenco nazionale dei consulenti tecnici.

⁷⁸ LANZA, cit., p. 143, anche per riferimenti giurisprudenziali. La novella richiama due volte il piano genitoriale, all'art. 473 bis. 12 (con riferimento al ricorso introduttivo) e all'art. 473 bis. 50 (come risultato di una proposta del giudice). Sul coordinatore genitoriale cfr DANOVÌ, *Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia* (osservazioni a Trib. Milano 29 luglio 2016), in *Famiglia e dir.*, 2017, 797.

⁷⁹ LANZA, cit., p. 144

risolvere i conflitti al di fuori del processo (e prima ancora ridurre al massimo i conflitti stessi), Trib. Milano 29 luglio 2016⁸⁰;

- A fronte dell'elevata conflittualità dei genitori (nella specie, non coniugati), il giudice può disporre l'affido condiviso della figlia minore (nella specie, di circa cinque anni di età), designando però anche, in via provvisoria, un coordinatore genitoriale, in persona di un assistente sociale, con la funzione di guidare i genitori nell'attuazione del piano dagli stessi elaborato nel corso di una consulenza tecnica d'ufficio (il tribunale ha anche fissato, a distanza di sei mesi, una udienza di verifica), Trib Civitavecchia 20 maggio 2015⁸¹

- In tema di modifica delle condizioni di separazione consensuale dei coniugi, va sospesa la responsabilità genitoriale dei genitori che, per fortissima conflittualità e reciproco ostruzionismo, hanno gravemente sottovalutato la difficile condizione del figlio, di circa dieci anni di età, cui è stata diagnosticata la sindrome dello spettro autistico, fermo il collocamento presso la madre, ma con conseguente designazione di un tutore pubblico, delegato alla scelta degli interventi riabilitativi e della individuazione del momento e delle modalità di ripresa degli incontri padre-figlio, sospesi da un considerevole periodo di tempo in ragione dell'opposizione di quest'ultimo, Trib. Roma 19 ottobre 2017⁸²

Come si configura il coordinatore genitoriale ai sensi della novella?

L'art. 473 bis. 26 ha inserito l'operato del coordinatore nella cornice processuale offerta dall' articolo 68 c.p.c. L'esperto in parola, quindi- osserva la Rel. del Massimario - è incaricato di assistere il giudice ai sensi dell'articolo 337-ter c.c., norma che prevede che il giudice adotti “*i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*” per “*assicurare che il figlio mantenga un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori*”; solo il ricorso ad un professionista esperto può consentire di assistere l'autorità giudicante nel compimento di queste attività.

Secondo la Rel. governativa il coordinatore è nominato “*non solo ai fini di una valutazione, ma anche al fine di attuare specifici interventi*”; da qui, appunto, il riferimento all'art. 68 c.p.c.

In sostanza egli opera , sulla famiglia disfunzionale, in due direzioni: può agevolare il superamento del conflitto, il che però ne rende ibrido il ruolo.

⁸⁰ In *Famiglia e dir.* 2017, 793, con nota di DANNOVI

⁸¹ In *Foro It.* 2016, I, 1655, con osservazioni di CASABURI: “ *rib. Civitavecchia 20 maggio 2015, in rassegna, introduce — accanto ai genitori, nei cui confronti pure è stato disposto l'affido condiviso della figlia minore — una figura nuova ed ignota al dato normativo, il coordinatore familiare, chiamato (provvisoriamente) ad assistere i genitori (la cui responsabilità non sembra incisa, almeno non direttamente), nell'attuazione del piano genitoriale: altra figura estranea al dato normativo vigente, e non meglio precisata nel contenuto (trasposta, non a caso, dalla c.t.u.).*

Evidentemente i giudici, che si sono limitati ad evocare (non meglio precisate) esperienze straniere, hanno ritenuto di avvalersi del potere di conformare elasticamente le statuizioni relative ai minori, ai sensi degli art. 336 e 337 ter c.c. (come affermato espressamente dal provvedimento romano in rassegna).

D'altronde Trib. Reggio Emilia 11 giugno 2015, Foro it., 2016, I, 903, ha attribuito a soggetti terzi l'adozione delle decisioni di maggiore importanza relative ad un minore (in affido condiviso, nella separazione dei genitori) affetto da gravi patologie psichiatriche; cfr. anche Trib. Potenza 12 gennaio 2016, ibid., 1458, che ha disciplinato il diritto (o piuttosto il dovere) di visita del genitore non convivente nei riguardi di un figlio maggiorenne ma portatore di gravissimo handicap.

⁸² In *Foro It.* 2018, I, 1048

Egli è sì nominato col consenso delle parti (che sembra revocabile; ma quid iuris se la revoca proviene da uno solo?), ma opera nei limiti del mandato ricevuto dal giudice, cui relaziona periodicamente, e del resto la sua funzione cessa al momento della decisione.

Così ancor la Rel. cit.:

“A queste figure può farsi ricorso solo con l’assenso di entrambe le parti del processo, sia per i costi dell’ausiliario eventualmente nominato, che saranno a carico delle parti (salva la possibilità di ricorrere al patrocinio a spese dello Stato per le parti ammesse al beneficio), sia per la particolarità degli interventi demandati all’esperto che necessitano della collaborazione e non dell’opposizione delle parti. In caso di opposizione il giudice potrà ricorrere agli ordinari strumenti di ausilio.

La norma non indica gli esatti contenuti dell’incarico demandato a tali ausiliari, descrivendone soltanto i fini; si tratterà infatti di interventi non codificati, ma da adattare alle singole fattispecie per superare i conflitti tra le parti, ovvero fornire ausilio ai minori, in particolare per favorire la ripresa o il miglioramento delle relazioni genitori-figli dove incrinata o interrotte.

Il secondo comma precisa che il giudice individua esclusivamente gli obiettivi dell’intervento, assegnando termini, anche periodici qualora si tratti di interventi che necessitino di un consistente lasso di tempo per essere realizzati, alla scadenza dei quali l’ausiliario dovrà depositare una relazione sull’attività svolta con concessione di termini anche alle parti per il deposito di note scritte. Tale intervento è diverso da quelli valutativi propri della CTU, avvicinandosi agli interventi di sostegno perché finalizzato a risolvere situazioni in cui le relazioni genitori figli risultino compromesse, ovvero emergano specifiche difficoltà dei minori. Il giudice procedente conserva per tutta la durata dell’intervento un ruolo di controllo e di guida dello stesso, in quanto il comma terzo precisa che in caso di questioni sui poteri e sui limiti dell’incarico conferito sia l’ausiliario sia le parti potranno rivolgersi al giudice, che adotterà i provvedimenti opportuni.”

Qual è l’esatto ruolo del coordinatore?

La dottrina si è mostrata critica nei confronti della impostazione normativa, sul presupposto che essa è ben distante dalla ricostruzione giurisprudenziale sopra richiamata:

“si è data vita ad una alternativa, a maglie larghe, alla Ctu, oggi disciplinata a maglie strette”⁸³

Infatti, al Ctu, ma anche ai servizi sociali, sono precluse quelle valutazioni con ad oggetto caratteristiche e profili di personalità che non sono incidenti sulle capacità genitoriali, ciò in forza rispettivamente degli art. 473 bis. 26 e 473 bis.28 c.p.c., di contro questa limitazione non opera per il coordinatore genitoriale, atteso che la norma in esame tace sul punto.

“ne consegue che proprio questa delimitazione dell’operato di consulenti e servizi...potrebbe consentire ad altro soggetto, che non presta alcun giuramento, i cui obiettivi sono determinati dal giudice, in assenza di periti di parte, di dare al giudizio elementi di valutazione al di fuori del perimetro delle norme più sopra indicate. Se questa è la sua modalità di intervento nel procedimento giudiziario, il coordinatore genitoriale, rectius l’ausiliario di cui all’art. 68 c.p.c., diviene una specie di ctu”⁸⁴

⁸³ LANZA, cit., p. 144.

⁸⁴ LANZA, cit., p. 149. L’a. reputa che – certo forzando la norma - si può demandare l’attività di controllo, una volta definito il processo, al giudice tutelare, ex art. 344 c.c. Sotto un diverso profilo, l’a. “valorizza” l’art. 473 bis.50 c.p.c., che consente al giudice di proporre un

Il coordinatore opera quindi senza i limiti propri dell'attività del Ctu e dei servizi sociali, e ha un potere di intervento che sembra sottratto a metodologie scientifiche.

La stessa Cassazione, del resto, ha confermato che il giudice può porre a base della sua decisione, quali prove atipiche, le relazioni del coordinatore genitoriale, che pure opera in sostanziale autonomia (fermo che le parti possono presentare note scritte sul suo operato)⁸⁵.

Qual è il ruolo dei servizi sociali?

L'art. 473-bis.27⁸⁶ infine, detta alcune indicazioni di raccordo tra l'organo giudicante e i servizi sociali o sanitari che lo stesso abbia ritenuto di fare intervenire nel conflitto familiare e il cui compito è destinato a durare lungo un arco temporale spesso non definibile a priori e comunque ulteriore rispetto al momento finale di definizione del giudizio.

A tal fine, e dal punto di vista organizzativo, si prevede in primo luogo che ogni volta in cui il giudice dispone l'intervento dei servizi sociali o sanitari, egli debba indicare "in modo specifico" l'attività ad essi demandata (ovvero il perimetro di compiti assegnati ai servizi, ad evitare indebiti interessamenti e più ancora mancanze rispetto ai compiti loro attribuiti) e fissare i termini entro cui i servizi sociali devono depositare una relazione periodica sull'attività svolta, e quelli entro cui le parti possono depositare memorie. Dal punto di vista del contenuto delle relazioni, è stato poi considerato fondamentale, così come nelle relazioni dei consulenti, che nelle relazioni dei servizi siano concretamente distinguibili i diversi aspetti relativi all'intervento, ovvero i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e dai terzi e le eventuali valutazioni formulate dagli operatori che, ove aventi oggetto profili di personalità delle parti, devono essere sempre fondate su dati oggettivi e su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica, da indicare nella relazione.

È poi assicurato il dovuto regime di pubblicità, o meglio di informativa, sempre tenuto conto che la situazione familiare è in costante evoluzione e quindi appare necessario poter verificare come le eventuali criticità riscontrate all'interno del nucleo o i disagi espressi dai minori trovino nel tempo lo sperato ristoro, e a tal fine si è previsto che le relazioni dei servizi devono essere ostensibili alle parti, che possono quindi prendere visione ed estrarre copia delle relazioni e di ogni accertamento compiuto dai responsabili del servizio sociale

piano genitoriale; questo però presuppone una conoscenza approfondita della situazione familiare, che non si meramente il frutto di quanto allegato dai genitori.

Il coordinatore potrebbe allora aiutare i genitori ad articolare un accordo dettagliato sulle questioni più complesse (es. educazione scolastica o religiosa); il coordinatore avrebbe allora il compito di "verificare se sia possibile costruire insieme ai genitori un piano aderente alle esigenze di quel nucleo familiare e divenire una sorta di interlocutore privilegiato nel caso in cui...i genitori non trovassero comunque intesa. Il piano genitoriale diverrebbe quindi l'obiettivo...limitando la possibilità di fornire elementi valutativi al di fuori di un contesto non qualificato".

⁸⁵ Cass. 19 settembre 2022, n. 27348; sulla prova atipica cfr anche Cass. 1 settembre 2015, n. 17392: "Nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, sicché il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cd. atipiche, quali le dichiarazioni scritte provenienti da terzi, della cui utilizzazione fornisca adeguata motivazione e che siano idonee ad offrire elementi di giudizio sufficienti, non smentiti dal raffronto critico con le altre risultanze istruttorie, senza che ne derivi la violazione del principio di cui all'art. 101 c.p.c., atteso che, sebbene raccolte al di fuori del processo, il contraddittorio si instaura con la produzione in giudizio".

⁸⁶ La l. delega, art. 1, comma 23, lett. ff) invitava il legislatore delegato ad adottare puntuali disposizioni per regolamentare l'intervento dei servizi socio-assistenziali o sanitari, in funzione di monitoraggio, controllo e accertamento

o sanitario incaricati, trasmessi all'autorità giudiziaria, salvo che sussistano particolari ragioni di segretezza per cui la legge disponga diversamente.

§ 11 Cumulo di domande di separazione e di divorzio nello stesso giudizio

Art. 473-bis.49

(Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio).

Negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse.

Le domande così proposte sono procedibili decorso il termine a tal fine previsto dalla legge, e previo passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia la separazione personale.

Se il giudizio di separazione e quello di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio sono proposti tra le stesse parti davanti a giudici diversi, si applica l'articolo 40. In presenza di figli minori, la rimessione avviene in favore del giudice individuato ai sensi dell'articolo 473-bis.11, primo comma.

Se i procedimenti di cui al secondo comma pendono davanti allo stesso giudice, si applica l'articolo 274.

La sentenza emessa all'esito dei procedimenti di cui al presente articolo contiene autonomi capi per le diverse domande e determina la decorrenza dei diversi contributi economici eventualmente previsti.

La disposizione in esame è di sicuro interesse, e fortemente innovativa, se non rivoluzionaria⁸⁷; è stata qui attuata la delega, art. 1, comma 23, lett. bb)⁸⁸

Si è evocato, al riguardo, una *“tappa di rilievo addirittura culturale nell'evoluzione del diritto della famiglia”*,⁸⁹ che condurrà – in via di novellazione della legge processuale e non sostanziale – alla sostanziale “abrogazione” della separazione personale dei coniugi (“passando” per lo “svuotamento” dell’addebito e dell’assegno di mantenimento).

Si è voluto qui porre rimedio a una situazione di frequente verifica, specie dopo l’abbreviazione dei tempi per il divorzio, e il riconoscimento (prima giurisprudenziale, poi normativo) delle pronunce non definitive sullo status.

Nella prassi, infatti, il giudizio di divorzio viene proposto sovente mentre è ancora pendente (quanto alle questioni accessorie) quello sulla separazione.

Tale pendenza simultanea non fa venire meno il giudizio di separazione, sicchè

“le parti restano coinvolte , spesso per tempi non brevi, in due procedimenti paralleli, con una duplicazione delle attività processuali e dei relativi costi. La normativa previgente non prevedeva disposizioni specifiche per

⁸⁷ Così SAPI- SIMEONE; in SIMEONE; cit. , p. 33

⁸⁸ Così la delega: *“Si invita il legislatore delegato a “prevedere che nel processo di separazione tanto il ricorrente quanto il convenuto abbiano facoltà di proporre domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponendo che quest’ultima sia procedibile solo all’esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale che abbia pronunciato la separazione e fermo il rispetto del termine previsto dall’articolo 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e che sia ammissibile la riunione dei procedimenti aventi ad oggetto queste domande qualora pendenti tra le stesse parti dinanzi al medesimo tribunale, assicurando in entrambi i casi l’autonomia dei diversi capi della sentenza, con specificazione della decorrenza dei relativi effetti”.*

⁸⁹ PALADINI, *Il simultaneus processus di separazione e divorzio*, in CECHELLA, cit. p. 41-55

*gestire una situazione di questo tipo. Solo in alcuni tribunali si cercava di coordinare i due procedimenti attraverso l'assegnazione al medesimo giudice istruttore o consentendo la riunione".*⁹⁰

A tale situazione ha appunto cercato di porre rimedio la nuova norma.

Come si realizza il *simultaneus processus*?

E' così ora possibile la proposizione contestuale, in un unico procedimento, della domanda di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso, con un unico rito, dinanzi ad un unico giudice.

Ciò pur se, nella fase iniziale del giudizio di separazione, non si è ancora verificato il presupposto per la pronuncia di divorzio che, quindi, a rigore, sarebbe inammissibile. Ora è invece introdotta una

*"procedibilità condizionata della domanda di divorzio, proposta in cumulo "subordinato" rispetto a quella di separazione".*⁹¹

La domanda di divorzio (e quelle accessorie) sarà procedibile decorso il termine di legge, e previo passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale.

Il simultaneus processus potrà realizzarsi in tre diversi modi:

--a) proponendo la domanda di scioglimento del matrimonio negli atti introduttivi del procedimento di separazione (in questo caso, come detto, tale pretesa sarà "procedibile solo all'esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale che abbia pronunciato la separazione e fermo il rispetto del termine di legge"⁹²;

--b) disponendo la riunione dei due giudizi (separazione e divorzio) pendenti tra le stesse parti, cfr *infra*.

Ratio della norma- ma si vedranno *infra* i limiti di tale previsione- è di consentire che sia "trasfusa" l'intera istruttoria già realizzata nel procedimento separativo all'interno del procedimento divorzile, con evidente rispetto del principio di economia processuale, ma anche - così la Rel. ministeriale - quello "di ridurre il numero dei procedimenti pendenti dinanzi alle corti superiori in quanto, qualora impugnata la sentenza emessa all'esito della definizione del giudizio di primo grado sui procedimenti riuniti, genererà un unico procedimento pendente in corte di appello ed in Cassazione, in luogo di due (impugnazione della separazione e successivamente del divorzio)".

La dottrina ha accolto favorevolmente la nuova disposizione:

"Evidenti sono i vantaggi di un cumulo siffatto sia per quanto riguarda l'attività processuale delle parti, sia per quanto riguarda la formazione del convincimento del giudice che ben potrà avvalersi nel decidere sulla domanda di divorzio anche degli accertamenti istruttori e della conoscenza delle circostanze emerse nel giudizio di separazione riguardanti la crisi del rapporto coniugale e la percezione delle esigenze di tutela dei minori... Il procedimento è unitario anche se articolato in due fasi. Ne deriva che determinati adempimenti richiesti dalla legge per il giudizio di separazione possono valere anche per la fase del procedimento riguardante la domanda di divorzio: così è, ad esempio, per quanto riguarda la costituzione in giudizio del convenuto, per il deposito dei documenti sull'assetto patrimoniale delle parti, per l'efficacia delle prove assunte

⁹⁰ LUPOI, *I procedimenti speciali*, in DIDONE- DE SANTIS, cit., p. 572.

⁹¹ LUPOI, cit., p. 573.

⁹² Dodici mesi dall'avvenuta comparizione personale dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale] previsto dall'art. 3 l. 1° dicembre 1970, n. 898 come modificato dall'art. 27 del d.lgs. n. 149/2022.

nel giudizio di separazione e per la possibilità di omettere un nuovo tentativo di conciliazione; ancora avrà efficacia anche nel giudizio di divorzio l'eventuale accordo sulla legge applicabile concluso nell'udienza di comparizione del giudizio di separazione come vuole il nuovo art. 31 della legge sul sistema italiano di diritto internazionale privato, come modificato

*dall'art. 29, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, là dove prevede che l'accordo possa essere concluso non oltre l'udienza di comparizione dei giudizi di separazione e divorzio*⁹³

Quali sono i presupposti di procedibilità della domanda di divorzio?

La procedibilità della domanda di divorzio è quindi condizionata ad un doppio requisito: passaggio in giudicato della sentenza "parziale" di separazione (prevista dal vigente all'art. 709 bis c.p.c.) e rispetto del tempo di ininterrotta separazione previsto dall'art. 3 l. div.

In particolare una pronuncia passata in giudicato (quella sulla separazione) è pregiudiziale all'altra (quella di divorzio) e lo svolgimento di una parte di un procedimento (quello di separazione fino alla sentenza parziale sullo status) è propedeutico allo svolgimento dell'altro procedimento (quello di divorzio).

In sostanza il divorzio è introdotto contestualmente alla separazione ma la sua trattazione è ferma fino al maturare delle indicate condizioni previste dalla legge.

Più di preciso, allora, la trattazione delle due cause è scaglionata, pur se è da chiarire se il riferimento è al solo status od anche alle domande a questa connesse (affidamento dei figli, assegnazione della casa familiare, determinazione del contributo al mantenimento della prole e del coniuge), ossia alle domande per le quali occorre compiere accertamenti analoghi nei due procedimenti.⁹⁴

⁹³ TOMMASEO, *cit.*, p. 293

⁹⁴ *Ad avviso della Commissione Luiso la contemporanea proposizione del giudizio di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso è consentita in quanto la contemporanea proposizione di domande di stato, tra le quali sussista rapporto di pregiudizialità (essendo necessario il passaggio in giudicato dell'una domanda perché ricorra la condizione per proporre dell'altra), non è ostacolata dall'esistenza di tale rapporto, potendo la seconda domanda essere decisa solo all'esito del passaggio in giudicato della prima; di contro, l'opzione "garantirà economie processuali, potendo il giudice per numerose domande (affidamento dei figli, assegnazione della casa familiare, determinazione del contributo al mantenimento della prole, del coniuge e dell'ex coniuge) compiere analoghi accertamenti, con considerevole risparmio di tempo e di energie processuali".*

Al riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato che la contemporanea proposizione di domande di stato, tra le quali sussista rapporto di pregiudizialità, essendo necessario il passaggio in giudicato dell'una domanda perché ricorra la condizione per proporre l'altra, non è ostacolata dall'esistenza di un rapporto di pregiudizialità, potendo la seconda domanda essere decisa solo all'esito del passaggio in giudicato della prima.

Dalla propedeuticità di una pronuncia rispetto all'altra discende l'autonomia dei diversi capi della sentenza, per cui la sentenza che decide le due cause è formalmente unica ma contiene pronunce sostanzialmente autonome, mantenendosi separati i capi a contenuto patrimoniale anche a cagione della diversa funzione cui assolvono.

Infatti, l'art. 473-bis.49, ultimo comma, c.p.c. dispone che "la sentenza emessa all'esito dei procedimenti di cui al presente articolo contiene autonomi capi per le diverse domande" [quello di separazione e quello di divorzio], si tratta di disposizione superflua, considerato che l'autonomia di capi di sentenza su diverse domande è già nell'ordine delle cose e non richiede certo di essere garantita da alcun intervento normativo.

Si tratta di un'innovazione - la possibilità di cumulo dei giudizi della crisi matrimoniale - che si rivelerà probabilmente utile per risolvere le (tante) questioni di interferenza tra i processi di separazione e quello di divorzio (proposti autonomamente). Deve, tuttavia, evidenziarsi che una siffatta facoltà, nei casi di forte conflittualità, che nei giudizi in questione raggiunge picchi inusuali in altre materie, apre al rischio di impugnazioni strumentalmente volte a impedire il passaggio in giudicato della sentenza sullo status al fine di procrastinare per periodi di tempo significativamente lunghi ove l'impugnazione prosegua anche in Cassazione. V'è da ritenere che, in quanto facoltà, il giudice possa rigettarla: anche per questa pronuncia, tuttavia, sarebbe necessario attendere la conclusione del giudizio di separazione, con un allungamento dei tempi che non pare coerente con lo spirito acceleratorio delle novità in commento né col principio della ragionevole durata del processo.

Né va trascurato che la riduzione dei termini processuali, e la concentrazione della trattazione del procedimento nella prima udienza, la stregua della novellazione, farà sì che la sentenza di separazione (non definitiva) potrà essere emessa all'esito della prima udienza; il passaggio in giudicato consentirà l'automatica prosecuzione del giudizio di divorzio.⁹⁵

Si pongono sin d'ora alcuni problemi.

Come opera la riunione dei procedimenti di separazione e di divorzio pendenti tra le stesse parti?

Quanto alla riunione del procedimento di separazione e di quello di divorzio pendenti tra le stesse parti, la norma distingue tra due ipotesi:

-i due procedimenti possono pendere davanti allo stesso tribunale, e allora troverà applicazione l'art. 274 c.p.c.

-ovvero possono pendere dinanzi a giudici diversi, e allora trova applicazione l'art. 40 c.p.c. (art. 473-bis.49 c.p.c.).⁹⁶ Di norma la riunione avviene innanzi al giudice della separazione, che è quello adito per primo ma, in presenza di figli minori la rimessione avverrà in favore del tribunale del luogo di residenza abituale del minore (principio di concentrazione delle tutele).

Quid iuris, sotto il profilo del diritto intertemporale, se il giudizio di separazione è stato instaurato prima dell'entrata in vigore della novella (28 febbraio 2023), mentre quello di divorzio lo è stato successivamente, e quindi è soggetto al rito unificato?.

*“per ragioni di economia processuale si dovrebbe ritenere che...possa applicarsi la nuova disciplina...ma solo nell'ipotesi di remissione della causa al giudice della separazione, e non anche nel caso in cui, in forza dell'art. 473 bis.49, la rimessione operi in favore del giudice del divorzio, fermo restando che quest'ultimo mantiene in via esclusiva, e anche in questa seconda ipotesi, la potestas iudicandi in materia di provvedimenti in favore della prole”.*⁹⁷

Che accade quando la separazione si converte in consensuale?

⁹⁵ Per una critica di sistema cfr PALADINI, secondo cui con la proposizione simultanea delle due domande si consente al coniuge ricorrente di ritenere definitivamente e irreparabilmente cessata la comunione materiale e spirituale, rinunciando a priori alla mera sospensione degli obblighi matrimoniali conseguenti alla separazione (mentre, secondo l'autore, sarebbero frequenti i casi di riconciliazione post separazione).

⁹⁶ Si tratta, quindi, di due procedimenti introdotti separatamente e che solo successivamente confluiscono in un unico procedimento. TOMMASEO, cit., p. 294, osserva che: “Il cumulo diventa necessario ed è disposto d'ufficio applicando le norme di cui all'art. 274 c.c. sulla riunione dei procedimenti relativi a cause connesse pendenti davanti allo stesso giudice o nel medesimo tribunale. Così il citato art. 473-bis.49 dove è anche stabilito che se il giudizio di separazione e quello di divorzio sono proposti dalle stesse parti davanti a giudici diversi, trova applicazione quanto dispone l'art. 40 c.p.c. per la riassunzione della causa davanti al giudice preventivamente adito :tuttavia, se i giudizi della crisi coniugale riguardano genitori con figli minori il cumulo per effetto della riassunzione deve avvenire davanti al giudice della residenza abituale del minore, evocando anche in tale contesto la speciale regola di competenza territoriale prevista dall'art. 473-bis.47.

SAPI- SIMEONE, in SIMEONE, cit., p. 35, sottolineano che la riunione non è obbligatoria. Sarà il giudice remittente a valutare se, in considerazione delle diverse fasi in cui vertono i procedimenti

⁹⁷ SAPI- SIMEONE, in SIMEONE, cit., p. 37

La dottrina si è chiesta cosa avvenga quando il giudizio contenzioso di separazione si sia trasformato in consensuale:

“in questo caso la domanda di divorzio sarà procedibile decorso il termine breve di sei mesi decorrente anch'esso dall'udienza di comparizione davanti al giudice relatore e, fermo restando il necessario passaggio in giudicato della relativa sentenza, forma ora data dal decreto legislativo anche a provvedimento con il quale il collegio omologa gli accordi intervenuti tra le parti.”⁹⁸

A fronte della domanda principale di separazione il convenuto, può proporre domanda riconvenzionale di divorzio?

A rigore quella di divorzio non è tecnicamente una domanda riconvenzionale, atteso che separazione e divorzio non hanno la stessa *causa petendi*.

La dottrina non dubita però della possibilità per il convenuto di proporre una tale domanda, che è configurata come una domanda riconvenzionale “sui generis”.

Il ricorrente deve pertanto essere consapevole che controparte ha la possibilità di allargare il *thema decidendum*

La proposizione delle domande riconvenzionali, in ogni caso, faculta l'attore\ricorrente a modificare e precisare le domande già proposte, ex art. 473 bis. 17.

Ad esempio il ricorrente – a fronte della domanda di divorzio di controparte -. Potrà proporre domanda di assegno divorzile, appunto domanda conseguente alle difese del convenuto.⁹⁹

In ogni caso qui opera il regime delle preclusioni processuali, in quanto – precisa l'art. 473 bis.19 – domande nuove sono ammesse solo se relative a mantenimento e affidamento della prole.

La parte interessata però potrà proporre autonoma domanda di divorzio, che potrà riunirsi a quella, pendente, di separazione¹⁰⁰.

L'istruttoria del giudizio di separazione e quella del giudizio di divorzio, quanto alle domande accessorie, è la medesima?

Si è detto che ratio della riforma è quella di assicurare una economia dei tempi processuali, in punto di attività istruttoria, attesa anche la

“perfetta sovapponibilità di molte delle domande consequenziali che vengono proposte nei due giudizi (affidamento dei figli, assegnazione della casa familiare, determinazione del contributo di mantenimento della prole) e, pur nella diversità della domanda, la analogia degli accertamenti istruttori da compiere ad altri fini (si

⁹⁸ TOMMASEO, *cit.*, p. 294

⁹⁹ LUPOI, *cit.*, p. 574

¹⁰⁰ PALADINI *reputa che, in deroga al regime delle preclusioni, la domanda di divorzio potrà sempre proporsi in pendenza del giudizio di separazione, cit. p. 46.*

*pensi alle domande di contributo economico in favore di coniuge e di assegno divorzile per l'ex coniuge), con conseguente risparmio di tempo e di energie processuali”*¹⁰¹

Ma ciò, avverte altra parte della dottrina, ha dei limiti.

La procedibilità della domanda di divorzio, come più volte detto, è subordinata al passaggio in giudicato della sentenza di separazione e al decorso del termine di legge.

Quid iuris per le domande accessorie?

La dottrina- nella eccessiva laconicità della norma – è divisa.

Il primo problema che si pone è quello di stabilire entro quale termine le parti devono articolare le proprie richieste istruttorie e produrre i documenti che reputano necessari.

Alla stregua di un primo orientamento, il termine è unico: quindi domande e documenti attinenti al divorzio vanno proposte (e prodotti) ex art. 473 bis.17, unitamente a domande e documenti attinenti alla separazione. *“prospettare una riapertura dei termini istruttori dopo che la domanda di divorzio diviene procedibile appare contrario alle lettera della legge e al principio di economia processuale che il cumulo di domande vuole realizzare....le domande di divorzio e le domande connesse fa(nno) sin dall’inizio parte del thema decidendum del procedimento, per quanto ini stato dormiente”*¹⁰².

Le parti pertanto, negli atti introduttivi ovvero in quelli intermedi (art. 473 bis.17) dovranno indicare i fatti posti a fondamento sia delle domande connesse alla separazione che a quelle connesse al divorzio (che possono divergere, es. in tema di assegno divorzile, rispetto a quello di mantenimento della separazione).

Parimenti le parti – con un notevole aggravamento degli oneri a loro carico- sono tenute ad articolare, negli stessi termini, le richieste istruttorie, e quindi a chiedere, ad es., sia le prove relative alla domanda di assegno di mantenimento nella separazione (tenore vi vita) che quelle relative all’assegno divorzile .

Il giudice, a sua volta, nell’adottare i provvedimenti interinali di cui all’art. 473 bis.22, ammetterà i mezzi istruttori relativi a tutte le domande, anche a quelle attinenti al divorzio.

Altri¹⁰³ reputa che l’istruttoria (sia per quanto riguarda l’ammissione che l’assunzione) sulle domande accessorie al divorzio presuppone l’esaurimento di quelle proprie alla separazione (es. sull’addebito), il che ha ricadute negative sui tempi del giudizio.

In questa prospettiva, la dottrina fa leva sui poteri del giudice.

Questi, in primo udienza, adotta i provvedimenti temporanei ed urgenti (solo quelli sulla separazione: affidamento e mantenimento della prole, assegnazione della casa, assegno di mantenimento) e ammette i mezzi istruttori “propri” della separazione (es. addebito), ovvero relativi alle questioni accessorie comuni (es. affidamento e mantenimento dei figli).

Il giudice delegato, però, in prima udienza, predispone anche il calendario del processo, ex art. 472 bis. 22, comma 3:

“in tale calendario il giudice dovrà non solo fissare le udienze per l’assunzione delle richieste istruttorie relative alla separazione, ma anche una udienza , entro una dilazione compatibile con il passaggio in giudicato della

¹⁰¹ SAPI – SIMEONE. In SIMEONE, cit., p. 33.

¹⁰² LUPOI , cit. p. 577

¹⁰³ PALADINI cit., p. 44.

sentenza non definitiva di separazione....A tale udienza la parte interessata darà conto del soddisfacimento delle condizioni di procedibilità della domanda di divorzio...a quel punto il giudice delegato ammetterà le (già formulate) richieste istruttorie relative alle domande connesse al divorzio...Non appare di contro possibile prevedere, dopo la pronuncia della sentenza non definitiva di separazione, una "riapertura" dei termini per la formulazione delle richieste istruttorie, relative ai diritti disponibili". ¹⁰⁴

Come "si passa" dalla separazione al divorzio?

Si pone comunque la questione del passaggio dalla prima fase del procedimento, quella relativa alla separazione, alla seconda, quella relativa al divorzio, senza soluzioni di continuità, evitando, se possibile, una "impropria" riassunzione del giudizio.

Un primo orientamento assume che il giudice non deve fissare una seconda udienza, certo non ex art. 473 bis.21, considerato che i provvedimenti interinali sono stati già adottati in prima udienza (ferma la possibilità delle parti di chiederne la modifica o la revoca, ex art. 473 bis.23), ne segue che il giudice, se ritiene la causa matura per la decisione, rimette la causa al collegio.

E' stata però proposta anche una diversa ricostruzione, che fa leva sul carattere pur sempre non definitivo della sentenza di separazione, come del resto espressamente indicato nella l. delega:

"ne deriva che, applicando il combinato disposto degli artt. 278 e 279 c.p.c. spetta al collegio che ha pronunciato la separazione con sentenza non definitiva disporre con ordinanza la prosecuzione del processo fissando l'udienza di comparizione per la trattazione della domanda di divorzio.

*Questo significa, se non m'inganno, che le domande devono tutte essere formulate negli atti introduttivi ma che, per quanto riguarda il giudizio di divorzio gli adempimenti allegativi e probatori prescritti potranno validamente essere affidati anche alle memorie integrative da depositare prima dell'udienza di comparizione fissata per il giudizio di divorzio, memorie previste, con speciale riferimento al rito unificato, dall'art. 473-bis.17, che introduce sul punto alcune varianti rispetto a quanto previsto per le memorie integrative nel processo civile di cognizione dal nuovo art. 171-ter c.p.c."*¹⁰⁵

E' possibile proporre, contestualmente a quella di separazione, anche la domanda connessa di scioglimento della comunione legale dei coniugi?

Anteriormente alla novella un consolidato orientamento giurisprudenziale riteneva inammissibili le domande, di contenuto patrimoniale, relative a pregressi rapporti tra le parti ma autonome rispetto a separazione e divorzio.

Ciò per l'incompatibilità del rito speciale con quello, ordinario, proprio di tali procedimenti (es. scioglimento della comunione legale), così si affermava (cfr quanto detto prima sul danno endofamiliare) che possono

¹⁰⁴ LUPOI, cit., p. 579.

¹⁰⁵ TOMMASEO, cit., p. 294, il quale ancora osserva: "In ogni caso, le parti conservano la facoltà di proporre domande anche non indicate negli atti introduttivi quando riguardano i figli minori ma anche nuove domande di contributo economico in favore proprio (e dei figli maggiorenni) una possibilità, quest'ultima che l'art. 473-bis.19subordina, come ho già ricordato, al verificarsi di mutamenti nelle circostanze o di nuovi accertamenti istruttori, mutamenti che ben possono trovare nella sentenza di separazione il proprio titolo giustificativo"

trovare ingresso nel procedimento della crisi familiare solo le domande connesse a separazione e divorzio in via “forte”, ex art. 31, 32, 34, 35, 36, 40 c.p.c.

Non sarebbero invece ammissibili le domande legate da una mera connessione soggettiva, ex art. 33, 103, 104 c.p.c., essendo le relative causae petendi del tutto autonome, distinte e diverse (es. restituzione dei beni mobili, da assoggettare al rito ordinario).

La riforma, nel suo complesso, ha ridotto i profili di specialità del rito di famiglia rispetto a quello ordinario (non vi è più la struttura bifasica dei giudizi di separazione e di divorzio, si è detto, oltretutto, che anche le domande relative al regime patrimoniale dovrebbero essere sottoposte al rito unificato).

La dottrina si è allora chiesta se sia possibile superare l’orientamento surrichiamato, e ammettere, nell’ambito del giudizio di separazione e di divorzio, tali domande “patrimoniali” autonome.

Il riferimento è in primo luogo alla domanda di scioglimento della comunione legale.

L’art. 191 c.c., novellato dalla l. 55\05, ha d’altronde sancito che la comunione dei coniugi si scioglie con la pronuncia dei provvedimenti provvisori (già presidenziali, ora del Giudice delegato), sicchè non sembrano esservi ostacoli a che la domanda di scioglimento della comunione legale sia proposta unitamente a quella di separazione, in regime di “cumulo”.

E’ possibile proporre, contestualmente a quella di separazione, anche la domanda di danno da illecito endofamiliare, fondata sulla stessa causa petendi dell’addebito?

La giurisprudenza ha costantemente ritenuto che, nell’ambito dei giudizi di separazione e divorzio, non è possibile proporre la domanda di risarcimento del danno “endofamiliare”, trattandosi di domande soggette a riti diversi per le quali non è consentito il cumulo nello stesso processo, come sopra rilevato¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cass. 8 settembre 2014, n. 18870, Foro It., 2015, I 2464: “le domande di risarcimento dei danni e di separazione personale con addebito sono soggette a riti diversi e non sono cumulabili nel medesimo giudizio, atteso che, trattandosi di cause tra le stesse parti e connesse solo parzialmente per causa petendi, sono riconducibili alla previsione di cui all’art. 33 c.p.c., laddove il successivo art. 40, nel testo novellato dalla l. 26 novembre 1990 n. 353, consente il cumulo nell’unico processo di domande soggette a riti diversi esclusivamente in presenza di ipotesi qualificate di connessione «per subordinazione» o «forte» (art. 31, 32, 34, 35 e 36, c.p.c.), stabilendo che le stesse, cumulativamente proposte o successivamente riunite, devono essere trattate secondo il rito ordinario, salva l’applicazione del rito speciale qualora una di esse riguardi una controversia di lavoro o previdenziale”. Con riguardo al cumulo della domanda di separazione o divorzio con quelle restitutorie, cfr. Cass. 21 maggio 2009, n. 11828, Foro it., Rep. 2010, voce Competenza civile, n. 62, per la quale l’art. 40 c.p.c. consente nello stesso processo il cumulo di domande soggette a riti diversi soltanto in ipotesi qualificate di connessione, così escludendo la possibilità di proporre più domande e connesse soggettivamente e caratterizzate da riti diversi: conseguentemente, è esclusa la possibilità del simultaneus processus tra l’azione di divorzio e quella avente ad oggetto, tra l’altro, la restituzione di beni mobili, essendo quest’ultima soggetta al rito ordinario, autonoma e distinta dalla prima (nella specie, il ricorrente chiedeva che fossero pronunciate la cessazione degli effetti civili del matrimonio e la condanna di controparte alla restituzione dell’anello di fidanzamento); c onf. Trib. Firenze 23 marzo 2006, id., Rep. 2008, voce Separazione di coniugi, n. 149. Contra, e quindi in favore dell’accessorietà delle domande restitutorie (almeno nel particolare caso di specie), Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, id., Rep. 2005, voce Competenza civile, n. 127, che ha cassato la sentenza di merito, la quale aveva negato che la trattazione unitaria.

Con riguardo al cumulo tra domanda di separazione o divorzio e domanda di divisione dei beni, cfr. Trib. Varese 4 gennaio 2012, Foro It., Rep. 2013, voce Separazione di coniugi, n. 188, per il quale sono inammissibili le domande proposte nel procedimento di separazione personale volte ad ottenere la divisione dei beni e la restituzione di somme di denaro, trattandosi di domande soggette a riti diversi e non legate dal vincolo della connessione rilevante ai sensi dell’art. 40 c.p.c. V. altresì Trib. Firenze 23 marzo 2006, cit. (con riferimento allo scioglimento della comunione di beni immobili).

Si tratta di indirizzo che dovrebbe essere rivisto, specie se si dovesse ritenere che la domanda di risarcimento del danno endofamiliare (peraltro riservata dalla novella al costituendo tribunale delle famiglie) sia soggetta al rito unificato in questione.

Oltretutto – con la proposizione contestuale di separazione e divorzio, e quindi con l'abbreviazione sostanziale dei tempi del divorzio – l'effettivo rilievo dell'addebito sarà ulteriormente "svuotato" di contenuto.

Quid juris in punto di decorrenza dell'assegno divorzile?

L'art. 473 bis. 22 prevede che il giudice – quando attribuisce a una parte un contributo economico a carico dell'altra – ne determini la data di decorrenza, con facoltà di farla retroagire fino alla data della domanda.

La possibilità di cumulo di domanda di separazione e di divorzio può creare il rischio di ingorghi, quando vi sia domanda, rispettivamente, di domanda di assegno di mantenimento (ex art. 156 c.c.) e divorzile (ex art. 5 l. div.), tenuto conto dell'auspicabile ristretto lasso temporale tra separazione e divorzio.

Si ricordi poi che, alla stregua della giurisprudenza prevalente, il diritto all'assegno divorzile decorre dal passaggio in giudicato della sentenza sullo status, con possibilità per il giudice – ex art. 4.10 l. div. (ora abrogato) – di far decorrere gli effetti dalla domanda (fornendone adeguata motivazione).

Fino a quel momento (e salvo appunto diversa decorrenza disposta dal giudice) l'assegno resta quello di separazione.

Ne segue, con il nuovo regime che, qualora il giudice si avvalga della medesima facoltà, l'assegno di separazione finisce per estinguersi ex tunc, per assorbimento da parte di quello divorzile.

La dottrina ha pertanto auspicato che il giudice – fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio – riconosca solo l'assegno ex art. 156 c.c., facendo retroagire l'assegno divorzile a far tempo dalla procedibilità della sentenza di divorzio.

Quid juris in caso di impugnazione della sentenza non definitiva sulla separazione?

La dottrina reputa che, in tale evenienza, pur nella consapevolezza che si tratta di frequente di impugnazioni pretestuose, si determina una sospensione *"coatta e di fatto del procedimento, in attesa dell'esito della impugnazione...in tale fase potrebbero ritrovare ambiti applicativi i procedimenti di modifica delle condizioni di separazione"*.¹⁰⁷

Merita segnalare che la sentenza sulla separazione ben potrebbe non contenere la sola pronuncia sullo status, ma anche provvedere su tutte le domande connesse (es. addebito), il che però sembra escluderne l'appello immediato.

Come è strutturato il dispositivo, quanto alla decorrenza dei provvedimenti economici?

L'ultimo comma dell'art. 47 bis. 49 stabilisce che la *"sentenza emessa all'esito dei procedimenti di cui al presente articolo contiene autonomi capi per le diverse domande e determina la decorrenza dei diversi contributi economici eventualmente previsti"*.

¹⁰⁷ PALADINI, cit., p. 55

Si tratta di statuizione di rilievo, volta ad evitare le criticità poste, in sede di esecuzione, dalla normativa previgente.

Giova ricordare che l'assegno di mantenimento della separazione decorre dalla domanda, mentre quello divorzile decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione, salvo che il giudice disponga diversamente.

L'obbligo di determinare le singole decorrenze degli assegni dovrebbe pertanto fare chiarezza, evitando contenziosi ulteriori.¹⁰⁸

In dottrina è stato notato che l'art. in esame, all'ultimo comma, fa riferimento ad una unica sentenza, definitiva del giudizio; da qui la prospettazione di una *“sentenza parzialmente condizionata, rispetto ai capi relativi allo scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e alle domande connesse, al verificarsi di quei presupposti che costituiscono peraltro condizione di procedibilità delle rispettive domande. Resterebbe però da chiarire quale sarebbe il destino di tale pronuncia nel caso in cui le condizioni non si avverino (per es. in caso di riconciliazione dei coniugi o di decesso di uno di essi), dovendosi altresì segnalare la difficoltà di trascrizione di una simile sentenza, sospensivamente condizionata, da parte dell'ufficiale di stato civile competente”*¹⁰⁹

E' possibile proporre domanda di separazione e divorzio anche con domanda congiunta?

La legge delega, e così l d.lgs 149\22, art. 473 bis.51, tacciono sul punto, ma tale possibilità non sembra preclusa; *“in tal caso il giudice, nel momento in cui si riservi di pronunciare la separazione consensuale, può fissare una successiva udienza per la trattazione della richiesta congiunta di scioglimento (o cessazione degli effetti civili) del matrimonio”*.¹¹⁰

Da qui però conseguenze di rilievo sotto il profilo del diritto anche sostanziale: consentire alle parti di programmare la propria crisi coniugale, con un unico ricorso, che preveda la progressione di separazione e divorzio in un'unica sede, apre – ad es. – alla possibilità di prevedere, sin dal deposito del ricorso di separazione, la liquidazione una tantum dell'assegno divorzile, condizionato al passaggio in giudicato della sentenza non definitiva di separazione e alla procedibilità di quella di divorzio.

¹⁰⁸ SAPI – SIMEONE, in SIMEONE, cit., p. 37, i quali auspicano che la norma assuma portata generale, non solo in caso di cumulo di domande. D'altro canto l'utilità della previsione emerge anche dal recente orientamento della S.C. a SSUU in tema di ripetibilità delle somme versate a titolo di assegno; cfr Cass. 8 novembre 2022, n. 32914: *“In tema di assegno di mantenimento separativo e divorzile, ove si accerti nel corso del giudizio - nella sentenza di primo o secondo grado - l'insussistenza "ab origine", in capo all'avente diritto, dei presupposti per il versamento del contributo, ancorché riconosciuto in sede presidenziale o dal giudice istruttore in sede di conferma o modifica, opera la regola generale della "condictio indebiti" che può essere derogata, con conseguente applicazione del principio di irripetibilità, esclusivamente nelle seguenti due ipotesi: ove si escluda la debenza del contributo, in virtù di una diversa valutazione con effetto "ex tunc" delle sole condizioni economiche dell'obbligato già esistenti al tempo della pronuncia, ed ove si proceda soltanto ad una rimodulazione al ribasso, di una misura originaria idonea a soddisfare esclusivamente i bisogni essenziali del richiedente, sempre che la modifica avvenga nell'ambito di somme modeste, che si presume siano destinate ragionevolmente al consumo da un coniuge, od ex coniuge, in condizioni di debolezza economica”*.

¹⁰⁹ SODERI, Commento all'art. 483 bis. 49 in OSSERVATORIO ONDIF.

¹¹⁰ PALADINI, cit., p. 54

In tale udienza, fissata allorchè il divorzio (per il decorso di sei mesi) è diventato proponibile, le parti potranno far valere eventuali sopravvenienze, e comunque il Collegio può deliberare (nuovamente) la congruità delle pattuizioni relative ai minori.

“per tale strada si giunge a superare il consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene nulli gli accordi tra i coniugi in vista di un divorzio di cui non siano ancora maturate le condizioni”.¹¹¹

Non manca però un orientamento contrario che fa leva, sotto il profilo formale, al riferimento, nell’art. 473 bis.49, al solo procedimento contenzioso.

Ma il principale ostacolo è costituito, in tale prospettiva, proprio sulla nullità degli accordi conclusi in sede di separazione in vista del futuro divorzio, che una delle parti potrebbe non voler più confermare:

“in tal caso vi sarebbe una invalidità del negozio, che andrebbe distinta dalla improcedibilità della domanda”.¹¹²

Una prima applicazione giurisprudenziale

L’art. 473 bis.49 ha avuto una prima applicazione giurisprudenziale (tra le primissime di tutta la novella), Trib. Milano, sez. IX, 5 maggio 2023 (non definitiva). Pres. rel. Cattaneo.¹¹³

Nella specie i coniugi, in comunione dei beni (ma hanno dato atto di aver raggiunto un accordo in merito alla divisione dei beni ricadenti nel pregresso regime legale) hanno chiesto al Tribunale di Milano, con ricorso redatto ai sensi degli articoli 473-bis.49 e 473-bis.51 c.p.c., di pronunciare all’interno dello stesso giudizio la loro separazione personale e, decorsi i sei mesi di legge e dunque divenuta procedibile la relativa domanda, anche la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Il tribunale ha dichiarato la separazione personale dei coniugi e omologato le condizioni inerenti alla prole minore e ai rapporti economici e preso atto delle ulteriori statuizioni personali. Con separata ordinanza il

¹¹¹ LUPOI, cit. p. 576.

La giurisprudenza, in effetti, si mostra (quasi) del tutto chiusa ad ogni innovazione al riguardo, cfr ex plurimis Cass. 26 aprile 2021, n. 11012, Foro It., 2021, I, 3620: “Posto che gli accordi tra i coniugi che fissano il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro e eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, il giudice del divorzio deve accertare se la rendita vitalizia, costituita da un coniuge in favore dell’altro, nell’ambito di un accordo intervenuto in sede di separazione consensuale, sia estranea o meno alla disciplina inderogabile dei rapporti tra i coniugi in materia familiare, perché giustificata per altra causa (nella specie la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva confermato l’assegno divorzile alla ex moglie, sulla base delle pattuizioni della separazione consensuale, in forza delle quali i coniugi avevano sciolto il patrimonio mobiliare e immobiliare e regolato le ragioni reciproche di credito, nonché riconosciuto alla moglie un assegno “vita natural durante”; tanto però senza averne qualificato la natura giuridica, e quindi senza aver verificato se lo stesso fosse stato solo occasionato dalla separazione, in quanto appunto rientrando nella definizione economica in oggetto, ovvero se illecitamente – si inserisse nell’ambito di una definizione dei rapporti in vista del futuro divorzio)

¹¹² MANILDO, Commento all’art. 473 bis.49 c.p.c., in OSSERVATORIO ONDIF

¹¹³ Il Familiarista 9 maggio 2023, con nota di Simeone, “Separ-orzio”: arriva il primo sì del Tribunale di Milano, l’a. osserva: “Il Tribunale di Milano ha preso così definitiva posizione sulla questione del c.d. separar-orzio, ovvero sulla possibilità di cumulare, anche all’interno dei procedimenti su domanda congiunta, domanda di separazione e divorzio: una possibilità che in base, alle indicazioni fornite, in alcuni tribunali (Genova, Vercelli, Modena) era ammessa e in altri (Bari, Padova, Firenze) negata. La sentenza è di notevole interesse per una serie di profili che si possono così riassumere: a) il cumulo di domande di cui all’art. 473-bis.49 c.p.c. è possibile non solo nei procedimenti contenziosi ma anche in quelli su domanda congiunta ex art. 473-bis.51 c.p.c.; b) il tribunale, investito della richiesta, omologa le condizioni della separazione inerenti alla prole e ai rapporti economici e prende atto delle ulteriori statuizioni c) nei procedimenti su domanda congiunta non è necessario depositare la documentazione economica richiesta dall’art. 473-bis.12 c.p.c. anche in caso di richiesta di trattazione scritta, ove le parti si siano reciprocamente dispensate dal relativo incumbente; d) nel caso di trattazione scritta, la data in cui si scioglie la comunione deve essere individuata in quella di scadenza del termine di cui all’art. 127-ter c.p.c.; e) in caso di cumulo di domande “la modifica unilaterale” delle conclusioni formulate per il divorzio è ammissibile solo in presenza di allegazione dei fatti nuovi, così come espressamente indicati dall’art. 473-bis.19, comma secondo”.

Collegio ha rimesso la causa davanti al Giudice relatore per la successiva pronunzia sullo scioglimento del vincolo.

Così la motivazione:

“La domanda congiunta dei coniugi può periamo esser recepita in quanto regolamenta compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici. Ai sensi dell'art. 191 c.c. da atto che è cessato il regime patrimoniale della comunione legale dei beni a far tempo dalla data della comparizione dei coniugi e quindi, ai sensi dell'art. 127 ter, 5° comma, c.p.c., dalla data di scadenza del termine assegnato alle parti per il deposito delle note scritte. Con riferimento alle ulteriori statuizioni economiche, non appare contraria a nonne imperative o di ordine pubblico. Giacché, con il ricorso introduttivo, secondo quanto prevede l'art. 473-bis.49 c.p.c., le parti hanno chiesto anche la cessazione degli effetti civili del matrimonio e l'anno formulato le condizioni connesse a tale pronuncia, non essendo tale domanda ancora procedibile prima che sia decorso il termine indicato all'art. 3, n. 2, lett. b), della legge n. 898/70 e successive modificazioni, la causa deve essere rimessa sul molo del Giudice Relatore affinché questi trascorsi sei mesi dalla data della comparizione dei coniugi e, quindi, ai sensi dell'art. 127 ter, 5° comma, c.p.c., dalla data di scadenza del termine assegnato per il deposito di note scritte - provveda ad acquisire, sempre con la modalità dello scambio di note scritte, la dichiarazione delle parti di non volersi riconciliare secondo quanto prevede l'art. 2 della legge n. 898/70. Con le medesime note scritte, le parti dovranno anche confermare le condizioni già formulate con riferimento alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. A tale proposito il Collegio sin da ora ritiene opportuno precisare che la modifica unilaterale di tali condizioni sarà ritenuta ammissibile solo in presenza della allegazione di fatti nuovi ai sensi dell'art. 473-bis.19, 2° comma, c.p.c. In tale ipotesi, se le parti non raggiungessero un nuovo accordo che consenta loro di depositare nuove condizioni congiunte, il Tribunale rigetterà la domanda congiunta di cessazione degli effetti civili del matrimonio difettando il requisito della indicazione congiunta delle condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici di cui all'art. 473-bis.51, 2° comma, c.p.c.”

Nola- Lecce, , 23 maggio 2023, geremiacasaburi@gmail.com