



UNIVERSITÀ

**LUM**

GIUSEPPE  
DEGENNARO

Collana dell'Università LUM Giuseppe Degennaro  
Casamassima (Bari)

*SERIE GIURIDICA DIRETTA DA ROBERTO MARTINO E FRANCESCO VERGINE*

46

# DIRITTO E GIUSTIZIA NELLE RELAZIONI FAMILIARI

PROBLEMI E PROSPETTIVE

a cura di

Francesco Alicino e Mirko Abbamonte

 **GIUFFRÈ**  
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ISBN 9788828834366

Il presente volume è stato accolto nella Collana dell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima (Bari) - Serie giuridica a seguito dell'esito positivo della procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al relativo Regolamento approvato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa dell'Università LUM Giuseppe Degennaro.

Il presente volume è il risultato di una ricerca collettiva biennale finanziata con i Fondi di ricerca dell'Università LUM Giuseppe Degennaro in conformità al Regolamento sui fondi di ricerca dell'Ateneo.

FSC

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2024  
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - [www.giuffrefrancislefebvre.it](http://www.giuffrefrancislefebvre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

## INDICE

FRANCESCO ALICINO-MIRKO ABBAMONTE, <i>Introduzione</i> . . . . .	VII
FRANCESCO ALICINO, <i>Diritti, identità e ordine pubblico nella società policulturale. Le relazioni familiari e la rilevanza del diritto musulmano</i> . . . . .	1
MIRKO ABBAMONTE, <i>Arbitrate more and litigate less. I family law arbitrations nei sistemi giuridici di common law: riflessioni de iure condendo</i> . . . . .	37
GABRIELLA CAZZETTA, <i>La tutela delle relazioni di fatto del minore</i> . . . . .	121
VERA VALENTE, <i>Libertà religiosa, responsabilità genitoriale e diritti dei minori</i> . .	139
GIUSEPPINA FANELLI, <i>I poteri del giudice a tutela del minore (anche) nella fase di attuazione dei provvedimenti</i> . . . . .	169
NICOLA CIPRIANI, <i>L'evoluzione del sistema delle adozioni tra inerzia del legislatore e giurisprudenza creativa</i> . . . . .	221
VALENTINA SARA RUSCIGNO, <i>Rapporti patrimoniali nella famiglia e autonomia privata: riflessioni di diritto comparato</i> . . . . .	247
GIULIA MAGGIO, <i>Diritto di abitazione nella pluralità degli interessi e delle relazioni familiari</i> . . . . .	281
CARMELA VENTRELLA, <i>Linguaggio giuridico e vincoli affettivi. Norme canoniche e prospettive di riforma</i> . . . . .	317
VITO GASSI, <i>I provvedimenti economici nei procedimenti di delibazione delle sentenze ecclesiastiche alla prova della giurisprudenza</i> . . . . .	335
FRANCESCO RICCI, <i>Nomen omen: famiglia, parità, identità e cognome dei figli</i> . .	347
ALESSIO BONAFINE, <i>Su alcuni profili processuali del sovraindebitamento della famiglia nel CCII</i> . . . . .	397
FLAVIA ACCOTO, <i>Il parto anonimo e il diritto a conoscere le proprie origini: un difficile bilanciamento di diritti</i> . . . . .	439
SIMONA ATTOLLINO, <i>Relazioni umane, fede e tecnologie: il nuovo volto digitale della famiglia</i> . . . . .	465
GIOVANNI GIORGIO, <i>I delitti endofamiliari culturalmente orientati: brevi riflessioni alla luce della giurisprudenza in materia</i> . . . . .	489
LUIGI FIMIANI, <i>I maltrattamenti in famiglia e nelle formazioni sociali assimilate</i> .	535
<i>Gli autori</i> . . . . .	573

# I POTERI DEL GIUDICE A TUTELA DEL MINORE (ANCHE) NELLA FASE DI ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI

di *Giuseppina Fanelli*

SOMMARIO: 1. La riforma Cartabia, la protezione del minore e la tutela processuale c.d. differenziata. — 2. La riforma Cartabia come risposta alle sollecitazioni della Corte EDU per una giustizia a misura del minore. — 3. Il rafforzamento dei poteri del giudice nel modello processuale unitario in materia di persone, minorenni e famiglie. — 4. Il minore d'età come parte del processo e... (*segue*). — 4.1. L'ascolto del minore e la nomina del curatore speciale (cenni). — 5. I provvedimenti contro l'inadempimento degli obblighi in materia di (crisi della) famiglia. — 6. Tutela e garanzie del credito "familiare" nella riforma Cartabia. — 7. Il problema delle tecniche di attuazione dei diritti non patrimoniali. — 7.1. L'introduzione e il superamento dell'art. 709-ter c.p.c. — 7.2. I poteri del giudice nella fase di attuazione dei provvedimenti sull'affidamento. — 8. I provvedimenti in caso di inadempimento o violazioni del nuovo art. 473-bis.39 c.p.c.

## 1. *La riforma Cartabia, la protezione del minore e la tutela processuale c.d. differenziata.*

Con l. delega 26 novembre 2021, n. 206 (1) e d.lgs. delegato 10 ottobre 2022, n. 149 (2), il legislatore ha realizzato una significativa riforma di diversi istituti sostanziali e processuali.

---

(1) Recante « Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata », pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 292 del 9 dicembre 2021 ed entrata in vigore il 24 dicembre 2021.

(2) Recante « Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata », pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 243 del 17 ottobre 2022 ed entrato in vigore il giorno successivo.

Accanto alle sostanziose modifiche apportate al giudizio ordinario di cognizione in primo grado, alle impugnazioni, all'esecuzione forzata, ai procedimenti speciali e alle procedure di risoluzione alternativa del contenzioso, la riforma c.d. Cartabia (3) ha innovato alcuni istituti del diritto delle persone e delle famiglie, e ha introdotto nuove regole processuali per i riti in materia di persone, minorenni e famiglie (4).

È stato così inserito nel Libro II del codice di rito il nuovo titolo IV-*bis* « Norme per il procedimento in materia di persone,

---

(3) Dal nome del ministro proponente.

(4) Sulle disposizioni del nuovo modello unico introdotto dalla riforma la letteratura è già molto copiosa. Senza pretese di esaustività, si vedano anzitutto i volumi AA.VV., *Riforma del processo per le persone, i minorenni e le famiglie*, a cura di R. GIORDANO-A. SIMEONE, Milano, 2022; AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, 2023, *Gli speciali del Foro it.* 2022, 4 con i contributi di B. POLISENO-R. DONZELLI; AA.VV., *La riforma Cartabia nel processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. TISCINI, con il coordinamento di M. FARINA, Pisa, 2023, spec. 755 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, spec. 138 ss.; AA.VV., *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2023; AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE-F. DE SANTIS, Padova, 2023, spec. 489 ss.; AA.VV., *Procedimenti relativi alle persone, ai minori e alle famiglie. Commento ragionato*, a cura di R. DONZELLI-G. SAVI, Milano, 2023; AA.VV., *Le nuove misure di protezione dell'autonomia dei minorenni*, a cura di C. PILA, Padova, 2023. In dottrina si veda, altresì, per i temi che esamineremo, M. A. LUPOI, *Il processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 4, 1003 ss.; ID., *Il "nuovo" procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, *ivi*, 2023, 2, 447 ss.; F. DANОВI, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 4, 300 ss.; ID., *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2022, 8/9, 837 ss.; ID., *Il nuovo rito unitario per i processi relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, in *Giur. it.*, 2023, 3, 712 ss.; ID., *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 2, 467 ss.; A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli minori*, in *Fam. e dir.*, 2022, 4, 368 ss.; F. TOMMASEO, *La nuova giustizia familiare: le norme di legge ordinaria previste dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2023, 3, 288 ss.; ID., *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, *ivi*, 2023, 4, 422 ss.; ID., *Sull'attuazione dei provvedimenti della giustizia familiare*, *ivi*, 2023, 11, 970 ss.; R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium.it*, dal 13 aprile 2023; G. COSTANTINO, *Questioni di coordinamento tra il nuovo « procedimento unificato » e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1, 169 ss.; C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 3, 1090 ss.; ID., *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie dopo il d.lgs. n. 149/2022*, in *Quest. giust.*, 2023, 1.

minorenni e famiglie », composto dall'art. 473-*bis*, dagli artt. da 473-*bis*.1 a 473-*bis*.71, e dall'art. 473-*ter*. Queste disposizioni introducono un modello processuale unitario (5) e sostituiscono alcuni procedimenti speciali già presenti (si pensi, per tutti, al rito per la separazione personale dei coniugi di cui agli artt. 706 ss. c.p.c.) o nuovi moduli procedurali per la tutela di particolari situazioni sostanziali (come, ad esempio, le disposizioni sulla violenza domestica o di genere di cui all'art. 473-*bis*.40 ss. c.p.c.), o ancora inseriscono nel codice di rito (senza innovarle sensibilmente) regole già presenti nel codice civile o in leggi speciali.

Se, a un anno dall'adozione del d.lgs. n. 149/2022, l'accoglienza riservata alla riforma Cartabia non è stata in generale calorosa, lo stesso non può dirsi per le menzionate regole del nuovo impianto normativo. Si tratta, probabilmente, della parte più pregevole della riforma — tralasciando qualche difetto di fattura delle disposizioni (6) — o, almeno, di quella ritenuta

---

(5) Quindi, non un unico rito, ma un modello unitario, composto da disposizioni generali applicabili a tutti i riti (artt. 473-*bis*.1-473-*bis*.10); disposizioni per il rito generale in primo grado, in grado d'appello e nella fase d'attuazione dei provvedimenti del giudice (artt. 473-*bis*.11-art. 473-*bis*.39); e disposizioni che profilano riti "speciali" (artt. 473-*bis*.40-473-*bis*.71).

(6) Si accennerà, *infra*, §§ 8 e 9 ai problemi legati alle regole introdotte nella fase di attuazione dei provvedimenti sull'affidamento o volti a reprimere violazioni o inadempienze dei genitori. È stato già rilevato che non risulta chiarissima, altresì, la disposizione di cui all'art. 473-*bis*.22 c.p.c. sui provvedimenti provvisori che può assumere il giudice in udienza, cfr. per tutti R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium.it*, dal 13 aprile 2023. Inoltre, anche se è oggetto di questo scritto, è il caso di segnalare il problema interpretativo sorto (e, sembrerebbe, adesso risolto) in relazione alle nuove regole previste per i procedimenti di separazione, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, *etc.*, introdotti con la domanda congiunta di cui all'art. 473-*bis*.51 c.p.c. In particolare, se, da una parte, l'art. 473-*bis*.49 c.p.c. ha disciplinato espressamente (e favorito) la realizzazione del cumulo (originario o successivo) tra le domande per la separazione personale e per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio; dall'altra, il legislatore nell'art. 473-*bis*.51 c.p.c. non ha inserito una specifica disposizione sull'eventualità che il suddetto cumulo possa essere realizzato con il procedimento su domanda congiunta. In proposito, la Corte di cassazione, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Treviso (Trib. Treviso, ord., 31 maggio 2023, in *Judicium.it*, dal 27 settembre 2023, con nota di G. ALEMANNI; in *Foro it.*, 2023, I, 1929 ss., con nota di G. CASABURI), ha — con sentenza del 16 ottobre 2023, n. 28727 — ritenuto ammissibile, ai sensi dell'art.

necessaria, dato che da tempo gli operatori del settore invocavano la sistemazione di una tutela disomogenea (7), che non sempre riusciva a realizzare uno dei suoi obiettivi principali e, cioè, la protezione del soggetto minore d'età.

È, infatti, considerazione condivisa quella per cui l'interesse del minore si pone in posizione di preminenza (8) rispetto agli altri interessi (a volte antagonisti) che vengono in rilievo nelle relazioni familiari e/o nei rapporti di filiazione, svelandosi come la ragione reale della differenziazione delle regole processuali che interessano questo settore, insieme con la indisponibilità della maggior parte dei diritti coinvolti (9).

La tutela differenziata, del resto, fiorisce dove vi è una più intima interazione tra il diritto processuale e il diritto sostanziale, interazione che “piega” il primo, imponendone l'adattamento al

---

473-bis.51 c.p.c., il ricorso proposto dai coniugi con domanda congiunta e cumulata di separazione e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Su queste prime incertezze, v. già prima C. CECHELLA, *I primi problemi interpretativi della riforma. Le fasi creative introduttive affidate ai giudici onorari. Il cumulo di domande di separazione e divorzio nel rito con istanza congiunta*, in *Osservatorio famiglia*, *Dir. proc.*, 2023, 1, 5 ss.; e dopo la sentenza, *Id.*, *Il pragmatismo della Cassazione sulla domanda congiunta di separazione e divorzio e le ricadute sul diritto civile e processuale*, in *Quotidiano giuridico*, dal 18 ottobre 2023; M.A. LUPOI, C. CECHELLA, in *Dibattiti: Cumulo di separazione e divorzio: condivisibile la scelta della Cassazione?*, in *Quotidiano giuridico*, dal 15 gennaio 2024.

(7) Vedi C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 1 ss., 13 ss.; *Id.*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 22, ove vengono salutate con favore le scelte del legislatore, ritenuto più attento rispetto al passato a strutturare un rito elastico che tenga conto della possibile diversità del suo oggetto; F. DANOVÌ, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 4, 323 ss., spec. 326, secondo il quale «era ed è necessaria una riforma del rito che ponesse fine alla eterogeneità e frammentarietà dei diversi modelli processuali esistenti a favore di un procedimento unitario, capace di garantire le necessarie esigenze di certezza rispettando le innegabili peculiarità delle situazioni sostanziali incise».

(8) Per tutti, il riferimento è a B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, spec. 145 ss.

(9) C. CECHELLA, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 22, collega la differenziazione proprio al carattere indisponibile dei diritti coinvolti e alle posizioni di alcuni soggetti “fragili”, quali il minore, la persona discriminata nel genere, l'incapace, etc.

secondo (10). La previsione di regole tecniche che deviano dalla cognizione ordinaria e si adattano alle situazioni soggettive da tutelare, viene altresì giustificata alla luce della posizione di “debolezza” economica e/o sociale (già riscontrabile nel rapporto sostanziale) di una parte rispetto all’altra. La differenziazione delle regole processuali diventa, allora, una delle tecniche di attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3 Cost., puntando all’eliminazione — all’interno del processo — di quegli squilibri o privilegi presenti a livello sociale o economico.

Tanto chiarito, giova segnalare che la differenziazione realizzata dal legislatore ha coinvolto la disciplina di alcuni istituti che risultano centrali in qualsiasi modulo procedimentale, sia esso di cognizione (piena o sommaria), che di esecuzione o cautelare. Infatti, sulla base dei criteri direttivi della l. n. 206/2021, poi attuati dal d.lgs. n. 149/2022 si chiedeva di:

— incentivare i poteri officiosi del giudice nel modello unico in materia di persone e famiglie, soprattutto « a tutela dei minori » (cfr. art. 473-*bis*.2);

— riordinare l’istituto dell’ascolto del minore, con l’intento di eliminare alcuni dubbi applicativi che erano sorti nella prassi (cfr. artt. 473-*bis*.4 ss.);

— riorganizzare la rappresentanza processuale del minore, che, fino al 2022, poggiava quasi esclusivamente su un certissimo lavoro della giurisprudenza (11) (cfr. specialmente art. 473-*bis*.8 c.p.c.);

---

(10) Di recente, sui temi della tutela differenziata P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, Pisa, 2020, spec. 1 ss., 30 ss., che, pur condividendo l’esigenza di adattabilità dei riti, mette anche in guardia dall’inconveniente a cui può portare la differenziazione delle regole processuali e, cioè, la moltiplicazione dei procedimenti (2, nota 2). Sulle tecniche di tutela giurisdizionale, vedi gli studi classici di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano, 1951, II, spec. 760 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di « tutele differenziate » nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss.; F. CARPI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 237 ss.; C. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo “Tutela giurisdizionale differenziata”*, in AA.VV., *Studi in onore di Carnicini*, Milano, 198, II, 761 ss.; L.P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1509 ss.

(11) Su questo aspetto, cfr. § 4.

— razionalizzare il sistema di attuazione dei provvedimenti relativi anche al minore, con particolare riferimento a quelli che riconoscono diritti non patrimoniali (cfr. l'art. 473-*bis*.38 e il sistema delle misure coercitive disegnato oggi dall'art. 473-*bis*.39 per le violazioni e i gravi inadempimenti del genitore);

— introdurre delle regole per alcuni procedimenti “speciali”, nelle ipotesi di violenza domestica e/o di genere (artt. 473-*bis*.40 ss.), di ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 473-*bis*.69 ss.), o ancora nel caso del procedimento di cui all'art. 403 c.c. per la convalida dei provvedimenti adottati dalla pubblica autorità.

L'impianto processuale così congegnato è destinato a completarsi con la prossima istituzione del « tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie » (art. 30, d.lgs. n. 149/2022 (12)), la cui introduzione ha l'obiettivo di eliminare finalmente le aporie di una distribuzione frammentaria delle controversie tra il giudice civile e il tribunale per i minorenni.

Proveremo a far cenno ad alcuni degli istituti ricordati, con un dichiarato interesse per la fase attuativa del *dictum* giudiziale, riflettendo sull'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice, spesso chiamato a bilanciare, in questo campo, interessi delicati, al fine di trovare soluzioni non formali o stereotipate a protezione del minore.

## 2. *La riforma Cartabia come risposta alle sollecitazioni della Corte EDU per una giustizia a misura del minore.*

L'intervento riformatore del 2022, oltre ad avere origine in sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea, per quanto riguarda la protezione dei minori trova preciso riscontro in indicazioni fornite agli Stati dalla giurisprudenza della Corte EDU (13), la quale con diverse decisioni ha provato ad indivi-

(12) Istituzione che, allo stato, dovrebbe essere completata entro il 17 ottobre 2024.

(13) A proposito delle disposizioni comuni del modello unitario, nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 245 del 19 ottobre 2022, 55 (di seguito solo « la Relazione illustrativa »), si legge: « L'intervento normativo

duare delle caratteristiche minime e imprescindibili che devono essere presenti in ogni processo “a misura del minore”.

L'esigenza di trovare gli strumenti di tutela (cautelare, dichiarativa e soprattutto esecutiva) più opportuni in materia di diritto di famiglia è naturalmente sentita anche a livello eurounitario (14) e internazionale (15).

Le decisioni della Corte EDU si sono mosse, prevalentemente, secondo due strade che hanno portato all'affermazione della necessità: (i) che il minore sia adeguatamente rappresentato nel processo, ove venga meno la cooperazione dell'adulto chiamato ad esercitarne la rappresentanza sostanziale (e, quindi, quella processuale); (ii) che gli Stati predispongano strumenti

---

in esame ha quindi l'obiettivo di fornire nuovi strumenti normativi che permettano al giudice della famiglia e dei minori di avere a disposizione una vasta gamma di possibili interventi, per adottare provvedimenti sempre meno standardizzati e sempre più “disegnati” sulle esigenze del caso concreto, superando in tal modo la ricorrente critica mossa dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo allo Stato italiano, proprio per l'adozione di “provvedimenti stereotipati”, formalmente conformi al dettato normativo, ma sostanzialmente inidonei a risolvere le difficoltà e a garantire l'equilibrata crescita dei minori, proteggendoli dal conflitto genitoriale ».

(14) L'Unione Europea mira ad armonizzare la legislazione degli stati europei con un faro puntato sulla scelta dei mezzi appropriati per la protezione della prole. Cfr. il Regolamento UE n. 2201/2003, il cui art. 48, § 1, si occupa del diritto di visita statuendo: « 1.L'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'esecuzione possono stabilire modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita, qualora le modalità necessarie non siano o siano insufficientemente previste nella decisione emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competente a conoscere del merito e a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali di quella decisione ».

(15) Il riferimento è altresì alla *Commission on European Family Law* (CEFL) ha da tempo elaborato un sistema di principi di diritto di famiglia europeo sulla responsabilità genitoriale, sul mantenimento tra gli ex coniugi. I « *Principle of European Family Law* », organizzati per diverse materie, sono consultabili sul sito della Commissione all'indirizzo <http://ceflonline.net/principles>. Si pensi, altresì, al concetto di c.d. giustizia a misura di minore (*Child friendly justice*, che dovrebbe garantire l'effettiva attuazione di tutti i diritti dei minori al più alto livello possibile) come definita nelle Linee guida adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, disponibili su <https://rm.coe.int/16804bd220>.

Per approfondimenti, si veda K. BOELE WOELKI-F. FERRAND et al., *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007. In Italia, vedi G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 439 ss. e il recente studio di M. DIALLO-C. FOUSSARD-M.M. TOMA-S. VERONESI, *La giustizia a misura di minore in Europa: bilanci e prospettive*, in *Fam. e dir.*, 2023, 4, 373 ss.

processuali idonei per la gestione della crisi del progetto di coppia dei genitori e per il rispetto delle misure adottate dal giudice a tutela del minore (16).

In relazione al primo aspetto, si tratta di un tema affrontato *ex professo* dalla Corte EDU (17), la quale ha ritenuto che sia necessaria la nomina del curatore speciale del minore, da effettuare anche *ex officio*, in ipotesi di elevata conflittualità tra i genitori e conseguente potenziale inadeguatezza dei genitori a tutelare gli interessi del figlio.

Quanto al secondo aspetto, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali siano in linea di principio le più idonee a gestire situazioni di conflitto familiare e ha accordato loro una discrezionalità funzionale a perseguire l'interesse superiore del minore, limitando il proprio controllo alla compatibilità delle decisioni prese con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU (18)). Il parametro invocato per valutare gli sforzi compiuti dagli ordinamenti nazionali è l'art. 8 CEDU, rubricato « Diritto al rispetto della vita privata e familiare » (19), nell'ambito del quale viene ricondotta la tutela dello sviluppo psico-fisico del minore e, in particolare, il diritto del figlio alla c.d. bigenitorialità.

---

(16) Per questo motivo, non è infrequente che la Corte si soffermi su aspetti processuali, ribadendo ogni volta che l'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale, in questo come in altri settori, è indefettibile garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale: *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, 2 marzo 2006 (*Scordino c. Italia*).

(17) In particolare, Corte EDU, sez. II, 20 giugno 2019 (*A e B c. Croazia*) sulla quale vedi G.O. CESARO, *La corte europea dei diritti dell'uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. e dir.*, 2019, 937 ss.

(18) Sottoscritta il 4 novembre 1950 a Roma, consultabile nella versione consolidata al sito [www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_ita](http://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita).

(19) A mente del quale « 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui ».

In questo contesto, la Corte di Strasburgo (20) ha ritenuto i mezzi processuali messi in capo dal legislatore italiano insufficienti al mantenimento del legame familiare tra i genitori e la prole, definendo le misure adottabili dal giudice in caso di crisi del progetto di coppia « automatiche e stereotipate » (21). Peraltro, sebbene le decisioni della Corte EDU siano state pronunciate in relazione al sistema normativo antecedente alla l. n. 54/2006, che aveva introdotto l'art. 709-ter c.p.c. (22), anche in tempi recenti la Corte ha continuato a sanzionare l'Italia, evidenziando come i giudici italiani siano restii ad utilizzare gli strumenti esistenti che consentirebbero, *in thesi*, il rispetto dei provvedimenti emanati nel contesto della crisi familiare (23).

---

(20) Corte EDU, sez. II, 2 novembre 2010 (*Piazzi c. Italia*), in *Fam. e dir.*, 2011, 7, 658 ss., con nota di R. RUSSO, *La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione Europea*.

(21) Nella sentenza Corte EDU, sez. II, 2 novembre 2010 (*Piazzi c. Italia*), cit., si legge: « se l'art. 8 ha essenzialmente per oggetto la tutela dell'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, esso non si limita ad ordinare allo Stato di astenersi da tali ingerenze: a tale obbligo negativo possono aggiungersi obblighi positivi attinenti ad un effettivo rispetto della vita privata o familiare. Essi possono implicare l'adozione di misure finalizzate al rispetto della vita familiare — incluse le relazioni reciproche fra individui — e nella fattispecie la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti ad assicurare i legittimi diritti degli interessati, nonché il rispetto delle decisioni giudiziarie ovvero misure specifiche appropriate ».

(22) Sul quale vedi, *infra*, § 7.1.

(23) Corte EDU, Grande Camera, 22 aprile 2021 (*R.B. e M. c. Italia*). Con il ricorso si lamentava la violazione del diritto al rispetto della vita familiare di un padre e di un figlio in ragione dell'impossibilità per il primo (ricorrente) di esercitare il suo diritto di visita alle condizioni stabilite dal giudice italiano, a causa dell'opposizione della madre del minore (il problema della c.d. madre malevola), nonché a causa della dedotta incapacità delle autorità nazionali di adottare delle misure attuative del suo diritto di visita. Si legge nella sentenza, §§ 78 e 79: « In effetti, le autorità non hanno dimostrato la diligenza necessaria nel caso di specie, e sono rimaste al di sotto di quanto ci si poteva ragionevolmente attendere esse. La Corte ritiene, in particolare, che i giudici nazionali non abbiano adottato le misure idonee a creare le condizioni necessarie per la piena realizzazione del diritto di visita del padre del minore (Bondavalli, sopra citata § 81, Macready c. Repubblica ceca, nn. 4824/06 e 15512/08, § 66, 22 aprile 2010, e Piazzi, sopracitata, § 61, e Strumia, sopra citata). Essa constata, in particolare, che tra il 2013 aprile 2018, non ha avuto luogo nessun incontro e non è stata adottata nessuna misura per ristabilire il legame tra il ricorrente e suo figlio. La Corte ritiene che una reazione rapida di fronte a questa situazione sarebbe stata

Sulla scia di queste suggestioni ci avviamo ad esaminare uno dei tratti salienti del nuovo modello unitario, e cioè l'accentuazione dei poteri officiosi del giudice.

3. *Il rafforzamento dei poteri del giudice nel modello processuale unitario in materia di persone, minorenni e famiglie.*

L'art. 473-bis.2 c.p.c. si colloca in apertura del nuovo Titolo IV-bis, Libro II, c.p.c. (subito dopo le norme che individuano l'ambito di applicazione e la composizione dell'organo giudicante) e, nel definire in generale i poteri del giudice nel modello unitario, prevede un ampliamento dei poteri officiosi quando questi debbano essere esercitati per la « tutela dei minori » (24).

Viene incentivato, quindi, un ruolo attivo del giudice, che può (*recte*: deve) adottare le misure necessarie per la protezione dei minorenni. Nello specifico, ai sensi del comma 1 dell'articolo citato, il giudice (*i*) nomina d'ufficio il curatore speciale del minore (25); (*ii*) adotta i provvedimenti opportuni a protezione del fanciullo anche « in deroga all'art. 112 c.p.c. »; e (*iii*) dispone l'ammissione di mezzi di prova anche « al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile ».

---

necessaria considerata l'incidenza, in questo tipo di cause, del passare del tempo, che può ostacolare la possibilità per il genitore interessato di riallacciare una relazione con il figlio che non vive con lui. (...) Ora, sebbene gli strumenti giuridici previsti dal diritto italiano sembrino sufficienti, secondo la Corte, per permettere allo Stato convenuto di assicurare il rispetto degli obblighi positivi ad esso imposti dall'articolo 8 della Convenzione, si deve constatare che, nel caso di specie, le autorità non hanno intrapreso alcuna azione (...)». In termini analoghi, cfr. Corte EDU, sez. I, 24 giugno 2021 (*A.T. e altri c. Italia*); Corte EDU, sez. I, 28 aprile 2022 (*Imeri c. Italia*); Corte EDU, sez. I, 10 novembre 2022 (*I.M. e altri c. Italia*).

(24) A commento dell'art. 473-bis.2 c.p.c. si veda: C. CECHELLA, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive. L'istruttoria*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., a cura di C. CECHELLA, 20 ss.; B. FICCARELLI, *I poteri del giudice*, *ibidem*, 107 ss.; C. BRIGUGLIO, sub art. 473-bis.2 c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, cit., 760 ss.; R. RUSSO, *I poteri del giudice e del pubblico ministero*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE-F. DE SANTIS, cit., 531 ss.; G. SAVI, sub art. 473-bis.2, in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento ragionato*, cit., 23 ss. Secondo F. DANONI, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, cit., 842, si tratta condivisibilmente di una norma cardine.

(25) Potere sul quale non indugeremo in questo § perché vi ritorneremo nel § 4.1.

L'eccezione che appare più vistosa, ma che era già intrecciata dalla fitta tessitura giurisprudenziale (26), è realizzata proprio dalla possibilità per il giudice di derogare all'art. 112 c.p.c., e cioè al principio di c.d. corrispondenza tra chiesto e pronunciato — una delle declinazioni che assume il c.d. principio dispositivo (27) — e adottare provvedimenti a tutela dei minori che non trovino piena corrispondenza in quelli effettivamente richiesti. La disposizione, peraltro, non prevede alcun limite temporale, con la conseguenza che deve ritenersi che i suddetti poteri siano sempre esercitabili nel corso del procedimento.

Giova segnalare che il legislatore fa espressamente riferimento all'art. 112 c.p.c. e non menziona l'art. 99 c.p.c. (28), disposizione che fonda il c.d. principio della domanda (29), e che, letto con l'art. 2907 c.c., riserva la tutela giurisdizionale al titolare del diritto e impedisce all'autorità giudiziaria di procedere d'uf-

---

(26) Cfr., ad esempio, Cass., 4 agosto 2022, n. 24179, per la quale in tema di separazione personale tra coniugi e di divorzio — anche con riferimento ai figli di genitori non coniugati — il criterio fondamentale cui devono ispirarsi i relativi provvedimenti è rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale dei figli, con la conseguenza che il giudice non è vincolato alle richieste avanzate ed agli accordi intercorsi tra le parti e può quindi pronunciarsi anche *ultra petita*. V. ancora Cass. (ord.) 30 novembre 2021, n. 37596; Cass., 24 agosto 2018, n. 21178, in *Fam. e dir.*, 2019, 472 ss., con nota di B. POLISENO, *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole*.

(27) Non è possibile fornire in maniera soddisfacente indicazioni bibliografiche su un tema così ampio. Il rinvio è, per tutti, a M. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo ed interrogatorio della parte*, in *Annuali dell'Università Di Macerata*, 1959, 233 ss.; ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, 305 ss., spec. 308; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss.; A. PANZAROLA, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 649 ss.; ID., *Il principio dispositivo preso sul serio*, prima in *Gius. civ.*, 2017, 701 ss., ora in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 235 ss.

(28) Lo rileva anche G. SAVI, sub *art. 473-bis c.p.c.*, cit., spec. 24-25.

(29) Anche in questo caso, il rinvio è per tutti a G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 5 ss.; E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, spec. 233 ss.; A. CARRATTA, sub *art. 112 c.p.c.*, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2015, *passim*; A. CHIZZINI, *Note in tema di domanda giudiziale e diritto soggettivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 47 ss.

ficio in assenza di una specifica domanda di parte (30). Com'è evidente, però, il confine tra la pronuncia in assenza di domanda e la pronuncia che non corrisponde completamente a quanto richiesto con la domanda giudiziale (31) diventa molto sottile. Peraltro, nel nuovo modello unitario vi sono provvedimenti che, per espressa previsione normativa, possono essere adottati dal giudice d'ufficio (si pensi ai provvedimenti *ex art. 473-bis.22 c.p.c.* nell'interesse dei figli e, nella fase d'attuazione, alle misure *ex art. 473-bis.39 c.p.c.*).

Proprio sulla base di queste valutazioni, nonostante la previsione sia funzionale a garantire l'interesse del minore, la scelta normativa è stata criticata perché foriera di rischi per la terzietà e imparzialità del giudice (32), così portando taluno a fornire

---

(30) L'ordinamento processuale civile è — sia pure in linea tendenziale e non senza qualche eccezione — ispirato dal principio *ne procedat iudex ex officio*, il quale esclude che in capo all'organo giudicante siano allocati significativi poteri di impulso processuale (cfr., per tutti, cfr. Corte cost., 9 luglio 1970 n. 123). In proposito, vale la pena di ricordare che, sulla base dell'applicazione di tale principio alle procedure concorsuali, il legislatore è intervenuto, con d.lgs. n. 5/2006, per espungere (dall'art. 6, r.d. n. 267/1942) la possibilità che il giudice potesse dichiarare d'ufficio il fallimento. La Corte Costituzionale (con la sentenza 9 luglio 2013, n. 184) ha poi precisato che l'art. 4 d.lgs. n. 5/2006 non è affetto dal vizio di eccesso di delega *ex artt. 76 e 77 Cost.*: nonostante la legge delega non avesse stabilito espressamente la soppressione di tale previsione, infatti, il legislatore delegato ha dato attuazione al precetto affidatogli di procedere al coordinamento della disciplina delle procedure concorsuali con il principio del *ne procedat iudex ex officio*.

(31) Cfr. A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 141 e F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile, I processi speciali*, IV, 14<sup>a</sup> ed., 2023, 126, i quali ritengono che il giudice possa assumere provvedimenti opportuni anche in assenza di domande delle parti. Si ricordino, al riguardo, le incertezze rilevate da E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551-552, in relazione alla terminologia usata da Cappelletti. Liebman afferma: « un pericolo di confusione (d'altronde meramente verbale) è dato invece dal tentativo del Cappelletti di capovolgere la terminologia corrente e di riservare il nome di principio dispositivo a quello che nella nostra tradizione e nel codice va sotto il nome di principio della domanda o di distinguere, nel principio dispositivo ampiamente inteso, un significato sostanziale ed un significato processuale ». L'A. riconosce la distinzione tra « il diritto esclusivo della parte di proporre il processo e di chiedere la tutela giurisdizionale dei propri interessi » e « la regola dell'iniziativa delle parti nella trattazione ed istruzione della causa ».

(32) Secondo G. SCARSELLI, *La riforma del processo di famiglia*, in *Giustiziainsieme.it*, dal 15 dicembre 2021, « la deroga al principio della domanda » non sarebbe « giustificata dalla indisponibilità dei diritti o dall'interesse superiore del minore,

un'interpretazione più compatibile della disposizione con il principio della domanda, secondo la quale il potere officioso in commento può essere esercitato quando vi sia una domanda di parte, andando al più oltre i limiti di questa, ma sempre previa instaurazione del contraddittorio tra le parti (33).

Si tratta, non v'è dubbio, di una tecnica processuale incisiva che va ben oltre il generale potere di direzione del procedimento di cui all'art. 175 c.p.c. e — forse — supera l'ambito applicativo dell'art. 112 c.p.c. Peraltro, in un'ottica sistematica, va evidenziato che il legislatore ha potenziato sia il ruolo del Pubblico ministero (34), sia gli istituti della rappresentanza processuale del minore (35) e che, pertanto, tali accorgimenti potrebbero di per sé costituire un solido baluardo per la protezione del minore nei procedimenti ritenuti “più pregiudizievoli”. Evidentemente, il

---

poiché questi interessi sono assicurati dalla presenza del PM e del curatore speciale del minore, mentre il giudice, anche dinanzi a questi diritti, e anche a fronte dell'interesse superiore del minore, deve comunque rimanere terzo e imparziale; e la terzietà e l'imparzialità del giudice escludono che questi possa provvedere d'ufficio». *Contra*, in relazione però all'ampliamento dei poteri istruttori del giudice, P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, cit., 64. Per C. CECHELLA, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive. L'istruttoria*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 23, «se il contraddittorio si conduce seriamente anche il processo su situazioni indisponibili potrebbe non implicare necessariamente l'accentuazione dei poteri del giudice sino a derogare al principio della domanda». Vedi anche F. DANOVÌ, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, cit., spec. 473-474; M.A. LUPOLI, *Il “nuovo” procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, cit., spec. 455-456.

(33) G. SAVI, sub art. 473-bis.2 c.p.c., cit., 26, critico nei confronti della norma e delle possibili interpretazioni “paternalistiche” e “inquisitorie”.

(34) Il quale, ai sensi dell'art. 473-bis.13 c.p.c., può proporre la domanda giudiziale. La giurisprudenza ha da tempo chiarito che l'iniziativa riservata al P.M. ha caratteri di eccezionalità (cfr., *ex multis*, Cass., 7 giugno 2006, n. 13281) e che la tutela giurisdizionale viene attivata comunque da un organo che è comunque terzo rispetto all'organo giudicante. In tale contesto, l'art. 69 c.p.c. ribadisce, in coerenza con la riserva sancita dall'art. 2907 c.c., che egli esercita l'azione civile « nei casi stabiliti dalla legge ». Secondo parte della dottrina, il P.M. sarebbe un sostituto processuale o comunque un legittimato straordinario che agirebbe per la tutela di diritti altrui (cfr. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, I, *Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1999, 23).

(35) L'art. 473-bis.2, comma 1, c.p.c. e poi l'art. 473-bis.8 c.p.c. consentono la nomina del curatore anche d'ufficio in ogni procedimento che coinvolga il minore, e finanche su richiesta del minore che abbia compiuto quattordici anni. Cfr., *infra*, § 4.1.

legislatore ha fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'attribuzione di più ampi poteri al giudice è (forse non l'unica, ma) la migliore tecnica processuale per assicurare la protezione della prole minorenni (36). Occorrerà verificare come tale impostazione verrà calata nel sistema processuale cui siamo abituati, sistema che ruota attorno alla domanda di parte relegando la tutela giurisdizionale officiosa a mere e sporadiche eccezioni.

Quanto, invece, alla possibilità di ammettere d'ufficio mezzi di prova « anche al di fuori dei limiti posti dal codice civile », la formula utilizzata dal legislatore richiama quella usata dall'art. 421, comma 1, c.p.c. per il rito del lavoro. In quel contesto, si ritiene che l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice non sia una vera deroga al principio dispositivo, poiché il giudice non può mai formare il *thema probandum* e può esercitare i propri poteri solo in relazione a fatti e fonti di prova che risultino già dagli atti di parte (37). È vero che, in ambito lavoristico, la (presunta) deroga all'art. 115 c.p.c. viene ritenuta strumento di contemperamento del sistema rigido di preclusioni stabilito in

---

(36) Lo stesso atteggiamento, ci pare, è rintracciabile nella modifica dell'art. 316 c.c. Secondo la versione anteriforma Cartabia, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza, il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del minore ultra-dodicenne, suggeriva le determinazioni che riteneva più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare (art. 316, comma 3, c.c.). L'utilizzo del verbo « suggerire » era interpretato nel senso che il giudice dovesse svolgere una funzione conciliativa senza imporre alle parti alcuna soluzione. In caso di permanenza del contrasto, il giudice attribuiva il potere decisionale sulla questione relativa al minore al genitore che riteneva più idoneo a curare l'interesse del figlio. L'art. 1, comma 4, lett. a), n. 3, d.lgs. n. 149/2022 sostituisce alla parola « suggerisce » l'espressione « tenta di raggiungere una soluzione concordata » e prevede che, in caso di mancato accordo tra le parti, sarà il giudice stesso ad adottare la soluzione che ritiene più adeguata nell'interesse del minore. Sul punto vedi G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 6, 1407 ss., spec. 1423 ss.

(37) P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, cit., 62 ss., ove ampli e ulteriori riferimenti bibliografici. Si veda anche M. TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 104 ss., secondo il quale l'art. 115 c.p.c. non impone al giudice di fondare la decisione soltanto sulle prove proposte dalle parti.

quel rito (38), ma le cose sembrano funzionare diversamente nel modello unitario. Pur non essendo questa la tematica che ci prefiggiamo di esaminare, è utile dar conto che questo modulo procedimentale è caratterizzato da una certa elasticità e da un sistema di preclusioni “doppio”, per cui vi sono limiti più stringenti ove la domanda abbia ad oggetto diritti disponibili e non vi sono rigide preclusioni nel caso di domande relative a diritti indisponibili (39).

Tornando alle caratteristiche del potere istruttorio officioso da esercitarsi anche al di fuori dei limiti previsti dal codice civile, la medesima espressione, come è noto, ha posto dubbi interpretativi nel rito del lavoro, che forse superficialmente possono essere tradotti nel quesito se l'ammissione e assunzione su iniziativa del giudice possa avvenire solo per prove costituenti, e fra tutte la prova testimoniale, o vi sia spazio per applicare la regola alle prove precostituite o, ancora, per ritenere ammissibili le c.d. prove atipiche (e finanche le prove illecite) (40). Non si pretende di sciogliere tali dubbi in questa sede, ma si può senz'altro immaginare che molto dipenderà da come la giurisprudenza

---

(38) Sempre P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, cit., 79-82, e spec. nota 57 per gli essenziali riferimenti bibliografici.

(39) Cfr. il combinato disposto degli artt. da 473-bis.12 a 473-bis.17 c.p.c., e dell'art. 473-bis.19 c.p.c., il quale specifica, al comma 1, che le decadenze « operano solo in riferimento alle domande aventi ad oggetto diritti disponibili » e, al comma 2, permette la proposizione di nuove domande nel corso del giudizio. M.A. LUPOI, *Il “nuovo” procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, cit., spec. 450 ss.

(40) Su questo spinoso argomento, per un efficace inquadramento, ancora P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, cit., spec. 142 ss. Si pone lo stesso problema della “trasportabilità” dei risultati raggiunti nel rito del lavoro, B. FICCARELLI, *I poteri del giudice*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., a cura di C. CECHELLA, 117-118. Vedi, altresì M.A. LUPOI, *Il “nuovo” procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, cit., 455-456, il quale osserva: « In sostanza, si estende al processo di famiglia la deroga al principio di disponibilità della prova già applicato nel processo del lavoro: con la differenza che, nel diritto di famiglia, il giudice sarà “culturalmente” predisposto a interventi officiosi ben più frequenti e incisivi rispetto al giudice del contenzioso lavoristico. La possibilità di utilizzare materiali istruttori anche oltre i limiti di ammissibilità del codice civile, d'altro canto, apre le porte alle prove acquisite in modo irrituale e anche illecito ».

interpreterà la disposizione del nuovo rito unitario e da quanto si vorrà attingere all'esperienza maturata nel contesto laburistico.

Nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 473-*bis*.2 viene, poi, esplicitata una sorta di clausola di salvaguardia: nell'esercitare i poteri officiosi assegnati, il giudice deve sempre garantire il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova contraria. Il legislatore individua la condizione necessaria ai fini del corretto esercizio dei poteri officiosi, in un sistema di limiti e contro-limiti desumibile dall'art. 101, comma 2, c.p.c. (già nella formulazione anteriforma Cartabia) (41).

Si può ritenere che la "clausola" si applichi sia quando il giudice eserciti i poteri in deroga all'art. 112 c.p.c., sia quando lo faccia in deroga all'art. 115 c.p.c. Il rispetto del contraddittorio esige, infatti, che la parte debba avere piena conoscenza delle questioni che il giudice ritiene rilevanti per la decisione, del provvedimento che questi ritiene di adottare e della fonte di prova ammissibile, al fine di poter proporre le proprie difese e/o dedurre le prove in relazione a quelle ammesse d'ufficio (42).

Infine, due segnalazioni.

In primo luogo, se tutto ciò vale quando vi siano minori da tutelare, in assenza di prole i poteri del giudice si "contraggono" a mo' di fisarmonica che si richiude su sé stessa. In questo contesto, il comma 2 dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c. può leggersi come rafforzamento dei principi espressi dal comma 1: in relazione alle domande di contributo economico al giudice sono affidati poteri di iniziativa istruttoria e poteri d'indagine patrimoniale, peraltro individuati dalla medesima norma (43), ma non è consentita la deroga ai principi di cui all'art. 112 c.p.c.

---

(41) Ritiene che il legislatore abbia fatto bene a ribadire il rispetto del diritto al contraddittorio, C. CECHELLA, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive. L'istruttoria*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 24.

(42) Vedi anche B. FICCARELLI, *I poteri del giudice*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., 111.

(43) Dalla Relazione illustrativa, 50, si ricava che si è voluto generalizzate il « potere già riconosciuto nella materia della separazione, del divorzio e nell'art. 337-*ter* del codice civile, attribuendo al giudice istruttore, in tutti i procedimenti ai quali si applica il nuovo rito, di ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti, disporre ordini di esibizione, si badi bene, anche d'ufficio, e ciò in deroga

In secondo luogo, il *fil rouge* del rafforzamento dei poteri del giudice è rintracciabile in molte disposizioni del modello unitario: l'art. 473-*bis*.12, secondo il quale, in ipotesi di presenza di figli e necessità di fissare il contributo economico, il giudice può d'ufficio chiedere una c.d. *automatic disclosure* della documentazione necessaria, in attuazione del dovere di leale collaborazione fissato dall'art. 473-*bis*.18; l'art. 473-*bis*.22, ai sensi del quale il giudice può adottare i provvedimenti temporanei e urgenti entro i limiti delle domande di parte ove non interessino minori, o anche fuori dai suddetti limiti in presenza della prole minorenni; l'art. 473-*bis*.38 che, nel contesto dell'attuazione dei provvedimenti non patrimoniali relativi ai figli, assegna al giudice rilevanti poteri di "intervento"; l'art. 473-*bis*.40, che affida incisivi strumenti al giudice nel contesto di procedimenti relativi a violenze domestiche o abusi, in particolar modo quando il soggetto che subisce il pregiudizio sia un minorenni; l'art. 473-*bis*.42, comma 1, che, sempre per il procedimento in materia di violenza domestica o di genere, consente al giudice di disporre di mezzi di prova al di fuori dei limiti previsti dal codice civile, *etc.*

#### 4. *Il minore d'età come parte del processo e ... (segue).*

Definiti i poteri del giudice e del pubblico ministero, tra le disposizioni comuni del modello unitario figurano subito le regole sull'ascolto del minore (artt. 473-*bis*.4 ss.) e sul curatore speciale (art. 473-*bis*.8 ss.), che si rivelano centrali nell'ottica della pienezza della tutela giurisdizionale. Le norme introdotte hanno, infatti, lo scopo di cristallizzare le prerogative che la giurisprudenza ha assegnato al minore (nonostante la mancanza di capacità processuale), dandogli piena dignità di parte processuale all'interno di ogni procedimento che lo riguardi, ma anche, ad esempio, nelle ipotesi insidiose di crisi della relazione tra i genitori o ancora nelle ipotesi di violenza domestica.

---

all'articolo 210 del codice di procedura civile, che ne subordina l'emissione alla richiesta delle parti, indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi valendosi, se del caso, della polizia tributaria ».

Prima di compiere qualche riflessione sulle nuove regole ci pare utile ripercorrere brevemente le principali tappe che hanno portato a ritenere il minore una vera e propria parte (sostanziale e) processuale (44) nei giudizi relativi a talune domande che la giurisprudenza e (più sporadicamente) il legislatore hanno enucleato: si pensi, ad esempio, alle azioni relative allo *status filiationis* oppure ai giudizi *de responsabilitate*, con riferimento ai quali è emersa da tempo la necessità della presenza del minore, dell'audizione dello stesso e dell'adeguata rappresentanza (45).

Il cammino è stato lungo e ha determinato una lenta erosione della concezione patriarcale incorporata nel codice civile del '40-'42, secondo la quale il figlio minore non era un vero e proprio soggetto titolare di diritti (46). Il primo passo verso il riconoscimento della soggettività del minore si è avuto con la riforma del diritto di famiglia del 1975, mediante la quale i doveri dei genitori di cui all'art. 147 c.c. (all'epoca vigente) sono stati declinati — per la prima volta — alla luce delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli.

Successivamente sono state la Convenzione sui diritti del fanciullo (Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, cfr. art. 12 (47)), e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, rati-

---

(44) Riconoscimento che reca non pochi problemi processuali cui faremo cenno *infra* nel testo, senza pretendere di risolverli qui e ora.

(45) Sul tema la letteratura civilistica e processualcivilistica è davvero vasta. Rinviamo per un'accurata ricostruzione e ulteriori riferimenti bibliografici a B. POLISENO, *I profili di tutela del minore*, cit., spec. 145 ss.; EAD., *Il minore (tutela processuale)*, in *Enc. dir., Famiglia*, a cura di F. MACARIO, Milano, 2022, 866 ss.

(46) Per un *excursus* dettagliato, vedi R. DONZELLI, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *Judicium.it*, 31 gennaio 2022; E. QUADRI, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1330.

(47) L'art. 12 recita: «1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità./ 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un

ficata e resa esecutiva con l. 2 marzo 2003, n. 77, cfr. spec. artt. 4 e 9) (48), a proporre un radicale cambio di prospettiva (49). Dette Convenzioni, infatti, affermano che il minore è titolare di diritti soggettivi e pongono l'interesse del minore in una posizione di preminenza rispetto agli interessi confliggenti. Se capace di discernimento, il minore ha diritto di esprimere la sua opinione nei procedimenti in cui debbono essere assunte decisioni che lo riguardano, e ha diritto ad essere rappresentato da un curatore speciale quando i suoi rappresentanti legali versano in una posizione di "conflitto d'interessi".

L'evoluzione così innescata nel contesto sovranazionale ha ricevuto il sigillo della Corte costituzionale — che, con una decisione del 2002, ha riconosciuto che il minore è « parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. » (50) — e della Corte di cassazione (51).

---

organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale ».

(48) Art. 4, § 1: « Salvo quanto previsto dall'articolo 9, quando il diritto interno priva i detentori delle responsabilità genitoriali della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interesse, il minore ha il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria ».

Art. 9, § 1: « Nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti ».

(49) I riferimenti, nel contesto dell'Unione Europea, sono adesso alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Nizza 2000 (art. 24) e al Regolamento UE n. 1111/2019, in vigore dal 1° agosto 2022 (cfr. art. 21).

(50) Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, con note di M. BERTORELLO, *Nota sulla legittimità costituzionale del procedimento ablativo o modificativo della potestà parentale*, in *Giur. it.*, 2002, 903 ss.; A. ODINO – N. PASCHETTI, *La Corte costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?*, in *Fam. e dir.*, 2002, 229 ss.; F. TOMMASEO, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*, *ivi*, 2002, 233 ss. La Consulta, decidendo su una questione di illegittimità costituzionale sollevata per contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 111 Cost., dell'art. 336, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevedeva che, nei procedimenti modificativi o ablativi della responsabilità genitoriale, fosse sentito il minore ultradodicescimo, o, qualora ritenuto opportuno, anche di età inferiore, ha riconosciuto che l'art. 336 c.c. poteva essere integrato dall'art.

A quel punto, il legislatore ha sentito il bisogno di disciplinare meglio (o disciplinare per la prima volta) gli istituti che più danno forma alla concezione del minore come parte sostanziale e processuale, e cioè l'ascolto e il curatore speciale per il processo. È stato così introdotto, con l. n. 54/2006, l'art. 155-*sexies* c.c. sull'audizione del minore d'età, disposizione che è stata successivamente abrogata dalla l. n. 219/2012 (c.d. riforma Bianca (52)) nel contesto di una auspicata riforma della disciplina della filiazione al fine di eliminare l'ingiustificata disparità di trattamento tra figli (53). In quella occasione, l'ascolto è stato consacrato quale diritto fondamentale del minore a prescindere dal tipo di procedimento, e si è tentata una razionalizzazione della disciplina dell'audizione del minore inserendola negli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c., oggi sostituiti dagli artt. 473-*bis*.4 ss. c.p.c.

Quanto al curatore speciale del minore, invece, una vera disciplina è mancata fino al 2021: infatti, la l. n. 206/2021 aveva previsto, tra le disposizioni immediatamente precettive, quelle di modifica agli artt. 78 e 80 c.p.c. proprio per l'introduzione della figura del curatore speciale del minore. Questi articoli, poi, sono stati nuovamente modificati ed il loro nuovo contenuto è confluito nel modello processuale unitario (artt. 473-*bis*.7 ss.).

---

12 della Convenzione di New York del 1989, sia nel senso di stabilire un obbligo di audizione del minore, sia riconoscendo a quest'ultimo la qualità di parte processuale. Di conseguenza, doveva essere instaurato un contraddittorio nei suoi confronti, anche attraverso la previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. Vedi anche Corte cost., 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. e dir.*, 2009, 869 ss., con nota di A. ARCERI, *Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*.

(51) Si vedano, tra le più recenti, Cass., 15 febbraio 2022, n. 4994; Cass., 17 ottobre 2022, n. 30457.

(52) Con la riforma del 2012 alla vecchia « potestà genitoriale » si è sostituita la « responsabilità genitoriale », facendo leva sul concetto di responsabilità che impone al genitore di garantire il diritto del figlio di crescere in una famiglia che lo ami, lo mantenga e istruisca.

(53) Si veda C.M. BIANCA, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, 2012, 237 ss.; Id., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, 263 ss.

#### 4.1. *L'ascolto del minore e la nomina del curatore speciale (cenni).*

In coerenza con l'evoluzione sopra brevemente tracciata si pongono le soluzioni adottate dalla riforma Cartabia in relazione agli istituti dell'ascolto del minore e del curatore speciale.

L'art. 473-*bis*.4 c.p.c. (54), in continuità con l'abrogato art. 336-*bis* c.c., ribadisce il diritto del minore dodicenne (o anche di età inferiore se capace di discernimento) a manifestare la propria volontà nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano: l'ascolto, non è solo un atto istruttorio ma diventa un mezzo per permettere di considerare la volontà del minore (55). Anche in questo contesto, evidentemente, al giudice vengono assegnati rilevanti poteri, tutti orientati verso il *best interest of the child* (56): egli ha un margine di apprezzamento ampio nel condurre l'ascolto, dovendo contestualizzare le dichiarazioni rese sulla base dell'età e del grado di maturità del minore (57).

Come nel previgente sistema, il legislatore ha ammesso la presunzione per la quale il minore di età possieda la capacità di

---

(54) A commento delle nuove regole sull'ascolto del minore si veda: G. BERTOLI, *L'ascolto della persona di età minore*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., a cura di C. CECHELLA, 259 ss.; F. MOLINARO, sub art. 473-*bis*.4 ss. c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, cit., 770 ss.; R. RUSSO, *L'ascolto del minore*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE, F. DE SANTIS, cit., 542 ss.; G. SAVI, sub art. 473-*bis*.4 ss., in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento ragionato*, cit., 51 ss.

(55) Cfr. R. RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 649.

(56) Il principio del *best interest of the child* costituisce uno strumento interpretativo fondamentale nel bilanciamento realizzato dal giudice e dai suoi ausiliari, tra i diritti e gli interessi del minore e quelli degli altri soggetti coinvolti nella controversia. Vedi per ampie riflessioni, G.O. CESARO, *Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento*, in *Fam. e dir.*, 2020, 871 ss.

(57) Con la recente sentenza Cass., 21 novembre 2023, n. 32290, la Corte ha precisato che l'ascolto è « un diritto personalissimo, proprio della persona minore di età, attraverso il quale è assicurata, a prescindere dall'acquisto della capacità di agire, la libertà di autodeterminarsi, di esprimere la propria opinione e di partecipare in prima persona, e non solo tramite rappresentante, al processo; costituisce al tempo stesso primario elemento di valutazione del miglior interesse del minore ».

discernimento per essere ascoltato al compimento di dodici anni e ha rimesso alla valutazione del giudice la percorribilità della strada dell'ascolto per gli infra-dodicenni. In queste ipotesi, la giurisprudenza da tempo ritiene che: *i*) il giudice può disporre l'ascolto del minore anche al fine di verificare la sua capacità di discernimento; *ii*) il giudice debba disporre l'ascolto o motivarne l'omissione ove vi sia un'istanza che indichi i temi di approfondimento sui quali si ritiene necessario l'ascolto; *iii*) il giudice non ha l'obbligo, in assenza di una richiesta di parte, di giustificare la scelta omissiva (58).

L'articolato normativo riconosce, poi, al giudice la possibilità di astenersi dall'ascolto del minore in una serie di ipotesi in cui l'ascolto possa risultare pregiudizievole per gli interessi del fanciullo. Si riespancono, ancora una volta, i poteri dell'organo giudicante: tenuto in considerazione che l'ascolto è (un diritto, non un obbligo ed è) funzionale a proteggere il minore, il giudice dovrà astenersi dal disporlo quando l'audizione non appaia il miglior strumento per proteggere il minore (59).

La riforma conferma, altresì, che deve essere il giudice a condurre l'ascolto e che il magistrato « può farsi assistere da esperti e altri ausiliari » (art. 473-*bis*.5 c.p.c.), così arginando (se non eliminando) la prassi del c.d. ascolto delegato (all'esperto), la cui legittimità e opportunità è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale (60). La citata disposizione, relegando il contributo degli esperti e/o degli ausiliari alla mera assistenza, lascia

---

(58) Così, quasi testualmente Cass., (ord.) sez. I, 9 agosto 2023, n. 24226, secondo la quale l'ascolto costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano. Tale obiettivo non si realizzerebbe, per i minori di età inferiore ai dodici anni, mediante la previsione di un obbligo generalizzato ed officioso di ascolto o della correlata necessità della giustificazione espressa delle ragioni dell'omessa audizione, poiché il diritto alla partecipazione alle decisioni del giudice deve essere esercitato in modo consapevole ed effettivo.

(59) Cfr. C.V. GIABARDO, *Il minore e il suo diritto ad essere ascoltato nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2014, 2359 ss.

(60) Un primo indirizzo, considerando che le dichiarazioni rese dal minore costituiscono un atto di natura processuale, riteneva che gli esperti potessero ascoltare il minore solo se autorizzati dal giudice (cfr. Cass., 25 gennaio 2021, n. 1474; Cass., 17 aprile 2019, n. 10776). Viceversa, un altro orientamento reputava sufficiente che

intendere che l'audizione debba essere guidata sempre dal giudice, il quale deciderà se coinvolgere gli esperti e/o gli ausiliari (61).

L'art. 473-*bis*.5 c.p.c. si sofferma sulle modalità con le quali deve essere condotta l'audizione in modo da armonizzare una disciplina frammentaria spesso contenuta nei protocolli dei tribunali. Si prevede che il giudice, tenuto conto dell'età e del grado di maturità, debba informare il minore della natura del procedimento, degli effetti dell'ascolto e dell'ulteriore possibilità, riservata al minore (almeno) quattordicenne, di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 473-*bis*.8 c.p.c.

L'assoluta preminenza dell'interesse del figlio emerge ancora dall'art. 473-*bis*.6 c.p.c. che si occupa di ipotesi delicate in cui la conflittualità tra minore e genitore è tale che il primo rifiuta di incontrare il secondo. Viene così disposto l'ascolto del minore per assumere « sommarie informazioni » sulle ragioni per cui rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori. Il legislatore — consapevole che questo rifiuto può nascondere situazioni problematiche per lo sviluppo psico-fisico del minore — impone al giudice di procedere all'ascolto al fine di indagare su quali siano le cause che hanno portato al rifiuto (62). L'art. 473-*bis*.6 c.p.c. non chiarisce quali provvedimenti il giudice possa adottare acquisita la conoscenza di elementi pregiudizievoli per il fanciullo, ma questa mancata tipizzazione consente al giudice di gestire nella maniera più adeguata la situazione, scegliendo — anche in questo caso — la via più opportuna.

Passando ad esaminare la rappresentanza del minore, si è già avuto modo di evidenziare che la definizione delle varie figure di rappresentanza è uno degli obiettivi più importanti della riforma, obiettivo perseguito già con l'adozione della l. n. 206/2021 e le

---

l'ascolto fosse delegato ad un esperto di comprovata professionalità (cfr. Cass., 21 gennaio 2020, n. 1191).

(61) Cfr. R. DONZELLI, *Prime riflessioni sul minore*, cit., § 5.

(62) La gravità delle situazioni che potenzialmente si celano dietro il rifiuto del minore ad incontrare uno o entrambi i genitori richiedono un intervento celere del tribunale, il quale — ove vi siano i presupposti per avviare il procedimento in caso di violenza domestica di cui agli artt. 473-*bis*.40 ss. — una volta assunte le sommarie informazioni, dispone l'abbreviazione dei termini processuali.

modifiche (adesso espunte) dell'art. 78 c.p.c., ai sensi del quale il curatore può essere nominato quando manca la persona a cui spetta la rappresentanza, l'assistenza e sussistano ragioni di urgenza, o vi sia conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato.

L'art. 78 c.p.c., in particolare, è stato utilizzato dalla giurisprudenza per dare attuazione alle norme sovranazionali in materia di partecipazione del minore al processo (63), soprattutto nelle ipotesi in cui tra il genitore e il minore esisteva un "conflitto d'interessi" che non consentiva al primo di rappresentare le esigenze del secondo (64).

Con la l. n. 206/2021 si era in un primo momento tentata una "ricognizione" della casistica in cui la giurisprudenza aveva ritenuto necessaria la nomina del curatore speciale, integrando l'art. 78 c.p.c. con dette ipotesi e modificando, di conseguenza, l'art. 80 c.p.c. Con l'introduzione del procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie tali disposizioni sono confluite nell'art. 473-bis.8 c.p.c. Inoltre, l'art. 473-bis.7 c.p.c. ha disciplinato le figure del tutore e del curatore, con qualche difficoltà di coordinamento e delimitazione dei rispettivi poteri (65).

L'art. 473-bis.8 c.p.c. (66) indica i casi in cui il giudice, anche d'ufficio, a pena di nullità degli atti del procedimento, deve

---

(63) La nomina si riteneva necessaria nelle ipotesi di accesa conflittualità tra genitori nei procedimenti relativi alla crisi familiare, cfr. A. GRAZIOSI, *Il curatore speciale del minore nella separazione e nel divorzio. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Prospettive di riforma*, in *Dir. fam.*, 1996, 1242 ss.

(64) Sul sistema anteriforma, v. per tutti F. DANOVI, *Il curatore speciale del minore quale (ulteriore) raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2019, 698.

(65) Problema del quale non ci occuperemo in questa sede. La scelta operata dal d.lgs. n. 149/2022, rispetto alla l. n. 206/2021 che riguardava solo il curatore speciale, si spiega, secondo la Relazione illustrativa, perché vi sono delle situazioni, come quelle di sospensione e decadenza della responsabilità di entrambi i genitori, che richiedono una maggiore tutela stante l'assenza di soggetti in grado di rappresentare gli interessi del minore, anche per il dato empirico delle croniche carenze di organico dei servizi sociali.

(66) A commento della nuova disciplina relativa al curatore speciale, si veda: B. POLISENO, *Il curatore speciale, il tutore e il curatore del minore*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., a cura di C. CECHELLA, 57 ss.; F. MOLINARO, sub art. 473-bis.8 c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, cit., 778 ss.; R. RUSSO, *I poteri del giudice e del pubblico ministero*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE-F. DE SANTIS, cit., 538 ss.; R. DONZELLI-V. GUIDARELLI, sub art. 473-bis.7 ss., in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento*

nominare il curatore speciale del minore. Alla lett. *a*) del suddetto articolo, è prevista la nomina del curatore speciale nel caso in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità di entrambi i genitori (67), o in cui uno di essi abbia chiesto la decadenza dell'altro; la lett. *b*) fa riferimento ai casi di adozione di provvedimenti di cui all'art. 403 c.c., o per i provvedimenti di cui all'art. 2 ss., l. n. 184/1983 (68) e, quindi, in materia di affidamento; ai sensi della lett. *c*) il curatore speciale può essere altresì nominato quando, dai fatti allegati nel procedimento, emerga una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori (69); infine, alla lett. *d*), è prevista la nomina del curatore su richiesta del minore quattordicenne (70).

A chiusura delle ipotesi tipizzate nel comma 1, l'art. 473-*bis*.8 c.p.c. prevede una clausola elastica che attribuisce al giudice il potere di nominare il curatore speciale « in ogni caso » quando « i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore ». Tale ipotesi si caratterizza per una sorta di “discrezionalità bifasica” del giudice:

---

*ragionato*, cit., 70 ss. Vedi, altresì, D. D'ADAMO, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 4, 1315 ss.; C. PILIA, *Le nuove misure di protezione dell'autonomia dei minorenni*, cit., 42 ss.

(67) La fattispecie sembra applicarsi solo a quei giudizi in cui il P.M. abbia chiesto la decadenza (e non una limitazione) della responsabilità genitoriale per entrambi i genitori.

(68) Nei giudizi relativi all'adozione il legislatore aveva già ravvisato l'esigenza di rappresentanza processuale del minore. Sul ruolo del curatore speciale nel procedimento di adozione si veda, per tutti, F. TOMMASEO, *Giudizi di adottabilità: il ruolo del tutore, del tutore provvisorio e del curatore speciale*, in *Fam. e dir.*, 2019, 721 ss.; ID., *La Cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. e dir.*, 2009, 677 ss.

(69) Evidentemente, l'istituto del curatore di cui all'art. 78 c.p.c. non poteva dirsi sufficiente nel processo minorile, in cui non rileva tanto il “conflitto di interessi” tra genitore e figlio, quanto la più fluida — e anche temporanea — inadeguata rappresentanza da parte del genitore che apre la strada alla nomina del curatore del minore.

(70) Il problema reale che si pone in quest'ipotesi è relativo alle concrete modalità attraverso le quali il minore può formulare la richiesta, poiché si tratta di soggetto privo di capacità processuale. Allo stesso modo, la questione si ripropone per il potere di revoca del curatore del minore, potere conferito oggi dalla legge anche al minorenne.

questi, non solo può valutare se sussiste il presupposto “elastico” per la nomina, ma può altresì scegliere se procedere effettivamente a nominare il curatore. A fronte di questo ampio potere, la legge richiede che il provvedimento di nomina sia succintamente motivato, dacché si deduce che nelle ipotesi di cui alle lett. *a-d* non è necessaria alcuna specifica motivazione. Peraltro, il giudice può attribuire al curatore speciale del minore — con il provvedimento di nomina o con diverso provvedimento adottato nel corso del giudizio che però rechi precise indicazioni al riguardo — specifici poteri di rappresentanza sostanziale (71).

È necessario, infine, individuare — ma il problema non sarà risolto in questa sede — le conseguenze del riconoscimento del minore come parte del processo, a maggior ragione quando tale parte sia necessaria, come sembrerebbe per i casi di cui all’art. 473-*bis*.8, comma 1, c.p.c. Si tratta, in primo luogo, delle modalità tecniche attraverso le quali consentire la partecipazione del minore nelle ipotesi in cui la domanda non sia proposta direttamente dal curatore speciale del minore (come pure possibile *ex art.* 473-*bis*.13, ultima comma, c.p.c.). A questo, si aggiunge il dubbio sulla possibilità di pronunciare condanna alle spese nei confronti del minore in caso di soccombenza, con l’ulteriore perplessità circa il soggetto che poi sarà obbligato alla rifusione delle spese.

##### 5. *I provvedimenti contro l’inadempimento degli obblighi in materia di (crisi della) famiglia.*

Tra gli istituti dai quali emerge un accentuato potere del giudice, il modello unitario ci regala la Sezione III « Dell’attuazione dei provvedimenti » (72) in cui sono collocati gli articoli da

---

(71) Si pensi, ad esempio, al percorso di studi e alle vaccinazioni obbligatorie. Cfr. R. RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 647 ss.

(72) A commento delle nuove regole sull’attuazione dei provvedimenti si veda: R. DONZELLI, *L’attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, i minorenni e la famiglia*, cit., a cura di C. CECHELLA, 155 ss.; *Id.*, sub *art.* 473-*bis*.36 ss., in *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento ragionato*, cit., 275 ss.; F. TOMMASEO, *Sull’attuazione dei provvedimenti della*

473-bis.36 a 473-bis.39, che disciplinano — appunto — l'attuazione (73) dei provvedimenti relativi ai crediti familiari e all'affidamento della prole, nonché le misure volte a reprimere le inadempienze e violazioni dei genitori.

Nei casi di mancata tenuta dei vincoli familiari spesso, infatti, nasce l'esigenza di tutelare interessi particolarmente delicati poiché afferenti dalla sfera della vita privata e dello sviluppo della persona. In questo contesto la tutela esecutiva ha sempre trovato il grosso limite della realizzazione forzosa dei diritti non patrimoniali, poiché i mezzi di esecuzione diretta previsti dall'ordinamento si sono rivelati inadatti, tanto da rendere necessario il ricorso alla tutela esecutiva c.d. indiretta (74).

Con la riforma Cartabia il legislatore ha voluto armonizzare il sistema di attuazione dei provvedimenti a contenuto patrimoniale (già assistiti da una tutela privilegiata) e non patrimoniale, generalizzando e/o richiamando gli istituti che erano previsti solo da alcune norme e per determinate fattispecie. In passato, infatti, esistevano delle soluzioni differenziate a seconda della situazione in cui versava la "famiglia" o, comunque, l'unione (75).

---

*giustizia familiare*, cit., 970 ss. Se vuoi, anche G. FANELLI, sub *art. 473-bis.36 ss. c.p.c.*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, cit., 844 ss.

(73) Viene usato il termine « attuazione », in luogo di « esecuzione », perché ritenuto più adeguato a indicare gli strumenti di coercizione per l'esecuzione degli obblighi di carattere personale. In proposito, cfr. B. POLISENO, *Profili di tutela*, cit., 339, secondo la quale il tema dell'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori « prende le mosse dalla *summa divisio* tra provvedimenti a contenuto patrimoniale e provvedimenti di altra natura ». Anche E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del codice di procedura civile*, I, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, 202, afferma « non vi è dubbio che il carattere patrimoniale o personale della statuizione (...) comporti il ricorso a differenti procedimenti esecutivi ». Utilizzano questa espressione, tra gli altri, L. QUERZOLA, *L'attuazione dei provvedimenti nella crisi familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, spec. 671-672 e nota 1 e, prima in EAD., *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010; C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 223-225; F. DANNOVI, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori, tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Dir. Fam.*, 2002, 530 ss.; R. METAFORA, *L'attuazione dei provvedimenti di affidamento della prole ex art. 709-ter c.p.c. e gli altri strumenti di coazione esecutiva*, in *Riv. esec. forzata*, 2022, 4, 770 ss.

(74) Per approfondimenti e per ulteriori riferimenti bibliografici, vedi, *infra*, in nota al § 7.1.

(75) Si sono avuti, così, fino ad oggi provvedimenti adottabili:

## 6. Tutela e garanzie del credito "familiare" nella riforma Cartabia.

Passiamo, dunque, all'esame dell'art. 473-*bis*.36 c.p.c., rubricato « Garanzie del credito » (76). La disposizione (non ha un carattere totalmente innovativo, ma) fornisce strumenti di tutela e garanzia per i contributi economici in senso lato che sono stati stabiliti *i*) in ragione della separazione personale tra coniugi (cfr. l'art. 156 c.c. (77)); *ii*) come conseguenza del divorzio (cfr. l'art. 8, l. 1° dicembre 1970, n. 898, in tema di obblighi di mantenimento a seguito di divorzio (78)); *iii*) per qualsiasi altra causa di annullamento, nullità del matrimonio o procedimento relativo a figli nati fuori dal matrimonio (cfr. l'art. 3 (79), l. 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di riconoscimento dei figli naturali) (80).

---

*a*) per la tutela dello stato di figlio anche in costanza di matrimonio (art. 315 e 316-*bis* c.p.c.);

*b*) come conseguenza di una separazione personale tra coniugi (cfr. l'art. 155, che rinvia al Capo II del titolo IX e l'art. 156 c.c.), di divorzio (cfr. l'art. 5, 6° comma, e l'art. 8, l. 1° dicembre 1970, n. 898) o di qualsiasi altra causa di annullamento, nullità del matrimonio o procedimento relativo a figli nati fuori dal matrimonio (cfr. il Capo II del Titolo IX c.c. e l'art. 3, l. 10 dicembre 2012, n. 219, di riforma della filiazione);

*c*) a seguito di scioglimento delle unioni civili di cui alla l. 20 maggio 2016, n. 76 (di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

(76) Inserita in virtù della delega contenuta all'art. 23, lett. *ll*), l. n. 206/2021, che ha delegato il legislatore a « procedere al riordino della disciplina di cui all'articolo 156 del codice civile, all'articolo 8 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, all'articolo 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, e all'articolo 316-*bis* del codice civile, introducendo un unico modello processuale strutturato in analogia a quanto previsto dall'articolo 8 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e che tenga conto dell'assenza di limiti prevista dall'articolo 156 del codice civile per adottare le garanzie a tutela dell'adempimento delle obbligazioni a carico dell'onerato e per il sequestro ».

(77) I cui commi 4, 5 e 6 sono stati abrogati dall'art. 1, comma 2, lett. *a*), d.lgs. n. 149/2022.

(78) L'art. 8, l. n. 898/1970 è abrogato dall'art. 27, comma 1, lett. *d*), del d.lgs. n. 149/2022.

(79) L'art. 3, comma 2, l. n. 219/2012 è abrogato dall'art. 29, comma 4, del d.lgs. n. 149/2022.

(80) Su questi istituti vedi, per tutti, A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Diritto processuale di famiglia*, cit., spec. 229 ss.; C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., spec. 223 ss. Per qualche considerazione nel sistema anteriforma Cartabia, sia consentito rinviare a G. FANELLI, *Gli obblighi a contenuto patrimoniale del genitore. Le misure attuative ed esecutive alla luce di alcuni orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. esec. forzata*, 2021, 611 ss.

In tale contesto, al comma 1 è previsto che tutti i provvedimenti, anche temporanei e provvisori, che prevedono un contributo economico «in favore della prole o delle parti» sono immediatamente esecutivi e costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. La possibilità di iscrivere ipoteca di cui all'art. 2818 c.c. era già prevista, al sussistere di talune condizioni, dall'art. 156, comma 5, c.c., dall'art. 8, comma 2, l. n. 898/1970 e dall'art. 3, comma 2, l. n. 219/2022.

Sia l'immediata esecutività di provvedimenti temporanei, sia la possibilità generalizzata di iscrivere ipoteca giudiziale — quindi, non solo sulla base di una sentenza di scioglimento del matrimonio o di divorzio, *etc.* (81) — costituiscono potenti strumenti nelle mani del creditore, e tale incisività si spiega con il fatto che i contributi economici servono a garantire il soddisfacimento di bisogni primari. Tuttavia, il legislatore, probabilmente nell'intento di non minare eccessivamente la libera disponibilità del patrimonio del debitore ed evitare possibili abusi di siffatti rimedi, ha voluto inserire un “contrappeso” nel comma 2 dell'art. 473-*bis*.<sup>36</sup>, mediante il rinvio all'art. 96, comma 2, c.p.c. In virtù del richiamo, il giudice, se «il valore dei beni ipotecati eccede la cautela da somministrare», su istanza della parte danneggiata, condanna al risarcimento dei danni il creditore procedente che abbia agito senza la normale prudenza.

Il comma 2 prevede che il giudice possa «imporre al soggetto obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di contributo economico». Il testo, come già rilevato, riproduce — ampliandone l'ambito di applicazione — le misure di cui all'art. 156, commi 4 e 6, c.c., all'art. 8, comma 1 e 7, l. n. 898/1970 e all'art. 3, comma 2, l. n. 219/2012. Viene mantenuta la necessità che sussista un «pericolo dell'inadempimento»: in altri termini, la prestazione di garanzia reale o personale può essere imposta a

---

(81) In proposito, si ricorda che Corte cost., con sentenza 18 febbraio 1988, n. 186, in *Giust. civ.*, 1988, 879 ss., aveva dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 156, comma 5, e 158 c.c. nella parte in cui non prevedevano che il decreto di omologazione della separazione consensuale dei coniugi costituisse titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

condizione che vi sia il fondato timore che il debitore intenda sottrarsi all'adempimento del contributo economico a suo carico.

A mente del comma 4, il creditore può chiedere al giudice di essere autorizzato a procedere al sequestro dei beni mobili, immobili o dei crediti del debitore, affinché siano soddisfatte o conservate le sue ragioni creditorie. La disposizione riprende, anche in questo caso, la formulazione dell'art. 156, comma 4, c.c., dell'art. 8, comma 7, l. n. 898/1970 e dell'art. 3, comma 2, l. n. 219/2012, ma con importante scelta di campo. E, infatti, la concessione del sequestro — provvedimento, in genere, dalla natura cautelare — è svincolata dalla valutazione del *periculum in mora*: nulla si dice sul temuto inadempimento del creditore. Né, d'altra parte, il giudice viene chiamato a valutare il *fumus bonis iuris*, poiché il diritto alla percezione del contributo economico è già stato altrove accertato. Viene esaltata la funzione di assicurazione dell'adempimento e di conservazione delle ragioni creditorie, dando a questo particolare sequestro il carattere di uno strumento di coazione, anche psicologica, nei confronti dell'obbligato (82).

Dopo aver enucleato e riformulato le garanzie del creditore-familiare il legislatore detta il criterio di competenza e chiarisce brevemente qual è il regime dei provvedimenti volti ad assicurare la percezione del contributo economico. Al comma 5 dell'art. 473-bis.36 c.p.c. è previsto che la domanda per l'adozione dei provvedimenti di cui ai commi 1, 2 e 3 debba essere proposta al giudice del procedimento in corso o, in mancanza, al giudice competente per la revisione dei provvedimenti individuato dall'art. 473-bis.29 (83).

---

(82) In continuità con quanto stabilito dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 156 c.c. Per la natura coercitiva atipica al sequestro *ex art. 156 c.c.*, cfr. Cass. 19 febbraio 2003, n. 2479, in *Foro it.*, 2004, I, 830 ss., con nota di S. CAPORUSSO, *Sequestro dei beni del coniuge obbligato al mantenimento e ricorso per cassazione*. Cfr. anche Cass., 28 maggio 2004, n. 10273. In dottrina, vedi le considerazioni di C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 231-232; Id., *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 1132; A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 258-260.

(83) Sul quale vedi M. A. LUPOI, sub *art. 473-bis.29*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., a cura di R. TISCINI, 831 ss.

Al comma 4, in linea con il principio generale della modificabilità dei provvedimenti adottati nel contesto della famiglia, si prevede la possibilità di chiedere la modifica dei provvedimenti emessi in presenza di mutamenti delle circostanze. Si ricorderà, infatti, che, con riferimento ai provvedimenti con funzione esecutiva che si formano in procedimenti sommari in materia familiare, il paradigma seguito dal legislatore sembra essere quello della c.d. condanna in futuro, poiché spesso i provvedimenti vengono emanati a prescindere dalla scadenza (se non dall'effettiva sussistenza) dell'obbligazione di pagamento (84). Pertanto, la (ribadita) possibilità di apportare modifiche in maniera "semplificata" alle statuizioni di tipo consequenziale-accessorio che seguono la crisi della famiglia (ad esempio, inerenti le modalità di affidamento, il contributo di mantenimento, *etc.*), deve essere salutata con favore, poiché tali statuizioni sono rese sulla base di presupposti fattuali che possono cambiare o venire meno nel tempo.

Anche l'introduzione del nuovo art. 473-*bis*.37 c.p.c. ha una funzione di armonizzazione delle tutele già esistenti e volte a garantire la percezione, con carattere di periodicità, del contributo economico spettante alla prole o al coniuge. Il meccanismo è, però, diverso perché consiste in una distrazione di crediti futuri della parte obbligata resasi inadempiente rispetto alla contribuzione economica a suo carico.

Il legislatore ha, così, sistemato in un'unica disposizione il procedimento per l'ordine di pagamento nei confronti del terzo previsto (i) dall'art. 156 c.c., in materia di separazione personale tra coniugi; (ii) all'art. 8, l. n. 898/1970, il quale disciplina la richiesta di pagamento diretto al terzo, svincolandola dall'intervento del giudice; (iii) dall'art. 3, comma 2, l. n. 219/2012, la cui

---

(84) Nel medesimo senso del testo, F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., spec. 570-571. Sulla condanna in futuro, in generale, L. MONTESANO, *Critica alla teoria della condanna in futuro*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 41 ss.; V. ROGNONI, *La condanna in futuro*, Milano, 1958. Nella manualistica, v. soprattutto B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2020, 184-185.

formulazione non cristallina (85) aveva fatto sorgere problemi di interpretazione in dottrina e giurisprudenza (86). In attuazione del principio di delega di cui all'art. 1, comma 23, lett. *ii*) (87), l. n. 206/2021 (e sul modello dell'art. 8, l. n. 898/1970 (88)), l'art. 473-*bis*.37 regola, infatti, l'utilizzo, in via esecutiva, del provvedimento che abbia definito l'*an* ed il *quantum* del contributo economico direttamente contro il terzo *debitor debitoris*.

Il comma 1 dell'art. 473-*bis*.37 prescrive che il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo « dopo la costituzione in mora del debitore, inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni », può notificare il provvedimento che ha quantificato la misura del contributo economico o l'accordo di negoziazione assistita in cui è stabilita la misura dell'assegno (che, ai sensi dell'art. 6, d.l. n. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162/2014, produce gli stessi effetti del corrispondente provvedimento dell'autorità giudiziaria) « ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al soggetto obbligato, con la richiesta di versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al debitore inadempiente ».

Stando alla lettera della disposizione, il creditore che abbia ottenuto un provvedimento (non necessariamente una sentenza) ovvero disponga dell'accordo di negoziazione assistita stipulato per la separazione personale tra i coniugi, che incorpori una

---

(85) L'art. 3, comma 2, l. n. 219/2021 al penultimo periodo recita: « Il giudice può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'articolo 8, secondo comma e seguenti, della legge 1° dicembre 1970, n. 898 ».

(86) Cfr., ad esempio, le diverse letture date da Trib. Milano, 24 aprile 2013 e da Trib. Roma, 7 gennaio 2015.

(87) Secondo il quale il legislatore deve « procedere al riordino della disciplina di cui agli articoli 145 e 316 del codice civile, attribuendo la relativa competenza al giudice anche su richiesta di una sola parte e prevedendo la possibilità di ordinare al coniuge inadempiente al dovere di contribuire ai bisogni della famiglia previsto dall'articolo 143 del codice civile di versare una quota dei propri redditi in favore dell'altro; prevedere altresì che il relativo provvedimento possa valere in via esecutiva diretta contro il terzo, in analogia a quanto previsto dall'articolo 8 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 ».

(88) Come chiarito nella Relazione illustrativa, 67.

statuizione a carattere economico in suo favore, può usarlo a fini esecutivi nei confronti del terzo. Al creditore è chiesto, dopo aver infruttuosamente costituito in mora il debitore e tollerato un ritardo nell'adempimento pari ad almeno trenta giorni, di notificare al terzo il provvedimento esecutivo, invitandolo ad adempiere nei suoi confronti e dando contestuale comunicazione al debitore.

Fatto ciò, ai sensi del comma 2 dell'art. 473-*bis*.37, il terzo, messo a conoscenza del provvedimento (con una operazione che ricalca quelle della notifica del titolo esecutivo e del precetto), è tenuto al pagamento dell'assegno dal mese successivo a quello in cui è stata effettuata la notificazione. In questo modo è possibile assicurare da subito la soddisfazione coattiva delle mensilità successive. Pertanto, il provvedimento non funge tanto da titolo esecutivo per il credito liquido, certo ed esigibile non soddisfatto, ma è la fonte per "reprimere" il futuro inadempimento di una obbligazione pecuniaria a carattere periodico (89).

Da ultimo, va rilevato che il legislatore non ha coordinato le misure previste dagli artt. 473-*bis*.36 e 473-*bis*.37, con la conseguenza che non si può escludere che il giudice, in caso di richiesta cumulata, possa concedere alla parte entrambi gli strumenti di tutela ivi previsti.

#### 7. *Il problema delle tecniche di attuazione dei diritti non patrimoniali.*

Di sicuro rilievo, nell'ambito della riflessione sui poteri riconosciuti al giudice nel nuovo modello unitario processuale in materia di persone, minorenni e famiglie, sono le tecniche di attuazione dei provvedimenti a contenuto non patrimoniale.

Il nuovo art. 473-*bis*.38 c.p.c. disciplina tutte quelle misure che regolano i rapporti tra genitori e figli in caso di crisi del progetto di coppia, al fine di garantire il diritto alla bigenitorialità a seguito di dissoluzione del vincolo affettivo e/o giuridico tra i

---

(89) Cfr. sul punto A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 262.

genitori (90). Si tratta di strumenti di cui la dottrina aveva da tempo rilevato la necessità in un sistema lacunoso nel quale, solo a partire dal 2006, si era innestato l'art. 709-ter c.p.c. (91). Così, il legislatore delegante e delegato costruiscono, per la prima volta, un reticolato di norme che punta a risolvere gli annosi problemi di attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento ai figli minori, assegnando al giudice incisivi strumenti per la gestione della crisi.

Tra i provvedimenti concernenti l'affidamento rientra quello che prevede il c.d. obbligo di consegna del minore — cui sono collegati i diritti di visita e di frequentazione, e, cioè, di quell'insieme di accorgimenti volti a garantire continuità nel rapporto figlio-genitore non affidatario o, comunque, co-affidatario ma non collocatario (92) — sulla cui natura si è in passato molto discusso, anche per la ricordata inadeguatezza delle forme di

---

(90) Vedi, per tutti, F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., spec. 548 ss.; A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., spec. 230 ss.; C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 237 ss.

(91) Per il rilievo che l'art. 709-ter c.p.c. « non è riuscito ad assolvere in modo soddisfacente alla preziosa funzione cui sarebbe preordinato », cfr. A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 231.

(92) Con particolare riferimento al diritto di visita, la giurisprudenza ha utilizzato le misure coercitive del vecchio art. 709-ter c.p.c. per reprimere le condotte poste in essere da un genitore al fine di impedire all'altro di far visita al figlio minore, fino all'enucleazione di una specifica tipologia di danno, il « danno da privazione genitoriale », il quale si verifica quando uno o entrambi i genitori fanno mancare al figlio la presenza e il sostegno necessari al suo percorso di crescita (sul punto vedi, ad esempio, Trib. Roma 13 settembre 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, 817 ss., con nota di D. LONGO, *La madre collocataria impedisce al padre di vedere il figlio: condannata ad un esemplare risarcimento del danno*). Vedi, però, Cass., ord., 6 marzo 2020, n. 6471 (in *Rass. esec. forzata*, 2020, 682 ss., con nota di A. DI BERNARDO, *Misure coercitive indirette e obbligo di visita: c'era una volta il superiore interesse del minore*; in *Fam. e dir.*, 2020, 4, 332, con nota di B. FICCARRELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*; in *Nuova giur. civ.*, 2020, 4, 775, con nota di A. NASCOSI, *Il dovere di visita del genitore, secondo la Corte, non è coercibile*), secondo la quale il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c. trattandosi di una potere-funzione che, non sumumibile negli obblighi la cui violazione integrava, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., una « grave inadempienza », è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata.

esecuzione diretta (93). Come si è tradizionalmente rilevato, l'obbligo di consegna del minore non può essere eseguito a mezzo delle forme di esecuzione previste dal Libro III del codice di rito poiché, pur non essendo oggettivamente infungibile, non può essere attuato qualora il genitore — che materialmente abbia con sé il figlio — decida di non collaborare.

Il compito di colmare detta lacuna è stato lasciato alla creatività dei giuristi che hanno proposto diverse soluzioni (94),

---

(93) M. FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori*, Milano, 1991; ID., *I limiti dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. esec. forzata*, 2000, 406-408. Vedi anche R. VACCARELLA, *Problemi vecchi e nuovi dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *Giur. it.*, 1982, 304 ss.; P. FARINA, *L'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 259 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 203 ss.

(94) È forse utile affidare alle note una breve ricostruzioni delle posizioni emerse in dottrina e poi passate al vaglio della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito.

Secondo un primo risalente orientamento, l'obbligo di consegna del minore doveva ritenersi *tout court* ineseguibile. A giustificazione di tale assunto erano addotte essenzialmente due motivazioni che poggiavano, da un lato, sulla natura infungibile dell'obbligo, da un altro lato, sulle possibili resistenze opposte dal minore alla consegna (L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1923, 3, 4, nota 1, secondo il quale si trattava di obbligazioni di fare che potevano essere adempiute solo dall'obbligato, in virtù della sua qualità o condizione personale; E. FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1986, 117. Vedi, per puntuali ampi riferimenti bibliografici, M. FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 16-20, nota 26). Questa prima impostazione non era accettata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza poiché ritenuta poco garantista. Per rendersene conto, basti citare una risalente pronuncia della Cassazione di Napoli nella quale si reclamava una soluzione al problema della difficoltà nell'eseguire la consegna del minore: « Come non vedere che qui vi ha di mezzo l'interesse stesso dei minori, la loro educazione, i loro beni, e fin la vita loro, che sono tutte cose non *voluntatis* ma *necessitatis*. (...) Possibile che in questi casi ed in altri analoghi, gli ordini del magistrato siano quali voci vane che niuno si degni di eseguire? »: Cass. Napoli, 13 giugno 1884, in *Giur. it.*, 1884, I, 1, 657.

Un secondo orientamento riteneva applicabile alla fattispecie dell'obbligo di consegna del minore una tra le forme di esecuzione previste dal codice di procedura civile. Nello specifico, taluni ritenevano applicabili gli artt. 605 ss. c.p.c. in tema di esecuzione per consegna o rilascio, altri gli artt. 612 ss. c.p.c. in tema di esecuzione specifica di obblighi di fare e non fare. Quanto all'utilizzazione della prima delle due procedure, l'orientamento, seppur autorevolmente sostenuto (F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, Padova, 1932, 36; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1937, 204; ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3<sup>a</sup> ed., Roma, 1951. Si veda anche M. FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 97-103, 163 ss.), non ha raccolto consensi né in dottrina né in giurisprudenza, in quanto era opinione

tra le quali è utile ricordare l'esecuzione c.d. in via breve (95) (un procedimento esecutivo informale diretto dal giudice della cognizione e nato per soddisfare le esigenze di celerità e tempestività legate all'attuazione di provvedimenti di natura cautelare) e l'utilizzo delle misure coercitive (sul modello dell'*astreinte* francese (96) o sul modello delle sanzioni penali previste dall'art. 388, comma 2, c.p. (97) e/o dall'art. 650 c.p. (98)).

---

condivisa che le operazioni di interpretazione analogica non potevano spingersi fino a ritenere il minore una *res* da consegnare nei modi previsti dall'art. 605 ss. c.p.c.

Quanto all'applicabilità della disposizioni sull'esecuzione degli obblighi di fare o non fare fungibili, i sostenitori muovevano da un'interpretazione degli artt. 2930 e 2931 c.c. per la quale anche il comportamento del "consegnare" doveva essere considerato un *facere* specifico, seppur non rientrante nella portata terminologica del "dare" contemplato dall'art. 2931 c.c., e doveva, pertanto, essere eseguito attraverso i mezzi previsti dall'art. 612 c.p.c. (cfr. C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Nuovis. Dig. it.*, 1957, Torino, 766). In questo senso, anche la giurisprudenza di legittimità e di merito prevalente: *ex plurimis*, vedi Cass., 7 ottobre 1980, n. 5474, in *Foro it.*, 1980, I, 2707, con nota di A. PROTO PISANI. Interessante ricordare che la posizione *de quo* aveva ricevuto anche l'avvallo della Consulta, cfr. Corte cost., 2 marzo 1987, n. 68, in *Giust. civ.*, 1987, I, 555 ss. e in *Foro it.*, 1987, I, 2913 ss. Ancora, una particolare variante di tale impostazione è stata offerta da G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1996.

Un'altra soluzione ancora si rinveniva nell'utilizzo di procedure atipiche in virtù delle quali l'obbligo di consegna doveva essere fatto eseguire da particolari soggetti, quali, a seconda degli spunti ricostruttivi privilegiati dei vari autori, il Pubblico Ministero (in questo senso, M. DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, 107; A. NAPPI, *Trattato di diritto concordatario e civile*, Milano, 1940, 245. Per più ampi riferimenti bibliografici, M. FORNACIARI, *L'attuazione cit.*, 37-45 e relative note); la Polizia Giudiziaria (nella sua attività di prevenzione e repressione di reati, secondo il paradigma dell'art. 388, comma 2, c.p., cfr. V. ANDRIOLI, *In tema di esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole*, in *Foro it.*, I, 1952, 124 ss. Per maggiori indicazioni bibliografiche, ancora M. FORNACIARI, *Attuazione*, cit., 45-56 e relative note); e, non ultimo, il giudice tutelare (cfr. L. MALAGÙ, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986, 103 e M. FORNACIARI, *Attuazione*, cit., 60-76 e relative note, per ulteriori riferimenti).

(95) Per tutti, a favore di questa tesi, G. COSTANTINO, *Sull'esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole*, in *Atti del convegno Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, spec. 470. Per più ampi riferimenti e per un'analisi della giurisprudenza vedi ancora M. FORNACIARI, *Attuazione*, cit., 76-82.

(96) In questo senso, soprattutto S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, spec. 86.

(97) Disposizione che punisce la condotta di elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci.

A questa situazione di totale carenza normativa e di fervida elaborazione degli operatori il legislatore ha cercato di porre rimedio, in un primo momento, modificando la l. n. 898/1970, il cui art. 6, comma 10, all'uopo inserito, recitava: « All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito, e, nel caso previsto dal comma 8 [e cioè nel caso di temporanea impossibilità di affidamento del minore ad uno dei genitori], anche d'ufficio ». La disposizione, non chiarissima, ha avuto però il pregio di confermare, finalmente, la coercibilità degli obblighi a carattere personale in capo ai genitori. Tuttavia, la citata disposizione — oltre a disciplinare l'attuazione dei provvedimenti di affidamento della prole esclusivamente in caso di divorzio — è stata molto criticata perché, nella sua eccessiva imprecisione, lasciava irrisolte diverse questioni, non chiarendo quale fosse la procedura da seguire per l'attuazione degli obblighi familiari e quale dovesse essere, nel corso della stessa, il ruolo del giudice (99).

#### 7.1. *L'introduzione e il superamento dell'art. 709-ter c.p.c.*

Successivamente, sempre al fine di colmare la rilevata lacuna, il legislatore ha, con l. 8 febbraio 2006, n. 54, introdotto l'art. 709-ter nel procedimento di separazione personale dei coniugi prima previsto dal Titolo II, Capo I, Libro IV del codice di rito.

L'art. 709-ter c.p.c. (rubricato « Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni ») consentiva al giudice di adottare i « provvedimenti opportuni », designando pure un sistema di esecuzione indiretta (100) volto poi a

---

(98) Fattispecie residuale che punisce la mancata osservanza di qualsiasi provvedimento dell'autorità. Si veda V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, spec. 235.

(99) Secondo F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 607, la disposizione avrebbe accordato al giudice « piena libertà di determinazione, senza obbligo di seguire schemi predefiniti, le modalità concrete di rispetto e attuazione del provvedimento ».

(100) Non possono essere esaminate le tematiche relative all'esecuzione indiretta, né può essere qui fornito un soddisfacente supporto bibliografico. Il rinvio è, per tutti, a L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915.; S. CHIARLONI,

contrastare l'inottemperanza ai provvedimenti adottati. Più nello specifico, in caso di « gravi inadempienze », « atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento », il giudice (anche cumulativamente) aveva la possibilità di: *i*) ammonire il genitore inadempiente; *ii*) condannare al risarcimento dei danni a carico di un genitore nei confronti del minore o *iii*) dell'altro genitore; *iv*) condannare il genitore al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende.

Non è questa la sede per sciogliere il dubbio circa la natura delle ricordate misure (a maggior ragione se si tiene conto che il problema ci pare riproporsi in relazione all'art. 473-*bis*.39 che — come si dirà (101) — è la versione 2.0 dell'art. 709-*ter*): basterà ricordare che la dottrina è stata divisa tra quanti avevano riconosciuto il carattere unitario e fundamentalmente sanzionatorio di tali misure (102), e quanti le avevano ricondotte — almeno

---

*Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; C. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive)*, in *Enc. giur.*, XIII, Milano, 1989, 1 ss.; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano*, in *Gius. civ.*, 1999, 157 ss.; Id., (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011; Id., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 6ª ed., Torino 2020, spec. 33 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 ss.; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019; Id., *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 4, 1214 ss. Vedi, altresì, il recente studio di U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023.

(101) Vedi, *infra*, § 8.

(102) F. DANОВI, *Le misure ex art. 709-ter c.p.c. in appello tra oneri di impugnazione e poteri del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2016, 172, definisce le misure in esame uno strumento compulsorio civilistico di esecuzione indiretta a salvaguardia dei provvedimenti di natura personale (sull'affidamento, il collocamento e le modalità di frequentazione) assunti nei giudizi della crisi della famiglia e riguardanti i figli minori. L'A. prosegue (174) sostenendo che i provvedimenti *ex art. 709-ter* si allontanano da figure tipiche della giurisdizione contenziosa e si accostano alla categoria della volontaria giurisdizione. Per C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 229, le misure *ex art. 709-ter* c.p.c. devono essere inquadrate nell'ambito delle misure coercitive alle quali, in caso di inadempimento, segue la sanzione con la conseguenza che non è necessaria una preventiva indagine sugli elementi della fattispecie dell'illecito aquiliano, del dolo o della colpa e dell'effettivo pregiudizio risarcibile. Vedi anche R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori*, Torino, 2018, 105, l'art. 709-*ter* ha la funzione di « tracciare un perimetro di applicazione il più ampio possibile a cui corrispondono

quelle contemplate dai numeri 2 e 3 — alla tutela risarcitoria *ex art. 2043 e/o art. 2059 c.c.* Peraltro, la questione è stata ad un certo punto inquadrata alla luce del riconoscimento, compiuto ad opera delle Sezioni Unite (103), della compatibilità tra tutela risarcitoria e tutela sanzionatoria: secondo i giudici di legittimità alla responsabilità civile non è assegnato esclusivamente il compito di ripristinare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma anche — in talune ipotesi — una funzione di deterrenza e sanzionatoria del responsabile civile (104). Alla luce di tale evoluzione del nostro ordinamento giuridico, è

---

conseguenze giuridiche altrettanto varie e diversificate, quale ad esempio la modifica dei provvedimenti già emessi; misura che, come visto, non necessariamente richiede il mancato rispetto delle condizioni di affidamento dei minori, ben potendo tale esigenza emergere da vere e proprie sopravvenienze o dalla valutazione dei riscontri pratici ottenuti in sede attuativa ».

(103) La questione della possibilità che, per come disegnata nel nostro ordinamento, la tutela risarcitoria possa avere anche una valenza sanzionatoria è stata affrontata da Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 (in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1597 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: tutning point « nell'interesse della legge »*; in *Corr. giur.*, 2017, 1050 ss., con nota di C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law*; in *Foro it.*, 2017, I, 2639 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1362 ss., con nota di F. FERRARI, *Sul riconoscimento di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi*) secondo la quale non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Nell'elencare le misure che avrebbero natura sanzionatoria la Corte aveva indicato espressamente l'art. 709-ter c.p.c., nn. 2 e 3 e l'art. 709-ter c.p.c., n. 4. Superato lo stallo alla messicana, la Corte (Cass., sez. I, 26 giugno 2018, n. 16980) aveva stabilito che, coerentemente con la natura deterrente e sanzionatoria dei provvedimenti *ex art. 709-ter c.p.c.*, non costituisse presupposto per l'emanazione della misura di cui al n. 4 dell'art. 709-ter c.p.c. la sussistenza di un effettivo pregiudizio del minore. Era, infatti, la misura del n. 4 che sfuggiva alla riconduzione classica della tutela risarcitoria-riparatoria, atteso che il soggetto che percepiva l'ideale tutela per equivalente risarcitoria non era un soggetto leso o comunque coinvolto nella vicenda della crisi familiare, ma è la Cassa delle ammende.

(104) Dalla natura coercitivo-sanzionatoria derivava l'applicabilità *ex officio* delle misure coercitive in oggetto: in questo senso, Trib. Roma, sez. I, 20 maggio 2014; Trib. Milano, sez. IX, 9 gennaio 2018 (applicazione *ex officio* dell'ammonimento). Tuttavia, tale interpretazione strideva con il dato testuale che parlava di « ricorso ». Nel senso della non necessità dell'istanza, valorizzando di contro il dato testuale costituito

destinata forse a venir meno la rigorosa dicotomia tra tutela risarcitoria-riparatoria e tutela sanzionatoria che, per quel che qui interessa, aveva trovato terreno fertile nella formulazione dell'art. 709-ter c.p.c.

V'è da aggiungere, poi, che — con particolare riferimento al n. 4, 2° comma, art. 709-ter c.p.c. — la natura sostanzialmente penalistica della misura era stata di recente riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza del 10 luglio 2020, n. 145 (105), secondo la quale: « alla sanzione contemplata dall'art. 709-ter, 2° comma, numero 4), c.p.c., anche se espressamente definita amministrativa, deve riconoscersi natura sostanzialmente penale ».

La scarsa chiarezza del dettato normativo (106), inoltre, aveva interessato l'ambito applicativo dell'art. 709-ter c.p.c., facendo sorgere il dubbio se la disposizione fosse applicabile all'ipotesi di

---

da « i provvedimenti opportuni », v. F. DANOVÌ, *Le misure ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., in *Fam. e dir.*, 2016, 174-175.

(105) Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Quotidiano giuridico*, dal 15 luglio 2020, con nota di C. TRAPUZZANO.

(106) Sulla scarsa chiarezza e tecnicità dell'art. 709-ter c.p.c., ed in generale sulla disposizione (senza pretese di completezza), si veda: M.A. LUPOI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di F. CARPI, M. TARUFFO, Padova, 2006, 2019 ss.; ID., *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1092 ss.; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 372 ss.; F. DANOVÌ, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1007 ss.; ID., *Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709-ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1538 ss.; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam.*, 2006, 1882; ID., *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2008, 889 ss.; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 404 ss.; E. VULLO, *Competenza ed oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2009, 45 ss.; ID., *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, 928 ss.; ID., *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, I, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, 294 ss.; F. TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 706; ID., *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 1057 ss.

inadempimento degli obblighi a contenuto patrimoniale (107). L'opinione, avvallata da parte della giurisprudenza di merito (108), aveva trovato un ostacolo nella lettura fornita dalla citata Corte cost. n. 145/2020 che, seppur con specifico riferimento alla misura di cui al n. 4, aveva ritenuto la misura utilizzabile solo per l'attuazione di provvedimenti a contenuto non patrimoniale (109).

Presto diremo che la questione è stata risolta dall'art. 473-*bis*.39, ma già nella vigenza dell'art. 709-*ter* c.p.c., come pure avevamo ritenuto.

Ebbene, sulla base delle considerazioni appena formulate circa l'insufficienza degli strumenti processuali forniti dall'art. 709-*ter* per l'attuazione degli obblighi a contenuto non patrimoniale, devono essere ora analizzate le modalità dell'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento e il sistema repressivo (potenziato) delle violazioni e degli inadempimenti dei genitori. La Relazione illustrativa ha chiarito che lo scopo primario del legi-

---

(107) F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali*, cit., 1064; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie*, cit., 407. *Contra*, F. DANOVI, *Il processo*, cit., 637-639.

(108) Nella giurisprudenza di merito, a favore dell'applicazione dell'art. 709-*ter* c.p.c. per la tutela degli obblighi patrimoniali, Trib. Varese, ord., 7 maggio 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 472 ss.; Trib. Napoli 7 marzo 2008, in *Fam. minori*, 2008; Trib. Modena, ord., 29 gennaio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 823 ss., con nota di ONNIBONI; Trib. Bologna, dec., 19 giugno 2007, consultabile su *www.affidamentocondiviso.it*; Trib. Termini Imerese, 12 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3243.

(109) Quali, ad esempio, quelli che disciplinano i diritti di visita, il ripristino del rapporto genitoriale, il trasferimento della residenza del minore, il corretto esercizio delle modalità di affidamento del minore, l'indebita invasione nella vita del figlio del nuovo partner del coniuge (cfr. Trib. Roma, sez. I, 23 gennaio 2015). Più di recente si sono aggiunte fattispecie dettate dall'evoluzione del sentire sociale in materia: vedi, ad esempio, Trib. Roma, sez. I, 23 dicembre 2017 che ha ritenuto applicabili le misure 709-*ter* c.p.c. (in cumulo con le misure di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.) per l'ipotesi in cui un genitore, senza il consenso del figlio, continui a pubblicare sui social network immagini e notizie relative alla vita del minore, peraltro in violazione di un precedente divieto posto dall'autorità giudiziaria. Diversamente, App. Napoli, 17 gennaio 2018 ha escluso l'applicabilità dei rimedi coercitivi di cui all'art. 709-*ter* c.p.c. (l'ammonimento e la sanzione pecuniaria) per costringere il coniuge a battezzare il figlio, trattandosi di un bisogno non essenziale del minore, rispetto al quale il minore (tre anni) non può effettuare una scelta consapevole. Le misure sanzionatorie sono state chieste anche per coartare il genitore a sottoporre il figlio alle vaccinazioni obbligatorie: cfr. Trib. Milano, sez. IX, ord., 9 gennaio 2018.

slatore è quello di fornire dei meccanismi che consentano di « agire tempestivamente per evitare che il provvedimento sull'affidamento della prole già emesso, o quello emesso durante il procedimento in corso, non venga concretamente attuato » (110).

È stato così creato un sistema di tutele “in crescendo”, definendo varie ipotesi di intervento dell'autorità giurisdizionale (e non solo, poiché è anche previsto l'uso della forza pubblica, ma come scelta residuale e quale *extrema ratio* nelle ipotesi in cui qualsiasi altro strumento non possa funzionare o non abbia funzionato).

### 7.2. *I poteri del giudice nella fase di attuazione dei provvedimenti sull'affidamento.*

L'art. 473-*bis*.38 c.p.c., rubricato « Attuazione dei provvedimenti sull'affidamento », introdotto in applicazione del principio di delega di cui all'art. 1, comma 23, lett. *ff*) (111), l. n. 206/2021, è norma di assoluta rilevanza poiché costituisce il primo tentativo di disciplinare autonomamente l'attuazione dei provvedimenti relativi alle modalità di affidamento (112) e la soluzione di

---

(110) Cfr. la Relazione illustrativa, 69. Prosegue la Relazione chiarendo che la scelta normativa recepisce le sollecitazioni sovranazionali sul tema considerato che una legislazione conforme alla Convenzione EDU deve garantire l'effettività dei rimedi esistenti a tutela dei diritti fondamentali riconosciuti. Infatti, come già osservato, la tempestività nell'attuazione dei provvedimenti in tema di affidamento è da tempo al centro delle valutazioni di adeguatezza degli strumenti introdotti dall'ordinamento per la tutela dei legami familiari significativi in caso di separazione e divorzio (vedi, *retro*, § 2).

(111) All'art. 1, comma 23, lett. *ff*), ultimo inciso, la l. n. 206/2021 si prefigge di « individuare modalità di esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori, prevedendo che queste siano determinate dal giudice in apposita udienza in contraddittorio con le parti, salvo che sussista il concreto e attuale pericolo, desunto da circostanze specifiche ed oggettive, di sottrazione del minore o di altre condotte che potrebbero pregiudicare l'attuazione del provvedimento, che in caso di mancato accordo l'esecuzione avvenga sotto il controllo del giudice, anche con provvedimenti assunti nell'immediatezza, che nell'esecuzione sia sempre salvaguardato il preminente interesse alla salute psicofisica del minore e che l'uso della forza pubblica, sostenuto da adeguata e specifica motivazione, sia limitato ai soli casi in cui sia assolutamente indispensabile e sia posto in essere per il tramite di personale specializzato ».

(112) Si veda R. DONZELLI, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo*, cit., a cura di C. CECHELLA, 155 ss.

eventuali conflitti sull'esercizio della responsabilità genitoriale. Si tratta di misure flessibili che il giudice può, con un discreto margine di discrezionalità, stabilire e modellare sulla fattispecie concreta, superando gli schemi tipici del processo esecutivo (113). È evidente il legame esistente tra l'esercizio della responsabilità genitoriale e l'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento: le misure in commento vengono infatti in rilievo soprattutto nelle ipotesi in cui le modalità dell'affidamento siano ostacolate da uno dei genitori. Invece, nel diverso caso in cui il genitore si sottragga al proprio compito, secondo quanto affermato dalla Cassazione (114), si dovrà escludere il ricorso all'attuazione e si dovrà ricorrere alle decisioni sulla limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale (115).

Venendo all'esame dell'art. 473-*bis*.38, i commi 1 e 2 forniscono dei criteri per l'individuazione del giudice al quale rivolgersi per ottenere l'adempimento forzoso dei provvedimenti relativi all'affidamento, secondo una disciplina che dovrebbe rispondere all'esigenza di individuare un unico giudice competente, favorendo la tempestività dell'intervento e la conservazione degli effetti dei provvedimenti emessi (116).

La disposizione esordisce statuendo che, nell'ipotesi in cui sorgano contrasti tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale (117) o comunque sorgano impedimenti o difficoltà, anche oggettive, nell'esercizio della stessa, le misure necessarie a risolvere il problema possono essere richieste al « giudice del procedimento in corso », che provvederà in composizione monocratica. Tuttavia, poiché non è detto che vi sia un procedimento pendente, il comma 2 del medesimo articolo dispone che, per l'istanza proposta in via autonoma, sia competente il giudice (monocratico) che ha emesso il provvedimento da

---

(113) Vedi, in proposito, le considerazioni di C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, cit., 1134-1135.

(114) Cfr. Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, già richiamata *supra*, § 7.

(115) Ci pare in questi termini R. DONZELLI, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo*, cit., a cura di C. CECHELLA, 156.

(116) Cfr. Relazione illustrativa, 70.

(117) Inteso come il complesso di poteri-doveri attribuito ai genitori a protezione e tutela dei figli minori, incapaci di curare i propri interessi.

attuare o, in caso di trasferimento del minore, quello individuato ai sensi dell'art. 473-*bis*.11, comma 1, c.p.c. (118).

Si precisa, sempre al comma 2, che, quando viene instaurato successivamente tra le stesse parti un giudizio che abbia ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, il « giudice dell'attuazione », « anche d'ufficio, senza indugio e comunque entro quindici giorni », emette i provvedimenti urgenti che ritiene necessari nell'interesse del minore e trasmette gli atti al « giudice di merito ». I provvedimenti adottati conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati dal giudice del merito.

Quest'ultima previsione è sibillina (119). Fatta salva la possibilità che i provvedimenti siano emessi in un giudizio autonomo ovvero "utilizzando", come contenitore dell'istanza, un giudizio ad altri fini già instaurato, non si comprende bene perché il legislatore distingua il giudice dell'attuazione dal giudice del merito, posto che il giudice dell'attuazione dovrebbe essere proprio il giudice del merito, in virtù della ricordata intima connessione tra i profili cognitivi e quelli attuativi nel contesto del diritto delle famiglie. A voler superare i dubbi interpretativi, un'opzione accettabile potrebbe essere nel senso che il legislatore abbia fornito un ulteriore criterio di competenza: e cioè, per l'ipotesi in cui venga instaurato un diverso procedimento tra le parti avente ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, quale espressione del *favor* per la concentrazione delle attribuzioni in favore del « giudice del merito », sarà in capo a questo secondo giudice che verrà trasferita la causa avente ad oggetto l'attuazione del provvedimento.

Il comma 3 dell'art. 473-*bis*.38 c.p.c. fornisce un apparato di regole procedurali prevedendo che, in seguito alla presenta-

---

(118) Si statuisce che la competenza per territorio sia del « tribunale del luogo in cui il minore ha la residenza abituale ». Se, invece, vi è stato un trasferimento del minore non autorizzato e non è decorso un anno, la competenza appartiene al « tribunale del luogo dell'ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento ».

(119) Critico sul punto R. DONZELLI, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo*, cit., a cura di C. CECHELLA, 176 ss.; Id., sub art. 473-*bis*.38, cit., spec. 298 ss., ove si parla di « inedito labirinto processuale » (299).

zione del ricorso, il giudice debba instaurare il contraddittorio con i genitori o, comunque, gli esercenti la responsabilità genitoriale, il pubblico ministero e, se nominati, il tutore, il curatore o il curatore speciale. L'instaurazione del contraddittorio serve in prima battuta a promuovere una soluzione concordata e condivisa tra le parti, ma anche — come per l'art. 473-*bis*.2 c.p.c. (120) — a consentire al giudice l'esercizio di poteri officiosi. Infatti, qualora le parti non riescano ad accordarsi sulle modalità di attuazione del provvedimento, il giudice potrà adottare d'ufficio i provvedimenti ritenuti più opportuni.

Nella fase esecutiva le parti possono, ancora una volta, avere la possibilità di collaborare spontaneamente all'attuazione del provvedimento. Una volta però naufragata tale possibilità, il giudice ha il potere di utilizzare, in via assolutamente residuale (121), la forza pubblica secondo quanto previsto dall'art. 473-*bis*.38, comma 5, c.p.c. L'utilizzo della forza pubblica viene ancorato alla coesistenza di due presupposti (122) e, cioè: (i) l'assoluta indispensabilità della forza pubblica; (ii) la necessità di salvaguardare la sicurezza psico-fisica del minore. I richiamati elementi devono essere trasfusi nella motivazione del provvedimento con il quale il giudice si persuade della necessità dell'intervento della forza pubblica.

Per chiudere il cerchio sulle possibili categorie di comportamenti idonei a richiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria, al comma 6 della disposizione in esame è contemplato uno specifico potere del giudice nel caso sussista il pericolo, desunto da circostanze specifiche ed oggettive, di sottrazione del minore ovvero di altre condotte in grado di minare l'attuazione delle misure relative all'affidamento. In questi casi è previsto che il giudice, con decreto e senza convocare preventivamente le parti,

---

(120) Vedi, *supra*, § 3.

(121) Secondo R. DONZELLI, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo*, cit., a cura di C. CECHELLA, 166-167, le tecniche di attuazione previste nell'articolo in esame devono comunque ed in ogni caso ritenersi residuali rispetto alle tecniche di attuazione indiretta; ID., sub *art. 473-bis.38 e art. 473-bis.39 c.p.c.*, cit., 287-288.

(122) Rispetto ai quali si auspica una interpretazione molto rigorosa.

possa dettare le regole per l'attuazione del provvedimento, fissando al contempo l'udienza, da tenersi nei successivi quindici giorni, all'esito della quale potrà, con ordinanza, confermare, modificare o revocare il decreto precedentemente emesso. Avverso l'ordinanza è ammessa opposizione, da proporsi con le forme di cui all'articolo 473-*bis*.12 c.p.c., e quindi con ricorso.

Si legge nella Relazione illustrativa (123) che la « tempestività in funzione della sicurezza del minore è il fulcro della descritta disciplina » e che la possibilità di un intervento che sia disposto senza convocare le parti è strumento utile in tutti quei casi in cui « dalla preventiva comunicazione del procedimento di attuazione, potrebbe derivare l'impossibilità di eseguire il provvedimento ».

8. *I provvedimenti in caso di inadempimento o violazioni del nuovo art. 473-bis.39 c.p.c.*

Norma di chiusura della Sezione III, Capo II, Titolo IV-*bis* del codice di rito è (il più volte citato) art. 473-*bis*.39, con il quale il legislatore « ha compiuto una scelta di razionalizzazione della disciplina esistente sul tema dell'attuazione dei provvedimenti di affidamento della prole, che comprende il contestuale *restyling* delle regole processuali dell'art. 709-*ter* c.p.c. con il potenziamento dei poteri officiosi del giudice » (124).

Vediamo come tale potenziamento è stato realizzato.

Anche qui è necessario premettere che, in ragione del combinato disposto dell'art. 473-*bis*.38, comma 1, c.p.c. e dell'art. 38, comma 2, disp. att. c.p.c., potrebbero esserci dubbi sull'individuazione del giudice che, in caso di gravi inadempienze del genitore o atti che arrechino pregiudizio al minore o che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, potrà modificare i provvedimenti provvisori o definitivi già emessi e/o adottare una delle misure previste dalla norma.

Senza voler in questa sede entrare troppo nel dettaglio, occorre dar conto che l'art. 38 disp. att. c.c. — norma ben nota

---

(123) Cfr. la Relazione illustrativa, 70.

(124) Cfr. la Relazione illustrativa, 70.

agli operatori per i problemi che hanno interessato il riparto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale dei minorenni — al comma 2 assegna (fino alla costituzione del nuovo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie (125)) al tribunale per i minorenni la competenza ad irrogare le sanzioni in caso di inadempienze e violazioni « quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli artt. 330, 332, 333, 334 e 335 c.c. (126) ». Nei casi in cui è già 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.

I problemi che la disposizione potrebbe porre, se letta unitamente alle altre regole di competenza per le misure di attuazione e alle regole di distribuzione tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni sono già stati segnalati (127). Probabilmente, vista anche la *vis attractiva* esercitata dal tribunale ordinario nei confronti del tribunale dei minorenni, l'interpretazione più coerente può essere quella per cui le inadempienze e violazioni cui si riferisce l'art. 38, comma 2, disp. att. c.c. siano esclusivamente quelle relative ai provvedimenti *de potestate* adottati dello stesso tribunale dei minorenni.

Venendo al merito delle soluzioni disegnate dal legislatore, l'art. 473-bis.39, comma 1, ripropone il comma 2 dell'art. 709-ter

---

(125) Sul quale, per un cenno vedi, *supra*, § 1.

(126) Si tratta dei procedimenti c.d. *de potestate*, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, sui quali da ultimo, F. TOMMASEO, *Nuove regole per le controversie de potestate*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2023, 4-5, 896 ss.

(127) Vedi diffusamente R. DONZELLI, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo*, cit., a cura di C. CECHELLA, 184; ID., sub art. 473-bis.38 e art. 473-bis.39 c.p.c., cit., spec. 304-306.

c.p.c., ma con significative modifiche dalle quali emerge che al giudice sono affidati ampi poteri anche nella fase esecutiva. Questi, infatti, potrà adottare le misure volte all'attuazione dei provvedimenti, ma potrà (*recte*, dovrà) compiere una valutazione a tutto tondo sull'opportunità dei provvedimenti, al fine di decidere se — nel miglior interesse del minore — sia necessario modificarli (128).

In merito alla disposizione di “nuovo” conio, va pure segnalato che, fermo il rinvio generico ad « inadempienze » e/o « violazioni », viene aggiunta l'importante previsione che tali inadempienze possano avere anche carattere economico. Al riguardo, abbiamo già osservato (129) che l'esegesi dell'art. 709-ter c.p.c. non poteva contare su un dato testuale decisivo: si parlava di « atti che comunque [arrecassero] pregiudizio al minore » e non poteva, dunque, escludersi che tra le inadempienze o gli atti pregiudizievoli rientrassero statuizioni di ordine patrimoniale.

Il legislatore fa, così, propria tale impostazione, optando « per una scelta di completezza ed unitarietà della disciplina dettata in tema di esecuzione dei provvedimenti sull'affidamento dei minori, rafforzando la doverosità degli stessi e altresì dei provvedimenti di natura economica in favore della prole, ritenendo opportuna la declinazione completa del novero delle tipologie di interventi di natura esecutiva, sanzionatoria e risarcitoria costituenti la risposta giurisdizionale a quei comportamenti che sono posti in essere dai genitori volontariamente e che possono minare l'obiettivo di rendere operativo il contenuto dei provvedimenti in questione » (130).

---

(128) Cfr. R. DONZELLI, sub *art. 473-bis.38 e art. 473-bis.39* c.p.c., cit., 285-286.

(129) Vedi, *supra*, § 7.1.

(130) Così la Relazione illustrativa, 71. Continua la Relazione illustrativa precisando che lo scopo dell'intervento è reprimere quei « comportamenti che possono pregiudicare il corretto svolgimento delle modalità di affidamento o creino comunque pregiudizio al minore, anche nei casi di gravi, perché ad esempio reiterate, sistematiche o strumentali inadempienze a provvedimenti di natura economica, soprattutto in ipotesi come quelle del mancato pagamento delle spese straordinarie in cui gli ulteriori strumenti messi a disposizione (ordine di pagamento diretto al terzo) non possono venire in soccorso ». E, ci pare, l'intervento debba essere salutato con favore. Giova segnalare che, proprio in relazione alle c.d. spese straordinarie (e cioè quelle spese che,

Viene, altresì, modificato parzialmente l'elenco delle misure esecutive indirette che il giudice, anche d'ufficio (e questa è importante novità, sancita per tutte le misure del comma 1) può modificare o adottare. Si tratta della possibilità di: « *a*) ammonire il genitore inadempiente (131); *b*) individuare ai sensi dell'articolo 614-*bis* la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento; *c*) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende (132) ». Al comma 2, e quindi fuori dal catalogo del comma 1 appena citato, viene poi ripescato lo strumento risarcimento già contemplato dall'art. 709-*ter*, comma 2, n. 2, c.p.c., prevedendosi « che il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore ».

Partiamo dalla modifica probabilmente più interessante e, cioè, l'introduzione della misura di cui alla lett. *b*) e, cioè, l'*astreinte ex art. 614-bis* c.p.c., da adottare anche d'ufficio, in linea con le modifiche già apportate dall'art. 1, comma 33, l. n. 206/2021. Al riguardo, si ricorderà che la dottrina si era già interrogata sul possibile utilizzo dell'*astreinte* generale (133) per l'attuazione degli

---

al momento della regolamentazione tra gli ex partner, non possono essere definite, se non secondo una ripartizione *pro quota*, in quanto incerte nell'*an* o anche solo nel *quantum*), quale possibile soluzione meno gravosa per il genitore-creditore rispetto all'instaurazione di un ulteriore giudizio di accertamento del proprio credito, il problema dell'esecutività della pronuncia di ripartizione delle spese straordinarie era stato già risolto dalla giurisprudenza nel senso dell'applicazione delle misure dell'art. 709-*ter* c.p.c. per coartare il genitore non adempiente.

(131) Si veda al riguardo Cass., sez. I, ord., 4 gennaio 2023, n. 142, in *Nuove leggi civ. com.*, 2023, 823 ss., che, pronunciandosi sul vecchio art. 709-*ter* c.p.c., ha ritenuto che l'ammonimento non abbia una portata puramente esortativa, ma immediatamente afflittiva e che presenti caratteri di definitività che ne giustificano l'impuugnabilità con il ricorso straordinario per cassazione.

(132) Per la pena pecuniaria di cui all'attuale lett. *b*), il legislatore ha confermato che la pena pecuniaria va da un minimo di euro 75 a un massimo di euro 5.000 da versarsi in favore della Cassa delle Ammende.

(133) L'art. 614-*bis* c.p.c. – introdotto con la l. n. 69/2009 e più volte modificato, da ultimo proprio con la riforma Cartabia – disegna una misura di carattere

obblighi in materia familiare (134), ritenendosi in parte favorevole al cumulo tra detti strumenti (135), altre volte escludendo l'utilizzazione della penalità di mora generica nel diritto di famiglia (136). Adesso il problema è risolto *in nuce*, essendo l'art. 614-*bis* uno strumento espressamente contemplato per la repressione delle inadempienze o violazioni del genitore: al giudice viene assegnato un pervasivo potere di valutazione circa la misura da scegliere, così come la possibilità di un impiego congiunto delle misure coercitive (evidentemente non in relazione alle medesime condotte), calando i parametri previsti dell'art. 614-*bis* c.p.c. nel diritto di famiglia, fatta salva l'applicazione della clausola di manifesta iniquità prevista dalla penalità di mora generale (137).

Quanto agli altri strumenti, dovrebbe potersi dire ancora valido — *mutatis mutandis* — l'elaborazione (dottrinale e giuri-

generale astrattamente applicabile a diverse fattispecie. Al riguardo, accanto ai contributi sulla tutela esecutiva indiretta già ricordati, *supra*, § 7, per le modifiche realizzate da ultimo si rinvia a B. LIMONGI, sub art. 614-*bis* c.p.c., in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., a cura di R. TISCINI, 733 ss.

(134) In sede di primo commento si è messo in rilievo il fatto che il legislatore, avendo espressamente escluso dal campo di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. determinate materie, avesse lasciato aperta la discussione rispetto agli altri rapporti, tra i quali figuravano appunto quelli di famiglia. Gli istituti processuali avevano struttura, funzioni e caratteristiche diverse. Quanto a: *i*) legittimazione a chiedere la tutela: come visto, un'interpretazione sistematica dell'art. 709-*ter* c.p.c. permetteva agli interpreti di ritenere che alcuni provvedimenti fossero attivabili officiosamente; *ii*) potere nel determinare l'ammontare della sanzione: nel 614-*bis* c.p.c., infatti, non sono stati fissati né un minimo né un massimo edittale; *iii*) soggetto a favore del quale la somma è erogata: diversamente dal 709-*ter* c.p.c., l'art. 614-*bis* c.p.c. non specifica chi sia il beneficiario della misura coercitiva pecuniaria.

(135) Diversamente, ritenendo aperta la discussione sull'applicabilità del penalità di mora generica agli altri rapporti non conteplati dalla norma, tra i quali figuravano appunto quelli di famiglia, cfr. E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1557; A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 246; R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori*, cit., 123 ss.; D. AMADEL, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 348.

(136) Ancora contro l'ammissibilità del cumulo tra la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. e le misure di condanna di cui all'art. 709-*ter* c.p.c., cfr. G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 165; F. TOMMASEO, *L'Adempimento dei doveri*, cit., 1063.

(137) Cfr. anche A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, cit., spec. 1228.

sprudenziale) sviluppatasi in relazione allo strumento dell'ammontamento, a quello risarcitorio e alla pena pecuniaria in favore della Cassa dell'ammende. Al riguardo, la Relazione illustrativa precisa che la natura delle misure di cui all'art. 473-*bis*.39 « tipicamente sanzionatoria, può essere ricondotta, a quei *punitive damages*, molto diffusi nei paesi di *Common Law*, previsti in relazione a comportamenti denotati dalla c.d. *malice* (assimilabile al dolo del nostro ordinamento) relativi alla possibile lesione di diritti fondamentali. La natura sanzionatoria assimilabile tipicamente a quella di natura penale di tali provvedimenti ne consente la cumulabilità con il risarcimento del danno previsto dal successivo quarto comma dell'articolo in esame ».

Proprio con riguardo alla condanna al risarcimento del danno, la collocazione in un comma a parte ha portato gli studiosi a ritenere che questa misura ritorni saldamente nell'alveo della tutela risarcitoria tradizionale (138). Sulla base del tenore letterale della disposizione, e senza prendere posizione sul tema, ci limitiamo qui a rilevare che la condanna al risarcimento del danno a favore dell'altro genitore potrà essere adottata solo a seguito della domanda di parte, sfuggendo al sistema di impulso officioso del comma 1; rientrerebbe tra le misure che possono essere adottate anche in assenza di domanda, invece, la condanna al risarcimento del danno in favore del minore.

Infine, l'ultimo comma della norma in esame prescrive che i provvedimenti « assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari », riproducendo *in parte qua* il testo dell'ultimo comma dell'art. 709-*ter* c.p.c., il quale aveva fatto sorgere non pochi problemi sulla sua interpretazione (139). In proposito va ricordato che, nonostante qualche voce contraria, il fatto che sia stata utilizzata l'espressione « modi ordinari » (e non « mezzi ordinari », nel qual caso sarebbe stato molto più evidente il riferimento alle impugnazioni proponibili avverso la sentenza ai

---

(138) In questo senso, ci sembra R. DONZELLI, *L'attuazione dei provvedimenti*, in *La riforma del processo*, cit., a cura di C. CECHELLA, spec. 172-175; *Id.*, sub art. 473-*bis*.38 e 473-*bis*.39 c.p.c., cit., spec. 296; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate*, cit., 1128.

(139) Vedi, ad esempio, A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 243-244.

sensi dell'art. 323 c.p.c.) fa pensare che il rimedio esperibile debba dipendere dalla forma del provvedimento concretamente adottato (140), interpretazione fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità (141) e riportata nella Relazione illustrativa. Pertanto, la disposizione andrà letta nel senso che lo strumento per la contestazione del provvedimento non è individuabile *a priori* e non è sempre lo stesso, ma varia in ragione della forma assunta dalla decisione del giudice (142).

Infine, a differenza di quanto previsto nell'art. 473-*bis*.38 — destinato a disciplinare i casi di inerzia derivante dalle contestazioni insorte tra le parti relativamente alle difficoltà oggettive o soggettive che impediscano la concreta operatività dei provvedimenti sull'affidamento o dell'esercizio della responsabilità genitoriale — l'art. 473-*bis*.39 potrebbe riferirsi a condotte “volontariamente” pregiudizievoli. È, del resto, per questo motivo che, ove emergano fatti o atti che danneggiano la salute psico-fisica del minore, è prevista la possibilità di utilizzare d'ufficio, alternativamente o cumulativamente, strumenti dal carattere repressivo e afflittivo.

---

(140) F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 250.

(141) Cfr. Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1538, con nota di F. DANOVÌ.

(142) Nella Relazione illustrativa, 71, si legge: «Ciò significa, a mero titolo esemplificativo, che dovrà considerarsi esperibile l'appello avverso le sentenze e il reclamo *ex art.* 473-*bis*.24 avverso i provvedimenti temporanei e urgenti di cui all'art. 473-*bis*.22 ».