



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

Claudio Cecchella



Giappichelli

Prefazione

Come già il precedente volume sulla legge n. 206 del 2021, la raccolta di saggi sul decreto attuativo n. 149 del 2022, con cui si è computa la radicale riforma del giudice e del processo per le persone, i minorenni e le famiglie, è il risultato dello studio e della ricerca di Autori di provenienza universitaria e forense, che condividono l'esperienza associativa dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia (ONDIF), i contributi alla rivista scientifica "L'osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo" e le docenze alla Scuola di alta specializzazione in convenzione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura e l'Università di Roma 3, il Master universitario di primo livello dell'Università di Pisa e tanti eventi formativi organizzati in tutte le sezioni italiane dell'Associazione.

Ne è nata una intensa e condivisa esperienza di ricerca e di studio, ma anche una fervida cultura della tutela giurisdizionale dei diritti delle persone fragili, come i fanciulli e le componenti deboli delle relazioni familiari, che costituisce l'obiettivo della riforma in questo scorcio del secondo millennio della Storia, come lo erano stati nel secolo scorso i diritti del lavoratore.

Si profila, finalmente, atteso dalla entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il tramonto di un passato, in cui il processo era del tutto privo di regole, assoggettato al rito camerale, destinato a differenti competenze giurisdizionali, corrispondenti a modelli antitetici e contraddittori, introducendo intollerabili disparità, espressione di un ordinamento (quello del ventennio) del tutto incoerente con la attuale realtà dei diritti sul piano sostanziale, riconosciuto alle persone fragili nel contesto delle relazioni familiari e della filiazione.

Dopo la trattazione della legge delega, in occasione degli articolati i saggi tentano un'esegesi puntuale della nuova norma, nel tentativo di scioglierne i nodi interpretativi e applicativi, in una disamina che muove dai principi direttivi e ne descrive, anche criticamente se necessario, l'attuazione, senza trascurare quella visione sistematica che deve ispirare lo studioso, come l'operatore di Giustizia.

Capitolo 1

La competenza

di Gianluca Vecchio

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le nuove competenze dell’art. 38 disp. att. c.c.: dalla legge n. 206 del 2021 al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. – 3. La competenza per attrazione delle domande attinenti all’irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienze e violazioni. – 4. La competenza per territorio. – 5. Le restanti modifiche in tema di competenza: a) la competenza per l’attuazione dei provvedimenti sull’affidamento ex art. 473 *bis*.38; b) le restanti modifiche dell’art. 38 delle disp. att. c.c.

1. Introduzione

Il legislatore col d.lgs. 10 ottobre 2022 è intervenuto sul tema della competenza in materia di diritto di famiglia sulla scia del precedente intervento della legge n. 206 del 2021.

Oltre al criterio di competenza per territorio, il tema centrale della riforma è sicuramente rappresentato dai criteri di ripartizione di competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni che tanto hanno infiammato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in particolar modo a seguito della riforma della filiazione degli anni 2012 e 2013. Dibattito che, comunque, è in gran parte è destinato a finire in virtù della lett. *c)* del comma 24 dell’art. 1 della legge n. 206 del 2021. Infatti, con i decreti legislativi che il Governo dovrà adottare in applicazione dell’art. 1, comma 1 della legge n. 206 del 2021, lo stesso Governo dovrà attribuire alle sezioni circondariali del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie le competenze fino ad oggi assegnate al tribunale per i minorenni dall’art. 38 disp. att. c.c. e disposizioni transitorie, di cui al r.d. 30 marzo 1942, n. 318¹. Pertanto,

¹ Oltre all’art. 403 c.c., ai titoli I e I *bis* della legge 4 maggio 1983, n. 184, oltre a tutte le

l'istituzione di un unico tribunale competente, – il così detto tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie su base circondariale –, assorbendo su di sé tutte le competenze che prima erano ripartite tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, svilirà di interesse il tema suddetto.

2. Le nuove competenze dell'art. 38 disp. att. c.c.: dalla legge n. 206 del 2021 al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149

Sul tema dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile il legislatore delegante ha posto solo due integrazioni rispetto alla formulazione novellata dalla legge n. 206 del 2021.

La prima, come si vedrà di seguito, sull'operatività della *vis attractiva* indicando genericamente tutti i potenziali procedimenti modificativi a tutela del minore, la seconda sul comma 2 del nuovo art. 38 disp. att. c.c. che tanto aveva infiammato il dibattito dottrinale.

È pertanto necessaria una lettura organica che riparta dalla legge n. 206 del 2021 per vedere come le modificazioni del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 abbiano in qualche modo influito.

Come abbiamo avuto modo di precisare nella parte introduttiva del capitolo, il legislatore delegante ha accolto quanto proposto dal disegno di legge prevedendo al comma 28 dell'art. 1 della legge n. 206 del 2021 una nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c., in attesa delle norme che il Governo istituirà sul nuovo tribunale per le persone per i minori e per le famiglie – che di fatto decreterà la fine della questione di riparto di competenza tra il tribunale ordinario ed il tribunale per i minorenni – che assorbirà su di sé, in sede circondariale, tutte le competenze di cui all'art. 38 delle disp. att. c.c.

La formulazione, al comma 1, della legge n. 206 del 2021 prevedeva: *«Sono di competenza del tribunale per i minorenni i procedimenti previsti dagli articoli 84, 90, 250, ultimo comma, 251, 317 bis, ultimo comma, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Sono di competenza del tribunale ordinario i procedimenti previsti dagli articoli 330, 332,*

competenze civili attribuite al tribunale ordinario nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, ad esclusione delle cause aventi ad oggetto la cittadinanza, l'immigrazione e il riconoscimento della protezione internazionale, nonché quelle riguardanti la famiglia, l'unione civile, le convivenze, i minori e tutti i procedimenti di competenza del giudice tutelare, nonché i procedimenti aventi ad oggetto il risarcimento del danno endo-familiare.

333, 334 e 335 del codice civile, anche se instaurati su ricorso del pubblico ministero, quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, giudizio di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero giudizio ai sensi degli articoli 250, quarto comma, 268, 277, secondo comma, e 316 del codice civile, dell'articolo 710 del codice di procedura civile e dell'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898. In questi casi il tribunale per i minorenni, d'ufficio o su richiesta di parte, senza indugio e comunque entro il termine di quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore e trasmette gli atti al tribunale ordinario, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua. I provvedimenti adottati dal tribunale per i minorenni conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale ordinario. Il pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, nei casi di trasmissione degli atti dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario, provvede alla trasmissione dei propri atti al pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale ordinario».

Come la vecchia dizione dell'art. 38 disp. att. c.c., la legge n. 206 del 2021 manteneva, di fatto, la stessa ripartizione di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni – con la sola aggiunta del procedimento di cui all'art. 250, ultimo comma, c.c. –. Veniva mantenuta la competenza per attrazione al tribunale ordinario dei procedimenti *de potestate*², ma la novità più importante riguardava il meccanismo operativo dell'attrazione. Questo perché il legislatore voleva porre rimedio a molti di quei problemi applicativi ed interpretativi sorti dopo la riforma sulla filiazione.

Innanzitutto, al fine di eliminare qualsiasi dubbio circa l'operatività della *vis attractiva*, il legislatore precisava che la stessa trovasse applicazione anche laddove l'attore – ricorrente – dei procedimenti *de potestate* fosse stato il pubblico ministero – la norma infatti, anche nella formulazione attuale a seguito dei decreti attuativi, riporta espressamente la seguente frase: “*anche se instaurati su ricorso del pubblico ministero*” – proprio per porre fine a quelle critiche circa la non corrispondenza delle parti coinvolte nei procedimenti *de potestate* con quelli relativi alla separazione e divorzio od ai procedimenti di regolamentazione – affidamento e mantenimento – dei figli di genitori non coniugati. Sulla carta rimarrebbe il dubbio delle altre

²È stata infatti mantenuta la competenza per le domande *de potestate* (seppur con la precisazione delle norme di riferimento e pertanto l'aggiunta degli artt. 330, 332, 334, 335 c.c. oltre alla vecchia formulazione che prevedeva solo l'art. 333 c.c.) innanzi al tribunale per i minorenni.

parti potenzialmente legittimate attive di un procedimento *de potestate* – i parenti del minore –, ma in virtù dell'indirizzo giurisprudenziale³ meno formalistico non dovrebbero essere considerate le figure dei parenti ai fini dell'integrazione del requisito.

Il legislatore avvertiva altresì la necessità di essere più preciso rispetto a quanto fatto nella vecchia formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. – la quale prevedeva la pendenza, ai fini dell'attrazione della competenza, di un procedimento di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c. – ed individuare quali fossero i procedimenti pendenti innanzi al tribunale ordinario. Per la precisione venivano individuati: il giudizio di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero il giudizio ai sensi degli artt. 250, comma 4, 268, 277, comma 2, e 316 c.c., dell'art. 710 c.p.c. e dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898; quindi con un chiaro richiamo anche ai cosiddetti procedimenti modificativi sia della separazione e divorzio nonché di ogni procedimento che preveda l'adozione di provvedimenti per la disciplina dell'affidamento dei figli, quali quelli appunto previsti dagli artt. 250, comma 4, 268 e 277, comma 2. Sul punto però è intervenuto nuovamente il legislatore delegato, col d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che ha modificato la seguente parte della norma “... dell'articolo 710 del codice di procedura civile e dell'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 ...” con “... procedimento per la modifica delle condizioni dettate da precedenti provvedimenti a tutela del minore ...”. Questa ulteriore precisazione è sicuramente sorta per evitare potenziali formalismi interpretativi che vedevano nella vecchia formulazione una tipizzazione tassativa dei procedimenti modificativi per i quali operasse la *vis attractiva* contro invece la scelta di una genericità degli stessi⁴.

³ Così Cass., ord. 26 gennaio 2015, n. 1349, in *Giur. it.*, 2015, 1107. Sul punto da ultimo Cass. civ., sez. VI, ord. 30 gennaio 2020, n. 2073, in *Fam. e dir.*, 2020, 4, 354, con nota di F. DANOVÌ, *Responsabilità genitoriale e regolamento di competenza: partita a scacchi tra il diritto e il tempo del minore*; la corte ha ritenuto opportuno non escludere la possibilità di attrazione della competenza esclusivamente in ragione di una supposta differenza di tuoi tra il pubblico ministero davanti ai due organi giudiziari e nei due rispettivi modelli processuali. Così subito dopo la riforma del 2012 e 2013 lo stesso autore, F. DANOVÌ, *I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile*, in *Fam. e dir.*, 2013, 619. Si segnala altresì sempre sul tema dell'identità delle parti una interessante decisione sulla figura del curatore speciale del minore ed in particolare modo sull'ultrattività della nomina del curatore speciale del minore in caso di operatività della *vis attractiva* Trib. Torino, sez. VII, decr. 21 dicembre 2018, in *Fam. e dir.*, 2019, 7, 695 con nota di F. DANOVÌ, *Il curatore speciale del minore quale (ulteriore) raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario*.

⁴ Si legge infatti nella relazione illustrativa al decreto di riforma: “Così, in primo luogo, si è

La *vis attractiva* in favore del tribunale ordinario opera, così, ivi nel caso sia già pendente e sia nel caso in cui sia instaurato successivamente, uno dei procedimenti appena descritti cessando, in questo modo, ogni questione interpretativa sul punto⁵.

Affinché non si creassero vuoti di tutela o meccanismi di difficile coordinamento dei procedimenti e dei relativi provvedimenti, il legislatore della legge n. 206 del 2021 prevedeva che il tribunale per i minorenni, d'ufficio o su richiesta di parte, senza indugio e comunque entro il termine di quindici giorni dalla richiesta, adottasse tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore e che trasmettesse gli atti al tribunale ordinario, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, dovesse continuare. Su tale punto, se da un lato il legislatore ha voluto, in modo meritevole⁶, far sì che il meccanismo di attrazione non provocasse una mancanza di tutela per il minore, dall'altro potrebbe aver creato problemi di altro genere.

Il primo dubbio che potrebbe sorgere nell'interprete è capire se il provvedimento del tribunale per i minorenni sia o meno impugnabile e, in caso affermativo, con quale strumento farlo. Invero, non solo la legge n. 206 del 2021 nulla ha detto rispetto alla possibilità di una eventuale impugnazione del provvedimento temporaneo ed urgente emesso dal tribunale per i minorenni, proprio nell'esercizio del potere concesso dalla nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c., ma è rimasto silente anche il legislatore delegato. Pertanto non si può non ribadire che la tipicità degli strumenti processuali e la mancata previsione (nel nuovo art. 38 disp. att. c.c.) di un mezzo di impugnazione dello stesso provvedimento farebbe pensare ad una impossibilità di una forma di impugnazione. A questo punto, verrebbe da chiedersi cosa ne sarà di quella giurisprudenza (cfr. nota 7) che legittima-

dovuto sostituire il richiamo agli articoli 710 c.p.c. e 9 legge divorzio (ora abrogati), con l'inciso più generico relativo alla pendenza di 'procedimento per la modifica delle condizioni dettate da precedenti provvedimenti a tutela del minore'".

⁵F. DANОВИ, *Giudizi de potestate, vis attractiva e perpetuatio iurisdictionis*, in *Fam. e dir.*, 2017, 6, 505, C. CEA, *La saga dell'art. 38 disp. att. c.c.: siamo all'epilogo?*, in *Foro it.*, 2016, I, 860, A. PROTO PISANI, *Note sul nuovo art. 38 disp. att. c.c. e sui problemi che esso determina*, in *Foro it.*, 2013, V, 126. Dottrina che offrendo una soluzione di questo tipo esalta il *simultaneous process* nonché la coerenza delle decisioni, ma allo stesso tempo finisce per far dipendere la deroga alle regole ordinarie dal contegno di una delle parti; in questo senso E. D'ALESSANDRO, *Considerazioni sul riparto di competenza nell'art. 38 disp. att. cod. civ.*, in *Nuova giur. giov.*, 2018, 2, 273.

⁶Si pensi infatti all'interesse del minore ad avere da subito forme di tutela in aderenza all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo e dall'art. 24 Carta dir. UE.

va l'impugnazione del provvedimento, sia pure provvisorio, ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale.

Altro quesito potrebbe essere quello di sapere cosa succede – sempre nella seconda opzione – se invece il provvedimento “provvisorio” del tribunale per i minorenni fosse stato impugnato e quindi il procedimento si trovasse in una delle fasi di impugnazione.

Non si può non richiamare sul punto l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il provvedimento ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale (seppur provvisorio) incidendo su diritti di natura personalissima (relazione parentale), di primario rango costituzionale, è immediatamente reclamabile⁷. In base alla *ratio* della norma una soluzione possibile sarebbe quella dell'operatività del meccanismo di trasmissione degli atti al tribunale ordinario anche per il giudice di grado superiore, salvo – verrebbe da dire – il caso in cui il giudizio impugnatorio penda dinanzi alla Cassazione. Al contrario, laddove la proposizione della domanda di un procedimento *de potestate* fosse promossa nella pendenza del termine per promuovere il giudizio in cassazione oppure quest'ultimo fosse proprio pendente, è ragionevole ritenere la non operatività della *vis attrattiva* e pertanto il procedimento veda come giudice competente il tribunale per i minorenni⁸.

Viene da dire, però, che se il provvedimento del tribunale per i minorenni fosse, per così dire, “inglobato” in un provvedimento giurisdizionale tipizzato del procedimento innanzi al tribunale ordinario, potranno essere utilizzati i relativi mezzi di impugnazione previsti dal legislatore in base alla tipologia del provvedimento.

Si prospettano due possibilità: la prima che nel procedimento innanzi al tribunale per i minorenni – nel momento in cui si trovasse nelle condizioni di operare la *vis attrattiva* – non è stato emesso alcun provvedimento per cui scatta l'obbligo dello stesso tribunale per i minorenni, prima delle formalità della trasmissione degli atti del procedimento innanzi al tribunale ordinario, di emettere – “*senza indugio*” laddove fosse disposta di ufficio oppure entro il termine di 15 giorni dalla richiesta di parte – gli opportuni provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse del minore; la seconda

⁷ Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2016, n. 23633, in *Fam. e dir.*, n. 3, 2017, con nota di R. DONZELLI, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi della responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*; ID., *Provvedimenti “de potestate” ricorso straordinario: le Sezioni Unite non risolvono tutti i dubbi*, in *Fam. dir.*, 2017, 864-867; ID., *Garanzia del ricorso per cassazione e provvedimenti decisori nell'interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2019, 267-274.

⁸ Così come si riteneva già prima della riforma Cartabia.

che il tribunale per i minorenni ha emesso uno o più provvedimenti (senza la chiusura del processo) già prima della conoscenza della pendenza di uno di quei procedimenti che farebbero scattare il meccanismo della *vis attrattiva*. In entrambi i casi il tribunale ordinario potrà confermare, modificare o revocare il provvedimento stesso.

Una questione apparentemente irrisolta è capire quale sia la valenza delle prove assunte innanzi al tribunale per i minorenni. In virtù della *ratio* della norma e del testo della stessa viene chiaramente da dire che il legislatore ha previsto una forma di mera “continuazione” del processo innanzi al tribunale ordinario prevedendo tutta una serie di meccanismi per facilitarne il passaggio⁹; alla luce di questa considerazione verrebbe da dire, a livello quantomeno intuitivo, che le prove raccolte dal giudice minorile “passerebbero” automaticamente nel fascicolo del giudice del tribunale ordinario. Attenta dottrina¹⁰ ha però osservato come i riti in primo grado potrebbero non combaciare e non sussisterebbe alcuna previsione normativa che disciplini le conseguenze del mutamento di rito ove il giudizio prosegue innanzi al tribunale ordinario. Per cui, in quest’ultimo caso, le prove raccolte innanzi al tribunale per i minorenni sarebbero da valutarsi alla stregua di prove atipiche con la valenza di presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* o come argomenti di prova¹¹. Laddove invece la prosecuzione in virtù della *vis attrattiva* innanzi al tribunale ordinario prosegue nelle forme del rito camerale, i verbali delle prove assunte davanti al tribunale per i minorenni potranno confermare la valenza di prova piena¹². La questione può sembrare risolta dal fatto che in materia minorile il metro di giudizio del tribunale è ancorato al criterio della mera opportunità e non secondo diritto¹³, pertanto la questione della qualificazione della prova (nei termini della valutazione delle stesse nel processo) non assume un ruolo poi così decisivo

⁹ Già nella vigenza della precedente formulazione era stata ampiamente legittimata la tesi della trasmissione *ex officio* degli atti da parte dello stesso tribunale per i minorenni al tribunale ordinario; la stessa giurisprudenza ne aveva avallato la prassi; Cass., 16 ottobre 2008, n. 25290, in *Fam. e dir.*, 2008, fasc. 11, 47 e Trib. Potenza, 2 febbraio 2017, in banca dati giuridica *DeJure*.

¹⁰ E. D’ALESSANDRO, *Considerazioni sul riparto di competenza nell’art. 38 disp. att. cod. civ.*, cit., 273.

¹¹ Cass., 25 maggio 2016, n. 10825, in *Guida al dir.*, 2016, 40.

¹² E. D’ALESSANDRO, *Considerazioni sul riparto di competenza nell’art. 38 disp. att. cod. civ.*, cit., 273.

¹³ LUISO, *Le tutele processuali*, in *La riforma del processo per separazione e divorzio*, a cura di C. Cecchella, Pisa, 2007, 41.

fintanto che il giudice potrà fondare la propria decisione su ogni elemento utile acquisito nel corso del processo¹⁴.

Nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 38 disp. att. c.c. è prevista una norma che serve, dal punto di vista formale, a raccordare le due figure del pubblico ministero, quella presso il tribunale per i minorenni e quella presso il tribunale ordinario, in attuazione a quella continuità del procedimento col meccanismo della *vis attractiva*; pertanto il pubblico ministero della procura della repubblica presso il tribunale per i minorenni, nei casi di trasmissione degli atti dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario, provvederà alla trasmissione dei propri atti al pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale ordinario.

3. La competenza per attrazione delle domande attinenti all'irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienza e violazioni

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha nuovamente modificato, visto l'intervento già operato sul punto dalla legge n. 206 del 2021 con una norma già in vigore dal 22 giugno 2022, il comma 2 dell'art. 38 delle disp. att. c.c. Il legislatore della legge n. 206 del 2021 aveva infatti previsto, sempre sulla scia delle indicazioni della *Commissione Luiso*¹⁵, anche un meccanismo di *vis attractiva* inverso e cioè dal tribunale ordinario al tribunale per i minorenni. Era stata infatti stabilita una competenza da parte del tribunale per i minorenni a decidere della domanda *ex art. 709 ter c.p.c.* quando fosse già pendente o instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli artt. 330, 332, 333, 334 e 335 c.c.

La norma aveva posto non pochi dubbi sia interpretativi che applicativi¹⁶.

Il legislatore delegato ha sostituito le parole: "*previsto dall'art. 709 ter del*

¹⁴ Per non parlare dei poteri istruttori sanciti dall'art. 473 *bis.2* c.p.c.

¹⁵ La medesima *ratio* della concentrazione delle tutele è sottesa all'introduzione del novella-comma 3 dell'art. 38 disp. att. c.c., nel quale è previsto che il ricorso *ex art. 709 ter c.p.c.*, autonomamente proposto o già pendente (quando la richiesta non sia domanda accessoria alle procedure separazione o di affidamento), sia di competenza del tribunale per i minorenni investito della domanda *ex artt. 330 ss. c.c.*, con regole analoghe a quelle sopra esposte per la trasmissione degli atti tra tribunali.

¹⁶ Si rimanda a G. VECCHIO, *La competenza, in La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, cit., 55 ss.

codice di procedura civile”, con la nuova formulazione: “*per l’irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienze o violazioni* (nella prima parte della norma) e “*per l’irrogazione delle sanzioni*” (nella seconda parte della norma). Il nuovo comma 2 dell’art. 38 delle disp. att. c.c. infatti recita: “*Il tribunale per i minorenni è competente per il ricorso per l’irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienze o violazioni, quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile. 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*”.

Questa modifica è il frutto dell’abrogazione, a far data dal 28 febbraio 2023, dell’art. 709 *ter* c.p.c. operata dall’art. 3, comma 49, lett. a) del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 in favore del nuovo art. 473 *bis*.39 c.p.c. che ridisegna il vecchio istituto¹⁷.

Il richiamo all’istituto dell’art. 709 *ter* c.p.c. aveva fatto nascere anche interpretazioni che volevano una competenza a decidere delle questioni di cui all’art. 709 *ter* c.p.c. sempre e comunque in capo al tribunale per i minorenni, quasi fosse una competenza funzionale o per materia¹⁸. Una simile visione, però, avrebbe di fatto snaturato la *ratio* dello stesso art. 38 delle disp. att. c.c. così come lo stesso istituto dell’art. 709 *ter* c.p.c.

Si ricorda che il procedimento *ex art. 709 ter* c.p.c. è (era) diretto a risolvere le controversie che possono sorgere in sede di attuazione o di interpretazione di provvedimenti giudiziali assunti in materia di esercizio della potestà dei genitori o di affidamento dei figli minori in presenza di qualunque rapporto di filiazione; in questi casi l’intervento del giudice è finalizzato a superare le difficoltà pratiche o a sciogliere gli eventuali contrasti tra i genitori, che potrebbero emergere al momento di attuare tali

¹⁷ Si rimanda, per una disamina completa del nuovo art. 473 *bis*.39 c.p.c. e quindi alla disciplina dei provvedimenti in caso di inadempienze e violazione, al capitolo del presente libro sulle misure di attuazione.

¹⁸ Eventualità scongiurate da C. CECHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in www.questionegiustizia.it, fasc. 3/2021.

provvedimenti, potenzialmente integrandoli, specificandoli o modificandoli; ricorrendone i presupposti, assumendo altre e nuove misure di natura risarcitoria o sanzionatoria – e, dunque, in quest’ultimo caso, riconducibili nell’ambito della c.d. “esecuzione indiretta” – ma pur sempre al solo fine di consentire la concreta operatività del provvedimento. Di fatto con l’introduzione dell’istituto dell’art. 709 *ter* c.p.c. si è attribuito al giudice poteri di ordine cognitivo o dichiarativo¹⁹, seppur funzionali all’attuazione dei provvedimenti stessi, così come poteri di esecuzione indiretta. Tecnicamente la domanda *ex art. 709 ter* c.p.c. può essere presentata in via incidentale (cioè all’interno di un altro procedimento avente ad oggetto la regolamentazione degli interessi di figli minori, e tra questi quindi anche un procedimento *de potestate*²⁰), oppure in via principale ed autonoma.

Se, pertanto, il giudice del 709 *ter* c.p.c. ha poteri anche cognitivi, appariva contraddittoria la scelta del legislatore di affidare nel comma 1 della nuova formulazione dell’art. 38 disp. att. c.c. una competenza del tribunale ordinario a decidere dei provvedimenti *de potestate* per poi cambiare completamente idea nel comma 2 ed affidare al tribunale per i minorenni una, quantomeno potenziale, decisione sullo stesso oggetto.

Per non parlare delle problematiche connesse al caso in cui la domanda *ex art. 709 ter* c.p.c. fosse promossa in via incidentale, per esempio rispetto alla mancata attuazione del provvedimento, seppur provvisorio, emesso dal tribunale ordinario, il quale inspiegabilmente vedrebbe sottrarre la competenza – che invece il comma 1 del nuovo art. 38 disp. att. c.c. gli attribuisce

¹⁹ Così C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., inserire pagina. Sulla natura del procedimento *ex art. 709 ter* c.p.c. si veda: R. DONZELLI, *I provvedimenti nell’interesse dei figli minori*, Torino, 2018; B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017; D. AMRAM, *L’attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l’art. 709 ter c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica «sanzione-mediazione»*, in *Fam., pers. succ.*, 2011; F. ASTIGGIANO, *L’art. 709-ter c.p.c. tra posizioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali; in particolare, i mezzi di gravame esperibili*, in *Fam. e dir.*, 2011; F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell’affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008; G. FACCI, *L’art. 709-ter c.p.c., l’illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. e dir.*, 2008; G. FINOCCHIARO, *Commento all’art. 709-ter c.p.c.*, in L.P. Comoglio-R Vaccarella (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2008; M. PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l’attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte*, in *Fam. e dir.*, 2012; F. TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull’art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010; E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza, per le sanzioni ex art. 709-ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010.

²⁰ Cosa che voleva scongiurare anche la Commissione Luiso, infatti nella relazione si legge: “quando la richiesta non sia domanda accessoria alle procedure separazione o di affidamento”.

– a decidere eventuali “aggiustamenti” nel merito nelle forme dell’art. 709 *ter* c.p.c. in favore del tribunale per i minorenni.

Quanto detto varrà anche per la nuova formulazione contenuta nell’art. 473 *bis*.39 c.p.c. che prenderà il posto dal 28 febbraio 2023 del vecchio art. 709 *ter* c.p.c.²¹.

Preme però osservare un aspetto che forse ad una prima lettura potrebbe sfuggire. A differenza della formulazione scelta con la legge n. 206 del 2021 di un richiamo alla totalità delle disposizioni di cui all’art. 709 *ter* c.p.c. il legislatore delegato è stato più cauto; infatti ben avrebbe potuto fare un richiamo (verrebbe da dire integrale) diretto al nuovo art. 473 *bis*.39 c.p.c. ed invece ha optato per la formulazione “*per l’irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienze o violazioni*” e nel disciplinare il meccanismo della competenza per attrazione con le parole: “*per l’irrogazione delle sanzioni*”. Quindi rispetto ai contenuti del provvedimento *ex* art. 473 *bis*.39, cognitivi e sanzionatori, il legislatore ha scelto che il meccanismo della *vis attractiva* non operasse indistintamente, ma solo per l’irrogazione delle sanzioni.

Dal sistema si ricava il principio che il giudice dell’attuazione del provvedimento non può essere diverso dal giudice della cognizione, o meglio, dal giudice che ha emesso quel provvedimento da attuare²².

L’unica interpretazione coerente con il sistema non potrà che essere, quindi, quella secondo la quale il giudice del tribunale per i minorenni, competente per i procedimenti *de potestate ex* artt. 330, 332, 333, 334 e 335 c.c., in caso di non operatività della *vis attractiva ex* art. 38, comma 1, delle disp. att. c.c., sarà anche competente per l’irrogazione di sanzioni in caso di inadempienze e violazioni (nuovo art. 473 *bis*.39 c.p.c.). Allo stesso modo laddove fosse promosso autonomo giudizio per l’irrogazione di sanzioni in caso di inadempienze e violazioni (che non potrà che essere un procedimento in via principale *ex* art. 473 *bis*.39 c.p.c. innanzi al tribunale

²¹ L’intervento operato col d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, seppur semplicemente sostituendo il richiamo all’art. 709 *ter* c.p.c. con la dizione “ricorso per l’irrogazione delle sanzioni in caso di inadempienze o violazioni” è il frutto dell’abrogazione dello stesso art. 709 *ter* c.p.c. a far data dal 28 febbraio 2023 in favore della norma di cui all’art. 473 *bis*.39 c.p.c. che ne prenderà il posto. Norma che appunto disciplina il procedimento con cui il giudice potrà irrogare sanzioni in caso di inadempienze.

²² Si legge infatti nella relazione illustratrice del decreto legislativo: “*Ferma dunque restando la considerazione che l’attuazione dei provvedimenti a carattere personale nei processi della famiglia presenta connotati che impediscono di considerare applicabili le norme ordinarie del libro terzo del codice di rito, e di mantenere uno stretto controllo da parte del giudice della cognizione ...*”.

ordinario) di provvedimenti già emessi dal tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330, 332, 333, 334 e 335 c.c., troverà applicazione lo stesso meccanismo della *vis attractiva* descritto dal comma 1 dell'art. 38 disp. att. c.c. seppur in modo inverso e quindi sarà il tribunale ordinario, d'ufficio o a richiesta di parte, senza indugio e comunque non oltre quindici giorni dalla richiesta, ad adottare tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore (sempre per evitare vuoti di tutela dei minori) e trasmettere gli atti al tribunale per i minorenni, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continuerà. I provvedimenti adottati dal tribunale ordinario conserveranno la loro efficacia fino a quando non saranno confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale per i minorenni.

4. La competenza per territorio

Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 inserendo nel libro II del codice di procedura civile al titolo IV *bis*²³ le “norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie” al capo II individua una norma di carattere generale sul tema della competenza per territorio, l'art. 473 *bis*.11. che recepisce appieno quanto la legge n. 206 del 2021 al comma 23, lett. *d*) dell'art. 1 indicava sul punto. Infatti nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina processuale per la realizzazione di un rito unificato denominato «procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie» avrebbero dovuto prevedere norme volte a “*procedere al riordino dei criteri di competenza territoriale, prevedendo quale criterio di competenza prevalente quello della residenza abituale del minore che corrisponde al luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita al momento della proposizione della domanda, salvo il caso di illecito trasferimento, prevedendo altresì che per il cambio di residenza ovvero per la scelta dell'istituto scolastico anche prima della separazione dei genitori sia sempre necessario il consenso di entrambi i genitori, ovvero, in difetto, del giudice*”.

Al riguardo, pertanto, l'art. 473 *bis*.11 (Competenza per territorio) sta-

²³ Questo si applicherà ai procedimenti instaurati successivamente al 28 febbraio 2023, mentre ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 troveranno applicazione le disposizioni anteriormente vigenti.

bilisce che: “*Per tutti i procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che riguardano un minore, è competente il tribunale del luogo in cui il minore ha la residenza abituale. Se vi è stato trasferimento del minore non autorizzato e non è decorso un anno, è competente il tribunale del luogo dell’ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento. In tutti gli altri casi si applicano le disposizioni generali, ove non derogate da quanto previsto alla sezione II del capo III del presente titolo*”.

Appare, dunque, chiara la scelta del legislatore di elevare a modello di riferimento il criterio della residenza abituale del minore²⁴ in tutte le controversie familiari che vedono coinvolto il minore e quindi la scelta di recepire l’indirizzo che proviene dalla normativa internazionale sul tema²⁵.

Manca il richiamo ad una definizione esplicita del criterio di residenza abituale, che invece trovava chiara indicazione nella legge n. 206 del 2021 come il “*luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita al momento della proposizione della domanda*”²⁶; nulla vieta che tale definizione possa essere utilizzata quale criterio interpretativo dell’art. 473 *bis*.11 c.p.c.

Il comma 2 fa chiaramente comprendere come la regola sul criterio di competenza per territorio è in via principale quello del minore e che, solo in caso di mancanza di un figlio minore, allora potranno trovare applicazione gli altri criteri di competenza per territorio.

I criteri di competenza territoriale nei procedimenti di separazione e divorzio erano disciplinati, infatti, non tenendo in considerazione la figura del minore, per cui ai sensi dell’art. 706 c.p.c. la domanda di separazione personale si proponeva al tribunale del luogo dell’ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto avesse avuto la residenza o domicilio, mentre qualora il coniuge convenuto

²⁴ Ed in virtù degli art. 337 *septies*, comma 2, c.c. e art. 473 *bis*.9 c.p.c. anche ai figli maggiorenni portatori di handicap grave.

²⁵ Il regolamento UE n. 2201 del 2003, all’art. 8 sulla “competenza generale” in materia di responsabilità genitoriale ed all’art. 15 sul “trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso”, si ispira al principio di prossimità ed individua il criterio generale del giudice della residenza abituale del minore, ossia dell’autorità giudiziaria dello Stato con cui il minore ha un “legame particolare”, quindi più adatta a trattare il caso (si vedano in particolare). Ma tale criterio trova un chiaro riferimento anche nella Convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980, nell’art. 3 della Convenzione di New York 1989 sui diritti del fanciullo, nell’art. 24 comma 2 e 52 del Trattato di Nizza e nell’art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo.

²⁶ Così recependo quanto recentemente stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza CGUE 28 giugno 2018, n. 512 nell’interpretazione, *ex art.* 267 TFUE, dell’art. 8, paragrafo 1, del regolamento CE n. 2201 del 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

fosse stato residente all'estero, o fosse risultato irreperibile, la domanda si proponeva al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente, e, se anche questi fosse stato residente all'estero, a qualunque tribunale della Repubblica; ai sensi dell'art. 4 legge n. 898 del 1970 la domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si proponeva al tribunale²⁷ del luogo in cui il coniuge convenuto avesse la residenza o domicilio, mentre qualora il coniuge convenuto fosse stato residente all'estero o fosse risultato irreperibile, la domanda si sarebbe dovuta proporre al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente e, se anche questi fosse stato residente all'estero, a qualunque tribunale della Repubblica; la domanda congiunta poteva essere proposta al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge. Nei procedimenti riguardanti la regolamentazione circa l'affidamento ed il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio la competenza per territorio, invece, seguiva il criterio del luogo di residenza abituale del minore²⁸ così individuato nel luogo in cui il minore avesse consolidato, o potesse consolidare, una rete di affetti e relazioni, tali da assicurare un armonico sviluppo psicofisico.

In virtù del richiamo di cui al comma 2 dell'art. 473 *bis*.11, pertanto

²⁷ La Corte Costituzionale, con sentenza 19-23 maggio 2008, n. 169 (*G.U.* 28 maggio 2008, n. 23 (Prima serie speciale), (*G.U.* 28 maggio 2008, n. 23 (Prima serie speciale), dichiarerò l'illegittimità costituzionale del presente comma limitatamente alle parole «del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza». SALVANESCHI, *La Corte costituzionale modifica la competenza nei giudizi di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 488 ss. Sul tema da ultimo FIC-CARELLI, *Considerazioni critiche in tema di competenza territoriale del giudice del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2019, 11, 1062 che pone una interessante questione circa il fatto che “a seguito della introduzione del cd. divorzio breve e la contrazione dei tempi tra la separazione ed il divorzio, invece, l'irragionevolezza del criterio pare mitigata ed anzi oggi potrebbe sembrare ‘ragionevole’ riaprire il dibattito e ripristinare il criterio della ultima residenza comune, se non come criterio principale almeno alternativo a quello della residenza del convenuto”; autrice che già poneva la questione oggetto dell'attuale intervento del legislatore laddove nello stesso articolo evidenziava come “ai fini della determinazione della competenza del giudice del divorzio dovrebbe pertanto potersi fare riferimento se non al luogo dell'ultima residenza comune della famiglia, quantomeno a quello di dimora abituale del minore in alternativa con il Foro del domicilio del coniuge convenuto che, se eletto a unico criterio, come già argomentato, può creare disfunzioni e rendere in certi casi davvero difficoltosa la protezione dei soggetti deboli coinvolti”.

²⁸ Grazie alla riforma della legge sulla filiazione con la legge n. 219 del 2012 ed il successivo d.lgs. n. 154 del 2013. Nei casi di recente trasferimento, il giudice dovrà fare una accurata istruttoria al fine di determinare se la nuova dimora diventi o meno l'effettivo, stabile e duraturo centro di affetti e di interessi del minore e che il cambiamento della sede non rappresenti un mero espediente per sottrarlo alla vicinanza dell'altro genitore o alla disciplina generale sulla competenza territoriale, (cfr. Cass., ord. 15 novembre 2017, n. 27153).

l'altro criterio di competenza per territorio è stato indicato dall'art. 473 *bis*.47 che finalmente elimina una evidente frammentarietà della disciplina ed unifica sotto lo stesso criterio la competenza per territorio i procedimenti di separazione, scioglimento degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché di modifica delle relative condizioni.

Quindi *“per le domande di separazione personale dei coniugi, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, scioglimento dell'unione civile e regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché per quelle di modifica delle relative condizioni, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 473-bis.11, primo comma. In mancanza di figli minori, è competente il tribunale del luogo di residenza del convenuto. In caso di irreperibilità o residenza all'estero del convenuto, è competente il tribunale del luogo di residenza dell'attore o, nel caso in cui l'attore sia residente all'estero, qualunque tribunale della Repubblica”*.

I criteri di competenza appena descritti troveranno applicazione ai soli casi di assenza di figli minorenni, ma rimane il dubbio se potranno essere parificati sotto tale profilo anche i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti²⁹. Il tenore letterale della norma però farebbe propendere per una soluzione negativa.

5. Le restanti modifiche in tema di competenza: a) la competenza per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento ex art. 473 *bis*.38; b) le restanti modifiche dell'art. 38 delle disp. att. c.c.

a) La competenza per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento ex art. 473 *bis*.38

Il legislatore ha altresì previsto una apposita norma sulla competenza nel caso in cui il tribunale fosse chiamato a pronunciarsi sull'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento, l'art. 437 *bis*.38 c.p.c.

²⁹ In virtù anche dell'applicazione dell'art. 337 *septies* c.c. e art. 473 *bis*.9 c.p.c. ai soli figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.

Questa norma va letta tenendo ben presente da un lato il principio secondo il quale il giudice dell'attuazione del provvedimento non può essere diverso dal giudice della cognizione, o meglio, dal giudice che ha emesso quel provvedimento da attuare³⁰, e dall'altro il principio del giudicato *rebus sic stantibus*. Questo perché se è pur vero che ormai la scelta legislativa degli ultimi anni sia stata quella di sposare la tesi secondo la quale, nella materia familiare, il giudice dell'attuazione dei provvedimenti riguardanti i minori debba anche avere poteri cognitivi, dall'altro lato è altrettanto vero che la situazione sostanziale sottesa al provvedimento da attuare possa essere declinata, in virtù del mutamento delle circostanze o per la tutela di altri diritti comunque rientranti nella sfera della cura e degli interessi del minore, ad un nuovo/diverso giudice.

Questa norma pertanto regolerà i rapporti tra giudice della cognizione e giudice dell'attuazione laddove non coincidenti e va letta anche rispetto alla prossima istituzione di un unico tribunale competente, – il così detto tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie su base circondariale –, che assorbirà su di sé tutte le competenze che prima erano ripartite tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni.

Il legislatore individua tre casi:

1) In pendenza del procedimento (sulla cognizione) sarà il giudice titolare ad essere competente per l'attuazione del provvedimento in questione.

2) Qualora non penda alcun procedimento, la questione dell'attuazione di un provvedimento già emesso andrà richiesta al giudice che ha emesso il provvedimento. A tale criterio si derogherà nel caso in cui il minore avrà trasferito la sua residenza altrove, nel qual caso si applica il criterio di cui all'articolo 473 *bis*.11 c.p.c.

3) Laddove venga instaurato un nuovo e diverso procedimento tra le parti avente ad oggetto la responsabilità genitoriale, a questo nuovo giudice verrà trasferita la causa avente ad oggetto l'attuazione del provvedimento in precedenza adottato da altro giudice.

Questo terzo caso è quello che maggiormente interessa ai fini del presente commento. Infatti è previsto un meccanismo procedimentale³¹ (uguale

³⁰ Si legga nota 20.

³¹ La norma infatti prescrive: “Quando è instaurato successivamente tra le stesse parti un giudizio che ha ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice dell'attuazione, anche d'ufficio, senza indugio e comunque entro quindici giorni adotta i provvedimenti urgenti che ritiene necessari nell'interesse del minore e trasmette gli atti al giudice di merito. I