

Università di Ferrara

Tavola Rotonda del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale

“LE MISURE PROVVISORIA A TUTELA DEL MINORE E LA LORO IMPUGNAZIONE”

Relazione dell'avv. Michela Zaffaina:

“I provvedimenti temporanei e urgenti ex art. 473 bis n. 22 e la loro modificabilità ex art. 473 bis n. 23”

Prima di trattare il tema dei provvedimenti temporanei e urgenti ai sensi dell'art. 473 bis n. 22 C.p.c., appare necessaria una breve riflessione circa l'effetto collaterale più importante di questa Riforma, ossia l'acquisizione di specifiche e approfondite competenze per gestire e affrontare le situazioni della crisi familiare e del conseguente contenzioso.

Gli avvocati che oggi si occupano di diritto di famiglia non solo devono conoscere il *modus procedendi e judicandi*, ma devono anche essere in grado di gestire e ridurre il livello del conflitto, individuando le migliori soluzioni possibili in un quadro giurisprudenziale in perenne evoluzione.

La novità più rilevante introdotta dal nuovo rito è certamente rappresentata dalla completa “*disclosure*” imposta alle parti grazie alla quale il giudice, già alla prima udienza, può avere un'ampia conoscenza della situazione su cui basare i provvedimenti temporanei e urgenti.

In questo quadro, è fatto obbligo all'avvocato di muoversi osservando il dovere di leale collaborazione di cui all'art. 473 bis n. 18 C.p.c.: offrire informazioni inesatte e/o incomplete sulle condizioni economiche della parte è comportamento valutabile ai sensi dell'artt. 116 e 96 C.p.c.

Tutto questo impone all'avvocato particolari capacità di rapportarsi con il cliente, di illustrargli le peculiarità di questo specifico contenzioso, tipicamente caratterizzato da una spiccata tensione e litigiosità; la leale collaborazione nel processo deve essere il primo passo da affrontare, poiché questo avrà rilevanti riflessi anche in sede di pronuncia dei provvedimenti temporanei e urgenti.

Il dovere di lealtà e correttezza, che dovrebbe sostenere sempre la professione legale, in siffatto caso è espressione dell'intera *ratio* della riforma, ravvisabile nella determinazione di tutelare *in primis* l'interesse del minore e delle parti più deboli del processo.

Confrontando la situazione attuale con quella regolata dalla normativa previgente, dove al ricorso introduttivo venivano allegate soltanto le ultime tre dichiarazioni dei redditi, è evidente come allora il giudice avesse una cognizione della situazione economico-patrimoniale delle parti assolutamente parziale e i provvedimenti temporanei e urgenti resi nell'udienza presidenziale potevano rivelarsi inadeguati in rapporto alla reale situazione sottostante.

La completa disclosure pesa dal punto di vista dell'avvocato, in quanto sono richieste produzioni documentali importanti e dettagliate:

- 1) ultime tre dichiarazioni dei redditi
- 2) consistenze patrimoniali e finanziarie,
- 3) estratti conto degli ultimi tre anni

- 4) documentazione circa eventuali procedimenti civili connessi, nonché i procedimenti penali pendenti.

Peraltro, quando sono coinvolti minori deve essere allegato un piano genitoriale, che di fatto rappresenta in ogni dettaglio la vita e la gestione del minore.

Ci troviamo, quindi, in un contesto molto diverso rispetto al passato: oggi è richiesta un'effettiva trasparenza e completezza della produzione documentale, con ampi riflessi sul contenuto dei provvedimenti provvisori e urgenti.

All'udienza fissata ex art. 473 bis n. 21, le parti devono comparire personalmente e il giudice, verificata la regolarità del contraddittorio, tenta la conciliazione, se questa non riesce, sentite le parti, sentiti i rispettivi difensori, assunte se del caso sommarie informazioni, pronuncia con ordinanza i provvedimenti provvisori e urgenti, nell'interesse delle parti entro i limiti delle domande da loro proposte, mentre per i figli minori, maggiorenni non economicamente autonomi e portatori di handicap, il giudice può assumere iniziative officiose, dato il carattere indisponibile dei loro diritti.

I provvedimenti temporanei e urgenti possono essere assunti anche nel caso in cui una delle parti non compaia senza giustificato motivi e, quindi, senza che sia stato possibile esperire il tentativo di conciliazione.

L'art. 473 n. 22 detta una disciplina solo parzialmente innovativa conferendo al giudice un potere-dovere generalizzato di pronunciarsi in via provvisoria.

Oggi questi provvedimenti potranno essere resi in prima udienza per tutti i processi regolati dal rito unitario in materia di persone, minori e famiglie.

Criticità linguistica:

Il tenore letterale del lemma "*provvedimenti temporanei e urgenti*" è stato oggetto di diverse critiche da parte della dottrina, la quale ritiene la norma imprecisa sotto il profilo strettamente linguistico, atteso che i "*provvedimenti temporanei e urgenti*" sono tipicamente riferiti ai provvedimenti d'urgenza di natura cautelare, quindi, connotati dalla "*temporaneità*". Sarebbe stato preferibile e più corretto qualificarli come "*provvedimenti d'urgenza provvisori*" tra i quali si annoverano anche quelli non cautelari, la cui efficacia è appunto provvisoria, oltretutto certamente non definitiva e irretrattabile, ma potenzialmente idonei a disciplinare il rapporto sottostante anche a tempo indeterminato¹. Provvedimenti in questione appartengono certamente a questa categoria, poiché essi mantengono la loro efficacia in caso di estinzione del processo, in deroga all'art. 310 C.p.c.

Poteri officiosi del giudice:

I poteri officiosi del giudice sono ampi e incisivi, consentendo l'adozione dei provvedimenti ritenuti opportuni nell'interesse del minore, con potere di derogare al granitico principio sancito dall'art. 112 C.p.c., purché sia garantito il contraddittorio tra le parti e la prova contraria.

Tale previsione vale soltanto per gli aspetti della controversia relativi all'affidamento e mantenimento dei figli minori e agli altri diritti indisponibili come l'integrità fisica e psicologica, o la libertà della persona. D'altro canto, in questi casi neppure le parti hanno limiti

¹ Conf. "*Sui provvedimenti provvisori e urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli minori*", A. Graziosi, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 1° aprile 2022, pag. 368 e conf. "*Il rompicapo dei provvedimenti temporanei e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*" di R. Donzelli, in *Judicium*, Pacini Giuridica

all'introduzione di domande nuove, nuove eccezioni e richiesta di nuovi mezzi istruttori per tutto l'arco del processo².

Il giudice effettua, quindi, un vero e proprio bilanciamento tra l'interesse del minore e le esigenze degli adulti, avendo il potere di assumere provvedimenti diversi e financo contrari rispetto a quelli richiesti dalle parti non solo di carattere personale, inerenti all'affidamento, al collocamento o alle modalità di frequentazione dei figli minori, ma più in generale con riguardo a tutte le misure atte a disciplinare l'educazione, l'istruzione e il mantenimento dei figli.

Il giudice nell'ambito dei provvedimenti afferenti ai minori è, quindi, svincolato dal principio di corrispondenza tra il "*chiesto e il pronunciato*", potendo decidere con ampio margine di discrezionalità sempre illuminato dal faro dell'interesse del minore.

Al fine di garantire la coerenza della realtà processuale con la realtà sostanziale, ai sensi dell'art. 473 bis n. 2, comma II, C.p.c., il giudice, qualora ritenga necessario approfondire gli aspetti economici, ha il potere di ordinare integrazioni documentali, emettere ordini di esibizione di documenti, disporre indagini reddituali, patrimoniali e sul tenore di vita anche nei confronti di terzi.

Del resto, è indubbio che il termine "*opportuni*" evidenzia l'ampio margine operativo e di discrezionalità riconosciuto al giudice incentrato sul "*best interest of child*"³.

Quest'ultimo principio è il precipitato di un lungo percorso di mutamento culturale e sociale: se ricordiamo la nozione di potestà genitoriale, in precedenza vigeva il principio della sottomissione al *pater familias*, ovvero la sottomissione dei figli al potere familiare del genitore; la posizione di mera soggezione passiva in cui era collocato il figlio precludeva anche alla configurabilità in capo allo stesso di diritti soggettivi verso i genitori.

Le tappe del mutamento sociale hanno condotto al superamento di tale obsoleta concezione del rapporto filiale, rivalutando - in estrema sintesi - la posizione personale del figlio all'interno della comunità familiare, incidendo sul contenuto, sui limiti della potestà e della funzione educativa, la quale si è così conformata ai principi costituzionali del rispetto della persona e della dignità.

Inoltre, fu determinante l'influenza delle Convenzioni internazionali, in particolare di New York del 1989, la quale riconosce il minore come soggetto di diritti, ponendolo in una posizione di preminenza assoluta.

La parabola evolutiva passa anche attraverso il concetto di bigenitorialità e, quindi, nel ritenere l'affido condiviso del minore come regola in luogo all'eccezione rappresentata dall'affido esclusivo.

Il minore è divenuto soggetto titolare di diritti di primario rilievo costituzionale⁴, i quali si esplicano nel diritto a essere mantenuto, istruito, assistito moralmente, ma sempre nel rispetto delle sue capacità e inclinazioni naturali e ispirazioni.

Neppure può essere tralasciato che, dal punto di vista dei genitori, essi siano titolari di diritti-doveri, nel senso che l'ordinamento tutela anche il diritto del genitore stesso all'esplicazione del proprio ruolo, anche se sempre in modo subordinato rispetto alla posizione del figlio.

² "*Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglia*" di C. Cecchella, in Rivista di Diritto Processuale, n. 3, 1° luglio 2023

³ "*Prospettiva paidocentrica e attuazione dei doveri genitoriale nella nuova giustizia familiare*" di Gabriele Carapezza Figlia, in Famiglia e Diritto n. 1, 1° gennaio 2024, pag. 103 e "*La Prospettiva paidocentrica quale file rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*" di Michele Sesta, in Famiglia e Minori n. 7/2021

⁴ Conf. Corte Cost. sent. n. 83 dell'11 Marzo 2011

Alla luce di queste considerazioni, è di meridiana evidenza come al giudice venga conferito un ampio potere di influenza sull'esercizio della responsabilità genitoriale, di cui può determinarne financo il contenuto affinché siano garantiti i diritti del figlio.

Pertanto, nel caso della crisi familiare il giudice deve tenere in considerazione gli effetti severi subiti dal minore a causa della disgregazione di un nucleo familiare e in questa prospettiva – come detto – l'affido condiviso dovrebbe essere la prima scelta al fine di garantire la bigenitorialità e un equilibrato rapporto tra genitore e figlio.

Con l'affido condiviso la responsabilità genitoriale resta nell'esercizio di entrambi i genitori, mentre il provvedimento si occuperà di risolvere le questioni connesse allo scioglimento del nucleo della famiglia: in particolare, collocazione minore, tempi di permanenza con il genitore non collocatario e cura del minore.

Il contenuto dei provvedimenti che stabiliscono le condizioni di affidamento dei figli minori⁵ è regolato dall'art. 337 ter C.c., norma sostanziale di riferimento, dove è testualmente precisato che il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole nell'esclusivo interesse morale e materiale di essa: quindi, dovrà di preferenza garantire

- la bigenitorialità con la modalità dell'affido condiviso, che è la regola;
- oppure stabilisce a quale genitore sia affidato il minore nel caso in cui l'affido condiviso possa arrecare un grave pregiudizio. La decisione dovrà essere sorretta da una motivazione in positivo, ma anche in negativo, precisando che la conflittualità di solito non è da sola presupposto sufficiente. Per questo genere di decisione è essenziale che il genitore non affidatario si sia reso gravemente inadempiente ai doveri genitoriali di mantenimento e/o di visita;
- determinazione dei tempi di visita e di permanenza dei minori con il genitore non collocatario;
- contributo economico per il mantenimento;
- fissare misura e modalità in cui i genitori devono prendersi cura dei figli;
- eventuale nomina curatore speciale del minore 473 bis n. 8

Un'altra particolarità balza agli occhi: a differenza di quanto era previsto dall'art. 4 L. 898/1970, l'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti non è obbligatoriamente preceduta dall'audizione del figli minori capaci di discernimento: non si comprende il motivo di quest'omissione, poiché proprio nell'ottica della completa *disclosure* effettuata dalle parti, l'audizione del minore potrebbe rivelarsi indispensabile affinché le misure provvisorie siano effettivamente calibrate nell'interesse del medesimo⁶.

Questa criticità può essere comunque superata ricorrendo all'art. 473 bis n. 4, che introduce le nuove regole per l'ascolto del minore ultra dodicenne 12 anni, o di età inferiore se capace di discernimento, il quale è ascoltato dal giudice nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano.

⁵ “I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter C.p.c.” di R. Donzelli, Giappicchielli Editore, 2018

⁶ Idem come sopra

Non si procede all'ascolto quando ciò sia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo, mentre se c'è l'accordo tra i genitori si procede all'ascolto solo se necessario.

Sempre con riguardo ai figli, un'altra anomalia è rappresentata dal fatto che i provvedimenti temporanei e urgenti a favore dei figli maggiorenni ma non economicamente autonomi possano essere emanati dal giudice d'ufficio: davvero non si comprende per quale ragione il giudice possa emettere un provvedimento destinato a incidere sulla sfera giuridica di un soggetto maggiorenne in assenza di un'esplicita domanda, correndo il rischio di violare platealmente il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

In sostanza, si sono equiparati soggetti privi di capacità processuale, come i figli minori, a soggetti dotati di piena capacità processuale, quali sono i maggiorenni, il tutto con una grave alterazione dei principi basilari del nostro sistema processuale⁷.

Piano genitoriale del Giudice

È interessante quanto previsto all'art. 1, comma 23, lett. r) della legge n. 206/2021, dove si legge che il giudice nell'adottare il provvedimenti provvisori può arrivare a formulare una proposta di piano genitoriale del minore, dove specifica i tempi di permanenza del figlio dai genitori, da indicazioni per l'istruzione, l'educazione e la cura del minore, nonché il contributo economico nel mantenimento, precisando i punti nei quali eventualmente vi sia l'accordo dei genitori e che il mancato rispetto del piano genitoriale costruisce comportamento sanzionabile ex art. 473 bis n. 39 C.p.c.

Coordinatore genitoriale

Il giudice in questa fase può anche accogliere l'istanza congiunta delle parti di cui all'art. 473 n. 26 C.p.c. diretta a nominare il cd Coordinatore genitoriale, scelto tra dall'albo del CTU, o fuori da questo albo se vi è accordo delle parti, il cui ruolo è quello di intervenire sul nucleo familiare al fine di superare i conflitti tra le parti ed essere di ausilio ai minori. Trattasi di un ausiliario che potrà essere particolarmente utile in sede di attuazione delle misure adottate sull'affidamento a fronte della conflittualità che spesso non si assopisce.

Mediazione:

I provvedimenti temporanei e urgenti possono essere preceduti da un tentativo di mediazione, anzi, ai sensi dell'art. 473 n. 10, comma 2, C.p.c., il giudice può rinviare l'adozione dei provvedimenti in esame per consentire alle parti di tentare la mediazione al fine di raggiungere un accordo.

Sul punto, si può osservare come il Legislatore sia intervenuto in un momento storico e sociale in cui la materia della famiglia e dei minori risulta essere un tema molto sentito, anche in ragione dei frequentissimi fatti di cronaca, per cui la "*gestione del conflitto*" appare uno degli aspetti più rilevanti; del resto, l'intera cornice della riforma Cartabia spinge verso il tentativo di una definizione conciliativa delle vertenze, attraverso la mediazione e le ADR, atteso che una decisione assunta di comune accordo - oppure imposta in una clima più sereno - ha maggiori possibilità di essere osservata, rispetto a quella calata d'imperio da un soggetto terzo.

⁷ "*Provvedimenti indifferibili, temporanei e urgenti*", E. Vullo in *Famiglia e Diritto* n. 11, 1° novembre 2023, pg. 982

La conferma di quanto sopra è evidente anche nel procedimento in materia di famiglia, dove oggi la mediazione familiare trova un importante ruolo che in passato era del tutto residuale e rimesso all'intervento dei legali che assistevano le parti.

È nell'ottica di tale cambiamento che dovrebbe accolto l'invito a intraprendere la mediazione familiare che il Giudice formula già con il decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 473 n. 21, esclusi i casi in cui si ravvisino ipotesi di violenza domestica o vi siano procedimenti penali pendenti.

Contributo economico:

Il giudice può prevedere il versamento di un contributo economico a favore del figlio minorenni, maggiorenne ma non economicamente autonomo, oppure portatore di handicap e/o al coniuge: in queste ipotesi, diversamente da prima il giudice fissa la decorrenza dell'assegno di mantenimento, che può retroagire sino al deposito della domanda in deroga al principio generale secondo cui gli effetti del provvedimento decorrono dalla data della relativa pronuncia.

Questa nuova previsione tutela il genitore avente diritto al contributo al mantenimento dalla mancata corresponsione di quanto dovuto dall'obbligato nei mesi che precedono l'udienza per la pronuncia dei provvedimenti provvisori e urgenti.

Come avveniva del rito precedente, l'ordinanza in questione costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo, finché non venga sostituita da un altro provvedimento: è stata, quindi, generalizzata la precedente disposizione operativa in tema di ordinanza presidenziale del procedimento di separazione. Pertanto, in deroga all'art. 310 C.p.c. in caso di estinzione del processo, l'ordinanza in questione mantiene la propria efficacia.

Nel caso in cui all'esito della pronuncia dei provvedimenti temporanei e urgenti il giudice ritenga la causa matura per la decisione, senza necessità di un'ulteriore istruttoria, il giudice ordina la discussione orale della causa (nella stessa udienza o in una successiva) e all'esito trattiene la causa in decisione riservandosi di riferire al collegio⁸.

Ipoteca giudiziale

L'ordinanza dei provvedimenti temporanei e urgenti è titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale: quest'ultima peculiarità ha destato non poche perplessità⁹.

Sul punto, si è richiamato il principio dettato dalla Corte Costituzionale nel 2002, quando aveva dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 708 C.p.c. commi 3 e 4 nella parte in cui non prevedevano che l'ordinanza presidenziale fosse titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

La Corte aveva testualmente osservato *“i provvedimenti presidenziali pronunciati ai sensi dell'art. 708 C.p.c. e i successivi provvedimenti modificativi dei primi, pronunciati dal giudice istruttore, sono caratterizzati da un alto grado di instabilità e non possono essere assimilati né alle sentenze né agli altri provvedimenti espressamente previsti dalla legge”*.

Il pregevole tentativo del legislatore di implementare le misure a tutela delle obbligazioni in materia familiare forse sarebbe stato più efficace con il rafforzamento del ricorso ad altri rimedi

⁸ “La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e le famiglie” a cura di C. Cecchella, Ed. Giappichielli 2023, pagg. 96 e ss

⁹ Idem Graziosi

più rapidi ed incisivi, come il sequestro dei beni dell'obbligato e l'ordine al terzo di pagare direttamente agli aventi diritto.

Del resto, le misure cautelari a carattere anticipatorio non costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale proprio in considerazione della loro tendenziale provvisorietà, senza considerare le complessità operative connesse a un'iscrizione d'ipoteca giudiziale sulla base di un provvedimento poco dopo modificato e/o revocato.

Modificabilità e revoca ex art. 473 bis n. 23 C.p.c.:

I provvedimenti emessi all'esito della prima udienza possono essere revocati o modificati dal collegio in presenza di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori.

La *ratio* della norma è garantire la necessaria corrispondenza tra la realtà sostanziale e le misure provvisorie disposte dal giudice durante la pendenza del procedimento nei casi in cui la situazione di fatto o di diritto muti nel corso dell'istruttoria per fatti nuovi o per le risultanze probatorie.

Questi provvedimenti modificativi mantengono la natura provvisoria, nonché quella di titolo esecutivo sino a quando siano sostituiti da un altro provvedimento, a sua volta suscettibile di ulteriori modifiche qualora ricorrano i presupposti del n. 23, oppure dal provvedimento che conclude il giudizio.

Rispetto alla disciplina previgente in materia di separazioni e divorzi, la revoca o la modifica possono essere richieste non solo in presenza di fatti sopravvenuti, ma anche per circostanze emerse dagli accertamenti istruttori all'esito dei quali la situazione di fatto o di diritto risulti modificata.

I presupposti degli elementi "*nuovi*" distinguono questa domanda rispetto a quella proposta con il reclamo, la quale è tesa a una rivalutazione della decisione sulla base dei fatti e documenti che hanno sostenuto la decisione impugnata in ragione della denunciata erroneità, mentre i provvedimenti di cui al n. 23 determinano un adeguamento della situazione reale rispetto a quella processuale.

Conclusioni:

Questa riforma può essere considerata un buon punto di partenza, ma richiede una solida formazione e acquisizione di competenze specifiche, anche di carattere multidisciplinare, affinché si possano gestire al meglio situazioni di grande delicatezza, le quali investono la vita delle persone coinvolte sotto diversi profili, emotivo, psicologico ed economico. Soltanto in una prospettiva di altissima professionalità degli operatori coinvolti potrà essere garantita la protezione dei soggetti più deboli e fragili.

Ferrara, 6 marzo 2024