

**Commentario del Codice Civile e codici collegati**  
**Scialoja-Branca-Galgano**  
a cura di Giorgio De Nova

**Libro primo: Persone e famiglia**  
**art. 337 bis-337 octies e art. 709 ter cod. proc. civ.**

a cura di

**Salvatore Patti**  
**Liliana Rossi Carleo**

# **Esercizio della responsabilità genitoriale**

con i contributi di

**Gianni Ballarani**  
**Elena D'Alessandro**  
**Claudia Irti**  
**Adriana Neri**  
**Salvatore Patti**  
**Marina Romano**  
**Liliana Rossi Carleo**

**ZANICHELLI EDITORE**



## INDICE SOMMARIO DEL VOLUME

Indice per articoli .....	pag. VII
Indice bibliografico.....	» XIII
CAPO II. — ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE A SEGUITO DI SEPARAZIONE, SCIoglIMENTO, CES- SAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI, ANNULLAMENTO, NULLITÀ DEL MATRIMONIO OVVERO ALL'ESITO DI PROCEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI NATI FUORI DEL MATRIMONIO.....	
»	I
LILIANA ROSSI CARLEO	
Art. 337-bis.....	» I
GIANNI BALLARANI	
Art. 337-ter.....	» 13
CAPITOLO I. — L'AFFIDAMENTO CONDIVISO E L'INTERESSE DEL MINORE.....	» 14
CAPITOLO II. — LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO E LA RESPONSA- BILITÀ GENITORIALE .....	» 49
CAPITOLO III. — GLI ACCORDI TRA I GENITORI E LE DETERMINA- ZIONI GIUDIZIALI .....	» 94
ADRIANA NERI	
CAPITOLO IV. — I PROVVEDIMENTI RELATIVI ALLA PROLE. PROFILI PROCESSUALI.....	» 129
CLAUDIA IRTI	
Art. 337-quater.....	» 159
CAPITOLO I. — L'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO .....	» 159

INDICE SOMMARIO DEL VOLUME

SALVATORE PATTI		
CAPITOLO II. — LA DOMANDA DI AFFIDAMENTO ESCLUSIVO INFONDATA.....	»	193
ELENA D'ALESSANDRO		
Art. 337- <i>quinquies</i> .....	»	203
CLAUDIA IRTI		
Art. 337- <i>sexies</i> .....	»	210
CAPITOLO I. — IL PROVVEDIMENTO DI ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE. OBBLIGHI GRAVANTI SUI GENITORI IN IPOTESI DI CAMBIAMENTO DI RESIDENZA E DOMICILIO.....	»	210
MARINA ROMANO		
Art. 337- <i>septies</i> .....	»	292
CAPITOLO I. — IL DIRITTO AL MANTENIMENTO DEI FIGLI MAGGIORENNI NON AUTOSUFFICIENTI ECONOMICAMENTE: PROFILI SOSTANZIALI.....	»	292
ELENA D'ALESSANDRO		
CAPITOLO II. — IL DIRITTO AL MANTENIMENTO DEI FIGLI MAGGIORENNI NON AUTOSUFFICIENTI ECONOMICAMENTE: PROFILI SOSTANZIALI.....	»	309
MARINA ROMANO		
Art. 337- <i>octies</i> .....	»	327
CAPITOLO I. — IL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEL FIGLIO MINORE.....	»	327
CAPITOLO II. — IL DELUDENTE UTILIZZO DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE NELLA SOLUZIONE DEI CONFLITTI TRA I GENITORI.....	»	339
ADRIANA NERI		
Art. 709- <i>ter</i> cod. proc. civ.....	»	347
Indice analitico delle materie.....	»	379

## CAPITOLO IV

### I PROVVEDIMENTI RELATIVI ALLA PROLE. PROFILI PROCESSUALI

SOMMARIO: 1. Le nuove regole di competenza per i provvedimenti di affidamento e mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio — 2. La nuova regola della *vis atractiva* in favore del tribunale ordinario — 3. Il rito applicabile ai procedimenti sull'affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio — 4. Gli strumenti di garanzia a tutela delle obbligazioni alimentari e di mantenimento — 5. La disciplina transitoria — 6. L'attuazione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli. Considerazioni generali

1. *Le nuove regole di competenza per i provvedimenti di affidamento e mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio.* — Si è visto (*supra*, Cap. I) come la legge 219/2012 nell'abrogare l'art. 155 cod. civ. ne abbia sostanzialmente trasfuso il testo originario nel nuovo art. 337-ter cod. civ., con l'aggiunta soltanto di due nuovi incisi nell'ultima parte del 2° comma, sui quali ci si soffermerà in seguito (*infra* § 6).

La nuova norma, pur conservando la medesima rubrica dell'articolo abrogato, risulta ora inserita all'interno del nuovo capo II del titolo IX del codice civile — espressamente dedicato all'esercizio della responsabilità genitoriale nelle ipotesi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, nonché all'esito di procedimenti relativi a figli nati fuori dal matrimonio — e rappresenta così la disciplina comune dei provvedimenti in materia di affidamento e mantenimento dei figli (sia essi nati all'interno del matrimonio che fuori da esso), per tutti i casi di crisi genitoriale.

Sul piano strettamente processuale, tuttavia, l'innovazione più significativa introdotta dalla legge 219/2012 è sicuramente costituita dalla riscrittura, ad opera dell'art. 3 di detta legge, dell'art. 38 disp. att. cod. civ. (1).

(1) Secondo il regime transitorio sancito nell'art. 4 della legge 219/2012 le disposizioni processuali contenute nell'art. 38 disp. att. cod. civ. trovano applicazione a decorrere dalla entrata in vigore della legge (1° gennaio 2013), sicché, in deroga al

Il testo novellato della norma, infatti, pur conservando nell'ambito della giustizia minorile il tradizionale **sistema dualistico di ripartizione della competenza** tra giudice ordinario e giudice specializzato, prevede una drastica riduzione delle competenze precedentemente attribuite a quest'ultimo in favore del primo (2). Al **tribunale ordinario**, infatti, viene infatti attribuita una **competenza generale** nella materia che trova la sua manifestazione più evidente nella attribuzione a tale organo di tutte le controversie relative al mantenimento e all'affidamento dei minori nati fuori dal matrimonio, all'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dei genitori non coniugati ( sino a questo momento disciplinate dall'art. 317-bis cod. civ.), nonché le controversie concernenti l'esercizio della potestà dei genitori non coniugati *ex art.* 316 cod. civ., per effetto del mancato richiamo di tale norma nell'elenco dei provvedimenti attribuiti alla competenza del **tribunale per i minorenni** contenuto nell'art. 38 disp. att. cod. civ. (3).

---

principio *tempus regit actum* che governa le norme processuali, esse non trovano applicazione ai processi pendenti al momento della sua entrata in vigore. Per tali rilievi cfr. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali* (*Fam. e dir.*, 2013, 251).

(2) In particolare residuano nella competenza del tribunale dei minorenni i provvedimenti di autorizzazione del minore ultrasedicenne a contrarre matrimonio (*ex art.* 84 e 90 cod. civ.) o a continuare l'esercizio dell'impresa (*ex art.* 371, ult. comma, cod. civ.), quelli ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale (c.d. *provvedimenti de potestate ex art.* 330, 332, 333, 334 e 335 cod. civ.), nonché, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 154/2013, quelli concernenti il riconoscimento dei figli nati tra genitori tra i quali esiste un vincolo di parentela o affinità (*ex art.* 251 cod. civ.) e quelli relativi alla tutela del diritto degli ascendenti a di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni (*ex art.* 317-bis ). Tutti gli altri provvedimenti che non vengono più menzionati nel citato elenco sono da ritenersi ricondotti alla competenza del tribunale ordinario, in forza della disposizione residuale contenuta nel secondo comma dell'art. 38 disp. att. cod. civ. secondo la quale «sono emessi da tale organo i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria».

(3) Va sottolineato, a tale proposito, che il d.lgs. 154/2013 ha attuato l'unificazione della disciplina delle controversie sull'esercizio della potestà (ora responsabilità) genitoriale sorte sia nell'ambito della famiglia legittima che naturale, facendo confluire nell'art. 316 cod. civ. le disposizioni contenute nell'originario testo dell'art. 317-bis *olim* deputato a disciplinare le controversie sull'esercizio della potestà parentale tra genitori naturali e di regolamentazione dei rapporti tra il figlio e il genitore non affidatario, nonché, più in generale, le questioni sull'affidamento e mantenimento del figlio naturale.

Il legislatore della riforma interviene così a porre fine alla disparità di trattamento processuale esistente tra **figli legittimi e naturali**, assoggettati sino ad ora a regimi giurisdizionali distinti, ma anche ad unificare il **doppio regime di tutela** fino a questo momento vigente nell'ambito dei procedimenti concernenti l'affidamento e il mantenimento della prole naturale.

Come si ricorderà, infatti, a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, mentre per i **figli di genitori coniugati** tutte le questioni concernenti l'affidamento e il mantenimento erano attribuite alla competenza del tribunale ordinario, dinanzi al quale pendeva il giudizio di separazione e divorzio, per i **figli nati fuori dal matrimonio** la competenza di tale giudice riguardava le sole questioni concernenti il mantenimento (4), atteso che quelle relative all'affidamento *ex art. 317-bis* (nel testo vigente prima della novella del 2012) erano invece espressamente attribuite alla competenza esclusiva del tribunale dei minorenni dall'art. 38 disp. att. cod. civ. (5).

Come si ricorderà, infatti, in assenza di una disciplina espressa su tali ultime controversie, tale norma, unitamente a quelle sull'affido condiviso, ha costituito il riferimento normativo idoneo a giustificare l'intervento del giudice nella materia.

L'intervento attuato dal legislatore del 2013 ha risolto così un aspetto nevralgico dell'art. 38 disp. att. cod. civ. così come modificato dalla legge n. 219/2012, laddove tale norma, limitandosi a richiamare l'art. 316 cod. civ. e non anche l'art. 317-bis cod. civ. (nel testo previgente prima della riforma) introduceva una ingiustificata disparità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori da esso, tanto da indurre qualche interprete a ritenere che la nuova legge sulla filiazione, nel dichiarato intento di unificare lo stato giuridico dei figli, avesse comportato la tacita abrogazione dell'art. 317-bis cod. civ.; *SESTA, L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari (Fam. e dir., 2012, 238)*.

(4) Si riteneva, infatti, che la competenza del tribunale per i minori *ex art. 317-bis* cod. civ., *olim* sancita dall'art. 38 disp. att. cod. civ. non fosse onnicomprensiva e che per i procedimenti concernenti il mantenimento fosse competente il tribunale ordinario, trattandosi di controversie instaurate da un genitore nei confronti dell'altro. V. sul punto *DE FILIPPIS, La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura (Fam. e dir., 2013, 296 e seg.)*.

(5) Malgrado la innegabile disparità di trattamento che il sistema appena descritto realizzava tra figli, la Corte costituzionale aveva più volte negato che esso comportasse la violazione dei principi di cui agli art. 2, 3, 24 e 30 Cost. Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 30 luglio 1980, n. 135 (*Foro it.* 1980, I, 2961 e segg.); *Id.*, 5 febbraio 1996, n. 23, (*id.*, 1997, I, 61 e segg.); *Id.*, 30 dicembre 1997, n. 451 (*Giust. civ.*, 1998, I, 987 e segg.).

Il quadro appena delineato era peraltro solo parzialmente mutato a seguito della legge 54/2006 (sul c.d. affidato condiviso), malgrado la disciplina contenuta nel novellato art. 155 cod. civ. — dichiarata espressamente applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati dall'art. 4 della citata legge — avesse sollevato forti perplessità circa la perdurante competenza del tribunale dei minorenni ad emettere provvedimenti in tema di affidamento (6).

La Suprema Corte, infatti, era intervenuta sul punto a dissipare ogni incertezza interpretativa (7), negando recisamente che l'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 155 cod. civ. ai procedimenti concernenti i figli di genitori non coniugati (e quindi la sostanziale abrogazione dell'art. 317-bis cod. civ.) avesse inciso sui presupposti processuali quali la competenza, come regolata dall'art. 38 disp. att. cod. civ., fissando il principio secondo il quale in materia di provvedimenti relativi all'affidamento e mantenimento dei figli nati da genitori non coniugati la competenza spettava al solo tribunale dei minorenni nell'unico caso in cui le relative domande fossero state contestualmente poste dinanzi a questo giudice. In assenza di tale cumulo, avrebbe dovuto continuare ad applicarsi la **regola del doppio binario** con conseguente attribuzione al tribunale ordinario del contenzioso relativo agli aspetti patrimoniali e al giudice specializzato di quello relativo agli aspetti personali.

Sotto questo aspetto, pertanto, la legge 212/2012 ha sicuramente realizzato quella **equiparazione processuale nella tutela dei figli** che il legislatore del 2006 non era riuscito ad attuare malgrado la ricono-

(6) All'indomani della entrata in vigore della nuova legge vi era chi riteneva che l'art. 4 citato avesse una indubbia valenza processuale con la conseguenza che doveva ritenersi trasferita in capo al tribunale ordinario la competenza in tema di affidamento e mantenimento dei figli naturali e implicitamente abrogato l'art. 317-bis cod. civ. [in tal senso, v. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio* (Fam. e dir., 2006, 356), nonché, per analoghi rilievi, GRAZIOSI, *Profili processuali della legge 54 del 2006, sul c.d. affidato condiviso dei figli* (Dir. fam. pers., 2006, 1888 e segg.)] e chi, invece, sosteneva la perdurante competenza del tribunale dei minorenni che peraltro avrebbe dovuto ricomprendere anche gli aspetti economici: così TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali* (Fam. e dir., 2006, 390 e segg.).

(7) Si tratta della storica ordinanza 3 aprile 2007, n. 8362, (Foro it. 2007, I, 2049 e segg.) con nota di CASABURI, *La Cassazione sulla competenza a provvedere su affidamento e mantenimento dei figli naturali*.

sciuta applicabilità della disciplina sostanziale concernente i provvedimenti relativi alla prole assunti nell'ambito del giudizio di separazione ai figli nati da genitori non coniugati.

Non può farsi a meno di notare, tuttavia, come la **perdurante sussistenza di due organi giurisdizionali** deputati ad impartire la tutela minorile sia comunque foriera di potenziali e inevitabili problemi in sede applicativa, anche in conseguenza del fatto che, come si avrà modo di vedere *infra*, il testo del nuovo art. 38 disp. att. cod. civ. contiene diversi punti di non agevole interpretazione che hanno sollevato più di una incertezza circa l'esatto ambito di competenza dei due organi.

2. *La nuova regola della vis attractiva in favore del tribunale ordinario.*

— La volontà del legislatore della riforma di accordare una generale prevalenza alla **competenza del tribunale ordinario** rispetto a quella del giudice specializzato risulta ulteriormente confermata dalla innovativa regola introdotta al 2° comma dell'art. 38 disp. att. cod. civ., secondo la quale per i procedimenti di cui all'art. 333 cod. civ. — tuttora attribuiti alla **competenza del tribunale per i minorenni** dall'art. 38 disp. att. cod. civ. — resta esclusa la competenza di tale organo nell'ipotesi in cui «sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile».

La citata disposizione introduce, dunque, un meccanismo di **deroga alla competenza del giudice specializzato per ragioni di connessione** tra un procedimento sulla crisi della famiglia ed uno sull'esercizio della responsabilità genitoriale, con la rilevante conseguenza che, ricorrendo i presupposti (soggettivi e oggettivi in essa contemplati), le relative domande possono essere cumulativamente proposte sin dall'inizio dinanzi al solo giudice ordinario (sia in via principale che riconvenzionale) e, ove proposte separatamente, potranno essere riunite *ex art. 274 cod. civ. (8)*.

(8) Per questo ordine di idee v. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali* (Fam. e dir., 2013, 256), nonché *Protocollo di intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale tra il Tribunale ordinario e il Tribunale per i minorenni di Brescia* del 10 aprile 2013. È peraltro evidente che la regola sulla *vis attractiva*, malgrado operi in via automatica per la semplice sussistenza della contemporanea pendenza di un giudizio di separazione o divorzio o ancora *ex art. 316 cod. civ.*, non assicura necessariamente l'attuazione del *simultaneus proces-*

Sotto questo aspetto, dunque, merita sicuro apprezzamento l'intento del legislatore di favorire, quanto più possibile, la **concentrazione delle tutele** in capo ad un unico giudice specialmente quando si tratti di materie (come quelle sull'affidamento e mantenimento dei figli e sulla regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale) tra le quali esistono evidenti profili di **interdipendenza** che consigliano una trattazione unitaria delle questioni implicate, al fine di evitare decisioni contrastanti che possano nuocere al superiore interesse del minore.

In ordine a tale profilo, l'introduzione della nuova regola si pone nel solco di un percorso giurisprudenziale che già da tempo aveva riconosciuto che il tribunale ordinario, adito in sede di separazione o di divorzio, fosse competente a conoscere anche della domanda *ex art. 333 cod. civ.*, valorizzando la previsione dell'allora vigente *art. 155 cod. civ.* secondo il quale il tribunale pone in essere ogni altro provvedimento nell'**interesse della prole** e dell'*art. 709-ter cod. proc. civ.*, laddove detta norma specifica che il giudice della separazione può emettere i provvedimenti opportuni quando emergano gravi inadempienze o atti che comunque arrechinio pregiudizi al minore o si frappongano al corretto svolgimento delle modalità di affidamento (9).

---

*sus*, atteso che comunque occorrerà verificare se la trattazione congiunta delle due cause sia in concreto percorribile. Può accadere, infatti, che tale giudizio si trovi in una fase istruttoria avanzata che non consenta la trattazione esauriente dell'altra o ancora che penda dinanzi al giudice di appello o in cassazione. Va peraltro rimarcato che la Corte di cassazione con la sentenza 26 gennaio 2015 n. 1349, sulla scorta del presupposto che l'*art. 38 disp. att. cod. civ.*, abbia sancito la *vis attractiva* in favore del tribunale per ragioni di connessione (oggettiva e soggettiva) mediante la devoluzione a tale giudice di entrambe le controversie a prescindere dal grado in cui si trovino, ha riconosciuto la competenza della corte d'appello dinanzi al quale pendeva la controversia sulla separazione a decidere anche per il procedimento *ex art. 330 cod. civ.* A tale soluzione, secondo la Corte, non osterebbe un salto di grado — peraltro privo di garanzia costituzionale — atteso che trattandosi di un accertamento relativo ai minori, non vi sarebbero in ogni caso limitazioni nei poteri di allegazione e deduzione istruttoria delle parti.

(9) Cass., 5 ottobre 2011 n. 20354. Nella specie la Corte era stata adita in sede di regolamento di competenza dal Tribunale per i minorenni di Brescia il quale si era ritenuto incompetente in relazione ad una domanda *ex art. 333 cod. civ.* proposta nel contesto di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione *ex art. 710 cod. proc. civ.* pendente dinanzi al tribunale ordinario.

Secondo tale prospettiva sarebbe stato infatti irragionevole e formalistico limitare i confini della competenza del tribunale ordinario ai soli provvedimenti di affidamento e mantenimento impedendo a tale giudice di assumere ogni altra misura volta alla più ampia tutela dell'interesse del minore.

La nuova disposizione, tuttavia, risulta alquanto complicata dal punto di vista interpretativo tanto da costituire l'aspetto processuale più discusso della riforma.

La prima questione spinosa che si è posta all'attenzione dell'interprete è stata quella concernente la delimitazione del **perimetro oggettivo** entro il quale la regola della *vis atractiva* è destinata ad operare, atteso che la formulazione poco felice della norma consente una lettura non univoca sul punto. Essa infatti dopo aver sancito, nella prima parte del 1° comma l'operatività della *vis atractiva* con esclusivo riferimento alle controversie *ex art. 333 cod. civ.*, specifica, immediatamente dopo, che in tale ipotesi (ossia allorquando sia pendente un giudizio di separazione, divorzio o *ex art. 316 cod. civ.*) per tutta la durata di tale giudizio il tribunale ordinario è competente «anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo».

Considerata la **scarsa linearità** della norma ci si è chiesti dunque se essa operi, oltre che con riferimento alle controversie *ex art. 333 cod. civ.*, riguardanti la limitazione della responsabilità genitoriale, anche per quelle finalizzate alla sua ablazione *ex art. 330 cod. civ.*

L'interpretazione estensiva da ultimo indicata è apparsa, in ultima analisi, più razionale, oltre che suggerita dalla stessa lettura complessiva dell'art. 38 disp. att. cod. civ. che lascerebbe presupporre la competenza del tribunale ordinario per attrazione per tutti gli altri procedimenti di competenza (originaria) del tribunale specializzato, tra cui anche quelli *ex art. 330 cod. civ. (10)*. In questo senso si è del resto attestata una parte della giurisprudenza di merito (11),

(10) Sul punto si è correttamente affermato che una interpretazione diversa della norma spezzerebbe l'unità funzionale dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale con ricadute pregiudizievoli sull'effettività della tutela. Per questo ordine di idee v. TOMMASEO, cit. alla penultima nota, pag. 529.

(11) Trib. Milano, 7 maggio 2013; Trib. min. Brescia, 1° agosto 2013 (*Fam. e dir.*, 2013, 60) con nota di RUSSO, *Le competenze nei procedimenti de potestate dopo la novel-*

privilegiando il **principio della concentrazione delle tutele in capo ad un unico giudice**, e da ultimo la stessa Suprema Corte che, in considerazione del preminente interesse del minore a godere di una tutela giurisdizionale unitaria e coerente, ha affermato la necessità che il giudice della separazione o del divorzio o al quale sia attribuito un procedimento *ex art. 316 cod. civ.* debba conoscere anche delle domande relative alla decadenza della responsabilità genitoriale (12).

La norma, peraltro, come si è visto sopra, subordina l'operatività della *vis attractiva* alla simultanea ricorrenza di **due specifici presupposti**: l'uno oggettivo, costituito dalla attuale pendenza di un giudizio di separazione, divorzio o *ex art. 316 cod. civ.*, e l'altro di natura soggettiva, rappresentato dalla coincidenza delle parti di tale giudizio con quella del procedimento attratto nella competenza del tribunale ordinario, in assenza dei quali non si verifica alcuna deroga alla competenza del giudice specializzato.

Quanto al primo profilo si è posta la questione di quale sia la **corretta interpretazione** da attribuirsi della locuzione «in corso» contenuta nella norma con riferimento al giudizio «principale» che determina lo spostamento della competenza, osservandosi come il termine utilizzato dovrebbe, a rigore, condurre ad escludere l'operatività della *vis attractiva* a favore del tribunale ordinario qualora il processo si trovi in una **fase di quiescenza o di interruzione**, non potendosi ritenere, nell'assenza dello svolgimento di qualsiasi attività processuale che caratterizza tali fasi, che il giudizio sia in corso (13). La tesi, per quanto suggestiva, introduce tuttavia pericolose distinzioni tra fasi e stati del processo con il rischio che di adottare **soluzioni non univoche** a seconda del momento in cui viene proposta la domanda de-

---

*lazione dell'art. 38 disp. att. cod. civ.: il principio della concentrazione delle tutele e i rapporti tra giudice specializzato e giudice ordinario.* Contr. Trib. Milano, 11 dicembre 2013 (*Fam. e dir.*, 2014, 680).

(12) Cfr., tra le più recenti, Cass., 12 settembre 2016, n. 17931 (*Foro it.*, 2016, I, 2046 e segg.) con nota di CEA, *La «saga» dell'art. 38 disp. att. cod. civ.: siamo all'epilogo?*, Cass., 26 gennaio 2015, n. 1349 (*id.*, 2015, I, 1240), con nota di POLISENO, *La concentrazione delle tutele del minore: un repentino revirement della Cassazione* e di CEA, *L'art. 38 disp. att. cod. civ. ed i contrasti interni della Cassazione*.

(13) Così LUPOI, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1301).

stinata a regolare l'esercizio della responsabilità genitoriale, sicché è apparso maggiormente ragionevole applicare la citata regola della *vis attractiva* tutte le volte in cui il giudizio debba considerarsi comunque pendente (14).

La circostanza che il giudizio di separazione, divorzio o *ex art.* 316 cod. civ. debba essere già in corso ha fatto sorgere un ulteriore (e più pregnante) interrogativo circa la necessità o meno che, ai fini dell'operatività della **deroga di competenza**, detto giudizio debba essere stato introdotto precedentemente rispetto a quello sulla responsabilità genitoriale. La Suprema Corte, intervenendo sul punto, ha accolto un'**interpretazione restrittiva** della norma sotto questo aspetto ritenendo che essa sia destinata a trovare applicazione solo nel caso in cui il giudizio relativo alla crisi familiare sia stato promosso prima del procedimento dinanzi al giudice specializzato avente ad oggetto la pronuncia di un provvedimento limitativo o ablativo della responsabilità (15).

Secondo tale prospettiva dunque, nell'ipotesi inversa, rimarrebbe invece ferma la competenza di tale giudice, in ossequio al principio di *perpetuatio iurisdictionis* che conduce ad escludere la possibilità di privare il giudice specializzato del potere di decidere la causa una volta che la competenza si sia legittimamente radicata in capo a lui (16), oltre che per evidenti ragioni di economia processuale che trovano il loro fondamento nell'art. III Cost., così come in **disposizioni sovranazionali** quali l'art. 8 CEDU e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (17). La soluzione accolta dalla Cassazione, che accorda prevalenza al criterio della prevenzione, se certamente ha il pregio di salvaguardare il rispetto del principio del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost., avviando a deplorabili **pratiche di forum shop-**

---

(14) Cass., 26 gennaio 2015, n. 1349 (*Foro it.*, 2015, I, 1240) la quale osserva come la locuzione «per tutta la durata del processo» sta proprio ad indicare un *continuum* che non si interrompe nelle fasi di quiescenza non soltanto dovute alla pendenza dei termini per l'impugnazione ma anche a causa interruttrive.

(15) Cass., 23 gennaio 2019, n. 1866; Cass., 25 febbraio 2020, n. 5117 (*ilcaso.it*).

(16) Se così non fosse, infatti, il giudice specializzato sarebbe costretto a dichiarare la propria incompetenza con conseguente onere di riassunzione della parte dinanzi al tribunale ordinario.

(17) Cass., 13 marzo 2017 n. 6430 (*Foro it.*, 2017, I, 2413).

*ping* volte a privare strumentalmente il giudice specializzato di competenze (inderogabili) a lui attribuite dalla legge (18), appare non del tutto soddisfacente sotto il profilo del più volte enunciato principio di concentrazione delle tutele del minore in capo ad un unico giudice e comunque esorbitante rispetto allo stesso tenore letterale dell'art. 38 disp. att. che sembra subordinare l'operatività della competenza per attrazione del tribunale ordinario al solo fatto della pendenza di un giudizio sulla crisi matrimoniale o *ex art.* 316 cod. civ., prescindendo da ogni profilo temporale di prevenzione di detto giudizio rispetto a quello instaurato dinanzi al giudice specializzato.

Per quanto attiene, invece, al requisito di natura soggettiva richiesto dalla norma non può farsi a meno di notare come il chiaro (sotto questo aspetto) riferimento alla identità di parti dovrebbe a rigore condurre ad **escludere l'operatività della *vis atractiva*** tutte le volte in cui non vi sia **coincidenza soggettiva** nei due giudizi in quanto, a mero titolo esemplificativo, il provvedimento sulla responsabilità, in pendenza di un giudizio di separazione o divorzio, sia stato richiesto non dal genitore ma dal pubblico ministero o dai parenti del minore stesso, a ciò legittimati dall'art. 336 cod. civ. Da questo punto vista la previsione trova la sua ragion d'essere nel fatto che le uniche parti legittimate a promuovere un provvedimento di separazione o divorzio sono i coniugi, laddove nei procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale è prevista una legittimazione concorrente dei genitori, dei parenti del minore e dello stesso pubblico ministero, ai sensi dell'art. 336 cod. civ.

Mentre nessun dubbio si è posto allorché l'**azione sulla limitazione o decadenza della responsabilità** sia stata **promossa dai parenti**, essendo certamente esclusa l'operatività della *vis atractiva* per carenza del requisito dell'identità di parti, attesa l'impossibilità per tali soggetti di intervenire nel giudizio sulla crisi familiare, la questione si è posta in termini meno scontati allorché sia stato il **pubblico ministero** a proporla, in ragione del fatto che questi è interveniente necessario *ex art.* 70, 1° comma, n. 2, cod. proc. civ. nei procedimenti di separazione e divorzio.

---

(18) IMPAGNATIELLO, *Profili processuali della nuova filiazione. Riflessioni a prima lettura sulla legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Nuove leggi civ. comm., 2013, 721)*.

Pertanto, ove il medesimo abbia promosso la domanda *ex art.* 330 o 333 cod. civ. nell'interesse del minore, dinanzi al giudice specializzato, la giurisprudenza di merito ha talvolta ritenuto integrato il requisito della **identità di parti** richiesto dalla norma e conseguente ammesso l'operatività della *vis atractiva* in favore del tribunale ordinario dinanzi al quale pendeva il giudizio di separazione (19).

In tali casi, peraltro, la soluzione individuata sul piano pratico per consentire la trattazione simultanea delle due cause è apparsa piuttosto ibrida e non del tutto in linea con il meccanismo di spostamento della competenza contemplato dalla norma, per effetto della innegabile **differenza di ruoli** che il pubblico ministero ricopre nei due procedimenti e precipuamente dell'assenza di un potere di azione di tale organo nell'ambito del giudizio sulla crisi coniugale (20).

Nel silenzio della norma è da ritenersi, infine, che la competenza del tribunale ordinario con riferimento ai procedimenti sulla responsabilità genitoriale operi anche in **pendenza dei giudizi di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio** *ex art.* 710 cod. proc. civ. e 9 legge div.

Una simile interpretazione sembra suggerita dalla constatazione che anche nel contesto di tali giudizi è ben possibile che sorga una **questione attinente l'esercizio della responsabilità genitoriale**, sicché anche in tale ipotesi si riscontrerebbe la medesima *ratio* posta a fondamento della deroga alla competenza del giudice specializzato espressamente contemplata dall'art. 38, 2° comma, disp. att. cod. civ.

In ogni caso, ove ricorrano i presupposti previsti dalla norma e si verifichi l'attuazione in capo al tribunale ordinario, la causa *ex art.* 330 o 333 cod. civ. verrà assoggettata al rito del procedimento di sepa-

---

(19) Trib. Minori Bari, decr., 21 marzo 2013 (*Foro it.*, 2014, 1128) con nota di POLISENO. Nel caso considerate dalla pronuncia menzionata alla nota precedente si trattava, in particolare, di un ricorso del pubblico ministero minorile sollecitato da un esposto della madre del minore. Il tribunale per i minorenni ha ritenuto la propria incompetenza ordinando la trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero ordinario per le dovute determinazioni da parte di quest'ultimo nell'ambito del procedimento di separazione, escludendo che il pubblico ministero minorile dovesse riassumere la causa ai sensi dell'art. 50 cod. proc. civ. dinanzi al tribunale ordinario in quanto privo della legittimazione ad agire dinanzi a tale organo.

(20) Contr., però, vedi Cass., ord., 14 ottobre 2014, n. 21633.

razione, divorzio o *ex art.* 316 cod. civ., in ragione del quale si determina lo spostamento della competenza.

3. *Il rito applicabile ai procedimenti sull'affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio.* — L'art. 38 disp. att. cod. civ. contiene una nuova disposizione al 2° comma in cui si stabilisce che «in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli art. 737 e seguenti cod. proc. civ.» che disciplinano il procedimento in camera di consiglio. Detta disposizione, che per espressa previsione della legge, a differenza di tutte le altre da essa introdotte, trova applicazione anche ai **processi pendenti** (21), si rivolge evidentemente ai soli **figli nati fuori dal matrimonio**, atteso che le controversie aventi il medesimo oggetto relative ai **figli nati da genitori coniugati** sono assoggettate alle regole previste per i giudizi di separazione e divorzio.

Sotto tale aspetto, pertanto, la norma lascia completamente immutato il sistema vigente prima della riforma, essendo i giudizi davanti al tribunale per i minorenni da sempre assoggettati alle forme del **rito camerale**, salvo che non sia previsto diversamente (22).

Il significato di una simile specificazione — che altrimenti sarebbe da ritenersi del tutto superflua — è dunque da ricercare nell'intento del legislatore di voler dissipare ogni dubbio sulla possibilità di applicare, anche ai procedimenti relativi all'affidamento e mantenimento dei figli di genitori non coniugati, ora attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, le **forme processuali dei giudizi di separazione e divorzio**, ben più garantiste rispetto a quelle camerale, in quanto fondamentalmente ricalcate sul processo ordinario di cognizione (23).

(21) Cfr. art. 4, legge 219/2012, su cui vedi *infra*, § 5.

(22) Giova segnalare che il rinvio alle forme camerale era peraltro rinvenibile nel vecchio testo della norma, ove, al 2° comma si stabiliva che «in ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio». Per questo aspetto infatti il testo dell'art. 38 disp. att. cod. civ. è stato solo lievemente ritoccato mediante l'aggiunta dell'aggettivo «competente» accanto alla parola tribunale.

(23) Cfr. le riflessioni critiche di DANOVÌ, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) «naturali»* (Corr. giur. 2013, 543); GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario* (Fam. e dir., 2013, 268).

A fronte dell'attribuzione al tribunale ordinario della competenza a conoscere delle controversie in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati da genitori non coniugati, era infatti naturale attendersi una uniformazione di tali controversie a quelle relative ai figli nati da genitori coniugati anche sotto il profilo del rito applicabile, mentre con la previsione in questione il legislatore ha voluto significare che esse, benché attribuite alla competenza del tribunale ordinario, rimangono assoggettate alle **forme dei procedimenti in camera di consiglio** ex art. 737 cod. proc. civ., sia pure con la prevista riserva di compatibilità contemplata dalla norma (24).

Questa evidente **disparità di trattamento** — sotto il profilo processuale — riservata ai figli di genitori non coniugati, ha costituito l'aspetto più discusso e contraddittorio della riforma del 2012 nella misura in cui essa non ha raggiunto l'obiettivo di una completa parificazione tra i figli (come è avvenuto, invece, sul piano della disciplina sostanziale), approdando a **soluzioni insoddisfacenti** che segnano ancora in modo evidente il divario tra figli nati fuori e all'interno del matrimonio, malgrado il dichiarato intento della legge fosse quello di unificare, ad ogni effetto, lo *status* giuridico dei figli (25).

Sulla scia di questa comune constatazione molti sono stati i dubbi di costituzionalità che si sono addensati sulla norma. Da un lato, infatti, sotto il profilo della violazione degli art. 24 e III Cost. è stato evidenziato come l'utilizzazione del **procedimento camerale**, caratterizzato dalla assenza di predeterminazione legale delle modalità di svolgimento del processo che risultano rimesse in larga parte alla discrezionalità del giudice sarebbe del tutto **inadeguato alla tutela di**

---

(24) TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali* (Fam. e dir., 2013, 259) il quale, peraltro, ritiene che la riserva di compatibilità contenuta nel 2° comma dell'art. 38 disp. att. cod. civ. consentirebbe pur sempre di ritenere che ai giudizi sull'affidamento e mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio si applichino le forme dei procedimenti camerale-contenziosi e non quelle c.d. «pure».

(25) Si veda, in proposito, l'art. 315 cod. civ. in cui si trova consacrato il principio che rappresenta il manifesto della riforma, secondo il quale «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Si badi, peraltro, che la discussa disposizione in commento non è stata in alcun modo modificata dal successivo d.lgs. 154/2013, benché lo stesso decreto abbia portato a compimento il processo di parificazione della disciplina sostanziale sulla filiazione che era stato intrapreso dalla legge 219/2012.

**diritti soggettivi** come quelli coinvolti nelle controversie in questione, risolvendosi, in definitiva, in un **deficit di garanzie** difensive intollerabile (26), dall'altro, sotto il profilo della violazione dell'art.3 Cost. è stata evidenziata la irragionevole disparità di trattamento che viene a crearsi tra situazioni soggettive identiche, atteso che i medesimi diritti godono di un regime di garanzie processuali del tutto sperequato, in quanto solo nel caso di controversie concernenti l'affidamento o il mantenimento di figli di genitori coniugati le **forme processuali** saranno quelle della **cognizione ordinaria** (27).

La strutturale inadeguatezza del procedimento camerale alla tutela di diritti fondamentale quali quelli qui considerati, in assenza di una declaratoria di incostituzionalità della norma pur fortemente auspicata, ha indotto molti interpreti a colmare in via interpretativa le **lacune di tale modello processuale**, rendendolo quanto più possibile somigliante — sotto il profilo delle garanzie del diritto di difesa — a quello *ex art. 706 e segg.* riservato sino ad ora ai figli di genitori coniugati.

La prima questione che si è posta all'attenzione dell'interprete, nel silenzio della norma, è stata quella concernente la corretta individuazione del **giudice territorialmente competente** a conoscere di tali controversie. L'applicazione della regola del foro generale delle persone fisiche *ex art. 18 cod. civ.*, che individua il giudice competente in quello del **luogo di residenza o domicilio del convenuto**, per quanto richiamata, sia pure in via sussidiaria, rispetto a quella dell'ultima residenza dei coniugi dall'art. 706 cod. proc. civ. per i giudizi di separazione, nei quali si discute anche dell'affidamento e mantenimento della prole, non è sembrata una scelta pienamente calibrata sull'interesse del minore.

Detto criterio, infatti, avrebbe come scopo precipuo quello di agevolare il **diritto di difesa del genitore convenuto** con il rischio peraltro di possibili condotte ostruzionistiche da parte di quest'ultimo nei confronti dell'altro genitore (28).

(26) In argomento v. PROTO PISANI, *La giurisdizionalizzazione dei processi minorili c.d. de potestate* (*Foro it.*, 2012, V, 71 e segg.).

(27) GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario* (*Fam. e dir.*, 2013, 268).

(28) GRAZIOSI, *cit.* alla nota prec., pag. 270.

È apparso dunque più rispondente all'interesse del minore il criterio della **dimora abituale**, volto a radicare la competenza del tribunale nel luogo ove il minore ha una **permanenza stabile** e non occasionale, escludendosi che possano assumere rilievo a tale fine la mera residenza anagrafica o trasferimenti solo temporanei del medesimo minore che potrebbero rappresentare meri espedienti del genitore — questa volta convivente — per ostacolare la insaturazione di un giudizio *ex art. 316 cod. civ.* (29).

Da sempre, infatti, la giurisprudenza ha affermato l'opportunità di individuare e radicare la competenza in ordine alle questioni che riguardano l'affidamento e il mantenimento dei figli di genitori non coniugati in capo al **giudice «di maggiore prossimità»** ossia a quello di **residenza effettiva ed abituale del minore** (30), al di là delle risultanze anagrafiche, essendo quest'ultimo in grado di individuare in maniera più appropriata gli strumenti necessari ad accertare le reali condizioni di vita del minore stesso (31).

In ogni caso il **tribunale territorialmente competente** giudicherà in composizione collegiale ai sensi dell'art. 50-*bis* cod. proc. civ., ult. comma che richiama espressamente i procedimenti in camera di consiglio. Stando al tenore della norma, quindi, la **trattazione e la decisione** delle controversie in tema di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio dovrebbe essere interamente **collegiale**.

---

(29) Cass., 4 dicembre 2012, n. 21750. Successivamente le sezioni unite, con la sentenza 28 maggio 2014, n. 11915, hanno ribadito che il criterio della dimora abituale va individuato in base a criteri oggettivi e che il trasferimento del minore in un altro luogo di residenza avvenuto da poco tempo non è idoneo a radicare la competenza del tribunale della nuova destinazione, tenuto conto dell'età del fanciullo (nel caso di specie, il minore aveva vissuto a Cuba sino al 23 aprile del 2012; il ricorso era stato presentato al Tribunale per i minorenni di Genova, il 14 giugno 2012).

(30) Cass., ord., 15 novembre 2017, n. 27153, la quale ha chiarito come il luogo di residenza del minore si identifica in quello in cui «costui ha consolidato, consolida o potrà consolidare una rete di affetti e relazioni, tali da assicurare un armonico sviluppo psicofisico, sicché nei casi di recente trasferimento, occorre una prognosi sulla probabilità che la nuova dimora diventi 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 genitoriale».

(31) Cass., 23 gennaio 2003, n. 1058; Trib. Milano, 14 febbraio 2013.

Al riguardo, tuttavia, vi è da dire che, al fine di evitare che il giudizio subisca un inevitabile appesantimento per effetto della presenza costante del collegio per tutto il corso di esso, la prassi si è orientata nel senso di demandare al **giudice relatore** nominato ai sensi dell'art. 738, 1° comma, cod. proc. civ., tutte le fasi del procedimento che non comportino l'esercizio di poteri decisori (32), riservando invece al collegio tutte le decisioni sul merito della controversia.

Come già detto la scarna (se non inesistente) disciplina del modello camerale lascia comunque alla **discrezionalità del giudice** di determinare tempi e modalità di svolgimento del giudizio sin dalla fase introduttiva, non essendo in alcun modo prevista una prima udienza nella quale il giudice debba sentire le parti o procedere al tentativo di conciliazione ad *instar* di quanto previsto nell'art. 708 cod. proc. civ., anche se nulla vieta che si proceda in tal senso (33).

---

(32) In argomento v. CEA, *Trasferimento del contenzioso dal giudice minorile al giudice ordinario ex legge 219/2012. Proposta organizzativa del presidente della prima sezione civile* (*Foro it.*, 2013, I, 118). Si tratta, in estrema sintesi, del potere di direzione dello svolgimento della prima udienza, della segnalazione al collegio di eccezioni rilevabili d'ufficio o della raccolta di prove ammesse dal collegio. In argomento cfr. Trib. Varese, 23 gennaio 2013 (*ilcaso.it*).

(33) Così LUPOLI, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1311). È evidente, peraltro, che nel caso di specie non si pone una questione di conciliazione dei coniugi in senso proprio perché non vi è un vincolo da tutelare, trattandosi piuttosto della regolamentazione dei rapporti tra genitori e figlio, tuttavia una soluzione concordata tra i genitori su questi aspetti rappresenterebbe pur sempre una soluzione ottimale della controversia. In tale ottica, infatti, alcuni tribunali, come quello di Milano, hanno individuato dei correttivi per rimodellare il giudizio camerale sulla falsa riga di quello che si svolge nel contesto dei procedimenti di separazione o divorzio, prevedendo, fra l'altro, una fase preliminare con finalità conciliativa per favorire il raggiungimento di una soluzione condivisa tra i genitori. In particolare si prevede che il Presidente del collegio debba valutare preliminarmente se esistono o meno i presupposti per procedere ad una conciliazione (c.d. «primo filtro»). In caso di valutazione negativa provvederà a fissare direttamente udienza dinanzi al collegio, mentre ove stimi la controversia conciliabile fissa un termine entro il quale il ricorrente deve procedere alla notifica del ricorso e al contempo assegna al resistente un termine per la costituzione in giudizio. Una volta scaduti detti termini il fascicolo viene trasmesso al giudice relatore che valuterà ulteriormente i presupposti per procedere alla conciliazione (c.d. «secondo filtro»). Ove peraltro non ritenga utile procedere in tal senso riferirà al collegio il quale fisserà

Un problema alquanto delicato che si è posto in questo contesto è quello concernente la possibilità di adottare da parte del collegio **provvedimenti provvisori e urgenti** nell'interesse della prole all'esito della prima udienza, analoghi a quelli presidenziali *ex art. 708, 2° comma, cod. proc. civ.*

Non potendosi rinunciare all'adozione di tali misure urgenti nell'ambito delle controversie qui considerate, essendo le stesse indispensabili per garantire la **effettività della tutela** del minore nelle more del giudizio (34), da più parti è stata prospettata l'applicazione analogica dell'art. 710, 3° comma, cod. proc. civ. che contempla l'adozione di provvedimenti provvisori all'interno dei procedimenti di revisione delle condizioni di separazione o dell'art. 336, 3° comma, cod. civ., che, nel contesto dei procedimenti *de potestate*, consente al tribunale di adottare provvedimenti temporanei nell'interesse del minore in caso di urgente necessità (35).

In questo senso le disposizioni appena citate sono dunque state ritenute espressione di un generale potere del giudice chiamato a decidere in ordine all'affidamento e mantenimento dei minori di adottare provvedimenti provvisori nel loro interesse, pur in assenza di una specifica norma al riguardo.

In alternativa alle soluzioni appena indicate si è comunque prospettato il ricorso alla tutela d'urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.* — pur trattandosi di un norma la cui applicazione nel processo di famiglia è stata da sempre alquanto dibattuta — affermandosi per contro che non vi sarebbe alcuna ragione ostativa all'applicazione della **tutela cautelare d'urgenza ante causam** in questo ambito dato che il diritto del minore

---

direttamente udienza dinanzi a sé (Cfr. il Protocollo sul rito c.d. «partecipativo» elaborato dal Tribunale di Milano).

(34) Con riferimento al previgente art. 317-bis cod. civ. la giurisprudenza aveva infatti già riconosciuto che all'interno del rito camerale *ex art. 737 cod. proc. civ.* fosse certamente ammissibile una statuizione interinale sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata e *more communitario* del combinato disposto degli art. 38 disp. att. cod. civ. e 737 cod. proc. civ., stante il prevalente interesse del minore ad ottenere una immediata regolamentazione dei suoi rapporti con i genitori: Trib. Milano, 25 gennaio 2013 (*ilcaso.it*).

(35) CEA, *Profili processuali della legge 219/2013* (*Giusto proc. civ.*, 2013, 217); DE MARZO, *Novità legislative in tema di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali* (*Foro it.*, 2013, V, 15).

sarebbe comunque suscettibile di subire quel pregiudizio grave e irreparabile richiesto per l'azionabilità della tutela d'urgenza (36).

Per ciò che concerne l'istruttoria nell'ambito del procedimento camerale la scarna disposizione di cui all'art. 738, 3° comma, cod. proc. civ. si limita semplicemente a prevedere il **potere del giudice di assumere informazioni**. Tale disposizione deve essere tuttavia integrata con quanto disposto dall'art. 337-*octies* cod. civ. (nel quale, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 154/2013, risulta trasfuso il testo del previgente art. 155-*sexies* cod. civ.) che si riferisce in modo specifico all'istruttoria da compiersi prima della emanazione dei provvedimenti sull'affidamento e mantenimento dei minori. In considerazione del fatto che l'argomento verrà affrontato *ex professo* in altra sede di questo volume (37), è qui sufficiente sottolineare che il giudice in tale contesto gode di ampi **poteri ufficiosi** con la conseguenza che, da un lato, egli potrà chiedere alle parti qualsiasi informazione necessaria concernen-

(36) GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario* (Fam. e dir., 2013, 273), il quale afferma che in tali casi l'ammissibilità del ricorso *ex art.* 700 cod. proc. civ. è da ritenersi *in re ipsa*, anche e soprattutto per imprescindibili ragioni di equiparazione degli strumenti di tutela giurisdizionale di cui godono i figli c.d. «matrimoniali» all'interno dei giudizi di separazione e divorzio. In senso fondamentalmente analogo DANOVI, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli non più naturali* (Corr. giur., 2013, 543). In questa prospettiva, peraltro, si ritiene che il provvedimento emesso a seguito del ricorso *ex art.* 700 cod. proc. civ. sia reclamabile *ex art.* 669-*terdecies* cod. proc. civ., nonché revocabile e modificabile nell'ambito del procedimento camerale *ex art.* 669 *decies* cod. proc. civ.

Contro tale ultima possibilità vedi, tuttavia, App. Milano, 1° ottobre 2014; App. Bologna, 23 febbraio 2015 che hanno dichiarato inammissibile il reclamo proposto avverso provvedimenti provvisori pronunciati dal tribunale in composizione collegiale nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto l'affidamento e il mantenimento di figli nati fuori dal matrimonio in quanto privi del carattere della decisorietà e della definitività. Si tratta di un orientamento che tuttavia non può essere condiviso in quanto approda ad una conclusione che — tenuto conto della reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ai sensi dell'art. 708, ult. comma, come modificato dalla legge 54/2006 [su cui vedi D'ALESSANDRO, *I provvedimenti relativi alla prole. Aspetti processuali*, in PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai figli*, in questo *Commentario*, sub art. 155, pag. 152 e segg.] — non fa che accrescere del tutto irragionevolmente il divario tra figli nati fuori e all'interno del matrimonio sul piano della tutela giurisdizionale.

(37) V. *infra*, ROMANO, sub art. 337-*octies*.

te l'affidamento o il mantenimento dei figli, senza essere in ciò vincolato dalle richieste formulate dalle parti e, dall'altro, che non sono configurabili **preclusioni** in senso tecnico in capo a queste ultime, essendo l'attività istruttoria sorretta dal **principio inquisitorio** (38).

Non vi è dubbio, inoltre, che, ai sensi del nuovo art. 315-bis cod. civ. il minore che abbia compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore ove capace di discernimento, abbia il **diritto di essere ascoltato** trattandosi di procedimenti che lo riguardano direttamente, a meno che il giudice ritenga di non procedere a tale audizione — dandone atto con decreto motivato — ove la ritenga contraria all'interesse del minore stesso o manifestamente superflua (39).

Una volta conclusa l'istruttoria, il modello camerale non contempla lo svolgimento di una udienza di precisazione delle conclusioni, né la fissazione di un termine per le parti per poter depositare comparse conclusionali o memorie di replica, con la conseguenza che queste ultime non potranno fare altro che richiamarsi ai loro scritti difensivi introduttivi. Al fine di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa si è peraltro correttamente osservato che nei casi in cui l'istruttoria ha avuto uno svolgimento complesso, alle parti deve essere comunque data la possibilità di precisare le loro difese mediante **deposito di scritti conclusivi** entro un termine appositamente stabilito o mediante discussione orale davanti al collegio (40).

Il procedimento si conclude con **decreto motivato** che, in deroga alla regola generale di cui all'art. 741, 1° comma, cod. proc. civ., è **immediatamente esecutivo**, in virtù della nuova disposizione contenuta

(38) L'art. 337-octies cod. civ. prevede, infatti, che il giudice può assumere ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova, mentre lo stesso art. 337-ter cod. civ. che qui si commenta, replicando quanto già disposto dal previgente art. 155 cod. civ., prevede la possibilità che il giudice, in vista dei provvedimenti concernenti il mantenimento del minore, possa disporre un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi, ove in giudizio si assuma che detti beni, malgrado l'intestazione al terzo, siano da ricondursi al patrimonio di uno dei due genitori.

(39) Per una riflessione approfondita delle delicate questioni che si pongono in ordine al potere discrezionale del giudice di disporre o meno l'ascolto v. *infra sub* art. 337-octies.

(40) Così LUPOL, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario* (Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, 1313).

nel nuovo 3° comma dell'art. 38 disp. att. cod. civ., secondo la quale i provvedimenti relativi ai minori sono immediatamente esecutivi, «salvo che il giudice disponga diversamente».

Tale previsione viene in tal modo a risolvere una grave lacuna normativa del procedimento camerale che non consentiva ai provvedimenti sull'affidamento e il mantenimento della prole nata da genitori non coniugati l'immediata esecutività di cui invece erano muniti gli analoghi provvedimenti emessi in sede di separazione e di divorzio a favore dei figli c.d. «legittimi», eliminando finalmente tale (ulteriore) ingiustificata disparità di trattamento tra diritti sostanziali di uguale rango e contenuto.

Prima della novella dell'art. 38 disp. att. cod. civ. il problema del riconoscimento della generale efficacia esecutiva dei provvedimenti relativi alla prole — e precipuamente di quelli concernenti il mantenimento pronunciati dal tribunale per i minorenni — pur sottoposto all'esame della **Corte costituzionale** sotto il profilo della ritenuta illegittimità costituzionale della legge 54/2006 nella parte in cui non prevedeva l'efficacia esecutiva di tali statuizioni, era stato sostanzialmente eluso dal giudice delle leggi adducendo la mancata prospettazione da parte del remittente di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata (41).

La giurisprudenza, peraltro, con qualche forzatura, era comunque giunta a riconoscere l'**efficacia esecutiva** di tali provvedimenti ricavandola dai principi costituzionali e da quelli contenuti nelle convenzioni internazionali che tutelano l'interesse del minore (42).

Per effetto della nuova disposizione, pertanto, il decreto con il quale il tribunale decide sull'affidamento o mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio costituisce **titolo esecutivo**, anche se viene fatto salvo il potere del giudice di decidere diversamente, attribuendo al decreto un diverso regime di efficacia (43).

---

(41) Corte cost., 20 novembre 2009, n. 310 (*Fam. e dir.*, 2010, 449 e segg.) con nota di LAI, *La Corte costituzionale (non) si pronuncia sull'efficacia di titolo esecutivo delle statuizioni sul mantenimento adottate dal giudice minorile*.

(42) Trib. min. Milano, decr., 14 dicembre 2007 (*Foro it.*, Rep. 2010, voce *Tribunale minorenni*, n. 33); Trib. min. Catania, decr., 23 maggio 2008 (*Foro it.* 2008, I, 3111); Trib. min. Roma, 29 maggio 2008 (*Fam. min.*, 2008, 97).

(43) Questo inciso della norma ha sollevato qualche perplessità nella misura in cui il potere di inibire l'efficacia esecutiva del decreto avrebbe dovuto essere sem-

Vale la pena dar conto, inoltre, delle numerose incertezze interpretative che si erano manifestate in giurisprudenza con riferimento ai **decreti di natura patrimoniale** pronunciati in sede di revisione delle condizioni di separazione *ex art. 710 cod. proc. civ.*, riscontrandosi, all'interno della giurisprudenza di legittimità, un orientamento che negava a tali decreti l'efficacia esecutiva in forza di quanto disposto dall'art. 741 cod. proc. civ. (44) e un altro che, invece, in senso diametralmente opposto, affermava tale efficacia, escludendo che ai provvedimenti in questione si applicasse il **differimento dell'efficacia esecutiva** previsto dalla citata norma sul rito camerale (45).

Fortunatamente la questione ha trovato una soluzione definitiva a seguito della recente pronuncia delle sezioni unite del 26 aprile 2013 che ha riconosciuto l'**immediata efficacia esecutiva** dei provvedimenti camerali pronunciati nell'interesse della prole all'interno dei procedimenti di separazione e divorzio (46).

Il decreto che definisce il giudizio sull'affidamento o mantenimento del minore, oltre ad essere in ogni tempo **modificabile e revocabile** dallo stesso tribunale che lo ha emesso, è reclamabile nel termine di dieci giorni dalla sua comunicazione (o notificazione se dato nei confronti di più parti), ai sensi dell'art. 739, 2° comma, cod. proc. civ.

Non vi è invece alcuna previsione, all'interno delle disposizioni che disciplinano il procedimento in camera di consiglio, in ordine alla possibilità di impugnazione del decreto emesso dalla corte d'appello in sede di reclamo.

Come noto, peraltro, la giurisprudenza di legittimità ha sempre ritenuto che detto provvedimento sia **impugnabile con ricorso per cassazione**, ai sensi dell'art. III Cost., sebbene limitatamente alla parte contenente i provvedimenti di natura economica, e non anche per

---

mai riconosciuto — in presenza di gravi e fondati motivi — al giudice del reclamo, analogamente a quanto avviene con riferimento alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 283 cod. proc. civ. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali* (Fam. e dir., 2012, 260).

(44) Cass., 27 aprile 2011, n. 9373 (Foro it., 2011, I, 3058).

(45) Cass., 20 marzo 2012, n. 4376 (Foro it., 2012, I, 1010).

(46) Cass., sez. un., 26 aprile 2013, n. 10064 (Corr. giur., 2014, 632 e segg.) con nota di LUPOI, *Un contrasto risolto: i provvedimenti di modifica delle condizioni del divorzio o della separazione sono provvisoriamente esecutivi*.

la parte relativa ai provvedimenti sull'affidamento. E ciò sia con riferimento ai decreti pronunciati nell'interesse dei minori nati fuori dal matrimonio, che per quelli emessi in favore dei figli di genitori coniugati, nel contesto dei giudizi di separazione e divorzio, affermandosi, in proposito, che solo i **provvedimenti economici** sarebbero idonei ad incidere su diritti soggettivi, laddove, invece, gli altri, sebbene emessi nell'interesse del minore, ricadrebbero nell'area della giurisdizione volontaria e pertanto sarebbero insindacabili con il ricorso straordinario in Cassazione (47).

Di recente, tuttavia, la suprema Corte ha inaugurato un nuovo indirizzo riconoscendo che il decreto in questione ha natura sostanziale di sentenza e dunque è munito del carattere della **decisorietà e definitività** con la conseguenza che lo stesso può essere impugnato per cassazione *ex art. III Cost* (48).

4. *Gli strumenti di garanzia a tutela delle obbligazioni alimentari e di mantenimento.* — In uno scenario piuttosto variegato come quello sopra descritto, in cui permangono ancora ampie zone di disomogeneità tra figli nella disciplina dei procedimenti che li riguardano, suscita sicuramente grande apprezzamento la disposizione contenuta nell'art. 3, 2° comma, legge 219/2012 con la quale viene previsto,

(47) Cfr. *ex plurimis*, Cass., 13 settembre 2012, n. 15341 (*Fam. e dir.*, 2013, 586) Cass., 4 aprile 2011, n. 7609; Cass., 8 aprile 2008, n. 9042 (*Foro it.*, 2008, I, 2532) con nota di CASABURI; Cass., 23 novembre 2007, n. 24423 (*Giur. it.*, 2008, 1663).

(48) Cass., 26 marzo 2015, n. 6132 (*Foro it.*, 2015, I, 1542) con nota di CASABURI, che riferisce il requisito della decisorietà alla circostanza che il decreto risolve comunque contrapposte pretese di diritto soggettivo, e quello della definitività al fatto che lo stesso è dotato di una efficacia assimilabile, *rebus sic stantibus*, a quella del giudicato. In senso analogo Cass., 7 maggio 2015, n. 9203. Il nuovo indirizzo si pone così in linea con quanto osservato dalla dottrina a seguito dell'introduzione del nuovo art. 315-bis cod. civ. circa la sussistenza di un vero e proprio diritto del minore ad essere mantenuto ed educato dai genitori. Sul punto v. spec. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario* (*Fam. e dir.*, 2013, 273), il quale dubita che a seguito dell'introduzione di tale norma sia possibile ancora sostenere che i provvedimenti sull'affidamento dei minori, in quanto destinati ad incidere direttamente su tali diritti, siano semplici misure di giurisdizione volontaria. In senso fondamentalmente analogo CECHELLA, *Il rito camerale delle controversie di famiglia dopo la riforma*, in CECHELLA e PALADINI (a cura di), *La riforma della filiazione*, pag. 106.

per la prima volta, un sistema di regole *ad hoc* per l'attuazione dei **provvedimenti patrimoniali** concernenti gli **alimenti** e il **mantenimento della prole**.

La nuova disposizione, infatti, generalizza, estendendoli anche ai figli nati fuori dal matrimonio, quelle **garanzie** sino ad oggi riservate solo ai figli nati all'interno dell'unione coniugale dalla disciplina dei giudizi di separazione e divorzio (art. 156 cod. civ. e 8 legge div.), segnando così un importante traguardo verso una piena equiparazione dei figli sul piano delle tutele.

In tal modo il legislatore, oltre ad aver garantito, in via generalizzata, l'accesso al processo esecutivo a seguito di un provvedimento in materia di alimenti e mantenimento del minore (sia esso nato all'interno che fuori del matrimonio) ha anche previsto un sistema di garanzie per l'attuazione di tali diritti, a prescindere ed al di fuori del processo esecutivo, in modo più efficace e più rapido (49).

Al riguardo, peraltro, occorre subito evidenziare che la norma si dirige indistintamente alla prole, con la conseguenza che, su un piano di stretta interpretazione, essa risulta applicabile a tutti i figli compresi quelli nati nel matrimonio, benché per essi — come si diceva — sono già previste misure analoghe all'interno dei giudizi di separazione e divorzio.

Tale sovrapposizione di discipline ha tuttavia creato un evidente problema di coordinamento, facendo comprensibilmente sorgere negli interpreti l'interrogativo se la norma abbia abrogato, sia pure tacitamente, le disposizioni sussistenti in materia o se invece si sia semplicemente aggiunta a queste.

Sul punto si è correttamente osservato che tra le due opzioni indicate la seconda sembra in effetti quella da preferire, atteso che la stessa disposizione in oggetto fa espresso richiamo alle norme contenute nella legge sul divorzio.

Dette ultime norme, pertanto, dovrebbero continuare a rimanere in vigore, salva l'ipotesi di **manifesta incompatibilità** con la nuova

---

(49) Sul punto si è osservato come gli strumenti previsti dalla norma in questione mirino piuttosto ad evitare o prevenire il processo esecutivo, restando quindi ben distinti da esso: DE SANTIS, *Profili attuali delle tutele speciali dei crediti di mantenimento* (*Giusto proc. civ.*, 2013, 58).

normativa (50), malgrado non possa farsi a meno di notare che la prima opzione sarebbe stata senz'altro più in linea con lo spirito della riforma del 2012 che intendeva, quanto meno in linea di principio, eliminare in via definitiva i particolarismi e le differenziazioni sussistenti nella disciplina riguardo ai figli (51).

L'art. 3, 2° comma, della legge 219/2012, riproducendo con piccole varianti il contenuto degli art. 156 cod. civ. e 8 legge div., prevede **tre strumenti** per garantire l'attuazione delle obbligazioni alimentari e di mantenimento nei confronti dei figli, attribuendo, in particolare, al giudice il potere di *a*) imporre al genitore obbligato la prestazione di una **idonea garanzia reale o personale** qualora sussista il pericolo che lo stesso si sottragga all'inadempimento degli obblighi patrimoniali (52); *b*) disporre il **sequestro dei beni dell'obbligato** al fine di assicurare che siano soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento di detti obblighi, secondo quanto previsto dall'art. 8, 7° comma legge div. (53); *c*) **ordinare ai terzi**, tenuti a corrisponde-

(50) Così TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione. i profili processuali* (Fam. e dir., 2013, 260).

(51) Cfr. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in Id. (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, pag. 270, il quale, peraltro, osserva come sarebbe difficile ipotizzare che una legge generale sopravvenuta quale è da ritenersi l'art. 3, legge 219/2012 possa abrogare due norme speciali come gli art. 156 cod. civ. e 8 legge div.

(52) La disposizione, per questo aspetto, riproduce pressoché invariato il contenuto degli art. 156, 4° comma, e 8, 1° comma, legge div. anche se, come si è opportunamente notato, lascia comunque impregiudicati i dubbi interpretativi sorti in relazione a dette norme per quanto concerne, in particolare, la necessità o meno di una specifica domanda da parte del creditore e la loro attuazione. Per questi rilievi v. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione. i profili processuali* (Fam. e dir., 2013, 261).

(53) Il richiamo a tale disposizione della legge sul divorzio implica che il sequestro possa essere concesso anche in presenza di un mero pericolo di inadempimento dell'obbligato, ossia senza che esso si sia ancora verificato e con riferimento a tutti i beni dell'obbligato. Sotto tale profilo, dunque, si pone il problema del coordinamento con l'art. 156 6° comma cod. civ. che invece subordina la concessione della misura all'inadempimento dell'obbligato limitandola al contempo ad una parte soltanto dei beni dello stesso. Stante la specialità di tale ultima previsione, che non può ritenersi abrogata dalla nuova disposizione avente carattere generale, deve ritenersi tuttavia che essa continui a trovare applicazione per i giudizi di separazione giudiziale. In tal senso v. POLISENO, *Competenza e rito in materia di filiazione* (*Giusto proc. civ.*, 2013, 575).

re **somme di danaro all'obbligato**, anche periodicamente, di pagare direttamente tali somme agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'art. 8, 2° comma, legge div.

Delle tre misure sopra descritte, l'ultima è sicuramente quella che ha destato maggiori perplessità per la evidente contraddittorietà del richiamo da essa operato all'art. 8 legge div. il quale, come noto, prevede la possibilità che l'*ex* coniuge, dopo aver costituito in mora l'**obbligato che sia inadempiente** per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il titolo esecutivo direttamente al terzo tenuto a corrispondere periodicamente somme di danaro al coniuge obbligato, con l'invito a versargli direttamente le somme dovute dandone comunicazione allo stesso coniuge inadempiente, senza in alcun modo contemplare un ordine del giudice al riguardo.

La evidente discrasia di contenuto sussistente tra due disposizioni sopra richiamate costringe l'interprete a percorrere due possibili opzioni: *i*) o ritenere la disposizione contenuta nell'art. 8, 2° comma, legge div. di fatto inapplicabile, malgrado il rinvio ad essa contenuto nella norma o *ii*) considerare il previsto ordine del giudice come non necessario per la concessione della misura, considerandolo in sostanza come il frutto di un difetto di coordinamento del legislatore con la norma richiamata.

Quest'ultima soluzione, che privilegia la *ratio ispiratrice* della norma rispetto al suo tenore letterale, sembra sicuramente da preferire, tenuto conto che il richiamo all'art. 8 della legge div. non può avere altro significato che quello di estendere ai figli nati fuori dal matrimonio il meccanismo di soddisfazione diretta così come previsto da tale articolo, dovendosi altrimenti ritenere che la norma abbia voluto (insensatamente e contrariamente allo spirito che la ha animata) discriminare questi ultimi sul piano della tutela rispetto ai figli nati all'interno del matrimonio (54).

---

Quanto alla natura del provvedimento di sequestro contemplato nella norma si è escluso che esso abbia finalità propriamente cautelari ritenendosi pertanto inapplicabile la disciplina del procedimento cautelare uniforme: GRAZIOSI, in ID. (a cura di), *I processi di separazione e divorzio*, pag. 285 e segg. Contr. v. Cass., 2 febbraio 2012 n. 1518 (*Foro it.*, 2012, I, 1467) con nota di DE MARZO, che invece afferma la natura cautelare del provvedimento in questione.

(54) Trib. Milano, 23 aprile 2013; Trib. Mantova, 18 febbraio 2016. Anche la dottrina, già all'indomani della entrata in vigore della norma ne aveva sottolineato

Resta peraltro da evidenziare come gli ultimi due strumenti contemplati dall'art. 38 disp. att. cod. civ., ossia il sequestro e l'ordine di pagamento al terzo — a differenza di quanto previsto dagli art. 156, 6° comma e 8, 7° comma, legge div. con riferimento alle medesime misure — non contempla l'istanza di parte, lasciando quindi supporre che ad esse **il giudice possa provvedere d'ufficio**.

L'ultimo periodo del 2° comma dell'art. 3 legge 219/2012 contiene, infine, una disposizione particolarmente innovativa secondo la quale «i provvedimenti definitivi sono titoli idonei per iscrivere ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 cod. civ.».

Il riferimento a tale peculiarità del provvedimento, da intendersi come **idoneità dello stesso a definire il procedimento** (55) e non già come impossibilità di impugnarlo con i rimedi ordinari, benché all'apparenza possa apparire ridondante in considerazione della indiscussa idoneità delle sentenze di separazione e divorzio a costituire titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (*ex art. 156, 5° comma, cod. civ. e 8, 2° comma, legge div.*), si rivela, in realtà, di grande utilità, in quanto attribuisce gli stessi effetti previsti per dette sentenze a tutti i provvedimenti di carattere patrimoniale in favore della prole, purché dotati di tale caratteristica (56).

Quanto al presupposto operativo in presenza del quale è possibile procedere all'**iscrizione della ipoteca** si ritiene che nel silenzio della norma l'utilizzo della garanzia in questione debba comunque intendersi subordinato al rischio di inadempimento dell'obbligato, conformemente a quanto previsto dall'art. 8, 2° comma, legge div. (57).

---

la evidente contraddittorietà ritenendola frutto di un errore: GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Id.* (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, pag. 269.

(55) Conseguentemente resta escluso che l'ipoteca in questione possa essere iscritta sulla base dei provvedimenti temporanei e urgenti emessi nell'interesse della prole nel contesto dei procedimenti di separazione e divorzio.

(56) Si è così riconosciuto che l'ipoteca *ex art. 2818 cod. civ.* possa essere iscritta anche sulla base del decreto camerale con il quale il tribunale decide in merito al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, trattandosi di provvedimento definitivo: Trib. Bologna, 29 giugno 2012 (*Fam. pers. succ.*, 2012, 634 e segg.).

(57) Tale disposizione prevede, infatti, che il giudice possa imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale «ove ravvisi pericolo nell'adempimento».

5. *La disciplina transitoria.* — Merita infine un breve cenno l'analisi delle disposizioni transitorie contenute nell'art 4 della legge 219/2012, commi 1° e 2°.

La previsione di cui al 1° comma enuncia il principio secondo il quale le disposizioni di cui all'art. 3 (concernente — come visto — la riformulazione dell'art. 38 disp. att. cod. civ. e l'introduzione degli strumenti di garanzia dei crediti alimentari e di mantenimento) si applicano esclusivamente ai **giudizi instaurati successivamente all'entrata in vigore della legge** (ossia dopo il 1° marzo 2013).

Il successivo 2° comma stabilisce, invece, che gli art. 737 e segg. cod. proc. civ. e il 2° comma dell'art. 3 (relativo alle nuove regole previste a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in favore della prole), in quanto compatibili, si applicano ai procedimenti relativi all'affidamento o mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio pendenti dinanzi al tribunale specializzato al momento alla data di entrata in vigore della legge.

Mentre non vi è alcun dubbio sul fatto che il richiamo al 2° comma dell'art. 3 ha il significato di rendere applicabili ai procedimenti pendenti dinanzi al tribunale per i minorenni gli strumenti di tutela privilegiata di cui si è detto, i quali, in assenza di tale previsione, ne risulterebbero privi, meno chiaro è apparso il richiamo agli art. 737 cod. proc. civ.

Considerato, infatti, che dinanzi a tale giudice trova da sempre applicazione il rito camerale, l'unico modo per attribuire una qualche utilità alla previsione è ritenere che il legislatore abbia voluto, a scanso di ogni equivoco, sottolineare che nei procedimenti pendenti dinanzi al giudice specializzato è **esclusa l'applicazione delle norme del processo ordinario**, proprie dei giudizi di separazione e divorzio, malgrado dette norme possano trovare applicazione in conseguenza della operatività della regola della *vis atractive* sancita dal novellato art. 38 disp. att. cod. civ. (58).

6. *L'attuazione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli. Considerazioni generali.* — Mentre il legislatore della riforma del 2012 non ha introdotto alcuna modifica al regime di impugnazione dei provvedi-

(58) Per questo aspetto v. *supra*, § 3.

menti relativi alla prole di cui agli art. 708 ult. comma cod. proc. civ. e 709 ult. comma cod. proc. civ., ha invece inserito nel 2° comma, ultima parte, dell'art. 337-ter cod. civ. un inciso dedicato all'**attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole** (59) che non era presente nel testo originario dell'abrogato art. 155 cod. civ., ora quasi integralmente trasfuso nell'articolo in commento.

La nuova previsione riproduce integralmente il testo del previgente art. 6, 10° comma, legge div. (60) stabilendo che all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole **provvede il giudice del merito**, anche d'ufficio, ove si tratti di affidamento familiare (61), in tal modo rivitalizzando una previsione che ha trovato in passato scarsa applicazione.

L'intento perseguito dal legislatore nel riprodurre nel testo dell'art. 337, 2° comma, ult. parte, cod. civ., la disposizione in questione è chiaramente quello di attribuire una **rinnovata competenza al giudice della cognizione**, ossia a quello che conosce la controversia nel cui ambito è disposto l'affidamento (62), in una materia assai delicata come quella concernente l'attuazione dei provvedimenti concernenti la prole a contenuto non patrimoniale.

Si tratta di una scelta assolutamente condivisibile considerato che tale giudice è l'unico in grado di garantire la realizzazione effettiva

(59) Con tale espressione si intende far riferimento non soltanto a quei provvedimenti che disciplinano l'affidamento in senso stretto del minore (sia esso congiunto o esclusivo) ma anche quelli che riguardano le modalità di visita del genitore non affidatario o non collocatario, le quali costituiscono il punto nevralgico nel panorama della tutela minorile dal punto di vista della garanzia della loro effettiva attuazione.

(60) Tale comma è stato infatti abrogato dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

(61) Si rammenta che l'art. 337-ter, 2° comma, cod. civ. contiene un ulteriore inciso — non presente nell'originario testo dell'art. 155 cod. civ. — che attribuisce al giudice il potere di disporre l'affidamento familiare in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori. In argomento v. *supra*, Cap. II.

(62) È questa l'interpretazione preferibile che si deve attribuire all'espressione giudice del merito contenuta nella norma. In tal senso v. A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, pag. 522. In senso contrario tuttavia MONETA, sub art. 6 legge 898/1970, in AA.VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, pag. 102, il quale ritiene, invece, che tale giudice sia quello che ha emanato il provvedimento.

dell'interesse del minore e di verificare, *in itinere*, la perdurante rispondenza del provvedimento emesso a tale interesse, eventualmente intervenendo per renderlo aderente alle mutate esigenze.

Per contro, una simile flessibilità e incisività nell'esercizio dei poteri officiosi non sarebbe ugualmente riscontrabile in capo al **giudice dell'esecuzione**, il cui potere di azione risulterebbe pur sempre limitato a quanto emergente nel titolo (63).

In questo senso la disposizione in commento può essere interpretata come il frutto di una raggiunta consapevolezza da parte del legislatore della impossibilità di assoggettare i provvedimenti concernenti la prole ai modelli e alle forme dell'esecuzione forzata, di cui al terzo libro del codice di rito (64), versandosi in una materia caratterizzata dalla natura schiettamente personale degli obblighi da adempiersi nell'interesse del minore, che mal si adatta ad essere tutelata attraverso il processo di esecuzione in senso stretto (65).

(63) CECHELLA e VECCHIOLI, *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, pag. 115 e segg.

(64) Sul piano applicativo l'attuazione dei provvedimenti in questione è stata ora ricondotta nell'alveo dell'esecuzione per consegna *ex art.* 605 e segg. cod. proc. civ. (v. per tutti, FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori*, pag. 1623 e segg.) o in quello dell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare *ex art.* 612 cod. proc. civ. (ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, pag. 327; CARPI e GRAZIOSI, in *Digesto/civ.*, voce *Procedimenti in tema di famiglia*, XIV, pag. 552). Per una analisi critica di tali soluzioni cfr. DANOVÌ, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e prospettive di riforma (Dir. pers. succ., 2002, 530 e segg.)*.

Con particolare riferimento alla dibattuta materia concernente l'attuazione degli obblighi di consegna del figlio minore vi è da dire che il laconico testo dell'art. 337-ter (come del resto quello dell'abrogata norma sul divorzio) non si presta ad interpretazioni univoche circa le modalità attraverso le quali tale obbligo può trovare concreta attuazione. Si ritiene peraltro che la disposizione in commento, avvalorata dalle tesi di chi sostiene che essa debba svolgersi sotto la direzione del giudice della cognizione nelle forme della esecuzione c.d. «breve», (ossia svincolata dal rispetto di particolari formalità e incentrata sostanzialmente sul ruolo dell'ufficiale giudiziario), piuttosto che secondo il procedimento delle due forme di esecuzione sopra richiamate. Per un'analisi approfondita di tale questione v. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Id.* (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, pag. 231 e segg.

(65) Non a caso, infatti, si è rilevato come risulti più pertinente parlare di attuazione che di esecuzione: DANOVÌ, *cit.* alla penultima nota, pag. 531.

Del resto la peculiarità dei diritti e delle correlative obbligazioni che sorgono nel contesto familiare avevano già indotto il legislatore del 2006 ad introdurre specifici **strumenti compulsori** come quelli previsti dell'art. 709-ter cod. proc. civ. (*infra*, Cap. V), aprendo la strada verso nuove forme di esecuzione indiretta sicuramente più idonee a garantire l'attuazione degli obblighi non patrimoniali in ambito familiare.

Va peraltro osservato che se per un verso il nuovo inciso introduce una chiara regola di competenza recuperando la **centralità del giudice del merito** anche per la fase di attuazione del provvedimento, per altro verso non specifica quali siano le forme del procedimento da utilizzarsi in concreto, riattualizzando i termini del dibattito sorti, *sub Julio*, con riferimento all'art. 6, 10° comma, legge div., in ordine alla perdurante possibilità di fare ricorso alle forme del **processo di esecuzione** in senso stretto (66).

Tale opzione ermeneutica, tuttavia, appare scarsamente compatibile con la *ratio* della nuova previsione che, come detto, è quella di potenziare il **ruolo del giudice della cognizione**, sicché sembra più coerente con lo spirito della riforma ritenere che tale norma non soltanto abbia introdotto una regola di competenza per l'attuazione dei provvedimenti relativi alla prole, ma abbia altresì rimesso a tale giudice il potere di determinare le modalità più idonee a tal fine (67).

---

(66) La disposizione appena richiamata era stata infatti interpretata dalla dottrina in senso restrittivo, come meramente introduttiva di una regola di competenza che lasciava impregiudicata l'utilizzabilità, ai fini dell'attuazione, delle forme proprie della esecuzione *ex art.* 605 e segg. cod. proc. civ. o 612 e segg. cod. proc. civ. In argomento v. DANOVI, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, pag. 3195.

(67) Si ritiene che in tale ambito il giudice non sia soggetto al rispetto di schemi o modelli prefissati, potendo anche fare ricorso all'ausilio dei servizi sociali. In argomento v. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione di diritti* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 115).