



Rapporti tra giudice della separazione, giudice tutelare e tribunale per i minorenni^(*)

Mauro Paladini

Avvocato e Professore associato di Diritto privato

» SOMMARIO

1. Premessa – 2. Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale sull'interpretazione della nuova disciplina – 3. La decisione della Corte di Cassazione n. 8362/2007 – 4. Le ragioni che rendono condivisibile la soluzione accolta dalla Corte di Cassazione – 5. I procedimenti relativi alle sole questioni economiche – 6. Preclusione dell'eccezione di incompetenza? – 7. Raggiungimento della maggiore età in corso di causa – 8. Proposizione di domanda riconvenzionale di modifica dell'affidamento, a fronte di domanda concernente il solo contributo economico avanti al tribunale ordinario – 9. Il procedimento ex art. 148, 2° co., c.c. e le misure coercitive ex art. 156, 6° co., c.c. – 10. Considerazioni critiche – 11. Competenza del Tribunale per i minorenni all'adozione dei provvedimenti ex art. 709 *ter* c.p.c. – 12. Violazione di misure di affidamento e mantenimento adottate dai genitori naturali consensualmente – 13. Rapporti tra provvedimenti del giudice della separazione e provvedimenti ex art. 333 c.c. – 14. La vigilanza del giudice tutelare – 15. Conclusioni

1. Premessa

Il tema che mi è stato assegnato, pur essendo strettamente processuale, mi ha permesso di esaminare i riflessi applicativi di tanti aspetti sostanziali dell'affidamento condiviso, ai quali finora si era prevalentemente rivolta la mia attenzione. Il mio intervento, quindi – come si può rilevare dagli appunti che mi sono permesso di far distribuire – si limita a considerazioni problematiche sull'effettività di tutela dei diritti dei soggetti deboli (i figli minori, in primo luogo, ma anche il genitore che non può contare sulla collaborazione dell'altro, gli ascendenti chiamati a farsi carico delle situazioni più delicate). In una materia nella quale, quindi, così delicati e fondamentali sono i diritti sostanziali delle persone coinvolte nelle vicende umane di separazione, divorzio, fine di relazioni affettive più o meno durevoli, è tanto paradossale dover constatare gli innumerevoli e intricati problemi processuali che impegnano dottrina e giurisprudenza, quanto meritorio l'obiettivo del C.S.M. di individuare quelle «prassi virtuose» che possano significare disamina compiuta delle problematiche, verifica della saggezza e dell'equilibrio della decisione, rapidità senza fretta, effettività ed efficienza senza sommarietà.

In una prospettiva strettamente pragmatica non farò alcuna allusione al consueto tema del tribunale della famiglia, sia per non cadere

nella retorica del bello e del giusto ... che non c'è, sia per una innata guardinga prudenza nei riguardi di ciò che vede apparentemente tutti d'accordo.

Non mancavano, peraltro – ben prima della riforma del 2006 – numerose voci che (impregiudicata ogni luminosa futura riforma) si limitavano ad auspicare un'indicazione legislativa nella direzione della mera concentrazione presso il Tribunale dei minori del sistema delle tutele nei riguardi dei figli naturali di coppie non coniugate, e in tal senso si è orientata la nota pronuncia della S.C., che, pur a fronte di un dato normativo non scevro di ambiguità, aveva optato per l'accentramento in capo al Tribunale dei minori della competenza a decidere sia dell'affidamento, sia della casa familiare sia del mantenimento dei figli naturali.

Prima dell'entrata in vigore della l. 8.2.2006, n. 54, la giurisprudenza aveva sancito che la competenza all'adozione dei provvedimenti riguardanti la prole naturale doveva ritenersi ripartita tra il tribunale ordinario (competente per i provvedimenti a contenuto patrimoniale, quali la determinazione del contributo economico di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare) e il tribunale per i minorenni (competente, invece, per i provvedimenti sull'affidamento dei figli e l'esercizio della potestà). Tale diversificazione di competenze era stata affermata da alcune conformi pronunce della Corte di Cassazione⁽¹⁾ e ritenuta

(*) Relazione svolta nel corso di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura dal titolo «Alla ricerca delle prassi virtuose in materia di famiglia dopo la legge n. 54 del 2006» – Roma, 7-9.3.2011.

⁽¹⁾ In particolare, Cass., sez. I, 20.4.1991, n. 4273, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 634 (richiamata anche dalla pronuncia in epigrafe) aveva affermato che la controversia concernente l'entità del contributo che un genitore naturale deve corrispondere all'altro genitore per il figlio ancorché mino-

renne, che gli sia affidato o comunque da esso tenuto, è di competenza del giudice ordinario, poiché introdotto da uno dei genitori in nome proprio, e non in rappresentanza del figlio minore sul quale esercita la potestà, così da dar luogo ad una "lite" tra due soggetti maggiorenni, che ha come *causa petendi* la comune qualità di genitori e come *petitum* il contributo che l'uno deve versare all'altro in adempimento dell'obbligo di mantenimento del figlio.

Nello stesso senso, successivamente, Cass., sez. I, 8.3.2002, n. 3457 e Cass., sez. I,

costituzionalmente legittima dal Giudice delle leggi⁽²⁾, che aveva escluso la violazione degli artt. 3 e 30 Cost., sotto il profilo della presunta irragionevole disparità di trattamento per i figli naturali in confronto alla competenza unitaria del tribunale ordinario prevista per i figli legittimi.

La Corte Costituzionale – in un passaggio argomentativo che trova puntuale riscontro nella pronuncia della Suprema Corte n. 8362/2007 – aveva rilevato che, per i figli legittimi, l'intervento del (solo) giudice ordinario si giustifica per il fatto di rendersi necessario quando vengano a cessare (con la separazione) la convivenza o (con il divorzio) il matrimonio dei genitori: per cui appunto è la stessa «coincidenza» del provvedere sul rapporto tra coniugi e sull'affidamento e mantenimento dei figli che comporta, in questo caso, l'identità del giudice. Diversamente, con riguardo ai figli naturali – poiché i genitori, ove pur abbiano in precedenza convissuto, ben possono liberamente por fine a tale convivenza – «... manca un processo necessariamente unitario che coinvolga il momento della separazione, quello della sorte dei figli comuni e quello del regolamento dei rapporti patrimoniali sia tra loro che relativamente al mantenimento della prole».

2. Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale sull'interpretazione della nuova disciplina

L'art. 4, 2° co., l. 8.2.2006, n. 54, stabilendo l'applicazione delle disposizioni sull'affidamento condiviso «...anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati», ha posto agli interpreti il quesito concernente

la possibilità di cogliere nella penna del legislatore l'intento di unificare la disciplina dei provvedimenti nei confronti della prole non solo negli aspetti sostanziali, ma anche relativamente all'individuazione dell'organo giudiziario competente.

Si sono ben presto delineati, sin dai primi commenti, tre diversi punti di vista.

1) Secondo una prima tesi⁽³⁾, la nuova disposizione non avrebbe inciso in alcun modo sui profili processuali di competenza, limitandosi ad estendere alla filiazione naturale, nell'ambito dei rispettivi procedimenti, le sole norme sostanziali riguardanti l'affidamento condiviso, il diritto del minore alle relazioni con i parenti di ciascun genitore, l'obbligo di mantenimento, l'assegnazione della casa familiare, ecc. (artt. 155, 155 *bis*, 155 *quater*).

2) Secondo un'altra impostazione⁽⁴⁾, invece, il nuovo art. 155 c.c. (applicabile alla filiazione naturale in virtù del richiamo

contenuto nel menzionato art. 4, 2° co., l. n. 54/2006) determinerebbe la parziale abrogazione per incompatibilità dell'art. 317 *bis*, 2° co., c.c. Venendo meno, quindi, la norma sostanziale richiamata dall'art. 38, disp. att., c.c., non sussisterebbe più neppure la competenza speciale del tribunale per i minorenni prevista da quest'ultima norma, con la conseguenza che l'adozione dei provvedimenti (personali e patrimoniali) nei riguardi della prole minorenni spetterebbe alla competenza esclusiva del solo tribunale ordinario.

3) Da altri⁽⁵⁾, poi, è stata sostenuta l'opposta tesi (alla quale aderisce la Corte di Cassazione), secondo la quale, ferma restando la permanente vigenza dell'intera norma dell'art. 317 *bis* c.c., l'arricchimento del suo contenuto sostanziale per effetto del nuovo art. 155 c.c. porterebbe all'attrazione in favore del tribunale per i minorenni (stante il disposto dell'art. 38, disp. att., c.c.) della competenza all'emanazione di tutti i provvedimenti riguardanti i figli naturali di genitori non coniugati.

3. La decisione della Corte di Cassazione n. 8362/2007

La pronuncia della Suprema Corte (Cass., sez. I, ord. 3.4.2007, n. 8362; seguita dalla successiva Cass., sez. I, 20.9.2007, n. 19406) stabilisce la competenza del tribunale per i minorenni all'adozione dei provvedimenti riguardanti la prole naturale sulla base di un'articolata e convincente motivazione, che può essere così sintetizzata.

La l. n. 54/2006 non contiene alcuna abrogazione espressa né dell'art. 38, comma 1, disp. att. c.c., né del richiamo, in esso contemplato, ai provvedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c..

Allo stesso modo, è da escludere che l'art. 4, 2° co., l. n. 54/2006, abbia abrogato tacitamente⁽⁶⁾ la parte dell'art. 317 *bis* c.c. in cui si stabilisce che il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può provvedere all'affidamento in modo diverso rispetto ai criteri predeterminati dalla stessa norma, facendo venir meno con il sostituire i provvedimenti di cui all'articolo 317 *bis* c.c. con quelli adottabili ai sensi dell'art. 155 c.c. il rinvio all'art. 317 *bis* contenuto nel 1° co. dell'art. 38 disp. att., così rendendosi applicabile anche a tali processi la competenza residuale del tribunale ordinario, stabilita dal secondo comma del medesimo art. 38.

L'art. 4, 2° co., l. n. 54/2006 ha, pertanto, l'unico significato di estendere alla filiazione naturale i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento condiviso, senza incidere sui presupposti processuali dei relativi procedimenti, tra i quali la competenza.

Tuttavia, la disposizione dell'art. 317 *bis* c.c., per effetto della l. n. 54/2006, si arricchisce dei contenuti oggetto della nuova normativa, nel senso che le regole sull'affidamento condiviso guidano la discrezionalità del tribunale per i minorenni nel valutare «l'esclusivo interesse del figlio» allorché sia cessata la convivenza della coppia genitoriale, indicandogli di prendere

anche nei riguardi della pronuncia in commento: SALVANESCHI, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, in *Corriere giur.*, 2007, 951.

⁽²⁾ TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: B) profili processuali*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 388 ss.

⁽³⁾ In senso critico nei riguardi di tale argomento (già utilizzato da chi sosteneva l'attrazione della competenza in favore del tribunale ordinario), DANOVI, *Nota a Cass. 3.4.2007 n. 8362*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 515, secondo cui «pare ... discutibile che una modifica della competenza possa verificarsi per effetto di un'abrogazione implicita delle norme di legge. Dal punto di vista della sistematica processuale, invero, i criteri attributivi di giurisdizione e competenza sono nel nostro sistema oggetto di stretta riserva di legge».

15.3.2002, n. 3898, che avevano escluso ogni rilevanza agli aspetti di connessione tra domanda di affidamento dei figli naturali e domanda di determinazione del contributo di mantenimento da parte del genitore non affidatario.

⁽²⁾ C. Cost., 5.2.1996, n. 23, in *Famiglia e dir.*, 1996, 207, con nota di Figone. Nello stesso senso, in seguito, C. Cost., 30.12.1997, n. 451, in *Famiglia e dir.*, 1998, 114, con nota di Tommaseo.

⁽³⁾ Si veda in tal senso, in sede di primo commento, LAERA, *Intervento alla tavola rotonda sulla nuova legge in tema di affidamento condiviso*, Milano 17.2.2006, consultabile in www.unicostmilano.it.

⁽⁴⁾ Si veda, in particolare, SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 356 ss. In senso critico, la stessa Autrice

in considerazione prioritariamente l'affidamento condiviso come strumento che meglio garantisce al figlio naturale un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e che assicura la condivisione delle responsabilità nella cura, nella crescita, nell'educazione e nell'istruzione del minore.

Diversi sono i presupposti dell'intervento del giudice a seconda che si tratti di crisi dell'unione di fatto o di crisi della famiglia fondata sul matrimonio:

- nella «separazione dei coniugi» l'intervento del giudice è immanicabile e la coppia non si scioglie, legittimamente, che a seguito della pronuncia giudiziaria;
- viceversa, nella «crisi della coppia di genitori naturali», non occorre un provvedimento giudiziario per sancire la fine della convivenza e, anche con riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli, l'intervento del giudice è previsto come indispensabile soltanto nel caso in cui i genitori naturali, nella loro autonomia, non abbiano raggiunto tra loro un accordo, vi è la possibilità per i genitori non coniugati di rivolgersi congiuntamente al tribunale per i minorenni per la verifica della non contrarietà all'interesse dei figli di quanto tra loro concordato.

La competenza del tribunale per i minorenni, per effetto della nuova disciplina, include anche il potere di emanare i provvedimenti a contenuto economico, quali la corresponsione di un assegno periodico che assicuri il rispetto del principio di proporzionalità nel mantenimento dei figli (art. 155, 4° co., c.c.), e l'assegnazione della casa familiare, della quale come previsto testualmente dalla legge «il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori» (art. 155 *quater* c.c.).

La soluzione accolta dalla Corte di Cassazione è, infine, «blindata» nella motivazione⁽⁷⁾ attraverso il richiamo ai principi costituzionali:

- dell'art. 3, che impone di escludere che i minori possano ricevere dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati;
- dell'art. 111, che costituzionalizzando il principio di ragionevole durata del processo impone all'interprete una nuova sensibilità ed un diverso approccio ermeneutico, per cui «ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norma sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo nella realizzazione di detto obiettivo costituzionale»⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ L'espressione è di TOMMASEO, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del tribunale minorile*, in *Famiglia e dir.*, 2007, 453.

⁽⁸⁾ Così, testualmente, la pronuncia in commento.

⁽⁹⁾ La dottrina aveva giustamente segnalato l'anomalia, specie dopo l'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso: BALESTRA, *Affidamento condiviso: l'imperdonabile "balletto" della competenza*, in *Fam. e min.*, 2006, I, 9 ss. In senso adesivo alla soluzione adottata dalla Corte di Cassazione, poi, lo stesso Autore: Balestra, *Sul tribunale competente in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali: una condivisibile presa di posizione della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2007, 958 ss.

Rileva correttamente L. NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2006, 285 s., che «non era infrequente, ad esempio, che dinanzi al Tribunale per i Minorenni chiamato a disciplinare l'affidamento di prole minore naturale in caso di cessazione della convivenza *more uxorio* dei genitori, si raggiungessero accordi regolanti l'aspetto economico del

4. Le ragioni che rendono condivisibile la soluzione accolta dalla Corte di Cassazione

La decisione della Suprema Corte appare decisamente condivisibile per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, essa realizza finalmente l'unificazione della competenza all'emanazione dei provvedimenti nei riguardi della prole naturale, ponendo fine alla precedente ripartizione tra giudice ordinario e giudice per i minorenni che per quanto ritenuta non in contrasto con i principi costituzionali era certamente fonte di disagio per le parti e di potenziali decisioni contrastanti⁽⁹⁾.

In secondo luogo, una siffatta unificazione di competenze si compie avanti al giudice specializzato nella trattazione degli affari riguardanti i minori e sarebbe risultato a dir poco strano che, viceversa, l'intera materia dei provvedimenti verso la prole naturale fosse trasferita alla cognizione esclusiva del tribunale ordinario. Presso il tribunale per i minorenni, invece, si può ricorrere all'ausilio delle professionalità dei componenti non togati, che appare sempre più necessaria, specie alla luce della previsione che parrebbe imporre l'audizione dei minori muniti di capacità di discernimento⁽¹⁰⁾. Da questo punto di vista, appare deteriore, allo stato, la condizione dei figli legittimi, sottoposti alle incerte e diversificate prassi delle fasi presidenziali e dei giudizi di separazione e divorzio nei tribunali ordinari.

Si afferma, inoltre, del tutto correttamente, che la decisione sull'affidamento della prole non può essere disgiunta da quelle sul mantenimento e sull'assegnazione della casa familiare, che della prima costituiscono la conseguenza e lo sviluppo logico-giuridico, come si può evincere dal contesto complessivo della normativa sull'affidamento condiviso⁽¹¹⁾.

Parimenti condivisibile, la netta linea di confine, tracciata dalla Suprema Corte, tra il procedimento di separazione e le modalità libere di cessazione della convivenza *more uxorio*: queste ultime, infatti, non tollerano alcuna forma di «procedimentalizzazione» e giungono all'attenzione del giudice soltanto incidentalmente, nel momento in cui occorre definire le modalità di affidamento e di mantenimento della prole naturale.

Ma l'ordinanza della Corte di Cassazione si fa apprezzare anche per alcuni acuti rilievi interpretativi, che forniscono importanti chiavi di lettura della complessiva disciplina sull'affidamento condiviso. Di particolare pregio si rivela, in tal senso,

l'argomentazione volta ad escludere l'abrogazione tacita dell'art. 317 *bis*, 2° co., c.c. e la netta opzione per la soluzione ermeneutica dell'«arricchimento» del contenuto precettivo della norma.

mantenimento, o viceversa, dinanzi al Tribunale ordinario, ove era introdotta domanda per l'attribuzione d'assegno di mantenimento in favore della prole minore, si trovasse un'intesa per la disciplina delle condizioni di affidamento e di visita. In tali casi, la prassi prevalente era nel senso di limitare la pronuncia ai provvedimenti di rispettiva competenza, dando atto comunque degli accordi intervenuti tra i genitori in ordine all'uno o all'altro profilo, che non potevano peraltro essere trasfusi nel provvedimento del giudice, operando l'efficacia degli accordi medesimi sul mero piano dell'autonomia negoziale».

⁽¹⁰⁾ A tal fine, non appare condivisibile la modalità di far comparire i genitori dei figli naturali, in prima udienza, avanti al solo giudice togato «delegato» per l'audizione delle parti.

⁽¹¹⁾ Basti pensare che la determinazione del contributo di mantenimento è strettamente connessa ai «tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore» (art. 155, 4° co., c.c.) e che l'assegnazione della casa familiare è un fattore di cui «il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori» (art. 155 *quater* c.c.).

Siffatte argomentazioni consentono di diffidare da ulteriori sbrigative soluzioni di abrogazione tacita, relative ad altre parti della l. n. 54/2006, come, ad esempio, in tema di abitazione della casa familiare, là dove la ritenuta implicita abrogazione dell'art. 6, 6° co., l. n. 898/1970 condurrebbe al paradosso di precludere ogni tutela al genitore assegnatario della casa familiare, che non abbia trascritto il relativo provvedimento, nei confronti del terzo acquirente dell'immobile⁽¹²⁾.

Da segnalare, infine, l'opportuna sottolineatura del principio di ragionevole durata del processo, alla stregua del quale valutare la ricaduta pratica di ogni questione attinente allo svolgimento del processo.

In tal senso, anche molte delle altre questioni processuali, insorte nell'applicazione delle norme sull'affidamento condiviso, meriterebbero nuova lettura e considerazione. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al problema dell'eventuale legittimazione del figlio maggiorenne ad esperire il procedimento di modifica delle condizioni di separazione, ex art. 710 c.p.c., per ottenere il pagamento diretto del contributo di mantenimento da parte del genitore non convivente: negare, in tal caso, il ricorso al procedimento in camera di consiglio e imporre l'introduzione di un giudizio ordinario parrebbe in contrasto con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, così come valorizzato nella pronuncia in esame⁽¹³⁾.

Come è noto, l'interpretazione accolta dalla Corte di Cassazione è stata successivamente indirettamente confermata dal Giudice delle Leggi⁽¹⁴⁾ sotto il profilo della legittimità costituzionale.

5. I procedimenti relativi alle sole questioni economiche

Se, per le ragioni esposte, la decisione del Supremo Collegio merita adesione, essa costituisce, tuttavia, un punto di partenza per una complessiva ridefinizione dei procedimenti riguardanti la prole naturale.

In seguito alla sentenza della Suprema Corte del 2007, si è posto anzitutto il problema della competenza nel caso di domanda avente ad oggetto il solo contributo di mantenimento e/o l'assegnazione della casa familiare, nonché nell'ipotesi in cui il Tribunale per i minorenni abbia già emesso una statuzione in punto di affidamento e mantenimento dei figli naturali e uno dei genitori proponga domanda di modifica.

Secondo la soluzione che appare accolta in prevalenza dalla giurisprudenza, la competenza

ritorna, in tale situazione, in capo al tribunale ordinario, stante l'impossibilità di incardinare quella del tribunale per i minorenni (ai sensi del combinato disposto degli artt. 317 bis, 2° co., e 38 disp. att. c.c.) in assenza di una richiesta di provvedimento di affidamento della prole.

La S.C.⁽¹⁵⁾ ha affermato che la precedente decisione n. 8362/2007 è stata assunta, «valorizzando esigenze ravvisabili unicamente in caso di necessità di una contestuale pronuncia di misure sull'esercizio della potestà o sull'affidamento del minore e di decisioni in ordine al mantenimento del medesimo». Pertanto, quanto tali esigenze di concentrazione delle tutele non siano attuali in quanto la controversia attenga unicamente alla misura e alle modalità del contributo economico al mantenimento e sia invece stabilizzato o comunque non venga in considerazione, quale contestato presupposto per la decisione, il rapporto dei genitori con il minore non vi è ragione per adottare soluzioni interpretative difformi da quella già stabilizzatasi prima della riforma del 2006. Pertanto, se la domanda introduttiva ha ad oggetto unicamente la misura e le modalità di contribuzione da parte del genitore al mantenimento dei figli, deve ritenersi la competenza del Tribunale ordinario.

In altri termini, la Corte di Cassazione privilegia un'interpretazione restrittiva del precedente del 2007, ritenendo che neppure dalla recente riforma possa trarsi un *principio generale di unificazione delle competenze in materia di conflitti familiari* che, sia pure invocato dalla dottrina, non ha finora trovato il consenso del legislatore.

6. Preclusione dell'eccezione di incompetenza?

La ripartizione di competenza tra tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni è considerata non una questione di giurisdizione, bensì di competenza, sicché opera la preclusione dell'art. 38 c.p.c. nel caso in cui la parte interessata (o il giudice d'ufficio) non abbia eccepito l'incompetenza del tribunale ordinario entro la prima udienza di trattazione.

Da ciò deriva, altresì, che la parte può impugnare la decisione di primo grado per incompetenza solo ove abbia tempestivamente sollevato la questione entro la prima udienza.

Il problema si pone negli stessi termini anche avanti al tribunale per i minorenni, perché la S.C.⁽¹⁶⁾ ha statuito che la disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 38 c.p.c., là dove ha introdotto una generale barriera temporale, di natura preclusiva

⁽¹²⁾ Ritenendo, al contrario, la compatibilità tra l'art. 155 *quater* e l'art. 6, 6° co., l. n. 898/1970, in caso di mancata trascrizione, il provvedimento di assegnazione sarebbe comunque opponibile al terzo acquirente, ai sensi dell'art. 1599 c.c., così come ritenuto da Cass., S.U., 26.7.2002 n. 11096.

⁽¹³⁾ Correttamente, quindi, Trib. Lodi, 12.1.2007 (inedita) ha riconosciuto la legittimazione del figlio maggiorenne a domandare, a modifica delle condizioni di divorzio dei genitori, il pagamento diretto in proprio favore del contributo di mantenimento che la sentenza di divorzio aveva disposto, invece, venisse versato a mani della madre convivente. Ha puntualmente osservato il Tribunale che «un'eventuale declaratoria di inammissibilità dell'intervento del figlio maggiorenne nel giudizio speciale, con la conseguente necessità per il medesimo di agire

soltanto in via ordinaria, oltre a realizzare un'inutile proliferazione dei giudizi, non consentirebbe di determinare congruamente l'importo del contributo economico a carico del genitore obbligato, atteso che tale quantificazione implica una valutazione complessiva dei redditi di entrambi i genitori, che non può essere disgiunta dalla determinazione delle altre componenti economiche – quali l'assegno nei confronti dell'altro coniuge e l'assegnazione della casa familiare – di tal che la trattazione di tali problematiche non può che svolgersi in un unico giudizio».

⁽¹⁴⁾ C. Cost., 5.3.2010, n. 82.

⁽¹⁵⁾ Cass., sez. I, 25.8.2008 n. 21754; Cass., sez. I, 27.10.2010 n. 22001.

⁽¹⁶⁾ Cass. 22.5.2003 n. 8115.

va, ai fini della possibilità di rilevare l'incompetenza per materia, per valore o per territorio nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c., deve ritenersi applicabile non soltanto ai processi (contenziosi) di cognizione ordinaria, ma anche a quelli di volontaria giurisdizione (nella fattispecie, procedimento *ex art.* 330 c.c. promosso dal tribunale per i minorenni), da trattare quindi in camera di consiglio, nei quali l'intervento del giudice trova il suo presupposto in una situazione conflittuale che impedisce ai titolari degli interessi coinvolti di provvedere direttamente alla loro regolamentazione.

7. Raggiungimento della maggiore età in corso di causa

Se durante il giudizio, instaurato quando il figlio era ancora minorenne, quest'ultimo raggiunge la maggiore età:

- secondo una prima tesi⁽¹⁷⁾, il giudizio prosegue, perché la competenza si determina con riguardo «al momento della domanda»;

- secondo altra tesi⁽¹⁸⁾, invece, la sopravvenuta maggiore età renderebbe improcedibile l'istanza.

Se, invece, il figlio ha già raggiunto la maggiore età, occorre agire avanti al tribunale ordinario nelle forme del rito ordinario e con l'unica possibilità di proporre ricorso *ex art.* 700 c.p.c.

8. Proposizione di domanda riconvenzionale di modifica dell'affidamento, a fronte di domanda concernente il solo contributo economico avanti al tribunale ordinario

Se – come afferma la S.C. – il rapporto tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni deve essere regolato sul piano della *competenza*, dovrebbe risultare applicabile l'art. 36 cpc, che, però, nel caso di specie, apre le strade a entrambe le soluzioni astrattamente ipotizzabili.

a) In astratto, infatti, non si può affermare che la modifica dell'affidamento determini sempre e automaticamente una modifica del contributo di mantenimento; sicché, in questo senso, il G.O. dovrebbe trattenere la causa sul mantenimento e declinare la competenza soltanto in relazione alla domanda di modifica delle condizioni di affidamento.

Ma si tratta di una scelta evidentemente rischiosa, perché una decisione del giudice per i minorenni ampiamente incisiva sul piano dell'affidamento, renderebbe *inutiliter data* la decisione sul mantenimento.

b) Appare condivisibile, pertanto, l'orientamento di altra parte della giurisprudenza⁽¹⁹⁾, secondo cui, quando la parte proponga domanda riconvenzionale relativa al regime di affidamento (anche nel caso in cui la condanna al pagamento delle somme spettanti a titolo di mantenimento sia proposta nelle forme dell'art. 148 c.c.), la causa viene decisa con ordinanza di incompetenza con indicazione della competenza del tribunale per i minorenni.

⁽¹⁷⁾ Trib. min. Brescia, (decr.), 4.2.2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 231.

⁽¹⁸⁾ Trib. min. Bari, (decr.), 1.7.2009, *www.famigliaegustizia.it*.

⁽¹⁹⁾ Trib. Macerata, 17.4.2009: secondo cui «va dichiarata l'incompetenza funzionale del Tribunale ordinario a favore del Tribunale minorile anche a fronte della speciale azione monitoria *ex art.* 148, 2° co., c.c., azionata dall'un genitore verso l'altro, denunciato come inadempiente nel contribuire al mantenimento del figlio naturale minore, allorché il genitore convenuto svolga, in via riconvenzionale, domanda volta all'affidamento esclusivo del figlio comune». Nello stesso senso, la giurisprudenza del Tribunale di Milano.

9. Il procedimento *ex art.* 148, 2° co., c.c. e le misure coercitive *ex art.* 156, 6° co., c.c.

Questione connessa alla competenza per le richieste relative al solo contributo economico è quella dell'eventuale permanente competenza del Presidente del Tribunale ordinario a ordinare al terzo il pagamento diretto della quota di redditi dell'obbligato in favore del genitore che sopporta le spese per il mantenimento del figlio minore (art. 148, 2° co., c.c.)⁽²⁰⁾.

Deve rammentarsi che la Corte Costituzionale⁽²¹⁾ – già prima della legge sull'affidamento condiviso – aveva ritenuto applicabili nelle controversie tra genitori naturali concernenti il mantenimento di figli riconosciuti, come conseguenza sistematicamente deducibile dall'art. 261 c.c., le misure coercitive previste dall'art. 156, 6° co., c.c. (tra cui il sequestro e l'ordine di pagamento diretto), in quanto

tali misure, sebbene inquadrate nel procedimento di separazione dei coniugi, rappresentano una forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula il tempestivo soddisfacimento delle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello *status*.

La Corte aveva affermato che, seppure l'art. 156 c.c. fosse inquadrate nel procedimento di separazione dei coniugi (e, dunque, in un contesto diverso dalla convivenza e dalla filiazione naturale), l'estensibilità dell'ordine di distrazione delle somme previsto dall'art. 148 c.c. e del sequestro di cui all'art. 156 c.c. rispondeva all'esigenza di dare tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello *status*.

In seguito a Cass. n. 8362/2007, secondo la giurisprudenza⁽²²⁾:

- il procedimento *ex art.* 148, 2° co., c.c. appartiene alla competenza funzionale del tribunale ordinario, perché avente ad oggetto il solo profilo relativo al mantenimento dei figli naturali;

- deve riconoscersi la competenza all'emanazione dell'ordine *ex art.* 148 c.c. in capo al giudice che ha contestualmente emesso le disposizioni in ordine al suo affidamento, alla determinazione dell'assegno e quant'altro ritenuto opportuno per il suo sostentamento, istruzione ed educazione⁽²³⁾.

10. Considerazioni critiche

In generale, può essere oggetto di qualche considerazione critica, l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce al giudice ordinario, in luogo del Tribunale per i minorenni, la competenza a decidere le controversie aventi ad oggetto il solo profilo del mantenimento.

Diverse considerazioni inducono a propendere verso il convincimento che si tratti ormai

⁽²⁰⁾ La giurisprudenza afferma, infatti, da tempo, l'estensione del procedimento *ex art.* 148 c.c. alla filiazione naturale: Cass., sez. I, 25.3.1995 n. 3402, in *Dir. famiglia*, 1995, 1409.

⁽²¹⁾ Sent. 18.4.1997, n. 99, in *Foro it.*, 1998, I, 3074

⁽²²⁾ Trib. min. Bari, 9.6.2010 (est. Montaruli); Trib. Salerno, 11.10.2008 (est. Scarpa).

⁽²³⁾ Trib. min., Bari 1.7.2009 (est. Montaruli); Trib. min. Catania, 23.5.2008.

di un retaggio dell'ormai superata concezione volta ad escludere in assoluto la competenza del Tribunale per i minorenni riguardo alle questioni concernenti il mantenimento.

In senso critico, è stato osservato⁽²⁴⁾ che «la configurazione in questi casi di una competenza *secundum instantiam* (*id est*, differenziata a seconda che la domanda riguardi il solo tema economico ovvero anche quello sull'affidamento) risulta, oltre che difficilmente sostenibile da un punto di vista sistematico, potenzialmente pericolosa».

Altra parte della giurisprudenza di merito⁽²⁵⁾ ha contestato tale soluzione, sulla base dei seguenti argomenti:

a) la difficoltà di distinguere tra provvedimenti relativi all'affidamento e provvedimenti relativi ai soli profili economici;
b) la revisione di provvedimenti emessi *rebus sic stantibus* va chiesta alla stessa autorità giudiziaria che, in base al reinterpretato art. 317 *bis* c.c., ha adottato la decisione oggetto di istanza di modifica, posto che, in caso contrario, l'attribuzione al tribunale ordinario comporterebbe:

- l'applicazione del rito ordinario, con aggravamento degli oneri processuali a carico dell'attore;
- l'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai figli legittimi, per i quali è prevista la più snella procedura dell'art. 710 c.p.c.;

- l'impossibilità di adottare modifiche d'ufficio del regime di affidamento nell'ambito della controversia originata esclusivamente da contrasti su motivi economici;
- la duplicazione delle sedi conflitto, nonostante l'unicità e la priorità dell'interesse del minore.

c) La piena ricorribilità per cassazione di provvedimenti emessi, ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., in sede di reclamo, relativi all'affidamento dei figli e alle relative statuizioni economiche, ivi compresa l'assegnazione della casa familiare⁽²⁶⁾.

Quid iuris, tuttavia, nel caso in cui la prima decisione sul mantenimento del figlio naturale sia stata adottata dal tribunale ordinario? In questo caso, manca il presupposto della necessità di attribuire la competenza allo stesso giudice che ha deciso in punto di affidamento. Ma la conclusione dovrebbe essere parimenti in senso favorevole alla competenza del tribunale per i minorenni, per la possibilità di tale organo di assumere, anche *ex officio*, decisioni concernenti l'affidamento.

Ma non mancano ulteriori considerazioni, anche di carattere sistematico, che parimenti inducono a propendere per l'affermazione della competenza del Tribunale per i minorenni.

Si pensi, ad esempio, al ricorso per la modifica o la revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare. Prima della riforma del 2006, il procedimento era ritenuto di competenza del Tribunale ordinario posto che l'assegnazione della casa familiare era considerata «componente in natura» del contributo di mantenimento⁽²⁷⁾. Ma non si possono ignorare gli inevitabili e automatici effetti che un'eventuale revoca dell'assegnazione della casa familiare determinerebbe sul regime dell'affidamento, con mutamenti nel collocamento del minore presso i genitori. È opportuno domandarsi, quindi, se la formale attribuzione

ne della decisione sulla casa familiare al G.O. risponda effettivamente a criteri di concentrazione delle tutele, di rapidità ed effettività delle decisioni giudiziarie.

Del resto, non si comprende la resistenza ad attribuire la competenza al Tribunale per i minorenni anche per i provvedimenti riguardanti il solo obbligo di mantenimento, tenuto conto della ormai pacifica efficacia di titolo esecutivo dei provvedimenti emanati dal Tribunale per i minorenni, espressamente confermata dalla recente sentenza della Corte Costituzionale⁽²⁸⁾.

Si aggiunga che la Corte di Cassazione⁽²⁹⁾ ha affermato che, nel giudizio di accertamento giudiziale della filiazione naturale, può essere proposta ogni domanda relativa al mantenimento, addirittura anche quella di rimborso pro quota delle spese sostenute per il mantenimento dall'altro genitore. A fronte di così ampio e generalizzato riconoscimento della competenza del Tribunale per i minorenni a giudicare su domande a contenuto strettamente economico, pare soltanto un retaggio dei remoti trascorsi giurisprudenziali il rifiuto di riconoscere al Tribunale per i minorenni la competenza esclusiva per tutti i provvedimenti relativi ai figli naturali sia personali sia patrimoniali.

11. Competenza del Tribunale per i minorenni all'adozione dei provvedimenti *ex art. 709 ter c.p.c.*

Parimenti, appare poco logico diversificare la competenza del giudice che adotta i provvedimenti verso la prole naturale da quella del giudice chiamato a dirimere le controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento (art. 709 *ter* c.p.c.). In tal caso, deve essere preferita la soluzione interpretativa di ritenere che, sia pure con l'ambigua definizione letterale di «giudice del procedimento in corso», il legislatore abbia inteso fare riferimento sia al giudice del procedimento «pendente» sia al giudice che abbia «definito il procedimento» e, pertanto in caso di provvedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati al tribunale per i minorenni⁽³⁰⁾.

12. Violazione di misure di affidamento e mantenimento adottate dai genitori naturali consensualmente

Si pone, altresì, il problema se l'inadempimento delle misure sull'affidamento e il mantenimento dei figli naturali, adottate consensualmente dai genitori, possa comportare l'applicazione dei provvedimenti *ex art. 709 ter c.p.c.*

Non v'è dubbio sull'ammissibilità e validità di tali accordi. Come è stato affermato in giurisprudenza⁽³¹⁾, se i genitori collaborano ed individuano condivise modalità di gestione della potestà genitoriale anche riguardo alle frequentazioni del genitore non esercente, l'ordinamento non deve intervenire.

Anzitutto, occorre stabilire preliminarmente se gli accordi sulla prole stipulati tra genitori naturali possano o debbano essere sottoposti

⁽²⁴⁾ DANOVÌ, *Nota a Cass. 3.4.2007, n. 8362*, cit., 521.

⁽²⁵⁾ Trib. min. Brescia, (decr.), 4.2.2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 231; Trib. Modena, 1.4.2008, secondo cui è inammissibile la domanda di ridefinizione del contributo di mantenimento del figlio naturale, originariamente stabilito dalle parti in un accordo negoziale a suo tempo sottoscritto tra i due conviventi *more uxorio*, proposta in via riconvenzionale.

⁽²⁶⁾ Cass. 30.10.2009, n. 23032; Cass. 4.11.2009, n. 23411.

⁽²⁷⁾ C. Cost., 13.5.1998, n. 166.

⁽²⁸⁾ C. Cost., 20.11.2010, n. 310.

⁽²⁹⁾ Cass., sez. I, 30.7.2010, n. 17914.

⁽³⁰⁾ Trib. min. Ancona, 3.10.2008.

⁽³¹⁾ Trib. min. Catania, 23.5.2008.

al Giudice per la verifica di «non contrarietà» all'interesse dei figli.

- Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, «nell'ipotesi di genitori naturali non sussiste un'inevitabile necessità di intervento giudiziario, posto che se i genitori sono d'accordo per l'affidamento del figlio e per il suo mantenimento, non vi è luogo per un intervento del giudice. Il ricorso giudiziario è necessario solo in caso di inadempienza agli obblighi liberamente assunti» (Trib Roma).

- Secondo altro orientamento, invece, non è mai esclusa per i genitori naturali la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di conseguire una verifica degli accordi raggiunti in tema di affidamento, esercizio della potestà e mantenimento dei figli minori. Dal punto di vista procedurale, la domanda per la verifica giudiziale degli accordi deve essere proposta congiuntamente. Sul punto, autorevole dottrina⁽³²⁾ ha osservato che «è ben vero che il ricorso congiunto è tecnica di proposizione della domanda molto raramente prevista dal legislatore, ma è anche regola di semplificazione della domanda quando si tratta di domande volte ad instaurare un procedimento camerale unilaterale di giurisdizione volontaria: una semplificazione che consente alle parti di stare in giudizio con il ministero difensore, possibilità che solo la struttura unilaterale del procedimento, escludendo a priori un oggettivo conflitto di interesse fra le parti, consente di attuare».

Una sentenza della Corte di Cassazione (n. 4273 del 1991) aveva appunto affermato che, mentre il ricorso al giudice è indispensabile per i genitori coniugati, i genitori naturali possono rivolgersi al giudice per ottenere la verifica di conformità dell'accordo all'interesse dei figli.

L'orientamento è stato confermato dalla Corte d'Appello di Roma⁽³³⁾, secondo la quale il Giudice non può sottrarsi alla richiesta concorde dei genitori di figli naturali di una valutazione di «congruità e corrispondenza dell'accordo all'interesse dei minori».

Una simile richiesta, infatti, risponde all'interesse pubblicistico di tutela dell'interesse dei minori. Peraltro, si sottolinea che la richiesta della verifica giudiziale significa «responsabilizzare ulteriormente i genitori e vincolarli al rispetto nel tempo di quegli accordi, dal momento che essi, in caso di violazione o di grave inadempimento rispetto ad impegni assunti formalmente e recepiti in un provvedimento giudiziale, sarebbero soggetti al trattamento sanzionatorio di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. o, addirittura, nei casi di maggiore gravità, ai provvedimenti limitativi della potestà genitoriale degli artt. 330-333 c.c.».

Tale affermazione sembra dover essere interpretata nel senso che soltanto gli accordi «omologati» dal giudice attribuiscono il potere di far valere le violazioni ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. La verifica giudiziale «responsabilizza» i coniugi, nel senso che si sentirebbero tenuti al rispetto degli accordi stessi avendo presente che la violazione potrebbe essere fatta valere per ottenere le sanzioni di cui all'art. 709 *ter*.

Competente ad adottare il provvedimento dell'art. 709 *ter* è il Tribunale per i minorenni, considerato che gli accordi hanno ricevuto l'omologa in quella sede.

La lettera dell'art. 709 *ter* non facilita tale soluzione, posto che la norma:

- è collocata nel capo del c.p.c. dedicato alla separazione personale;

- fa riferimento al «giudice del procedimento in corso», e certamente il Tribunale per i minorenni che abbia omologato gli accordi in precedenza non può considerarsi che abbia un *procedimento in corso*;

- fa riferimento, poi, all'art. 710 c.p.c., che certamente si riferisce ai genitori coniugati e separati.

Sul piano sistematico, tuttavia, deve ritenersi che l'unica soluzione plausibile sia quella di attribuire al tribunale per i minorenni la competenza per l'adozione dei provvedimenti dell'art. 709 *ter*, perché è l'unico giudice in grado di apprezzare l'entità e la rilevanza di comportamenti lesivi dell'interesse dei figli, in funzione del quale è stata compiuta la verifica di congruità e adeguatezza.

Tale conclusione, tuttavia, fa sorgere l'ulteriore problema se il tribunale per i minorenni possa giudicare, ad esempio, della domanda di «risarcimento del danno», proposta da un genitore nei confronti dell'altro e se possa giungere, in tal caso, all'emanazione di una sentenza di condanna del genitore inadempiente al pagamento di una somma di denaro in favore dell'altro, come dovrebbe ritenersi facendo applicazione dell'art. 709 c.p.c.

In tal senso, la soluzione del non facile problema non pare possa essere oltremodo condizionato dalla soluzione interpretativa che si fornisca al problema se il danno di cui all'art. 709 *ter* rappresenti un c.d. «danno punitivo» oppure si tratti di una misura economica conforme alla tradizionale funzione riparatoria della responsabilità civile.

Oltre alle sanzioni civili dell'art. 709 *ter*, la violazione di accordi omologati può essere sanzionata sul piano penale (art. 388 c.p.). Si pone, altresì, il problema se il decreto di «omologa» degli accordi tra genitori naturali costituisca titolo esecutivo con riferimento alle statuizioni economiche in essi contenute e deve ritenersi che, pur in mancanza di un'espressa previsione, l'interesse del minore all'attuazione coattiva dei provvedimenti assunti in suo favore imponga la soluzione affermativa, in coerenza con le affermazioni compiute anche dal Giudice delle Leggi⁽³⁴⁾.

Si pone il problema di quale efficacia possa essere riconosciuta, viceversa, agli accordi tra genitori naturali che «non siano omologati» dal Tribunale per i minorenni:

1. essi sono certamente vincolanti tra le parti;
2. se contenuti in una scrittura privata autenticata costituiscono titolo esecutivo per le obbligazioni economiche di mantenimento;
3. non possono fondare il ricorso all'art. 709 *ter*;
4. la loro violazione non è penalmente illecita.

Si pone il problema del rapporto con i provvedimenti ablatori o limitativi della potestà (artt. 330-333 c.c.), ai quali parimenti fa riferimento il decreto della Corte d'Appello di Roma.

Sul punto, è stato correttamente osservato⁽³⁵⁾ che tali provvedimenti non hanno fini sanzionatori, ma tutelano i figli minori da comportamenti pregiudizievoli dei genitori; sicché, indipendentemente dalla sussistenza di un provvedimento giurisdizio-

⁽³²⁾ TOMMASEO, *Sulla verifica giudiziale degli accordi parentali nell'interesse dei figli naturali*, in *Famiglia e dir.*, 2007, 1021.

⁽³³⁾ (Decr.), 17.7.2007, in *Famiglia e dir.* 2007, 1019.

⁽³⁴⁾ C. Cost., 20.11.2010 n. 310.

⁽³⁵⁾ RUO, *Una facoltà «responsabilizzante» verso gli accordi presi tra le parti*, nota a *App. Roma 17.7.2007*, *Guida dir.*, 2007, 35, 61.

nale o di un omologa di eventuali accordi il comportamento del genitore, che sia lesivo di diritti o interessi dei figli, deve essere valutato dal Giudice ai fini dell'adozione dei predetti provvedimenti.

Gli accordi dei genitori naturali possono essere successivamente modificati da successivi accordi che, a loro volta, possono essere sottoposti alla verifica da parte del Giudice. Anche se non omologati, i successivi accordi estinguono l'efficacia degli accordi precedenti ed escludono, pertanto, che la loro violazione possa produrre effetti negativi nei confronti del genitore che si sia conformato ai nuovi accordi.

13. Rapporti tra provvedimenti del giudice della separazione e provvedimenti ex art. 333 c.c.

Anche sotto il vigore della disciplina precedente alla l. n. 54/2006 era sorto il problema di quale fosse la ripartizione tra la competenza del giudice ordinario in materia di provvedimenti relativi alla prole e competenza del tribunale per i minorenni, fino al punto da rendere necessario l'intervento delle Sezioni Unite, che avevano statuito che, «alla stregua del disposto dell'art. 38 disp. att. c.c. sulla competenza del tribunale per i minorenni, coordinato con le norme dettate dagli artt. 155 e 317 c.c., 9 l. 1.12.1970 n. 898 e 710 c.p.c., i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori di coniugi separati, in forza di separazione giudiziale o separazione consensuale omologata, ovvero di coniugi il cui matrimonio sia stato annullato o sciolto, rientrano nella suddetta competenza del tribunale dei minorenni nei soli casi in cui come causa di quella revisione si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole, a norma degli artt. 330 e 333 c.c., mentre, in ogni caso, sono devoluti alla competenza del tribunale ordinario».

Senonché il problema è ancora oggi attuale e vede

la questione all'esame della Corte di Cassazione con riferimento all'ipotesi in cui, nel corso di un procedimento per la modifica delle condizioni di separazione avanti al tribunale ordinario, emerga la necessità di assumere provvedimenti limitativi della potestà genitoriale.

A fronte della trasmissione d'ufficio, disposta dal tribunale ordinario, il Tribunale per i Minorenni⁽³⁶⁾ ha proposto d'ufficio regolamento di competenza sulla base delle seguenti considerazioni:

- a) L'art. 5 c.p.c. determina la competenza con riguardo «al momento di proposizione della domanda, sicché «l'eventuale insorgenza di elementi nuovi in corso di istruttoria, ritenuti pregiudizievoli per il minore, non possono far venire meno la competenza a provvedere»;
- b) Non si può escludere che il G.O. possa adottare provvedimenti di affidamento anche in presenza di condotte di un genitore pregiudizievoli dell'interesse della prole, posto che - l'art. 151, 2° co., prevede espressamente che, in sede di separazione personale, il giudice possa verificare il «grave pregiudi-

zio all'educazione della prole» come causa di addebito e, pertanto, nel medesimo contesto di provvedimenti relativi anche alla prole;

- l'art. 155 c.c. rimette al giudice il potere di adottare «ogni altro provvedimento relativo alla prole».

c) l'art. 38 disp. att. non richiama la competenza del Tribunale per i minorenni né l'art. 155 c.c. né l'art. 317 c.c., sicché deve ritenersi che «dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, resa dal tribunale ordinario, competente a disporre i provvedimenti modificativi delle condizioni di affidamento della prole dallo stesso assunti nel relativo processo sia il medesimo tribunale ordinario»;

d) i principi di ragionevole durata del processo e di concentrazione delle tutele rende opportuna l'attribuzione al Tribunale ordinario della competenza ad adottare, con «cognizione globale», provvedimenti sull'affidamento dei figli e sull'esercizio della potestà unitamente alla determinazione della misura e del modo di contribuzione al mantenimento, all'istruzione e all'educazione della prole.

Invero - in attesa che il conflitto sia risolto - alcune pronunce della S.C. indurrebbero a ritenere fondata e preferibile tale impostazione. In particolare, appare rilevante il precedente con cui la Corte di Cassazione⁽³⁷⁾ ha respinto seccamente il motivo di ricorso con cui si sosteneva che «rientrerebbero nella competenza del tribunale ordinario - in sede di separazione personale dei coniugi, di annullamento del matrimonio o di pronunzie ex l. n. 898 del 1970, le decisioni aventi ad oggetto l'affidamento dei minori, prescindenti dalla sussistenza di situazioni pregiudizievoli per i minori stessi, alle quali ultime si dovrebbe (e potrebbe) ovviare solo con il richiesto provvedimento giudiziario, di carattere cautelare», affermando, al contrario, che «i confini dei provvedimenti in concreto assumibili - in sede di separazione o di divorzio - in materia di affidamento dei figli minori, dal Tribunale ordinario non si arrestano sulla soglia della alternativa secca fra i due genitori e non precludono del tutto, al giudice ordinario, di assumere provvedimenti più articolati i quali, pur senza pretermettere radicalmente i genitori, si facciano carico del contingente interesse dei minori stessi»

14. La vigilanza del giudice tutelare

Il giudice tutelare svolge funzione di vigilanza relativamente ai minori soggetti alla potestà dei genitori (art. 337 c.c., secondo cui il giudice tutelare «deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà e per l'amministrazione dei beni»), sia con riferimento ai provvedimenti assunti dal tribunale per i minorenni, sia per i provvedimenti del tribunale ordinario.

La vigilanza si riferisce, pertanto, in primo luogo, alle misure emesse dal tribunale per i minorenni⁽³⁸⁾:

- provvedimenti ablativi, reintegrativi o limitativi della potestà genitoriale (artt. 330, 332 e 333 c.c.),
- provvedimenti di rimozione dall'amministrazione dei beni del minore o di riammissione nell'esercizio della stessa (artt. 334 e 335 c.c.);

⁽³⁶⁾ Si veda, in particolare, Trib. min. Brescia, (ord.) 9.2.2010, in *Famiglia e dir.*, 2010, 7, 719, con nota di Spaccapelo.

⁽³⁷⁾ Cass., sez. I, 10.10.2008, n. 24907.

⁽³⁸⁾ Come previsto dagli artt. 38 e 51 disp. att. c.c., essi rientrano tutti nella competenza del tribunale per i minorenni ed il relativo procedimento è regolato dall'art. 336 c.c.

- per l'esercizio della potestà genitoriale nella famiglia legittima (art. 316 c.c.) o naturale (art. 317-*bis* c.c.).

Vengono infine in considerazione i provvedimenti del tribunale ordinario⁽³⁹⁾:

- per l'affidamento ed il mantenimento dei figli in caso di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio dei genitori.

Si pone il problema «se il giudice tutelare disponga o meno di poteri integrativi o modificativi dei provvedimenti del tribunale sulla cui osservanza è tenuto a vigilare».

La Corte di Cassazione⁽⁴⁰⁾ ha affermato che il potere di vigilanza attribuito dall'art. 337 c.c. al giudice tutelare concerne soltanto l'attuazione delle condizioni stabilite dal tribunale per i minorenni per l'esercizio della potestà e l'amministrazione dei beni ovvero dal tribunale ordinario per l'affidamento della prole in sede di separazione tra i coniugi; pertanto, l'esercizio del potere di vigilanza presuppone l'interpretazione delle condizioni della separazione, ma non si estende all'attribuzione di poteri decisori, che non siano meramente applicativi delle condizioni medesime, restando esclusa ogni statuizione modificativa o integrativa di esse, che comporta necessariamente una modificazione delle condizioni della separazione, che spetta soltanto al tribunale che l'ha pronunciata.

Se - nonostante gli ammonimenti - i genitori persistono nell'inosservanza dei loro doveri nei confronti dei figli, il potere di vigilanza consente e impone che il giudice tutelare informi di tale condotta il tribunale per i minorenni, affinché questo organo intervenga sulla potestà dei genitori.

Nella prassi, lo strumento dell'art. 337 c.c. è oggetto di interpretazioni non sempre conformi.

1) Secondo un primo orientamento⁽⁴¹⁾, il procedimento di cui all'art. 337 c.c., è finalizzato, in prima battuta, a tentare dinanzi al giudice una ridefinizione della relazione tra i genitori e ad evitare il protrarsi del conflitto. Constatato l'irrimediabilità del contrasto, il giudice deve concludere il procedimento dinanzi a sé con un provvedimento giurisdizionale che, attraverso l'interpretazione del titolo, accerta l'esistenza o non di comportamenti inosservanti rispetto alle condizioni stabilite in sede giurisdizionale, prendendo posizione sul conflitto insorto fra le parti. Il comportamento del genitore inadempiente può essere «sanzionato» soltanto attraverso la statuizione in punto di specie di causa.

2) Non mancano interpretazioni più incisive⁽⁴²⁾ in ordine ai poteri del G.T., secondo cui l'art. 337 c.c. è uno strumento non semplicemente interpretativo, bensì attuativo delle condizioni relative alla prole, alternativo a quello di cui all'art. 612 c.p.c. allorché non penda alcun procedimento. Quella del G.T. è, dunque, una vigilanza *attiva*, idonea cioè ad adottare tutti i provvedimenti che, senza modificare il regime stabilito in sede di cognizione, valgano a consentirne l'applicazione. In questo senso, è stato emanato, ad esempio, l'ordine ai Servizi sociali e ai carabinieri di vigilare sullo svolgimento degli incontri tra genitori e figli e sul rispetto dei

tempi e degli orari di permanenza dei figli con il genitore non collocatario.

15. Conclusioni

Non è facile cogliere, in un quadro caratterizzato da dati tecnici così lacunosi e contraddittori, il filo conduttore di «prassi virtuose». Il problema centrale è quello di fornire una risposta condivisa e consapevole al quesito «quale processo per la famiglia?».

La risposta non può arrestarsi soltanto all'individuazione del giudice competente a trattare e definire ciascuna controversia, ma deve riguardare, a mio avviso, in modo prioritario l'individuazione del rito più adatto a controversie che richiedono celerità e, nello stesso tempo, approfondimento e pienezza della cognizione.

Da questo punto di vista, il procedimento in camera di consiglio, adeguatamente strutturato con ogni garanzia del rispetto del contraddittorio, consente l'immediato contatto con un giudice collegiale e maggiore possibilità di oralità e confronto dialettico tra le parti.

Altro obiettivo, a cui ispirare prassi virtuose, consiste nella necessità di ottenere il riesame e il controllo di ogni decisione da parte di un giudice superiore e, in ogni caso, diverso da quello a cui appartiene l'organo che ha emanato la decisione. Parimenti ammissibile deve essere il controllo di legittimità della Corte di Cassazione. È opportuno ricordare, a questo proposito, come la Suprema Corte⁽⁴³⁾ - modificando un diverso contrario orientamento - abbia sancito che «sono ricorribili per cassazione, nel regime dettato dalla l. n. 54/2006, i provvedimenti emessi, ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., in sede di reclamo, relativi all'affidamento dei figli e alle relative statuizioni economiche, ivi compresa l'assegnazione della casa familiare». Alla ricorribilità per Cassazione non è apparsa ostativa, invero, né la competenza del tribunale per i minorenni né il rito della camera di consiglio: «l'ordinamento - si legge nella motivazione - prevede, ormai con una certa frequenza, la scelta del rito camerale, in relazione a controversie oggettivamente contenziose, per ragioni di celerità e snellezza, primo tra tutti il giudizio di appello nei procedimenti di separazione e divorzio».

Altro obiettivo di prassi virtuose è quello di ricorrere a misure idonee a garantire l'effettività e l'attuazione delle decisioni. In questo senso, meritano di essere salutate con apprezzamento quelle pronunce che fanno duttile applicazione dell'art. 709 *ter* cpc, riconoscendo:

- a) la sua proponibilità avanti al giudice che ha emesso la decisione di cui si lamenta l'inadempienza (giudice istruttore avanti al tribunale ordinario durante il procedimento; collegio in camera di consiglio dopo la pronuncia della sentenza; tribunale per i minorenni nei procedimenti relativi alla prole naturale);
- b) la legittimazione del genitore a domandare il risarcimento del danno anche a favore del figlio minore, senza l'aggravio procedurale della necessità di nomina di un curatore speciale;

⁽³⁹⁾ artt. 317 e 155 c.c., l'art. 6, 4° co., l. n. 898/1970 (come modificato dalla l. n. 74/1987), nonché l'art. 129, 2° co., c.c.

⁽⁴⁰⁾ Cass. 3.11.2000, n. 14360, nonché Cass. 13.12.1985, n. 6306.

⁽⁴¹⁾ Trib. Pistoia, 28.9.2010.

⁽⁴²⁾ Trib. Arezzo, 14.4.2008.

⁽⁴³⁾ Cass., sez. I, 30.10.2009, n. 23032, est. Dogliotti.

c) la pronuncia di provvedimenti sanzionatori anche d'ufficio, a fronte di condotte gravemente lesive dell'interesse del minore;
d) la qualificazione del danno previsto dell'art. 709 *ter* c.p.c. alla stregua di misura coercitivo-punitiva, che non richiede l'ordinaria prova del danno sofferto secondo le regole che presidiano il diverso sistema della responsabilità civile;
e) l'applicazione del nuovo strumento dell'art. 614 *bis* c.p.c.,

che consente al giudice, con il provvedimento di condanna a obblighi di fare o di non fare infungibili, di fissare la somma di denaro a cui l'obbligato sarà tenuto per ogni violazione o inosservanza successiva: tale misura non soltanto appare pienamente compatibile con la previsione dell'art. 709 *ter*, ma potrebbe addirittura esaltare la funzione residuale di tale ultima previsione. ■