

## **La competenza del TM per i provvedimenti personali e patrimoniali nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati (art.4 legge n.54/06)**

Note di Elisa Ceccarelli, 7 maggio 2007

### *1) La decisione della Cassazione*

Con l'ordinanza del 22 marzo 2007 la Cassazione, annullando la pronuncia declinatoria del TM di Milano in data 15 maggio 2006, ha dichiarato la competenza del tribunale per i minorenni a conoscere della domanda, relativa sia all'affidamento che al mantenimento dei figli naturali, in base all'art.4, comma 2, della legge 54/2006 che prevede l'applicazione delle disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

La Corte osserva che la legge 54/06 contiene disposizioni sostanziali e processuali.

Le prime riguardano: 1) la scelta preferenziale per l'affidamento condiviso e per un modello di esercizio della potestà basata sul principio di responsabilità e di continuità educativa, condivise tra i genitori; 2) l'indicazione di un regime di mantenimento dei figli (anche maggiorenni in alcuni casi) a carico di entrambi, con assegnazione della casa e possibilità di un assegno di natura riequilibratrice.

Le disposizioni processuali sono invece : 1) l'art. art.155 nuovo testo, che modula il potere istruttorio del giudice attribuendogli il potere di disporre accertamenti di polizia tributaria (anche su redditi e beni intestati a soggetti diversi), assumere anche d'ufficio mezzi di prova, rinviare la decisione per consentire una mediazione, ascoltare il figlio minorenne (art.155 sexies); 2) il nuovo comma dell'art.708 CPC che introduce la reclamabilità in CA dell'ordinanza presidenziale; 3) l'art.709 ter, che si fa carico dell'attuazione coattiva dei provvedimenti non patrimoniali relativi ai figli .

Secondo la Corte, l'art. 4 co. 2 della legge 54 intende trapiantare nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati i nuovi principi sostanziali sulla potestà genitoriale e l'affidamento condiviso, al fine di assicurare forme di tutela identiche a quelle riconosciute ai figli di coniugati.

Invece la legge non comporta alcuna abrogazione, espressa o tacita dell'art.38 DA CC né dell'art.317 bis CC in esso richiamato perché il legislatore non ha inteso incidere sui presupposti processuali del procedimento tra i quali le competenza nè ha voluto creare un modello processuale unico per i giudizi relativi all'affidamento dei figli nati o meno da matrimonio, applicando il rito proprio della separazione ai procedimenti ex art.317 bis, ma ha mantenuto le regole processuali vigenti Non si può nemmeno parlare di parziale abrogazione per incompatibilità dell'art.317 bis (che determinerebbe la caduta della competenza prevista dall'art 38) ma al contrario di riempimento del contenuto precettivo di tale disposizione.

Dal punto di vista processuale, la Corte mantiene ferma l'applicazione del rito camerale avanti al TM e ritiene applicabili e compatibili con esso le norme della legge 54/06 sui poteri istruttori speciali del giudice, sull'ascolto dei minori e sui poteri del giudice del procedimento in corso in caso di inadempienze dei genitori; esclude invece che sia applicabile la nuova reclamabilità avverso l'ordinanza ex art. 708 CPC, non prevista nel rito camerale.

La Corte ritiene infine che l'art. 155 nuovo testo imponga una contestualità di tutte le decisione riguardanti il figlio, a contenuto personale e patrimoniale, che devono ritenersi ormai inscindibili, mentre in precedenza, l'affidamento era deciso dal TM e le pronunce patrimoniali spettavano al tribunale ordinario ex art.148 CC.

Con la nuova normativa, in conclusione, l'art.317 bis si arricchisce di nuovi contenuti, non solo quanto alla preferenza per la bigenitorialità, ma anche quanto alla inscindibilità della valutazione globale sui profili personali e patrimoniali (cosa non nuova, se si pensa all'art. 277 CC) nel rispetto dei principi di concentrazione e di ragionevole durata del processo.

Il TM ha quindi piena competenza a decidere sull'affidamento e sulla misura e modo di mantenimento dei figli di genitori non coniugati e sull'assegnazione della casa, quando le domande sono proposte insieme.

Si deve invece ritenere che rimanga di competenza del tribunale ordinario, a sensi dell'art.148 CC, la domanda avente ad oggetto soltanto i provvedimenti patrimoniali, senza che venga messo in discussione l'affidamento del figlio.

## 2) *Il rito camerale e la sua compatibilità con la “nuova” pronuncia ex art. 317 bis.*

Subito dopo la pronuncia della Corte sono stati avanzati dubbi sull'applicabilità della forma camerale propria del TM ai “nuovi” procedimenti ex art 317 bis con particolare riferimento ai poteri istruttori del giudice, alle garanzie di difesa, alla natura e alla efficacia esecutiva della pronuncia.

Per quanto riguarda i poteri istruttori l'ordinanza della Cassazione è esplicita nell'affermare che le previsioni della legge 54/06 sono compatibili con il rito camerale tipico del TM.

Quanto alla garanzie di difesa, la questione va inquadrata richiamando i principi che devono regolare il giudizio camerale e che sono stati ormai da anni precisati dalla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale (ordin. n.121/1994, sent.n.1/2002) e della Cassazione (in particolare SS UU n.5629/1996).

Una questione analoga si era posta allorché la legge n.331/88 aveva modificato l'art 710 CPC applicando alle modifiche delle condizioni di separazione il rito camerale invece del precedente rito ordinario, al fine di accelerare i tempi e di adeguare la disciplina della separazione a quella già dettata per il divorzio (art.9 legge n.898/70 e 8 legge n.74/87) <sup>1</sup>.

Anche a seguito della legge 54/06 si è ora determinata una sostituzione di rito, dall'ordinario a camerale, con l'attribuzione al TM della competenza a decidere sulle questioni patrimoniali e con l'inserimento di una controversia patrimoniale contenziosa nell'ambito del procedimento camerale ex art.317 bis.

La costituzionalità dell'art. 710 è stata ritenuta, nonostante i dubbi avanzati circa l'adeguatezza della procedura camerale per controversie su diritti soggettivi, sia perché schematica e incompatibile con le modalità di assunzione delle prove (art.191-266 CPC), sia perché non sufficientemente rispettosa del diritto di difesa.

La Corte Costituzionale, confermando la propria costante giurisprudenza ha escluso che il rito contenzioso ordinario sia il solo conforme alla Costituzione in quanto idoneo a soddisfare il diritto di difesa; ha affermato invece che anche il procedimento camerale è idoneo ad assicurare tutte le garanzie processuali necessarie a rendere il sistema conforme alle esigenze del contraddittorio e della difesa (ord.n.121/1994). Ha inoltre richiamato la giurisprudenza della Cassazione secondo la quale il giudizio ex. art.710, nonostante il rito camerale, costituisce un procedimento contenzioso che si svolge “nel

---

<sup>1</sup> L'art.710 del CPC così innovato stabilisce che: “*le parti possono sempre chiedere, con le forme del procedimento in camera di consiglio, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole conseguenti la separazione. Il tribunale, sentite le parti, provvede all’eventuale ammissione di mezzi istruttori e può delegare per l’assunzione uno dei suoi componenti. Ove il procedimento non possa essere immediatamente definito, il tribunale può adottare provvedimenti provvisori e può ulteriormente modificarne il contenuto nel corso del procedimento*”

*pieno contraddittorio delle parti (ammesse ad esporre le rispettive ragioni oralmente, di persona o con l'assistenza tecnica di un difensore), dalla loro disponibilità degli atti, dal loro controllo sulle fasi del procedimento, dal contenuto della decisione che deve essere motivata, resa pubblica con il deposito e comunicata alle parti... che ha natura sostanziale di sentenza e può contenere una statuizione sulle spese*" (Cass. 11042/1991).

Il principio che anche il procedimento camerale deve e può essere ispirato al rispetto del contraddittorio, è stato ribadito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.1/2002 che ne ha rinvenuto la conferma anche nelle modifiche introdotte dalla legge 149/2001 che, per quanto non entrate in vigore, hanno stabilito che nei procedimenti in materia di potestà, gli interessati "sono assistiti da un difensore".

Nello stesso senso si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione secondo cui il ricorso al rito previsto dagli art. 737 segg. CPC è legittimo per i procedimenti aventi ad oggetto diritti soggettivi e status, poichè "non impedisce l'osservanza del diritto di difesa e non preclude la possibilità che la relativa disciplina si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti" (sent. n.5629/1996).

La giurisdizione camerale è divenuta ormai pacificamente, per usare le parole delle Sezioni Unite, un "*contenitore neutro....che può assicurare da un lato la speditezza e la concentrazione del procedimento, ed essere dall'altro rispettosa dei limiti, all'incidenza della forma procedimentale, imposti dalla natura della controversia, che in quanto relativa a diritti e status, gode di apposite garanzie costituzionali*". E' stato così delineato "*un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo che, non incidendo sul rapporto sostanziale controverso rispetta le garanzie delle parti in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova, all'applicazione dei termini ordinari previsti per l'impugnazione*"

La pronuncia citata, relativa ai procedimenti ex art. 269 CC per la dichiarazione giudiziale di genitura, trasferiti dal TO al TM dalla riforma del 1983, è agevolmente applicabile anche ai procedimenti in materia di affidamento e mantenimento dei figli, attribuiti dalla legge 54/06 alla inscindibile competenza del TM al fine (come dice la Cassazione) di garantire un'effettività tutela ai figli, non importa se nati da matrimonio o da convivenza.

La natura contenziosa del giudizio che si svolge nelle forme della procedura camerale richiede che siano rispettate le garanzie indicate dalla giurisprudenza sopra richiamata.

Tali garanzie dovrebbero essere applicate del resto, in generale, in tutti i procedimenti civili minorili poiché essi incidono su diritti personalissimi del figlio e dei genitori, con decisioni ben più penetranti di quelle attinenti al patrimonio.

Per questa ragione il legislatore del 2001 ha introdotto la difesa tecnica anche nella giurisdizione minorile, sebbene sospendendo la normativa per preoccupazioni finanziarie.

Non va comunque dimenticato l'attenzione rivolta ormai da decenni dai giudici minorili al problema delle garanzie processuali, che ha determinato l'adozione di prassi volte ad assicurare procedure camerale "garantite" nel senso indicato dalla giurisprudenza sopra citata, in modo che tutti i soggetti coinvolti nel procedimento (in quanto "significativi" per il minore) siano ammessi ad esporre le rispettive ragioni, di persona o con l'assistenza tecnica di un difensore e siano messi in grado di conoscere gli atti del procedimento e di controllarne le fasi per poter difendere le propri ragioni in relazione alle quali il giudice deve motivare la decisione.

I procedimenti ex art.317 bis saranno trattati con rito camerale integrato da tutte le garanzie compatibili con esso, ma che dovrebbero essere formalizzate tenuto conto del contenuto contenzioso e anche patrimoniale delle questioni trattate e degli effetti che dovranno essere assicurate alla pronuncia.

Sarebbe del tutto ragionevole che tali procedimenti assumessero le forme, già adottate con buoni risultati in alcuni TM, per i procedimenti ex art. 269 CC che si attuano con le seguenti scansioni : 1) presentazione del ricorso al Tribunale; 2) decreto presidenziale di fissazione di udienza avanti al collegio, con termini a comparire congrui rispetto ad esigenze di difesa (non necessariamente pari a quelli previsti dall'art.163 bis CPC) e termine per la notifica da parte del ricorrente; 3) fase collegiale con audizione delle parti, assunzione di eventuali provvedimenti provvisori, ammissione delle prove, delega ad un componente per l'assunzione; 4) precisazione delle conclusioni, termini a difesa e decisione.

Non sarebbe invece ragionevole che tali procedimenti rimanessero, come finora avveniva, affidati interamente al giudice relatore che, sentite le parti e assunte informazioni, riferiva alla camera di consiglio solo per la decisione.

In linea di principio infatti il maggior rigore sulle prove in materia patrimoniale esige una pronuncia collegiale di ammissione, che non può essere lasciata alla discrezionalità del giudice relatore e richiede una forte garanzia di contraddittorio e di difesa.

Anche sul piano operativo la trattazione collegiale come sopra delineata potrebbe rispondere al principio di concentrazione e speditezza del procedimento meglio di una trattazione lasciata alla discrezionalità del relatore quanto ai tempi e ai modi di sviluppo e di remissione al collegio.<sup>2</sup>

### *3) Il diritto di difesa e il patrocinio legale*

Poiché è pacifico che il diritto di difesa nel procedimento camerale avanti al TM non comporta necessariamente la nomina di un difensore, è stato posto il problema se per il “nuovo” procedimento ex art.317 bis si richieda tale nomina, secondo l’opinione di chi ritiene che, altrimenti, il contraddittorio e la difesa non sarebbero sufficientemente garantiti.<sup>3</sup>

In verità l’assistenza di un difensore sarebbe opportuna e coerente con l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’intero sistema, integrato con le disposizioni della legge 149/2001 significative, per quanto non ancora efficaci, della volontà del legislatore di garantire alle parti una difesa anche tecnica nelle controversie minorili (Corte Costituzionale sent.1/2002).

Non credo tuttavia che, in mancanza di una norma ad hoc, sarebbe possibile che il TM imponesse la difesa tecnica; soprattutto sarebbe inammissibile che, se non intendesse nominare un avvocato, l’interessato non fosse ammesso a difendersi da solo,.

Quindi, se il ricorso venisse proposto da uno dei genitori senza difensore, si dovrebbe ritenere ammissibile e tuttalpiù, nel decreto presidenziale di fissazione di udienza, potrebbe essere richiamata espressamente la facoltà, del ricorrente e del resistente, di munirsi di un difensore, se del caso a spese dello stato (art.74 e segg, 122 segg. DPR 30/5/02 n.115).

---

<sup>2</sup> Una tale formalizzazione potrebbe apparire invece eccessiva in caso di procedure “consensuali” come si dirà oltre.

<sup>3</sup> Sul punto non credo possa soccorrere l’esperienza dei procedimenti ex art.269 CC; non so se la parte sia mai stata ammessa a procedere senza un difensore ma può darsi che il difensore ci sia sempre stato, data la materia trattata e gli interessi in gioco.

Se però la nomina non venisse effettuata non potrebbe derivarne una sorta di “contumacia”, inammissibile nel procedimento camerale, ma dovrebbe comunque essere garantita la difesa personale della parte, che dovrebbe sempre essere ascoltata, ammessa all’esame degli atti e alla difesa delle proprie ragioni, nonché alla deduzione di eventuali prove, alla cui specificazione e delimitazione (ai fini della loro rilevanza e ammissibilità) potrebbe comunque soccorrere il giudice chiedendo chiarimenti alla parte e utilizzando in ogni caso il potere istruttorio officioso che la legge gli attribuisce.

Queste considerazioni possono valere, a mio giudizio, per i procedimenti a contenuto contenzioso, non invece per quelle che potremmo chiamare “separazioni consensuali” dei non coniugati dove la difesa tecnica potrebbe ritenersi superflua e la procedura dovrebbe essere molto semplificata e concentrata, rimettendone al giudice relatore la conduzione con investitura del collegio per una decisione che recepisca gli accordi tra i genitori.

### *3)L’esecutività del provvedimento a contenuto patrimoniale*

Perché le pronunce del TM a contenuto patrimoniale assicurino ai figli l’effettività di tutela voluta dalla legge 54/06 sarà necessario che esse siano muniti di efficacia esecutiva e della relativa formula (art.475 CPC, 153 DA CPC).

Si osserva a questo proposito che titoli esecutivi sono soltanto quelli elencati nell’art. 474 CPC, ma si rileva altresì che, se i provvedimenti non avessero forza esecutiva sarebbero in sostanza inutiliter dati. In difetto di un esplicito chiarimento del legislatore, occorrerà pervenire, in via interpretativa, al riconoscimento dell’efficacia esecutiva del decreto emesso ex art.317 bis CC dal TM considerato che esso ha ad oggetto diritti ed interessi identici a quelli che, per i figli nati da matrimonio, trovano tutela nelle disposizioni del giudice della separazione e del divorzio, tutte munite di efficacia esecutiva.

In proposito si può richiamare quanto affermato dalla giurisprudenza a proposito del decreto ex art.710 CPC che pur non essendo qualificato come titolo esecutivo (a differenza dell’ordinanza presidenziale ex art.708, cfr. art. 189 DA CPC) viene ritenuto tale avendo natura sostanziale di sentenza.

La sua efficacia esecutiva viene fatta derivare, per relationem, o dall’art.382 CPC o dall’art.4, comma 11 della legge sul divorzio, applicabile anche alla separazione (art. 23 legge n.74/87)<sup>4</sup>.

Una interpretazione alternativa potrebbe portare ad una pronuncia finale redatta in forma di sentenza, esplicitandone in motivazioni le ragioni, cioè che si tratta di provvedimento che ha natura sostanziale di sentenza, in quanto emesso al termine di un procedimento camerale “garantito” e avente contenuto decisivo poiché risolve un contrasto tra le parti rispetto ai diritti fatti valere, quanto meno con riferimento alle questioni economiche trattate<sup>5</sup>

### *4)L’adempimento del provvedimento sull’esercizio della potestà*

<sup>4</sup> Cfr.CA Milano,25/2/2004 (Famiglia e Diritto, 5/2005, pag.521 con nota di S.Nardilli) che argomenta la preferenza per la seconda soluzione. Diversamente dalla CA, la sezione del Tribunale di Milano che procede alle modifiche delle condizioni di separazione usa munire i provvedimenti di efficacia immediata ex art.741 CPC ed in base a ciò la cancelleria appone la formula esecutiva.

<sup>5</sup> Con questa interpretazione il TM di Bologna ha emesso, in forma di sentenza, provvedimenti ex art.317 bis a contenuto anche patrimoniale ritenendosi competente in mancanza di eccezione (art.38 CPC)

L'art.709 ter introdotto dalla legge 54/06, attribuisce al "giudice del procedimento in corso" la soluzione delle controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà o delle modalità di affidamento. Nessun dubbio, come precisato dalla Cassazione, che la norma si applichi anche ai procedimenti in corso avanti al TM.

Ma se la controversia, come spesso accade, insorge dopo che il procedimento è definito?

La formula adottata sembrerebbe far ritenere che permanga la competenza del giudice che si è pronunciato, dato che si dice "può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente" adottare i provvedimenti punitivi.

Quindi il TM potrebbe irrogare le sanzioni previste, mentre modifica i provvedimenti già dati.

Sembrerebbe meno pacifico che ciò potesse avvenire in via esclusiva, poiché per una domanda che abbia ad oggetto esclusivamente un risarcimento del danno si dovrebbe affermare la competenza del tribunale ordinario secondo il rito contenzioso.

La nuova competenza sanzionatoria va ad affiancare quella tradizionale (ma spesso trascurata) del Giudice Tutelare a norma dell'art.337 CC.

Ci si potrebbe chiedere se il GT, il cui intervento si esplica già anche con una forma di ammonizione del genitore inadempiente, possa se mai anche imporre la sanzione amministrativa prevista dal n.4 dell'art.709 ter-.