

## PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI RELATIVI ALLA LEGGE 10 DICEMBRE 2012 n. 219

di Valeria Montaruli

**Sommario:** -1 - Le modifiche sostanziali introdotte dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219. -2 - Le previsioni della delega al governo di cui all'art. 2 e, *de iure condendo*, della proposta di decreto legislativo elaborata dalla Commissione Bianca. 3 - La modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. introdotta dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219. 4 – La disciplina transitoria – 5 – Le principali questioni interpretative – 6 - Il nuovo art. 38 disp. att. c.c. e il difficile raccordo tra esigenze di concentrazione processuale e principio del giudice naturale, nei procedimenti *ex art.* 333 c.c. 7 La *vis attractiva* dei procedimenti di separazione e divorzio rispetto a quelli sulla potestà - 8 - La lacunosa disciplina del rito applicabile. - 9 - Il ruolo di cerniera assunto dal pubblico ministero ordinario nelle questioni relative ai minori. 10 – La sorte dei provvedimenti di decaduta dalla potestà e delle residue competenze trasferite al tribunale ordinario. - 11 - L'aporia creata dal trasferimento di competenze relativa agli procedimenti *ex art.* 317 bis c.c.

### **-1 - Le modifiche sostanziali introdotte dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219.**

La legge 10 dicembre 2012 n. 219, intitolata contraddittoriamente “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, modifica l’assetto giuridico della filiazione sulla base del principio relativo all'unificazione del relativo stato giuridico e alla sostituzione, nel codice civile e negli altri testi di legge, delle espressioni “figli legittimi” e “figli naturali” con la parola “figli”, i primi nati nel matrimonio, e i secondi nati fuori dal matrimonio. La *ratio* sottesa a tale intervento normativo è quella di depotenziare, nell’ambito dei rapporti familiari, la centralità del vincolo coniugale e di mettere in primo piano i diritti dei figli. Logica conseguenza della parificazione di stato, relativa alla filiazione, è l’abrogazione delle norme relative alla legittimazione del figlio naturale.

L'art. 1 della menzionata legge modifica l'art. 74 c.c., relativa alla definizione della parentela, configurandola come vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Conseguentemente, di parentela deve parlarsi solo in dipendenza del fatto biologico della filiazione, pur permanendo il carattere necessario del riconoscimento, perché lo stato di filiazione venga ad esistenza.

L'art. 250 co. 1 c.c. viene modificato nel senso dell'abbassamento dell'età, dai sedici ai quattordici anni, prevista per l'assenso del figlio nato fuori dal matrimonio al suo riconoscimento. Così, il medesimo abbassamento dell'età del figlio dai sedici ai quattordici anni, avviene in relazione alla necessità del consenso del genitore che abbia effettuato per primo il riconoscimento. Peraltro, l'età

per poter riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio rimane fissata al sedicesimo anno, e tuttavia viene consentito al giudice di autorizzare il medesimo anche al genitore di età inferiore, “valutate le circostanze e avuto riguardo all’interesse del figlio”. Ai sensi dell’art. 38 *bis* disp. att. c.c., il giudice competente ad emettere il provvedimento di autorizzazione è il tribunale ordinario, con un procedimento di volontaria giurisdizione e con applicazione del rito camerale.

In precedenza, l’art. 250 c.c. si limitava a prevedere che, in caso di opposizione al riconoscimento, il tribunale, nel contraddittorio tra le parti e sentito il minore con l’intervento del pubblico ministero, pronunciasse una sentenza che, in caso di accoglimento della domanda, prendesse il posto del consenso mancante. Oggi l’*iter* procedimentale è più articolato, e la competenza viene attribuita al tribunale ordinario, in composizione collegiale (art. 38 disp. att. c.c., come modificato). L’atto introduttivo del giudizio consiste in un ricorso anomalo, simile a quello del procedimento monitorio. A seguito del deposito, il giudice non fissa l’udienza, ma solo il termine per la notifica del ricorso all’altro genitore. Vi sono due possibili varianti procedurali: a) l’altro genitore non propone opposizione entro trenta giorni dalla notifica del ricorso, sicché il giudice si pronuncia con sentenza che terrà luogo del consenso mancante; b) l’altro genitore, entro trenta giorni dalla notifica del ricorso, propone opposizione: in tal caso, si apre un’istruttoria in cui il giudice può assumere ogni opportuna informazione e il procedimento si svolge in camera di consiglio, con la previsione dell’ascolto del minore ultradodicenne o che comunque appaia capace di discernimento, e con previsione della possibilità di emettere provvedimenti provvisori e urgenti per instaurare la relazione fra figlio genitore. Terminata l’istruttoria, il giudice, in caso di rigetto dell’opposizione, emetterà una sentenza che prende il posto del consenso mancante, con provvedimenti relativi all’affidamento e al mantenimento del minore, nonché sul suo cognome. È prevista peraltro la possibilità di autorizzare il riconoscimento da parte di genitori con meno di sedici anni, valutate le circostanze avuto riguardo all’interesse del figlio.

Con la sentenza che tiene luogo del consenso mancante, il giudice assume altresì i provvedimenti opportuni in relazione all’affidamento al mantenimento, nonché relativamente all’attribuzione del cognome. Invero, la *ratio* della riforma del 2012 è quella di salvaguardare per quanto possibile, la relazione tra il figlio e il genitore che lo riconosce per secondo, nell’interesse del minore<sup>1</sup>. Rimane peraltro ferma la regola, contenuta nell’art. 11 comma 3 l. n. 4 maggio 1983 n. 184, la quale prevede che, in presenza di una situazione di irriconoscibilità destinata a venir meno in tempi brevi, la procedura di adattabilità del figlio sia rinviata d’ufficio al compimento del sedicesimo anno d’età, purché il figlio sia, nel frattempo, adeguatamente assistito e mantenga con il suo genitore rapporti

---

<sup>1</sup> Cfr. FERRANDO G., *La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale*, in rivista dell’associazione italiana degli avvocati per la famiglia per i minori, 1/2013, 10.

significativi. Occorrerà dunque procedere ad un coordinamento tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni presso cui penda la procedura di adottabilità sospesa.

Invero, quanto all'attribuzione del cognome ai sensi dell'art. 262 c.c., in caso di successivo riconoscimento da parte dell'altro genitore, gli ufficiali dello stato civile continuano a trasmettere ai tribunali gli atti di riconoscimento ai fini dei provvedimenti per l'attribuzione del cognome, come accadeva quando la competenza si radicava in capo ai tribunali per i minorenni, che per prassi aprivano in via uffiosa il relativo procedimento. Sembra prevalere allo stato un orientamento contrario, secondo il quale il procedimento verrà aperto solo su istanza di parte, in considerazione del fatto che il rito camerale prevede l'attivazione con ricorso dell'interessato<sup>2</sup>.

La disposizione centrale, attorno alla quale ruota l'intera legge, è l'art. 315 c.c., che viene modificato nel senso che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico, e che si collega alla modifica dell'art. 74 c.c. relativo ai rapporti di parentela, nonché alla modifica dell'art. 258 c.c., secondo il quale “il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguarda i parenti dello stesso”. In forza delle citate disposizioni, il soggetto, una volta conseguito lo stato di figlio a seguito della nascita da genitori coniugati, del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale, diventa parente delle persone che discendono dallo stipite dei genitori: egli quindi entra far parte della loro famiglia estesa, indipendentemente dal fatto che sia stato concepito all'interno o fuori dal matrimonio<sup>3</sup>. In conseguenza di questa modifica, il figlio può trovarsi inserito in due famiglie, quella paterna e quella materna, tra loro non comunicanti, come sino ad ora avveniva soltanto attraverso il vincolo di affinità.

Altra significativa modifica attiene all'art. 251 c.c., che modifica l'originario divieto di riconoscimento dei figli cosiddetti incestuosi, già scalfito dalla Corte costituzionale che, nel 2002, dichiarò illegittima la disposizione che non consentiva la dichiarazione giudiziale della paternità rispetto ai predetti figli<sup>4</sup>. È tuttavia previsto che il riconoscimento sia subordinato ad autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare al medesimo qualsiasi pregiudizio. Tale modifica ha suscitato notevole clamore, in quanto si riteneva che potesse consacrare rapporti di filiazione biologica nati da rapporti abusanti. Tuttavia, è prevalsa l'opinione che paventava un rischio di pregiudizio per il minore, il quale vedeva disconosciuto il rapporto di filiazione anche con riferimento al genitore vittima della violenza o dell'abuso, sicché correttamente si è ritenuto di subordinare detto riconoscimento alla valutazione in concreto effettuata dall'autorità

<sup>2</sup> Invero, con riferimento a detti procedimenti, il presidente del tribunale di Bari ha dato disposizioni agli uffici dello stato civile di non trasmettere tali dichiarazioni direttamente al tribunale, ritenendo che i relativi procedimenti vadano attivati solo su iniziativa di parte.

<sup>3</sup> Cfr. SESTA M., *L'unicità dello stato di filiazione i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.* n. 3/2013, 233.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia e diritto*, 2003, 119, con nota di Ferrando.

giudiziaria. Tale competenza, peraltro, nella bozza di legge attuativa che si esaminerà viene attribuita al tribunale specializzato.

Particolarmente meritoria appare l'ulteriore modifica dell'art. 276 c.c., che consente la nomina di un curatore speciale, quale legittimato passivo della domanda di dichiarazione di genitorialità, qualora manchino il genitore o i suoi eredi. Tale nomina spetta al giudice competente a conoscere della domanda di riconoscimento, avverso la quale è ammesso a contraddirsi chiunque vi abbia interesse. Rilievo centrale riveste, inoltre, oltre alla modifica dell'art. 315 c.c., anche l'introduzione del nuovo art. 315 *bis* c.c., rubricato "Diritti e doveri del figlio", che enuncia e sancisce il principio secondo il quale "il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito materialmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", così recependo il contenuto dell'art. 147 c.c. Si segnala inoltre, l'affermazione esplicita, contenuta nel 2° comma, del diritto del figlio a crescere in famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti, diritto che non era esplicitato in precedenza dal codice, ma ricavabile da una serie di disposizioni contenute nelle leggi 8 febbraio 2006 n. 54 e 4 maggio 1983 n. 184. Peraltro, l'art. 2 assegna al legislatore delegato il compito di prevedere "la legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori". Si segnala che la bozza di decreto delegato attribuisce la competenza relativa a tali giudizi al tribunale per i minorenni.

È infine rilevante l'art. 315 *bis* 3° comma c.c., secondo il quale "il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano", disposizione che, nel richiamare principi ormai consolidati, introduce l'obbligo dei genitori di confrontarsi con il figlio ultradodicenne per le questioni che lo riguardano. Si segnala, peraltro, che la bozza di decreto legislativo disciplina le modalità dell'ascolto, recependo alcune indicazioni provenienti dalla prassi e dei protocolli elaborati nei diversi tribunali.

Infine, viene introdotto l'art. 448 *bis* c.c., che stabilisce che il figlio può escludere dalla propria successione il genitore che si sia reso responsabile di fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463 c.c. Tale disposizione va collegata con quella che, nel 2005, al comma 3 *bis*, introducesse un nuovo caso di indegnità nei riguardi del genitore decaduto dalla potestà nei confronti della persona della cui successione si tratta e che non fosse stato reintegrato all'epoca dell'apertura della successione. In una discutibile logica sanzionatoria nei confronti del genitore inadempiente, viene introdotto l'art. 448 *bis* c.c., concernente il venir meno dell'obbligo del figlio di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale sia stata pronunciata la decadenza dalla potestà.

Quanto ai riflessi successori, non vi è dubbio che in virtù del rapporto di parentela che si instaura tra il figlio, anche di genitori non coniugati, e i relativi consanguinei, egli, diversamente da quanto

accadeva sinora, è chiamato a pieno titolo alla successione legittima sulla base degli artt. 565 c.c. ss. Inoltre, con riguardo alla successione necessaria, deve ritenersi che tra i legittimari di cui all'art. 536 c.c., vadano inclusi anche gli ascendenti naturali, con abrogazione dell'art. 538 c.c. nella parte in cui li escludeva dalla quota di riserva ivi contemplata. Così dev'essere pure interpretato l'art. 571 c.c., che includerà anche i fratelli e sorelle naturali, in precedenza esclusi dalla successione, nonché l'art. 572 c.c., che fa riferimento a quei parenti collaterali che sino ad ora non erano tali, in rapporto ai figli nati fuori dal matrimonio. Risulta, peraltro, abrogato l'istituto della commutazione previsto dall'articolo 537 comma 3 c.c. Inoltre, l'art. 2,lett. f), incarica il governo di assicurare “l'adeguamento della disciplina delle successioni e le donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti, anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento...”. Tale norma sembra imporre al legislatore delegato l'adeguamento della disciplina in materia successoria, limitatamente alle successioni aperte dopo il gennaio 2013.

Una problematica su cui si stanno confrontando gli interpreti è quella relativa alla ventilata abrogazione dell'art. 317 *bis* c.c., che non viene menzionato nel nuovo art. 38 disp. att. c.c. In particolare, secondo alcuni autori, le regole di cui agli artt. 316 – 317 c.c., a seguito della novella, si applicano ad ogni relazione tra genitori e figli, a prescindere da ogni distinzione fra genitori coniugati, conviventi e non conviventi. Allo stesso modo, dovrebbe ritenersi applicabile il secondo comma dell'art. 317 c.c., combinandolo con l'art. 155 c.c., in forza del richiamo operato dall'art. 4 cpv. 1. 8 febbraio 2006 n. 54. In definitiva, secondo questa interpretazione, lo statuto della potestà sui figli è unico e indipendente dai rapporti di fatto tra i genitori, regolati appunto dagli artt. 316, 317, 337 e 155 c.c.<sup>5</sup> Analoga interpretazione era invalsa all'indomani dell'entrata in vigore della citata l. n. 54/2006, ma si ritenne in prevalenza che la norma continuasse a spiegare effetti, con riferimento allo statuto della potestà dei figli naturali, fatte salve le integrazioni delle disposizioni in materia di affidamento condiviso di cui agli artt. 155 *bis* ss. c.c. Questa tesi è anche oggi contrastata da altra dottrina che ritiene che la norma sia rimasta in vigore nel primo comma, stante il riferimento contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c. all'applicazione del rito camerale nelle controversie in materia di affidamento o e mantenimento dei minori, evidentemente riferibile ai figli nati fuori dal matrimonio. Infatti, relativamente ai figli nati nel matrimonio è applicabile il rito della separazione o del divorzio, se si inseriscono nell'ambito del procedimento di separazione e di divorzio, ovvero nei procedimenti di revisione di cui all'art. 710 c.p.c.<sup>6</sup> Invero, la tesi dell'abrogazione dell'art. 317 *bis* c.c. potrebbe condurre a conseguenze pregiudizievoli per i figli

---

<sup>5</sup> Cfr. SESTA M., *op. cit.*, 233.

<sup>6</sup> Cfr. TOMMASEO F., *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali, in famiglia e diritto*, n. 3/2013, 251.

nati fuori dal matrimonio. Infatti, l'esercizio congiunto della potestà in capo a entrambi i genitori, in assenza di una pronuncia che stabilisca il regime di affidamento condiviso, potrebbe rivelarsi impraticabile in quei numerosi casi in cui non vi sia mai stato alcun rapporto tra il figlio nato fuori dal matrimonio e il genitore non convivente, in considerazione anche del fatto che a differenza di quanto avviene per i coniugi sposati, per cui in caso di separazione è necessario il ricorso al giudice per l'autorizzazione a vivere separati, per i genitori non coniugati il ricorso all'autorità giudiziaria è puramente eventuale. In questo senso, assume anche rilievo la possibilità, prevista dal 2° comma dell'art. 317 *bis* c.c., che il giudice escluda dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, con nomina del tutore.

Infine, un ulteriore spunto di riflessione attiene alla disciplina relativa all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 l. n. 184/1983, per cui vige ancora il richiamo all'adozione dei maggiori di età, che, essendo la stessa destinata a soddisfare interessi meramente patrimoniali, non comporta l'instaurazione di rapporti fra l'adottato e i parenti dell'adottante, salvi i casi previsti dalla legge. L'art. 74 c.c. prevede invero che il vincolo di parentela si estende anche con riguardo ai figli adottivi, precisando che esso non sorge nei casi di persone maggiori di età *ex artt. 291 ss. c.c.* Posto che, nell'adozione legittimante, gli adottati conseguono lo stato di figli legittimi degli adottanti, si pone la questione se con tale disposizione il legislatore abbia inteso riferirsi all'ipotesi di adozione in casi particolari in cui all'art. 44 l. n. 184/1983.

Invero, si può interpretare la clausola di salvezza dei casi previsti dalla legge nel senso che, secondo il combinato disposto con il nuovo art. 74 c.c., questa preclusione, in ossequio ai principi di parificazione degli *status* di filiazione, vada rivista con riferimento a quelle fattispecie come l'art. 44 lett. *d*), l. n. 184/1983, ovvero i casi di impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo, in cui l'obiettivo principale è quello di attribuire al minore una nuova famiglia, senza recidere i rapporti con la sua famiglia di origine. Viceversa, ciò non si potrà ipotizzare nel caso previsto dall'art. 44 lett. *b*), l. n. 184/1983, di adozione da parte del coniuge nel caso in cui il minore sia figlio adottivo dell'altro coniuge, perché vi sarebbe altrimenti una moltiplicazione di rapporti familiari.

## **-2 - Le previsioni della delega al governo di cui all'art. 2 e, *de iure condendo*, della proposta di decreto legislativo elaborata dalla Commissione Bianca.**

L'art. 2 contiene una delega al governo per l'emissione, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, di uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e

di dichiarazione dello stato di adottabilità, per eliminare ogni discriminazione tra figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 Cost.

Invero, *de iure condendo*, alcune innovazioni sono anticipate nella legge delega, sebbene nei lavori della Commissione Bianca, che ha lavorato sulla proposta di decreto legislativo licenziata dal Consiglio dei Ministri il 12.7.2013, si è dato atto dell'impossibilità di formulare soluzioni processuali definitive, mancando principi di delega in relazione alle disposizioni processuali. Tuttavia, la Commissione, chiamata a rendere il proprio parere, di fronte alla scelta dell'approvare la legge con una lacunosa disposizione processuale, ovvero rinviare l'approvazione dell'intera legge alla successiva legislatura, ha ritenuto prevalente l'interesse all'approvazione del disegno di legge per conseguire l'importante risultato di superare le discriminazioni tra figli e garantire parità di trattamento in tema di rapporti di parentela e diritti successori, rendendo in tal modo la normativa italiana, finalmente conforme alla legislazione sovranazionale e al sentire sociale. La Commissione ha espresso altresì l'auspicio che si prosegua nell'impegno di proporre e sostenere una riforma, al fine di far cessare la frammentazione di competenze ora esistente tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario, e che, in linea con quanto previsto dalle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore (adottate il 17 novembre 2010), preveda la creazione di organi giurisdizionali specializzati nella materia della famiglia e dei minori.

Il legislatore delegante prevede l'ingresso di disposizioni con implicazioni processuali, come, alla lett. *b*), l'introduzione di una disciplina relativa alle prove della filiazione, e alle azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo dello stato di figlio. *De iure condendo*, nell'art. 2, comma 1, lett. *g*), si introducono limiti all'imprescrittibilità dell'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nonché limiti di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte dei legittimi diversi dal figlio, per il quale, invece, è stata mantenuta l'imprescrittibilità dell'azione. In applicazione del principio di unicità di stato giuridico dei figli, si è dettata una disciplina quanto più omogenea delle due azioni, di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, contemplando i due interessi in gioco, quello del *favor veritatis* e quello della certezza e stabilità dello stato giuridico acquisito dal figlio. Di sicuro rilievo processuale, è, inoltre, la previsione alla lett. *p*), della **legittimazione degli ascendenti** a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori. Tale principio trova attuazione nell'art. 42 della proposta di decreto legislativo, che sostituisce l'art. 317-bis c.c.. Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti con i nipoti è stato espressamente disciplinato nel previgente articolo 155 c.c., come modificato dalla l. n. 54/2006. L'attuazione di questo principio ha incontrato difficoltà, in quanto è certa l'impossibilità degli ascendenti di intervenire nei giudizi, quali quelli di separazione o divorzio, nel corso dei quali i genitori richiedono al tribunale di

adottare provvedimenti per la disciplina delle condizioni di affidamento dei figli<sup>7</sup>. Con l'art. 317-bisc.c., oltre a ribadire il principio enunciato nella legge delega e nella nuova formulazione dell'articolo 315-bis, 2° comma c.c., si prevede il diritto dell'ascendente, che prospetti impedimenti all'esercizio di tale diritto, di ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei, nell'esclusivo interesse del minore stesso, operando quanto agli aspetti procedurali un rinvio all'articolo 336, 2° comma, c.c.. La competenza per tali procedimenti è attribuita al tribunale per i minorenni (*cfr.* art. 96 nella parte in cui modifica l'articolo 38 disp. att. c.c.), in ossequio all'orientamento giurisprudenziale dominante che riconduce tali controversie nell'alveo dell'articolo 333 c.c.

Di più immediato impatto procedurale è il principio enunciato nella legge delega dall'art. 2 lett. *i*), in materia di disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'**ascolto del minore** che abbia adeguata capacità di discernimento. L'art. 53 della proposta di decreto delegato introduce nel nostro ordinamento l'articolo 336-bis c.c. Il nuovo articolo, dando attuazione al principio contenuto nella lett. *i*) del 1° comma art. 2 legge delega, disciplina l'ascolto del minore. La norma, in aderenza al richiamato principio, prevede che all'ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni e anche di età inferiore, se capace di discernimento, provveda il presidente del tribunale o un giudice da questi delegato nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano. Applicando un principio espresso oltre che dalla Suprema Corte, anche dalle Corti sovranazionali, la norma chiarisce che l'ascolto è un diritto del minore, dal quale non deriva un "obbligo" del giudice di procedervi, poiché in ogni caso occorrerà valutare oltre all'età ed alla capacità di discernimento del minore stesso, anche che l'audizione non possa nuocere, alla luce delle circostanze del caso concreto, al suo superiore interesse<sup>8</sup>. Per questo, l'ultima parte del 1° comma dell'art. 336-bis c.c. prevede che qualora l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore, il giudice non procederà all'adempimento, dandone atto con provvedimento motivato. Nel 2° comma è previsto che l'ascolto possa essere condotto dal giudice anche avvalendosi di esperti e ausiliari; infatti potrebbe essere necessario avvalersi di specifiche competenze (psicologiche, neuropsichiatriche, etc.) qualora, in ragione delle circostanze del caso concreto, si ravvisi l'opportunità di un'assistenza qualificata che integri le competenze del magistrato precedente. Tale previsione appare eccessivamente rigida, nella parte in

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo, Cass.civ., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22081 , in *Dir. famiglia* 2010, 4, 1547 , con nota di Danovi, che afferma il principio per cui, nella separazione e nel divorzio, il diritto del figlio minore a conservare un rapporto ed una relazione affettiva significativi con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale, sancito dalla legge 8 febbraio 2006 n. 54, non è sufficiente, in mancanza di un'espressa norma di legge, ad attribuire a soggetti diversi dai coniugi la legittimazione ad essere parti del giudizio.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, *Dir. famiglia* 2010, 4, 1565, con nota di Tarricone, che, in materia di sottrazione internazionale di minori, prevede che dall'omesso immotivato ascolto del minore, discenda la nullità del procedimento; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2011, n. 1838, in *Giust. civ.* 2011, 6, 1483 e, a livello sovranazionale, *cfr.* Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 22 dicembre 2010, nella causa C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, in *eur-lex.europa.eu*.

cui esclude altre modalità di ascolto indiretto. La seconda parte del 2° comma prevede che i genitori (anche quando sono parti del procedimento e come tali legittimati a partecipare ad ogni fase e udienza dello stesso), i difensori delle parti, il curatore speciale del minore se già nominato ed il pubblico ministero (parte necessaria nella quasi totalità dei procedimenti che riguardano i minori) potranno partecipare all’ascolto solo se autorizzati dal giudice. La disposizione recepisce gli orientamenti dominanti emersi nei richiamati corsi tematici organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, durante i quali sono stati analizzati molti dei protocolli stipulati a livello locale tra organi giurisdizionali (tribunali ordinari e per i minorenni) e consigli dell’ordine degli avvocati, sulla base dei quali si ritiene che la contemporanea presenza nel medesimo locale di tutte le parti processuali può recare nocimento alla genuinità dell’ascolto, potendo il minore essere indotto a tacere ovvero a privare di spontaneità comportamenti e risposte, a causa della eccessiva “formalità” di tale adempimento, qualora questo si strutturi come un’ordinaria udienza civile. Il diritto al contraddittorio è assicurato dalla possibilità per le parti del procedimento di proporre argomenti e temi di approfondimento al giudice prima dell’inizio dell’adempimento, nonché di prendere visione del verbale che, ai sensi dell’ultimo comma della norma, deve essere redatto, fatta salva la possibilità di procedere alla registrazione audio - video dell’adempimento. Per contemperare l’interesse del minore a essere ascoltato in un ambiente protetto e privo di troppe “presenze” e l’interesse delle parti ad essere presenti, è stata introdotta, nelle disposizioni di attuazione al c.c., una norma (cfr. art. 96 della bozza di decreto attuativo, nella parte in cui introduce l’articolo 38-bis disp. att. c.c.) che prevede che l’autorizzazione del giudice non sia necessaria, qualora la salvaguardia del minore sia assicurata da idonei mezzi tecnici, quali l’uso di vetro specchio e di impianti citofonici.

Peralterro, in linea generale, al principio sostanziale dell’integrale equiparazione tra figli legittimi e naturali, cui consegue il superamento spesso di tale terminologia, non ha corrisposto, sul piano processuale, la creazione di un procedimento uniforme in materia di crisi genitoriale, magari estendendo il rito disciplinato dagli artt. 706 ss. c.p.c. ai genitori non uniti in matrimonio, ma si è conservato un doppio binario processuale<sup>9</sup>. In particolare, la l. n. 219/2012 ha riformulato l’art. 250 c.c., che in materia di **riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio**, contiene oggi le menzionate regole procedurali nuove.

Un’ulteriore importante novità procedimentale, come si è anticipato, è costituita, in materia di **riconoscimento dei figli incestuosi**, dall’attribuzione della relativa competenza al tribunale per i minorenni.

---

<sup>9</sup> Cfr. LUPOI A.M., *La legge n. 219 del 2012 sullo stato giuridico dei figli: i profili processuali*, relazione presentata al convegno *Lo stato giuridico dei figli oggi*, tenuto a Macerata il 18 gennaio 2013.

- **3 -La modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. introdotta dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219,**

Il quadro normativo in ordine al riparto di competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario è radicalmente mutato con l'emanazione della legge 10 dicembre 2012 n. 219 “*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 17 dicembre 2012.

La legge ha introdotto nell'articolo relativo alla parificazione tra figli legittimi e naturali, una modifica dell'art. 38 disp. att. c.c., su emendamento n. 3.1 del senatore Berselli, prevedendo la drastica riduzione dell'elenco delle materie di competenza del tribunale per i minorenni, che era stata peraltro notevolmente estesa dopo l'entrata in vigore della l.n. 54/2006, a seguito dell'interpretazione della riforma che ha portato la giurisprudenza a ritenere che la competenza relativa alle controversie sul mantenimento, oltre che sull'affidamento della prole naturale, fosse implicitamente attribuita al giudice speciale, in caso di contestualità tra le due domande<sup>10</sup>.

Il nuovo art. 38 disp. att. c.c. riduce le materie di competenza del tribunale per i minorenni a quelle numerate negli artt. 84, 90, 330, 333, 334, 335 e 371 ult. comma c.c., con l'esclusione della competenza del tribunale per i minorenni per detti procedimenti, nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, il giudizio di separazione, di divorzio o di cui all'art. 316 c.c.

E' stato osservato che il legislatore ha perso l'occasione di riordinare l'assetto di competenze, in considerazione del fatto che altre competenze del tribunale specializzato sono stabilite dagli artt. 34, 35, 40 e 45 disp. att. c.c., nonché dalle leggi speciali<sup>11</sup>.

Aggiunge detta norma che in tali ipotesi, e per tutta la durata del processo, la competenza, anche per i provvedimenti sopra citati, spetta al giudice ordinario. Viene poi replicata la clausola relativa alla residuale competenza del tribunale ordinario per i casi in cui non sia espressamente stabilita la competenza di altra autorità giudiziaria.

Quanto al rito, per le questioni relative all'affidamento e mantenimento dei minori si applicano in quanto compatibili, le previsioni relative agli artt. 737 ss. c.p.c.

---

<sup>10</sup> Cass. civ, sez. I, 20 settembre 2007, n. 19406, in [www.paresonaedanno.it](http://www.paresonaedanno.it), che ha dato seguito all'indirizzo interpretativo che la stessa Corte regolatrice, in tema di affidamento e mantenimento dei figli naturali, aveva assunto con la precedente ordinanza Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362, in *Il civilista* 2009, 5, 19 con nota di Rovacchi. Segnatamente, la Corte di cassazione ha dichiarato la competenza del Tribunale per i Minorenni, nell'ambito dei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ex art. 317-bis c.c., ad esprimere una «cognizione globale» sui figli naturali, nel senso che il Giudice minorile potrà adottare non solo i provvedimenti relativi all'affidamento della prole naturale ma, anche, nella sola ipotesi di contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella di affidamento, quelli relativi alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento della stessa

<sup>11</sup> Cfr. IMPAGNATIELLO G., *Profilo processuale della nuova affiliazione. Riflessioni a prima lettura sulla legge 10 dicembre 2012, n. 219, relazione tenuta all'incontro di studio sul tema la nuova affiliazione. Prassi, competenze profili processuali*”, svoltosi a Foggia l’8 e 9 marzo 2013.

Inoltre, ferme restando le azioni di stato, si dispone che il tribunale provveda in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e decida in composizione collegiale. In deroga alle norme sul rito camerale, peraltro, si prevede che i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente, così recependo l'approdo delle Sezioni Unite 2013, con riferimento ai provvedimenti emessi in sede di modifica delle condizioni della separazione *ex art. 710 c.p.c.*<sup>12</sup>

Infine, nell'intento di rafforzare la garanzia dei crediti alimentari e di mantenimento della prole, l'art. 3 comma 2° l. 219/2012 prevede che il giudice, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti. Invero, il legislatore ha generalizzato i rimedi già previsti dagli artt. 156 c.c. e 8 l. 1 dicembre 1970 n. 898. In particolare, le misure previste sono l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sui beni del debitore, ai sensi dell'art. 2818 c.c., connessa non più necessariamente alla sentenza, ma a qualsivoglia provvedimento definitivo, come il sequestro conservativo dei beni del debitore e l'ordine al terzo debitore del debitore, di pagare direttamente all'avente diritto. Invero, pare esserci difetto di coordinamento, atteso che, pur richiamando la norma, con riferimento all'ordine di pagamento diretto, la disciplina dell'art. 8 prevede che l'ordine sia dato dal giudice, sicché non paiono applicabili il 3° e il 4° comma della disposizione, relativi all'intimazione del debitore. Peralterno, a differenza che nell'art. 8 l. n. 898/1970 e 156, 6° comma c.c., non è previsto l'impulso di parte, consentendosi al giudice di attivarsi di ufficio<sup>13</sup>.

#### **- 4 – La disciplina transitoria.**

Vi è poi la previsione della disciplina transitoria nell'art. 4, ai sensi del quale, in deroga al principio del *tempus regit actum*, le disposizioni di cui all'art. 2 si applicano ai giudizi instaurati a decorrere dall'entrata in vigore della legge in esame, ovvero dopo il 1 gennaio 2013. Il 2° comma aggiunge che ai procedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, pendenti dinanzi al tribunale specializzato alla data di entrata in vigore della legge, si applicano le disposizioni di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., in quanto compatibili, oltre a quelle dettate dall'art. 3

---

<sup>12</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 26 aprile 2013, n. 10064, in Diritto & Giustizia 2013, con nota di Milizia, risolvendo un contrasto interpretativo sull'immediata esecutività del provvedimento emesso in sede di revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere a seguito dello scioglimento e della cessazione degli effetti del matrimonio, a norma dell'art. 9 della legge n. 1 dicembre 1970 n. 898 e successive modificazioni, ha statuito che il decreto pronunciato dal tribunale è immediatamente esecutivo, in conformità di una regola più generale, desumibile dall'art. 4 della citata legge regolativa della materia e incompatibile con l'art. 741 c.p.c., che subordina l'efficacia esecutiva al decorso del termine utile per la proposizione del reclamo.

<sup>13</sup> Cfr. CEA C., *Profili processuali della legge n. 219/2012*, in *Il giusto processo civile* n. 1/2013, 216 e DE MARZO G., *Novità legislative in tema di affidamento di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali*, in *Foro it.*, 2013, V, 78..

comma 2 cpv. 1. n. 219/2012. Invero, quest'ultima locuzione intende estendere ai procedimenti *ex art. 317 bis c.c.* pendenti davanti al tribunale per i minorenni alla data di entrata in vigore della legge, gli strumenti di coazione diretta e indiretta di natura patrimoniale. Sembra ultronea e, con ogni probabilità dovuta ai numerosi rimaneggiamenti susseguitisi nel corso dei lavori parlamentari, la previsione di applicabilità delle norme sul rito camerale, che ha sempre operato per i procedimenti pendenti davanti al tribunale specializzato. Peraltra, già l'elaborazione giurisprudenziale pregressa aveva rafforzato notevolmente le garanzie del contraddittorio previste in tali procedimenti. Sulla disciplina transitoria è intervenuto un provvedimento del tribunale di Milano, stabilendo che detta disciplina, che prevede l'applicazione del nuovo art. 3 della l. n. 219/2012 opera in deroga rispetto al principio della *perpetuatio iurisdictionis*, sicché in caso di domanda riconvenzionale di affidamento e mantenimento del figlio nato fuori dal matrimonio proposta precedentemente all'entrata in vigore della legge, pur se a seguito della modifica il giudice originariamente incompetente era divenuto competente, dichiarava comunque la propria incompetenza in favore del tribunale per i minorenni<sup>14</sup>.

## **- 5 – Le principali questioni interpretative.**

Le questioni interpretative poste dalla normativa sono di non poco momento e possono così sintetizzarsi:

- se la menzionata esclusione della competenza in materia di 333 c.c., in pendenza di giudizio di separazione, comporta la declaratoria d'incompetenza per materia o l'applicazione dei meccanismi della continenza o connessione ed entro quali limiti e modalità;
- le modalità di adozione da parte del tribunale ordinario dei provvedimenti menzionati nel 1° comma della norma, tra i quali quello di decadenza dalla potestà, e il rito ad essi applicabile;
- Il ruolo del pubblico ministero ordinario, con riferimento ai poteri di iniziativa e di accordo con il pubblico ministero minorile
- l'estensione dell'anzidetto meccanismo ai procedimenti di modifica *ex art. 710 c.p.c.* ed *ex art. 9 l.n. 898/70*, ai casi di separazione consensuale e ai procedimenti *ex artt. 317 bis c.c.*, ora, stando all'orientamento dominante, di competenza del tribunale ordinario, come si vedrà al par. , in caso di proposizione di una questione *de potestate* in pendenza del procedimento relativo ai figli nati fuori dal matrimonio;

---

<sup>14</sup> Cfr. Trib. Milano, . 13 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

**- 6 - Il nuovo art. 38 disp. att. c.c. e il difficile raccordo tra esigenze di concentrazione processuale e principio del giudice naturale, nei procedimenti ex art. 333 c.c..**

La modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. recepisce l'esigenza di concentrazione delle tutele in una materia in cui è assai difficile se non impossibile, distinguere una domanda di modifica pura e semplice, da quella fondata appunto sul comportamento pregiudizievole (o magari sul grave abuso) del genitore.

Una significativa svolta giurisprudenziale sul punto si era già avuta nel 2008, la cui prospettazione ha trovato accoglimento dalla Cassazione appena un anno fa, in un'ordinanza adottata a seguito di regolamento di competenza proposto dal Tribunale di Brescia investito, nell'ambito di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, di una domanda *ex art. 333 c.c.*, e finalizzato alla declaratoria di incompetenza del Tribunale per i minorenni di Brescia<sup>15</sup>. La Corte ha accolto il regolamento di competenza, stigmatizzando ancora una volta la “concezione angusta e formalistica del più generale riparto di competenze fra tribunale ordinario (quale giudice della separazione o del divorzio) e tribunale per i minorenni. Siffatta concezione limiterebbe i confini dei provvedimenti in concreto assumibili - in sede di separazione o di divorzio - in materia di affidamento dei figli minori, dal tribunale ordinario, precludendo 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”.

La Corte ha argomentato che l'art. 155 c.c., prima e dopo la novella del 2006, prevede che il giudice della separazione possa decidere anche *ultra petitum*, assumendo i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale di essa. Del resto, ai sensi dell'art. 6, comma 8, l. n. 898/1970, in sede di divorzio, il tribunale può procedere all'affidamento dei minori a terzi, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori. Ancora, l'art. 709 *ter* c.p.c. precisa che il giudice della separazione può emettere i provvedimenti opportuni, anche quando emergano gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore. Ricordando che l'art. 38 disp. att. c.c. contiene una elencazione specifica dei provvedimenti attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni, mentre stabilisce una generale competenza del tribunale ordinario per i provvedimenti per cui non sia espressamente stabilita l'attribuzione ad una diversa autorità giudiziaria, concludeva dunque la Corte che tanto il giudice specializzato (nel caso di coppie non coniugate o, se coniugate, quando non pende

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2008 n. 24907, in *Il civilista* 2010, 3, 16, e Cass.civ., sez. VI, ord. 5.10.2011, n. 20352, in *Giusto proc. civ.*, 2012 , con nota di Poliseno.

separazione) che il giudice della separazione o del divorzio, in presenza di una situazione di pregiudizio per i minori, possono assumere provvedimenti a tutela dei figli.

La Corte individua, tuttavia, una competenza residuale del tribunale per i minorenni, ma non tanto con riferimento al contenuto della domanda, quanto piuttosto riguardo ai soggetti che potrebbero proporla: nel procedimento *ex art. 333 c.c.* anche i parenti o pubblico ministero, con possibilità, in casi eccezionali di necessità ed urgenza di provvedimento di ufficio del giudice minorile, nel procedimento di modifica delle condizioni di separazione e divorzio ovviamente, soltanto i coniugi. Anche in una recentissima decisione, la Suprema Corte, investita di un ricorso per regolamento di competenza avverso un'ordinanza del tribunale per i minorenni che in presenza di domanda *ex art. 333 c.c.*, declinava la competenza in favore del tribunale ordinario presso il quale pendeva causa di separazione, ha ribadito che rientrano nella competenza del giudice specializzato solo le domande finalizzate ad ottenere provvedimenti di decaduta dalla potestà genitoriale, senza che sia elemento idoneo a spostare la competenza presso il giudice specializzato l'allegazione di un grave pregiudizio per i figli, essendo necessaria la espressa domanda intesa ad ottenere un provvedimento ablativo della potestà<sup>16</sup>.

Già in via giurisprudenziale, si era dunque stabilito che la competenza speciale del tribunale ordinario in presenza di genitori separati, prevarrebbe su quella generale dell'organo giudiziario minorile, in materia di limitazione della potestà, con la sola eccezione dei procedimenti *ex art. 333 c.c.*, iniziati su impulso del pubblico ministero minorile o degli altri parenti, per i quali pacificamente permaneva la competenza del tribunale per i minorenni, non già in ragione della *causa petendi* o del *petitum*, ma solo in relazione alla legittimazione soggettiva a proporre tali istanze.

Questo è il quadro giurisprudenziale relativo al riparto di competenze in epoca antecedente all'entrata in vigore della novella relativa all'art. 38 disp. att. c.c., che non pare essere stato sovvertito dalla modifica in esame, pur se assume un carattere apparentemente tassativo la formulazione che prevede l'esclusione della competenza del tribunale per i minorenni per i procedimenti di cui all'art. 333 c.c., quando sia in corso tra le stesse parti un procedimento di separazione o divorzio, o giudizio *ex art. 316 c.c.* in materia di contrasti sull'esercizio della potestà, transitato quest'ultimo anch'esso alla competenza per materia del tribunale ordinario.

---

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 2013, n. 4945, in *Dir. e Giust.*, 2013, stabilisce che, in tema di affidamento di minori e di provvedimenti di decaduta dalla potestà genitoriale, il discriminante tra la competenza del tribunale ordinario e quella del tribunale per i minorenni deve essere individuato con riferimento al *petitum* ed alla *causa petendi* in concreto dedotti. Rientrano pertanto nella competenza del giudice specializzato, ai sensi del combinato disposto degli art. 330 c.c. e 38 disp. att. c.c., soltanto le domande finalizzate ad ottenere i provvedimenti di decaduta dalla potestà genitoriale, mentre rientrano nella competenza del tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi, le pronunce di affidamento dei minori nonché le modalità dell'affidamento; né vale a spostare la competenza presso il tribunale per i minorenni l'allegazione di un grave pregiudizio per i figli minori, se tale deduzione non è intesa ad ottenere un provvedimento ablativo della suddetta potestà.

Con tale formulazione, tuttavia, non pare venga a crearsi una competenza funzionale e inderogabile del tribunale ordinario in relazione ai provvedimenti *ex art. 333 c.c.*, quanto piuttosto a consacrarsi un meccanismo di bilanciamento tra le sfere di competenza delle due autorità giudiziarie nei procedimenti e provvedimenti che coinvolgano gli interessi dei minori. Infatti, nell'elenco di materie delineato nel nuovo art. 38 disp. att. c.c., è ancora incluso l'art. 333 c.c., che prevede l'adozione di provvedimenti limitativi della potestà in presenza di comportamenti pregiudizievoli in danno di minori. La competenza del tribunale ordinario in questa materia scaturisce allora dalla pendenza di un procedimento di separazione o divorzio, nel quale, ai sensi della citata novella del 2006, vengono assunti, anche indipendentemente dal principio della domanda, provvedimenti nell'interesse dei minori. Il legislatore ha infatti superato la distinzione, già ritenuta in giurisprudenza “eccessivamente angusta e formalistica, tra profili attinenti ai rapporti tra le parti e la tutela dei minori avverso i comportamenti pregiudizievoli dei genitori, che spesso maturano nel clima di elevata conflittualità che caratterizza tali procedimenti.

E' pur vero che la norma non disciplina i meccanismi di questa *translatio iudicii*, né prevede cause di sospensione dei procedimenti instaurati davanti al tribunale per i minorenni in pendenza di procedimenti di separazione o divorzio, o l'ultrattività dei provvedimenti emessi a tutela dei minori dal tribunale ordinario in caso di cessazione del giudizio tra le parti<sup>17</sup>.

#### **- 7 – La *vis attractiva* dei procedimenti di separazione e divorzio rispetto ai procedimenti sulla potestà.**

Il principale problema è dunque vedere fino a che punto si estenda **la *vis attractiva* dei procedimenti di separazione e di divorzio sulle materie rimaste di competenza del tribunale per i minorenni.**

- a) L'ipotesi più semplice è quella cui, compatibilmente con la norma transitoria per cui la novella

---

<sup>17</sup> Viceversa, l'ordinamento ha fornito una risposta sistematica al coacervo di competenze in materia di ordini di protezione e di allontanamento dalla casa familiare, previsti rispettivamente dagli artt. 342 *bis*c.c. e 282 *bis* c.p.p. Più puntuale è la disciplina dei provvedimenti di cui all'art. 282 *bis* c.p.p. emessi dal giudice penale (allontanamento del genitore o del convivente dalla casa familiare come misura coercitiva). E' previsto infatti che i provvedimenti (quanto al primo relativamente ai soli aspetti economici) perdano efficacia una volta emessi i provvedimenti corrispondenti da parte del giudice competente per l'affidamento dei minori o per la separazione giudiziale. Sul punto la disciplina di cui all'art 282 *bis* c.p.p. è chiara nel regolamentare i rapporti con la decisione del giudice della separazione o del divorzio, nonché con il tribunale per i minorenni laddove si fa riferimento ad “*altro provvedimento del giudice civile in ordine (...) al mantenimento dei figli*”. Quanto agli ordini di protezione, l'art 8, l. 4 aprile 2001 n. 154 prevede poi una dettagliata disciplina del rapporto tra l'ordine di protezione e il successivo avvio della causa di separazione o di divorzio, per il quale si dispone l'automatica perdita di efficacia dell'ordine di protezione. L'assenza di una specifica disciplina relativa ai rapporti tra le competenze in materia di pregiudizio, tra tribunale ordinario e tribunale minorile, induce dunque a ritenere, al di là della lettera della norma, che non ci sia una radicale preclusione per il giudice minorile a valutare i comportamenti pregiudizievoli dei genitori in pendenza di separazione o divorzio.

si applica ai procedimenti instaurati dopo la sua entrata in vigore, mentre pende già un giudizio di separazione o divorzio, o un procedimento *ex art. 317 bis c.c.*, uno dei coniugi adisce il tribunale per i minorenni *ex art. 333 c.c.* In tal caso, dovrà essere dichiarata l'incompetenza per materia dal tribunale per i minorenni, essendo competente il tribunale davanti al quale “è in corso tra le stesse parti” il procedimento: dunque, è davanti a questo tribunale che il processo dev'essere riassunto da una delle parti entro il termine di legge<sup>18</sup>. Deve ritenersi che l'incompetenza per materia vada eccepita o rilevata entro i termini di cui all'art. 38 c.p.c., estensibili ai procedimenti camerali, secondo la giurisprudenza di legittimità, a mente della quale la disposizione contenuta nel 1° comma dell'art. 38 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 4 della 1 26 novembre 1990, n. 353, là dove ha introdotto una generale barriera temporale, di natura preclusiva, ai fini della possibilità di rilevare l'incompetenza per materia, per valore o per territorio nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c., fissandola nella prima udienza di trattazione, 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)<sup>19</sup>.

- b) Più complesso è il caso in cui, pendente la richiesta *ex 333 c.c.* o *330 c.c.* al tribunale per i minorenni di un genitore sposato nei confronti dell'altro quando ancora non è iniziato il giudizio di separazione, ma uno dei due instauri successivamente il giudizio di separazione davanti al tribunale ordinario (sarà fatta oggetto di successiva disamina, l'analogia problematica che si pone per le istanze *de potestate*, quando si apre il *317 bisc.c.* davanti al tribunale ordinario), chiedendo anche un provvedimento di limitazione della potestà. Ferma restando in via generale la competenza del tribunale per i minorenni per le suddette richieste, qualora non penda giudizio di separazione, si pone il problema di conciliare il principio di concentrazione delle tutele, ampiamente valorizzato già dalla giurisprudenza di legittimità, con il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, di cui all'art. 5 c.p.c. Non è infatti agevolmente ipotizzabile che un giudice originariamente competente perda tale competenza nelle more del procedimento, in ragione di un fatto sopravvenuto, qual è la successiva proposizione di una domanda di separazione o di divorzio. A ciò osta innanzitutto l'argomento formale relativo all'utilizzo da parte del legislatore del 2012 dell'espressione “*tra le stesse parti*”, da interpretarsi letteralmente come un riferimento ai due genitori fra cui pende il procedimento di separazione e divorzio, i quali dovrebbero anche essere parti del procedimento *de potestate*. Vi è da dire peraltro che il principio della *perpetuatio* sembra

---

<sup>18</sup>Cfr. protocollo tribunale ordinario - tribunale per i minorenni di Brescia del 10 aprile 2013, in *Famiglia e dir.*, 2013, 634, con nota di Danovi.

<sup>19</sup>Cass.civ., 1<sup>a</sup> sez., 22 maggio 2003, n. 8115, *Giust. civ. mass.* 2003, 5

assumere rilevanza costituzionale, in quanto corollario del principio del giudice naturale, e che allo spostamento *ad libitum* della competenza per materia ostano le preclusioni di cui all'art. 38 c.p.c.<sup>20</sup>. Diversamente si permetterebbe anche ad uno solo dei genitori di mutare il giudice naturale precostituito per legge, instaurando, magari solo per finalità strumentali, procedimento separativo o divorzile dinanzi al tribunale ordinario al solo fine di sottrarre al giudice naturale il procedimento precedentemente instaurato, in una sorta di *forum shopping* interno. In senso diverso, altra parte della dottrina ritiene che prevalga, rispetto al principio della *perpetuatio*, la soluzione relativa all'estensione della *vis attractiva* del tribunale ordinario, in ossequio al principio generale della concentrazione delle tutele per tutte le questioni che concernono la potestà e l'affidamento dei minori<sup>21</sup>. Così il protocollo di Brescia, prevede, in caso di successiva instaurazione del giudizio separativo rispetto alla domanda *de potestate* pendente davanti al tribunale per i minorenni, che essa possa essere riunita con quelle proposte nel giudizio di separazione, divorzio o *ex art. 317 bis c.c.*, come previsto dagli artt. 40 – 274 c.p.c., alla luce della connessione tra le stesse. Argomenta peraltro che il giudice minorile, nel caso in cui avvenga che la causa principale sia in uno stato che non consenta l'esauriente trattazione decisione della causa connessa, è tenuto a concludere il procedimento davanti a sé pendente, con conseguente trasmissione per opportuna conoscenza al tribunale ordinario del provvedimento emesso e di copia degli atti più significativi. In tal caso, il provvedimento si configura come una decisione provvisoria, esecutiva ed ultrattiva, ma destinata ad essere assorbita dalle successive decisioni adottate dal giudice ordinario investito del procedimento di separazione, di divorzio o *ex art. 317 bis c.c.*

- c) Sul piano del *thema decidendum*, non appare sufficiente la pendenza del mero giudizio di separazione e/o divorzio, per determinare lo spostamento di competenza delle questioni *de potestate*, essendo altresì necessario che in tale giudizio si faccia questione dell'affidamento dei minori, sicché, ove sia stata già pronunciata una sentenza non definitiva che abbia risolto la questione dell'affidamento dei figli, non vi sono i presupposti per il trasferimento della competenza, e la richiesta dei provvedimenti contemplati dall'articolo 38 comma 1° va inoltrata al giudice minorile<sup>22</sup>. Invero, l'inciso contenuto nel nuovo art. 38 disp. att. c.c. ‘*tra le stesse parti*’ denota che il legislatore ha questa consapevolezza, sicché limita la *vis attractiva* del tribunale ordinario alle sole controversie insorgenti concernenti la relazione tra genitori e

<sup>20</sup> In questo senso, cfr. SPINA, *Le controversie de potestate e la vis attractiva esercitata su di loro, a mente del nuovo articolo 38 disp. att. cc.*, relazione tenuta a Vicenza, il 31 maggio 2013, che fa riferimento al protocollo di Bolzano.

<sup>21</sup> Cfr. CEA C., *Profilo processuale della legge n. 219/2012*, in *Il giusto processo civile* n. 1/2013, 216 e DE MARZO G., *Novità legislative in tema di affidamento di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio: profili processuali*, in *Foro it.*, 2013, V, 78.

<sup>22</sup> Cfr. CEA C., *op. cit.*, 225.

minori, nelle ipotesi in cui uno o entrambi i genitori vengano ritenuti inidonei all'affidamento del figlio minore, ovvero una delle parti ostacoli la relazione tra il figlio e l'altro genitore, o vi sia tra di essi un tale clima di conflittualità da pregiudicare l'equilibrio psico – fisico del minore. Inoltre, l'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 38 inizia con l'espressione “intale ipotesi”, facendo dunque implicito riferimento alla sussistenza di questioni sussumibili nell'art. 333 c.c.<sup>23</sup>

- d) Dalla lettera della norma si desume che tale *vis attractiva* si eserciti solo laddove il procedimento separativo sia in corso, e non soltanto pendente, con esclusione delle cause sospese o cancellate dal ruolo, nonché in pendenza dei termini per l'appello o per il reclamo (cfr. protocollo di Brescia cit.). Secondo altra pronuncia, sulla domanda di decadenza dalla potestà genitoriale del padre promossa dalla madre successivamente al deposito della sentenza di separazione, ma prima della notificazione della citazione in appello, è competente la corte d'appello e non il tribunale, atteso che il principio della concentrazione delle tutele opera anche quando la pendenza del giudizio di separazione o divorzio è successiva al procedimento instaurato sulla potestà<sup>24</sup>. Si tende ad escludere che ciò possa avvenire anche nei procedimenti di separazione consensuale o divorzio congiunto. Si possono ipotizzare i seguenti casi, almeno con riferimento ai procedimenti promossi dalle parti private (un discorso più complesso dovrà farsi, con riferimento ai procedimenti proposti di iniziativa del pubblico ministero o degli altri parenti).
- e) Sembra pacifico che la competenza del Tribunale ordinario in materia di art. 333 c.c. operi non solo in pendenza di giudizio di separazione e divorzio, ma – pur in assenza di una previsione esplicita al riguardo - anche nei successivi incidenti previsti, a modifica delle condizioni dei medesimi, dagli artt. 710 c.p.c. e 9 l. n. 898/1970, come d'altra parte già sancito dalla citata pronuncia Cass. n. 20352/2011, nell'ambito di una richiesta di modifica del regime di affidamento. Qualora poi il procedimento si estingua per volontà delle parti, la continuità dell'intervento pubblico potrebbe essere garantita solo se la questione *de potestate* venga nuovamente riproposta davanti al tribunale per i minorenni, essendo difficilmente ipotizzabile, in assenza di espressa previsione, un'ultrattività della competenza del tribunale ordinario in ordine alla procedura ufficiosa. Peraltro, il procedimento davanti al tribunale per i minorenni andrebbe instaurato *ex novo*, non essendo prevista una convalida o un termine di efficacia per i provvedimenti già assunti.

---

<sup>23</sup>Contra, in senso estensivo, cfr. DE MARZO G., *op. cit.*, 78, per cui la *vis attractiva* si esercita sulla base della mera pendenza del giudizio di separazione o di divorzio,

<sup>24</sup>Cfr. Trib. Pistoia, ordinanza 17 luglio 2013, inedita

- f) Quanto alle richieste di modifica dei provvedimenti *de potestate* emessi dal tribunale per i minorenni prima dell'entrata in vigore della novella, se le parti richiedono la sola modifica del provvedimento *ex art. 333 c.c.*, si ritiene che la competenza permanga in capo al tribunale per i minorenni, laddove se la modifica riguarda sia il provvedimento *ex art. 333 c.c.* che gli altri provvedimenti di separazione, la competenza permane in capo al tribunale ordinario. Inoltre, le richieste di modifica dei provvedimenti emessi dal tribunale per i minorenni *ex art. 317 bis c.c.*, successivamente all'entrata in vigore della novella vanno proposte al tribunale ordinario<sup>25</sup>.
- g) Nessuna preclusione rispetto alla *vis attractiva* sembra porsi allorquando il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario operino in diversi distretti di corte d'appello, nel caso in cui per i procedimenti di separazione o divorzio operino i fori speciali di cui agli articoli 706 c.p.c. e 4 l.n. 898/1970, pur se questi ultimi siano derogatori rispetto al principio di prossimità con la prole.
- h) Infine, con riferimento al caso in cui il procedimento che determina la *vis attractiva* sia pendente in fase di impugnazione, alcuni autori ritengono che, se sono in discussione profili attinenti alla prole rispetto ai quali non si sia formata alcuna preclusione, è possibile proporre la questione *de potestate* davanti al giudice dell'impugnazione<sup>26</sup>. Rimane tuttavia la perplessità relativa al rischio che, rispetto a tali questioni, venga saltato un grado di giudizio, posto che le norme in tema di rito camerale non prevedono la possibilità di impugnare i provvedimenti suddetti davanti alla stessa corte d'appello in altra composizione.
- i) In ogni caso, si ritiene che, per lo meno nei procedimenti *de potestate* promossi da una parte privata, ogni qualvolta si realizzi presupposto che determina la trasmigrazione del procedimento dal giudice minorile a quell'ordinario, ai sensi degli artt. 38 – 50 c.p.c. applicabili anche al rito camerale, il giudice minorile dovrà declinare la competenza a favore del tribunale ordinario, assegnando un termine per la riassunzione. Ove tale termine non sarà rispettato, il procedimento davanti al giudice minorile si estinguerà, fermo restando che un nuovo procedimento dovrà essere eventualmente instaurato davanti al tribunale ordinario. Viceversa, come si vedrà, per i procedimenti *de potestate* promossi su iniziativa del Pubblico ministero minorile, è ipotizzabile la mera trasmissione degli atti dal tribunale specializzato al tribunale ordinario. Del tutto isolata è stata la prospettazione, già affermata da alcuni orientamenti della giurisprudenza di merito, che avevano qualificato il rapporto tra giudizio di separazione e divorzio, e giudizio attinente alla potestà *sub specie* di continenza, sul presupposto dell'inscindibilità dei profili attinenti al rapporto tra i coniugi con riferimento ai minori e quelli più specificamente attinenti al pregiudizio. E' stato invocato l'art. 39 c.p.c.,

<sup>25</sup> Cfr. protocollo di Brescia, cit.

<sup>26</sup> Cfr. CEA C., *op. cit.*, 220 e IMPAGNATIELLO G., *op. cit.*, sn.

ipotizzando che il giudizio di separazione e/o divorzio funga da causa contenente rispetto al procedimento *ex art. 333 c.c.*<sup>27</sup> Tale tesi non ha avuto seguito, perché si tratta di un istituto di stretta interpretazione, per il quale non è sufficiente l'astratta riconducibilità della causa contenuta al *thema decidendum* della causa contenente, ma occorre un concreto nesso di interdipendenza tra le questioni trattate.

In merito alle modalità di traslazione della domanda *de potestate* dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario, appare opportuno segnalare che la Suprema Corte ha ritenuto che nella materia in esame sia possibile la trasmissione degli atti dal giudice dichiaratosi incompetente all'altro giudice ritenuto competente, questo in considerazione dei poteri di intervento d'ufficio attribuiti al giudice investito di questioni attinenti i minori<sup>28</sup>. La trasmissione degli atti, in alternativa al meccanismo della riassunzione *ex art. 50 c.p.c.*, è da considerare non una prassi, ma uno strumento di primaria importanza in questo tipo di procedure e presenterebbe l'indubbio vantaggio di accelerare la decisione delle questioni prospettate, evitando che l'inerzia delle parti nella riassunzione, si traduca in un vuoto di tutela in danno del minore<sup>29</sup>.

## 7 - La lacunosa disciplina del rito applicabile.

Si è già ricordato che la nuova formulazione dell'*art. 38 disp. att. c.c.* contiene una scarna disciplina del rito, prevedendo l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme sul rito camerale, di cui agli artt. 737 ss c.p.c. Si pone, dunque, la delicata problematica di coordinamento dei diritti, in caso di pendenza di procedimento di separazione o divorzio, posto che tali procedimenti sono speciali solo nella fase iniziale, detta presidenziale, mentre successivamente si trasformano in giudizi a cognizione piena, che si svolgono secondo le cadenze codicistiche degli artt. 163 ss c.p.c., e si concludono con sentenza collegiale.

Vi è una duplice formulazione, atteso che l'*art. 38 disp. att. c.p.c.* secondo periodo stabilisce che

<sup>27</sup> Cfr. Trib. Min. Catania, 3 giugno 2006, in [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it).

<sup>28</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2765, in *Fam. e dir.* 2002, 493 (nota De Cristofaro), a mente della quale, sulla scorta degli indirizzi maturati in materia fallimentare, può assumersi a principio generale - riferibile pertanto anche ai procedimenti di cui agli art. 330 e 333-334 c.c. - quello dell'ammissibilità della richiesta d'ufficio del regolamento di competenza, ogni qualvolta si versi in materia nella quale il giudice (competente) disponga di poteri di intervento d'ufficio, anche in difetto di riassunzione ai sensi dell'*art. 50 c.p.c.*, e dunque sulla base della semplice trasmissione officiosa degli atti dal giudice dichiaratosi incompetente al giudice ritenuto dal primo competente, ma che a sua volta dubiti della propria competenza e la declini. In senso analogo, sempre in tema di procedimenti volti all'ablazione o alla limitazione della potestà genitoriale, cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2008, n. 25290, in *Giust. civ.* 2009, 3, 617, in un caso analogo in cui l'ufficio che abbia ricevuto gli atti da un giudice dichiaratosi incompetente, e che si ritenga a propria volta incompetente, sollevi conflitto di competenza ed a chiedere il relativo regolamento d'ufficio, quand'anche il provvedimento con cui sia stata declinata la competenza non sia seguito da riassunzione del processo, nei modi e nei tempi previsti dall'*art. 50 c.p.c.*.

<sup>29</sup> Cfr. VELLETTI M. *Quale giudice per i ricorsi ex art. 330 c.c.?*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it).

nei procedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei minori si osservano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. c.p.c., ovvero le disposizioni generali sul procedimento in camera di consiglio, mentre il 3° comma aggiunge che, eccezione fatta per le azioni di stato, nelle quali continueranno a osservarsi azioni dedicate loro dalla legge, il giudice competente a norma del 1° comma provvede “in ogni caso” in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i suoi provvedimenti sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Invero, al di là delle perplessità che possono avversi rispetto alla trattazione di questioni così delicate con un rito, quale quello camerale, assai poco normato, non pare possa ritenersi che la norma voglia istituire due diversi riti camerali. Piuttosto, tale diversa formulazione nasce verosimilmente dalla originaria intenzione, presente nei lavori parlamentari, (cfr. ddl n. 2805 approvato dalla Camera nel 2011), di coniare un rito apposito relativo ai procedimenti di affidamento dei figli di genitori non coniugati. Tale previsione non venne approvata dalla Commissione giustizia del Senato, che ritenne di assoggettare i procedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei minori, dapprima alle disposizioni di cui agli artt. 710 ss. c.p.c., in quanto compatibili, successivamente sostituendo tale rinvio a quello più generico di cui agli artt. 737c.p.c. ss. Pertanto, si ritiene che la norma faccia riferimento all'unico rito camerale previsto dal codice, con la sola eccezione dell'art. 741 c.p.c. relativo al differimento dell'efficacia del decreto camerale alla scadenza del termine per proporre il reclamo<sup>30</sup>. La norma ha infatti recepito il principio, sulla scorta delle prassi già affermatisi, di munire di immediata efficacia il decreto camerale, ovvero di apporvi la formula esecutiva. Peraltro, non c'è ragione di dubitare sul coordinamento del rito camerale con le previsioni di cui all'art. 336 c.p.c., con la sola eccezione della già desueta previsione del potere ufficioso del giudice, né di escludere l'operatività della modifica introdotta dalla legge 28 marzo 2001 n. 149, relativa alla previsione della difesa tecnica dei genitori e del minore. Invero, il rito camerale è a carattere collegiale e tuttavia, non vi sono ostacoli a prevedere la possibilità di delegare l'istruttoria ad uno dei componenti del collegio, in applicazione analogica con quanto previsto dall'art. 710 cpv. c.p.c., nonché con l'art. 738 c.p.c. in materia di procedimenti di competenza del giudice tutelare e con la previsione di cui all'art. 3 cpv. d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150, in materia di procedimento sommario di cognizione.

Ci si chiede, inoltre, se debba instaurarsi **un autonomo giudizio camerale**, ovvero se l'istanza debba essere inoltrata nella fase di svolgimento del giudizio di separazione e di divorzio.

Secondo un primo orientamento, poiché si è in presenza di un'ipotesi di competenza non autonoma e in ossequio a ragioni di economia processuale, nonché al fine di evitare sovrapposizioni fra diversi organi giudiziari, appare preferibile la seconda soluzione, con evidente prevalenza del rito previsto

---

<sup>30</sup> Cfr. IMPAGNATIELLO G., *op. cit.*, sn.

per il giudizio di separazione e di divorzio, e con la conseguente proponibilità dell'istanza incidentale davanti al giudice che procede, dovendosi di volta in volta valutare se la decisione possa essere opportunamente emessa dal presidente o dal giudice istruttore, ovvero se debba pronunciarsi il collegio, anche in sede di giudizio di impugnazione<sup>31</sup>. Particolarmente, con riferimento ai procedimenti *de potestate*, viene ritenuta un'ipotesi di connessione con la causa di separazione e di divorzio, che, ai sensi degli artt. 273 - 274 c.p.c., giustifica la riunione dei procedimenti, con prevalenza della causa separativa, assoggettata a rito ordinario (art. 40 3° comma c.p.c.).

Tale orientamento muove dalla considerazione della esigenza di una trattazione unitaria delle questioni relative all'affidamento della prole nei procedimenti di separazione e di divorzio, e delle questioni relative al pregiudizio dei minori, sicché appare corretto ipotizzare che il *simultaneus processus* in capo al giudice della causa principale adito per la separazione, o per il divorzio, o per la revisione delle condizioni *ex art.* 710 c.p.c., si realizzi vuoi nei casi in cui il secondo procedimento sia di volontaria giurisdizione, vuoi quando abbia natura contenziosa. Conseguentemente, la concentrazione della tutela processuale può verificarsi sia *ab initio*, allorché il procedimento, connesso o contenuto nella causa principale di separazione, di divorzio, o di revisione sia stato instaurato da una delle parti, ovvero successivamente, allorché, proposta la domanda davanti al tribunale per i minorenni, questo si dichiari incompetente o dichiari la continenza o la connessione, e contestualmente ordini la riassunzione della causa davanti al tribunale ordinario, ai sensi degli artt. 50, 39 cpv e 40 c.p.c.<sup>32</sup>

Altro orientamento invalso nella prassi, e seguito dal tribunale di Bari, vuole invece che la previsione normativa militi inequivocabilmente per l'attivazione di un autonomo procedimento camerale, con le caratteristiche sommariamente indicate dalle norme, ovvero l'intervento necessario del pubblico ministero, e la collegialità delle decisioni da assumersi nella forma del decreto, di cui viene stabilito il carattere immediatamente esecutivo, salvo che il giudice non disponga diversamente. Invero, anche in dottrina non manca chi rileva che all'ampliamento della competenza del tribunale ordinario a discapito di quella del tribunale per i minorenni, non corrisponda l'attuazione del *simultaneus processus*, non essendo possibile ad esempio l'attuazione del cumulo oggettivo, quando la domanda *de potestate* venga proposta mentre il procedimento di separazione e divorzio pende in grado di appello, o più in generale, quando la causa preventivamente proposta sia pervenuta ad uno stato che non consenta la trattazione della causa connessa. In tali casi, pur sussistendo la competenza del tribunale ordinario, la trattazione avverrà nella forma del rito camerale. D'altra parte, non vi è dubbio che è sempre consentito il cumulo

---

<sup>31</sup> Cfr. CEA C., *op. cit.*, 223.

<sup>32</sup> Cfr. POLISENO B., *La competenza del tribunale ordinario sulla revisione delle condizioni di separazione relative all'affidamento del minore in grave pregiudizio*, in *Il giusto proc.civ.*, 4/2012, 1124

oggettivo, dei giudizi di cui all'art. 316 c.c., nonché di separazione e di divorzio, con i procedimenti *de potestate*, con prevalenza nel primo caso del rito camerale e nel secondo caso del rito della separazione e del divorzio, ferma restando tuttavia la necessità di garantire la partecipazione del minore, introdotta dalla legge n. n. 249/2001 nei procedimenti *de potestate* e la possibilità di emanare provvedimenti urgenti a tutela del minore, ai sensi dell'art. 336 cpv c.c., sin dalla fase presidenziale<sup>33</sup>.

In favore di questa seconda impostazione, depone l'assenza di una qualsivoglia disciplina, che regoli l'inserimento dei procedimenti *de potestate* in via incidentale nel giudizio di separazione e divorzio, potendosi prospettare l'applicazione analogica del meccanismo previsto per i procedimenti di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., non in tutte le ipotesi di pregiudizio per il minore, ma soltanto in presenza di controversie relative all'esercizio della potestà e/o di assunzione di provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni. Così, anche se i procedimenti di separazione di divorzio pendono in grado d'appello e/o di gravame o sono in una fase tale da non consentire il *simultaneus processus*, rimangono ugualmente idonei a determinare lo spostamento della competenza e saranno trattati autonomamente, con il rito camerale. Inoltre, problematica appare l'ipotesi del *simultaneus processus*, relativamente ai provvedimenti menzionati nel primo periodo dell'art. 38 disp. att. c.c., attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, in pendenza dei menzionati giudizi di cui all'art. 316 c.c., di separazione e di divorzio.

Peraltro, relativamente ai procedimenti camerali di cui all'art. 38 disp. att. c.c. pare eccessivo ritenere che sia a priori vietato che una parte possa contestualmente proporre al tribunale ordinario, cumulandole in un unico processo, tanto la domanda di separazione, quanto quella *ex art.* 333 c.c.: tale possibilità, come si è visto, è stata ampiamente ammessa dalla giurisprudenza già prima della novella.

In ogni caso, la trattazione contestuale dei procedimenti non è automatica, anche se appare auspicabile un meccanismo tabellare che preveda la tendenziale assegnazione allo stesso giudice che si occupa di separazione e divorzio, del procedimento di volontaria giurisdizione che si iscrive nella stessa vicenda. In tal modo, il giudice adito potrà eventualmente valutare la sussistenza in concreto dei presupposti per operare la riunione dei procedimenti *ex art.* 273 c.p.c. Inoltre, il giudice investito dal procedimento camerale abbia notizia della pendenza del procedimento di separazione o di divorzio presso altro giudice dello stesso ufficio, potrà rimettere gli atti al presidente del tribunale per l'assegnazione a detto magistrato, ai fini dei provvedimenti di competenza.

Occorre poi considerare che la competenza territoriale relativa ai procedimenti camerali si fonda su un criterio di prossimità, costituito dal luogo di residenza del minore, che non coincide con i criteri

---

<sup>33</sup> Cfr. TOMMASEO F., *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Rivista di dir.proc.*, 2013, 558.

previsti dall'art. 706 c.p.c., sicché anche in tal caso il giudice investito del procedimento camerale, ai sensi dell'art. 40 c.p.c., valutata la sussistenza di ragioni di connessione, fisserà con ordinanza un termine per la riassunzione davanti al giudice della causa principale.

In definitiva, la sussistenza dei presupposti relativi al *simultaneus processus* dovrà essere oggetto di valutazione in concreto davanti al giudice adito. In caso di riunione, prevarrà il rito della separazione o del divorzio, con eventuale applicazione, relativamente alle istanze *de potestate*, ove ne ricorrono i presupposti, dell'art. 709 *ter* c.p.c., relativo alla soluzione di controversie afferenti all'esercizio della potestà. In questi casi, il tribunale ordinario assumerà tutti i poteri che spettano al tribunale per i minorenni e, dunque, potrà esercitare le funzioni amministrative che spettano a quest'ultimo, come l'affidamento del minore al servizio sociale, misura prevista dall'art. 25 r.d.20 luglio 1934 n. 1404, che il tribunale per i minorenni può disporre quando il minore si trovi in situazioni di giudizio *ex art.* 333 c.c. Conseguentemente, i provvedimenti urgenti di cui all'art. 336 cpv. c.c. potranno essere adottati sia dal presidente che dal giudice istruttore, ovvero essere contenuti anche nella sentenza, che sarà assoggettata all'ordinario regime di impugnazione<sup>34</sup>.

Quanto alle **modalità adozione dei provvedimenti urgenti** in materia di affidamento e di mantenimento del minore nell'ambito del giudizio di separazione e il divorzio, due sono le tesi che si contendono il campo in ordine allo strumento processuale utilizzabile: ammettere i provvedimenti di urgenza *ex art.* 700 c.p.c., con applicazione del rito cautelare uniforme, oppure applicare per analogia la previsione di cui all'art. 710 3° comma c.p.c. La questione non è di poco momento, in quanto nel primo caso ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., opererebbe il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore al collegio dello stesso tribunale, diversamente dal reclamo contro i provvedimenti presidenziali, che l'art. 708 c.p.c. demanda alla corte d'appello. Invero, vi è un orientamento contrario all'applicazione del rito cautelare uniforme nell'ambito del procedimento di separazione e divorzio, posto che l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. non fa il rinvio al capo 1° del titolo II, che si occupa dei procedimenti di separazione e divorzio, e attesa la specificità della disciplina dei provvedimenti presidenziali, per cui è previsto il reclamo alla corte d'appello, che impedirebbe l'applicazione del rito cautelare uniforme.<sup>35</sup> Quanto ai provvedimenti del giudice istruttore, in mancanza di una tassativa previsione di legge, viene generalmente esclusa. Vi è peraltro in dottrina un orientamento che ritiene l'applicabilità analogica delle garanzie del rito cautelare uniforme anche a tali procedimenti. La giurisprudenza prevalente propende, invece, per

---

<sup>34</sup> Cfr. TOMMASEO F., *op. cit.*, 569.

<sup>35</sup> Cfr. DANOV F., *Concorrenza e alternatività tra reclamo irrevocabile l'ordinanza presidenziale*, in *Dir. fam. epers.*, 2007, 1187, si pronuncia per la compatibilità della tutela *ex art.* 700 c.p.c. con i procedimenti di separazione, ai fini della regolamentazione dell'affidamento del mantenimento dei in regime di strumentalità, ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c., cfr. anche GRAZIOSI A., *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Famiglia e diritto* 3/2013, 263, sull'ammissibilità del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

l'esclusione dell'applicabilità del rito cautelare uniforme ai giudizi di separazione e divorzio, ritenendo che i provvedimenti urgenti assunti in quella sede abbiano natura anticipatoria<sup>36</sup>. Altra opinione ritiene, invece, preferibile l'applicazione analogica dell'articolo 710 comma 3° c.p.c., considerato che anche quel procedimento è trattato nelle forme della camera di consiglio, ai sensi degli artt. 737 c.p.c., sicché le parti possono sempre chiedere l'adozione di provvedimenti provvisori e ulteriormente modificabili, quando il procedimento non possa essere immediatamente definito<sup>37</sup>. Può essere peraltro alternativamente indicato anche l'art. 336 ult. comma c.c., che, pur non menzionato espressamente nella novella, può continuare ad essere letto in combinato disposto con gli artt. 737 ss c.p.c., ovvero, ma solo se ne ricorrono i presupposti – ovvero la necessità di dirimere controversie sulle modalità di affidamento dei minori -.potrà operare l'art. 709 *ter* c.p.c.

Si osserva infine che, in caso di *simultaneus processus* tra domande di separazione o di divorzio e quelle riguardanti i provvedimenti sulla potestà, i capi sulla potestà eventualmente contenuti nelle sentenze di appello pronunciate nei giudizi di separazione o di divorzio, saranno impugnabili davanti alla Corte di Cassazione, e si potrà così innescare un'evoluzione giurisprudenziale verso lo sviluppo della nomofilachia anche in questa materia, tradizionalmente considerata di volontaria giurisdizione, e dunque sottratta al controllo di legittimità.

#### **- 8 - Il ruolo di cerniera assunto dal pubblico ministero ordinario nelle questioni relative ai minori.**

La novella non risolve i profili di criticità che scaturiscono dalla mancata previsione di un ruolo d'impulso del pubblico ministero davanti al tribunale ordinario e di adeguati meccanismi di raccordo tra pubblico ministero minorile e pubblico ministero ordinario. Infatti, pur essendo previsti in questa materia i poteri ufficiosi del tribunale ordinario in materia istruttoria e la possibilità di andare *ultra petita* con riferimento ai provvedimenti relativi ai minori, il processo di separazione e di divorzio resta pur sempre un processo di parti, sicché pare preferibile che gli atti e i provvedimenti del tribunale per i minorenni siano veicolati nel processo davanti al tribunale ordinario su iniziativa della parte pubblica.

---

<sup>36</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. 9, 6 dicembre 2011 che nega, in particolare, natura cautelare ai provvedimenti del giudice istruttore in materia di affidamento al mantenimento cfr. in senso conforme, Trib. Roma 9 febbraio 2004, per cui nel giudizio di separazione e divorzio non è ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* contenente la richiesta di modifica dei provvedimenti economici, essendo prevista, a norma degli art. 708 e 709 c.p.c. la possibilità di revocare o modificare in qualsiasi momento i provvedimenti presidenziali. Pertanto, non ha natura cautelare la richiesta di modifica in via d'urgenza dei provvedimenti adottati in sede presidenziale ed il provvedimento adottato dal giudice istruttore non è di conseguenza reclamabile *ex art. 669 terdecies +c.p.c.*

<sup>37</sup> Cfr. SCARSELLI G., *La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali*, in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia per i minori*, n. 1/2013, 28.

È noto che, ai sensi degli articoli 69 e 70 c.p.c., in materia di famiglia il pubblico ministero esercita due tipi di potere, rispettivamente di azione, o più frequentemente di intervento. In quest'ultimo caso il pubblico ministero, a pena di nullità, ha la facoltà di inserirsi in un processo iniziato direttamente dalle parti. Ai sensi dell'art. 70 c.p.c., l'intervento del pubblico ministero è previsto obbligatoriamente, oltre che nelle cause che lo stesso avrebbe potuto proporre, nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi. In particolare, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero è sancito nelle cause di separazione e divorzio, ad eccezione della separazione consensuale, rispetto alla quale l'intervento del pubblico ministero è richiesto nella sola fase di omologazione del provvedimento del presidente. Va ricordato inoltre, che l'art. 710 c.p.c., nel testo precedente a quello sostituito dall'art. 1 l. 29 luglio 1988 n. 331, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede, a tutela dell'interesse dei minori, l'intervento del pubblico ministero nei giudizi di modifica delle condizioni della separazione personale dei coniugi, a differenza di quanto previsto, nel parallelo procedimento di divorzio, dall'art. 13 l. 6 marzo 1987, n. 74<sup>38</sup>. In analogia, una successiva decisione, ha dichiarato incostituzionale l'art. 70 c.p.c., nella parte in cui non prescrive l'intervento obbligatorio del p.m. nei giudizi tra genitori naturali che comportino "provvedimenti relativi ai figli", di cui agli art. 9 l.n. 898/1970 e 710 c.p.c.<sup>39</sup>.

Alla luce di tale disciplina, ci si chiede se il pubblico ministero presso il tribunale ordinario possa autonomamente introdurre nel giudizio di separazione una domanda *de potestate*, a seguito della chiusura del procedimento minorile per incompetenza per materia. Invero, non è disciplinato il meccanismo processuale attraverso cui la questione *de potestate* sollevata davanti al tribunale per i minorenni possa essere veicolata nel giudizio davanti al tribunale ordinario, qualora nessuna delle due parti private abbia interesse a sollevare la questione nel giudizio di separazione o divorzio, o a riassumere il procedimento *de potestate* davanti al tribunale ordinario.

Invero, prima dell'entrata in vigore della novella, la citata sentenza Cass. n. 20352/2011 aveva affermato che, ferma restando la competenza del tribunale ordinario per la domanda dei genitori diretta a modificare le condizioni della separazione relative all'affidamento dei figli minori in caso di comportamento pregiudizievole dell'altro genitore, il tribunale per i minorenni è in ogni caso competente a conoscere il ricorso del pubblico ministero minorile, che segnala una situazione di pregiudizio per il minore. In tal senso sembra deporre anche la lettera del nuovo art. 38 disp. att. c.c., che applica il principio della concentrazione allorché il procedimento *de potestate* venga proposto in pendenza di giudizio di separazione, "tra le stesse parti". Invero, buona parte della giurisprudenza, all'indomani della novella, si attesta in favore dell'esclusione della *vis attractiva* del

<sup>38</sup>Corte cost., 9 novembre 1992, n. 416, in *Foro it.* 1993, I, 10, con nota di Cipriani.

<sup>39</sup>Corte cost. 25 giugno 1996 n. 214, in *Foro it.* 1997, I, 61 con nota di Cipriani.

tribunale ordinario in caso di procedimenti *de potestate* proposti su iniziativa del pubblico ministero minorile<sup>40</sup>. Analogamente, se il ricorso *de potestate ex art. 333 c.c.* è proposto dai parenti legittimati, ai sensi dell'art. 336 c.c., mentre è in corso di giudizio separativo tra i genitori del minore nell'interesse del quale è stata proposta la domanda davanti al tribunale per i minorenni, si ritiene che permanga la competenza di quest'ultima autorità giudiziaria, in quanto la portata del dato letterale “stesse parti” esclude l'operatività della *vis attractiva* del tribunale ordinario<sup>41</sup>.

In dottrina c'è controversia sul punto: alcuni autori escludono il *simultaneus processus* davanti al tribunale ordinario, qualora il procedimento *de potestate* sia introdotto dal pubblico ministero minorile<sup>42</sup>; altri autori ipotizzano il trasferimento davanti al tribunale ordinario dei procedimenti instaurati dal pubblico ministero minorile, consentendo la partecipazione ai giudizi di separazione dei soggetti legittimati *ex art. 336 c.c.*<sup>43</sup>. Invero, la prima tesi, che trova solidi appigli testuali nella persistenza in via generale della competenza del tribunale per i minorenni nei procedimenti *ex art. 333 c.c.*, nonché nella locuzione “tra le stesse parti” di cui al novellato art. 38 disp. att. c.c., oltre che nella disciplina di cui agli artt. 69 – 70 c.p.c. relativa ai poteri del pubblico ministero nel rito civile, porterebbe a ritenere che la modifica normativa si sia limitata a recepire gli orientamenti invalsi da ultimo nella giurisprudenza di legittimità, con riferimento al riparto di competenze. Invero, in assenza della vagheggiata riforma organica relativa all'istituzione di un organismo unitario, il cosiddetto ‘tribunale della famiglia’, appare certamente tranquillizzante un'interpretazione che conservi invariato il ruolo del pubblico ministero minorile, tradizionalmente più attrezzato a fare emergere, anche attraverso il rapporto con i servizi sociali, le situazioni di pregiudizio del minore. Tuttavia, si percepisce come la norma avrebbe scarsa portata, ove il ruolo del pubblico ministero ordinario in questi procedimenti continuasse ad essere meramente passivo, non potendosi prescindere, nella materia del pregiudizio del minore, dalla presenza di un soggetto processuale di tipo pubblicistico. Nella prassi, si stanno dunque compiendo degli sforzi interpretativi per superare quest'aporia. In proposito, va menzionato il decreto del Tribunale per i minorenni di Bari 30 marzo 2013, in [www.magistraturademocratica.it.](http://www.magistraturademocratica.it/), relativo a un caso in cui, era stato proposto davanti al

<sup>40</sup> Cfr. Trib. min. Brescia, decreto 22 luglio 2013, inedito.

<sup>41</sup> Cfr., in tal senso, il protocollo di Brescia, cit.

<sup>42</sup> Cfr. PROTO PISANI A., *Note sul nuovo art. 38 e sui problemi che esso determina*, in *Foro it.*, 2013, v. 127; TOMMASEO F., *op. cit.*, 571 che interpreta la norma nel senso che la competenza si radica in capo al tribunale ordinario quando parti del giudizio *de potestate* siano, oltre al minore, i genitori, persistendo la competenza del tribunale per i minorenni, laddove la domanda *de potestate* sia proposta da soggetti diversi, ovvero dalla parte pubblica o dai genitori. Nello stesso senso, cfr. POLISENO B., *Il nuovo riparto di competenza per le controversie in tema di filiazione e rito applicabile*, in *Rivista di dir. proc.civ.*, 2013, 556, ostando al *simultaneus processus* in caso di iniziativa del pubblico ministero, l'inesistenza di un'azione del pubblico ministero nei processi di separazione e divorzio, nonché dell'intervento del minore o di soggetti diversi dai genitori *ex art. 105 cpc.*

<sup>43</sup> Cfr. CEA C., *Profili processuali* cit., 226 e DE MARZO G., *Novità legislative* cit., 14

tribunale per i minorenni dal pubblico ministero minorile, sulla base un esposto presentato dalla madre in pendenza di una causa di separazione davanti al tribunale ordinario, un ricorso *ex art. 330 c.p.c.* Il tribunale per i minorenni declinava la propria competenza, senza fissare alcun termine per la riassunzione e disponendo la trasmissione degli atti alla procura ordinaria che, essendo litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 70 c.p.c. nella causa di separazione, ben avrebbe potuto in quella sede avanzare richieste a tutela del minore.

Un meccanismo di raccordo tra pubblici ministeri minorile e ordinario è presente nel protocollo di Bolzano, che prevede che il pubblico ministero minorile trasmetterà eventuali segnalazioni dei servizi sociali o altre informazioni relative ai minori alla procura presso il tribunale ordinario, già parte del procedimento ivi pendente, affinché questi possa trasmettere al tribunale conoscenze e richieste specifiche a tutela del minore<sup>44</sup>. Si prevede anche che il pubblico ministero ordinario tenga dei fascicoli relativi a tutti i procedimenti di separazione e divorzio e art. 317 *bis* c.c. di cui verrà a conoscenza, inserendo nello stesso copia degli atti che gli perverranno dal tribunale, dal pubblico ministero minorile o da altre fonti. Quanto ai poteri del pubblico ministero minorile, in pendenza di procedimento presso il tribunale ordinario, si prevede che possa proporre ricorso davanti al tribunale per i minorenni soltanto in caso di questioni non strettamente attinenti all'affidamento e se il pregiudizio per i minori appaia talmente grave da richiedere un intervento immediato da autonomo del tribunale minorile. Inoltre, qualora il tribunale ordinario emetta provvedimenti conclusivi relativi al collocamento extrafamiliare, dovrà darne pronta notizia al pubblico ministero minorile, che eserciterà la vigilanza sul collocamento e che, all'esito del periodo del medesimo, proporrà ricorso davanti al tribunale per i minorenni per la revoca o per il rinnovo dello stesso. Ai sensi dell'articolo 4 l. n. 184/83, permane infatti la competenza esclusiva del tribunale per i minorenni per il rinnovo dell'affidamento extrafamiliare.

In definitiva, salvo a non voler percorrere la via della questione di costituzionalità del combinato disposto art. 70 c.p.c. – novellato art. 38 disp. att. c.c., pare più corretto seguire un nuovo percorso ermeneutico incentrato sull'art 69 c.p.c., relativo all'attribuzione del potere di iniziativa del pubblico ministero, nei casi previsti dalla legge. Detta previsione potrebbe essere raccordata con l'art. 38 disp. att. c.c., che, nella sua nuova formulazione, prevede che i procedimenti *ex art. 333 c.c.* (e, nei limiti che si vedranno, anche quelli *ex 330 c.c.*) sono di competenza del giudice della separazione per tutta la durata di quel processo, e che ad essi si applica il rito camerale. Ne consegue l'implicito richiamo all'art. 336 c.c., che nel disciplinare il procedimento *de potestate* prevede il potere di impulso del pubblico ministero, che, letto in combinato disposto con l'art. 69 c.p.c., radica, con riferimento alle istanze *de potestate*, il potere di iniziativa in capo al procuratore

---

<sup>44</sup> Cfr. Protocollo di intesa per i procedimenti avanti al tribunale per i minorenni, in [www.ordineavvocativenezia.net](http://www.ordineavvocativenezia.net).

della repubblica presso il tribunale, come già è previsto per i giudizi di interdizione, per la querela di falso, o per l'impugnazione delle disposizioni patrimoniali relative alla prole nei procedimenti di divorzio.

Tutto questo implica che dovrà integralmente modificarsi la fisionomia del pubblico ministero davanti al tribunale ordinario, essendo auspicabile che assuma un ruolo maggiormente attivo a tutela dei minori, che si doti di criteri di specializzazione e di protocolli di raccordo con i servizi territoriali, oltre che con le procure presso i tribunali per i minorenni. Queste ultime, in ogni caso di chiusura del procedimento *de potestate* davanti al tribunale per i minorenni in pendenza di giudizio di separazione o divorzio, dovranno attivare le procure ordinarie, perché sollevino la questione relativa al pregiudizio del minore davanti al tribunale ordinario. Nel senso della sussistenza della competenza del tribunale ordinario, anche in caso di procedimento *ex 333 c.p.c.* su iniziativa del pubblico ministero, sulla base di un ampliamento soggettivo ai fini della deliberazione di tali richieste, si è pronunciata anche la dottrina<sup>45</sup>.

Altro profilo che determina un *vulnus* relativamente ai poteri del pubblico ministero davanti al tribunale ordinario, è costituito come si è visto dal limitato potere di impugnazione delle sentenze in materia di separazione e di divorzio. È ipotizzabile che, quanto alle pronunce assunte nei suddetti giudizi in materia di pregiudizio del minore, in virtù dell'esplicito richiamo del novellato art. 38 disp. att. c.c., per cui si applicano in quanto compatibili, le disposizioni relative ai procedimenti camerale di cui agli articoli 737 ss. c.p.c., ben potrà estendersi la previsione di cui all'articolo 740 c.p.c., relativa al potere di reclamo da parte del pubblico ministero contro i decreti del giudice in materia *de potestate*.

Qualora peraltro tali provvedimenti siano recepiti in sentenza, potrebbe ipotizzarsi la conversione del reclamo nel procedimento di impugnazione. In materia di conversione tra mezzi di impugnazione, la Cassazione ha stabilito che qualora il tribunale per i minorenni abbia affermato la propria incompetenza (in favore di quella del giudice ordinario della separazione) a decidere in ordine alla richiesta di pronunciare la decadenza dalla potestà genitoriale ed il provvedimento venga impugnato con reclamo alla corte d'appello, anziché con ricorso per regolamento necessario di competenza, *ex art. 42 c.p.c.*, deve negarsi la possibilità della rimessione degli atti alla Corte di cassazione, sotto il profilo della convertibilità del reclamo in ricorso per regolamento di competenza, in difetto di un atto idoneo ad investire del giudizio di impugnazione la corte stessa, atteso che la conversione postula che il rimedio suscettibile di venire convertito in altro risulti pur sempre proposto dinanzi al giudice competente per quest'ultimo<sup>46</sup>. A *contrariis*, essendo egualmente

---

<sup>45</sup> DE MARZO G., *Novità legislative* cit., 14.

<sup>46</sup> cfr. Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5237, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 4.

competente la corte di appello per entrambi i gravami, nulla impedisce che il reclamo avverso i provvedimenti *de potestate* recepiti nella sentenza di separazione o divorzio si converta in un motivo di impugnazione della sentenza.

Naturalmente, una tale operazione ermeneutica non potrà essere attuata con riferimento all'ipotesi, invero residuale, delle istanze *de potestate* proposte da soggetti diversi (ad esempio i nonni), a ciò ostendo la locuzione “tra le stesse parti” di cui all'art. 38 disp. att. c.c., nonché l'esclusione in capo a tali soggetti della veste di interventori *ex art. 105 c.p.c.* nei procedimenti di separazione e divorzio. Ne consegue che, per siffatte istanze, continuerà a permanere la competenza del tribunale per i minorenni. In questo caso, l'esigenza di coordinamento con i procedimenti pendenti davanti al tribunale ordinario, potrà essere attuata attraverso la trasmissione al medesimo dei provvedimenti assunti dal giudice minorile.

**- 9 – La sorte dei provvedimenti di decadenza dalla potestà e delle residue competenze trasferite al tribunale ordinario.**

Profili interpretativi particolarmente pregnanti sono introdotti dall'inciso “in tale ipotesi, per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario”.

Tra i provvedimenti richiamati, tutti di competenza del tribunale per i minorenni, ci sono, oltre a quelli già trattati di cui all'art. 333 c.c., anche quelli attinenti alla decadenza dalla potestà *ex artt. 330 - 332 c.c.*, nonché in materia di amministrazione del patrimonio del minore *ex artt. 334 – 335 – 371 ult.comma c.c.*, di autorizzazione al matrimonio *ex art. 84 c.c.* e di conseguente nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 90 c.c.

Più problematica è la previsione della competenza del tribunale ordinario sulla decadenza dalla potestà, se pende una causa di separazione e divorzio. Tale disposto va a scalfire il pilastro, mai messo in discussione da dottrina e giurisprudenza, della competenza esclusiva del tribunale per i minorenni in materia di ablazione della potestà genitoriale, non essendoci mai interferenza con le questioni relative all'esercizio della potestà genitoriale, di cui il tribunale ordinario conosce in pendenza di separazione o divorzio. In favore di tale opzione si sono espressi sia tribunale ordinario che il tribunale per i minorenni di Brescia, che hanno escluso che la formulazione del novellato art. 38 disp. att. c.c., possa comportare l'attribuzione al giudice ordinario del potere di pronunciare la decadenza della potestà di un genitore, atteso che la contraddittorietà della formulazione del dato normativo non consente di operare un'interpretazione estensiva dei procedimenti, espressamente individuati in quelli emessi *ex art. 333 c.c.*, in relazione ai quali vige la clausola di esclusione della

competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi di pendenza di un procedimento di separazione, divorzio, o *ex art.* 316 c.c., anche in considerazione del fatto che la pronuncia di decadenza dalla potestà finisce con l'incidere il soggettivo dei genitori e non si limita ad operare una mera compressione dello stesso<sup>47</sup>. Interessante è, peraltro, lo sforzo interpretativo compiuto da un recentissimo precedente di merito, laddove, a fronte di una domanda di decadenza dalla potestà genitoriale, ha escluso la competenza del tribunale ordinario, ritenendo che la formulazione dell'*art.* 38 disp. att. c.c., relativa alle disposizioni di cui al “primo periodo”, faccia in realtà riferimento al periodo precedente, e dunque esclusivamente ai provvedimenti di cui all'*art.* 333 c.c.<sup>48</sup> Tuttavia, questa interpretazione non pare in linea con la formulazione letterale della norma, sia perché richiama indiscutibilmente le disposizioni di cui all'*art.* 38 disp. att. cpc, sia perché si esprime al plurale, discorrendo di ‘disposizioni’ e ‘provvedimenti’<sup>49</sup>.

La lettura restrittiva di questa disposizione ripropone l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione con la citata pronuncia n. 20352 /2011. Esso ha espressamente fatta salva la competenza esclusiva del giudice minorile rispetto all'adozione di provvedimenti di decadenza dalla potestà, anche in pendenza di giudizi di separazione. Invero, anche l'*art.* 155 c.c., nel disciplinare i provvedimenti relativi alla prole che facciano esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale della stessa, è formulato in modo analogo rispetto all'*art.* 333 c.c., in relazione alla possibilità che vengano emessi, in caso di sussistenza di pregiudizio per i minori, “i provvedimenti convenienti”. In senso contrario, ovvero per lo spostamento della competenza pronuncia della decadenza della potestà in capo al tribunale ordinario, in pendenza di procedimento di separazione, divorzio o *art.* 316 c.c., si è pronunciato il Tribunale per i minorenni di Bari<sup>50</sup>.

Peralterno, interessanti spunti argomentativi possono essere tratti anche dal dossier relativo ai lavori preparatori al progetto di legge AC 2519 in materia di riconoscimento dei figli naturali, in cui ha chiarito, con riferimento all'*art.* 3 che riformula l'*art.* 38 disp. att. c.c., che “la disposizione sottrae al tribunale per i minorenni (attribuendola al tribunale ordinario), la competenza relativa all'esercizio della potestà e all'affidamento anche dei figli naturali”, così implicitamente escludendo i procedimenti relativi alla titolarità della potestà, ovvero quelli volti alla decadenza dalla stessa.

Orbene, nel rispetto di tali principi e, nello stesso tempo, sulla base della formulazione letterale della norma, può anche prospettarsi una soluzione intermedia, per cui l'attribuzione al tribunale ordinario della competenza ad adottare provvedimenti *ex art.* 330 cc. in pendenza di un giudizio di separazione e divorzio, pur non potendo essere esclusa in radice, a meno di non privare di senso la

<sup>47</sup> Cfr. protocollo di Brescia, cit. In dottrina, cfr. PADALINO C., *La competenza sulla decadenza dalla potestà genitoriale*, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it).

<sup>48</sup> Cfr. Trib. min. Catania, decr. 22 maggio 2013, inedito.

<sup>49</sup> Cfr.. IMPAGNATIELLO, *op. cit.*, s.n.

<sup>50</sup> Trib. Min. Bari, decr 30 marzo 2013, cit.

nuova formulazione della norma, va intesa in senso assai restrittivo. In particolare, quando verte in materia di art. 333 c.c. in pendenza di giudizio di separazione o divorzio, la norma fa riferimento ai "procedimenti", e ad essi soli riferisce la clausola di esclusione. Per la decadenza *ex art.* 330 c.c. e le altre fattispecie rubicate, il periodo si apre contiene l'inciso "anche per i provvedimenti richiamati nel primo periodo", cui non può attribuirsi altro senso che il riferimento ai provvedimenti indicati all'inizio della disposizione, tra i quali quello di cui all'art. 330 c.c. Invero, al fine di attribuire un'ulteriore portata applicativa a tale inciso, non si può fare semplicemente riferimento alla contemporanea pendenza della causa di separazione o divorzio davanti al tribunale ordinario. Altrimenti sarebbe stato più logico e lineare scrivere la prima parte, dicendo che "*Per i procedimenti di cui agli artt. 333, 330 etc. etc., resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni....*". Inoltre, mentre per l'art 333 c.c. si parla di "procedimenti", con riferimento alla decadenza si fa riferimento ai "provvedimenti". Ciò sembra alludere al fatto che deve essere già pendente un sub – procedimento *ex art.* 333 c.c. davanti al tribunale ordinario. Dunque, solo se, nell'ambito di tale procedura pendente davanti al giudice ordinario, sia già stato chiesto o adottato un provvedimento limitativo della potestà, una domanda di decadenza, strettamente collegata ai fatti a fondamento dello stesso, potrà essere proposta davanti a tale organo dal pubblico ministero ordinario o dalle altre parti. In tal caso, preferibilmente, il tribunale potrà pronunciarsi all'esito del giudizio in forma collegiale, anche con la stessa sentenza, sulla decadenza dalla potestà, curando di darne immediata comunicazione alla procura minorile per le conseguenti valutazioni e richieste. Se invece era pendente davanti al tribunale per i minorenni un precedente ricorso *ex art.* 330 c.c., non è ipotizzabile la sottrazione della competenza ad esso relativa al tribunale per i minorenni, che si pronuncerà sullo stesso, dandone eventuale comunicazione al tribunale ordinario investito della separazione o divorzio.

Non è peraltro, con riferimento alla decadenza, riprodotta la clausola di esclusione della competenza del tribunale per i minorenni prevista in relazione all'art. 333 c.c. Ciò significa che, qualora sia pendente davanti al tribunale per i minorenni un procedimento *ex art.* 330 c.c., che non sia strumentale rispetto alla controversia tra i genitori, esso potrà proseguire. Problemi di conflitto tra giudicati potranno essere risolti con l'auspicato coordinamento informativo tra procura minorile e procura ordinaria. Qualora peraltro, una domanda *ex art.* 330 c.c. venga proposta davanti al tribunale per i minorenni, con finalità meramente strumentali, mascherando al più una richiesta di meno invasivi provvedimenti di cui all'art. 333 c.c., il tribunale per i minorenni ben potrà dichiarare la propria incompetenza, rimettendo le parti davanti al tribunale ordinario. In definitiva, il termine "provvedimenti" utilizzato nella seconda parte della disposizione, pare essere giustificato dalla volontà di attribuire al tribunale ordinario solo l'eventuale pronuncia del provvedimento finale di

decadenza, e non l'intero procedimento. Ciò potrebbe, ad esempio, verificarsi nell'ipotesi in cui il tribunale ordinario, nell'ambito di una separazione, fosse investito di un ricorso per condotte pregiudizievoli all'esito del quale ritenesse necessaria, per la corretta tutela del minore, l'adozione di un provvedimento di decadenza nei confronti del genitore "maltrattante". In questa ipotesi ragioni di economia processuale giustificherebbero l'attribuzione al giudice ordinario della possibilità di adottare anche provvedimenti di decadenza (sempre nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e pertanto garantita alle parti la piena difesa sul punto), mentre nel caso in cui sia "direttamente" proposto ricorso ai sensi dell'art. 330 c.c. la competenza permanerebbe al tribunale per i minorenni, anche in pendenza di procedimento separativo<sup>51</sup>.

#### **- 10 - L'aporia creata dal trasferimento di competenze relativa agli procedimenti ex art. 317 bis c.c.**

Una disamina particolare merita il trasferimento di competenza al tribunale ordinario dei procedimenti relativi ai figli naturali *ex articolo 317 bis c.c.* operato dalla novella, ponendo fine all'annosa diatriba giurisprudenziale, di cui si è riferito, sorta in conseguenza dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso e su cui si era pronunciata la Cassazione del 2007<sup>52</sup>. In particolare, nel corso dei lavori preparatori relativi al d.d.l. unificato Mussolini, sono stati trasfusi nel testo originario i disegni unificati di legge n. 1211 e 1412 nel 2010, che prevedevano la modifica dell'art. 38 disp. att. c.c., con riferimento all'attribuzione della competenza per il 317 bis c.c. al tribunale ordinario<sup>53</sup>.

Tale attribuzione risolve in radice la menzionata diatriba relativa alla connessione tra profili relativi all'affidamento dei minori e quelli relativi al mantenimento, attribuendo la trattazione unitaria dell'intero contenzioso relativo i figli naturali al tribunale ordinario.

Sembra esservi tuttavia un difetto di coordinamento nella norma, avendo il legislatore attribuito alla competenza del tribunale ordinario, anche i procedimenti *ex art. 317 bis c.c.*, omettendo tuttavia (con irragionevole disparità rispetto a quanto previsto nei procedimenti di separazione e

<sup>51</sup> Cfr. VELLETTI M., *Quale giudice per i ricorsi ex art. 330?*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it).

<sup>52</sup> Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362, in *Il civilista* 2009, 5, 19 con nota di Rovacchi.

<sup>53</sup> Nella seduta del 16.5.2012 il senatore Berselli interveniva nei seguenti termini: "Esaminando i disegni di legge n. 1211 e 1412 nel 2010, il Senato aveva già previsto la competenza del tribunale ordinario per le questioni di affidamento e mantenimento di tutti i figli. Invece, per quanto concerne competenze e procedure, il testo approvato dalla Camera ha confermato la competenza del tribunale ordinario per le questioni attinenti i figli nati nel matrimonio, mentre ha attribuito al tribunale per i minorenni la competenza sulle questioni relative ai figli nati da genitori non coniugati. La soluzione individuata dalla Camera rappresenta dunque un arretramento nella parificazione della tutela dei diritti di tutti i figli; pertanto, la soluzione proposta con le modifiche proposte dalla Commissione e con l'emendamento 3.103, che prevede l'applicazione - in quanto compatibili - degli articoli 737 ss c.p.c., rappresenta un efficace punto di mediazione". In particolare, in sede parlamentare si è optato contro lo stralcio della riforma delle competenze e della materia processuale in attesa dell'auspicata costituzione del cosiddetto tribunale della famiglia.

divorzio e in contrasto con il principio della concentrazione delle tutele) di attribuire al tribunale ordinario la competenza per i procedimenti *de potestate*, con l'illogica conseguenza che i tribunali per i minorenni dovrebbero continuare a trattare le procedure *ex art. 333 c.c.* anche quando, tra le stesse parti, sia pendente, dinanzi al tribunale ordinario un procedimento *ex art. 317 bis c.c.*

Invero, una lettura sistematica delle norme dovrebbe indurre a ritenere che, anche in questa evenienza, debba essere riconosciuta la competenza del tribunale ordinario sia per le procedure *ex articolo 317 bis c.c.*, sia per quelle *ex articolo 333 c.c.* A tale conclusione può pervenirsi in via interpretativa, tenuto conto della stretta connessione che esiste fra l'articolo 317 *bis c.c.* e la disamina dei profili attinenti all'esercizio della potestà, innanzitutto perché la norma, inserita nel titolo relativo alla '*potestà dei genitori*', è rubricata '*esercizio della potestà*', e poi in quanto essa prevede la possibilità che il giudice disponga l'esclusione dall'esercizio della potestà di entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore. Orbene, la mancata menzione di tale norma tra quelle relative alle competenze specificamente attribuite al tribunale per i minorenni, fa propendere per l'estensione della clausola di esclusione della competenza dello stesso tribunale per le questioni *de potestate* che si pongano nel corso di tale procedimento, pendente davanti al tribunale ordinario<sup>54</sup>. In senso contrario si pronuncia, tuttavia, parte della dottrina, che ritiene che le norme sulla competenza siano di stretta applicazione e non possa operare rispetto ad esse il meccanismo dell'analogia<sup>55</sup>.

Si osserva, peraltro, che, sul versante processuale, non si realizza la piena unificazione del trattamento dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto ai figli legittimi, che costituisce la *ratio* della normativa in esame. Infatti, nell'ambito dei procedimenti *ex articolo 317 bis c.c.*, continuerà ad applicarsi il rito camerale, che pur avendo nella specie carattere marcatamente contenzioso, non è adeguatamente disciplinato nelle sue scansioni, a differenza di quanto accade nel procedimento di separazione e divorzio. Orbene, al di là del fatto che nei procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio non vi è una pronuncia sullo *status* e sui rapporti tra i coniugi, comunque il trattamento dei minori e dei loro rapporti personali e patrimoniali con ciascuno dei genitori, richiederebbe, al fine della più corretta esplicazione del contraddittorio, una disciplina più dettagliata, al fine di evitare le difformità di prassi, che si sono ampiamente registrate in questi anni nella giurisprudenza dei tribunali per i minorenni, che hanno sinora trattato tali procedure.

---

<sup>54</sup> In senso inverso, ma pur sempre in applicazione del principio della *vis attractiva*, cfr. Trib. Milano 3 ottobre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ha ritenuto che non potesse proporsi davanti al tribunale ordinario un ricorso riconducibile al quadro normativo dell'art. 317 *bis c.c.*, qualora davanti al tribunale per i minorenni ancora pendesse un procedimento *ex art. 330 c.c.*, la cui ampiezza applicativa fosse tale da ricoprendere il primo. Sembra invece più corretta la soluzione inversa, attesa la natura contenziosa e dunque assorbente del procedimento *ex art. 317 bis c.c.*

<sup>55</sup> Cfr. TOMMASEO F., *op. cit.*, 255.

Altra questione attiene alla reclamabilità dei provvedimenti provvisori assunti dal tribunale ordinario, in ordine all'affidamento al mantenimento dei minori nati fuori dal matrimonio. In particolare, la Corte di Appello di Napoli ha recentemente stabilito che sul reclamo promosso dal padre nei confronti del provvedimento reso in ordine all'affidamento e al mantenimento della figlia minore dal tribunale ordinario, investito anche della tutela giurisdizionale dei figli di genitori non coniugati per effetto del novellato art. 38 disp. att. c.c., è competente lo stesso tribunale in diversa composizione collegiale e non la corte di appello, stante la natura cautelare del provvedimento<sup>56</sup>. Si ipotizza invero, la natura cautelare dei provvedimenti di affidamento dei figli nati da genitori non coniugati e l'esperibilità del reclamo *ex art. 669 terdecies cpc.* Peraltro, sul tema della tutela cautelare a seguito dello svuotamento di competenza del tribunale per i minorenni e della conseguente concentrazione processuale innanzi al tribunale ordinario, si ipotizzano anche qui due strade: l'applicazione analogica dell'art. 710, 3° comma, c.p.c., “essendo evidente che il mero richiamo alle forme camerali apre la lacuna costituita dalla mancata previsione dell'istituto con il quale risolvere le questioni urgenti” o l'applicazione diretta dell'art. 336, 3° comma, c.c., laddove si includano i provvedimenti *ex art. 317 bisc.c.*, tra le decisioni richiamate dal 1° comma dell'art. 336 c.c., “in tal modo attraendo i relativi procedimenti tra quelli che consentono l'adozione dei provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio, in caso di urgente necessità”<sup>57</sup>.

Quanto al **rito applicabile**, prima della modifica, i tribunali per i minorenni avevano elaborato delle prassi, che potrebbero ancora operare davanti al tribunale ordinario. Veniva il generale applicato il modello relativo all'udienza presidenziale dei procedimenti di separazione, al procedimento *ex art. 317 bis c.c.* Nessun dubbio vi era, inoltre, in ordine alla delegabilità dell'ascolto delle parti e dell'assunzione degli altri mezzi istruttori da parte del giudice delegato, analogamente a quanto avveniva in tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione. Nei procedimenti di cui all'art. 317 *bis c.c.*, si è avuto poi un processo di giurisdizionalizzazione, che ha reso più pregnanti le garanzie del contraddittorio. La legittimazione ad agire era attribuita esclusivamente ai genitori, che si costituivano mediante i difensori. Si ritenevano dunque privi di legittimazione ad agire sia il pubblico ministero, che gli altri parenti del minore. Non era ritenuta necessaria la nomina del curatore speciale del minore, salvo la ricorrenza di particolari situazioni di conflitto di interessi tra genitori e minore<sup>58</sup>. Quanto alla regolamentazione delle spese del giudizio,

<sup>56</sup> Cfr. App. Napoli, ord. 10 luglio 2013, inedita

<sup>57</sup> v. G. DE MARZO, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Foro it.*, 2013, V, 15 s., 110.

<sup>58</sup> Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 1985, n. 6063, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 118 ha escluso, sulla scorta di detto principio, che i minori fossero titolari di un interesse ad agire in giudizio e conseguentemente la necessità della nomina di un curatore speciale al fine della loro costituzione nel processo quali litisconsorti necessari .

ai sensi degli artt. 96 ss cpc, si riteneva che, stante la natura contenziosa del procedimento *ex art. 317 bis c.c.*, in cui si decide in ordine a posizioni di diritto soggettivo, all'esito del giudizio può configurarsi una soccombenza, con conseguente applicabilità in via estensiva delle disposizioni attinenti alle spese del procedimento, con applicazione delle tariffe relative ai procedimenti contenziosi, e non già di quelli speciali. In tal senso deponeva l'argomento testuale del riferimento all'art. 96 c.p.c. nell'art. 155 *bis cc*<sup>59</sup>. Infine, la valorizzazione del carattere contenzioso di tali procedimenti trovava riscontro nelle recenti pronunce della Cassazione, che hanno affermato la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti emessi dalla Corte d'appello, sez. minorile in materia di affidamento e mantenimento dei figli naturali, compresa l'assegnazione della casa coniugale<sup>60</sup>. Si segnala un orientamento del tribunale di Milano, che ha coniato il cosiddetto 'rito partecipativo', in cui va inserita una fase conciliativa davanti al giudice delegato, che potrà concludersi con un accordo dei genitori recepito dal collegio e, qualora la conciliazione sia infruttuosamente espletata, gli atti vengono rimessi al collegio che provvede alla definizione giudiziale del procedimento, se del caso, previa nuova convocazione dei genitori<sup>61</sup>.

Quanto alle prime prassi in sorte con riferimento ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati instaurati davanti al tribunale ordinario a seguito dell'entrata in vigore della nuova legge, il tribunale di Bari, anche nei procedimenti su ricorso congiunto dei genitori naturali fissa comunque l'udienza di comparizione, dà la comunicazione al pubblico ministero, e poi in base alla complessità del caso valuta se pronunziare una sorta di "decreto di omologa" direttamente in udienza o riservato; nei procedimenti dove vi è contestazione, sempre il tribunale di Bari si è pronunciato a favore della possibilità di emettere provvedimenti in via provvisoria ed urgente, di disporre l'assegnazione della casa familiare al genitore di riferimento e sullo speciale sequestro previsto dall'art. 3 assimilandolo a quelli di cui all'art. 8 l.n. 898/1970 e 156 comma 6, c.c.<sup>62</sup> Si ritiene, inoltre possibile che la trattazione possa essere delegata dal presidente al giudice relatore per

<sup>59</sup> Cfr. Trib. min. Catania, decreto 5 novembre 2008, inedito.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2010 n. 9277, in *Dir. e Giust.* 2010 e Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2010, n. 11756, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 5, 749.

<sup>61</sup> Cfr. DI LEO D. *Brevi cenni sul rito partecipativo – Nota a Trib. Milano, sez. IX, 7 maggio 2013*, in [www.nuovefrontierediritto.it](http://www.nuovefrontierediritto.it)

<sup>62</sup> Cfr. trib. Bari 24 settembre 2012, inedito, che provvede in tal senso, in analogia con quanto previsto dall'art. 708 c.p.c. e soprattutto dall'art. 710 ult. comma c.p.c. la cui applicazione è stata già estesa ai procedimenti di cui all'art. 9 comma 1° l. n. 898/70, anche perché l'art. 3 comma 2° l. n. 219/2012 espressamente prevede che nei procedimenti in materia di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio si applicano gli artt. 737 e ss. c.p.c. "in quanto compatibili".

la fase istruttoria, in applicazione analogica di quanto previsto nel rito camerale dall'art. 738 c.p.c. e nell'ambito del procedimento sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702 *bis* cpv c.p.c.<sup>63</sup>.

In conclusione, l'intervento legislativo in esame costituisce una normativa di fine legislatura, che presenta lacune e caratteri di frammentarietà. Essa evidenzia in modo particolare la necessità di procedere nella presente legislatura ad un intervento organico volto alla costituzione dell'auspicato tribunale della persona e delle relazioni familiari, che unifichi le competenze in materia oggi frammentate tra una pluralità di organi giudiziari.

---

<sup>63</sup> Cfr. Trib. Varese, 23 gennaio 2013, inedita, secondo cui per i figli nati fuori dal matrimonio opera il rito camerale puro e non già il procedimento speciale di cui artt. 706 ss. cpc.