

Ubi Minor...



3

**CORTE DI
CASSAZIONE
ORDINANZA
N. 20354/2011,**

**PROVVEDIMENTI
RIGUARDO AI FI-
GLI, RIPARTIZIO-
NE DELLE COM-
PETENZE TRA
T.O. E T.M.**

RIFLESSIONI

Rassegna giurisprudenziale di diritto minorile
A cura della Camera minorile di Lecce
Distribuzione gratuita



**RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE
DI DIRITTO MINORILE**

PERIODICO DELLA CAMERA MINORILE DI LECCE

EDITORE: CAMERA MINORILE DI LECCE

DIRETTORE RESPONSABILE: AVV. MAURILIO MARANGIO

SEDE: VIA LUPIAE N. 34 73100 LECCE

PER CONTATTARE LA REDAZIONE: AVV. MAURILIO MARANGIO
TEL/FAX: 0831.671513; MAIL: STUDIOLEGALEMAURILIOMARANGIO@YAHOO.IT

REGISTRAZIONE TRIBUNALE DI LECCE N.1082 DEL 14 MARZO 2011

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO: DOTT.SSA TERESA DI CHIO; AVV.
MAURILIO MARANGIO; AVV. LUCA MONTICCHIO; AVV. RITA PERCHIAZZI; DR.SSA
LUCIA RABBONI.

DISEGNO IN COPERTINA REALIZZATO DA ANGELA DIMA

STAMPA: CARTOGRAFICA ROSATO, VIA FRA' NICOLA DA LEQUILE 16 - 73100 LECCE

QUESTO NUMERO È STATO CHIUSO IN REDAZIONE IL 27.01.2012

**MANOSCRITTI, SENTENZE ORDINANZE E DECRETI, SU QUALSIASI
SUPPORTO VEICOLATI, ANCHE SE NON PUBBLICATI, NON SI
RESTITUISCONO. LE OPINIONI ESPRESSE NEGLI SCRITTI FIRMATI
IMPEGNANO SOLO GLI AUTORI, NON RIFLETTENDO, NECESSARIAMENTE,
QUELLE DELLA RIVISTA.**

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

**A NORMA DELLA LEGGE SUL DIRITTO D'AUTORE E DEL C.C. È VIETATA LA
RIPRODUZIONE DI QUESTA RIVISTA O DI PARTI DI ESSA CON QUALSIASI
MEZZO, ELETTRONICO, MECCANICO, PER MEZZO DI FOTOCOPIE,
MICROFILMS, REGISTRAZIONI O ALTRO.**

N. 3

Sommarario

♦PROVVEDIMENTI RIGUARDO AI FIGLI, RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE. Pag. 4

Art. 710 C.P.C. Modificabilità dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi - Art.155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli - discrimine tra la competenza del tribunale ordinario e quella del tribunale per i minorenni.

Corte di Cassazione, ordinanza del 5.10.2011, n. 20354

♦INCOMPETENZA DEL T.M. IN FAVORE DEL T.O. NEL CASO DI PENDENZA DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE Pag. 8

Art.155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli - Art. 709 ter c.p.c. Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni

Tribunale per i Minorenni di Lecce, 15.12.11

♦COMPETENZA DEL T.M. NELLE IPOTESI EX ART. 330 O 333 C.C., PUR IN PENDENZA DI GIUDIZIO PER SEPARAZIONE O DIVORZIO TRA CONIUGI Pag. 14

Art.155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli - Art. 317 c.c. Impedimento di uno dei genitori

Corte di Appello di Lecce, decreto del 10/01/2012

♦RIFLESSIONI SULL'ORDINANZA N. 20354/2011 DELLA CORTE DI CASSAZIONE E SUA PORTATA INNOVATRICE Pag. 21

A cura della dott.ssa Lucia Raboni, magistrato del tribunale per i minorenni di Lecce

PROVVEDIMENTI RIGUARDO AI FIGLI – TRIBUNALE COMPETENTE*.

Art. 710 c.p.c. Modificabilità dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi - Art.155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli - discrimine tra la competenza del tribunale ordinario e quella del tribunale per i minorenni.

Corte di Cassazione, ordinanza 5 ottobre 2011, n. 20354

Nel procedimento di modifica delle condizioni di separazione è competente il tribunale ordinario, e non il tribunale per i minorenni, ad adottare i provvedimenti in caso di condotta pregiudizievole dei genitori, quali, tra gli altri, l'allontanamento del figlio e l'affidamento all'altro genitore o ad un terzo.

Nel caso di specie il ricorso per la modifica delle condizioni di separazione è stato proposto da una madre che, nel lamentare di non poter vedere il figlio a

causa della condotta ostruzionistica del padre, ne chiedeva l'affidamento esclusivo.

Il tribunale ordinario affidava provvisoriamente il minore ai servizi sociali con collocazione presso la madre e, dichiaratosi incompetente, trasmetteva gli atti al tribunale per i minorenni che a sua volta sollevava conflitto di competenza ex art. 45 c.p.c., ritenendo che nel caso di specie sussisteva la competenza del tribunale ordinario.



SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

**ORDINANZA 5 OTTOBRE
2011, N. 20354**

Svolgimento del processo

Con ricorso al Giudice Tutelare di Brescia, D.A.L. chiedeva, a modifica delle condizioni di separazione, l'affidamento esclusivo del figlio G., lamentando di non .

* A cura di:
Maurilio Marangio, Avvocato del foro di Lecce

poterlo vedere e tenere con se' per l'opposizione del padre, L.R..

Trasmessi gli atti per competenza ex art. 710 c.p.c. al Tribunale di Brescia, questo, a seguito di indagine dei servizi sociali e di ulteriore istruttoria, affidava provvisoriamente il minore ai servizi sociali, con collocazione presso la madre, trasmettendo, per l'ulteriore corso, gli atti per competenza al locale Tribunale per i Minorenni.

Con provvedimento in data 9-10 febbraio 2010, il Tribunale per Minorenni di Brescia si dichiarava incompetente e sollevava conflitto ex art. 45 c.p.c. affermando la competenza esclusiva del Giudice della separazione. Si è costituito il L., rimettendosi alle decisioni di questa Corte. Va precisato che la tesi seguita dal Tribunale muove dall'errato presupposto che, a fronte di situazioni pregiudizievoli per i minori, sussisterebbe sempre e comunque la competenza del Tribunale per i Minorenni, essendo precluso a quello ordinario di provvedere al riguardo. Ma tale orientamento non è stato condiviso da questa Corte (Cass. N. 24907 del 2008) che ha definito tale concezione "angusta e formalistica", non solo in relazione al più generale riparto di competenze tra Tribunale Ordinario e Minori-
le ma agli stessi confini dei provve-

dimenti assumibili in sede di separazione o divorzio, in materia di affidamento dei figli minori dal Tribunale Ordinario.

Se è vero che l'art. 333 c.c., in caso di sussistenza di pregiudizio per i minori, prevede che il Tribunale per i Minorenni possa emettere i provvedimenti convenienti, va precisato 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 della L. n. 898 del 1970, art. 6, comma 8 in sede di divorzio, il Tribunale può procedere all'affidamento dei minori a terzi, in caso di temporanee impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori.

Ancora l'art. 709 *ter* c.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.

Va infine ricordato che l'art. 38 disp. att. c.c. contiene una elencazione specifica dei provvedimenti attribuiti alla competenza del Tribunale per i Minorenni,

(Continua a pagina 6)

(Continua da pagina 5)

mentre stabilisce una generale competenza del Tribunale Ordinario per i provvedimenti per cui non sia espressamente stabilita l'attribuzione ad una diversa autorità giudiziaria. Non esiste alcun limite all'intervento del Giudice ordinario, come del resto ha precisato questa stessa Corte (v. ancora Cass. N. 24097 del 2008). Tanto il giudice specializzato (nel caso di coppie non coniugate o, se coniugate, quando non pende separazione) che il giudice della separazione (e del divorzio) in presenza di una situazione di pregiudizio per i minori, possono assumere provvedimenti volti alla tutela dei figli.

È applicabile, anche in regime di separazione (e, in particolare, in materia di modifica delle condizioni) l'art. 333 c.c., che prevede, in caso di comportamento pregiudizievole del genitore, l'assunzione di provvedimenti opportuni, quali l'allontanamento del figlio e l'affidamento all'altro genitore o ad un terzo da parte del Tribunale Minorile? Se si rispondesse in modo affermativo, nell'ambito della generale competenza del Tribunale ordinario a conoscere la revisione, si ritoglierebbe un certo spazio per il procedimento di cui all'art. 333 c.c., svolto presso l'organo specializzato: se-

condo che la modifica dell'affidamento fosse dovuta o meno a comportamento pregiudizievole, la competenza sarebbe del Tribunale per i Minorenni o di quello ordinario. Per tentare di risolvere la complessa questione, va osservato che la modifica delle condizioni di separazione (o di divorzio) può essere chiesta dai coniugi anche nel caso di comportamento pregiudizievole del genitore, ma pure di grave abuso che potrebbe dar luogo a pronuncia di decadenza della potestà: è da ritenere che ci si debba rivolgere al Tribunale ordinario (salvo che si chieda espressamente la decadenza, di esclusiva competenza del Tribunale per i Minorenni).

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: la competenza (in questo caso) speciale del Tribunale ordinario trattandosi di genitori separati, prevarrebbe su quella generale dell'organo giudiziario minorile, in materia di limitazione della potestà. Di una competenza residuale del Tribunale per i Minorenni si potrebbe parlare, ma non tanto con riferimento al contenuto della domanda, quanto piuttosto riguardo ai soggetti che potrebbero proporla

(nel procedimento ex art. 333 c.c. 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).

Tali conclusioni trovano del resto conforto nelle linee guida delineate dalla Suprema Corte per orientare l'interprete nella lettura e applicazione del dato normativo, per cui ogni soluzione che si assuma nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano della coerenza logico - concettuale, ma anche per il suo impatto operativo nella realizzazione del principio di concentrazione delle tutele (Cass. N. 8362 del 2007). Sulla base di tali osservazioni va dunque accolto il Regolamento di competenza sollevato dal Tribunale per i Minorenni di Brescia; va cassato il provvedimento del Tribunale di Brescia sulla competenza, e dichiarata la competenza funzionale di tale organo giudiziario. Non si fa luogo a pronuncia sulle spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il proposto regolamento di competenza; cassa il

provvedimento del Tribunale di Brescia, relativo alla competenza; dichiara la competenza funzionale del Tribunale di Brescia.

Così deciso in Roma, il 30 giugno 2011.

Depositato in Cancelleria il 5 ottobre 2011

Estensore
dott. Massimo Dogliotti.

INCOMPETENZA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI IN FAVORE DEL TRIBUNALE ORDINARIO NEL CASO DI PENDENZA DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE*

Art. 155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli - Art. 709 ter c.p.c. Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni

Tribunale per i Minorenni di Lecce, 15/12/11

Il Tribunale per i Minorenni di Lecce - sulla linea del recente indirizzo della Cassazione delineato con ordinanza n. 20354/11 - in un procedimento ex art. 333 c.c., instaurato dal padre del minore con il quale chiedeva l'affido esclusivo del figlio, ha dichiarato la propria incompetenza a favore di quella del tribunale ordinario stante la contemporanea pendenza del giudizio di separazione e considerando che il tribunale ordinario può adottare gli stessi provvedimenti, anche limitativi della potestà genitoriale, del giudice specializzato. Ciò perché, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 155 c.c., i provvedimenti relativi alla

prole sono posti in essere con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

L'art. 709 ter c.p.c., domanda infatti al giudice della separazione la cognizione delle controversie inerenti alle modalità dell'affidamento ed all'esercizio della potestà sulla prole: *“per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso”*, pertanto anche in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto

* A cura di:
Maurilio Marangio, Avvocato del foro di Lecce

svolgimento delle modalità dell'affidamento.

In particolare, ritenendosi angusta e formalistica la concezione per cui il tribunale ordinario adito in sede di separazione o divorzio possa emettere solo pronunce di affidamento della prole, che prescindano dalla sussistenza di situazioni ad essa pregiudizievoli, anche il tribunale ordinario è chiamato a pronunciarsi nell'interesse del minore, e ben potrà emettere una più articolata gamma di provvedimenti a tutela dello stesso. (Sulla stessa posizione tribunale di Salerno, sez.

I. 03/05/2011, tribunale per i minorenni di Bari, 16/06/2010).

Con riferimento, dunque, alla specifica tipologia dei provvedimenti ex art. 333 ss. c.c., la competenza del giudice della separazione - come individuata in via generale dal citato art. 709 ter c.p.c., viene meno soltanto allorché il provvedimento da adottare nell'interesse della prole si risolve in una compressione della potestà genitoriale e, quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole nei confronti del figlio.



**TRIBUNALE PER I MINORENNI
DI LECCE**

Il Tribunale per i Minorenni di Lecce, riunito in Camera di Consiglio nella persona dei Si-

gnori:

dr.ssa Ada Luzza - Presidente

dr.ssa Lucia Rabboni - Giudice relatore

dr.ssa Annamaria Massimiliano Macagnino Guerrieri - Giudice onorario

(Continua a pagina 10)

(Continua da pagina 9)

visti gli atti del procedimento n. [Omissis] Reg. V.G. inerente al minore [Omissis] nato a [Omissis] il [Omissis], figlio legittimo di [Omissis] e di [Omissis];

visti gli atti acquisiti successivamente al decreto del 4/8/11;

viste le richieste del P.M. in data 7/12/11;

OSSERVA

Il procedimento in questione è stato aperto su ricorso, depositato in data 22/3/11, del padre il quale, lamentando la inadeguatezza genitoriale della [Omissis], chiedeva l'affidamento a sé del minore.

Rappresentava il ricorrente la pendenza del giudizio di separazione dinanzi al Tribunale di Lecce e nel corso dell'istruttoria si appurava che all'udienza del 22/11/11 il Presidente aveva autorizzato i coniugi a vivere separati riservando, all'esito dell'acquisizione di informazioni presso questo T.M., ulteriori provvedimenti.

Con decreto emesso il 4/8/11 da questo T.M., così si disponeva testualmente: *“affida il minore – fermi restando gli emanandi provvedimenti del giudice della separazione – al servizio sociale di [Omissis] affinché, in collaborazione con il consultorio familiare di zona o con*

un Centro specializzato in relazioni familiari presente sul territorio, avvii la coppia ad un percorso di mediazione ovvero – in mancanza di disponibilità in tal senso – ad un percorso di sostegno alla genitorialità, al contempo monitorando la condizione psico-affettiva del bambino e verificando la presenza di utili risorse familiari alle quali ricorrere per il temporaneo affidamento del minore qualora la situazione familiare dovesse rivelarsi gravemente pregiudizievole per lo stesso.”

Il 7/12/11 il P.M. ha rilevato l'incompetenza funzionale di questo T.M. .

Ritiene, invero, il collegio che stante la contemporanea pendenza del giudizio di separazione, la competenza funzionale di questo giudice specializzato si ritrae dinanzi a quella del Tribunale ordinario che ben può adottare gli stessi provvedimenti, anche limitativi della potestà genitoriale, del giudice specializzato.

Tale conclusione appare conforme al quadro normativo delineato dagli artt. 155, 155 bis c.c., 709 ter c.p.c., 6 l. 898/70.

Dalla lettura di tali disposizioni, emerge chiaramente come la volontà del legislatore - specialmente dopo la l. 54/06 - sia quella di

concentrare in capo al giudice della separazione e del divorzio la competenza a decidere anche sull'eventuale pregiudizio della prole, al fine di evitare l'intervento di due autorità giudiziarie con il rischio di decisioni non coordinate o addirittura incompatibili e con aggravio per le parti in causa.

Oltre all'art. 155 c.c. che nella sua nuova formulazione al 2° co. dispone che il giudice della separazione *“adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa”*¹, la l. 54/06 ha introdotto ex novo gli artt. 155 bis c.c e 709 ter c.p.c. che ancor più hanno “spinto” verso la considerazione del giudice

ordinario, in pendenza di giudizio di separazione e divorzio o ex art. 710 c.p.c., quale giudice del pregiudizio.

Ed infatti l'art 155 bis c.c. prevede che il giudice della separazione *“può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”*.

Sembra trarsi dalla lettura della norma, e la giurisprudenza di merito e di legittimità avalla tale impostazione, che l'affidamento esclusivo – eccezionale deroga al regime dell'affidamento condiviso – si connota di una valenza sanzionatoria ad un comportamento pregiudizievole dell'altro genitore².

(Continua a pagina 12)

1. La vecchia formulazione dell'art 155 al 1° co. prevedeva, analogamente: il giudice *“adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa”*. Con la sentenza del **10/6/1976 numero 2129** la suprema corte aveva ritenuto che il giudice della separazione potesse collocare il minore presso terzi *“nel caso in cui entrambi coniugi abbiano rivelato assoluta deficienza morale e totale inidoneità all'opera di cura ed educazione dei figli”*.

È vero che il testo novellato non ripropone il contenuto del 6° comma laddove prevedeva che *“in ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nell'impossibilità, presso un istituto di educazione”* ma è da ritenere che si sia trattato di una svista giacché l'art. 8 della legge sul divorzio continua a prevedere che *“in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori il tribunale procede all'affidamento familiare ai sensi dell'art 2 l. 184/83”*, o forse lo stesso era stato ritenuto *“ultroneo”* dandosi per scontato che il giudice potesse adottare ogni provvedimento utile alla tutela del minore.

2. Al fine di escludere un genitore dall'affidamento, deve risultare *“una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come ad esempio una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza ...)”* Il giudice è chiamato ad una motivazione *“in negativo sulla inidoneità educativa del genitore”*

(Continua da pagina 11)

Ed ancora l'art 709 ter c.p.c. riconosce al giudice del procedimento in corso il potere di decidere in merito alle "controversie insorte fra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento" possono consistere in poteri sanzionatori oltre che di modifica dei provvedimenti in vigore.

Tale impostazione ha ricevuto recentemente l'autorevole avallo della Corte di Cassazione che con la innovativa ordinanza del 5/10/11 n. 20354 ha espressamente affermato che "tanto il giudice specializzato (nel caso di coppie non coniugate o, se coniugate, quando non pende separazione) che il giudice della separazione (e del divorzio) in presenza di una situazione di pregiudizio per i

minori possono assumere provvedimenti volti alla tutela dei figli".

Non esiste, infatti, "alcun limite all'intervento del giudice ordinario"³: l'art 155 c.c., infatti "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 della legge n. 898 del 1970 art. 6 co. 8 in sede di divorzio, il tribunale può procedere all'affidamento di minori a terzi, in caso di temporanea impossibilità di affidare minore ad uno dei genitori. Ancora l'articolo 709 ter c.p.c. precisa che il giudice della separazione può emettere provvedimenti opportuni, anche quando emergano gravi inadempienze o atti

di modo che si escluda dal pari l'esercizio della potestà genitoriale e sulla non rispondenza, quindi, all'interesse del figlio dell'adozione del modello legale prioritario di affidamento". Cass 18/6/08 n. 16593

3. Come del resto aveva già affermato nella sentenza n. 24097 del 2008.

4. La Corte di Cassazione, infatti, per orientamento consolidato⁴ a far data da Cass SS.UU. n. 1551/83, aveva ritenuto che "i provvedimenti riguardanti l'affidamento dei figli minori di coniugi separati in forza di separazione giudiziale o separazione consensuale [...] sono di norma devoluti alla competenza del tribunale ordinario, mentre rientrano nella suddetta competenza del tribunale dei minorenni nei casi in cui, come causa di quell'affidamento, si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole a norma degli articoli 330 e 333 codice civile. Quindi, il discrimine fra la competenza del tribunale ordinario e la competenza del tribunale per i minorenni, in tema di affidamento di minori, non va individuato nell'esistenza o meno del rapporto di coniugio tre genitori del minore medesimo ma in riferimento al petitum e alla causa petendi, per cui, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 333 c.c. e articolo 38 disp. att. c.c., rientrano certamente nella competenza del tribunale per i minorenni le domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari temporanei idonei a porre rimedio a situazioni

che comunque arrechino pregiudizi al minore.”

Dunque, con l'ordinanza in questione, la Cassazione - facendo registrare un'importante modificazione dell'orientamento consolidatosi prima della novella del 2006⁴ e mantenuto fermo anche in alcune pronunce successive - individua come giudice del pregiudizio del minore non più il Tribunale per i minorenni ma il giudice dinanzi al quale pende giudizio di separazione o divorzio, ovvero ex art 710 c.p.c.: *“la competenza (in questo caso) speciale del Tribunale ordinario, trattandosi di genitori separati, prevarrebbe su quella generale dell'organo giurisdizionale minorile in materia di limitazione della potestà”*. Diversamente ragionando, e dunque conti-

nuando ad individuare il criterio di ripartizione fra il Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario nella *causa petendi* e nel *petitum*, si verrebbero a determinare nell'applicazione pratica, come di fatto in passato si è spesso verificato, non poche incertezze: non solo, infatti, spesso il *petitum* non è dirimente in quanto limitare la potestà in caso di comportamenti pregiudizievoli ai sensi dell'articolo 333 c.c. equivale, sostanzialmente, a regolarla ai sensi dell'articolo 155 c.c. .

Ma soprattutto la *causa petendi* nel giudizio di separazione, divorzio e di modifica delle condizioni in ordine all'affidamento, difficilmente è formulata in maniera asettica, normalmente profilandosi nel ricorso qualche motivo di pregiudizio in

pregiudizievoli per il minore, anche se non di gravità tale da giustificare la declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale ex articolo 330 c.c., mentre rientrano nella competenza del tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi [...] le pronunzie di affidamento di minori che prescindano dalla sussistenza di situazioni per essi pregiudizievoli alle quali si deve ovviare con il richiesto provvedimento giudiziario, di carattere cautelare contingente, e mirino solo individuare quale dei due genitori sia più idoneo prendersi cura del figlio, al fine di consentirgli una crescita tranquilla ed equilibrata.”

5. La possibilità di una competenza residuale e concorrente del Tribunale per i minorenni in caso di ricorso proposto dal P.M. sembra essere riconosciuta anche dall'ordinanza Dogliotti. La soluzione non è arbitraria se pure appare, prima facie, contrastante con il principio di concentrazione delle tutele: la stessa è infatti necessaria al fine di salvaguardare l'interesse del minore, il quale

(Continua a pagina 14)

(Continua da pagina 13)

ragione del quale il genitore chiede l'affidamento a sé: così nel caso che odiernamente ci occupa.

Ritiene, pertanto, il collegio di uniformarsi al recente orientamento della Cassazione che oltre ad avere il pregio di sgomberare il campo da molte incertezze offre anche una lettura del dato normativo costituzionalmente orientato al rispetto del principio della concentrazione delle tutele, aspetto centrale della ragionevole durata del processo.

Pertanto, in assenza di autonome richieste del P.M.⁵, si dichiara l'incompetenza di questo Tribunale.

P.Q.M.

Letti gli artt 155 c.c., 333, 336 c.c., dichiara la propria incompetenza.

Dispone che copia degli atti più significativi vengano trasmessi in copia la giudice della separazione dinanzi al quale è pendente il procedimento n. 2216/11 con prossima udienza fissata all' 8/2/12.

Lecce 15/12/11

Il Giudice est.

Dott. Lucia Rabboni

Il Presidente

Dott. Ada Luzzza

ultimo trova nel P.M. il suo principale garante: e i poteri del P.M. sono nel giudizio di separazione e divorzio sono ben diversi da quelli che può esercitare dinanzi al T.M. .

Infatti nelle cause dove può solo intervenire, come appunto quelle di separazione e divorzio, il P.M. pur potendo produrre documenti e dedurre prove, può prendere conclusioni solo nei limiti delle domande proposte dalle parti. (art. 72 c.p.c.) laddove invece nel procedimento dinanzi al T.M. potrebbe chiedere qualsiasi provvedimento ritenuto tutelante per il minore, ivi compreso l'allontanamento da entrambi i genitori e l'affidamento a terzi.

COMPETENZA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI NELLE IPOTESI EX ART.330 O 333 C.C. PUR IN PENDENZA DI GIUDIZIO PER SEPARAZIONE O DIVORZIO TRA CONIUGI.*

Art.155 c.c. Provvedimenti riguardo ai figli - Art. 317 c.c. Impedimento di uno dei genitori

Corte di Appello di Lecce, decreto del 10/01/2012

* A cura di:
Rita Perchiazzi, Avvocato del foro di Lecce

La Corte d'Appello di Lecce, con una pronuncia successiva all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 20354 del 05/10/11, afferma la competenza del Tribunale per i Minorenni in tutti i casi in cui venga richiesto un intervento cautelare ablativo o limitativo della potestà genitoriale ex art. 330 o 333 cod. civ., pur in pendenza di un giudizio per separazione personale o divorzio tra coniugi.

La Corte salentina fonda il proprio convincimento sull'osservazione che

“l'affidamento della prole in età minore su cui è competente il giudice della separazione ex art. 155 c.c. non incide sulla spettanza della potestà ad entrambi i genitori ma, secondo l'espressa disposizione dell'art. 317 cc, interferisce soltanto sulle modalità di esercizio della medesima”; sicché restano di competenza del giudice specializzato i provvedimenti che si risolvano *“in una compressione della potestà genitoriale quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole al figlio”*.



**LA CORTE DI APPELLO
DI LECCE
SEZIONE MINORENNI**

Riunita in Camera di Consiglio, e composta dai seguenti magistrati

Dott.ssa Rosa Casaburi
Presidente
Dott.ssa Fausta Palallo
Consigliere est.
Dott. Maurizio Petrelli
Consigliere

Dott. Stefania Pinnelli
Comp. Privato
Dott. Marco Piccinno
Comp. Privato

ha pronunciato il seguente

Decreto

nel procedimento N. R.G.
[Omissis] V.G., promosso da :
Tizio - Reclamante

Avverso il decreto emesso dal Tribunale per i Minorenni di Lecce il [Omissis], con il quale veniva disposto l'affidamento della minore Caia, nata a [Omissis], al servizio sociale ed al consultorio familiare di zona, per predisporre ogni op-

(Continua a pagina 16)

(Continua da pagina 15)

portuno intervento diretto a riqualificare il rapporto della minore con il padre e ad arginare le ricadute della conflittualità fra i genitori sul benessere esistenziale della stessa.

Con l'intervento del P.G. nella persona del dott. [Omissis].

CONTRO

Sempronia - Reclamata.

Rilevato in fatto.

Letto il reclamo depositato il [Omissis] da Tizio, padre di Caia, nata a [Omissis], nonché gli atti allegati, il verbale di udienza del [Omissis] ed il parere del P.G., espresso il [Omissis], rileva quanto segue. Con il proposto reclamo il padre di Caia ha lamentato la contraddittorietà ed erroneità del decreto reclamato, che non teneva in alcun conto i risultati delle operatrici psicosociali del servizio del consultorio familiare n.3 dell'ASI, di Lecce che, pur prendendo atto dell'esistenza dei rapporti tra esso reclamante e la figlia, sottolineavano come li avesse con frequenza regolare per i due fine settimana al mese, vissuti in termini di tolleranza passiva e di rapido prelievamento da scuola e, in particolar modo le conclusioni della relazione

dell'assistente sociale del consultorio dott. [Omissis] che, nel corso dell'incontro dell'1/3/2011 tra padre e figlia, elaborava un progetto d'aiuto, però ostacolato dalla madre, e della psicologa del servizio sociale dott. [Omissis] che suggeriva di alimentare gli incontri padre-figlia, operando sulla qualità delle relazioni e coinvolgendo anche la madre. Sottolineava, altresì, come fosse stato del tutto disatteso il decreto reclamato nella parte in cui era stata affidata la minore ai servizi sociali perché predisponessero ogni opportuno intervento, diretto a riqualificare il rapporto con esso padre, per cui chiedeva che, a modifica del detto decreto, fossero accolte le proposte conclusive del consultorio familiare dell'ASL 3 di Lecce, come contenute nella relazione a pagg-15-16 a firma della dott. [Omissis], demandando gli interventi conseguenti al consultorio ed ai servizi competenti, ed in particolare chiedendo che fosse disposto che la minore si trattenesse a consumare il pasto con lui per i primi cinque giorni della settimana e, quanto al giovedì, trascorresse l'intera giornata, dall'uscita da scuola, e la notte, sino all'ingresso a scuola il venerdì mattina con esso padre. Il P.G., con parere del 7/12/2011 esprimeva parere contrario al reclamo proposto.

Costituitasi, Sempronia eccepiva in primo luogo l'incompetenza della magistratura minorile perché non sussisteva alcun pregiudizio per la minore; perché venivano richiesti provvedimenti a tutela della figlia, in particolare concernenti le modalità di visita del padre alla figlia; perché trattavasi di modifica delle condizioni di divorzio, di competenza inderogabile del Tribunale ordinario, peraltro proposta da essa Sempronia con ricorso iscritto al n. [Omissis], chiamato all'udienza del 18/11/2011, cui era stato riunito l'altro introdotto dal Tizio e che attualmente era riservato per la decisione. In relazione a tanto chiedeva dichiararsi la litispendenza tra i due procedimenti. Deduceva nel merito l'erroneità del provvedimento reclamato perché non era emersa alcuna situazione di pregiudizio per la minore e, infine, l'infondatezza del reclamo perché per un verso non erano state formulate da parte delle operatrici del consultorio proposte concrete e per altro verso i tentativi di mediazione erano rimasti infruttuosi. Né peraltro la regolamentazione dei rapporti padre-figlia poteva essere richiesta al giudice minorile bensì al giudice ordinario.

Concludeva per l'incompetenza del giudice minorile; per la dichiarazione di litispendenza; in subordine per la revoca del decreto nella parte in

cui veniva disposto l'affidamento della minore al servizio sociale e, in ogni caso, per il rigetto del reclamo, con vittoria di spese. All'udienza del 10/1/2012, dopo la relazione del Consigliere relatore e la discussione con le relative conclusioni, la Corte riservava di provvedere.

Osserva in diritto.

Ritiene questa Corte che il reclamo proposto sia infondato e vada pertanto rigettato. Procedendo preliminarmente all'esame delle eccezioni sollevate dalla resistente di incompetenza della magistratura minorile e di litispendenza, in relazione all'insussistenza del pregiudizio per la minore in oggetto va rilevata l'infondatezza della seconda perché (pur prescindendo dal momento di proposizione quanto meno della prima di dette eccezioni, in considerazione delle forme più libere del rito camerale) deve precisarsi, quanto all'eccepita litispendenza, che il presente ricorso risulta proposto al Tribunale per i Minorenni il 17/2/2010 mentre quello per la modifica delle condizioni di divorzio, ad istanza di essa resistente, il 14/2/2011 (e quello proposto dal Tizio l'8/4/2011), per cui non sussiste litispendenza tra i due giudizi, che non pendono nello stesso gra-

(Continua a pagina 18)

(Continua da pagina 17)

do di giudizio e tra i quali il presente è stato instaurato circa un anno prima dell'altro. Infondata è anche l'eccezione di difetto di giurisdizione del Tribunale per i Minorenni, avanzata dalla difesa della resistente sulla base della competenza ormai radicata del Tribunale ordinario, che aveva pronunciato la separazione dei coniugi, poi il divorzio e dinanzi al quale pendeva ricorso ex art.710 c.p.c. per la modifica delle condizioni del divorzio, per cui il Tribunale per i Minorenni avrebbe dovuto declinare la propria competenza nonché dell'insussistenza del pregiudizio per la minore. Invero secondo un orientamento ormai consolidato, che prende le mosse dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n.1551/1983 *"in tema di affidamento dei minori, dovendo il discrimina tra la competenza del Tribunale ordinario e quella del Tribunale per i Minorenni essere individuato in riferimento al "petitum" ed alla "causa petendi", rientrano, ai sensi del combinato disposto degli artt.333 c.c. e 38 disp. att. del cc, nella competenza del T.M. le domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari e temporanei idonei ad ovviare a situazioni pregiudizievoli per il minore, anche*

se non di gravità tale da giustificare la declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale, di cui all'art.330 cc, mentre rientrano nella competenza del Tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi, di annullamento del matrimonio o di "pronunzie" ex l.898/1970, le pronunzie di affidamento dei minori che mirino solo ad individuare quale dei due genitori sia ritenuto più idoneo a prendersi cura del figlio" (Cass.15/3/2001 n.3765; Cass.16/10/2008 n.25290).

Con la conseguenza che, se anche rientrano nella competenza del Tribunale ordinario le controversie concernenti l'affidamento dei figli minori perché attinenti al giudizio di separazione in corso, giudiziale o consensuale che sia, restano comunque nella competenza del T.M. tutti i casi in cui venga richiesto un intervento cautelare ablativo della potestà genitoriale ex artt.330 e 333 c.c., in particolare quando il provvedimento da adottare si risolva in una compressione della potestà genitoriale quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole al figlio (cfr. in tal senso Cass. 4/2/2000 n.1213).

E ciò indipendentemente dalla preventiva instaurazione davanti al Tribunale ordinario del procedimento

per separazione personale (o divorzio) tra coniugi giacché l'affidamento della prole in età minore su cui è competente il giudice della separazione ex art.155 ce non incide sulla spettanza della potestà ad entrambi i genitori ma, secondo l'espressa disposizione dell'art.317 cc, interferisce soltanto sulle modalità di esercizio della medesima (cfr. in tal senso Cass. 10/5/1999 n. 4631).

Così come l'adozione da parte del T.M. di provvedimenti cautelare ed urgenti nell'interesse dei minori, attribuiti alla competenza esclusiva di tale ufficio, non determina, in pendenza del giudizio di separazione, un conflitto di competenza col Tribunale ordinario che, invece, potrà tener conto della decisione del giudice specializzato quale fatto sopravvenuto ove essa risulti rilevante (cfr. in tal senso Cass. 28/3/1997 n.2797).

Proprio questo è il caso oggetto del presente esame, nel quale il Tribunale per i Minorenni, preso atto della domanda proposta dal Tizio, fondata sul pregiudizio paventato per la figlia nonché dell'accesa conflittualità tra i coniugi, suscettibile solo di sviluppi negativi sul rapporto con la minore, ne ha disposto l'affidamento al consultorio familiare di zona, in collaborazione col servizio sociale, perché predisponesse ogni opportuno

intervento diretto a riqualificare il rapporto della minore col padre.

Sotto questo profilo, quindi, ed in particolare ai fini dell'accertamento del pregiudizio esposto dal ricorrente, è indubbio che sussista la competenza del giudice minorile, anche se, all'esito dell'indagine disposta ed espletata, tale situazione non ritiene questa Corte che sia stata poi riscontrata nei fatti.

Invero la condizione della minore, per come denunciata dal padre, era determinata dai contrasti tra i genitori e dai problemi di comunicazione tra di loro ma anche tra padre e figlia, evidenziati sia nella relazione dell'ufficio servizi socio-assistenziali del comune di Lecce del 30/4/2010 che in quella dei 2/5/2011 Rovereto del 5/10/2010.

In particolare in quest'ultima relazione la psicologa dott.ssa [omissis], pur facendo riferimento ai grandi contrasti tra i genitori, anche sulle linee educative da seguire per la figlia, descriveva quest'ultima come "*colei che cerca di mantenere gli equilibri camminando in un campo minato tra i suoi genitori e manifestando un conflitto di lealtà di principio*" e proponeva di attenuare il conflitto tra i genitori; di compiere, interventi di miglioramenti dei legami padre-

(Continua a pagina 20)

(Continua da pagina 19)

figlia e di coinvolgere anche la madre attraverso un'opportuna opera di mediazione o, in mancanza, un percorso psicologico personale perché tanto avrebbe consentito a Caia di vivere più serenamente, come da lei richiesto, anche in relazione alla sua età (ormai ultrasedicenne) nella quale, invece di godere di un clima di protezione e serenità all'interno del quale strutturare la propria personalità, si trovava al centro di dinamiche relazionali conflittuali, suscettibili di acuire i problemi tipici dell'età adolescenziale.

Tuttavia sia gli assistenti sociali che la dott.ssa [Omissis] attestavano come la minore apparisse ben sviluppata, in forma fisica armonica e dotata di buona autonomia, anche se, siccome la comunicazione tra i genitori ormai era interrotta, Caia era rimasta coinvolta nei problemi della coppia, subendone un utilizzo strumentale perché, da un lato, il padre era convinto che la madre volesse escluderlo dal rapporto con lei e, dall'altro, anche la madre attribuiva la colpa del fallimento del matrimonio al padre. In ogni caso Caia appariva molto legata ad entrambi i genitori e desiderosa di mantenere e coltivare anche il legame col padre, anche se manife-

stava chiaramente la sua volontà di coltivare i suoi interessi e le sue amicizie. Peraltro la domanda avanzata dal Tizio con l'odierno reclamo ha per oggetto l'accoglimento delle conclusioni del consultorio familiare n. 3 dell'ASL di Lecce (pagg. 15-16 della relazione della dott.ssa [Omissis]), con la richiesta, in particolare, che Caia si trattenga e consumi il pranzo con lui per i primi cinque giorni della settimana e, quanto al giovedì, che trascorra tutta la relativa giornata dall'uscita di scuola e la notte sino all'ingresso a scuola il venerdì mattina con esso padre e, quindi, oltre ad essere domanda nuova, mai formulata nel giudizio di primo grado (nel quale il Tizio chiedeva che il Tribunale per i Minorenni disponesse tutti i provvedimenti a tutela della figlia), attiene sostanzialmente alle modalità di visita alla figlia che, in questo caso e così formulate, sono di competenza del giudice ordinario, al quale vanno proposte, peraltro nella sede già adita da entrambe le parti, anche se sotto altri profili, per quanto concerne appunto la revisione delle condizioni di divorzio.

Peraltro è appena il caso di aggiungere che, come già sottolineato nelle relazioni dei servizi sociali nonché della psicologa, sembrerebbe ulteriore se non dannoso stabilire rigida-

mente orarie modalità di visita, così come richiesto dal Tizio, per una ragazza dell'età di Caia che, proprio perché ormai quasi maggiorenne, ha necessità dei propri spazi e della propria autonomia, all'interno dei quali sembra intenzionata a mantenere e coltivare il suo rapporto col padre, cui appare sinceramente legata, sia pure nel rispetto delle proprie esigenze legate agli impegni scolastici, ludici e dalle frequentazioni amicali tipiche della sua età e del suo contesto sociale.

Il reclamo è quindi infondato e da rigettare, con la conseguente confer-

ma del decreto reclamato.

P. Q. M.

Decidendo sul reclamo depositato il 26/9/2011 da Tizio, padre della minore Caia, nata a [Omissis], avverso il provvedimento emesso dal Tribunale per i Minorenni in data 14/7/2011, e nei confronti Sempronia, lo rigetta.

Così deciso in Lecce il 10/1/2012.

IL CONSIGLIERE EST.

Dott.ssa Fausta Palazzo

IL PRESIDENTE

Dott.ssa Rosa Casaburi

RIFLESSIONI SULL'ORDINANZA N. 20354/2011 DELLA CORTE DI CASSAZIONE E SUA PORTATA INNOVATRICE*.

La Corte di Cassazione, con la recente ordinanza n. 20354 del 5/10/11, ha fatto registrare un'importante modificazione dell'orientamento consolidatosi a far data da Cass SS.UU. n. 1551/83 secondo il quale “*i provvedimenti ri-*

separazione giudiziale o separazione consensuale sono di norma devoluti alla competenza del tribunale ordinario, mentre rientrano nella suddetta competenza del tribunale dei minorenni nei casi in cui, come causa di quell'affidamento, si chieda un intervento ablativo o limitativo

(Continua a pagina 22)

* A cura di:

Lucia Rabboni, Magistrato del Tribunale per i Minorenni di Lecce.

(Continua da pagina 21)

della potestà genitoriale sulla prole a norma degli articoli 330 e 333 codice civile.

Quindi, il discrimine fra la competenza del tribunale ordinario e la competenza del tribunale per i minorenni, in tema di affidamento di minori, non va individuato nell'esistenza o meno del rapporto di coniugio tra i genitori del minore medesimo ma in riferimento al *petitum* e alla causa *petendi*, per cui, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 333 c.c. e articolo 38 disp. att. c.c., rientrano certamente nella competenza del tribunale per i minorenni le domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari temporanei idonei a porre rimedio a situazioni pregiudizievoli per il minore, anche se non di gravità tale da giustificare la declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale ex articolo 330 c.c., mentre rientrano nella competenza del tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi le pronunzie di affidamento di minori che prescindano dalla sussistenza di situazioni per essi pregiudizievoli alle quali si deve ovviare con il richiesto provvedimento giudiziario, di carattere cautelare contingente, e mirino solo individuare quale dei

due genitori sia più idoneo prendersi cura del figlio, al fine di consentirgli una crescita tranquilla ed equilibrata". Appare evidente come tale ripartizione creasse, nell'applicazione pratica, non poche incertezze prestandosi, conseguentemente, a possibili strumentalizzazioni ad opera delle parti al fine di "scegliere" il Tribunale da adire per chiedere l'affidamento dei figli. Non solo, infatti, in un ricorso in cui si chieda l'affidamento dei figli la causa *petendi* spesso è formulata in maniera ambigua, cosicché il venir meno della *affectio coniugalis* nei confronti del coniuge si intreccia con profili di inadeguatezza genitoriale (come nel caso, ad esempio, in cui si chieda la separazione da un coniuge violento e maltrattante anche nei confronti della prole); ma lo stesso *petitum*, spesso, non è dirimente, in quanto chiedere di limitare la potestà in caso di comportamenti pregiudizievoli ai sensi dell'articolo 333 c.c. equivale sostanzialmente a chiedere di regolarla ai sensi dell'articolo 155 c.c. .

La disamina dei casi concreti sottostanti alle decisioni della Corte di Cassazione evidenzia come il confine di competenza fra il Tribunale Ordinario ed il Tribunale per i Minorenni fosse sfumato e suscettibile di spostamento da un lato o

dall'altro a seconda che, come causa dell'affidamento della prole all'uno o all'altro genitore, si desse maggiore rilievo alla vicenda separativa o al profilo del pregiudizio.

Emblematica di tale ambiguità è la sentenza n. 1213 del 4.12.2000.

Con la suindicata decisione la Corte aveva dichiarato la competenza del Tribunale ordinario, decidendo sul ricorso per regolamento di competenza proposto da un padre avverso il decreto con il quale il Tribunale per i Minorenni di Milano aveva affidato la figlia – nel giudizio di separazione affidata alla madre con ampio diritto di visita del padre – al comune di Como, affinché la collocasse insieme alla genitrice in idonea struttura dove quest'ultima potesse ricevere adeguati sostegni terapeutici e pedagogici, presentando sia la madre che il padre gravi carenze tali da arrecare pregiudizio alla minore, non prese in esame dal tribunale ordinario. La Corte, nel regolare la competenza, osserva testualmente che nel caso di specie “ *il Tribunale per i Minorenni non ha adottato un provvedimento di decadenza o di limitazione della potestà genitoriale ma un intervento diretto a rimuovere una situazione di obiettiva difficoltà della minore conseguente al disposto affidamento alla madre*”. In questo caso è evidente la

labilità del confine di competenza fondato sul criterio del *petitum* e *causa petendi*: ed invero la Corte sarebbe potuta pervenire ad opposta conclusione, e dunque a dichiarare la competenza del Tribunale per i Minorenni, laddove, pur facendo applicazione del consueto criterio di ripartizione, avesse ritenuto – come in effetti più correttamente appare essere - l'affidamento della minore al Comune una forma di limitazione della potestà e la causa petendi una situazione di pregiudizio per la minore sia pure derivante dalle inadeguatezze di entrambi i genitori.

La delineata giurisprudenza si era formata in un panorama normativo che è stato profondamente innovato dalla l. 54/06.

L'entrata in vigore della legge 54/06, specialmente alla luce della sua interpretazione costituzionalmente orientata (concentrazione delle tutele ed organicità dei provvedimenti) datane dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 8632/07, ha rinforzato la competenza del giudice ordinario in tema di pregiudizio del minore.

Come è noto il legislatore con la legge intitolata “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affido condiviso dei figli*” è intervenuto a modificare sia il codice civile

(Continua a pagina 24)

(Continua da pagina 23)

che di procedura civile, provvedendo, oltre che a riscrivere l'art 155 c.c., ad inserire *ex novo*, fra gli altri, anche l'art. 155 bis c.c., e 709 ter c.p.c. : dalla lettura di tali disposizioni, infatti, emerge chiaramente come la volontà del legislatore sia quella di concentrare in capo al giudice della separazione e del divorzio la competenza a decidere anche sul pregiudizio della prole, al fine di evitare l'intervento di due autorità giudiziarie con il rischio di decisioni non coordinate o addirittura incompatibili e con aggravio per le parti in causa.

L'art 155 c.c., che nella sua nuova formulazione al 2° co. dispone che il giudice della separazione *“adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa”*, autorizza, evidentemente, ogni intervento del giudice nell'interesse del minore anche diverso dall'affidamento all'uno o all'altro genitore (ad esempio collocamento presso terzi o intervento dei servizi).

Ma sono soprattutto i nuovi artt. 155 bis c.c e 709 ter c.p.c. ad aver “spinto” verso la considerazione del giudice ordinario, in pendenza di giudizio di separazione e divorzio ex art. 710 c.p.c., quale giudice anche

del pregiudizio del minore. Ed infatti l'art 155 bis c.c. prevede che il giudice della separazione *“può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”*.

Sembra trarsi dalla lettura della norma, e la giurisprudenza di merito e di legittimità avalla tale impostazione, che l'affidamento esclusivo, eccezionale deroga al regime dell'affidamento condiviso, si connota sostanzialmente come sanzione ad un comportamento pregiudizievole dell'altro genitore. Al fine di **escludere un genitore** dall'affidamento, deve risultare, infatti, *“una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come ad esempio una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza ...)”* Il giudice è chiamato ad una motivazione *“in negativo sulla inidoneità educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potestà genitoriale e sulla non rispondenza, quindi, all'interesse del figlio dell'adozione del modello legale prioritario di affidamento”* (Cassazione civile, sez. I

18/06/2008 n. 16593).

Ed ancora l'art 709 ter c.p.c. riconosce al giudice del procedimento in corso la competenza a decidere in merito alle "controversie insorte fra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento" con il conseguente potere di adottare "i provvedimenti opportuni" che, "in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque rechino pregiudizio minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento", possono consistere nella comminatoria di sanzioni oltre che nella modifica dei provvedimenti in vigore.

Dunque, i poteri riconosciuti al Giudice ordinario dall'innovato impianto normativo risultante dalla novella del 2006, non potevano che far risultare "angusta e formalistica" la tradizionale ripartizione di competenza fra Tribunale ordinario e Tribunale per i Minorenni: e tale è la critica che muove la stessa Corte di Cassazione con l'ordinanza del 10/10/08 n. 24907 la cui motivazione apre la strada all'ordinanza n. 20354/11 che espressamente la richiama. Nella decisione del 2008 la Suprema Corte era stata adita da una madre con ricorso avverso la decisione della Corte di Appello di Roma che, a modifica di quanto stabilito dal giudice della separazione che le aveva affidato

le figlie disciplinando i rapporti con il padre, disponeva l'affidamento delle bambine al S.S. per mediazione e interventi di sostegno psicologico, salva restando la permanenza presso di lei, avendo ravvisato in capo alla madre un comportamento pregiudizievole ed appropriativo nei confronti delle figlie in danno del padre.

Nella decisione del 2008 la Suprema Corte era stata adita da una madre con ricorso avverso la decisione della Corte di Appello di Roma che, a modifica di quanto stabilito dal giudice della separazione che le aveva affidato le figlie disciplinando i rapporti con il padre, disponeva l'affidamento delle bambine al S.S. per mediazione e interventi di sostegno psicologico, salva restando la permanenza presso di lei, avendo ravvisato in capo alla madre un comportamento pregiudizievole ed appropriativo nei confronti delle figlie in danno del padre.

Uno dei motivi dell'impugnazione era la pretesa violazione degli artt 155 e 333 c.c. e 38 disp. att. c.p.c. in quanto, si assumeva, il provvedimento della Corte di Appello di affidamento delle minori al servizio sociale doveva ritenersi pronunciato ex art 333 c.c., essendo questa l'unica norma che consente al Giudice la scelta del provvedimento ritenuto più ido-

(Continua a pagina 26)

(Continua da pagina 25)

neo alla tutela della prole e che, come tale, è riservato alla competenza del T.M., potendo il giudice ordinario, nell'applicazione dell'art 155 c.c., soltanto dichiarare a quale dei coniugi debba essere affidata la prole o al massimo potendo collocarla presso un terzo ma giammai affidarla a soggetti diversi dai genitori. Richiamava, inoltre, la ricorrente la tradizionale ripartizione di competenza basata sul *petitum* e sulla *causa petendi*.

Orbene la Corte di Cassazione rigettando il ricorso, e riconoscendo la legittimità della decisione della corte d'Appello di Roma adottata "nel rispetto del primario criterio della concentrazione e dell'organicità dei provvedimenti", riteneva "angusta e formalistica" la concezione portata a fondamento del motivo di ricorso secondo la quale, in materia di affidamento dei figli minori, i confini dei provvedimenti del giudice ordinario si arresterebbero "sulla soglia della alternativa secca fra i due genitori e precluderebbe del tutto al giudice ordinario di assumere provvedimenti più articolati i quali, pur senza pretermettere radicalmente i genitori, si facciano carico del contingente interesse dei minori stessi".

Con la successiva ordinanza n. 20354 del 5/10/11, anche nota come "ordinanza Dogliotti", la Corte di Cassazione - decidendo sul regolamento di competenza proposto dal Tribunale per i Minorenni di Brescia che si era dichiarato incompetente a decidere sull'istanza - trasmessagli dal Tribunale di Brescia a sua volta dichiaratosi incompetente - con la quale un padre chiedeva la modifica delle condizioni di separazione.

Con la innovativa ordinanza, sul solco di quella precedentemente presa in considerazione, la Suprema Corte ha espressamente affermato che "tanto il giudice specializzato (nel caso di coppie non coniugate o, se coniugate, quando non pende separazione) che il giudice della separazione (e del divorzio) in presenza di una situazione di pregiudizio per i minori possono assumere provvedimenti volti alla tutela dei figli".

Non esiste, infatti, "alcun limite all'intervento del giudice ordinario": l'art 155 c.c., infatti "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 della legge n. 898 del 1970 art. 6 co. 8 in sede di divorzio, il tribunale può procedere

all'affidamento di minori a terzi, in caso di temporanea impossibilità di affidare minore ad uno dei genitori. Ancora l'articolo 709 ter c.p.c. precisa che il giudice della separazione può emettere provvedimenti opportuni, anche quando emergano gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizi al minore."

Dunque la Cassazione individua come giudice dell'affidamento e del pregiudizio del minore, in pendenza di giudizio di separazione, divorzio o di modifica delle relative condizioni, non più il Tribunale per i minorenni ma il giudice dinanzi al quale pende giudizio: *"la competenza (in questo caso) speciale del Tribunale ordinario, trattandosi di genitori separati, prevarrebbe su quella generale dell'organo giurisdizionale minorile in materia di limitazione della potestà"*.

Specifica la Corte la salvezza della competenza del Tribunale per i minorenni – oltre che ex art 38 disp. d'att. c.p.c. quando sia investito da una richiesta ex art 330 c.c e in caso di provvedimenti necessari ed urgenti - quando il ricorso ex art. 333 c.c è presentato dal P.M. o dai parenti.

Il pregio della ordinanza in esame è, da un lato, la sua utilità al fine di sgomberare il campo dalle molte incertezze in ordine all'individuazione del giudice com-

petente - che, nel provvedimento in questione originavano, come espressamente evidenzia la Corte, dall'essere *"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"* – e, dall'altro, quello di permettere una lettura ed una applicazione del dato normativo costituzionalmente orientate al rispetto del principio della concentrazione delle tutele che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo.

Nell'applicazione pratica, dunque, in pendenza di giudizio (separazione, divorzio ed ex art. 710 c.p.c.), non pare revocabile in dubbio che il pregiudizio del minore (frequentemente connesso alla situazione di conflittualità fra i genitori ma che, comunque, potrebbe investire anche profili di inadeguatezza di questi ultimi tali da richiedere una limitazione della potestà), sarà valutato dal giudice precedente.

Conseguentemente, su eventuali ricorsi presentati dalle parti in pendenza di codesti giudizi dinanzi al Tribunale per i Minorenni, quest'ultimo non potrà che dichiara-

(Continua a pagina 28)

(Continua da pagina 27)

re la propria incompetenza. Ed altrettanto è a dirsi - sempre nella pendenza del giudizio di separazione, divorzio o ex art 710 c.p.c. - quando nel ricorso ci si dolga delle in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità di affidamento, in quanto sulle controversie relative è competente ex art. 709 ter c.c. il giudice del procedimento in corso.

Merita, tuttavia, di sottolinearsi che se e vero che dall'attuale assetto normativo - innovato dalla l. 54/06 ed interpretato dalla Corte di Cassazione in ossequio ai principi costituzionali della concentrazione delle tutele e dell'organicità dei provvedimenti - emerge una competenza "rinforzata" del giudice ordinario che, investito della decisione sull'affidamento della prole, è anche competente sul "pregiudizio" della stessa, è altrettanto vero che non ne consegue una esautorizzazione del Tribunale per i Minorenni della sua competenza ex artt. 333, 336 c.c. sol per il fatto di essere i genitori coniugati, separati o divorziati.

Tale lettura è avallata dalla stessa Corte di Cassazione che nell'ordinanza 20354/11 fa salva espressamente la competenza del Tribunale ad intervenire nei casi di urgenza e nel caso in cui il ricorso ex

artt. 333, 336 c.c. pur in pendenza di giudizio di separazione, divorzio o ex art 710 c.p.c., sia stato presentato dal P.M. (o dai parenti).

È, dunque, ben possibile che in pendenza di giudizio (di separazione, divorzio o ex art 710 c.p.c.) dinanzi al Tribunale ordinario, il P.M. ricorra ex artt. 333, 336 c.c. a tutela del minore ravvisando un pregiudizio che, se pure non tale da motivarlo alla presentazione di un ricorso ex art 330 c.c. richieda comunque una sua iniziativa autonoma a tutela del minore. Sembra corretto ritenersi che, in questi casi, vi sia una competenza concorrente del Tribunale per i Minorenni con quella del Tribunale ordinario. La soluzione, se pure appare *prima facie* contrastante con il principio di concentrazione delle tutele, non è arbitraria in quanto necessaria al fine di salvaguardare il superiore interesse del minore che trova nel P.M. il suo principale garante.

È noto, infatti, come il Pubblico Ministero abbia dinanzi al T.M. poteri ben più ampi di quelli che ha nei giudizi di separazione e divorzio: nelle cause dove può solo intervenire, come appunto quelle di separazione e divorzio, il P.M. pur potendo produrre documenti e dedurre prove, può prendere conclusioni solo nei limiti delle domande proposte dalle

parti. (art. 72 c.p.c.), con conseguente diverso livello di tutela del minore.

In seguito alla esaminata ordinanza della Corte di Cassazione, sicuramente il Giudice investito del giudizio di separazione, divorzio e di modifica delle condizioni ex art. 710 c.p.c. nel decidere sull'affidamento della prole, si gioverà di una cognizione piena sul pregiudizio della prole, senza la quale la decisione sull'affidamento rischiava di essere presa senza una reale conoscenza della complessiva situazione familiare e, magari, in contrasto con l'effettivo interesse dei figli o, ancora, malamente coordinata con un intervento del Tribunale per i Minorenni che, il più delle volte, senza modificare la decisione adottata dal

giudice ordinario si limitava a prevedere interventi di sostegno e vigilanza da parte dei servizi territoriali.

Tuttavia, al fine di scongiurare il rischio che, in concreto, la tutela dell'interesse del minore abbia a subire una flessione, non può che auspicarsi una riorganizzazione degli uffici giudiziari dei Tribunali civili con Tuttavia, al fine di scongiurare il rischio che, in concreto, la tutela dell'interesse del minore abbia a subire una flessione, non può che auspicarsi una riorganizzazione degli uffici giudiziari dei Tribunali civili con la previsione di sezioni famiglia specializzate in cui i tempi, i luoghi e la preparazione specifica dei giudici si concilino con le specificità della giustizia minorile.



La Camera Minorile di Lecce è un'associazione forense che promuove lo studio e l'approfondimento del diritto minorile. Possono aderire alla Camera minorile, in qualità di soci ordinari, tutti gli avvocati e in qualità di uditori i praticanti avvocati, iscritti negli albi degli Ordini Forensi con sede nel distretto della Corte d'Appello di Lecce.

Per le modalità d'adesione visitate il nostro sito: www.cameraminorile.org

L'ammissione è subordinata alla delibera del Consiglio Direttivo

