

Riforma della filiazione

# I procedimenti *de potestate* dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile

di Filippo Danovi

## 1. La riforma della filiazione e il sistema delle competenze. La proroga per i provvedimenti *de potestate* e il protocollo d'intesa dei Tribunali di Brescia

La l. n. 219/2012 («Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali») (1) ha attuato una riorganizzazione del sistema delle competenze in materia di filiazione, ampliando la *potestas iudicandi* del tribunale ordinario e correlativamente riducendo l'area di intervento del giudice minorile.

Anche se la novità più significativa è come noto rappresentata dall'attribuzione - in linea di principio salutata con favore (2) - al giudice ordinario della competenza in ordine ai provvedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, diverse ulteriori disposizioni di natura processuale modificano il previgente complessivo assetto della materia e meritano di essere segnalate. Tra queste, in particolare, la proroga di competenza che il legislatore ha disposto - sempre in favore del giudice ordinario - stabilendo che «per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile». Anche questa previsione si colloca nel solco della tendenza a privilegiare l'ambito di operatività del giudice ordinario e nei propositi di fondo può quindi essere condivisa; la sua formulazione non è tuttavia immune da censure (non diversamente, del resto, dalle ulteriori disposizioni di natura processuale contenute nella riforma (3)) e impone pertanto all'interprete non pochi sforzi di coordinamento.

In questa prospettiva, il Tribunale ordinario e quello minorile di Brescia si sono meritoriamente mossi in modo sinergico, individuando una serie di «*linee guida comuni*» volte a coordinare le rispettive attribu-

zioni e aree di intervento, al fine di evitare per quanto possibile pericolose disarmonie nella gestione dei rispettivi procedimenti e nell'emanazione dei consequenziali provvedimenti. Il *Protocollo d'intesa in tema di riparto di competenza nelle ipotesi di interventi limitativi della potestà genitoriale* siglato in data 10 aprile 2013 (4) e che qui si commenta (di seguito, per semplicità, il Protocollo) rappresenta al contempo un esempio virtuoso di armonizzazione delle prassi giudiziarie e un prezioso strumento per l'operatore del diritto.

## 2. La *ratio* della disposizione e la tecnica utilizzata

La disposizione sulla quale si incentra il Protocollo è contenuta nel novellato art. 38 disp. att. c.c.; norma che, a dispetto della sua collocazione «appartata», ha in un passato anche recente dato origine a rilevanti problemi in sede applicativa proprio sul fronte dei conflitti di competenza (positivi e nega-

### Note:

(1) Sulla riforma si veda il fascicolo n. 3/2013 di questa *Rivista*, con interventi di V. Carbone, M. Sesta, M. Trimarchi, F. Tommaso, M. Dogliotti, B. De Filippis, A. Graziosi. Sulle tappe che hanno condotto all'approvazione della legge v. anche Sesta, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disegualianza all'unicità dello status*, in questa *Rivista*, 2012, 962 ss.; Fanni, *La filiazione. Verso lo status unico di figlio*, in *AIAF 2012/Straordinario*, 27 ss.; Ferrando, *Filiazione legittima e naturale: la situazione attuale e il progetto di riforma*, *ibidem*, 31 ss.

(2) Cfr. ad es. Dosi, *Pari diritti ai figli nati da coppie non coniugate: passa la legge che equipara lo stato giuridico*, in *I dossier di Guida al diritto* 2012, 49-50, II ss.; G. Finocchiaro, *Ridotte le competenze del tribunale per i minorenni*, in *Guida al diritto* 2013, 5, 86 ss.; Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in questa *Rivista*, 2013, 263 ss.

(3) Cfr. Tommaso, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in questa *Rivista*, 2013, 252, che definisce «deludente» la nuova legge per quanto riguarda le disposizioni di natura processuale.

(4) Pubblicato *retro*, ...

tivi) (5). Il legislatore non pare avere in alcun modo fatto tesoro dell'esperienza e con la l. 219/2012 ha invece concentrato in tale (all'evidenza inopportuna) sede normativa diverse regole che avrebbero sicuramente trovato *aliunde* migliore collocazione (6).

Per quanto riguarda la disposizione in commento, intuibile è la *ratio* sottostante: favorire, nelle ipotesi in cui sia in corso un giudizio comunque volto a statuire sull'affidamento del figlio, il *simultaneus processus*, elidendo un regime di competenze altrimenti diarchico e attribuendo al giudice ordinario anche il potere di emanare nell'interesse del minore ulteriori provvedimenti in qualche misura connessi (7).

Si tratta quindi di una funzione aggregativa che risponde ai principi generali di economia processuale, di uniformità dei provvedimenti e soprattutto di effettività della tutela.

Del resto, la creazione di una giustizia «a misura di minore» che la normativa internazionale sollecita (8) (come ricordato nell'introduttivo § 1 del Protocollo) costituisce ormai un irrinunciabile elemento di indirizzo. Di questa funzione deve pertanto tenersi debito conto nell'interpretazione delle molteplici zone d'ombra che la norma ha lasciato.

Quanto alla tecnica impiegata dal legislatore, la proroga di competenza in capo al giudice ordinario presenta invece indubbi profili di peculiarità ove rapportata ai generali principi di ordine processuale. Essa non è stata invero strutturata sulla base di delineate ragioni di connessione, quanto piuttosto a motivo della pendenza di un ulteriore processo. Più che di una modifica di competenza si tratta quindi a rigore di una vera e propria *vis attractiva* tra un procedimento «pilota» e un procedimento «vicario», che l'ordinamento rende operante al ricorrere di determinate condizioni. Non è del resto questa una formula sconosciuta nell'ordinamento processuale: basti pensare alla competenza del tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 24 l. fall. (9), al rilievo

**Note:**

(5) Il riferimento è come noto al contrasto venutosi a creare dopo l'entrata in vigore della l. n. 54/2006 sull'affidamento condiviso tra i tribunali ordinari e quelli minorili, che ha dato origine in sede applicativa a un regolamento necessario di competenza, deciso dalla Cassazione con la nota ordinanza 3 aprile 2007, n. 8362 (per un commento alla quale v. *ex plurimis* Tommaseo, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*, in questa *Rivista*, 2007, 453 ss.; Casaburi, *La Cassazione sulla competenza a provvedere su affidamento e mantenimento dei figli naturali*, in *Foro it.*, 2007, I, 2050 ss.; Civinini, *Filiazione naturale, competenza e rito*, *ibidem*, 2051 ss.; De Marzo, *Mantenimento dei figli naturali e rito applicabile dinanzi al tribunale per i minorenni*, *ibidem*, 2053 ss.; Salvaneschi, *Ancora un giudice diverso*

*per i figli naturali*, in *Corr. Giur.*, 2007, 7, 951 ss.; Balestra, *Sul tribunale competente in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali: una condivisibile presa di posizione della Cassazione*, *ibidem*, 958 ss.; Danovi, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 508 ss.; Graziosi, *Ancora rallentamenti sulla via della piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali: la Cassazione mantiene inalterata la competenza del tribunale per i minorenni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1629 ss.; Marino, *Provvedimenti riguardanti i figli naturali e competenza del tribunale minorile*, in questa *Rivista*, 2007, 889 ss.; Merlin, *La Suprema Corte pone la parola fine al dibattito sulla «competenza» in tema di procedimenti di «separazione» della coppia di fatto ed affido dei figli naturali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 535 ss.).

(6) Così è ad esempio anche per la previsione contenuta nel secondo comma in ordine alle garanzie patrimoniali, che solleva un delicato problema circa la sua natura generale ovvero speciale e la conseguente sopravvivenza delle norme contenute negli artt. 156 c.c. e 8 l. div., che sino ad oggi hanno sempre costituito il punto di riferimento in materia (cfr. Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura*, cit., 278; Danovi, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) «naturali»*, in *Corr. giur.*, 2013, 537 ss.).

(7) Il meccanismo stabilito dalla l. n. 219/2012 rappresenta un'importante innovazione rispetto a un sistema che anche in passato aveva mostrato di dar luogo a spinosi problemi di coordinamento (e per il quale non a caso erano state sollevate diverse riserve in dottrina). In effetti, l'orientamento giurisprudenziale dominante attribuiva (peraltro con una serie di distinguo non sempre del tutto chiari) al giudice ordinario, anche in sede di giudizi di modifica o revisione, poteri limitati alla pronuncia sull'affidamento, ma riservava ogni intervento ablativo o anche solo limitativo della potestà genitoriale alla competenza esclusiva del giudice minorile (cfr. in particolare Cass., sez. un., 2 marzo 1983, n. 1551; Cass., sez. un., 2 marzo 1983, n. 1552, in *Giur. it.*, 1984, I, 699 ss., con nota di Dogliotti, *Tribunale ordinario e tribunale per i minorenni; sulla idoneità a garantire l'interesse del minore*). Anche prima della riforma era stata peraltro sollecitata da una giurisprudenza particolarmente attenta e sensibile un'interpretazione volta a riconoscere, al ricorrere di talune circostanze e nell'ipotesi di incombente pregiudizio per il minore, il potere per il giudice ordinario adito di emanare nell'interesse del minore stesso i provvedimenti convenienti, anche in qualche misura tali da incidere sulla potestà genitoriale. In questo senso v. in particolare Trib. min. Brescia 9 febbraio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 719 ss., con n. di Spaccapelo, *Sulla competenza a pronunciare i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori*. Per una compiuta panoramica in tema v. Bianchi, *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione dei coniugi di cui all'art. 710 c.p.c.*, Napoli 2012, spec. 313 ss.

(8) In questo senso sono le *Linee guida per una giustizia a misura del minore* adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010. Per approfondimenti in tema v. Tommaseo, *Per una giustizia «a misura del minore»: la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in questa *Rivista*, 2012, 39 ss., spec. 43; Ruo, *Indicazioni sovranazionali per l'ascolto del minore: le Linee guida del Consiglio d'Europa*, in AA.VV., *Le mille facce dell'ascolto del minore*, a cura di M. Cavallo, Roma 2012, 62 ss.; Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna 2010, spec. 229 ss.

(9) Sul quale v. già Bongiorno, *I provvedimenti del Tribunale Fallimentare*, Milano, 1979; E.F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano 1997, 322 ss.; nonché, dopo le ultime riforme, *ex plurimis* Castagnola, «*Vis attractiva concursus*» e *tutela camerale dei diritti*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, 247 ss.; Bongiorno, *sub art. 24*, in Nigro, Sandulli, Santoro, *La legge fallimentare dopo la riforma - Disposizioni generali - Fallimento*, I, Torino, 2010, 322 ss.; Recchioni, *sub art. 24*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 469 ss.; Tiscini, *Poteri e com-*

(segue)

del già avvenuto inizio dell'esecuzione ai fini della competenza per le opposizioni ex artt. 615 e 617 c.p.c., alla competenza per i provvedimenti possessori in pendenza del giudizio petitorio (art. 704 c.p.c.) (10), e ancora all'ipotesi che per molti anni e sino alla caldeggiata riforma posta in essere nel 1994 (11) ha costituito *ius receptum* nella giurisprudenza della Cassazione, per la quale nei rapporti tra arbitrato rituale e giudizio ordinario la pendenza avanti all'autorità giudiziaria ordinaria di un processo in qualunque modo connesso rispetto all'oggetto del giudizio *apud arbitros* comportava la necessità per questi ultimi di declinare la propria competenza in favore del giudice ordinario.

La tecnica è tuttavia pericolosa perché presuppone una compiuta identificazione della tipologia e soprattutto dei confini del processo aggregante e di quello aggregato; compiuta identificazione che - come si vedrà meglio in seguito (12) - non risulta affatto agevole nel campo di cui ci si occupa a motivo delle particolarità che presentano i procedimenti che coinvolgono la posizione del minore e i suoi interessi esistenziali (13), tanto più allorquando questi ultimi siano uniti e «confusi» (come avviene nella separazione e nel divorzio) con i diritti dei genitori, tra loro in contesa.

### 3. Il mancato richiamo all'art. 317-bis c.c.

Numerosi sono, come si è accennato, gli interrogativi che la disposizione in commento solleva. In primo luogo, e con riferimento al suo ambito di applicazione, essa richiama testualmente la pendenza di un giudizio di separazione, di divorzio, o di un «giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile». Evidente è anche in questo caso la *ratio* che ha mosso il legislatore: ampliare la competenza del giudice ordinario in tutte le ipotesi di giudizio contenzioso (14) relativo a figli nati all'interno ovvero anche fuori del matrimonio, evitando qualsiasi discriminazione. Così ragionando, tuttavia, risulta *ictu oculi* la mancanza del rinvio all'art. 317-bis c.c., norma che nella prassi è senza dubbio quella maggiormente deputata alla gestione delle controversie in materia di affidamento della prole nata fuori del matrimonio.

Al riguardo, ove si ritenga, come autorevolmente sostenuto (15), che il complessivo assetto della riforma abbia tacitamente abrogato per incompatibilità la norma (poiché gli artt. 316 e 317 c.c. dovrebbero ormai applicarsi - in virtù del principio di uguaglianza assoluta fissato nel nuovo art. 315 c.c. - a tutti i figli, indipendentemente dalla loro nascita all'interno ovvero fuori del matrimonio), la lacuna sarebbe soltanto apparente, o al massimo riferibile al solo

art. 317 c.c. Qualora invece si aderisca alla tesi opposta (16), la mancanza del richiamo all'art. 317-bis c.c. integrerebbe effettivamente un vuoto normativo, verosimilmente frutto di una svista, e pur tuttavia foriero di problemi.

#### Note:

(continua nota 9)

petenza del Tribunale Fallimentare, in *Fall.*, 2010, 757 ss.; Fabiani, *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011, spec. 214 ss.; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, spec. 71 ss.; Abete, *Il Tribunale fallimentare*, in Panzani, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali - III - Organi - Accertamento del passivo - Liquidazione dell'attivo*, Milano, 2012, 17 ss.

(10) In argomento cfr. ad es., prima della riforma del procedimento cautelare del 2005, Greco, *Sui rapporti tra giudizio petitorio e possessorio*, in *Foro it.*, 1991, V, 1636 ss.; Danovi, *Competenza cautelare e provvedimenti possessori*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1115; Della Pietra, *Il procedimento possessorio*, Torino, 2003, spec. 372 ss.; e dopo la riforma Marinucci, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 827 ss.; Mazzoletti, in AA.VV., *Il nuovo processo cautelare* a cura di Tarzia e Saletti, III ed., Padova, 2008, 210 ss.

(11) Con l'introduzione del disposto dell'art. 819-bis c.p.c., poi spostato nel 2006 nell'art. 819-ter c.p.c., in forza del quale «la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice».

(12) *Infra*, par. 9

(13) L'ambito di estrinsecazione della giustizia minorile e il concetto di interesse del minore, nelle sue differenti declinazioni, sono stati compiutamente delineati e posti in risalto dai numerosi studi compiuti da Tommaseo, tra i quali si segnalano, *ex plurimis* *Processo civile e tutela globale del minore*, in questa *Rivista*, 1999, 583 ss.; *Il processo minorile e il diritto di difesa*, in *Studium Juris*, 2001, spec. 293 ss.; *Processo minorile, forme camerali e «mistica del giusto processo»*, in questa *Rivista*, 2001, 321 ss.; *Il diritto processuale speciale della famiglia*, *ivi*, 2004, 305 ss.; *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, *ivi*, 2006, 295; *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, *ivi*, 2006, 388 ss.; *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, *ivi*, 2007, 409 ss.; *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*, *ivi*, 2007, 453 ss.; *La Cassazione sull'audizione del minore come atto istruttorio necessario*, *ivi*, 2007, 884 ss.; *La disciplina processuale sull'audizione di minori*, *ivi*, 2008, 197 ss.; *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, *ivi*, 2009, 254 ss.; *La Cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, *ivi*, 2009, 678 ss.; *Nuove regole per il processo civile e controversie in materia familiare e minorile*, *ivi*, 2009, 653 ss.; *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, *ivi*, 2011, 547 ss.

(14) Mi pare che la *voluntas legis* non lasci spazio al fatto di consentire l'emanazione di provvedimenti *de potestate* nell'ambito di procedimenti di separazione consensuale ovvero divorzio su domanda congiunta, perché rappresenterebbe davvero un ossimoro l'emanazione di provvedimenti limitativi nei confronti di uno o entrambi i genitori in un contesto di totale accordo tra essi. In senso analogo Tommaseo, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, *cit.*, 256.

(15) Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in questa *Rivista*, 2013, 238.

(16) Tommaseo, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, *cit.*, 255.



Il Protocollo ha adottato al riguardo l'interpretazione più pragmatica, volta a colmare il *gap* dando per scontato che il procedimento-pilota in grado di attrarre la competenza possa essere qualunque procedimento «*separativo*» (come il Protocollo lo definisce), *id est*, della crisi familiare, ivi compreso quello *ex art. 317-bis c.c.* (17). E ad analogia lettura «*sanante*» è giunta anche parte della dottrina (18).

È stato peraltro autorevolmente ricordato in proposito come le norme sulla competenza siano soggette a riserva di legge e non possano quindi di regola essere modificate per via interpretativa (19). In questa prospettiva (più rigorosa, certo, ma più corretta dal punto di vista sistematico), la norma lascerebbe un evidente vuoto e dovrebbe pertanto essere quanto prima formalmente corretta (20).

#### 4. Il riferimento alla pendenza del processo, «*per tutta la durata*» di questo

La proroga di competenza è - come già precisato - strutturata non già per ragioni di connessione, quanto piuttosto a motivo della simultanea pendenza di altro procedimento. In questo senso soltanto può leggersi la formula (anch'essa tecnicamente non cristallina) impiegata dal legislatore (per la quale la competenza è esclusa nell'ipotesi in cui sia «*in corso*» l'ulteriore giudizio). La norma prosegue precisando altresì che «*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*».

Anche l'inciso «*per tutta la durata del processo*» si prospetta problematico.

Ed invero, se nelle ipotesi di litispendenza piena non vi sono ragioni che possano ostacolare l'applicazione *de plano* della norma (ed è appena il caso di ricordare che la litispendenza si avrà per effetto del deposito del ricorso nel procedimento-pilota (21) e comporterà da parte del giudice minorile una dichiaratoria di incompetenza funzionale, alla quale potrà far seguito una formale riassunzione (22), ma anche più semplicemente la riproposizione della domanda nel processo pendente avanti al giudice ordinario (23)), vi è invece da chiedersi che cosa accada qualora il giudizio (di separazione, divorzio o sull'affidamento della prole nata da genitori non coniugati) sia formalmente pendente, ma in uno stadio di sola litispendenza attenuata (24).

Una risposta non è del tutto agevole, né tanto meno appare scontato, in forza dei principi sopra ricordati, che debba essere unitaria, tenuto conto delle differenti situazioni che in concreto possono venire in essere. Così, ove si tratti di giudizio cancellato dal

ruolo, riterrei che debba verosimilmente tornare a configurarsi la competenza in capo al tribunale per i minorenni. È pur vero che il processo in questi casi è formalmente ancora pendente, ma è parimenti vero che non vi è più alcun giudice investito di poteri decisori, in difetto di una concreta iniziativa della parte esplicitata attraverso la riassunzione. Nessun significato avrebbe quindi imporre la reviviscenza di un processo dall'oggetto più ampio, che le parti hanno oltre tutto già in qualche modo dimostrato di non avere interesse a coltivare (diversamente non si sarebbe addivenuti alla cancellazione della causa dal ruolo), laddove l'intervento richiesto sia specificamente riconducibile alla sola posizione del figlio mi-

#### Note:

(17) È anzi proprio a tale ultimo che fa riferimento il Protocollo, inserendo la seguente precisazione: «*intendendosi per giudizi separativi quelli di separazione, di divorzio o ex art. 317 bis c.c.*» (§ 2.1.)

(18) In questo senso Graziosi, *Una buona novella*, cit., 270; De Marzo, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili processuali*, in *Foro it.*, 2013, V, 14; Impagnatiello, *Profili processuali della nuova filiazione. Riflessioni a prima lettura sulla l. 10 dicembre 2012, n. 219*, in corso di pubblicazione in *Nuove leggi civ.*, par. 3 (testo che ho potuto consultare nella versione dattiloscritta grazie alla cortesia dell'A.).

(19) Tommaseo, *La nuova legge sulla filiazione*, cit., 255; Id., *I procedimenti di potestà e la nuova legge sulla filiazione*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, 2013, par. 3, che ho potuto consultare nella versione dattiloscritta grazie alla cortesia dell'A.

(20) In proposito, il disegno di decreto legislativo redatto dalla *Commissione ministeriale per le questioni giuridiche riguardanti la famiglia* presieduta da Cesare Massimo Bianca prevede un opportuno ampliamento dell'art. 316 c.c. (nel quale vengono in sostanza riportati i contenuti di cui all'art. 317-bis c.c.). In questo modo, il richiamo contenuto nella legge verrebbe quindi a essere pienamente sufficiente e a porre fine al problema segnalato nel testo.

(21) Cfr. il Protocollo, § 2.2.

(22) In questo senso il § 2.1. del Protocollo.

(23) Le parti non sono vincolate alla riassunzione (che comporta di per sé tempi tecnici, ancor più dilatati dal necessario successivo passaggio di dover disporre la riunione *ex art. 274 c.c.*) e potrebbero quindi anche lasciare che la decisione assunta dal tribunale per i minorenni divenga definitiva e che il processo si estingua per mancata riassunzione, per poi formulare le stesse richieste (che oltre tutto devono considerarsi sottratte dalla rigida applicazione del principio della domanda, riguardando figli minori) direttamente nel processo già pendente avanti al giudice ordinario.

(24) Sulla distinzione ormai classica tra litispendenza piena e litispendenza attenuata (per la quale v. già Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 375 ss.) cfr. *ex plurimis* Franchi, *La litispendenza*, Padova, 1963, *passim*; Colesanti, voce *Litispendenza*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 972 ss.; Sorace, voce *Litispendenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 841; Tarzia, *Pendenza del termine per impugnare e litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1086 ss.; Monteleone, voce *Litispendenza*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 2.

nore e possa essere sollecitato al giudice minorile naturalmente competente. In questo caso ritengo pertanto di condividere la soluzione accolta dal Protocollo (§ 2.2.).

Meno chiara mi pare invece l'ipotesi (per verità anch'essa ascrivibile dal punto di vista dei principi alla categoria della litispendenza attenuata) nella quale il giudizio si sia concluso in primo grado, ma le parti si trovino ancora *in terminis* per impugnare.

Anche in questo caso, sulla base di riflessioni analoghe a quelle appena formulate, il Protocollo esclude la competenza del giudice ordinario e ravvisa la necessità di intervento del giudice minorile (§ 2.2.).

Non vi è peraltro dubbio che in questi casi la decisione è ancora suscettibile di essere complessivamente rivisitata; pare quindi una forzatura restituire al giudice minorile una competenza che potrebbe poi essergli nuovamente sottratta ove la parte (avversaria, ma in linea di principio anche la stessa parte) intendesse rimettere in discussione il provvedimento. In altri termini, a nulla varrebbe riportare al giudice minorile una competenza della quale lo stesso dovrebbe verosimilmente spogliarsi non appena fosse proposta l'impugnazione della sentenza di separazione o divorzio (o il reclamo avverso il decreto *ex art. 316/317-bis c.c.*). Giudico quindi più opportuno che la richiesta dei provvedimenti *de potestate* (la quale oltre tutto di per sé implicitamente comporta una modifica rispetto alla decisione di merito assunta in prime cure dal giudice ordinario e in quanto tale in qualche modo rientra nell'oggetto del giudizio) sia fatta valere *sub specie* di impugnazione del capo del provvedimento relativo all'affidamento.

La norma fa poi riferimento ai soli giudizi di separazione, divorzio, o affidamento della prole nata fuori del matrimonio. *Quid* se il processo si sia invece concluso, ma il contenzioso sia stato riaperto tra le parti, instaurando un procedimento di modifica o revisione (ai sensi degli artt. 710 c.p.c., 9 l. div. ovvero sempre *ex art. 316 o 317-bis c.c.*)? A questo riguardo, malgrado la lettera della legge, riterrei che la disposizione debba comunque applicarsi poiché dal punto di vista delle categorie processuali l'oggetto del giudizio di modifica, nella parte in cui riguarda l'affidamento, è in tutto omologo a quello dei giudizi «principali». Stante l'identità di *ratio*, dunque, è da ritenersi preferibile applicare anche in tali ipotesi il meccanismo di proroga della competenza (25).

## 5. Riunione dei procedimenti

Ove poi la domanda di provvedimenti sulla potestà sia formulata non già al giudice ordinario - avanti al

quale non sia pendente alcun processo della crisi familiare - bensì al giudice minorile, ma successivamente venga instaurato il procedimento davanti al giudice ordinario, il coordinamento e il *simultaneus processus* dovranno comunque avvenire in via successiva, mediante l'istituto della riunione (26). Il Protocollo prevede in particolare che in queste ipotesi possano applicarsi gli artt. 40 e 274 c.c. (§ 2.2.). Personalmente, pur giudicando a mia volta indispensabile - al fine di salvaguardare le sopra indicate finalità di armonizzazione dei provvedimenti ed effettività della tutela - prevedere in queste ipotesi l'istituto della riunione, non sono convinto che il riferimento testuale invocabile sia quello degli artt. 40 e 274 c.c. Invero, anche prescindendo da quest'ultima norma, che disciplina per verità l'ipotesi di procedimenti pendenti avanti allo stesso organo giudiziario (e che quindi viene in radice esclusa), mi pare che anche l'art. 40 c.p.c. non rappresenti nel nostro caso una disposizione di sicuro riferimento. Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante (27), invero, la competenza inderogabile e funzionale (che per la presenza del p.m. contraddistingue anche le ipotesi in esame) costituisce un impedimento al *simultaneus processus*, il cui superamento può essere attuato nella fattispecie unicamente in forza del meccanismo attrattivo previsto dalla riforma. In altri termini, non sono i criteri previsti nell'art. 40 c.p.c. (riunione della causa accessoria a quella principale e prevenzione) a venire in considerazione, quanto piuttosto il fatto che il giudizio avanti al tribunale ordinario è stato dal legislatore configurato come processo-pilota e in quanto tale sempre capace di attrarre a sé l'eventuale procedimento instaurato avanti al giudice minorile. Per le stesse ragioni non ha a mio avviso ragion d'essere la

### Note:

(25) Analogamente Tommaseo, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, cit., 257; Id., *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, cit., par. 5; De Marzo, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili processuali*, cit., 13; Impagnatiello, *Profili processuali della nuova filiazione*, cit., par. 3.

(26) *Contra* Impagnatiello, *Profili processuali della nuova filiazione*, cit., par. 3, che giustifica la perdurante competenza del giudice minorile in forza della regola della *perpetuatio iurisdictionis*.

(27) In questo senso cfr. ad es. Cass. 17 gennaio 2000, n. 449, in *Foro it.*, 2001, I, 279 ss. In proposito v. peraltro Merlin, *Connessione di cause e pluralità dei «riti» nel nuovo art. 40 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1038, per la quale i richiami contenuti nell'art. 40 c.p.c. non dovrebbero essere intesi letteralmente, né in senso tassativo, inducendo a fare applicazione delle norme «in tutti i casi in cui il processo simultaneo risulti opportuno per la presenza di una obiettiva esigenza di coordinamento dei rapporti sul piano sostanziale, che renda non meramente teorica la inconciliabilità delle pronunce».

verifica dello stato di pendenza del procedimento-pilota e il richiamo al concetto di «esauriente trattazione e decisione» della causa connessa. Il riferimento compiuto dalla legge è soltanto alla pendenza del processo-pilota (*id est*, al suo essere «*in corso*»), senza che rilevi in alcun modo l'eventuale sua prossimità alla decisione. In altri termini, ritengo che a seguito della richiesta di provvedimenti *de potestate*, formulata avanti a sé ovvero anche al giudice minorile (e ad esito della trasmissione degli atti da questi compiuta), la riunione debba comunque essere disposta dal giudice ordinario e questi non possa che accogliere la causa e trattenerne la decisione anche sugli anzidetti provvedimenti (28), espe-  
rendo se del caso al riguardo, indipendentemente dallo stato del giudizio avanti a sé pendente, ogni necessaria istruttoria, ovvero tenendo conto di quanto eventualmente già emerso avanti al giudice minorile (29).

È da sottolineare, infine, che la realizzazione del *simultaneus processus* può comportare in queste ipotesi anche una variazione del rito, dovendo comunque il tribunale ordinario seguire il modello previsto per il procedimento-pilota, ivi incluso quello proprio della separazione e del divorzio (30). Così ragionando, sorgono peraltro alcuni rilevanti interrogativi in merito alle garanzie processuali, sui quali ci si soffermerà in seguito (31).

## 6. Il requisito dell'identità soggettiva

Anche dal punto di vista soggettivo la norma presenta zone d'ombra, in quanto stabilisce che la *vis attractiva* si verifichi unicamente qualora i procedimenti siano pendenti «tra le stesse parti».

A prima lettura non sembra quindi che la stessa possa essere applicata nelle ipotesi in cui la richiesta di provvedimenti *de potestate* sia fatta valere avanti al giudice minorile dai parenti, soggetti legittimati a tal fine ai sensi dell'art. 336 c.c.

Non vi è dubbio, peraltro, che una simile divaricazione possa creare disarmonie, in quanto la domanda da parte dei parenti potrebbe essere finalizzata anche all'affidamento ad essi del minore, risultando di fatto incompatibile rispetto al *thema* in discussione avanti al giudice ordinario. In queste ipotesi deve quindi comunque ritenersi imprescindibile un coordinamento tra i due processi attraverso approfondimenti istruttori che possano essere utilizzati in entrambi, così da armonizzare le rispettive pronunce (32).

Più delicata è invece l'ipotesi del procedimento instaurato avanti al giudice minorile dal pubblico ministero, organo pure dotato (sempre dall'art. 336 c.c.) di specifica legittimazione in questo ambito.

In quest'ipotesi, anche se a rigore i poteri del p.m. avanti al giudice minorile non possono considerarsi in tutto omologhi rispetto alle simmetriche prerogative che competono allo stesso organo avanti al giudice ordinario (e la legittimazione attiva ne costituisce emblematica esemplificazione (33)), non mi pare che ciò possa rappresentare dal punto di vista sistematico un'irrefutabile ragione per escludere (come avviene per i casi sopra visti di soggetti terzi che non sono legittimati a partecipare al giudizio separativo (34)) la *vis attractiva* che il legislatore ha inteso stabilire.

Ed invero, occorre ricordare che, una volta superata la fase di avvio del procedimento (che il p.m. avanti al giudice minorile potrebbe comunque sollecitare (35)), i poteri all'interno del giudizio avanti al giudice ordinario vengono comunque ad essere parite-

### Note:

(28) Così ragionando si può altresì evitare la conseguenza (altrimenti necessaria e fatta propria dal Protocollo, § 2.1., lett. B) di configurare, nelle ipotesi di impossibilità di riunione, la decisione del Tribunale minorile come provvisoria (anche se immediatamente esecutiva e ultrattiva) e destinata ad essere assorbita nelle successive decisioni adottate dal giudice ordinario nel processo «separativo» pilota.

(29) In proposito, occorre per verità ricordare che la Cassazione si è espressa (sia pure con una pronuncia che lascia adito a molti dubbi) in senso negativo sulla questione del possibile utilizzo (e della valutazione) del materiale istruttorio nelle ipotesi di riunione di procedimenti (cfr. Cass. 12 gennaio 2010, n. 259, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 736 ss., con n. giustamente critica di Ferrari, *Riunione di processi e valutazione delle prove*), ma la soluzione restrittiva deve a mio avviso cedere il fianco nelle ipotesi di specie alla considerazione che anche l'onere di allegazione si presenta stemperato in ragione dei poteri istruttori officiosi riconosciuti al giudice in questo ambito.

(30) Cfr. in questo senso Tommaseo, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, cit., par. 4.

(31) *Infra*, par. 10.

(32) In questo senso anche il Protocollo, § 2.1., lett. C).

(33) Alla quale deve aggiungersi la circostanza per la quale il p.m. presso il tribunale per i minorenni costituisce l'organo legittimato ai sensi dell'art. 9 l. 4 maggio 1983, n. 184 ad assumere le opportune iniziative ad esito delle segnalazioni che gli enti e i soggetti privati previsti dalla legge hanno obbligo ovvero facoltà di effettuarli in relazione a situazioni di pregiudizio riguardanti minori.

(34) La Cassazione ancora da ultimo ha escluso la legittimazione dei nonni a intervenire nella separazione e nel divorzio (cfr. Cass. 16 luglio 2009, n. 22081, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 1547 ss., con nota di Danovi, *Ancora inammissibile l'intervento dei nonni nella separazione e nel divorzio*).

(35) E non vedrei neppure tassativamente esclusa la possibilità per il p.m. di adire, in forza del combinato dell'art. 336 c.c. (che comunque gli attribuisce legittimazione a richiedere i provvedimenti *de potestate*) e dell'art. 38 disp. att. c.c. (che stabilisce che in pendenza del procedimento avanti al giudice ordinario dette richieste debbano essere formulate avanti a quest'ultimo), direttamente il giudice ordinario avanti al quale penda il procedimento.

ticamente ricostruiti (36); senza dimenticare, oltre tutto, che l'interesse del minore rappresenta elemento che per sé solo legittima il giudice ad assumere provvedimenti anche differenti rispetto a quelli sollecitati da qualsiasi parte del giudizio.

Del resto, diversamente ragionando, la prosecuzione secondo binari paralleli dei due procedimenti verrebbe a essere incongruente dal punto di vista delle tecniche e potenzialmente foriera di disarticolazioni e disarmonie anche tra gli emanandi provvedimenti.

### 7. Coincidenza e possibile diversità dell'oggetto del giudizio

Ulteriori problemi possono ancora porsi in relazione alle peculiarità dell'oggetto del processo.

Cosa accade ad esempio se il processo di separazione o divorzio è pendente, ma il relativo oggetto non investe il tema dell'affidamento? Ciò può avvenire in particolare qualora sia stata proposta da una parte impugnazione della sentenza, ma unicamente in relazione ai capi di natura economica. In questo caso, posto che la lettera della legge si limita a richiamare la «pendenza» della lite, deve forse ritenersi che la norma intenda fare riferimento non già alla pendenza del giudizio in sé, quanto piuttosto di un giudizio che contempra l'affidamento come oggetto della futura pronuncia di merito? Se così fosse, e se il tema dell'affidamento fosse pertanto stato «esaurito» avanti al tribunale ordinario, potrebbe ritenersi che si determini una reviviscenza della competenza del giudice minorile.

A ben vedere, tuttavia, mi pare che anche in questo caso debbano applicarsi le medesime considerazioni già espresse in relazione alla pendenza dei termini di impugnazione. La richiesta di provvedimenti *ex art. 333 c.c.* (o più in generale, come si vedrà, *de potestate*) di per sé esclude che possa considerarsi realmente «esaurito» il tema dell'affidamento; di conseguenza, essendo il giudizio pendente (in seconde cure) avanti al giudice ordinario, ed essendo lo stesso potenzialmente tale da ricomprendere i provvedimenti *de potestate*, le relative istanze dovranno essere fatte valere in tale sede.

### 8. Segue: le eventuali richieste di modifica

Qualora poi, dopo la conclusione del processo «separativo» e la scadenza dei termini di impugnazione, dovesse essere richiesta la modifica del solo provvedimento *ex art. 333 c.c.* (pur già emanato dal giudice ordinario), ove la richiesta di revisione concerna soltanto i provvedimenti sulle condotte pregiudizievoli, ritengo che - non essendovi alcun processo pendente - torni a essere competente il

tribunale minorile. Qualora invece la richiesta di modifica dovesse avere un oggetto più ampio, la competenza del giudice ordinario deve ancora una volta prevalere (37).

### 9. Segue: la nuova normativa e i provvedimenti *de potestate ex art. 330 c.c.*

Come più volte precisato, la formula della legge attribuisce al tribunale ordinario, quando sia in corso «giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile», la competenza «per i procedimenti di cui all'articolo 333» c.c. (previsti, come noto, in caso di condotte pregiudizievoli per il minore). Il riferimento immediato è dunque a tale sola norma e parrebbe escludere la possibilità di estendere la proroga di competenza ai provvedimenti volti a incidere sulla potestà in modo più radicale (*ex art. 330 c.c.*), in nome di quella concezione per la quale il giudice minorile, in quanto specializzato, deve considerarsi il giudice deputato a intervenire nelle situazioni a più alto gradiente patologico.

In questo senso si sono espressi anche i tribunali di Brescia, che si sono dichiarati fermi nell'escludere la competenza del giudice ordinario per i provvedimenti *ex art. 330 c.c.* e la perdurante competenza esclusiva del giudice minorile a pronunciare la decadenza della potestà (così il § 3 del Protocollo).

Se da un punto di vista letterale tale interpretazione appare a prima lettura difficilmente superabile, non vi è peraltro dubbio che l'impianto generale della nuova legge, la progressiva erosione delle competenze attribuite ai tribunali per i minorenni e la rivalutazione dei tribunali ordinari anche nello specifico ambito dei provvedimenti *de potestate* secondo le regole che si sono esaminate inducano a un ripensamento sulla complessiva valenza del sistema e sulla effettiva vigenza di una riserva in favore del giudice minorile in questo ambito.

Del resto diversi argomenti suggeriscono di estendere la competenza del tribunale ordinario (già investito di ulteriore procedimento) a tutti i provvedimenti *de potestate*. A ben vedere, vi è in questo senso già anche un (ulteriore e antitetico rispetto a quello appena considerato) argomento letterale, po-

#### Note:

(36) Entrambi sono infatti liberi di assumere conclusioni e formulare istanze istruttorie anche oltre i limiti di quelle proposte dalle parti. L'unico problema in questo caso potrebbe essere quello della legittimazione a impugnare, soggetta nei giudizi di separazione e divorzio a limitazioni che non si verificano avanti al tribunale per i minorenni.

(37) Nello stesso senso è anche il Protocollo (§ 4, lett. C).



sto che la disposizione in commento prosegue affermando che «la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario». Ebbene. La norma utilizza il termine «*disposizioni richiamate nel primo periodo*» al plurale, il che parrebbe non richiamare soltanto l'art. 333 c.c., quanto piuttosto tutto il complesso delle norme indicate nel primo periodo della norma (*id est*, gli artt. 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ult. comma, c.c.): non vi è infatti suddivisione di commi che possa portare a ritenere una cesura formale tra la prima disposizione e la seconda (38).

Anche prescindendo da questa considerazione, che potrebbe ancora una volta denotare piuttosto l'imprecisione del legislatore e la scadente tecnica da questi utilizzata, sussistono comunque rilevanti ragioni di ordine sistematico che inducono a un'interpretazione più ampia di quella fatta propria dai Tribunali di Brescia.

Così, in primo luogo, non si può fare a meno di considerare i principi che hanno ispirato la proroga di competenza, e tra questi non tanto quelli di economia processuale e di concentrazione (per sé non determinanti), quanto piuttosto il principio di effettività della tutela. Quest'ultimo impone che l'insieme di statuizioni che l'autorità giudiziaria (genericamente considerata) è chiamata ad assumere relativamente a uno stesso minore sia coerente e uniforme, e non già soggetto a inaccettabili disarticolazioni. In questa prospettiva, l'idea di una perdurante cesura nel sistema delle competenze darebbe vita a pericolose situazioni di incertezza derivanti dalla necessità di sussumere i provvedimenti da adottare nell'alveo di un organo ovvero di un altro in ragione unicamente del richiamo normativo sottostante (39).

Il principio di effettività si impone a maggior ragione in un campo, quello dei provvedimenti in materia di *status* personali, in cui militano interessi e spinte di natura anche pubblicistica e la finalità di certezza costituisce un valore da salvaguardare anche a prezzo di derogare alle tradizionali regole del processo (lo dimostrano la previsione di un accertamento incidentale *ex lege* (40) e la propagazione *erga omnes* degli effetti dei provvedimenti (41)). A ciò si aggiunga ancora che nel caso di specie i provvedimenti non soltanto afferiscono alla materia degli *status* ma coinvolgono minori, e per essi non operano quindi neppure i tradizionali principi informativi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (42): il che significa, oltre tutto, che a fronte di un'istanza *ex art.* 333 c.c. il giudice potrebbe anche ritenere sussistere le condizioni per

una pronuncia ai sensi dell'art. 330 c.c. (e viceversa). In questa prospettiva, anche la difficoltà di delineare compiutamente gli ambiti di intervento ammissibili e quelli che (in tesi) sarebbero da escludere induce a prediligere un'interpretazione differente da quella accolta nel Protocollo.

Prima della riforma il regime diarchico era in qualche modo giustificabile, sia pure ricorrendo a criteri non uniformi e non sempre condivisi (il discrimine veniva individuato talvolta sulla base degli elementi identificativi della domanda, *petitum* o *causa petendi*, talaltra in ragione degli effetti - attribuendosi al giudice ordinario competenza per tutto quanto riguardava l'affidamento, *id est* le modalità di esercizio della potestà, e riservandosi per converso al giudice minorile ogni provvedimento volto a incidere e comprimere la potestà genitoriale (43) - e a volte ancora in ragione della convivenza dei genitori o della pendenza di un giudizio incidente sul vincolo coniugale (44)). Oggi che il legislatore ha comun-

**Note:**

(38) In questo senso anche Tommaseo, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, cit., par. 2; De Marzo, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio: profili processuali*, cit., 14; Impagnatiello, *Profili processuali della nuova filiazione*, cit., par. 3.

(39) Cfr. ancora Tommaseo, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, cit., *ibidem*.

(40) La dottrina assolutamente dominante ricomprende le questioni di stato, generalmente intese, tra le ipotesi di accertamento incidentale necessario. Cfr. in tal senso ad es. Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1234 ss.; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, rist. Milano, 1992, 295 ss.; Liebman, *La cosa giudicata nelle questioni di stato*, in *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist. Milano, 1962, 155 ss.; Attardi, *Efficacia degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949, 47 ss.; Cicu, *In difesa del titolo di stato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1950, 285 ss.; Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, rist. Milano, 1960, 77 ss.; Delitala, *Le questioni e i giudicati di stato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 1330 ss.; Giallongo, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 634-635; Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, 362 ss. In giurisprudenza cfr. ad es. Cass. 4 marzo 1980, n. 2220, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1135 ss., e in *Giust. civ.*, 1980, I, 1504; Cass. 25 febbraio 1970, n. 440, *ivi*, 1970, I, 504; Cass. 12 maggio 1969, n. 1615; Cass. 10 giugno 1966, n. 1515.

(41) Cfr. per tutti Allorio, *op. loc. cit.*, 295 ss.; Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, *passim*, 178 ss.

(42) In tema sia consentito il rinvio a Danovi, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 729 ss.

(43) Cfr. Cass. 11 aprile 1997, n. 3159, in questa *Rivista*, 1997, 431 ss., con nota di Chizzini, *Revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori*.

(44) Per un'efficace sintesi degli orientamenti previgenti v. anche Spaccapelo, *Sulla competenza a pronunciare i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori*, cit.; Bianchi, *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione dei coniugi di cui all'art. 710 c.p.c.*, cit., 313 ss., spec. 319.



que sicuramente legittimato l'adozione da parte del giudice ordinario quanto meno dei provvedimenti ex art. 333 c.c. le precedenti argomentazioni perdono sostanzialmente ragion d'essere.

L'art. 333 c.c. è del resto *prima facie* norma volutamente elastica, che attribuisce al giudice il potere di emanare i «*provvedimenti convenienti*» «*secondo le circostanze*», contemplando *expressis verbis* tra questi anche misure restrittive particolarmente rigorose («può anche disporre l'allontanamento di lui - *id est*, il minore - dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore»). Ed è parimenti noto che nell'area di operatività della norma vengono fatte rientrare misure estremamente eterogenee, che possono concernere non soltanto la relazione tra genitori e figli (45), ma anche la salute del minore (46) e il suo diritto di autodeterminarsi nella sfera sociale e pubblica (47).

Così ragionando, non vi è dubbio che l'oggetto del giudizio che coinvolga la posizione del figlio minore e i suoi interessi esistenziali non possa configurarsi come rigidamente classificabile, ma modulabile secondo le concrete risultanze che emergono (e talvolta anche sopravvengono) nel corso del processo stesso. In altri termini, ove si ponga mente all'oggetto del giudizio, si può affermare che una volta attribuito al giudice il potere di indagare le condotte pregiudizievoli sui minori e di emanare i conseguenziali opportuni provvedimenti, l'oggetto del processo comprenda già in potenza tutti gli aspetti relativi alla responsabilità genitoriale, ivi inclusa la limitazione o definitiva ablazione della potestà (48).

Sarebbe invece incongruente attribuire al giudice ordinario una competenza a emanare, in caso di condotte pregiudizievoli, tutti i provvedimenti opportuni ex art. 333 c.c. ma continuare a riservare al giudice minorile, ad esito della necessaria instaurazione, trattazione e istruzione di un diverso processo, ulteriori pronunce sulla potestà che pure richiederebbero un trattamento processuale il più possibile contestuale.

### 10. Conclusioni: il necessario rispetto dei principi del giusto processo minorile

Non nascondo che la soluzione prospettata difficilmente troverà consenso in sede applicativa. Perdurano infatti nel sistema forti resistenze, volte a mantenere rigidamente separati gli ambiti di intervento del giudice ordinario e di quello minorile e a considerare quest'ultimo come il giudice della patologia assoluta, solo competente a emanare i provvedimenti radicali che recidano in modo definitivo (anche se

sempre suscettibile di futura revoca) il fascio di diritti e obblighi promananti dalla potestà genitoriale. Vi è poi purtroppo la sconcertante realtà risultante dall'amplificato carico di ruolo del tribunali ordinari, che difficilmente li porterà a prendere in considerazione di emanare provvedimenti per i quali il legislatore non si sia espresso con adeguata chiarezza.

La soluzione proposta presenta poi anche alcuni punti nevralgici in tema di garanzie processuali, sui quali occorrerebbe una più compiuta rimeditazione delle norme di riferimento.

In primo luogo, l'applicazione della *vis attractiva* che si è suggerita, svincolata dallo stato in cui il processo-pilota si trova, potrebbe comportare l'emersione del tema delle misure restrittive *de potestate* unicamente in grado di appello, con conseguente potenziale «attentato» al principio del doppio grado di giudizio. A questo riguardo, tuttavia, è evidente che ci si trova di fronte a una scelta di fondo: salvaguardare ad ogni costo la regola del doppio grado (e costringere così le parti ad attivare *ex novo* un processo, verosimilmente avanti al giudice minorile), ovvero favorire per quanto possibile una decisione unitaria per mezzo della quale siano posti in essere tutti i necessari interventi a tutela del minore (49).

Per converso, tuttavia, la compenetrazione dei provvedimenti *de potestate* nell'area di intervento della separazione e del divorzio potrebbe auspicabilmente portare a riconoscere finalmente anche per i primi ulteriori garanzie, quali quella di un provvedimento sommario e provvisorio, assistito da un controllo immediato *sub specie* del reclamo (50), e soprattutto quella del ricorso per cassazione, sino ad oggi tendenzialmente esclusa dalla natura volontaria e dal modello camerale seguito (51).

#### Note:

(45) App. Catanzaro 8 novembre 1988, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, 1036 ss.

(46) Cass. 4 marzo 1996, n. 1653, in questa *Rivista*, 1996, 368 ss.; Cass. 27 giugno 1994, n. 6147, in *Foro it.*, 1995, I, 1924 ss.; App. Bari 12 febbraio 2003, in *Famiglia*, 2003, 548 ss.; App. Bari 6 febbraio 2002, in *Giur. mer.*, 2002, 988 ss.

(47) Trib. min. Roma 9 novembre 1994, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, 536 ss.

(48) In questo senso v. anche De Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in questa *Rivista*, 2013, 297-298.

(49) In senso analogo Impagnatiello, *Profili processuali della nuova filiazione*, cit., par. 3.

(50) In questo senso Proto Pisani, *Per una riforma dei giudizi di separazione e divorzio, e dei processi minorili*, in *AlAF 2012/Strordinario*, 82.

(51) Cfr. ad es. Cass. 20 marzo 1998, n. 2934. In argomento v. Tommaseo, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione* (segue)

Sotto altro profilo, poi, l'attrazione nella sfera di competenza del giudice ordinario dei provvedimenti sulla potestà (anche soltanto ex art. 333 c.c., ma naturalmente ancor più ove si ritenga che ciò valga per tutti i provvedimenti previsti dalla legge) impone di dotare il rito di fronte al tribunale ordinario degli indispensabili strumenti di tutela del minore.

Così, non potrà più considerarsi sufficiente il solo istituto dell'audizione, che il nuovo art. 315-bis, comma 3, c.c. qualifica, nella scia di radicate indicazioni internazionali (52), per la prima volta in termini di «diritto» (53), segnando probabilmente la definitiva caduta di ogni residuo di discrezionalità giudiziale in proposito (54); dovranno invece essere attuate tutte le necessarie garanzie, ivi compresa - ai sensi dell'art. 336, comma 4, c.c. - la difesa tecnica per il minore (55).

Vi è a questo punto da chiedersi se la nuova normativa, non soltanto di incerta interpretazione ma incompleta e bisognosa di ampliamenti (l'estesa delega al Governo lo conferma (56)) non rappresenti finalmente l'occasione per una meditata, organica riforma. In questo senso, la progressiva erosione delle competenze del giudice minorile e la scelta del giudice ordinario quale organo generalmente deputato all'emanazione dei provvedimenti relativi ai minori induce a interrogarsi sulla perdurante opportunità di mantenere una dicotomia di competenze ovvero di abolire i tribunali per i minorenni e istituire nuovi organi (Tribunali per la famiglia o Sezioni specializzate) dotati di specifica preparazione e competenza e pronti a intervenire su tutti gli aspetti della giustizia minorile. Non è infatti ulteriormente tollerabile l'assenza di un sistema unitario e armonico in grado di preservare compiutamente i diritti di tutti i figli (come consacrati nello statuto (57) risultante dai nuovi artt. 315 e 315-bis c.c.) attraverso un più preciso e definito riconoscimento delle competenze,

del rito, dei poteri del giudice e del ruolo svolto dalle parti e dallo stesso minore, nel rispetto di quel «giusto processo minorile», ormai da tempo affermato con vigore nelle intenzioni ma sul piano applicativo sovente ancora rimasto allo stadio di chimera.

**Note:**

(continua nota 51)

liazione, cit., par. 4. Sul tema, oggetto come noto di una *vexata quaestio* in dottrina, v. per tutti Proto Pisani, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 393 ss.; Id., *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, in *Lessico di dir. di fam.*, Roma, 2004, 4, 17 ss.; Id., *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, in *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, 569 ss.; Id., *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 639 ss. Sullo specifico aspetto del ricorso per Cassazione v. anche Lai, *Procedimenti «de potestate» e ricorso straordinario per cassazione: un'esclusione giustificata?*, in questa *Rivista*, 2008, 465 ss.

(52) Il riferimento è in particolare all'art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (mentre l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 si esprime piuttosto in termini di dovere di ascolto da parte dell'autorità giudiziaria).

(53) «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 le procedure che lo riguardano».

(54) La norma pare comportare un'ulteriore svolta nel cammino ricostruttivo dell'istituto dell'audizione, sul quale ha avuto come noto particolare rilievo Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238 (per un commento alla quale v. ad es. Graziosi, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in questa *Rivista*, 2010, 364 ss.; Ruo, «The long, long way» del processo minorile verso il giusto processo, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 119 ss.; Danovi, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1418 ss.). Sul punto sia consentito il rinvio a Danovi, *Nobili intenti e tecniche approssimative*, cit.

(55) Nello stesso senso Tommaseo, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, cit., par. 4.

(56) Per una compiuta disamina di essa v. Dogliotti, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in questa *Rivista*, 2013, 279 ss.

(57) Con questo termine si esprime anche Graziosi, *Una buona novella*, cit., 264.