Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile

Filippo Danovi

Professore straordinario di Diritto processuale civile

SINTESI

a) La competenza in ordine all'affidamento dei figli naturali a seguito della l. n. 54/2006

La Cassazione si pronuncia sul conflitto negativo di competenza venutosi a creare in relazione ai procedimenti relativi all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, confermando la competenza *in subiecta materia* del giudice minorile.

b) Sopravvivenza dell'art. 317 *bis* c.c. e conseguentemente del richiamo a tale norma contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c. che stabilisce la competenza del Tribunale per i minorenni

Il nuovo art. 155 c.c., introdotto dalla l. n. 54/2006 sull'affidamento condiviso, non comporta abrogazione, neppure implicita o parziale, dell'art. 317 *bis* c.c., il quale, pure rimodellato e innovato nel suo contenuto precettivo, rimane lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto. Conseguentemente, anche il richiamo all'art. 317 *bis* c.c. contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c. rimane in vita e, con esso, la competenza del giudice minorile.

c) I provvedimenti inerenti il mantenimento dei figli naturali e quelli inerenti i profili economici. Sussistenza di un nesso di inscindibilità tra le rispettive valutazioni. Rispondenza del principio di concentrazione delle tutele al canone della ragionevole durata del processo

I provvedimenti di natura economica sul mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio presentano un nesso di connessione particolarmente intenso (qualificabile tecnicamente in termini di inscindibilità) con i profili relativi all'esercizio della potestà e all'affidamento. Di conseguenza, il mantenimento di un sistema frazionato di competenze (suddiviso tra giudice minorile e giudice ordinario) rappresenterebbe per i figli naturali una forma di tutela deteriore rispetto a quella propria dei figli di genitori coniugati. Il principio di concentrazione delle tutele è inoltre aspetto centrale della ragionevole durata del processo.

d) La competenza in ordine al mantenimento dei figli naturali a seguito della l. n. 54/2006. Attrazione della competenza al giudice minorile, nell'ipotesi di contestualità dei relativi provvedimenti

La legge sull'affidamento condiviso e in particolare il nuovo art. 155 c.c. confermano *de iure condito* l'avvenuta unificazione del tema economico (sul mantenimento) rispetto a quello relativo all'affidamento. Di conseguenza, la contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento e di quelle economiche relative al mantenimento dei figli naturali comporta l'attrazione di queste ultime alla competenza del giudice minorile specializzato.

Cassazione civile, sezione I, (ord.) 3 aprile 2007, n. 8362
Pres. Adamo - Rel. Giusti - F.M. - M.S.

Filiazione naturale – Procedimenti relativi all'esercizio della potestà e all'affidamento – Competenza – Tribunale per i minorenni – Sussistenza – Artt. 155 e 317 *bis* c.c., art. 38 disp. att. c.c. e art. 4, 2° co., l. 8.2.2006, n. 54
La l. 8.2.2006, n. 54, applicabile in forza dell'art. 4, 2° co., anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, non ha abrogato, neppure in parte, l'art. 317 bis *c.c., ma ne ha soltanto innovato il contenuto precettivo alla luce dei nuovi principi espressi nell'art. 155 c.c.*

Affidamento condiviso – L. 8.2.2006, n. 54 – Disposizioni processuali – Art. 4, 2° co., l. n. 54/2006 – Estensione ai procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio dei nuovi principi e criteri di intervento giudiziario – Non avvenuta modifica dei presupposti processuali e della struttura del procedimento
L'art. 317 bis *c.c. continua a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto e il richiamo ad esso contenuto nell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c. deve ritenersi tuttora vigente. Di conseguenza, la competenza a emanare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al Tribunale per i minorenni.*

Filiazione naturale – Provvedimenti relativi al mantenimento – Contestualità delle misure rispetto a quelle in ordine all'affidamento – Inscindibilità – Conseguente attrazione alla competenza del Tribunale per i minorenni – Artt. 155 e 317 *bis* c.c. e art. 4, 2° co., l. 8.2.2006, n. 54
Le misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento dei figli minori, da un lato, e quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, come individuate dai novellati artt. 155 ss. c.c., presentano un nesso di inscindibilità e presuppongono pertanto una contestualità nell'adozione dei relativi provvedimenti. Depongono inoltre in tal senso da un lato l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati ovvero da genitori non coniugati, dall'altro la necessità di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, componente essenziale del canone della ragionevole durata del processo.

Filiazione naturale – Provvedimenti relativi al mantenimento – Concentrazione delle tutele – Rispondenza al canone della ragionevole durata del processo
Una volta confermata la competenza del giudice minorile per l'emanazione dei provvedimenti relativi all'esercizio della potestà e all'affidamento dei figli naturali ne deriva dunque l'attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento del figlio.

» **SOMMARIO**

1. La legge sull'affidamento condiviso (l. n. 54/2006) e il suo ambito di applicazione
2. Il sistema tradizionale delle competenze in ordine all'esercizio della potestà e all'affidamento dei figli di genitori non coniugati
3. Le tesi contrapposte formulate a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 54/2006
4. La soluzione individuata dalla Suprema Corte e la perdurante competenza del giudice minorile. Il problema della riserva di legge sulle norme relative alla competenza
5. Non intervenuta abrogazione, neppure tacita o parziale, dell'art. 317 *bis* c.c. Coordinamento della norma con il nuovo art. 155 c.c e perdurante vigenza del rinvio contenuto nell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c.
6. Significato del richiamo contenuto nell'art. 4, 2° co., l. n. 54/2006. La nuova legge non modifica la struttura né il rito dei procedimenti relativi ai figli nati al di fuori del matrimonio
7. Competenza del giudice minorile a emanare anche i provvedimenti relativi al mantenimento, laddove «contestuali», sulla base del nesso di inscindibilità intercorrente tra i relativi provvedimenti, nonché dell'imprescindibile esigenza di una concentrazione delle tutele. Riflessioni critiche e nodi insoluti
8. Conclusioni

Svolgimento del processo

1. - Con ricorso in data 16.3.2006, F.M. - premesso di avere instaurato nel 1999 una convivenza *more uxorio* con M.S. e di avere avuto da tale unione un figlio, M.A., nato a [...] e riconosciuto da entrambi i genitori - ha chiesto al Tribunale per i minorenni di Milano, essendo venuta meno

la convivenza tra i genitori, di disporre l'affidamento esclusivo del minore ad essa madre, prevedendo le modalità di incontro tra il minore ed il padre, e di stabilire a carico di quest'ultimo ed in favore del minore un assegno a titolo di mantenimento, da corrispondere mensilmente ad essa ricorrente.
Instauratosi il contraddittorio con il convenuto, il Tribunale per i minorenni di Milano, con decreto depositato in data 15.5.2006, ha dichiarato non luogo a provvedere, essendo competente il Tribunale ordinario di Milano. Secondo il Tribunale per i minorenni, la l. 8.2.2006, n. 54 (Disposizione in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) prevede una disciplina unitaria che si riferisce all'affidamento dei figli, al diritto di visita, nonché al mantenimento e all'assegnazione della casa, non consentendo più la divisione delle competenze che, nel vigore della precedente normativa, costringeva i genitori naturali ad adire più istanze giurisdizionali, con evidente dilatazione di tempi e di costi, per le decisioni relative all'affidamento e per quelle relative alle questioni economiche. La nuova legge, prevedendo l'applicazione ai figli naturali delle "disposizioni della presente legge", si riferirebbe anche alle norme processuali, che presuppongono l'applicazione delle norme di cui agli artt. 706 ss. c.p.c., incompatibili con il procedimento in camera di consiglio dettato dall'art. 38 disp. att. c.c. per il Tribunale per i minorenni. Il legislatore avrebbe inteso dare per la prima volta una disciplina unitaria ai procedimenti in materia di filiazione naturale instaurati da uno dei genitori nei confronti dell'altro al fine di veder regolato, in tutti i suoi aspetti, l'esercizio della potestà, parificando l'intervento giudiziario, sotto il profilo sostanziale, processuale e di competenza, a quello previsto per i figli di genitori coniugati. La relativa disciplina non rientrerebbe più nell'ambito dell'art. 317 *bis* c.c., che rimarrebbe in vigore per le parti residue.
2. - Il Tribunale ordinario di Milano, dinanzi al quale la causa è stata tempestivamente riassunta, ha richiesto d'ufficio, con ordinanza in data 21.7.2006, regolamento di competenza in merito alla controversia, ritenendo la propria incompetenza per materia a conoscerne, prospettando, in relazione ad essa, la competenza funzionale del giudice specializzato.
Ad avviso del Tribunale confliggente, la nuova legge non contiene alcuna disposizione espressa sulla competenza in ordine alle controversie relative all'affidamento dei figli naturali, ma ha inteso estendere con la massima ampiezza la portata sostanziale della riforma, senza tuttavia affrontare invece ambiti ben più vasti ed impegnativi di intervento, relativi alla unificazione della competenza del giudice della famiglia, e senza minimamente farsi carico della disciplina dei procedimenti specifici preesistenti, all'interno dei quali i nuovi principi sulla potestà genitoriale e sull'affidamento condiviso dovranno trovare applicazione. In tale prospettiva, il dato normativo dell'art. 317 *bis* c.c., sebbene radicalmente mutato nel suo portato sostanziale in forza dell'estensione dei principi di cui alla l. n. 54/2006 alla filiazione naturale, resterebbe pienamente vigente ai fini dell'individuazione di una categoria di controversie, in materia di affidamento di figli naturali e gestione della potestà genitoriale rispetto alla prole naturale, devolute, *ex* art. 38 disp. att. c.c., alla competenza funzionale del Tribunale per i minorenni.
Soggiunge il giudice confliggente che nessuna variazione vi sarebbe quanto alla competenza funzionale del Tribunale ordinario in merito alle controversie *ex* art. 148 c.c. per quanto attiene agli obblighi economici dei genitori ai fini del concorso al mantenimento dei figli naturali.
3. - Il Pubblico Ministero ha concluso affinché, in accoglimento della richiesta del Tribunale di Milano, sia dichiarata la competenza del Tribunale per i minorenni di quella stessa città.
Premesso che nessuna abrogazione o modificazione espressa dell'art. 38 disp. att. c.c. sarebbe contenuta nella l. n. 54/2006, ad avviso della Procura generale neppure ricorrerebbe un'ipotesi di abrogazione tacita, perché la nuova legge non regola affatto la (intera) materia del riparto di competenza tra giudice ordinario e giudice specializzato, già disciplinata dalla legge anteriore, non contenendo alcuna norma al riguardo, né reca disposizioni incompatibili con quelle precedenti. Tale incompatibilità, in particolare, non potrebbe indirettamente desumersi - come sostiene invece il Tribunale per i minorenni di Milano - dalle modifiche sostanziali apportate dalla novella alle disposizioni di legge che disciplinano l'affidamento dei figli, le modalità di visita ed il mantenimento (modificazioni applicabili, queste sì, indifferentemente sia ai figli naturali che a quelli legittimi), perché la previsione di una disciplina uniforme sul piano sostanziale - rispettosa del principio costituzionale di eguaglianza - non comporta necessariamente una uniformità anche su quello processuale.
Nessuna valenza avrebbe il richiamo alla Corte d'Appello, e non anche alla sezione specializzata quale giudice competente a conoscere dell'introdotto reclamo avverso i provvedimenti provvisori adottati dal presidente del Tribunale (art. 2, 1° co., l. n. 54/2006), atteso che il reclamo è inserito nell'ambito del procedimento di separazione e quindi di un procedimento tipico del giudizio ordinario.

Motivi della decisione

1. - La questione di quale sia, a seguito dell'entrata in vigore della l. 8.2.2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), l'organo giudiziario competente a conoscere dei procedimenti di affidamento dei figli naturali e ad emanare i provvedimenti di carattere economico relativi al loro mantenimento - oggetto di divergenti decisioni presso i giudici di merito, anche al di là del caso che ha dato occasione al presente conflitto, e di controversie in dottrina - si presenta per la prima volta a questa Corte di Cassazione.
2. - Ai fini dell'esame della questione, occorre premettere che, fino all'entrata in vigore della citata l. n. 54/2006, il regime della competenza ad emanare i provvedimenti relativi ai figli naturali in caso di cessazione della convivenza *more uxorio* dei loro genitori è stato organizzato secondo una regola di riparto che distingueva a seconda che la controversia riguardasse l'affidamento dei figli stessi o concernesse gli aspetti patrimoniali relativi al loro mantenimento.
Il diritto vivente - nell'assenza di una disposizione espressamente rivolta a disciplinare un procedimento di affidamento del figlio naturale, riconosciuto da entrambi i genitori, nel caso di rottura della convivenza tra costoro - ha colto nell'art. 317 *bis* c.c., concernente l'esercizio della potestà sul figlio minore riconosciuto da entrambi i genitori naturali, il referente normativo per giustificare l'intervento, sia pure eventuale e succes-

sivo, del giudice in materia (Cass., S.U., 25.5.1993, n. 5847, in motivazione). Infatti questa disposizione non si limita a prevedere che la potestà è esercitata congiuntamente da entrambi i genitori, qualora siano conviventi, e che, in caso di non convivenza, l'esercizio spetta al genitore con il quale il minore convive o, se il figlio non convive con alcuno di essi, al genitore che per primo lo ha riconosciuto; essa conferisce al giudice anche ampi poteri di disciplinare in concreto l'esercizio della potestà nel modo che meglio corrisponde all'interesse del figlio. E tra questi poteri si è ritenuto compreso anche quello di disporre l'affidamento in occasione della crisi dell'unione di fatto e di prendere gli altri provvedimenti inerenti all'esercizio della potestà, all'educazione e all'istruzione, sul rilievo che la soluzione del conflitto tra i genitori e la definizione di linee sulle quali organizzare i loro rapporti dopo la cessazione della convivenza corrisponde ad un evidente interesse del figlio naturale, al pari di quanto accade in occasione della separazione e del divorzio.

In questa prospettiva, il richiamo, da parte dell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c., dei provvedimenti contemplati dall'art. 311 *bis* c.c. tra quelli riservati alla competenza del Tribunale per i minorenni, ha indotto la giurisprudenza a ritenere i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli naturali devoluti al Tribunale specializzato; mentre, non essendo i provvedimenti attinenti al mantenimento della prole nata da genitori non coniugati (art. 261 c.c., in relazione all'art. 148 c.c.) attribuiti specificamente ad una «diversa autorità giudiziaria», se ne è inferita l'attribuzione alla competenza del Tribunale ordinario, ai sensi del citato art. 38, 2° co., disp. att. c.c. Si legge nella fondamentale pronuncia di questa sezione 20.4.1991, n. 4273: mancando, in caso di famiglia di fatto, la previsione legislativa di un processo unitario, che coinvolga il momento della separazione della coppia, quello della sorte dei loro figli comuni e quello della regolamentazione dei rapporti patrimoniali per quanto attiene al contributo per il mantenimento dei figli, «ogni provvedimento eventualmente richiesto dovrà essere assunto dal giudice competente per quel singolo provvedimento», sicché «il provvedimento circa il contributo di mantenimento, spettante [...] al Tribunale ordinario in procedimento contenzioso, non potrà essere preso dal Tribunale per i minorenni adito *ex* art. 317 *bis* c.c. per stabilire a chi dei due genitori debba essere affidato il figlio». Più di recente, nella stessa direzione, questa Corte ha ribadito che competente a conoscere delle domande del genitore naturale di affidamento del figlio minore e di regolamentazione del diritto di visita dell'altro genitore è il Tribunale per i minorenni, mentre spetta al Tribunale ordinario la competenza sulla domanda di contributo al mantenimento e di rimborso delle spese sostenute per il mantenimento del minore: competenza che, essendo di natura funzionale, è inderogabile, non trovando applicazione le norme sulla connessione (sez. I, 8.3.2002, n. 3457; sez. I, 15.3.2002, n. 3898).

Una tale ripartizione della competenza tra Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario nella crisi delle unioni di fatto con riguardo ai provvedimenti relativi ai figli naturali ha superato lo scrutinio di legittimità costituzionale, avendo la Corte Costituzionale ravvisato nella duplicità di regime sopra descritta l'espressione di una scelta di politica del diritto rientrante nella discrezionalità legislativa e non contrastante con il principio di eguaglianza e con la garanzia del diritto di azione.

Con la sentenza n. 23/1996, il Giudice delle leggi - decidendo un dubbio di costituzionalità avente ad oggetto il combinato disposto dell'art. 317 *bis* c.c. e art. 38 disp. att. c.c., sorto in fattispecie nella quale la domanda di natura patrimoniale (contributo al mantenimento a carico del genitore non affidatario di figlio naturale riconosciuto) era stata avanzata in un momento successivo rispetto alla richiesta di affidamento - è pervenuto alla declaratoria di non fondatezza, rilevando che in un simile caso si è di fronte ad una lite tra i due genitori, per cui è del tutto ragionevole che la competenza spetti al Tribunale ordinario.

Alla medesima soluzione di non fondatezza la Corte Costituzionale è giunta nella successiva sentenza n. 451/1997, in un caso nel quale veniva in considerazione la contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella relativa all'affidamento; sottolineandosi che la divaricazione di competenze non si traduce in una diminuzione di tutela, tanto più che, «qualora dovessero sussistere ragioni di urgenza tali da rendere indifferibile l'adozione di provvedimenti di carattere economico, la pendenza del giudizio davanti al Tribunale per i minorenni non impedirebbe il ricorso agli strumenti cautelari»

Con la sentenza n. 166/1998, poi, la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata una questione di costituzionalità avente ad oggetto il combinato disposto dell'art. 151, 1° co., c.c., e art. 155 c.c., nella parte in cui non disciplina la crisi della convivenza di fatto con le stesse regole previste per la famiglia legittima, impedendo di applicare il procedimento previsto dagli artt. 706 ss. c.p.c. ai conviventi *more uxorio* con prole. Premesso che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una libera scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio», sicché «l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti», i giudici della Consulta hanno chiarito che «la inapplicabilità della disciplina della separazione dei coniugi alla cessazione delle convivenze di fatto, nel cui ambito sia nata prole, non equivale tuttavia ad affermare che la tutela dei minori, nati da quelle unioni, resti priva di disciplina, essendo invocabile l'intervento del giudice, che nella pronuncia dei provvedimenti concernenti i figli è tenuto alla specifica valutazione dell'interesse di questi», sottolineando che «l'assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di politica legislativa, ma certamente non determina la violazione dei principi costituzionali» di cui agli artt. 2, 3, 24 e 30 Cost.

3. - La l. n. 54/2006 contiene disposizioni sostanziali e processuali.

Le prime rinvengono nel novellato testo degli artt. 155 ss. c.c., dedicati alla separazione dei coniugi, una disciplina fondata sul principio della bigenitorialità, che trova attuazione, per un verso, attraverso l'indicazione di una preferenza verso l'affidamento condiviso, e, per l'altro verso, in un modello di esercizio della potestà, ancorato al principio di responsabilità genitoriale, il quale si specifica mediante la previsione di una continuità di condivisione educativa. Nuove disposizioni sono dettate con riguardo all'obbligo di mantenimento (con la possibilità per il giudice di stabilire, ove necessario, un assegno di natura essenzialmente riequilibratrice, la cui entità deve essere determinata alla luce di parametri predefiniti) e in

relazione all'assegnazione della casa familiare, nonché alle misure in favore dei figli maggiorenni.
Con le seconde il legislatore è intervenuto: modulando, sul piano istruttorie con l'art. 155, 6° co., c.c., il potere del giudice di disporre accertamenti di polizia tributaria, e prevedendo, con l'art. 155 *sexies*, 1° co., c.c., il potere del giudice di assumere, anche d'ufficio, mezzi di prova; configurando la possibilità di rinviare, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, l'adozione dei provvedimenti riguardo ai figli per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli (art. 155 *sexies*, 2° co.); imponendo l'audizione del figlio minore ultradodicenne o comunque capace di discernimento (art. 155 *sexies*, 1° co., c.c.); inserendo la garanzia della reclamabilità in Corte d'Appello dell'ordinanza presidenziale (art. 708, 4° co., c.p.c.); facendosi carico del problema dell'attuazione coattiva dei provvedimenti di affidamento dei minori a contenuto non patrimoniale (art. 709 *ter* c.p.c.).
Tra le norme finali, la novella ha inserito una disposizione che disvela l'obiettivo del legislatore di rinvenire nella separazione dei coniugi il modello per regolamentare i rapporti di filiazione nella crisi della coppia genitoriale anche in caso di convivenza *more uxorio*. La l. n. 54/2006, art. 4, 2° co., prevede infatti l'applicazione delle «disposizioni della presente legge», oltre che «in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio», anche «ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati».
4. - La l. n. 54/2006 non contiene alcuna abrogazione espressa né dell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c., né del richiamo, in esso contemplato, ai provvedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c.
Occorre allora stabilire se l'attribuzione espressa, in forza del rinvio alla citata norma del codice contenuta nelle disposizioni di attuazione, alla competenza per materia del giudice specializzato in ordine ai procedimenti di affidamento dei figli naturali in caso di rottura della convivenza dei loro genitori, sia venuta meno per incompatibilità con la nuova disciplina dell'affidamento condiviso.
Si tratta di un'indagine senz'altro consentita: sebbene infatti le norme sulla competenza siano di stretta interpretazione, non può escludersi che una modifica della relativa disciplina, ancorché non espressamente formulata dal legislatore, possa ricavarsi dall'interprete con gli ordinari strumenti ermeneutici. In questo senso è, del resto, orientata, sia nel campo del processo civile che in quello del processo penale, la giurisprudenza di questa Corte, la quale ammette ipotesi di modifica tacita della competenza. Lo stanno a dimostrare i casi, recenti, concernenti la competenza territoriale nelle controversie avverso i provvedimenti di diniego di asilo politico, in cui la Corte (sez. I civ., 28.4.2006, n. 10028) ha ritenuto che la innovativa previsione di più Tribunali territorialmente competenti abbia implicitamente determinato l'abbandono del criterio generale del foro erariale che avrebbe comportato la permanenza della competenza dei Tribunali dei distretti, in relazione alle sedi delle Commissioni territoriali, essendo indicativa della volontà di radicare il contraddittorio - sempre nei riguardi della Amministrazione centrale dell'Interno - in più Tribunali, e segnatamente in quelli nel cui circondario la Commissione territorialmente competente ha adottato, sulla domanda dello straniero, la contestata decisione; o quelli relativi al ritenuto sopravvenuto venir meno della competenza del giudice di pace in ordine al reato di guida in stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti (pur in assenza di un richiamo espresso, nell'art. 187 C.d.S., alla disposizione, relativa alla competenza del Tribunale, prevista per il reato di guida sotto l'influsso dell'alcool) (così sez. IV pen., 28.3.2006, n. 17003; e cfr. C. Cost., ord. n. 47/2007).
Ciò posto, all'indicato quesito deve darsi risposta negativa.
4.1. - È da escludere che la l. n. 54/2006, art. 4, 2° co., con il prevedere l'applicazione, ai procedimenti che riguardano i figli naturali, delle norme contenute in quella stessa legge, abbia abrogato la parte dell'art. 317 *bis* c.c. in cui si stabilisce che il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può provvedere sull'affidamento in modo diverso rispetto ai criteri predeterminati dalla stessa norma, facendo venir meno - con il sostituire i provvedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c. con quelli adottabili ai sensi dell'art. 155 c.c. - il rinvio all'art. 317 *bis* contenuto nell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c., così rendendosi applicabile anche a tali processi la competenza residuale del Tribunale ordinario, stabilita dal medesimo art. 38, 2° co.
Come correttamente evidenziato dal Tribunale ordinario di Milano confliggente, la l. n. 54/2006, art. 4, 2° co., ha il significato di estendere - all'evidente fine di assicurare alla filiazione naturale forme di tutela identiche a quelle riconosciute alla filiazione legittima - i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli di genitori non coniugati, senza incidere sui presupposti processuali dei relativi procedimenti, tra i quali la competenza.
L'art. 317 *bis* c.c. resta il referente normativo della potestà e dell'affidamento nella filiazione naturale, anche in caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali, e non viene meno, agli effetti della competenza, il binomio costituito dall'art. 317 *bis*, 2° co., c.c., e art. 38, 1° co., disp. att. c.c.
Piuttosto, la disposizione del codice sull'esercizio della potestà nella filiazione naturale assume, per effetto della l. n. 54/2006, un nuovo volto, perché - come è stato osservato in dottrina - si arricchisce dei contenuti oggetto di quella legge. Inserendosi nell'ambito dell'art. 317 *bis* c.c., la novella del 2006 detta una compiuta disciplina dei provvedimenti che il giudice specializzato ben poteva anche prima pronunciare nell'interesse del figlio, ma che in precedenza trovavano una regolamentazione minimale, esclusivamente affidata alla discrezionalità ed all'apprezzamento del giudice. Così, per un verso, la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione; per l'altro verso, le regole sull'affidamento condiviso guidano la discrezionalità del giudice specializzato nel valutare l'«esclusivo interesse del figlio» allorché sia cessata la convivenza della coppia genitoriale, indicandogli di prendere in considerazione prioritariamente, affinché il figlio naturale possa continuare a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, lo strumento che meglio assicura la condivisione delle responsabilità nel-

la cura, nella crescita, nell'educazione e nell'istruzione del minore.
Questa interpretazione trova sostegno nella lettera della l. n. 54/2006, art. 4, 2° co.: la quale, prevedendo l'applicazione delle nuove disposizioni anche «ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati», esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di riferirsi ai procedimenti già esistenti aventi ad oggetto l'affidamento e l'esercizio della potestà sui figli naturali e, quindi, ai procedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c., rientranti nella competenza del Tribunale per i minorenni. Tali procedimenti vengono richiamati per trapiantare in essi i nuovi principi e le nuove regole sull'affidamento condiviso, non già per modificarne i presupposti processuali.
Il novellato art. 155 c.c. non si è totalmente sovrapposto all'art. 311 *bis* c.c., là dove questo prevede l'intervento del giudice (anche) nella crisi della famiglia di fatto, perché diversi sono i presupposti dell'intervento del giudice in ordine alla emanazione dei provvedimenti riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli, a seconda che si tratti di crisi dell'unione di fatto e di crisi della famiglia fondata sul matrimonio.
Nella separazione dei coniugi l'intervento del giudice è immancabile. La coppia non si scioglie, legittimamente, che a seguito di una pronuncia giudiziaria. Ugualmente, l'affidamento dei figli legittimi ed il loro mantenimento è deciso dal giudice. Anche in caso di separazione consensuale, il codice garantisce sempre un vaglio giurisdizionale volto a verificare che l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli non sia in contrasto con l'interesse di questi.
Viceversa, nella crisi della coppia di genitori naturali «non sussiste questa inevitabile necessità di un intervento giudiziario»: non solo lo scioglimento della famiglia di fatto «avviene senza alcun intervento del giudice, essendo sufficiente, com'è logico, che i due si lascino», ma anche con riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli l'intervento del giudice è previsto come indispensabile soltanto nel caso in cui i genitori naturali, nella loro autonomia, non abbiano raggiunto tra loro un accordo (Cass., sez. I, 20.4.1991, n. 4273, cit.), salva in ogni caso la possibilità per i genitori non coniugati di rivolgersi congiuntamente al Tribunale per i minorenni per la verifica della non contrarietà all'interesse dei figli di quanto tra loro concordato.
Tale diversità di presupposti non è incisa dalla novella.
Non può parlarsi, pertanto, di parziale abrogazione per incompatibilità dell'art. 317 *bis* c.c. (che avrebbe l'effetto di determinare, per trascinamento, la caduta del richiamo, agli effetti della competenza, contenuto nell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c. e la riespansione della regola di chiusura dettata dal medesimo art. 38, 2° co.), ma, al contrario, di riempimento del contenuto precettivo di tale disposizione.
4.2. - Né può essere seguita la tesi, fatta propria dal Tribunale per i minorenni di Milano, secondo cui la competenza del Tribunale ordinario sarebbe imposta dall'applicazione, anche ai procedimenti relativi ai figli naturali, delle norme processuali contenute nella l. n. 54/2006, alcune delle quali (si pensi al nuovo art. 708, 4° co., c.p.c., che prevede la reclamabilità dell'ordinanza presidenziale), innestandosi nella disciplina prevista per il processo di separazione giudiziale, presuppongono, per la loro applicabilità, che il processo si svolga, dinanzi al Tribunale ordinario, nelle forme di cui agli artt. 706 ss. c.p.c., anziché in quelle camerali, tipiche dei processi minorili ai sensi del 3° co. del più volte citato art. 38 disp. att. c.c.
Tale tesi, nel postulare una ricaduta sulla competenza per effetto delle norme sul rito, muove da un non condivisibile presupposto ermeneutico, il quale è alla base della ritenuta attrazione della competenza al Tribunale ordinario: che cioè il legislatore, nel dettare le norme in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli, abbia inteso disciplinare anche l'emanazione dei provvedimenti da pronunciarsi nei confronti dei figli naturali con il rito tipico del procedimento di separazione, estendendo ai procedimenti che li riguardano le norme concernenti la crisi della coppia coniugale e la sua gestione giudiziale.
Non v'è dubbio che alcune tra le norme processuali contenute nella l. n. 54/2006 siano applicabili anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Sono applicabili - e compatibili con la specialità del rito che governa il procedimento che si svolge dinanzi al Tribunale per i minorenni - le norme: sui poteri istruttori del giudice, ivi compreso - per ciò che si dirà *infra* - quello di disporre, ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi; sui poteri di ascolto del minore; sui poteri del giudice del procedimento in corso, ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c.., in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, di ammonire il genitore inadempiente, di infliggere una sanzione a suo carico, di disporre il risarcimento del danno in favore del genitore danneggiato dal comportamento dell'altro e di disporre analogo risarcimento in favore dello stesso minore.
Ma non sono applicabili le disposizioni del nuovo art. 708, 4° co., c.p.c., introdotte dalla l. n. 54/2006, art. 2, 1° co., sulla reclamabilità dell'ordinanza presidenziale, le quali presuppongono che un'ordinanza presidenziale vi sia stata e che quindi il processo si sia svolto nelle forme di cui agli artt. 706 ss. c.p.c. Come è stato osservato in dottrina, la l. n. 54/2006 è infatti priva di una valenza unificante sulla scansione dei procedimenti relativi alla coppia in crisi, e, nel richiamare, all'art. 4, 2° co., i procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati, ha inteso far salve anche le regole processuali che li governano, e i diversi presupposti applicativi dell'intervento del giudice, senza creare un modello processuale unico per i giudizi relativi all'affidamento.
Ciò si giustifica considerando - come già rilevato *retro* - i differenti ambiti dell'uno e dell'altro procedimento, quello di separazione tra coniugi e quello rivolto alla tutela del figlio nella cessazione della convivenza di fatto dei loro genitori: perché mentre in presenza di persone unite in matrimonio l'intervento del giudice, con la separazione, è previsto dal legislatore per dare rilevanza alla crisi della coppia, non potendosi altrimenti allentare il legame giuridico che li unisce, e per disciplinare, in quella stessa sede, i rapporti tra i genitori e i figli, la convivenza *more uxorio* può interrompersi immediatamente sulla base della semplice decisione unilaterale di ciascuno dei conviventi, sicché tale rapporto può venir meno senza che il giudice intervenga in alcun modo, salvo, appunto, che per eventuali questioni relative ai figli naturali riconosciuti (C. Cost., sent. n. 451/1997, cit.).

Del resto, diversamente opinando, ove si ritenesse applicabile il rito speciale *ex* artt. 706 ss. c.p.c. ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, dovrebbe parimenti considerarsi applicabile il rito della separazione anche ai giudizi di nullità del matrimonio - pure richiamati dal citato art. 4, 2° co. -, i quali invece, secondo l'interpretazione corrente, sono soggetti al rito ordinario di cognizione civile.

4.3. - La dottrina più avvertita da tempo segnala l'opportunità, *de iure condendo*, di una unificazione delle competenze in relazione alle vicende che riguardano l'affidamento e il mantenimento del figlio, a prescindere dalla condizione giuridica dei genitori tra loro: non solo nell'interesse di una razionalizzazione del sistema e di una giustizia più accessibile, ma anche ad evitare che la diversità di competenza, e delle connesse scansioni procedimentali, finisca con il rendere l'una forma di filiazione meno presidiata, sotto il profilo processuale, rispetto all'altra.

La l. n. 54/2006 - che pure significativamente estende i nuovi principi ai figli di genitori non coniugati, rendendo più precisa la normativa di settore anche al fine di rendere più sollecita la risposta giudiziaria in controversie così delicate (v. la relazione in Aula del deputato P.M. nella seduta del [...]) - non perviene all'unificazione delle competenze all'interno dei conflitti familiari: unificazione che, involgendo profili di politica legislativa, non si presta a formare oggetto di un dubbio di legittimità costituzionale (cfr. C. Cost., sent. n. 166/1998, punto n. 5 del Considerato in diritto).

Il Collegio si limita a registrare che il tema è affiorato nel dibattito parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge sull'affidamento condiviso. Si è segnalato (nell'intervento in Aula della deputata L.C. nella seduta del [...]) che «esiste un'ingiusta discriminazione tra figli nati dal matrimonio, sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario che nella maggior parte dei casi non è un giudice specializzato, e figli nati fuori dal matrimonio, di cui si occupa il Tribunale per i minorenni», sottolineandosi la necessità di porre fine, attraverso «apposite proposte emendative», «a questa discriminazione», attraverso la creazione di «un giudice unico per la famiglia e per i minori». Sennonché, l'emendamento a tal fine proposto (il n. 2.0350), volto a modificare l'art. 38 disp. att. c.c. nel senso di attribuire la competenza al Tribunale ordinario anche in ordine all'affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, è stato ritirato dalla deputata presentatrice L.C., su invito formulato dal deputato relatore P.M. e su parere conforme del Governo, nella seduta del 7.7.2005 (Atti Camera - XIV Legislatura - Discussioni - n. 652).

5. - Una volta assodato che, per i procedimenti riguardanti l'affidamento del figlio naturale, è rimasta ferma la competenza del Tribunale per i minorenni in forza dell'immutato rinvio all'art. 317 *bis* c.c. contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c., si tratta di stabilire se la l. n. 54/2006 abbia o meno comportato un'innovazione rispetto alla precedente regola di riparto che, come si è visto *retro*, attribuiva la cognizione delle controversie concernenti il contributo al mantenimento del figlio naturale al Tribunale ordinario, anche in caso - come nella specie - di contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella relativa all'affidamento.

Il Collegio ritiene che tale innovazione vi sia stata, e che, per effetto di essa, il Tribunale per i minorenni, competente in ordine affidamento dei figli naturali, lo sia anche - contestualmente - a provvedere sul contributo al mantenimento di essi.

5.1. - Ai sensi del novellato art. 155, 2° co., c.c., il giudice, quando provvede sull'affidamento dei figli minori, determina «altresì» la misura e il modo con cui ciascun genitore deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. In particolare, il 4° co. della medesima disposizione prevede che il giudice investito del procedimento stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando le attuali esigenze del figlio, il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore, le risorse economiche di entrambi i genitori e la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

La contestualità tra i provvedimenti sull'affidamento e quelli economici e l'intreccio delle relative statuizioni non costituiscono certo una novità allorché si tratta di assumere i provvedimenti riguardanti i figli di genitori coniugati in crisi: il Tribunale (ordinario) da sempre provvede ad emettere un'unica decisione recante tutti i provvedimenti (dall'affidamento, al mantenimento, alla casa familiare) relativi alla sorte dei figli minori.

Ma, una volta che gli artt. 155 ss. c.c. concorrono a plasmare - per effetto della più volte ricordata l. n. 54/2006, art. 4, 2° co. - l'art. 317 *bis* c.c., quest'ultima disposizione si arricchisce di nuovi contenuti: non solo quindi - per quanto già evidenziato *retro* - dei nuovi principi sulla bigenitorialità, sull'esercizio della potestà genitoriale e sull'affidamento, ma anche della regola di inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento. Il giudice specializzato, adito ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c. e dell'art. 38 disp. att. c.c., è chiamato, nell'«interesse» del figlio, ad esprimere una cognizione globale, estesa alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione, e quindi investente i profili patrimoniali dell'affidamento.

Da un punto di vista sistematico, tale soluzione non rappresenta una novità. Il giudice del reclamo della paternità o della maternità naturale, ai sensi dell'art. 277, 2° co., c.c., dà anche «i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela dell'interesse patrimoniale di lui». E proprio in forza di tale disposizione, questa Corte da sempre individua nel Tribunale per i minorenni - il quale è competente, ai sensi del 1° co. dell'art. 38 disp. att. c.c., a conoscere dell'azione per la dichiarazione di paternità o maternità naturale «nel caso di minori» - l'organo giurisdizionale investito del potere di emettere altresì i provvedimenti opportuni per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei minori stessi e per la tutela dei loro interessi patrimoniali, quali misure consequenziali («effetti della sentenza», secondo la rubrica dell'art. 277 c.c.) alla pronuncia dichiarativa del rapporto di filiazione, perfino quando essi riguardino il tempo anteriore alla sentenza, come nell'ipotesi di rimborso pro quota delle spese di mantenimento in favore del genitore che le abbia sostenute per intero (*ex multis*, sez. I, 3.9.1994, n. 7629; sez. I, 30.6.2005, n. 14029).

E si tratta di soluzione interpretativamente da preferire, perché maggiormente orientata alla realizzazione di principi espressi dalla Costituzione.

Da un lato il principio di eguaglianza - al quale si è ispirato il legislatore con la norma di estensione dell'art. 4, 2° co., contenuta tra le disposizioni finali - esige che i minori non ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati. La giurisprudenza costituzionale invita l'interprete a considerare «il matrimonio non [...] più elemento di discrimine nei rapporti tra genitori e figli - legittimi e naturali riconosciuti - identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri»: «la condizione giuridica dei genitori tra loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 Cost. che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità» (C. Cost., sent. n. 166/1998, punto n. 3 del Considerato in diritto, in tema di assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione del rapporto di convivenza *more uxorio*).
Ritiene il Collegio che vi sarebbe un trattamento deteriore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela, in caso di crisi del rapporto di convivenza tra i suoi genitori naturali, ricevessero dall'ordinamento una risposta frazionata, con la perdita di quella valutazione globale (*tota regiudicanda perspecta*) che soltanto una cognizione estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell'affidamento può assicurare.
Dall'altro lo sdoppiamento di competenze, con la necessità, per il genitore, di dovere separatamente adire un giudice diverso per la cognizione di una domanda, intrinsecamente connessa alle statuizioni che in concreto sono state date sulla potestà e sull'affidamento, comporterebbe un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo. La costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata del processo impone all'interprete una nuova sensibilità ed un diverso approccio ermeneutico, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo nella realizzazione di detto obiettivo costituzionale. A tale riguardo non può non ricordarsi che, proprio muovendo da tale ricostruzione della valenza interpretativa, *hic et nunc*, dell'art. 111 Cost., recentemente le Sezioni Unite di questa Corte (sent. 28.2.2007, n. 4636) sono pervenute, innovativamente, a stabilire che «ove il lavoratore proponga, sulla base della esposizione dei medesimi fatti attinenti ad una stessa prestazione lavorativa, due domande in via alternativa, la cui decisione dipenda dalla qualificazione giuridica dei fatti emersi in causa, una principale, appartenente alla giurisdizione amministrativa (l. 23.10.1960, n. 1369, *ex* art. 1, con ente pubblico *ante* 30.6.1998), ed una subordinata (*ex* art. 3 stessa legge) in cui l'ente pubblico viene evocato non come datore di lavoro ma come coobbligato al rispetto dei minimi retributivi, il principio di concentrazione delle tutele, insito nell'art. 111 Cost., impone di ritenere che il giudice amministrativo avente giurisdizione sulla domanda principale possa e debba conoscere di tutte le pretese originate dalla situazione lavorativa dedotta».
6. - Conclusivamente deve affermarsi il seguente principio di diritto: «La l. 8.2.2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 *bis* c.c., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al Tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38, 1° co., disp. att. c.c., *in parte qua* non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 ss. c.c., ha peraltro determinato - in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo - una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio».
7. - La richiesta di regolamento è accolta, nei sensi di cui in motivazione.
Deve pertanto dichiararsi la competenza del Tribunale per i minorenni di Milano a conoscere della domanda proposta da F.M. nei confronti di M.S. per l'affidamento ed il mantenimento del loro figlio naturale M.A.

P.Q.M.

La Corte dichiara la competenza del Tribunale per i minorenni di Milano a conoscere della domanda proposta da F.M. nei confronti di M.S. per l'affidamento ed il mantenimento del loro figlio naturale M.A.; cassa la pronuncia declinatoria del Tribunale per i minorenni di Milano.

1. La legge sull'affidamento condiviso (l. n. 54/2006) e il suo ambito di applicazione

La legge sull'affidamento condiviso contiene una disposizione di chiusura finalizzata ad estenderne l'ambito anche al di fuori del giudizio di separazione
La l. 8.2.2006, n. 54, recante nuove «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli» ha introdotto significativi cambiamenti nel sistema degli istituti e delle garanzie, anche processuali, inerenti il minore. Il proposito del legislatore, per quanto nobile, è stato tuttavia realizzato con eccessiva superficialità e leggerezza, risultando di palmare evidenza - anche dalla stessa dinamica di approvazione del nuovo testo - come lo scopo primario sia stato quello di privilegiare il nuovo principio dell'affidamento condiviso, senza

approfondire meditatamente i molteplici profili (anche processuali) allo stesso correlati(1). L'esigenza di tutela del minore, pur posta in luce, non è stata in altri termini accompagnata da un'adeguata (e necessaria) individuazione delle tecniche processuali idonee.

In particolare, nel tentativo di estendere i nuovi principi e regole anche al di fuori del giudizio di separazione (ritenendo che la tutela del minore debba trovare un trattamento uniforme in tutti i procedimenti che lo riguardano, indipendentemente dal legame coniugale tra i genitori), il legislatore si è verosimilmente illuso che le istanze di unificazione e coordinamento potessero essere soddisfatte con una semplice norma di richiamo e a tal fine ha introdotto in chiusura l'art. 4, 2º co., l. n. 54/2006, che dichiara le nuove disposizioni applicabili ai procedimenti «di scioglimento, di cessazione degli effettivi civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati».

Il tradizionale riparto delle competenze in ordine all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio

Così operando, tuttavia, se agevole è risultata l'applicazione della nuova normativa al divorzio (attesa l'uniformità del relativo modello processuale - pure autonomamente regolato anche a seguito della l. n. 80/2005 - rispetto a quello della separazione)(2), significativi interrogativi sono invece emersi in relazione ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, retti sino ad oggi da un sistema di disposizioni specifiche e indipendenti.

In questo campo, la disposizione di raccordo, lontano dall'armonizzare i procedimenti relativi alla crisi della famiglia di fatto con quelli di separazione, ha dato vita a due schieramenti contrapposti (adottati sulla scorta di riflessioni esegetiche e sistematiche e supportati finanche da istanze di matrice ideologica) che si sono riversati in sede giudiziaria, dando vita a prassi applicative disomogenee e, quel che è più grave, in alcuni casi (come è avvenuto nel territorio lombardo dove è sorto il conflitto negativo di competenza proposto alla attenzione della Suprema Corte e composto proprio dall'ordinanza in commento) a un vuoto di tutela nel quale le vittime incolpevoli sono risultati gli stessi minori coinvolti nel conflitto, rimasti per lungo tempo privi di un'autorità giudiziaria disposta anche soltanto ad ascoltare le istanze che li riguardavano(3). Di qui l'attesa particolarmente sentita di un intervento autoritativo da parte della Suprema Corte che potesse appianare i contrasti e restituire certezza agli utenti del servizio giustizia.

2. Il sistema tradizionale delle competenze in ordine all'esercizio della potestà e all'affidamento dei figli di genitori non coniugati

In concreto, il regime della competenza a emanare i provvedimenti relativi ai figli naturali è sempre stato organizzato, come l'ordinanza in commento ricorda, mediante un fondamentale riparto, volto a distinguere i provvedimenti sull'esercizio della potestà e sull'affidamento, riservati alla **competenza del Tribunale per i minorenni**, dalle misure di carattere economico, sul mantenimento e sui profili a questo connessi, prerogativa del **giudice ordinario**.

Il regime bipartito trae origine da norme separate e autonome: per la materia dell'affidamento l'**art. 317 *bis* c.c.**, mentre per il tema economico l'**art. 261 c.c.** e, più specificamente, l'**art. 148 c.c.**, deputato a disciplinarne l'eventuale contenzioso. Dette norme sono sempre state esaminate in raffronto all'**art. 38 disp. att. c.c.**, che stabiliva (e tuttora stabilisce) i confini della competenza per materia del giudice minorile, mediante il richiamo contenuto nel suo 1º co. a singole fattispecie e appositi procedimenti, riservando alla competenza del giudice ordinario le ulteriori fattispecie dalla stessa non ri-

(1) Per analoghe riflessioni critiche v. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 402.

(2) Secondo l'opinione espressa dalla quasi totalità dei commentatori, il dato del mantenimento operato da parte del legislatore del 2005 a livello formale e di tecnica legislativa di due distinti gruppi di norme per il processo di separazione e per quello di divorzio non deve in alcun modo indurre a ritenere che la disciplina dei due processi sia stata diversificata, potendo secondo alcuni Autori ancora trovare applicazione l'art. 23 l. divorzio, che consente di estendere le norme della legge sul divorzio anche alla separazione, nel rispetto della clausola di compatibilità (in questo senso ad es. TOMMASEO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2005, 232; ID., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 7; CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 144; CORDER, *Giudizio contenzioso di separazione e di divorzio. Giudizio di primo grado*, in *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di Sicchiero, Bologna, 2005, 482; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 103; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 371; LUPOI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 961) e dovendo per altri, anche nella non più perdurante vigenza dell'art. 23 l. divorzio (M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la residenza comune*, in *Guida dir.*, 2005, 22, 91), le norme processuali della separazione e del divorzio essere ascritte a un medesimo settore normativo, nel quale, stante l'identità di *ratio*, il ricorso all'analogia dovrebbe sempre essere consentito (cfr. VULLO, *La nuova disciplina dei processi di separazione e divorzio*, in *Cronache del foro parmense*, 2005, 22; DANOVI, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. processuale*, 2005, 857 ss.; ID., *I procedimenti di separazione e di divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in AA.VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2007, 147 ss.). *Contra* per la avvenuta netta differenziazione e demarcazione tra i due giudizi v. invece GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1114 ss.

(3) Lo scenario desolante venutosi a creare per effetto della impreparata entrata in vigore della l. n. 54/2006 è stato qualificato in dottrina con formule severe quali «pasticcio normativo» (SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 356) o «Tsunami delle riforme (*rectius* controriforme in senso tridentino)» (CASABURI, *Lo Tsunami si abbatte anche sul diritto di famiglia*, in *Giur. di Merito*, speciale marzo 2006, 3).

chiamate(4). Ebbene, mentre l'art. 317 *bis* era (ed è tuttora) richiamato dall'art. 38, 1º co., disp. att. c.c., nessun rinvio veniva contemplato all'art. 148 c.c.: di qui la sopra indicata scissione delle competenze per i provvedimenti personali ed economici relativi ai figli naturali.

Questa biforcazione, che pure ha ingenerato non poche difficoltà di coordinamento, ha ricevuto il *placet* della Corte Costituzionale, che ha ripetutamente attestato la conformità al sistema costituzionale del regime bipartito, espressione di discrezionalità legislativa rispondente a scelte di politica del diritto non contrastanti con il principio di eguaglianza e con la garanzia del diritto d'azione(5).

3. Le tesi contrapposte formulate a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 54/2006

Con l'entrata in vigore della l. n. 54/2006 l'evidente insoddisfazione per il sistema «scomposto» ha dato abbrivio per un'ipotesi revisionistica. In questa prospettiva, è stata formulata, dapprima in sede giurisprudenziale e quindi sulla scorta di ulteriori riflessioni di matrice dottrinale, la tesi per la quale la competenza in ordine ai provvedimenti relativi all'affidamento dei figli naturali sarebbe stata ad esito della novella trasferita al Tribunale ordinario e avrebbe dovuto essere accorpata al contenzioso di natura economica già in precedenza appannaggio di tale giudice.

Tale tesi si impernia sulla valorizzazione del nuovo **art. 155 c.c.**, che rappresenterebbe oggi l'unica norma regolatrice dell'affidamento e il cui regime (sostanziale e processuale), pur *in primis* dettato per la separazione, dovrebbe essere esteso in virtù del sopra ricordato art. 4, 2º co., l. n. 54/2006, anche ai procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio.

In particolare, il tenore della disposizione avrebbe di fatto assorbito, secondo i sostenitori di questa tesi, la sfera di applicazione dell'art. 317 *bis* c.c., abrogando per incompatibilità quest'ultima norma.

La concezione in esame è stata sostenuta con differenti sfumature, ritenendosi da parte di alcuni che l'art. 317 *bis* c.c. sia stato integralmente abrogato(6), mentre da parte di altri che la norma sia stata sostituita soltanto parzialmente(7), ma sicuramente agli effetti richiesti. In ogni caso, non essendo più operante l'art. 317 *bis* c.c., anche il richiamo contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c., e con esso la competenza del giudice minorile, sarebbero venuti a cadere(8).

Questa interpretazione non ha peraltro trovato unanimità di consensi, e ha anzi dato vita a una reazione di segno opposto, significativamente ancorata alla prospettiva interpretativa tradizionale. Altra parte della dottrina e diversi Tribunali (anche minorili) hanno infatti evidenziato l'incongruenza degli argomenti sui quali era fondata la tesi dell'attrazione della competenza al giudice ordinario (e in particolare la pretesa abrogazione dell'art. 317 *bis* c.c.), nonché, sotto il profilo sistematico, l'erroneità della tesi «innovatrice», precisando che l'estensione operata dalla nuova legge ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati avrebbe sul piano processuale un significato differente, più limitato e certamente non tale da modificare il regime delle competenze(9).

La legge sull'affidamento condiviso ha dato origine a contrasti in dottrina e giurisprudenza circa l'individuazione dell'autorità competente per i procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Alcuni commentatori e Tribunali hanno ritenuto che la competenza in materia fosse stata trasferita al giudice ordinario

(4) Sul regime previgente cfr. per tutti CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, II, Torino, 1994, 530 ss., 552 ss.; TOGNONI, *Bambini contesi e processo civile (i limiti dell'attuale normativa)*, in *Riv. dir. processuale*, 1999, 903 ss.

(5) Significative in questo senso sono state in particolare le due pronunce citate nella stessa ordinanza della Suprema Corte: **C. Cost., 5.2.1996, n. 23**, in *Famiglia e dir.*, 1996, 207 ss., con nota di FIGONE, *Sulla competenza a disporre in ordine al mantenimento dei figli naturali*; nonché **C. Cost., 13.5.1998, n. 166**, in *Giur. it.*, 1998, 1783, con nota di COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*; in *Giur. cost.*, 1998, 1419 ss.; in *Giust. civ.*, 1998, I, 1759 ss.; in *Famiglia e dir.*, 1998, 205 ss., con nota di CARBONE, *Il diritto dei figli naturali all'abitazione familiare non è condizionato dal riconoscimento della famiglia di fatto*.

Ma si confrontino in questo ambito anche C. Cost., 30.7.1980, n. 135, in *Foro it.*, 1980, I, 2961 ss.; in *Giust. civ.*, 1980, I, 2046 ss.; in *Dir. famiglia*, 1981, 5 ss.; C. Cost., 30.12.1997, n. 451, in *Famiglia e dir.*, 1998, 116 ss., con nota di TOMMASEO, *Mantenimento e affidamento dei figli naturali: ragionevole il riparto di competenze fra tribunale ordinario e minorile?*.

(6) Cfr. BUCCI, *Affidamento e potestà genitoriale: tra tribunale per i minori e tribunale ordinario, alla luce della Legge n. 54 del 2006*, in *www.csm.it*.

(7) In questo senso ad es. ZAMAGNI, VILLA, *Affido condiviso: quale competenza per i figli naturali*, in *www.minoriefamiglia.it* e in *www.unicost.it*; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 374; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. famiglia*, 2006, 1886 ss.; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1067.

(8) Questa tesi ha trovato diversi sostenitori, tra i quali v. ZAMAGNI, VILLA, *Affido condiviso: quale competenza per i figli naturali*, cit.; SALVANESCHI, *op. loc. cit.*, 373 ss.; LUPOI, *op. loc. cit.*, 1067 ss.; CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. di Merito*, speciale marzo 2006, 43; BRIZIARELLI, *Affidamento condiviso, le (acquisite) competenze del tribunale ordinario*, in *www.csm.it*. In giurisprudenza, si sono espressi in questo senso Trib. min. Milano, (decr.) 12.5.2006, in *Dir. e giustizia* 2006, 23, 43; e successivamente Trib min. Milano, (decr.) 20.6-8.8.2006, inedito.

(9) Anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 54/2006 hanno mantenuto l'impostazione tradizionale, ritenendo tuttora competente il giudice minorile, Trib. min. Trento, (decr.) 11.4.2006; Trib. min. Bologna, (decr.) 26.4.2006; Trib. Monza, 29.6.2006; Trib. Milano, 21.6.2006. In dottrina v. TOMMASEO, *Le disposizioni processuali della legge sull'affidamento condiviso (legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, in *www.csm.it*; ID., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 7; ID., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, cit., 390 ss.; DOSI, *L'affidamento condiviso*, in *www.minoriefamiglia.it*; SERVETTI, *Affido condiviso. Prime osservazioni e nodi problematici*, in *www.unicostmilano.it*; CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. mer.*, 2006, 566; PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli naturali*, in *www.minoriefamiglia.it* e in *www.unicost.it*; DE PASQUALE, *La riforma del processo di separazione e divorzio. Tutele sostanziali e processuali*, testo della Relazione tenuta a Pisa il 15.9.2006, che ho potuto consultare nella versione dattiloscritta grazie alla cortesia dell'A.; FACCHINI, *Quale competenza e quale rito per i figli naturali?*, in *www.minoriefamiglia.it*; DANOVI, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. processuale*, 2006, spec. 1011 ss.; ID., *I provvedimenti riguardan-*

4. La soluzione individuata dalla Suprema Corte e la perdurante competenza del giudice minorile. Il problema della riserva di legge sulle norme relative alla competenza

La Cassazione sposa la tesi «tradizionale», confermando la competenza del Trib. min.

Dalla contrapposizione delle due tesi è scaturito in sede giurisprudenziale il conflitto negativo di competenza riportato all'attenzione della Suprema Corte, la quale, con l'ordinanza in commento, accredita (del tutto correttamente) la tesi «tradizionale», confermando il perdurare della competenza del giudice minorile in materia di esercizio della potestà e affidamento dei figli nati fuori del matrimonio anche a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 54/2006.

Il primo (e di immediata evidenza) dato sul quale il provvedimento in esame focalizza l'attenzione consiste in ciò che nessuna abrogazione espressa dell'art. 317 *bis* c.c., né alcuna formale modifica dell'art. 38 disp. att. c.c. è intervenuta per effetto della novella.

Ciò nonostante, ad avviso della Corte si rende necessaria un'ulteriore verifica, in merito alla possibilità che la competenza del giudice minorile sia eventualmente venuta meno «per incompatibilità con la nuova disciplina dell'affidamento condiviso»(10).

Verifica della compatibilità di tale attribuzione di competenza alla luce di nuovi principi contenuti nella legge sull'affidamento condiviso

In proposito, pare ad avviso di chi scrive discutibile che una modifica della competenza possa verificarsi per effetto di un'abrogazione implicita delle norme di legge. Dal punto di vista della sistematica processuale, invero, i criteri attributivi di giurisdizione e competenza sono nel nostro sistema oggetto di stretta riserva di legge(11) e in questo senso la tesi «innovatrice», nella parte in cui pretendeva di apportare una modifica del regime delle competenze attraverso una asserita abrogazione implicita di un complesso di norme attributive di competenza risultava per ciò soltanto destituita di fondamento(12).

Né gli esempi riportati nell'ordinanza in commento, che hanno suggerito alla Suprema Corte la via di un'indagine più estesa, paiono particolarmente significativi, trattandosi in un caso di una fattispecie di competenza territoriale (in quanto tale dotata di minore valenza sistematica), nella quale oltre tutto è stato sottolineata la funzione svolta da una serie di ulteriori fori (nella prospettiva globale pertanto di una estensione dei criteri attributivi di competenza); nell'altro, di un'ipotesi di determinazione della competenza del giudice penale, in cui da un lato il presupposto della verifica operata dalla Cassazione consisteva nella necessità di scegliere «tra due interpretazioni in astratto possibili quella che fa escludere ogni dubbio di costituzionalità»(13) (situazione, questa, nella specie non ricorrente, atteso il sopra evidenziato vaglio più volte operato dalla Consulta circa il regime delle competenze sull'affidamento dei figli naturali), dall'altro si sottolineava la particolare valenza della pretesa punitiva dello Stato nonché la connessione con il regime sanzionatorio come valori tali da incidere sui criteri tradizionali sottesi alla materia.

Nel nostro caso, invece, non era certamente ipotizzabile che la formula ampia, generica e atecnica contenuta nell'art. 4, 2º co., l. n. 54/2006 potesse comportare, quale effetto indiretto, la soppressione di un criterio di competenza stabilito da norme di legge tuttora presenti nell'ordinamento e non esplicitamente abrogate.

Le considerazioni appena evidenziate devono ritenersi tanto più stringenti nella misura in cui la competenza, nei procedimenti di cui si discute, ha natura inderogabile, trattandosi di competenza per materia, ciò che ulteriormente rafforza la riserva di legge in questo ambito.

Inoltre, le fattispecie in esame sono caratterizzate anche da un elevato grado di indisponibilità delle situazioni soggettive coinvolte; indisponibilità non soltanto sostanziale, ma anche processuale, sempre potendo il giudice, nel superiore interesse del minore, provvedere in ordine all'affidamento in modo difforme da quanto richiesto dalle stesse parti (il tutto senza indugiare in ordine al ruolo del p.m., interventore necessario nei procedimenti in esame e ulteriormente comprovante il carattere metaindividuale dei diritti in contesa).

ti i figli nella crisi della famiglia. Profili processuali, in corso di pubblicazione in *Il diritto di famiglia* diretto da G. Bonilini, Torino, 2007.

(10) La Cassazione precisa al riguardo che un'eventuale modifica delle norme sulla competenza (pure ad avviso della stessa Corte di «stretta interpretazione»), possa ricavarsi «ancorché non espressamente formulata dal legislatore», «dall'interprete con gli ordinari strumenti ermeneutici».

(11) Analogamente, cfr. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, cit., 392; DE PASQUALE, *op. loc. cit.*, 6 ss.

(12) Ciò è stato riconosciuto anche da Trib. Monza, (decr.) 29.6.2006, cit. Senza contare che, percorrendo all'estremo tale tesi si sarebbe forse dovuto giungere alla conclusione di uniformare per tutti i procedimenti previsti dall'art. 4, 2º co., l. n. 54/2006 anche i criteri attributivi di giurisdizione, così come previsti per la separazione. Analogamente, infatti, anche la giurisdizione risulta diversamente regolata dalla l. n. 218/1995 per i casi di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio (art. 31) e per i casi di filiazione naturale (art. 37), ma è di tutta evidenza che queste norme non possano essere state toccate dalla nuova legge (ciò sarebbe illogico e addirittura in parte giuridicamente impossibile, presupponendo la norma richiami in quella sede non esistenti).

E lo stesso Reg. CE 2201/2003, il cui complessivo ambito di applicazione si estende a tutti i procedimenti e alle decisioni in materia di potestà e affidamento, indipendentemente dalla presenza di un nesso con un procedimento di separazione e divorzio, stabilisce criteri di competenza giurisdizionale autonomi rispettivamente per il divorzio, la separazione e l'annullamento del matrimonio (artt. 3-7) e per la responsabilità genitoriale (artt. 8-14), ma la nuova normativa interna non potrebbe certamente avere alcun effetto di uniformazione (e appiattimento) di tali criteri, avendo la disciplina comunitaria valore nella gerarchia delle fonti superiore rispetto a quello della legge che qui si commenta.

(13) Così **Cass. pen., sez. IV, 28.3.2006, n. 17003** richiamata dall'ordinanza in commento.

Per tutte queste ragioni, ammettere una modifica implicita del sistema delle competenze in questo ambito avrebbe rappresentato una violazione della garanzia contenuta nell'art. 25, 1º co., Cost., per la quale «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». In proposito, la terminologia recepita dalla nostra Carta fondamentale non sta soltanto a significare che l'individuazione del giudice deve sempre avvenire attraverso una formale indicazione di legge (ciò che rafforza la sopra descritta riserva operante in questo campo), potendo la formula prestarsi a ulteriori riflessioni, come è stato recentemente osservato, e acquistare significati più pregnanti, poiché nell'operare a garanzia del diritto di difesa essa viene in qualche modo a incidere sullo stesso potere del legislatore ordinario di fissare i criteri di giurisdizione e di competenza(14), confermando così l'imprescindibile esigenza di una specifica *voluntas legis* che rispetti i diritti delle parti nella determinazione degli stessi.

Così ragionando, la verifica operata nell'ordinanza in commento mantiene valenza non già quale indagine relativa all'accertamento di un'eventuale implicita modifica nel sistema delle competenze, quanto piuttosto quale generale controllo della conformità e della tenuta delle regole consacrate dal sistema alla luce della portata della nuova normativa.

5. Non intervenuta abrogazione, neppure tacita o parziale, dell'art. 317 *bis* c.c. Coordinamento della norma con il nuovo art. 155 c.c e perdurante vigenza del rinvio contenuto nell'art. 38, 1º co., disp. att. c.c.

In proposito, lo snodo di maggiore spessore sul quale si è correttamente focalizzata l'attenzione della Suprema Corte è rappresentato dal problema dell'impatto della novella sull'art. 317 *bis* c.c.

Detta norma non è stata sicuramente soppressa nella sua interezza, risultando *de plano* applicabile in primo luogo nelle ipotesi in cui il legame giuridico di filiazione intercorra tra il figlio e un solo genitore (che, unico, lo abbia riconosciuto). Per queste ipotesi l'art. 317 *bis* c.c. conserva sicuramente una propria ragion d'essere.

Ma non solo. Il nuovo art. 155 c.c. non si sovrappone all'art. 317 *bis* c.c. neppure nella regolamentazione delle ipotesi in cui la famiglia di fatto mantenga una sua coesione (indicata dalla norma *sub specie* della convivenza tra i genitori), poiché il nuovo impianto legislativo e l'adozione dei provvedimenti dallo stesso previsti individuano il loro presupposto nella «separazione» tra i genitori (come si evince dall'*incipit* dello stesso art. 155 c.c.)(15). L'applicazione della nuova disciplina ai rapporti tra genitori non coniugati e figli presuppone quindi da un lato la mancanza di coesione nella coppia genitoriale (dall'art. 317 *bis* c.c. intesa in termini di convivenza)(16), dall'altro, e come l'ordinanza in commento correttamente riconosce, che uno dei genitori adisca l'autorità giudiziaria per l'adozione dei necessari provvedimenti, in assenza di un accordo diretto raggiunto tra le parti.

In ogni caso, anche la limitata sovrapposizione tra l'art. 155 c.c. e l'art. 317 *bis* c.c. non comporta abrogazione, neppure tacita o parziale, di quest'ultima norma, che risulta unicamente in parte innovata nei suoi contenuti, e rimane lo «statuto normativo della potestà» del genitore naturale(17), oggi arricchito dei nuovi principi e regole fissati dalla l. n. 54/2006.

Così ragionando, il disposto dell'art. 38, 1º co., disp. att. c.c. deve ritenersi tuttora vigente, all'occorrenza ipotizzando che il richiamo in esso operato avvenga secondo una sorta di «doppio passaggio», contenendo un primo rimando all'art. 317 *bis* c.c. e un ulteriore rinvio *per relationem* alla nuova disciplina dell'art. 155 c.c., nella misura in cui l'autorità competente (il Tribunale per i minorenni) deve oggi pronunciarsi sull'affidamento dei figli di genitori non coniugati applicando i principi e le regole contenuti nella legge sull'affidamento condiviso(18).

Perdurante vigenza dell'art. 317 *bis* c.c. e conseguentemente del richiamo contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c.

6. Significato del richiamo contenuto nell'art. 4, 2º co., l. n. 54/2006. La nuova legge non modifica la struttura né il rito dei procedimenti relativi ai figli nati al di fuori del matrimonio

Sulla scorta di quanto sino ad ora evidenziato la Suprema Corte correttamente pone in luce il reale significato della nuova legge nel suo complesso e segnatamente della formula contenuta nell'**art. 4, 2º co., l. n. 54/2006**, laddove si richiamano i proce-

Ai procedimenti relativi alla prole naturale si estendono unicamente i principi e criteri della nuova legge. La struttura e il rito del procedimento rimangono invece invariati

(14) Sul tema, per un'ampia indagine sull'origine e sui precedenti storici, oltre che per completi riferimenti dottrinali, cfr. GHIRGA, *Riflessioni sul significato di* giudice naturale *nel processo civile*, in *Riv. dir. processuale*, 2002, 805 ss.

(15) Del resto anche i più lucidi sostenitori della tesi che intende trasferire la competenza in ordine a tutto il contenzioso familiare al Tribunale ordinario (ZAMAGNI, VILLA, *op. loc. cit.*, 1) riconoscono che l'art. 317 *bis* c.c. disciplina (in particolare nella prima parte della norma) una serie di situazioni che prescindono e precedono l'intervento dell'autorità giudiziaria.

(16) Cfr. DANOVI, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali*, cit., 1011. Si considerino, inoltre, i problemi che potrebbero derivare dalla norma (e le difficoltà di dimostrazione dell'interruzione della convivenza) per quelle ipotesi in cui l'*affectio* tra i due genitori sia venuta meno, ma entrambi continuino a vivere sotto lo stesso tetto, in attesa di una pronuncia da parte dell'autorità giudicante. Non a caso anche la già citata C. Cost., 13.5.1998, n. 166 aveva sottolineato la profonda diversità di regolamentazione intercorrente tra la cessazione della convivenza coniugale e la cessazione della convivenza di fatto.

(17) Sia consentito al riguardo ricordare come l'espressione, riportata nel principio di diritto formulato dalla Suprema Corte nell'ordinanza in commento era stata testualmente indicata da DANOVI, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali*, cit., 1012.

(18) Cfr. ancora DANOVI, *op. loc. cit.*, 1012.

dimenti relativi ai figli naturali, e ciò in una prospettiva nettamente differente rispetto a quella attribuita dai sostenitori della tesi dell'attrazione della competenza al giudice ordinario.

Deve infatti ritenersi che la l. n. 54/2006 abbia inteso estendere ai procedimenti relativi alla crisi della famiglia di fatto unicamente i nuovi principi, criteri e regole sull'affidamento dei minori nella separazione, senza modificarne la struttura globale, né tanto meno i presupposti processuali(19).

Analogamente, per quanto riguarda il rito applicabile ai procedimenti in esame, non può essere accolta la tesi (pure suggerita da parte della dottrina) volta alla applicazione delle norme speciali previste per il giudizio di separazione (artt. 706 ss. c.p.c.)(20).

La legge sull'affidamento condiviso estende invero il proprio ambito di applicazione alla filiazione fuori dal matrimonio unicamente per quanto attiene alla disciplina sostanziale (dettando regole per l'affidamento e per il contributo al mantenimento), nonché, in ambito processuale, per l'individuazione dei relativi criteri determinativi e per i connessi poteri del giudice (ascolto del minore, poteri istruttori), ma non ha certamente modificato la scansione dell'*ordo iudicii,* non avendo in alcun modo creato un «rito uniforme» per tutti i procedimenti relativi all'affidamento dei figli minori(21).

In questo senso deve pertanto pienamente condividersi la soluzione adottata dalla Suprema Corte nel continuare a considerare i procedimenti in materia di affidamento dei figli naturali regolati dalle forme camerali di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., e nel non considerare applicabili ulteriori norme di carattere processuale, come ad esempio il nuovo reclamo *ex* art. 708, 4º co., c.p.c., dettate unicamente per i procedimenti di separazione e divorzio.

Il rapporto intercorrente tra provvedimenti sull'affidamento e misure di carattere economico: autonomia, connessione oggettiva ovvero inscindibilità?

7. Competenza del giudice minorile a emanare anche i provvedimenti relativi al mantenimento, laddove «contestuali», sulla base del nesso di inscindibilità intercorrente tra i relativi provvedimenti, nonché dell'imprescindibile esigenza di una concentrazione delle tutele. Riflessioni critiche e nodi insoluti

Così risolto il preliminare (e fondamentale) quesito circa l'autorità competente a pronunciarsi sull'esercizio della potestà e sull'affidamento, l'ordinanza in commento affronta poi l'ulteriore aspetto dell'individuazione della competenza in tema di mantenimento e provvedimenti di carattere economico.

La conclusione alla quale la Corte perviene è che in questo campo sia invece avvenuta una variazione rispetto al passato, dovendosi ritenere che per effetto della l. n. 54/2006 il giudice minorile sia divenuto competente anche in relazione ai provvedimenti economici.

La soluzione prescelta poggia su un argomento testuale nonché su considerazioni di ordine sistematico.

Sotto il primo profilo, pressoché tutti i commentatori (sia coloro che intendevano mantenere la competenza al Trib. min. sia i sostenitori della tesi sconfessata dalla Cassazione della «nuova» competenza del giudice ordinario) avevano coralmente sostenuto che la nuova legge avrebbe imposto un'unificazione delle competenze, da un lato nella parte in cui prevede che il giudice, oltre a disporre sull'affidamento, fissi «altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli», dall'altro in forza dell'ulteriore disposizione che prevede che «dell'assegnazione – della casa familiare – il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori». Di qui l'idea – condivisa anche dalla Corte – che il nuovo art. 155 c.c. imponga una decisione unica e contestuale (da parte dello stesso organo giudicante) su tutti gli aspetti relativi ai minori.

Dal secondo punto di vista, si afferma nell'ordinanza in commento che le misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento dei figli minori, da un lato, e quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, così come individuate e disciplinate dai novellati artt. 155 ss. c.c. presenterebbero un nesso di inscindibilità e presupporrebbero pertanto una contestualità nell'adozione dei relativi provvedimenti. Deporrebbero inoltre in tal senso l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati ovvero

(19) In proposito era stato del resto già all'indomani della legge correttamente rilevato che «la legge non prevede un'estensione delle "regole processuali" circa la separazione alla crisi della coppia di fatto ma ha inteso estendere le nuove regole essenzialmente per quanto attiene agli "effetti"» (TOMMASEO, *Le disposizioni processuali*, cit.). Del resto, se così non fosse, anche ulteriori fattispecie normative (si pensi ad es. all'art. 252 c.c.) avrebbero finito per essere attratte nella competenza del Tribunale ordinario, ciò che all'evidenza non poteva essere stato inteso dal legislatore della riforma.

(20) Così come propendevano ZAMAGNI, VILLA, *op. loc. cit.*, 4; SALVANESCHI, *op. loc. cit.*, 373 ss.; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006*, cit., 1891.

(21) L'adesione alla teoria opposta avrebbe per coerenza altresì richiesto che il rito della separazione fosse esteso a tutti i giudizi richiamati dalla formula dell'art. 4, 2º co., l. n. 54/2006, come i giudizi di nullità del matrimonio (che invece sono da sempre retti dalle forme ordinarie di cognizione e nei quali sono assenti i caratteri di specialità propri della separazione e del divorzio), e soprattutto allo stesso giudizio di divorzio. L'assurdità di questa soluzione, che avrebbe di fatto vanificato (in via indiretta e addirittura quasi implicitamente) il significato di un'importante e organica riforma, posta in essere pochi mesi prima e nelle intenzioni del legislatore a tal punto «autonoma» da essere entrata in vigore addirittura dopo la promulgazione della legge sull'affidamento condiviso, era stata quindi puntualmente segnalata (cfr. DANOVI, *op. loc. cit.*, 1013-1014; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., 1068-1069).

da genitori non coniugati, nonché la necessità di preservare il principio di concentrazione delle tutele, componente essenziale del canone della ragionevole durata del processo.

Le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte, per quanto volte in una direzione sicuramente meritevole di apprezzamento e sostenuta con sempre maggiore vigore (quella dell'opportunità di una concentrazione delle tutele giudiziarie riguardanti il minore in capo a un unico organo specializzato), lasciano tuttavia ad avviso di chi scrive sul piano del diritto positivo vigente non pochi dubbi irrisolti.

Nessuno dubita in altri termini che le esigenze rappresentate siano altamente condivisibili in una prospettiva *de iure condendo*, ma non pare che le stesse ancora conducano necessariamente alla conclusione accolta.

Al riguardo, e in primo luogo, l'argomento testuale non si dimostra ancora decisivo nel senso invocato. L'avverbio «altresì» contenuto nell'art. 155 c.c.(22) non pare invero realmente dotato di una valenza necessariamente «aggregativa», ben potendo continuare a rappresentare il generale dovere dell'autorità giudiziaria (*lato sensu* intesa) di pronunciarsi su tutti gli aspetti relativi al minore, senza per questo esprimersi in merito all'individuazione in concreto del giudice al quale fare riferimento. Anche perché, a voler sostenere con rigore tale interpretazione, si dovrebbe necessariamente qualificare come sintomatica di una necessaria contestualità anche la chiusa finale del 2º co. dell'art. 155 c.c., per la quale il giudice «adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole», mentre è assolutamente evidente che determinati provvedimenti (ad esempio, le misure limitative o ablative della potestà genitoriale) rimangano comunque di competenza del giudice minorile anche quando affidamento e mantenimento siano trattati dal giudice ordinario (come avviene in separazione e divorzio)(23).

Analogamente, l'ulteriore disposizione invocata (sulla assegnazione della casa familiare) non pone alcun problema reale anche ove si mantenga la prospettiva tradizionale. La decisione sull'assegnazione della casa familiare e quella sul mantenimento possono infatti essere congiuntamente assunte dal Tribunale ordinario, e anche ove in ipotesi l'abitazione familiare dovesse risultare assegnata dal Tribunale per i minorenni, nulla vieterebbe al Tribunale ordinario di tenerne conto nella determinazione del contributo al mantenimento.

In definitiva, dunque, malgrado la contestualità tra i provvedimenti sull'affidamento e quelli economici sia sicuramente auspicabile *de iure condendo* e anzi andrebbe coltivata nella prospettiva di una immediata riforma, non ritengo che la stessa possa ancora evincersi dal tenore attuale della legge in termini di imprescindibile necessità.

Analogamente, le argomentazioni addotte sotto il profilo sistematico non fugano interamente le perplessità che la soluzione indicata solleva.

In particolare, il principio al quale la Corte si ispira è quello della «inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento» e della conseguente fisiologica contestualità tra i relativi provvedimenti.

A questo proposito, peraltro, il professato nesso di inscindibilità non pare trovare un incontrovertibile riscontro nel sistema generale, e neppure nella legge sull'affidamento condiviso.

Non necessaria unificazione delle competenze anche a seguito della nuova legge

Osta infatti da un lato all'individuazione di tale nesso la considerazione che gli elementi identificativi delle rispettive domande sono autonomi e differenziati (e neppure possono essere configurati in termini di incompatibilità); dall'altro, l'esistenza di una serie di variabili che escludono un legame indissolubile tra provvedimenti sull'affidamento e provvedimenti sul mantenimento.

In questo senso, il nesso di inscindibilità e la correlata pretesa contestualità non possono essere rapportati unicamente alle domande avanzate dalle parti, poiché non si può certamente escludere che una parte intenda formulare richiesta unicamente in ordine alla determinazione dell'affidamento ovvero, specularmente, per la determinazione o revisione del tema economico (in aumento o diminuzione). Così ragionando, l'adesione alla interpretazione prescelta dalla Cassazione comporterebbe l'introduzione nel sistema di un criterio di competenza «binario» (o «bipartito») a seconda che le domande sul mantenimento vengano svolte insieme a quelle sul mantenimento ovvero ancora in via autonoma; ma non è chi non veda come la configurazione in questi casi di una competenza *secundum instantiam* (*id est,* differenziata a seconda che la domanda riguardi il solo tema economico ovvero anche quello sull'affidamento) risulti, oltre che difficilmente sostenibile da un punto di vista sistematico, potenzialmente pericolosa(24).

E che dire poi delle ipotesi in cui vi siano più fratelli, dei quali uno o alcuni ormai maggiori di età? Si

(22) Anche prescindendo dalla considerazione che il nuovo art. 155 c.c. è sotto questo aspetto all'evidenza mal formulato (essendo i profili relativi al mantenimento disciplinati nel dettaglio dal successivo art. 155 *bis* c.c., e a voler leggere le due norme come necessariamente collegate e la prima come comprensiva anche del tema patrimoniale, vi sarebbe tra le stesse mancanza di consonanza in relazione al profilo del valore degli accordi assunti dai genitori).

(23) E analogamente ancora, la non perfetta tenuta della soluzione prospettata consiste nella necessaria conservazione di una competenza residuale del Tribunale minorile in ordine all'adozione di giustificati provvedimenti d'urgenza, ai sensi dell'art. 333 c.c.

(24) Si pensi esemplificativamente all'ipotesi in cui il genitore con il quale il figlio minore convive intenda richiedere unicamente una modifica dell'assegno (ad esempio un aumento del

dovrebbe imporre l'attrazione dei provvedimenti sul mantenimento dei minori al giudice specializzato, mentre i medesimi provvedimenti per i figli maggiorenni rimarrebbero di competenza del giudice ordinario, sacrificando dunque nel nome di una professata contestualità tra mantenimento e affidamento del minore le esigenze di un uniforme trattamento dei figli di una stessa famiglia.

Quanto poi all'intento di evitare un trattamento diseguale per i figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quelli nati al suo interno, i rischi derivanti dalla soluzione individuata dalla Corte sono forse superiori rispetto alla situazione attuale. Ed invero, se da un lato e per quanto detto dovrebbe addirittura ritenersi che in relazione ai figli naturali la competenza vari a seconda della domanda proposta (spettando al giudice minorile unicamente laddove contestuale a misure sull'affidamento, ma diversamente rimanendo in capo al giudice ordinario), dall'altro le differenze comunque sussistenti tanto in relazione all'organo competente che al modello processuale (dovendo applicarsi soltanto avanti al giudice specializzato il rito camerale, con tutte le ricadute cui nella prassi si assiste, ad esempio in tema di istruttoria[25], a dispetto del complesso di garanzie che pure ormai da tempo si professa dover essere rispettato nei giudizi in camera di consiglio)[26] manterrebbero una significativa difformità rispetto ai processi deputati ai figli di genitori coniugati (avanti al giudice ordinario e con un procedimento speciale ma pur sempre modellato sull'archetipo del processo civile di cognizione).

Il valore del principio di concentrazione delle tutele

8. Conclusioni

La disciplina da applicare ai giudizi pendenti

In definitiva, se la soluzione accolta dalla Suprema Corte in merito all'affidamento è sicuramente conforme al sistema vigente, la proposta attrazione al giudice minorile della competenza a emanare i provvedimenti di natura economica pare rispondere più a valutazioni di natura culturale e istanze di politica legislativa che ad una corretta analisi del complesso di norme presente nel sistema.

Inoltre l'innovazione suggerita ingenera problematiche anche sotto il profilo di diritto intertemporale, in relazione ai procedimenti introdotti anteriormente all'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso. Ed invero, poiché l'art. 4, 1º co., l. n. 54/2006[27] consente l'applicazione delle nuove regole anche a rapporti già definiti[28], deve ritenersi *a fortiori* che le stesse si applichino, successivamente alla loro entrata in vigore, anche ai giudizi pendenti[29], indipendentemente dalla data di instaurazione del procedimento e dal momento in cui la litispendenza (*lato sensu* intesa) si sia verificata. Il legislatore ha in sostanza precisato di voler consentire l'applicazione del nuovo sistema a tutti i rapporti familiari, indipendentemente dallo stato della controversia o del giudizio.

Se così fosse, tuttavia, si creerebbe un'ulteriore disarticolazione tra diritto e processo nella misura in cui proprio la pretesa innovazione evidenziata dalla Suprema Corte finirebbe per confliggere con i principi generali del sistema, atteso che la regola della *perpetuatio iurisdictionis* (consacrata, come noto, nell'art. 5 c.p.c. anche in relazione alla competenza) esclude che eventuali modifiche legislative possano determinare un mutamento nella determinazione dei criteri di competenza.

Infine, in relazione al profilo della concentrazione delle tutele sottolineato dall'ordinanza in commento, siccome aspetto centrale della ragionevole durata del processo, non può non sottolinearsi l'innegabile valore programmatico di tale principio, ma è altresì evidente come lo stesso non sia tale da giungere a «forzare» (né tanto meno a «superare») le norme attributive di competenza tuttora presenti nel sistema e con questo compatibili.

L'interpretazione offerta dalla Suprema Corte per le misure economiche si dimostra invece scarsamente coerente con quanto sostenuto in relazione alla ma-

contributo), e si rivolga a tal fine ancora al Tribunale ordinario; l'altro genitore, instaurando una controversia in relazione all'affidamento potrebbe portare avanti al giudice minorile anche il tema economico, specularmene richiedendo una contestuale diminuzione dell'assegno. Ove in tal caso dovesse configurarsi continenza tra i rispettivi *themata decidenda* dei due processi la causa dovrebbe essere attratta al giudice minorile; diversamente ragionando, il giudice minorile potrebbe invece scorporare le domande e rimettere la causa sul mantenimento al giudice ordinario preventivamente adito. Le difficoltà di coordinamento sarebbero in ogni caso innegabili e la tenuta del sistema ne risulterebbe fortemente compromessa.

(25) Mi riferisco alla discutibile prassi adottata da alcuni Tribunali per i minorenni di far tenere le udienze istruttorie direttamente al solo componente onorario del collegio.

(26) Analoghe ansie sono manifestate da GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006*, cit., 1891.

(27) Per il quale «nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'art. 710 c.p.c. o dall'art. 9, l. 1 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge».

(28) La norma ha invero intrinseca natura retroattiva, e, in base ai principi generali, nelle ipotesi in cui lo *ius superveniens* dotato di tale valenza entri in contrasto con un giudicato che esplichi i suoi effetti in modo permanente (*id est*, su situazioni di durata, come sono pacificamente quelle in esame), la parte interessata deve considerarsi abilitata a rimettere in discussione i risultati pure in precedenza acquisiti (cfr. per tutti CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 273 ss., spec. 281 ss.; nonché, in termini maggiormente sintetici ma non per questo meno efficaci, LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2000, 175). Ciò tanto più in considerazione del carattere di indisponibilità sotteso alle situazioni sostanziali in esame, per le quali dunque superiore è l'interesse pubblico che può indurre il legislatore a consentire che siano rimessi in discussione il valore e l'essenza autoritativa propri della cosa giudicata (CAPONI, *op. loc. cit.*, 378 ss.).

(29) In senso conforme BUCCI, in *Le nuove riforme del processo civile*, a cura di Bucci, Soldi, Padova, 2006, 151; TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 296; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., 1064 ss.

teria dell'affidamento in quanto, dopo avere (correttamente) negato alla nuova legge nel suo complesso l'intento di incidere sul sistema delle competenze e all'art. 155 c.c. il significato di norma sulla competenza, la Cassazione di fatto finisce per configurare quest'ultima disposizione come attributiva (*a contrario*) di una nuova competenza per il giudice minorile, oltre tutto nella perdurante vigenza dell'art. 148 c.c. (che continua a sua volta a non essere richiamato dall'inalterato art. 38, 1º co., disp. att. c.c.).

Concludendo, in un panorama normativo sempre più frastagliato e disarticolato l'ordinanza della Suprema Corte ha ristabilito una fondamentale certezza ma ha al contempo ingenerato nuove ombre, lasciandoci ancora in attesa delle luci di una riforma organica e meditata, in grado di regolamentare le specificità della materia sul piano non soltanto sostanziale ma anche delle tecniche di tutela, nel rispetto delle garanzie fondamentali del «giusto processo» che alle parti competono. ■