

I PROCEDIMENTI CAMERALI IN MATERIA FAMILIARE E DI PROTEZIONE DEGLI INCAPACI

Relatore:

dott.ssa Maria Giuliana CIVININI
giudice del Tribunale di Pistoia

Sommario: 1. Premessa – 2. Ricognizione dei procedimenti camerali in materia di famiglia e di protezione degli incapaci – 3. Alcune questioni particolari in tema di competenza – 3.1. La ripartizione della competenza a provvedere in ordine alla prole fra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni – 3.2. La competenza a modificare i provvedimenti relativi all'affidamento della prole. In particolare: la giurisprudenza meno recente – 3.2.1. Segue. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1983, n. 1552 – 3.2.2. Segue. La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite – 3.2.3. Segue. I problemi tuttora aperti e le possibili soluzioni – 3.2.3.1. Segue. In particolare: le residue competenze del Tribunale per i minorenni.

1. Premessa.

Nella materia familiare e della protezione degli incapaci l'intervento giurisdizionale è attuato sovente nelle forme di rito camerale, evidentemente ritenuto dal legislatore il più idoneo a garantire l'attuazione di situazioni soggettive caratterizzate a livello di diritto sostanziale da una forte connotazione pubblicistica. Il procedimento in camera di consiglio, infatti, per le sue caratteristiche di semplicità e celerità e per l'ampiezza dei poteri attribuiti al giudice, soddisfa l'esigenza di pervenire in tempi rapidi alla regolamentazione e tutela di situazioni in cui preminente appare l'interesse della "società familiare", di minori e di incapaci.

Deve, peraltro, notarsi come – al di là della comune connotazione di involgere interessi superindividuali – nell'ampio settore in esame si rinvengono procedimenti caratterizzati da rilevanti differenze di oggetto; accanto a procedimenti attraverso i quali si attua la mera cura di interessi (1) vi sono, infatti, procedimenti in cui sono dedotte situazioni di diritto soggettivo (2) e procedimenti in cui, pur attuandosi in via preminente la cura e la tutela di situazioni di interesse, risultano pesantemente coinvolti e incisi diritti soggettivi (3). Così accanto a procedimenti tradizionalmente assegnati all'"area delle funzioni giurisdizionali non necessarie, della gestione di interessi rimessa al giudice, della giurisdizione non contenziosa o volontaria" (4) troviamo procedimenti ascrivibili per oggetto all'area della giurisdizione costituzionalmente necessaria (5) e procedimenti che, attuando al contempo la gestione di interessi e la tutela di diritti o tutelando interessi superindividuali e incidendo con temporaneamente su diritti soggettivi, appartengono a quella sfera di giurisdizione per la quale Montesano propone la qualifica di "oggettiva" (6).

La particolarità dell'oggetto posta in evidenza rende conto della necessità di discernere all'interno della varia congerie di procedimenti assoggettati dal legislatore al rito camerale le varie tipologie di fattispecie, essendo assai rilevanti le differenziazioni di disciplina che le diversità dell'oggetto inducono, soprattutto con riguardo al regime di stabilità del provvedimento (7). È noto, infatti, che, se l'utilizzo del rito camerale (caratterizzato sul piano della struttura dai seguenti elementi: introduzione con ricorso, trattazione collegiale, rimessione al potere discrezionale del giudice della determinazione di tempi e modi del procedimento, attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori officiosi, decisione con decreto reclamabile innanzi al giudice superiore e sempre revocabile (8) non

pone particolari problemi allorquando oggetto del procedimento sia la mera attuazione di interessi dal legislatore devoluta alla cura del giudice sulla base di una scelta discrezionale, potendo formularsi un giudizio di adeguatezza del procedimento con riferimento al tipo di situazione sostanziale nel medesimo dedotta (9), l'utilizzo dello schema camerale per la tutela dei diritti soggettivi e degli status pone delicati problemi, quali: la possibilità – alla luce delle norme costituzionali sul dovuto processo legale – che la tutela giurisdizionale dei diritti si attui nelle forme del rito camerale; la sussistenza di una correlazione necessaria tra processo su diritti e garanzia del giudicato; la possibilità che passando per forme diverse da quelle del processo ordinario di cognizione, ed in particolare sommarie, si pervenga alla formazione di una decisione che abbia l'efficacia propria del giudicato; la sussistenza di un nesso inscindibile tra giudicato formale e giudicato sostanziale (10). Rinviano alle specifiche trattazioni in materia, ci si limita qui a ricordare per sommi capi quelle che sono state le principali vicende che hanno caratterizzato questo settore dell'ordinamento:

- nel sistema originario del codice si aveva una tendenziale coincidenza tra rito camerale e tutela giurisdizionale di interessi (con scarse ed eccezionali deviazioni, quali il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocati e procuratori);

- tale quadro entra in crisi in concomitanza con l'espansione applicativa del procedimento camerale seguita all'introduzione dell'art. 742 bis c.p.c. (aggiunto dall'art. 51 l. n. 581/1950) – norma che ha consentito l'applicazione delle norme comuni di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. a tutte le ipotesi in cui la specifica disciplina contenesse un richiamo esplicito o implicito alla “camera di consiglio” – e con l'attuazione di interventi legislativi “a pioggia” che, nel disciplinare nuovi procedimenti (sovente in materia di diritti soggettivi) hanno espressamente richiamato tutte o alcune delle norme comuni ai procedimenti in camera di consiglio o hanno dettato un procedimento in gran parte ricalcato sulle medesime;

- la S.C. di Cassazione ha affermato, con orientamento granitico e ormai quarantennale, inaugurato a partire dalla sentenza emanata a Sezioni Unite 30-7-1953, n. 2593 (in F.I., 1953, I, 1249 e in G.I., 1954, I, 1, 453), la ricorribilità per Cassazione ai sensi dell'art. 111, 2° comma Cost. dei provvedimenti emanati all'esito di procedimenti camerale decisori su diritti e definitivi (11) il che ha costituito al contempo causa ed effetto di una serie di fenomeni, quali: a) il proliferare del ricorso all'impugnativa in questione nei casi più disparati, con conseguente allargamento dell'ambito di applicazione del precetto costituzionale; b) l'ampliamento della casistica e lo svilupparsi di una teorica sulla medesima hanno indotto il legislatore ad avvallare l'indicato orientamento disciplinando provvedimenti camerale espressamente dichiarati ricorribili per Cassazione per violazione di legge (v. artt. 17 e 26 l. adozione: 5, 4° comma l. n. 117/1988; 6, 5° comma l. n. 217/1990), il che legittima una sempre maggiore espansione della giurisprudenza; c) il diritto vivente creato in via nomofilattica ha ricevuto l'autorevole riconoscimento della Corte Costituzionale che, almeno in due pronunce, ha utilizzato il richiamo alla ricorribilità per cassazione ex art. 111, 2° comma Cost. per argomentare la legittimità costituzionale di procedimenti camerale su diritti (12); d) la dottrina si è posta in posizione fortemente critica rispetto a tali scelte (13), che implicano una rottura della relazione, ritenuta necessaria, tra tutela giurisdizionale dei diritti e processo ordinario di cognizione, per quanto – a fronte della giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale – siano sempre più diffuse le interpretazioni “realistiche” e “costituzionalizzatrici” mediante innesto nel procedimento camerale di correttivi attraverso i quali attuare il contraddittorio ed il diritto di difesa (14); le posizioni dei principali Autori in merito possono così riassumersi:

- Cerino Canova (15): l'A. nega l'ammissibilità costituzionale di un giudizio su diritti nelle forme camerale; infatti dalla previsione nell'art. 739 c.p.c. di un “solo atrofizzato mezzo di controllo” discendono: l'inapplicabilità dell'art. 324 c.p.c., l'irrealizzabilità della cosa giudicata formale e quindi il dispiegarsi della cosa giudicata sostanziale ex art. 2909 c.c.; l'inapplicabilità dell'art. 161, 2° comma c.p.c., essendo il giudicato a rendere irrilevanti i vizi dei provvedimenti; da tali caratteri

uniti all'instabilità dei decreti e della loro efficacia (ex art. 742 c.p.c.) deriva l'inammissibilità della cameralizzazione del giudizio su diritti, che produrrebbe uno svuotamento del diritto soggettivo, una caducità del bene giuridico riconosciuto sul piano sostanziale, rilevandosi altresì che le forme essenziali della tutela giurisdizionale non possono ridursi al ricorso per Cassazione – che pure garantisce l'autorità del giudicato e l'assorbimento dei vizi –, dovendo darsi piena attuazione al principio della domanda ed ai poteri allegativi, probatori e di impulso delle parti; l'A. ritiene pertanto che, allorquando il legislatore rinvia alle norme sui procedimenti camerali in materia di diritti e status, il rinvio debba intendersi riferito esclusivamente alle regole di “dinamica procedimentale” – forma di ricorso, trattazione collegiale – e non anche a quelle sul contraddittorio e sui rimedi;

– Lanfranchi (16): rileva che qualificare sentenze sostanziali ricorribili per cassazione i provvedimenti camerali implica la privazione dei titolari di diritti di buona parte delle garanzie del dovuto processo legale e soprattutto dell'istruttoria tipica e contraddittoria e della pluralità dei gradi di giudizio; nega, peraltro, che nel diritto positivo siano ravvisabili esempi di procedimenti camerali nei quali si attua effettivamente un diritto soggettivo e critica l'orientamento giurisprudenziale esposto; con riferimento alle ipotesi di più recente creazione legislativa, afferma la necessità di desommarizzare il procedimento, di utilizzare gli spazi lasciati dal legislatore, all'appellabilità ordinaria, di negare, quando ciò non sia possibile, l'attitudine al giudicato;

– Montesano (17): l'A. ritiene che le norme costituzionali garantiscano l'attuazione della tutela giurisdizionale dei diritti nelle forme del processo ordinario di cognizione, salva l'inammissibilità di forme di tutela differenziate e di tutele sommarie che non precludano alle parti la successiva instaurazione del processo ordinario; su tale premessa si afferma che il giudizio camerale non consuma il diritto d'azione e che è sempre possibile promuovere un successivo processo a cognizione piena sulla materia che ha già costituito oggetto della cognizione camerale; con riferimento alle fattispecie in cui sono dedotti diritti che si collocano in settori a rilevanza pubblicistica (ad es.: in materia di famiglia) si accoglie negli iscritti più recenti la soluzione di “qualificare sentenza sostanziale il provvedimento finale”, tenuto conto delle peculiarità della situazione sostanziale e prendendo atto che questa è la soluzione voluta dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, e si afferma la necessità di un “innesto costituzionalizzatore” sul procedimento;

– Proto Pisani (18): l'A. afferma la “regola secondo cui la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status si realizza attraverso processi a cognizione piena destinati a concludersi con sentenze... aventi attitudine al giudicato” e l'ammissibilità dell'attuazione della giurisdizione contenziosa attraverso procedimenti “sommari – semplificati – esecutivi”, destinati a concludersi con provvedimenti provvisti di efficacia esecutiva ma privi dell'efficacia preclusiva del giudicato, di modo che sia sempre possibile sulla stessa materia provocare un accertamento nelle forme del processo ordinario di cognizione; lo schema camerale – per i suoi caratteri radicalmente diverso dai modelli di processo a cognizione piena – è assolutamente inidoneo ad attuare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status mentre sono inaccettabili i “tentativi di restauro” del procedimento mediante interventi tendenti a garantire il contraddittorio, il normale esercizio del diritto alla prova, la condanna alle spese, il giudicato tramite il ricorso per Cassazione ex art. 111, 2° comma Cost.; ritiene l'A. che nei casi in cui sono dedotti nel procedimento camerale diritti e status si è in presenza di procedimenti sommari – semplificati – esecutivi, quindi non preclusivi del successivo procedimento a cognizione piena, mentre nelle ipotesi non riconducibili a tale schema (artt. 274, 250, 288 c.c., 713 e 721 c.p.c., 5 l. 117/1988, provv. del giudice delegato) si è di fronte ad un'assoluta carenza di garanzie difficilmente superabili con gli strumenti a disposizione dell'interprete (19).;

– Maltese (20): l'A. ammette un prudente impiego del modello camerale per la rapida trattazione di alcuni tipi di controversie in materia di diritti soggettivi, purché ciò avvenga nel rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio;

– Denti (21), che afferma, alla luce della giurisprudenza della Corte Cost. e della Corte Cass., la legittimità costituzionale della scelta legislativa del rito camerale per la tutela di diritti soggettivi, rilevando l'esigenza di adeguare il processo camerale alle regole costituzionali, supplendo alle carenze di rimedi ordinari per taluni provvedimenti decisori con l'appello atipico atto a garantire un grado a cognizione piena.

Sulla base di tali premesse appare senz'altro utile il procedere ad una ricognizione dell'ambito di applicazione del rito camerale in materia di famiglia e di protezione degli incapaci che, fondandosi sul criterio classificatorio dell'oggetto del procedimento, consenta una immediata individuazione delle questioni che il singolo procedimento pone.

Come si vedrà, nella materia familiare l'intervento giurisdizionale (lo si è detto più volte: sia nel campo degli interessi che nel campo dei diritti e degli status è assai frequente; può anzi affermarsi che tale intervento – si sostanzia esso in un controllo, in una limitazione dei poteri dei soggetti privati, in un intervento sostitutivo nei rapporti tra coniugi o con la prole, in una integrazione della capacità dei minori e degli incapaci o dei loro rappresentanti – accompagna (in modo necessario o virtuale) ogni momento della vita della "società familiare".

Quella ricognizione dei procedimenti può allora rivelare una utilità ulteriore: quella di avviare una riflessione su quali, tra i molti disciplinati, siano i casi in cui l'intervento del giudice è realmente necessario, in un'ottica tesa a ridisegnare, de iure condendo i compiti del giudice civile.

2. Ricognizione dei procedimenti camerali in materia di famiglia e di protezione degli incapaci.

Adottando come criterio classificatorio quello già indicato dell'oggetto ed utilizzando le fondamentali distinzioni tra procedimenti che attuano la cura di interessi e procedimenti che attuano la tutela di diritti e status e tra procedimenti unilaterali e procedimenti bi- e plurilaterali (22), il quadro dei procedimenti camerali in materia familiare di protezione degli incapaci può schematizzarsi come segue:

A) procedimenti in cui si attua la gestione di interessi:

aa) autorizzazioni concesse a rappresentanti di minori, incapaci e gruppi:

– autorizzazioni a compiere atti negoziali: provvedimenti in materia di potestà: artt. 320, 321 c.c.; provvedimenti in materia di tutela e curatela: 371, 372, 374, 375, 394, 395, 397, 424 c.c.;

– autorizzazioni a stare in giudizio: artt. 273, 320, 374 c.c.;

– autorizzazioni che intervengono in situazioni di conflitto d'interesse: art. 181 c.c. (autorizzazione a ognuno dei coniugi a compiere atti di straordinaria amministrazione);

ab) nomine:

1) procedimenti unilaterali:

– provvedimenti che integrano indirettamente un presupposto di una fattispecie negoziale: artt. 166 (nomina di un curatore speciale per assistere l'inabilitato per stipulare convenzioni matrimoniali o per fare donazioni nel contratto di matrimonio), 346 (nomina del tutore e protutore al minore), 424 c.c. (nomina del tutore e del curatore all'interdetto e all'inabilitato);

– provvedimenti di nomina di curatori con funzioni di rappresentanza in giudizio: artt. 247, 248, 264, 274, 279 c.c., 17 l. adozione.

2) procedimenti bi- e plurilaterali:

– art. 334 c.c.: nomina di un curatore al minore in cui genitori sono stati rimossi dall'amministrazione;

– nomina di un curatore speciale ad incapaci in conflitto di interessi con i loro rappresentanti o con altri incapaci rappresentati dalla stessa persona: artt. 320, ult. comma, 321, 347, 360, 394, 395, 424 c.c..

ac) revocche e rimozioni di rappresentanti:

– art. 183 c.c.: esclusione dall'amministrazione della comunione legale di uno dei coniugi.

ad) procedimenti in materia familiare:

1) provvedimenti aventi contenuto di mero “suggerimento”:

– art. 145 c.c.: intervento del giudice per il raggiungimento di “soluzioni concordate” ai problemi familiari;

– art. 316, 3° comma e 5° comma 1ª parte c.c.: impartizione di suggerimenti.

2) provvedimenti attraverso i quali si integra la capacità del minore:

– art. 84 c.c.: ammissione al matrimonio dell’ultrasedicenne;

– art. 262, ult. comma c.c.: assunzione del cognome dal parte del figlio naturale;

– artt. 264 c.c. e 74 l. adozione: autorizzazione ad impugnare il riconoscimento;

– art. 3, l. n. 1185/1967: autorizzazione al rilascio del passaporto;

– art. 12, l. n. 22–5-1978, n. 194: autorizzazione della minore a decidere sulla interruzione volontaria della gravidanza.

3) provvedimenti ablativi e modificativi della potestà genitoriale:

– artt. 330-336 c.c.: decadenza, provvedimenti opportuni, rimozione dall’amministrazione;

– art. 317-bis c.c.: esercizio della potestà sui figli naturali;

– art. 252 c.c.: inserimento nella famiglia legittima del figlio adulterino;

– art. 316, ult. comma, 2ª parte c.c.: attribuzione del potere di decidere ad uno dei genitori;

– artt. 4 e 5, l. 4-5-1983, n. 184: affidamento familiare o temporaneo;

– artt. 10, 16 e 23, 4-5-1983, n. 184 provvedimenti opportuni nell’interesse del minore;

– artt. 32, 4° comma e 33, 4° comma D.P.R. 22-9-1988, n. 448 provvedimenti urgenti a protezione del minore imputato.

4) provvedimenti con cui si modificano le condizioni di affidamento della prole stabilite nella sentenza di separazione e divorzio:

– art. 710 c.p.c.;

– art. 9, l. 1-12-1970.

B) procedimenti aventi ad oggetto diritti soggettivi o status:

ba) procedimenti in materia familiare destinati a concludersi con provvedimenti a contenuto patrimoniale:

– art. 156, 6° comma c.c. sequestro di beni del coniuge obbligato al mantenimento;

– art. 710 c.p.c.: modifica delle condizioni di separazione;

– art. 9, l. n. 898/1970: modifica delle condizioni di divorzio;

– art. 9, 2° e 3° comma, l. n. 898/1970: attribuzione della pensione di reversibilità dell’ex coniuge;

– art. 9-bis, l. div.: attribuzione di un assegno periodico a carico dell’eredità;

– art. 12 bis l. div.: attribuzione di una quota dell’indennità di fine rapporto;

bb) procedimenti aventi ad oggetto il giudizio preventivo di ammissibilità della domanda.

– art. 274 c.c.: giudizio di ammissibilità dell’azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale.

bc) procedimenti in materia di status:

– art. 250 c.c.: provvedimento che tiene luogo del consenso al riconoscimento dei figli naturali;

– art. 288 c.c.: legittimazione dei figli naturali per provvedimento del giudice;

– art. 17, l. adozione: dichiarazione dello stato di adottabilità.

bd) procedimenti per la dichiarazione della separazione e del divorzio “consensuali”:

– art. 711 c.p.c.: c.d. “omologazione” delle condizioni della separazione consensuale;

– art. 4, 13° comma, l. divorzio.

3. Alcune questioni particolari in tema di competenza.

3.1. La ripartizione della competenza a provvedere in ordine alla prole fra Tribunale ordinario e Tribunale per minorenni

L'art. 38 disp. att. c.c. ripartisce la competenza tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni (23) enumerando analiticamente le fattispecie attribuite alla cognizione del secondo e disciplinando col criterio della residualità la competenza del primo ("Sono emessi dal Tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria"). In tal modo, tra i provvedimenti riguardanti la prole disciplinati dal codice civile, risultano con certezza appartenere alla competenza del giudice minorile: l'ammissione al matrimonio dell'ultrasedicenne (a. 84 c.c.), la nomina di un curatore per l'assistenza nelle convenzioni matrimoniali (a. 90), la destinazione ai figli di una quota dei beni del fondo patrimoniale (a. 171), la costituzione di usufrutto sui beni del coniuge non affidatario in caso di divisione della comunione (a. 194), la decisione sull'assunzione del cognome da parte del figlio naturale (a. 262), l'autorizzazione a impugnare il riconoscimento (a. 264, 74 l. adoz.) (24), i provvedimenti modificativi e ablativi della potestà genitoriale (a. 330-336), i provvedimenti sull'esercizio della potestà sui figli naturali (a. 317-bis), i provvedimenti sull'inserimento nella famiglia legittima del figlio adulterino (a. 252), l'impartizione di suggerimenti e l'attribuzione del potere di decidere a uno dei genitori (a. 316), la sentenza che tiene luogo del consenso al riconoscimento (a. 250), la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità del minore (a. 269).

Problemi nella ripartizione delle competenze tra i due organi sono sorti soprattutto con riferimento alla modifica delle condizioni di affidamento della prole (concordate in sede di separazione consensuale omologata, disposte con la sentenza di separazione giudiziale, di divorzio, di dichiarazione di nullità del matrimonio ex artt. 128 e 129 c.c.).

3.2. La competenza a modificare i provvedimenti relativi all'affidamento della prole. In particolare: la giurisprudenza meno recente

La giurisprudenza formatasi fino ai primi anni '80 (con sentenza 2-3-1983, n. 1552, in F.I., 1983, I, 896, intervengono le Sezioni Unite della S.C.) in tema di competenza a modificare i provvedimenti relativi all'affidamento della prole era prevalentemente indirizzata ad affermare che – dopo la separazione, il divorzio, la dichiarazione di nullità del matrimonio – l'affidamento della prole provvede il giudice minorile.

L'orientamento e le argomentazioni che lo sostengono possono così riassumersi:

a) il Trib. Ord. è competente in ordine all'affidamento della prole allorché pronuncia separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, dichiarazione di nullità del matrimonio (25); trattasi di una competenza giustificata da ragioni di connessione per accessorietà (26), la quale:

aa) permane in capo al giudice ordinario anche quando, nel corso del giudizio di separazione, divorzio, etc., "si chiede... l'emissione di un provvedimento che, pur se formalmente previsto da... l'art. 333 c.c., incide nell'oggetto del contendere", in quanto "è ovvia, secondo l'espressione letterale" dell'art. 155 c.c., "la correlazione tra la pronuncia sulla separazione e sulla sua addebitabilità e quella dello stesso giudice, oltre che sui vari rapporti personali e patrimoniali, anche sull'esercizio dei poteri dei genitori sui figli minorenni... Questa connessione è stata addirittura rafforzata dall'art. 33 della nuova legge del 1975, il quale, modificando l'art. 151 c.c., ha previsto la pronuncia della separazione... "quando si verificano fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare pregiudizio alla educazione della prole". È evidente, che particolarmente in questo secondo caso, l'indagine sulla possibilità di pregiudizio per la prole, prevista per la decisione della separazione, viene praticamente a comprendere la materia di cui all'art. 333 c.c., onde è confermata l'esigenza di un unico giudizio per la separazione stessa e ogni connesso provvedimento per i figli" (27);

ab) viene meno col passaggio in giudicato della sentenza di separazione, divorzio, dichiarazione di nullità del matrimonio;

b) appartiene al Tribunale per i minorenni la competenza a disporre la modifica delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli adottate nella sentenza di separazione, divorzio, nullità del matrimonio (28), in quanto:

– l'art. 38 disp. att. c.c. attribuisce al Trib. min. la competenza a conoscere dei provvedimenti di cui agli artt. 316 e 330 c.c. concernenti l'esercizio della potestà e la decadenza dalla medesima; in base all'art. 155 il coniuge affidatario ha l'esercizio esclusivo della potestà per cui la modifica delle disposizioni sull'affidamento ex art. 155, ult. comma incidono sulla potestà e rientra nell'ambito normativo degli artt. 316 e 330;

– sia la decadenza dalla potestà che i provvedimenti protettivi di cui all'art. 333 c.c. possono comportare la modifica dei provvedimenti di affidamento emanati dal giudice della separazione non potendo distinguersi al fine di determinare la competenza a seconda che il mutamento richiesto si fondi o meno su comportamenti pregiudizievoli o indegni del genitore (29);

– anche prima della riforma del diritto di famiglia al Trib. ord. erano riservate le questioni patrimoniali o prevalentemente tali e al Trib. min. ogni altra decisione incidente sulla vita dei minori (30);

– essendo giustificata la competenza del Trib. ord. da motivi di connessione, quando i medesimi vengono meno “è logico che si espliciti in tutta la sua portata la tendenza della moderna legislazione ad affidare al Tribunale minorile la materia relativa all'esercizio della potestà dei genitori, non soltanto per la sua istituzionale capacità affinata dall'esperienza e da una particolare qualificazione professionale a meglio comprendere le esigenze tutte particolari dei minori, ma anche perché esso ha, a tal fine, mezzi d'indagine di cui il giudice ordinario non può disporre” (31);

c) è competente il Tribunale ordinario a disporre la modifica dei provvedimenti riguardanti il mantenimento sia dell'altro coniuge che dei figli (32), peraltro:

ca) qualora di domande la modifica dell'assegno di mantenimento unitamente alla modifica dei provvedimenti sulla prole competente è il Trib. min. (33);

d) quando i coniugi sono separati soltanto di fatto e quando, pur essendo i coniugi in regime di separazione legale, sopravvenga l'annullamento del matrimonio la competenza ad emettere i provvedimenti sulla prole spetta al Trib. min. (34);

e) pur in pendenza del giudizio di separazione, divorzio, nullità del matrimonio può essere adito il Trib. min. per la pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.p.c.; trattandosi di materia di “competenza istituzionale del Tribunale per i minorenni” che “non soffre deroga neppure in caso di pendenza di giudizio di separazione” e per la quale “non vale, quindi, il criterio dell'assorbimento per connessione in quella del Tribunale ordinario in sede di separazione dei coniugi, non potendo ritenersi che quest'ultimo organo sia investito anche del potere di pronunciare la decadenza dalla patria potestà”; per quanto concerne i rapporti tra i due processi, “l'eventuale pronuncia di decadenza... si configura come factum superveniens, e cioè come una nuova situazione di atto suscettibile di produrre conseguenze giuridiche, che potrà essere dedotta dinanzi al giudice della separazione per ottenere l'adeguamento dei provvedimenti adottati in quella sede nell'interesse della prole alla mutata situazione” (35).

3.2.1. Segue. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1983, n. 1552

A spezzare la situazione di grande omogeneità sopra descritta (36), interviene, ponendosi consapevolmente in contrasto con l'indirizzo riferito, la sentenza della S.C. 16-2-1982, n. 961 (37), in cui si afferma la competenza del Tribunale ordinario a provvedere sulla modifica dei provvedimenti resi in sede di separazione e relativi all'affidamento della prole; essendo stato successivamente riconfermato l'orientamento precedente dalla sent.

24-3-1982, n. 1857 (38), della questione vengono investite le Sezioni Unite al fine di risolvere il contrasto così insorto all'interno della I sezione.

Con sentenza S.U. 2-3-1983, n. 1552 (39) la S.C. (pronunciando con riferimento ad una fattispecie di modifica delle condizioni di separazione ai sensi dell'art. 155 c.p.c. ma tenendo presenti anche le

ipotesi di modifica dei provvedimenti resi in sede di dichiarazione di nullità del matrimonio ed in sede di divorzio e così formulando principi di portata generale per l'intera materia) afferma la competenza del Tribunale in composizione ordinaria sulla base delle seguenti argomentazioni:

a) l'art. 38, 2° comma disp. att. c.c. prevede la residuale competenza del Trib. ord. per le materie non espressamente ricomprese nella competenza del Tribunale per i minorenni dal 1° comma art. cit. tra le quali non figura quella disciplinata dall'art. 155 c.c.;

b) i lavori preparatori della riforma del diritto di famiglia indicano come l'esclusione dell'art. 155 c.c. dalla competenze del Tribunale per i minorenni sia il frutto di una scelta espressa, essendo compresa quella norma nella originaria elencazione poi modificata a seguito di emendamento nel testo definitivo;

c) l'attribuzione della competenza al Tribunale ordinario consente di conseguire effetti positivi e di evitare inconvenienti pratici, in particolare: si evitano "spese alle parti residenti in circoscrizioni diverse da quella in cui è localizzato il Tribunale per i minorenni", si evitano gli inconvenienti processuali derivanti: dal fatto che il Tribunale minorile opererebbe quale giudice di secondo grado rispetto alle decisioni del Tribunale ordinario in materia di affidamento; dall'esigenza di instaurare, a conclusione del giudizio innanzi al Trib. min. un successivo giudizio davanti al Trib. ord. per regolare i rapporti patrimoniali conseguenti alla modifica dell'affidamento; dalle caratteristiche procedurali del giudizio davanti al Tribunale minorile (rito camerale).

Con la stessa sentenza la S.C. ha affermato altresì che competente è il Tribunale per i minorenni allorquando si chiede, come causa della modifica delle condizioni di affidamento, un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale quale disciplinato dagli artt. 330 e 333 c.c..

3.2.2. Segue. La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite

La giurisprudenza successiva si è uniformata all'insegnamento della S.C. (40). Ciò non ha peraltro comportato una definitiva risoluzione delle questioni agitate in materia. Infatti, la S.C., dopo aver affermato la generale competenza del Tribunale in composizione ordinaria, ha ritagliato un campo d'intervento al Tribunale per i minorenni allorquando come causa della modifica dell'affidamento si richieda uno dei provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.; tale impostazione è stata duramente criticata da Sacchetti (41), il quale rileva come la S.C. avrebbe potuto individuare il settore d'intervento del Trib. min. al di fuori del settore dell'affidamento, notando che ex art. 350 c.c. "non basta incidere sulla potestà per determinare automaticamente il distacco del figlio. E questo mentre è difficile negare alla separazione dei coniugi aspetti di specialità rispetto al genus dei provvedimenti sulla potestà dei genitori nella misura in cui si riscontra una sovrapposizione del bene giuridico tutelato. La decisione del giudice della separazione sull'affidamento della prole è oggettivamente una pronuncia sulla potestà. Il giudice deve esprimerla in base alla personalità e alle attitudini dei genitori e quindi conoscendo anche ogni loro condotta eventualmente pregiudizievole al figlio. Per cui l'accertamento dei presupposti di fatto (anche sotto il riflesso dei poteri inquisitori esercitati dal giudice) e il dispositivo vengono a corrispondere a quelli propri del procedimento sulla potestà... L'elemento specializzante della materia è il contesto della separazione coniugale, che ha indotto il legislatore alla scelta politica di privilegiare il giudice della separazione stessa, col solo limite di negargli la pronuncia di decadenza della potestà, pronuncia che ha però, tenore nominalistico, visto che la decadenza comporta di per sé distacco dal figlio, né tanto meno l'individuazione di un affidatario... Data l'amplessima accezione giurisprudenziale del concetto di condotta pregiudizievole al figlio e la sufficienza di una mera prospettazione per configurare una causa petendi atta a fondare la competenza del Tribunale per i minorenni, continua l'accavalarsi e il parallelismo di procedure relative allo stesso oggetto in sedi diverse con la possibilità che il Tribunale minorile si faccia giudice di seconda e di terza istanza dopo la pronuncia del Tribunale ordinario e della Corte d'Appello".

L'esame dalla giurisprudenza dimostra la fondatezza della critica, risultando decisamente orientata non solo ad affermare che la modifica delle condizioni di affidamento della prole fissate in sede di separazione, annullamento o scioglimento del matrimonio spetta alla competenza del Trib. min.

tutte le volte in cui “come causa della modifica delle condizioni di affidamento dei figli minori, si chiede un’intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale, a norma degli artt. 330 e 333 c.c.” (42), ma anche a ritenere ammissibile la contemporanea pendenza del giudizio di separazione e del procedimento ex artt. 330, 333 e 336 c.c. (43). La conseguenza di tale orientamento è “che si moltiplicano, indotte dall’accessibilità di un giudice adibibile senza avvocato e senza rischi di soccombenza nelle spese e dalla sua prontezza nell’emettere decreti provvisori, le istanze ai Tribunali per i minorenni volte a ottenere in pendenza della causa di separazione provvedimenti d’urgenza allegando il pregiudizio del minore e la lentezza del giudice ordinario” (44).

Significative appaiono due recenti decisioni di merito:

– App. Min. Perugia, 18-1-1992 (45); nel caso di specie in sede di separazione consensuale era stato disposto l’affidamento congiunto; successivamente la madre “rappresentando una condotta del marito pregiudizievole ai due figli, chiedeva al Tribunale per i minorenni... la modifica delle condizioni con riguardo ai figli stessi ed, in particolare, concludeva per il loro affidamento in via unica, o, in subordine, perché venisse stabilita la permanenza dei predetti presso essa ricorrente almeno cinque giorni continuativi alla settimana” e il Trib. min. affidava i minori alla madre disponendo le modalità di visita e permanenza col padre; quest’ultimo proponeva reclamo reiterando l’eccezione di incompetenza formulata in primo grado; la Corte ha respinto il reclamo, così motivando (per quanto qui interessa): “come è noto, i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori di coniugi separati in forza di separazione consensuale omologata rientrano nella competenza del Trib. per i min. nei soli casi in cui, come causa di quella revisione, si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole, a norma degli artt. 330 e 333 c.c., mentre in ogni altro caso sono devoluti alla competenza del Trib. ord.”; sussistendo nella specie un “clima di aspra conflittualità tra i coniugi” e una “condizione di estremo disagio e di notevole rischio psicopatologico dei due minori” nonché uno “stato di costante tensione e di scontro dei genitori” era “indubbio che la modifica dell’affidamento congiunto, stabilito in sede di separazione consensuale, restava devoluta alla cognizione del giudice specializzato...”; non è chi non veda come, così argomentando, non resta spazio per la competenza del Trib. ord., ogni separazione presentando più o meno intensamente contrasto tra i genitori e sofferenza per i figli;

– Trib. Catania, 18-11.1992 (46); nel caso di specie il Trib. min. in via d’urgenza prima dell’inizio del giudizio di separazione aveva disposto l’affidamento dei minori al sindaco; il Pres. Trib. non essendo a conoscenza di ciò affidava i minori alla madre; il Trib. min. dopo vari mesi confermava l’affidamento al sindaco, collocava i minori presso la madre e successivamente vietava le visite al padre; il Trib. ord., dovendo decidere sulla separazione e adottare i provvedimenti conseguenti, ha ritenuto che la decisione del Trib. min. operi quale giudicato esterno: “questo giudice, lungi dal poter decidere in punto di affidamento e di frequentazione tra genitori e prole, deve limitarsi a dare atto delle decisioni del giudice minorile intervenute sul punto; decisioni che, da una parte, lo esonerano dall’obbligo (art. 112 c.p.c.) di pronunciarsi sulla domanda di affidamento e, dall’altra, gli precludono tecnicamente un’ulteriore decisione senza possibilità di valutare nel merito la decisione del giudice minorile” (47).

Può dirsi che sia intervenuto una sorta di travisamento dell’insegnamento della S.C., di modo che, al di là della ripetitività delle massime che ricalcano i principi posti dalle Sezioni Unite, si perviene a risultati concreti opposti. Infatti, affermare – come aveva fatto la Corte di Cassazione – che sono riservate al Trib. min. solo “le ipotesi in cui, come causa della modifica delle condizioni di affidamento, si chieda un intervento ablativo e limitativo della potestà”, significa evidentemente affermare che rientrano nella sfera di attribuzioni di quel giudice le ipotesi in cui si domanda un provvedimento ablativo o modificativo della potestà genitoriale e, come conseguenza di tale provvedimento, si domanda una modifica dell’affidamento. Diversamente nella pratica si è finito per riservare al Trib. min. le ipotesi in cui, come causa petendi del provvedimento di modifica dell’affidamento, si adducono comportamenti del genitore pregiudizievoli per la prole. Risulta così vanificato il criterio di riparto delle competenze tra i due organi.

3.2.3. Segue. I problemi tuttora aperti e le possibili soluzioni

I rilievi di cui al precedente paragrafo indicano chiaramente come non sia stata tuttora raggiunta sufficiente chiarezza sulle seguenti questioni:

- a) quale sia il criterio di ripartizione delle competenze fra Tribunale in composizione ordinaria e Tribunale per i minorenni in materia di affidamento della prole;
- b) se sia possibile adire il Tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330 ss. c.c. in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio;
- c) quale efficacia spieghi il provvedimento reso dal Tribunale per i minorenni in pendenza del giudizio di separazione o divorzio nell'ambito di quest'ultimo.

In merito possono formularsi alcune osservazioni.

A) Deve ritenersi un dato ormai pacificamente acquisito che per regola generale la competenza a provvedere in ordine all'affidamento della prole spetta al Tribunale in composizione ordinaria sia nel corso del giudizio di separazione o divorzio sia allorquando si richieda ai sensi degli artt. 710 e 711, ult. comma c.p.c. e 9, 1° comma l. divorzio la modifica delle condizioni stabilite in quei giudizi.

La regola non sembra soffrire eccezioni con riferimento alle vicende dei giudizi di separazione o divorzio e dei procedimenti di modifica. In merito si rileva:

aa) prima dell'instaurazione del giudizio di separazione o divorzio non si pongono problemi di sorta, essendo prevista agli artt. 708 c.p.c. e 4 l. div. una fase preliminare a cognizione sommaria allo scopo di consentire l'emanazione di provvedimenti provvisori e immediatamente efficaci, trovando così soddisfazione i bisogni di tutela urgente (48);

ab) nel corso del giudizio l'ordinanza presidenziale "può essere revocata o modificata dal Giudice Istruttore a norma dell'art. 177" (art. 708, ult. comma c.p.c. in cui si specifica che può farsi luogo ai provvedimenti ivi previsti "se si verificano mutamenti nelle circostanze", specificazione che manca nel corrispondente art. 4, 8° comma l. div.) (49);

ac) quando il giudizio è sospeso o interrotto si è affermato in passato (50) che il potere si modifica e revoca spetti al Presidente del Tribunale, in applicazione dei principi fissati all'art. 673 c.p.c. (51); abrogata tale ultima norma della l. n. 353/1990, poiché gli artt. 669-bis ss. c.p.c. contengono l'unica disciplina generale e completa di un procedimento sommario e le norme – le quali regolino il procedimento sommario sotto il profilo della struttura e non rispondano alla funzione tipica ed esclusiva del procedimento cautelare che rinviene il suo proprium nella necessaria strumentalità rispetto ad un successivo giudizio di merito – possono trovare applicazione analogica al fine di colmare le lacune dei vari procedimenti sommari non cautelari (52), poiché certamente natura di provvedimento sommario ha la modifica del provvedimento presidenziale (ed eventualmente del provvedimento di modifica già assunto dal G.I.), la norma da applicarsi nella specie deve rinvenirsi nell'art. 669-quater, 2° comma c.p.c., il quale dispone che il Presidente deve provvedere ai sensi dell'art. 669-ter e quindi designare il magistrato cui affidare la trattazione della richiesta di modifica;

ad) la norma dell'art. 708, 4° comma c.p.c. trova applicazione anche nel corso del giudizio di appello e in pendenza dei termini per impugnare può farsi riferimento al disposto dell'art. 669-quater, 4° comma c.p.c. e ritenere che la domanda di revoca o modifica vada proposta al giudice che ha pronunciato la sentenza (53); peraltro, poiché il giudizio di appello delle sentenze di separazione e divorzio ha luogo nelle forme camerali, la rapidità di svolgimento del medesimo dovrebbe porre solo in limiti assai ristretti un problema di tutela urgente;

af) qualora il giudizio di separazione (o divorzio) sia estinto possono ottenersi nuovi provvedimenti sulla prole mediante proposizione di un nuovo ricorso per separazione personale, così come stabilito dall'art. 189 disp. att. c.p.c., la cui disciplina è richiamata anche dall'art. 4 l. div. (54);

ag) dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione (o divorzio) la modifica dei provvedimenti sulla prole può essere domandata ai sensi dell'art. 710 c.p.c. (e 9 l. div.) (55); il terzo

comma dell'art. 710 dispone che "ove il procedimento non possa essere immediatamente definito, il Tribunale può adottare provvedimenti provvisori e può ulteriormente modificarne il contenuto nel corso del procedimento"; trattasi di provvedimenti aventi funzione e struttura cautelare, in quanto, come si rileva anche dal riferimento alla non immediata definibilità del procedimento contenuto nella norma, sono provvedimenti destinati a neutralizzare il pericolo di tardività, per loro natura provvisori cioè inidonei a dettare in modo definitivo la disciplina della situazione sostanziale e strumentale al procedimento in camera di consiglio i cui effetti si intende assicurare (56); a tali provvedimenti, perche cautelari, si applicano le norme sul procedimento cautelare uniforme, "in quanto compatibili" (57), e pertanto anche gli artt. 669-ter e 669-sexies c.p.c. sui provvedimenti da emanarsi ante causam e inaudita altera parte (58); ciò significa che, tanto prima dell'instaurazione del procedimento di modifica quanto nel corso del medesimo, potrà provvedersi tempestivamente alla cura dell'interesse del minore, adeguando la situazione di diritto alla mutevole situazione di fatto; ugualmente può dirsi per il procedimento di cui all'art. 9 l. div. potendo farsi applicazione analogica dell'art. 710, 3° comma c.p.c. o ritenendo applicabile l'art. 700 c.p.c.

Sulla base di quanto esposto, rimarrebbe un unico vuoto di tutela con riferimento alla pendenza del giudizio di Cassazione; ciò non pone peraltro problemi di rilievo, laddove si ricordi che:

– l'art. 155, 3° comma c.c. prevede che il coniuge non affidatario, il quale pur non esercitando la potestà ha un diritto-dovere di vigilanza sull'istruzione ed educazione dei figli, "può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse" (59);

– l'art. 316 c.c. prevede la possibilità per ciascun coniuge, quando insorgano contrasti su "questioni di particolare importanza", di ricorrere al giudice (Trib. min.) affinché suggerisca una soluzione o, nel caso che il suggerimento impartito non sortisca effetti, attribuisca il potere di decidere ad uno dei genitori (60);

– gli artt. 330 e 333 c.c. sono applicabili (con le precisazioni di cui al paragrafo seguente) nei casi di grave violazione dei doveri o abuso dei poteri inerenti all'esercizio della potestà.

3.2.3.1. Segue. In particolare: le residue competenze del Tribunale per i minorenni

Pur in pendenza dei giudici di separazione e divorzio e dopo la definizione dei medesimi permane in capo al Tribunale per i minorenni il potere di emanare (in base allo speciale procedimento camerale di cui all'art. 336 c.c., il quale prevede tra l'altro la legittimazione del P.M. e dei parenti e il potere officioso di emanare provvedimenti cautelari) i provvedimenti ablativi e modificativi della potestà genitoriale di cui agli artt. 330 e 333 c.c. e che si sostanziano o nella dichiarazione di decadenza dalla potestà ovvero nella imposizione di una serie di limiti al concreto esercizio della potestà medesima. Perquanto anche i provvedimenti assunti in sede di separazione e divorzio possano ascrivere al genus "provvedimenti sulla potestà", in quanto incidono sull'esercizio della medesima (che si concentra in capo al genitore affidatario, v. art. 155, 3° comma c.c.), essi non si pongono come reazione alla condotta dei genitori bensì, avendo come parametro di riferimento l'interesse della prole, attengono esclusivamente alla miglior regolamentazione dei rapporti tra i membri della ex società familiare. Diversamente, i provvedimenti di cui agli artt. 330 ss. c.c., i quali prescindono dalla sussistenza o meno di una famiglia unita (di fatto o di diritto), presuppongono un comportamento del genitore integrante violazione o incuria dei doveri inerenti all'esercizio della potestà o abuso dei poteri da essa derivanti ed un grave pregiudizio per il figlio quale conseguenza di tale comportamento. Il presupposto non è pertanto il semplice contrasto tra i coniugi (o ex coniugi) sulle modalità di educazione e istruzione, sullo stile di vita da far adottare al figlio, sull'avvio del medesimo all'una o all'altra pratica religiosa, sull'opportunità di intrattenere rapporti con la persona convivente more uxorio col genitore o con i figli di secondo letto di questi (e così via esemplificando), bensì è un comportamento di rilevante gravità diretto univocamente verso il figlio e affatto indipendente dal contesto matrimoniale o meno in cui i soggetti si collocano (maltrattamenti, abuso di mezzi di correzione, corruzione di minori, mancato adempimento degli obblighi scolastici, imposta frequentazione di ambienti a rischio criminale, incapacità di fornire al minore un tenore di vita adeguato all'infanzia o di soddisfare i suoi bisogni più elementari); e che

debba trattarsi di comportamenti di tal fatta è dimostrato, da un punto di vista sistematico, del fatto che l'art. 10 l. adozione, nel disciplinare i provvedimenti provvisori e urgenti nell'interesse della prole in sospetto stato di abbandono, richiami proprio gli artt. 330 ss. c.c. (così come l'art. 16 l. adozione per il caso in cui all'esito del procedimento non ricorrano i presupposti per la dichiarazione dello stato di abbandono, e l'art. 23 l. cit. per il caso di revoca dell'affidamento preadottivo). Indice della differenza tra le due specie di provvedimenti è, del resto, il fatto che in sede di separazione e divorzio deve tenersi conto dell'accordo delle parti (i genitori), elemento di nessun rilievo innanzi al giudice minorile.

Ciò posto sul piano sostanziale, ne consegue che la pendenza di un giudizio di separazione o divorzio o l'esistenza di una tal pronuncia non fanno in alcun modo venir meno le descritte attribuzioni del Tribunale minorile le quali si coniugano con quelle in materia penale e amministrativa per l'infanzia travolta e abbandonata, alle quali sono in certo qual modo da assimilarsi sul piano della funzione.

Peraltro, perché possa affermarsi la competenza del Trib. min. (61), non è sufficiente il dedurre quale motivo della modifica dell'affidamento un comportamento pregiudizievole per la prole, ma è necessario che sia espressamente richiesto un provvedimento modificativo o ablativo della potestà, cioè che si domandi la decadenza o l'imposizione di limiti all'esercizio della potestà dell'altro genitore.

Qualora un tale provvedimento sia richiesto dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione o divorzio, potrà proporsi innanzi al Tribunale per i minorenni anche la domanda di modifica delle condizioni di separazione (o divorzio), in quanto trattasi di domanda connessa per accessorialità a quella principale ex artt. 330 e 333 c.c. (62).

Qualora, invece, un tale provvedimento sia richiesto in pendenza del giudizio di separazione o divorzio, il Trib. min. dovrà limitarsi a dichiarare la decadenza della potestà genitoriale o a stabilire i limiti dell'esercizio della medesima (ivi compreso se del caso l'allontanamento del figlio dalla casa del genitore con conseguente individuazione del soggetto più idoneo presso il quale collocare il minore), senza tener conto – né quale presupposto né quale oggetto di modifica – delle ordinanze emanate ai sensi dell'art. 708 c.p.c., espressione del potere attribuito al Tribunale ordinario di disciplinare la separazione o il divorzio e tutti i suoi effetti.

Resta da chiedersi quale efficacia espliciti il provvedimento del giudice specializzato nell'ambito del giudizio ordinario di separazione e divorzio. La risposta da dare al problema deve tener conto di alcuni elementi, e precisamente: il giudice minorile quando pronuncia i provvedimenti ex art. 336 c.c. ed il giudice ordinario quando pronuncia i provvedimenti sulla prole esercitano funzioni omogenee, nel senso che i provvedimenti di entrambi sono da ascrivere alla giurisdizione non contenziosa (63); è escluso che i provvedimenti del giudice minorile, in quanto aventi ad oggetto situazioni sostanziali non qualificabili diritti (64), esplichino autorità di cosa giudicata sostanziale ex art. 2909 c.c. (65); il giudice ordinario non può modificare o revocare i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. (66) nell'assumere i provvedimenti ex artt. 155 c.c. e 4 l. div. (67); mentre nel procedimento di separazione e divorzio l'affidamento è il provvedimento fondamentale e immancabile, nei casi di cui agli artt. 330 e 333 c.c. un problema di affidamento nasce necessariamente solo laddove sia disposto l'allontanamento dalla residenza familiare (o della residenza del genitore con cui convive). Ciò posto, può ritenersi che non tanto il provvedimento ablativo e modificativo espliciti efficacia panprocessuale vincolante nel giudizio ordinario, quanto che all'interno di quest'ultimo vengano in rilievo quali fatti la mancanza di potestà o la presenza di limitazioni alla potestà di uno dei genitori. Tali fatti possono operare come circostanze sopravvenute al fine di chiedere una modifica dei provvedimenti ex art. 708 c.p.c. (68) e di essi il giudice della separazione dovrà tenere necessariamente conto.

(1) Si pensi, ad es., ai provvedimenti di autorizzazione a compiere atti negoziali concessa a rappresentanti dei minori (artt. 320, 374, 375, 394, 397... c.c.) o ai provvedimenti di nomina di rappresentanti a minori (artt. 247, 248, 346 c.c.).

(2) V. gli artt. 9 l. div. e 710 c.p.c. che disciplinano la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e gli obblighi di mantenimento contenute nella sentenza di divorzio o conseguenti alla separazione; allorchando si discute dell'assegno di mantenimento a favore dei figli o di uno dei coniugi, oggetto del giudizio è una tipica situazione di diritto soggettivo inquadrabile nello schema delle obbligazioni pecuniarie; sul tema, v. Proto Pisani, Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c., in Riv. Dir. Civ., 1990, I, 392 ss., spec. 438 ss.; Civinini, I procedimenti in camera di consiglio, Torino, 1994, 648 ss.; Pagano, Commento alla legge 29 luglio 1988, n. 331, in n.l.c.c., 1989, 367 ss.; Montesano, "Dovuto processo" su diritti incisi da provvedimenti camerale, in Riv. Dir. proc., 1989, 915 ss.

(3) Trattasi essenzialmente dei procedimenti che, nell'attuare l'interesse del minore, incidono fortemente sulla potestà genitoriale (v. artt. 330-336 c.c., 4 e 10 l. adozione) limitandola e, nei casi più gravi, ablandola; sul tema v. Civinini, o.c., 512 ss. ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza; sulla potestà genitoriale, v. Giorgianni, Della potestà dei genitori, in Commentario al diritto italiano della famiglia, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, IV, Padova, 1992, 285 ss.; per una migliore comprensione degli istituti in esame si ricorda la ricostruzione che della "potestà genitoriale" a livello di diritto sostanziale è operata dalla giurisprudenza: "A livello costituzionale, il diritto del genitore è sancito dall'art. 30 Cost. e quello del figlio dal congiunto disposto degli artt. 29, 30 e 2 Cost. Il genitore, invero, ha diritto di mantenere, istruire ed educare la prole, e il figlio ha diritto a tali prestazioni nell'ambiente naturale che più agevolmente può soddisfarle, perciò nei confronti del genitore legittimo o adottivo. Ma l'art. 30 precisamente dispone: "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli (...)". Trattasi, dunque, non di semplice diritto ma diritto-dovere, cioè di un potere-dovere, o, se si preferisce, di una funzione, un ufficio di diritto privato. Ed è significativo che, nella formulazione della norma costituzionale, la menzione del dovere preceda quella del diritto. In realtà, per l'art. 30, diritto e dovere rappresentano i poli normativi di un unico, inscindibile contesto. Si può distinguere fra il rapporto "esterno" verso i terzi (specie con riferimento alla cura degli interessi patrimoniali del minore) e il rapporto "interno" verso il figlio (con riferimento particolare all'obbligo della sua educazione). Ma non c'è dubbio che nei confronti del figlio, ed anche dei "terzi" che divengano "parti" perché legittimati ex lege alla domanda nel procedimento camerale (art. 336 c.c.), il diritto del genitore sia strettamente legato, condizionato e subordinato all'osservanza del dovere. Solo per i terzi assolutamente estranei, l'adempimento del dovere può considerarsi *res inter alios* e quindi solo verso quei terzi può apparire incondizionata e assoluta la tutela del "diritto" del genitore, salvo, peraltro, la facoltà di chiunque di sollecitare nei suoi confronti l'intervento del P.M. Ma verso il figlio, nonché verso i terzi qualificati e il P.M., che rappresenta l'ordinamento giuridico, lo *ius ad officium* del genitore gode soltanto di una tutela subordinata alla protezione del preminente interesse della prole; come, d'altronde, lo *ius in officio*, che non è affatto libero ma condizionato, nel suo concreto esercizio, da provvedimenti camerale autorizzativi di vario tipo e natura, tutti caratterizzati dalla comune finalità – che ne rappresenta la causa giuridica in senso tecnico – di integrare la capacità della persona fisica del minore attraverso la regolamentazione dei poteri del suo rappresentante legale. Orbene, la tutela anzidetta vien meno quando, per inosservanza del dovere, muti l'interesse del figlio nel senso che il diritto di lui all'educazione e all'istruzione possa esser meglio soddisfatto da persona diversa e in un ambiente diverso, a causa della mala gestio del padre. In questi termini, il conflitto non si pone fra due diritti soggettivi perfetti nella dialettica della risoluzione di una lite, per la semplice ragione che ai due diritti, del genitore e del figlio, è attribuita una tutela costituzionale non paritaria. Essi non sorgono e non si fronteggiano su base paritetica, essendo il primo, anche a livello costituzionale, subordinato

al secondo, che assume, rispetto ad esso, connotazioni e caratteri di priorità logica-giuridica... Nella sua immediatezza, il conflitto sorge per l'inosservanza, da parte del genitore, degli obblighi inerenti al suo ufficio di diritto privato impostogli dall'art. 30 Cost. e dal c.c. Si ha, dunque, non la contrapposizione fra due diritti in condizione di parità, ma la correlazione fra un diritto, quello del minore, e un dovere, quello del genitore: all'osservanza di tale dovere è subordinata, per l'obbligato, la tutela e la conservazione del proprio diritto di continuare ad allevare, educare e istruire il minore". (Così Cass., n. 4607/1987 in f.i., 1987, I, 3278, spec. 3286-3287; cfr. anche Cass., 23-10-1986, n. 6220 in n.g.c.c., 1987, I, 552 e in f.i., 1987, I, 3278).

(4) La frase tra virgolette è di Proto Pisani, Usi e abusi, 407; sulla distinzione tra funzioni giurisdizionali necessarie e funzioni giurisdizionali non necessarie, v. Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, Torino, 1985; v. anche dello stesso A. Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudizi civili, in Riv. Dir. Civ., 1986, 591 ss. Montesano individua nei provvedimenti di autorizzazione e di nomina (che sono resi all'esito di un procedimento camerale e si caratterizzano per essere elementi secondari di fattispecie complesse di cui sono elementi finali o principali atti di diritto sostanziale autorizzati o predisposti) il nucleo essenziale della giurisdizione volontaria (o.u.c., 591 ss., spec., 593, 615); v. anche Proto Pisani, o.c., 420 ss.; Civinini, o.c., 401 ss.

(5) Come rileva Proto Pisani, o.c., 396, "L'area della giurisdizione costituzionalmente necessaria coincide con l'area della giurisdizione tradizionalmente denominata come contenziosa, o, il che è lo stesso, relativa alla tutela dei diritti soggettivi, degli status e degli interessi legittimi (nonché sul versante penale, della cognizione e punizione dei reati). Gli artt. 24 e 113 Cost. sono chiarissimi in tal senso: il riconoscimento a livello di diritto sostanziale di una situazione di vantaggio (cioè di un interesse giuridicamente protetto su di un bene o ad un bene ad una chance) comporta come conseguenza necessaria la concessione del diritto di azione (art. 24), cioè di forme adeguate di tutela giurisdizionale (art. 113), idonee a consentire al titolare della situazione di vantaggio di ottenere tramite il processo nei limiti del possibile quelle stesse utilità che non è riuscito a conseguire a causa della mancata o difettosa cooperazione da parte di chi era tenuto al rispetto di regole di condotta poste a garanzia della singola situazione di vantaggio riconosciuta dal diritto sostanziale (nonché, è da aggiungere, per conseguire quelle utilità sostanziali il cui prodursi è subordinato, sempre dal legislatore sostanziale, al previo accertamento giurisdizionale della sussistenza della fattispecie concreta: è il settore delle c.d. azioni e sentenze costitutive necessarie)".

(6) Come afferma Montesano, Sull'efficacia, sulla revoca, cit., 599 con tale qualifica si vuol porre "l'accento su ciò che i provvedimenti in discorso concludono procedimenti che non sono messi in moto da richieste di tutela di diritti soggettivi, ma insieme avvertendo che la loro incidenza su diritti soggettivi comporta la necessità sistematica, anzi di legittimità costituzionale, che quei procedimenti o abbiano in sé le caratteristiche sufficienti a farne "dovuti processo legali"... a tutela dei diritti incisi o che questa tutela sia assicurata in via di ordinaria azione civile contenziosa atta a rimuovere le lesioni dei diritti inerenti al provvedimento di giurisdizione "oggettiva"; v. anche Proto Pisani, o.c..

(7) V. Proto Pisani, o.c., 438-439; Pagano, o.c., 370 ss., spec. 374; Civinini, o.c., 512 ss., 648 ss.

(8) Sul procedimento camerale in generale, anche per riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v. Civinini, o.c., 73 ss.

(9) V. Grasso, I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela, in Riv. Dir. Proc., 1990, 35 ss.; il problema di maggior rilievo con riferimento alla grande branca dei procedimenti camerale aventi ad oggetto la gestione di interessi è quello della tutela dei diritti soggettivi presupposti o incisi dal provvedimento camerale (si pensi, soprattutto, ai provvedimenti di revoca e rimozione di rappresentanti e amministrativi nell'interesse di minori, di incapaci o della gestione di patrimoni comuni o sociali; ai provvedimenti che incidono sulla potestà genitoriale); in merito si ricorda come la dottrina più recente – Montesano; Sull'efficacia, sulla revoca, cit.; Proto Pisani, Usi e abusi, cit.;

Pagano, Contributo allo studio del procedimento in camera di consiglio, in *Dir. e Giur.*, 1988, 10 ss.; Civinini, o.c. – abbia operato una chiara ricostruzione dei rapporti tra processo camerale e processo a cognizione piena in cui è dedotto il diritto soggettivo presupposto o inciso dal provvedimento camerale in termini di piena autonomia: avendo i due giudizi oggetto differente, l'uno la tutela dell'interesse rimesso per una scelta discrezionale e non costituzionalmente necessaria dal legislatore alla cura del giudice, l'altro l'attuazione di situazioni sostanziali di diritto soggettivo o status, nel procedimento camerale non si fa luogo ad accertamento con autorità di cosa giudicata di situazioni di diritto soggettivo, mentre il titolare delle medesime (si pensi, per rimanere agli esempi già proposti, al diritto soggettivo dell'amministratore, tutore, curatore a non essere ingiustamente rimosso o alla perdita del compenso, se dovuto, al diritto-potestà dei genitori) potrà sempre dedurre in un successivo processo a cognizione piena il diritto inciso dal provvedimento camerale; in tali casi, peraltro, la tutela conseguibile da tale soggetto sarà per lo più una tutela di tipo risarcitario non potendo mai conseguirsi una tutela in forma specifica, per essere la cura dell'interesse (che si sostanzia nei provvedimenti sulla potestà, nella nomina di un nuovo amministratore o nella reintegra di quello revocato) rimessa esclusivamente alla cura del giudice camerale; in tali casi, inoltre, come l'accertamento camerale non svolge alcuna efficacia nel giudizio ordinario, così l'accertamento che seguirà a questo non esplicherà alcun effetto su quello camerale, non potendo mai il primo assorbire o travolgere il secondo.

(10) Su questi temi oltre agli Autori e alle opere già citate, v.: Chiovenda, *Principi di diritto processuale*, rist., Napoli, 1980, 314; Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, 3; Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986, 439; Liebman, *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, in *f.i.*, 1948, I, 327; Vocino, *L'efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Atti del III Congresso Internazionale di diritto processuale civile*, Milano, 1969, 467; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971, 41; Lanfranchi, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1987, 88 ss., ID., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 33 ss., ID., *I procedimenti camerali decisorii nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. proc. Civ.*, 1990, 905 ss.; Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, 1853 ss., ID., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1987, I, 431, ID., *Commento agli artt. 17 e 26 l. n. 184/1983 in Comm. del diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, VI, 2, Padova, 1993, 181 ss.; Maltese, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela dei diritti soggettivi*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 127 ss.; Denti, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1987, 325 ss.; ID., *L'art. 111 Cost. e la riforma della Cassazione*, in *f.i.*, 1987, V, 228 ss.; Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, 595; Mandrioli, C.d. "procedimenti camerali" su diritti e ricorso straordinario per Cassazione, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 921 ss.; Carratta, *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 1049 ss.

(11) Per rassegne di decisioni in materia v.: Civinini, *Provvedimenti camerali: orientamenti giurisprudenziali in tema di ricorribilità per Cassazione ex art. 11, 2° comma Cost.*, in *f.i.*, 1984, I, 2844; ID., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit. 352 ss.; Pazzi, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. avverso provvedimenti camerali (1984-1989)*, in *f.i.*, 1990, I, 1959; la S.C., per pervenire al cennato risultato ermeneutico, accoglie l'orientamento sostanzialista, che afferma il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, su cui v. in dottrina: Mortara, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1910, II, 61, I, 65; Chiovenda, *Principi*, cit., 916; Mandrioli, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, Milano, 1967; Bianchi D'Espinosa, *La Costituzione e il ricorso per Cassazione* in *Riv. Dir. Proc.*, 1962, 213; Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma*

2°), in Riv. Dir. Civ., 1977, I, 395 ss.; per l'orientamento formalista secondo cui la forma è il contenuto minimo del provvedimento e attraverso essa se ne predeterminano gli effetti: Andrioli, Diritto processuale civile, cit., 483; Tarzia, Profili della sentenza civile impugnabile. L'individuazione della sentenza, Milano, 1967 –, seguendo la linea argomentativa così riassunta da Cerino Canova, (La garanzia costituzionale, cit., 1864, n. 41): “per l'art. 131 c.p.c. è la legge che stabilisce la forma del provvedimento, per l'art. 279 c.p.c. la sentenza è prescritta rispetto ai provvedimenti di contenuto decisorio; quindi l'art. 279 fissa la regola, cui è possibile e legittima la deroga. A sua volta, l'impugnazione è garanzia di fronte a provvedimenti di irreparabile pregiudizio, cioè di contenuto decisorio e può essere esclusa per ragioni di rapidità e semplicità della controversia. Deroga all'impugnazione e deroga alla forma di sentenza si accompagnano: l'art. 111 Cost. ...ha voluto sancire l'impugnazione quando la legge esclude, attraverso la disciplina formale del provvedimento, l'impugnazione. E l'art. 111 ha stabilito il ricorso per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, assicurata dall'art. 24 della stessa Cost.”. Ritenuta la ricorribilità per Cassazione ai sensi dell'art. 111, 2° comma Cost. dei provvedimenti a contenuto decisorio, la S.C., anziché scegliere la via dell'incidente di legittimità costituzionale, ha, quindi, imboccato la via della disapplicazione diretta e immediata di tutte le norme in contrasto col precetto costituzionale di cui si è affermata l'immediata portata precettiva e l'efficacia abrogante delle prime.

(12) V. C. Cost., 1-3-1973, n. 22, in f.i., 1973, I, 1344 sul proc. di cui agli artt. 28, 29, 30 l. n. 794/1942; C. Cost., 16-4-1985, n. 103 in f.i., 1986, I, 888 sul proc. di cui agli artt. 5, 6 e 7 l. n. 1078/1940.

(13) V. gli A. cit. supra; per più ampi riferimenti v. Civinini, o.c., 241 ss., 279 ss., 343 ss.

(14) Per quanto concerne l'elaborazione della Corte Costituzionale, si ricorda come la Consulta abbia sempre affermato la discrezionalità del legislatore nella scelta del procedimento attraverso il quale attuare una situazione di diritto sostanziale; si v. Corte Cost., n. 202/1975 in materia di procedimento per la revisione delle condizioni di divorzio, in cui si afferma: “L'adozione di tale procedimento... risponde a criteri di politica legislativa, inerenti alla valutazione che il legislatore ha compiuto in relazione alla natura degli interessi regolati ed alla opportunità di adottare determinate forme processuali. Questa scelta è discrezionale ed è indubbiamente esente da sindacato in questa sede, poiché, mentre come questa Corte ha espressamente affermato con la sent. n. 122 del 1966..., il procedimento in camera di consiglio non è di per sé contrastante con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., il problema della scelta concreta del procedimento da adottare è problema di politica processuale, il cui esame sfugge alla competenza della Corte (sent. n. 142 del 1970) nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza”. Nello stesso senso v. Corte Cost.,

1-3-1973, n. 22 (in F.I., 1973, I, 1344); Corte Cost., 6-12-1976, n. 238 (in F.I., 1977, I, 278 ss.); Corte Cost., 24-3-1986, n. 55 (in F.I., 1986, I, 1168); Corte Cost., 27-6-1986, n. 156 (in F.I., 1986, I, 2099); Corte Cost., 16-4-1985, n. 103 (in F.I. 1986, I, 888); Corte Cost. n. 543 e 573/1989 (in F.I., 1990, I, 365 ss.); per un'analisi critica dell'orientamento della Consulta, v. da ultimo: Carratta, I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale, in r.t.d.p.c., 1992, 1049 ss.

(15) Cerino Canova, Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria, cit., 431; La garanzia, cit., 1853 ss.; Commento..., cit..

(16) Lanfranchi, Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari, cit., 88 ss.; La cameralizzazione, cit., 33 ss.; I procedimenti camerali decisorii nelle procedure concorsuali, cit., 905 ss.

(17) Montesano, Sull'efficacia, cit.; “Dovuto processo” su diritti incisi, cit., 915 ss.

(18) Proto Pisani, Usi e abusi, cit., 393 ss.

(19) Ad analoghe conclusioni pervengono Pagano, *Contributo*, cit., 10 ss. e Civinini, *I procedimenti*, cit., 390 ss.

(20) Maltese, o.c., 127 ss.

(21) Denti, *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, sub art. 111, Bologna-Roma, 1987, 1 ss.; *La giurisdizione volontaria rivisitata*, cit., 325 ss.; *L'art. 111 Cost. e la riforma della Cassazione*, cit., 228 ss.

(22) L'uso sempre più frequente dello schema camerale per la tutela di situazioni di diritto soggettivo e la constatazione che al procedimento in esame si fa ricorso sia in ipotesi in cui il provvedimento è destinato ad esaurire i suoi effetti nella sfera giuridica del richiedente sia in ipotesi in cui il provvedimento è domandato nei confronti di un altro soggetto, ha condotto ad "una sistemazione della materia, basata sul principio del contraddittorio, che valga a ripartirla in procedimenti unilaterali e procedimenti bi- e plurilaterali" Andrioli, *Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1979, 56; questa fondamentale distinzione è ormai generalmente accolta in dottrina, v.: Proto Pisani, *Parte (Dir. Proc. Civ.)*, v. dell'Enc. Dir., Milano, 1981, XXXI, 938; ID., *Usi e abusi...*, cit., 393 ss.; Franchi, o.c., 67, 78; Montesano, *Sull'efficacia, sulla revoca...*, cit., 601; Cipriani, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, 190; Maltese, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico*, cit., 130-131; Civinini, o.c., 76 ss.

(23) Secondo Andrioli, *Dir. Proc. Civ.*, 106 le sezioni specializzate sono "organi degli uffici giudiziari ordinari dai quali differiscono per la specialità della composizione"; secondo tale ricostruzione i rapporti tra sez. specializzate e sez. ordinariamente composte non si pongono in termini di competenza e l'inosservanza delle relative norme disciplinatrici non si risolve nel vizio di incompetenza bensì "nel vizio di nullità della sentenza determinato dalla illegittima costituzione del giudice; di contrario avviso è la giurisprudenza, v. Cass., 14-12-1978, n. 5949, in *Dir. Fam. Pers.*, 1979, 657, in cui si legge: "Deve innanzitutto rilevarsi che la ripartizione dei compiti fra il Tribunale ordinario ed il Tribunale per i minorenni, che costituiscono uffici giudiziari nettamente distinti per composizione, circoscrizione e sfera di attribuzioni, attiene, anche quando i due uffici abbiano la stessa sede, alla competenza in senso tecnico e non alla mera distribuzione del lavoro tra giudici dello stesso ufficio..."; Cass., 31-10-1981, n. 5760.

(24) Deve ritenersi che tale competenza sia limitata alla autorizzazione al minore, interdetto o meno che sia, e non si estenda alla autorizzazione al maggiorenne interdetto; tale lettura della norma trova un riferimento nel r.d.l. 20-7-1937, n. 1404, istitutivo del Trib. min., che all'art. 32 attribuisce al medesimo la competenza esclusivamente con riferimento ad affari che riguardano i minori. Poiché in tutti gli altri casi di attribuzione espressa di competenze l'art. 38, disp. att. c.c., ha rispettato la ripartizione delle medesime secondo il criterio generale di cui al r.d.l. cit., appare preferibile per il caso di specie ipotizzare un difetto di coordinamento e dare una interpretazione restrittiva della disposizione, che non ritenere surrettiziamente alterato, mediante la modifica di una norma di attuazione, il sistema di ripartizione delle competenze.

(25) V. Cass., 19-11-1976, n. 4333 in F.I., 1976, I, 2786, Cass., 18-11-1975, n. 3864 *ibid.*, 1975, I, 2695; Trib. Min. Firenze, 21-10-1973 in *Dir. Fam.*, 1974, 439; Trib. napoli, 14-6-1976, in *Dir. e Giur.*, 1977, 45 con oss. adesive di Colella e critiche di Grassi.; Trib. Roma, 15-4-1976, *ibid.*, 1977, 194; in dottr. Jemolo, *Provvedimenti per i minori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, II, 599; Punzi, *L'intervento del giudice nei rapporti familiari*, *ibid.*, 1978, I, 175 ss.; contra: A. Finocchiaro, *La Competenza per la revisione dei provvedimenti concernenti la prole contenuti nelle sentenze di separazione, annullamento e divorzio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1979, 12092 ss.

(26) V. M. Finocchiaro, Qual'è il giudice competente a disporre la modifica delle condizioni della separazione relative ai minori? in *Giust. Civ.*, 1978, 1240 ss., il quale rileva che i provvedimenti inerenti l'affidamento dei figli non sono "una "domanda" in qualche modo connessa con quella di separazione, ma un "effetto", una "conseguenza naturale" della pronuncia richiesta al giudice (ed infatti è carente in radice un potere dispositivo delle parti in ordine ai provvedimenti sull'affidamento della prole)" (1242-1243).

(27) Così Cass., 13-4-1978, n. 1760 in *Giust. Civ.*, 1978, I, 1238 con n. di M. Finocchiaro, Qual è il giudice competente, cit e in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 476 con n. Cipriani, Questioni vecchie e nuove sulla competenza ad affidare la prole e sul regolamento di competenza, la pronuncia è stata resa in sede di regolamento di competenza avverso provvedimento pronunciato ex art. 336, c.c. dal Trib. min. in pendenza del termine per impugnare la sentenza di separazione provvisoriamente esecutiva e la C. Cass. ha affermato la competenza del giudice d'appello; rileva in merito Cipriani come sia "infruttuoso il tentativo di far perno sulla pendenza del processo di separazione, divorzio o nullità per stabilire dove finisce la competenza del Tribunale ordinario e dove comincia quella del Tribunale per i minorenni: durante la pendenza del processo di separazione, divorzio o nullità si hanno fasi più o meno lunghe, durante le quali non vi è un giudice al quale rivolgersi per chiedere in via d'urgenza la modifica dei provvedimenti relativi alla prole (...). In particolare, il problema esiste durante il termine per appellare, non potendosi condividere quanto (approfittando del fatto che nella specie la sentenza era provvista di clausola) ha sostenuto la Cassazione nell'annotata sentenza, e cioè che in questa fase la proponibilità delle istanze per la concessione, la revoca o la sospensione dell'autorizzazione all'esecuzione della sentenza di primo grado, previste dagli artt. 283, 351 e 357 Cod. Proc. Civ., assicura che gli interessi urgenti della prole siano ugualmente soddisfatti e tutelati"; nello stesso senso di Cass., n. 1760/78 v. Cass., 14-12-1978, n. 5949 in *Dir. Fam. Pers.*, 1979, I, 657 emanata in sede di regolamento di competenza avverso provvedimento ex artt. 330-333 c.c. reso dal Trib. min. mentre il giudizio di separazione era in stato di sospensione, secondo cui il principio per cui fino al passaggio in giudicato della sentenza di separazione è competente a provvedere sulla prole esclusivamente il Trib. ord. non soffre deroghe neppure quando il giudizio è sospeso e ricorrano ragioni d'urgenza, "atteso che anche nel giudizio di separazione è prevista l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti ad opera del Presidente o dell'istruttore.

(28) V. Cass., 7-5-1975, n. 1762 in *Giust. Civ.*, 1975, I, 1268; Cass., 18-11-1975, n. 3864; Cass., 19-11-1976, n. 4333 in *F.I.*, 1976, I, 2786 con n. di Lener e in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, 476 commento di Bombarda, Sulla competenza a modificare le disposizioni in ordine ai figli precedentemente adottate dal Tribunale civile in sede di separazione annullamento o scioglimento del matrimonio; Cass., 27-7-1978, n. 3778 in *Giust. civ.*, 1979, I, 115; Cass., 28-10-1978, n. 4923; Cass., 4-7-1979, n. 3784 in *Giust. Civ.*, 1979, I, 2084; Cass., 8-6-1979, n. 3192 ibidem con n. di A. Finocchiaro, La competenza per la revisione dei provvedimenti concernenti la prole contenuti nelle sentenze di separazione, annullamento e divorzio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione; Cass., 30-10-1979, n. 5686; Cass., 4-3-1980, n. 1439; Cass., 29-4-1980, n. 2838; Cass., 22-11-1980, n. 6213; Cass., 13-12-1980, n. 6446; Cass., 28-10-1981, n. 5642; Cass., 31-10-1981, n. 5760; Cass., 5-12-1981, n. 6458; cass., 20-1-1982, n. 354; Cass., 24-3-1982, n. 1857 in *F.I.*, 1982, I, 2259.

(29) V. in particolare sul punto Cass., n. 3778/78, cit., in cui si afferma anche che non "può accogliersi l'opinione secondo cui i provvedimenti ex art. 333 c.c. presupporrebbero la convivenza dei genitori, mentre ogni provvedimento relativo all'affidamento della prole, in regime di separazione legale dei genitori, rientrerebbe nella competenza del Tribunale ordinario, ai sensi degli artt. 710 e 711 c.p.c. e 38 disp. att. c.c.", in quanto, diversamente opinando, se il genitore affidatario viola i suoi doveri e l'altro genitore resta inattivo non vi sarebbero rimedi per far cessare tale comportamento in quanto l'art. 710 c.p.c. presuppone la domanda di uno dei coniugi, "mentre per

l'art. 336 c.c. il Pubblico Ministero può proporre ad iniziare presso il Tribunale per i minorenni la procedura per la privazione e la limitazione dei poteri inerenti alla potestà"; sul tema v. anche Bombarda, o.c., 478 ss.

(30) Nonostante sia assai diffusa l'affermazione di una competenza "espansiva" del Trib. min. in tutti i rapporti non patrimoniali che interessano i minori cui corrisponderebbe la competenza del Trib. ord. per i provvedimenti aventi natura economica, una tale partizione è priva di fondamento normativo, essendo stato preferito nell'art. 32 r.d.l. n. 1404/34 il criterio dell'indicazione tassativa; su questi temi v. Novelli, Note illustrative al r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404, in Riv. Dir. Penit., 1934, 883; Bombarda, o.c., 482 ss., la quale sottolinea altresì come al momento dell'istituzione del Tribunale per i minorenni il legislatore avesse soprattutto presente il problema di minori delinquenti o travati "come dimostrano anche le strutture di questo organo che appaiono concepite in chiave penalistica e al più amministrativa" e come nell'individuazione dei criteri di competenza, giocasse "l'intuizione più o meno confusa, che, se il criterio della minore età era sufficiente ad individuare la competenza funzionale del Tribunale per i minorenni in sede penale o amministrativa, non lo poteva essere invece in sede civile, dove il minore può, ad esempio, essere portatore di interessi patrimoniali o essere coinvolto in vicende che riguardano anche altri soggetti, sicché controlli sull'esercizio della potestà e affidamenti dei minori sono spesso strettamente dipendenti e collegati a rapporti di spettanza del giudice ordinario" (483-484).

(31) Così Cass., n. 3192/1979, cit.; per una critica di quest'impostazione, v. Bombarda, o.c., 493 ss.; sull'attività istruttoria nel procedimento camerale e in particolare nei procedimenti in materia di famiglia v. in generale Civinini, o.c., 178 ss. ed ivi anche rif. di giur. e dottr. cui adde Sacchetti, Sul giudice relatore dotato di poteri istruttori e direttivi nel procedimento camerale minorile, in Dir. Fam. Pers., 1993, 717 ss.

(32) V. Cass., 12-5-1980, n. 3120; Cass., 12-5-1981, n. 3131; Cass., 7-10-1981, n. 5267; Cass., 24-11-1981, n. 6239; Trib. Min. Bologna, 3-7-1980 in Dir. fam., 1980, 1182.

(33) V. Cass., 6-6-1979, n. 3192, in F.I., 1979, I, 1362 con n. di Taddeucci, in Dir. fam., 1980, 57 con n. di Morozzo della Rocca, in Giust. civ., 1979, I, 2084 con n. di Finocchiaro A.; Cass., 10-11-1980, n. 6029; Cass., 12-1-1981, n. 259 in F.I., 1981, I, 659; Trib. Min. Palermo, 9-11-1976, che affermano la possibilità di realizzare il simultaneus processus innanzi al giudice minorile, il cumulo di domande essendo giustificato da ragioni di connessione per accessorietà; sul punto v. anche per riferimenti Civinini, in F.I., 1983, I, 896 ss.; ID., I proc. cam. cons., cit., 99 ss., 108 ss.

(34) V. Cass., 8-1-1966, n. 140 in Giur. it., 1966, I, 1525; Cass., 28-4-1955, n. 1173; Cass., 23-5-1955, n. 1525; Cass., 30-6-1958, n. 2332; Cass., 7-5-1975, n. 1762; su questo orientamento v. Bombarda, o.c., 502 ss.

(35) Le frasi tra virgolette sono di Cass., 21-2-1980, n. 1251 in Dir. fam. pers., 1981, 28; conf. Cass., 1-8-1980, n. 4911, in Dir. fam., 1981, 53.

(36) Per indicazioni sulle poche voci contrastanti, v. Bombarda, o.c.; l'orientamento alla fine degli anni '70 era a tal punto consolidato che l'univocità del medesimo era assurda ad argomento per confermarlo: v. Cass., n. 3192/79, cit. e Cass., n. 3784/79, cit. in cui si afferma che la constatazione dell'univocità dell'indirizzo nonostante la non limpidezza dei dati normativi "appare decisiva al Collegio per escludere che possa essere presa in esame l'eventualità della revisione di un indirizzo giurisprudenziale che può dirsi ormai consolidato, essendo l'interesse della certezza giuridica, specialmente in materia processuale ed in tema di competenza in particolare, così preminente e determinante da poter essere sacrificato solo ove si dimostri non già l'astratta possibilità di altra soluzione, ma la gravità degli effetti che la perdurante adesione al precedente orientamento comporterebbe".

(37) In f.i., 1982, I, 2259; estensore di tale sentenza è Alfio Finocchiaro, da sempre strenuo avversatore della tesi maggioritaria; v. di tale A. La competenza per la revisione, cit.

(38) In f.i., 1982, I, 2259.

(39) In f.i., 1983, I, 896 con n. Civinini e in Giust. civ., 1983, I, 1095.

(40) V. tra le molte: Cass., 4-7-1983, n. 4460 in f.i., 1983, I, 2440 con n. di Civinini; App. Min. Bologna, 11-12-1987, in Giur. Mer. 1988, 469 con n. Carlini, Ancora in tema di ripartizione di competenza tra Tribunale ordinario e Tribunale minorile nell'affidamento della prole; Cass., 8-9-1992, n. 10292 in Dir. fam. pers., 1993, 105, emanata in sede di regolamento di competenza avverso provvedimento ex art. 700 c.p.c. pronunciato dal pretore, in cui si afferma la competenza del Trib. ord. a provvedere anche in via di urgenza.

(41) Sacchetti, I provvedimenti giurisdizionali in tema di affidamento dei minori, I Relazione, in Quaderni del C.S.M., maggio 1987, 23 ss.

(42) La massima è ripetitiva; v. Cass., 23-4-1983, n. 2813; Cass., 18-5-1983, n. 3432; Cass., 15-7-1983, n. 4874; Cass., 30-5-1983, n. 3718; Cass., 4-10-1984, n. 4917; Cass., 16-7-1984, n. 4182; Cass., 17-5-1984, n. 3050; Cass., 18-10-1985, n. 5137; Cass., 30-5-1989, n. 2652, in Arch. civ., 1989, 946.

(43) V. le sent. citate alla nota precedente.

(44) Così Sacchetti, o.c., 33; sulle "prassi degenerative" della giustizia minorile e sulla "patologia dei provvedimenti d'urgenza". v. Pazè, Il processo minorile di volontaria giurisdizione tra prassi autoritaria e incerte prospettive, in *Questione giustizia*, 1988, I, 61 ss.

(45) In *Dir. fam. pers.*, 1994, 148.

(46) In *Dir. fam. pers.*, 1993, 241.

(47) Per una diversa prospettazione v. Cass., 13-2-1987, n. 1562 secondo cui: "In pendenza del giudizio di separazione dei coniugi dinanzi al Trib. ord., nel corso del quale siano stati adottati provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, il Trib. min. può essere sempre adito per la pronuncia della decadenza dalla potestà sui figli, ex art. 330 c.c., trattandosi di competenza esclusiva di questo Tribunale in ordine alla quale non è possibile alcun conflitto di competenza con quella del Trib. ord. e della cui decisione potrà tenersi conto dinanzi al giudice della separazione come *factum superveniens*, per l'adeguamento dei provvedimenti provvisori adottati".

Si v. anche, in tema di ripartizione delle competenze, Trib. Min. Venezia, 19-10-1990 (in *Dir. fam. pers.*, 1991, 201 con n. di Dall'Ongaro); dopo aver affermato che la S.C., con la sent. S.U. n. 1551/1993, ha finito per "individuare la frontiera tra le due competenze contigue nel *petitum*", criterio insufficiente ed equivoco per la facilità di "prospettare i fatti a formulare le richieste in modo di predeterminare indifferentemente la competenza dell'uno o dell'altro Tribunale", ritiene necessario "individuare, attraverso l'attento esame dei fatti sottoposti al giudizio di questo Tribunale e dei provvedimenti richiesti (*petitum*) la reale causa petendi dell'azione esercitata, confrontandola con i limiti della competenza attribuita in via esclusiva al Trib. min.". All'esito di una approfondita analisi, conclude il Tribunale ritenendo che nei casi di cui all'art. 333 c.c. e all'art. 317 c.c. vi è identità di *petitum* e causa petendi dei provvedimenti richiesti ai due giudici, di modo che in tal ipotesi è in base al principio di specialità che deve elidersi la concorrenza e competerà al Trib. ord. dirimere tutti i conflitti conseguenti alla rottura del matrimonio. Nessun pericolo di conflitto può sorgere invece con riferimento alla decadenza dalla potestà, data la diversità dei provvedimenti che possono essere emanati dai due giudici. "La decadenza pronunciata dal Trib. min. comporta l'estinzione della stessa titolarità della potestà, laddove i provvedimenti riguardo ai figli pronunciati dal Trib. ord. danno luogo solo al "regolamento dell'esercizio della potestà". C'è da aggiungere che per la pronuncia della decadenza della potestà occorre dimostrare che il genitore nei cui confronti il ricorso è proposto, ha violato i doveri ad essa inerenti o abusato dei relativi poteri con grave

pregiudizio del figlio. Quando la decadenza della potestà viene chiesta nei confronti di un genitore per il quale è stata già pronunciata sentenza di separazione o di divorzio o è in corso il relativo giudizio, i doveri ed i poteri inerenti alla potestà saranno quelli delimitati direttamente o indirettamente) dai provvedimenti provvisori o definitivi che il giudice civile ha adottato riguardo ai figli; occorre poi che il pregiudizio arrecato al figlio, in relazione a tali violazioni o abusi sia grave e dunque ben diverso da quello che normalmente si verifica in occasione della conflittualità connessa alla rottura dell'unità familiare”.

(48) Cfr. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 372-373, il quale, proprio in relazione alla strutturazione del giudizio in una fase preliminare sommaria e in una fase a cognizione piena, esclude che residuino spazi per la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

(49) Il presupposto del mutamento delle circostanze, soprattutto per quanto concerne i provvedimenti relativi alla prole, è valutato con ampiezza della giurisprudenza, la quale afferma che può farsi luogo a revoca o modifica non solo quando sopravvengano fatti nuovi ma anche quando emergano, attraverso l'attività probatoria o le allegazioni della parti, fatti preesistenti ma non conosciuti dal Presidente o quando risulti che l'ordinanza presidenziale è inficiata da errore di fatto palesemente emergente dalle risultanze istruttorie; cfr. Cass., 27-1-1984, n. 636; Trib. Napoli, 10-2-1979; Trib. Milano, 27-12-1960, in cui si afferma che può costituire presupposto per la modifica anche la semplice difficoltà di attuazione; tale ampia interpretazione deve essere pienamente condivisa, laddove si tenga presente: da un lato il fatto che il Pres. Trib. emana i provvedimenti provvisori e urgenti sulla base di una cognizione sommarissima e sovente delle sole dichiarazioni dei coniugi e del solo coniuge comparso ed eventualmente della prole (Mandrioli parla in proposito di “ordinanza emessa in maniera piuttosto improvvisata”) ed è quindi possibile che la successiva istruttoria riveli l'esistenza di fatti non conosciuti o mal prospettati; dall'altro lato che, in relazione ai provvedimenti sulla prole, non valgono il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato ed il principio dispositivo, dovendo trovare attuazione il preminente interesse della prole (su questi temi v. Civinini, *I proc. cam.*, cit., 183 ss.), e sarebbe assurdo vincolare in questa fase il giudice alla prospettazione di circostanze sopravvenute inibendogli la rivalutazione, alla luce anche dell'esito dei provvedimenti precedenti, delle circostanze preesistenti.

(50) V. Trib. Milano, ord. 27-10-1961 in *Temi*, 1962, 649.

(51) V. sent. cit. alla nota prec. in cui si afferma che il potere attribuito al G.I. dall'art. 708, 4 comma ha natura eccezionale e si giustifica nella sua ampiezza tenuto conto che nel corso dell'istruzione delle questioni più delicate può in ogni momento essere investito il collegio. “Peraltro ove tale controllo venga meno (come nei casi di interruzione e sospensione della causa) il G.I. è privato di questo potere eccezionale dalla stessa legge, la quale lo riconduce entro i limiti della sua normale competenza come chiaramente appare dagli artt. 48 ult., p. 699 e 673 sec. comma c.p.c. Infatti per gli artt. 48 e 699 il G.I. può, anche in caso di sospensione ed interruzione, provvedere ad atti istruttori urgenti (i quali rientrano nella sua normale competenza ma non può mai pronunciare provvedimenti che possano incidere sui diritti soggettivi delle parti; l'art. 673 secondo comma, poi, conferma il principio quando dispone che nella fase di interruzione o sospensione della causa e cioè quando è impossibile ogni controllo giurisdizionale del Collegio – al G.I. non è consentito di concedere, come lo è in corso di causa, provvedimenti cautelativi, in quanto evidentemente essi incidono nella sfera patrimoniale delle parti e per i quali, invece, la legge attribuisce la competenza al Presidente del Tribunale o della Corte”.

V. invece Cipriani, in *Cipriani-Quadri, La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 285, secondo cui “trattandosi di provvedimenti nè prodromici, nè strumentali rispetto al processo finale, avendo cioè essi un'autonomia funzionale rispetto al processo e alla sentenza, deve ritenersi che sfuggano al principio di cui gli artt. 298 e 304 c.p.c.: essi, dunque, potranno essere modificati e evocati dal Giudice Istruttore anche durante la sospensione e l'interruzione del processo”.

(52) Sulla possibilità di applicazione analogica degli artt. 669-bis ss. c.p.c., v. Costantino, Commento all'art. 669 quaterdecies in Commento alla l. 26 novembre 1990, n. 353 a cura di Tarzia e Cipriani; l'A. rileva che "una indicazione in tal senso è ... fornita dal nuovo testo dell'art. 703, comma 2°, nel quale, in riferimento ai provvedimenti possessori, che non hanno natura cautelare, il rinvio agli artt. 689 ss. è sostituito con quello agli artt. 669-bis ss. (p. 404 testo e nota 21).

Sulla possibilità di distinguere all'interno del corpus normativo dedicato al procedimento cautelare le norme "funzionali" al collegamento strumentale col giudizio di merito e le norme "strutturali", v. PENTANGELO, Brevi profili ricostruttivi del procedimento possessorio, in Doc. Giust., 1994, n. 7-8, 1416 ss, spec. 1424.

(53) Qualora la soluzione indicata nel testo fosse ritenuta non accoglibile (ponendo la medesima il problema di cosa accade nel caso in cui dopo la modifica non sia instaurato il giudizio di appello), potrebbe in alternativa ammettersi un intervento urgente nell'interesse della prole richiesto ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nella pendenza dei termini per impugnare, con conseguente piena e completa applicabilità del procedimento cautelare uniforme; l'ammissibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c. è stata sovente affermata in giurisprudenza; v. per riferimenti Proto Pisani, Appunti, cit.; Civinini, I proc. in camera di cons., cit., 217 ss.; Montel e altri, Il provvedimento ex art. 700 c.p.c. in materia di affidamento di prole in Nuovo dir., 1970, 701; Finocchiaro M., "Minori", modifiche della separazione personale e "provvedimenti d'urgenza". n. a Trib. Napoli, 18-7-1986, in Giur. Mer., 1987, 309.

(54) Dato il chiaro disposto dell'art. 189 disp. att. c.p.c., secondo cui il provvedimento ex art. 708 c.p.c. "conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo finché non sia sostituito con altro provvedimento emesso dal Presidente o dal Giudice Istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi" è escluso che possa richiedersi la modifica dell'ordinanza col procedimento di cui all'art. 710 c.p.c., come sembra invece ritenere Capponi, Novellato art. 710 del codice di procedura civile, in f.i., 1988, V, 513 ss., spec. 520. Sul tema da ultimo, v. Cass., S.U., 27-7-1993, n. 8389 in Dir. fam. pers., 1994, 142, pronunciata – per quanto è data arguire dalla parte pubblicata – in sede di regolamento di giurisdizione; afferma la S.C.: "dato comune della disciplina – originaria e modificata – è che, come questa Corte ebbe già ad affermare con la sent. n. 1760/78, oggetto di modificazione possono essere i provvedimenti emanati con la sentenza di separazione e che questa sia passata in giudicato, ancorché si tratti, per quanto riguarda tali provvedimenti, di sentenza determinativa, pronunciata rebus sic stantibus, appunto perché suscettibile di essere modificata con il sopravvenire (alla sentenza di separazione passata in giudicato) di nuove circostanze di fatto. Ciò vuol dire che, perché possa instaurarsi il procedimento di modifica, la sentenza che pronuncia la separazione e, contestualmente, statuisce circa gli effetti della separazione, quanto alla prole ed ai coniugi, dev'essere non più suscettibile d'impugnazione... In altri termini, fin quando le statuizioni accessorie alla pronunzia della separazione siano suscettibili di modifica all'interno di quel giudizio, l'instaurazione del procedimento – esterno – di cui all'art. 710 c.p.c. è preclusa e la domanda di modifica non è proponibile, in quanto manca la statuizione da modificare ed il giudizio è privo di oggetto". Afferma quindi la Corte che il problema è unicamente quello di stabilire in che momento "può attivarsi il procedimento di cui all'art. 710 c.p.c." (e non un problema di competenza o di giurisdizione come prospettato dal ricorrente), impedendo la pendenza del giudizio di separazione "l'instaurazione stessa del rapporto processuale ai sensi dell'art. 710 c.p.c.".

(55) V. la sentenza cit. alla nota precedente.

(56) Ai provvedimenti di cui all'art. 710, 3° comma c.p.c. non si applica il disposto dell'art. 189 disp. att. c.p.c., soluzione coerente con la diversa natura e funzione dei medesimi rispetto all'ordinanza di cui all'art. 708 c.p.c.; quest'ultima infatti viene emanata – ed eventualmente successivamente modificata – per ovviare al pericolo che presenta per i membri della società

familiare e per la collettività il momento in cui si passa dalla famiglia unita alla famiglia separata e sorge impellente la necessità di regolare questa nuova situazione di fatto; i provvedimenti di cui all'art. 710 c.p.c. vengono invece emanati in un momento in cui la famiglia separata ha già trovato una sua regolamentazione che, essendo contenuta nella sentenza di separazione, nel caso di estinzione del giudizio di modifica e di caducazione dei medesimi, mantiene tutta la sua efficacia.

(57) L'art. 669-quaterdecies ha esteso la disciplina comune di cui agli artt. 669-bis e 669-terdecies, i quanto compatibile, a tutti i procedimenti cautelari previsti dal codice civile, dalle leggi speciali e, deve ritenersi "per superiori esigenze di ratio" (Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, v. dell'Enc. Giur. Treccani, Roma, 1991, 33), dal codice di procedura civile (contra Frus, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna-Roma, 1992, sub art. 669-quaterdecies); qualificati, per le ragioni di cui al testo, i provvedimenti ex art. 710, 3° comma c.p.c., quali provvedimenti cautelari deve scrutinarsi se la disciplina uniforme del procedimento cautelare sia compatibile con le peculiarità proprie di questa misura).

(58) L'unica norma che pone un problema di compatibilità è quella sulla competenza; infatti, mentre in base alla disciplina di cui agli artt. 669 e 669-quater competente ad emanare la misura cautelare è il giudice monocratico, la norma in esame attribuisce tale potere al collegio; secondo Costantino, o.c., 418, competente è il giudice singolo; a nostro avviso, al fine di individuare la disciplina applicabile deve farsi riferimento a casi analoghi, potendo istituirsi una comparazione da un lato con le ipotesi in cui, come nella specie, si ha una trattazione collegiale (provvedimenti cautelari emanati dalla Corte d'Appello che dalla prevalente dottrina si ritengono di competenza collegiale), e dall'altro con i giudizi ordinari per i quali vige la riserva di collegialità (nei quali non viene meno la competenza dell'istruttore); poiché nel giudizio camerale non vi è una figura corrispondente al Giudice Istruttore (tale non essendo il giudice relatore, il quale non ha alcuna autonoma attribuzione, potendo soltanto essere delegato alla mera assunzione dei mezzi di prova) e dovrebbe pertanto pensarsi ad una sorta di giudice delegato all'emanazione del provvedimento cautelare – il che dalla legge non è previsto – appare preferibile risolvere la questione in modo analogo che per i provvedimenti cautelari in appello, con la competenza collegiale.

(59) Trattasi di procedimento di competenza del giudice ordinario; v. anche C. Cost., 30-7-1980, n. 135 che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale di tale norma nella parte in cui attribuirebbe al Trib. ord. e non al Trib. min. la decisione su controversie di particolare importanza per la prole, ritenendo tra l'altro che il riparto di competenze tra i due organi "non può non ricadere nell'ambito della discrezionalità legislativa".

(60) Sull'applicabilità dell'art. 316 c.c. anche in caso di separazione e divorzio, v. Civinini, o.c., 518 ss., 557 ss.

(61) Il problema si pone solo quando ricorrente è uno dei genitori, mentre quando il ricorso è proposto da un parente o dal P.M. il procedimento deve necessariamente inquadrarsi nell'ambito dell'art. 336 c.c..

(62) La soluzione di cui nel testo appare in armonia con quelle pronunce giurisprudenziali che, prima della sent. Cass. n. 1551/1983, cit., ammettevano il cumulo innanzi al Trib. min. tra la domanda di modifica delle condizioni di affidamento e la domanda di determinazione dell'assegno, essendo venute tra l'altro meno, a seguito della modifica dell'art. 710 c.p.c., le questioni relative alla diversità di rito; tale soluzione avrà comunque fondamento normativo al momento dell'entrata in vigore dell'art. 38 c.p.c. nel testo modificato dalla novella del 1990, per le conseguenze che l'unificazione del trattamento normativo dell'incompetenza per materia, valore e territorio inderogabile importano in punto di derogabilità della competenza per ragioni di connessione; sul punto v. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 20 ss., sulla possibilità di utilizzare il concetto di connessione tra cause in materia camerale v. Civinini, o.c., 108 ss.

(63) V. Cipriani, o.c., 281 ed ivi riferimenti, in relazione ai provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole emanati dal giudice del divorzio e della separazione.

(64) È affermazione diffusa che oggetto del proc. ex artt. 330, 333, 336 c.c. è la cura dell'interesse del minore, configurandosi la posizione del genitore sotto il profilo sostanziale quale posizione debole destinata naturalmente a cedere, incisa soltanto in via riflessa; deve, peraltro, sottolinearsi – e il profilo meriterebbe maggiori approfondimenti – una indubbia affinità tra la pronuncia in esame e la pronuncia di interdizione e inabilitazione, importando entrambe una esclusione o limitazione di poteri che ineriscono naturalmente al soggetto in quanto persona umana o in quanto genitore; qualora si accentuasse il rilievo che nella pronuncia ha il sacrificio del diritto del genitore (con positive conseguenze verosimilmente anche in punto di tutela di quest'ultimo) potrebbe prospettarsi una efficacia di giudicato della pronuncia.

(65) V. Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, cit., 202 ss.; Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, in Riv. Dir. Proc., 1990, 386 ss., spec. 413 ss. su giudicato interno e giudicato esterno.

(66) Il provvedimento di cui all'art. 330 c.c. può essere revocato soltanto ai sensi dell'art. 332 c.c., il quale prevede che il genitore decaduto dalla potestà possa essere reintegrato nella medesima quando sono venute meno le ragioni che hanno portato alla pronuncia della decadenza ed è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio; l'art. 33, 2 comma dispone che i provvedimenti di cui al primo comma sono revocabili in ogni momento, con norma che ricalca l'art. 742 c.p.c.; sul tema v. Civinini, o.c., 546; la giurisprudenza ammette la revocabilità ex art. 742 c.p.c. anche del provvedimento di decadenza, v. Cass., s.u., 23-10-1986, n. 6620 in n.g.c.c., 1987, I, 552 e in F.I., 1987, I, 3278, Cass.; 20-5-1987, n. 4607 in F.I., 1987, I, 3278.

(67) Diverso problema è se la domanda di revoca può essere proposta innanzi al giud. ord. per motivi di connessione; alla soluzione positiva sembra di ostacolo la competenza, essendo verosimilmente quella di cui all'art. 38 disp. att. c.c. nel caso di specie una competenza di tipo funzionale.

(68) Ad es., il genitore decaduto dalla potestà non può essere affidatario, avendo l'affidatario l'esercizio esclusivo della potestà; il genitore non affidatario cui sia fatto divieto di tenere presso la propria residenza il figlio (perché convive con tossicodipendente, pregiudicato...) potrà esercitare il diritto di tenere presso di sé la prole soltanto fuori dalla residenza; etc.