



**TRIBUNALE PER I MINORENNI
MILANO**

N. 2990/10 R.G./E

Il Tribunale per i Minorenni di Milano, riunito in camera di consiglio nella persona dei signori:

| | |
|---------------------------------|----------------------------|
| <i>Dr. Luca Villa</i> | <i>Presidente relatore</i> |
| <i>Dr. Gennaro Mastrangelo</i> | <i>giudice</i> |
| <i>Dr.ssa Donatella Galloni</i> | <i>giudice onorario</i> |
| <i>Dr. Joseph Moyersoén</i> | <i>giudice onorario</i> |

nel procedimento ai sensi degli *artt.330 - 336 c.c.* relativo ai minori

B. E. nato a XXX il xx.xx.1994 e **B. M.** nata a xxx il xx.xx.2004

figli legittimi di

B. D. residente ad Ancona con l'assistenza dell'avv Riccardo Leonardi e Maria Luisa Belvederesi e Antonio Trotti e di

C. M. P. residente a Peschiera Borromeo con l'assistenza dell'avv. Beatrice Maninfior,

Osserva

Il procedimento è stato aperto su istanza de il procedimento è stato aperto su istanza del padre 23.9.2010 che ha chiesto di «*adottare i provvedimenti urgenti e necessari ex art 333 cc al fine di eliminare il pregiudizio arrecato dalla sig.ra C. M. P. (...) alla serena e equilibrata crescita dei minori M. e E. B. (...)*». Dagli atti allegati emerge che nell'ambito del Procedimento pendente innanzi al Tribunale Ordinario è stata effettuata CTU sulle competenze genitoriali e da ultimo, 9.2.2010, si è disposto un intervento limitativo della potestà delegando ai servizi sociali del Comune di Peschiera Borromeo la regolamentazione delle visite dei minori con il padre

Con decreto 9 ottobre 2010 sono stati concessi termini per notificare il ricorso e depositare memorie sulla competenza del Tribunale

Il 10.11.2010 la difesa del ricorrente ha depositato memoria con la quale si è insistito nel ricorso mentre la convenuta si è opposta.

Il 29.11.2010 il PM ha chiesto di dichiarare l'incompetenza funzionale pendendo giudizio di separazione

Motivi della decisione

Ritiene il Tribunale che non sussista la competenza del Tribunale per i Minorenni essendo pendente giudizio innanzi al Tribunale ordinario nell'ambito del quale possono essere assunti (e sono stati assunti) i medesimi provvedimenti – anche limitativi della potestà dei genitori – e dovendosi evitare decisioni contrastanti.

In particolare si deve osservare che l'*art. 333 c.c.*, laddove richiama la tutela dei figli minori rispetto ad un ipotizzato pregiudizio, enuncia una situazione ricompresa anche tra i presupposti della disciplina di cui all'*art.155, I c., c.c. e 6 L.898/70 (e succ. modif.)*, prevedendo per il TM la possibilità di emettere i «*provvedimenti convenienti*» tra i quali l'allontanamento del genitore.

Il precedente testo dell'*art 155 cc* era certamente più esplicito facendo riferimento al co. 6 alla possibilità di disporre il collocamento dei figli presso terzi da parte del giudice della separazione, ma non si ritiene che con la nuova formulazione (che non contiene tale espressa previsione) sia in realtà mutato il quadro normativo.

L'*art 155 cc*, anche nella nuova formulazione, prevede infatti che il giudice della separazione possa decidere *ultra petita* adottando «*i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*» e successivamente specifica che il Tribunale adotta «*ogni altro provvedimento relativo alla prole*», pertanto senza alcun limite. Che vi sia coincidenza di potere emerge inoltre dal nuovo disposto dell'*art 709 ter cpc* laddove si prevede e ribadisce la possibilità di emettere i «*provvedimenti opportuni* » anche quando emergano «*gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore*».

La scarsa cura della tecnica normativa trova ragione nei tempi e nelle modalità con le quali è stata introdotta la legge 54/06.

Dalla lettura dei lavori parlamentari emerge infatti che il legislatore si era accorto della lacuna normativa (cfr in particolare l'emendamento 1.70 proposto dal Sen. Calvi¹) ma la discussione venne compressa con il seguente esplicito richiamo del rappresentante del governo alla “*mancaza del tempo necessario per poter emendare il testo con la ragionevole aspettativa di giungere all'approvazione della riforma entro il termine della legislatura*”², tant'è che i rappresentanti della maggioranza rinunciarono ai loro emendamenti, un invito al ritiro venne fatto agli esponenti dell'opposizione e gli altri emendamenti vennero tutti respinti con approvazione della legge in prima

¹ L'emendamento 1.70 introduceva l'*art 155 sexies* così formulato: «*1. Per gravi motivi o in caso di ripetute violazioni degli obblighi inerenti la potestà genitoriale, il giudice competente per la separazione, ovvero il tribunale per i minorenni nel caso in cui il procedimento prenda avvio al di fuori della separazione dei coniugi o nel caso di figli di genitori non coniugati, può ordinare il collocamento dei figli minori presso terzi ovvero presso un istituto di educazione qualora ritenga, con provvedimento motivato, che tale soluzione sia più idonea a tutelare gli interessi del minore.*». Il Senatore illustrava l'emendamento evidenziando che con tale «*ipotesi emendativa invece si disciplina una evidente lacuna dell'articolato che non si occupa dell'ipotesi dell'affidamento dei figli presso terzi.*». L'emendamento 1.7 del Sen Bucciario (della maggioranza parlamentare) che però veniva ritirato.

² Cfr intervento dell'on Jole Santelli

lettura confidando in interventi della magistratura che colmassero le rilevate evidenti lacune³.

Né si deve dimenticare che il Tribunale Ordinario può emettere a sua volta (sia in fase pre-giudiziale che – come espressamente previsto dall’art 8.1 della legge 154/01 che ha introdotto l’art 342 bis cc – nei provvedimenti emessi nel corso del procedimento ex art 155 cc) un provvedimento tipico del Tribunale per i Minorenni ovvero l’allontanamento del genitore dall’abitazione familiare ai sensi dell’art 342 bis cc, provvedimento che parimenti può essere adottato dal tribunale per i Minorenni ai sensi dell’art 333 cc.

Non si ritiene che vi siano interpretazioni alternative e che non sia mutato il riparto delle competenze, se solo si considera che la legge 54/06 ha lasciato immutato il contenuto dell’art 6 co. 8 della legge 1.12.1970 n. 898 nella quale si prevede, in sede di divorzio, la possibilità per il Tribunale, *«in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori»* di procedere *«all’affidamento familiare di cui all’art 2 della legge 4 maggio 1983 n. 184»* con esplicita possibilità pertanto di limitare la potestà genitoriale di entrambi i genitori. Evidente l’irragionevolezza di un sistema che escludesse interventi incisivi del giudice della separazione – quando la conflittualità è notoriamente maggiormente esacerbata – prevedendo invece tale possibilità in sede di divorzio, ad anni di distanza e con assetti generalmente ormai stabilizzati.

Ciò premesso, non ritiene il Tribunale di poter condividere quanto di recente sostenuto nella ordinanza 16.10.2008 n. 25290 della Corte di Cassazione, nella quale si ritiene la competenza del Tribunale per i Minorenni, anche in pendenza di giudizio di separazione, ritenendo che *«il discrimine fra la competenza del Tribunale Ordinario e la competenza del Tribunale per i Minorenni, in tema di affidamento dei minori, non va individuato nell’esistenza o meno del rapporto di coniugio fra i genitori del minore medesimo, ma in riferimento al petitum ed alla causa petendi, per cui ai sensi del combinato disposto dell’art 333 cc e 38 dip att cc, rientrano certamente nella competenza del Tribunale per i Minorenni le domande finalizzate a ottenere provvedimenti cautelari e temporanei idonei a porre rimedio a situazioni pregiudizievoli per il minore, anche se non di gravità tale da giustificare la declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale, ex art 330 cc, mentre rientrano nella competenza del tribunale ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi, di annullamento del matrimonio o di pronunzie ex legge n. 898/1970, le pronunzie di affidamento dei minori che prescindano dalla sussistenza di situazioni per essi pregiudizievoli alle quali si deve ovviare con il richiesto provvedimento giudiziario, di carattere cautelare e contingente, e mirino solo a individuare quale dei due genitori sia più*

³ Nello stesso senso l’intervento del relatore della commissione (Sen Gubetti) che, pur riconoscendo la fondatezza di una serie di emendamenti “invitava” *«i presentatori al ritiro di tutti gli emendamenti presentati, sottolineando che nella prossima legislatura si potrà tornare nuovamente a riflettere sulla materia in questione, anche alla luce delle risultanze dell’applicazione concreta di tale disciplina»*, nonché l’intervento del Sen Bucciero (relatore per la maggioranza) con il quale si preannunciava il ritiro dei propri emendamenti (tra i quali l’emendamento 1.7. citato nella nota precedente). Così il resoconto: *«Sottolinea quindi come alla base della decisione di ritirare tutte le proposte emendative a sua firma vi è stata, in questa circostanza, a differenza di molte altre, anche un’apertura di fiducia nei confronti della magistratura che sarà chiamata a risolvere le questioni interpretative che l’articolato porrà»*

idoneo a prendersi cura del figlio, al fine di consentirgli una crescita tranquilla ed equilibrata».

Innanzitutto deve osservarsi che la Corte individua quale discrimine decisivo, nel riparto della competenza, la sussistenza di situazioni di pregiudizio per i minori, ma si è sopra evidenziato come tale presupposto sia esplicitamente richiamato dall'art 709 ter cpc come recentemente introdotto.

In tale pronuncia si dà inoltre per consolidato un orientamento che presenta invece pronunce di segno nettamente opposto e nelle quali si ribadisce invece l'importanza di evitare competenze concorrenti e contrasti di giudicati.

La giurisprudenza più attenta in realtà evidenzia che *«I provvedimenti di revisione di affidamento dei figli minori di coniugi separati, in forza di separazione giudiziale o consensuale omologata, ovvero di coniugi il cui matrimonio sia stato annullato o sciolto, sono devoluti alla competenza del tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 155 cod. civ., mentre va ravvisata la competenza del tribunale per i minorenni, a norma dell'art. 38 disp. att. cod. civ., nei soli casi in cui si chieda un intervento cautelare ablativo della potestà genitoriale, a norma degli artt. 330 e 333 cod. civ. In particolare sussiste la competenza del tribunale per i minorenni, a norma dell'art. 333 cod. civ., quando il provvedimento da adottare si risolve in una compressione della potestà genitoriale quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole al figlio, restando salva in ogni altro caso la competenza del giudice della separazione»* (così Cass Sez. 1, Sentenza n. 1213 del 4/2/2000⁴ laddove si è negata la competenza del tribunale per i minorenni in un caso in cui detto tribunale aveva adottato un provvedimento diretto a rimuovere una situazione di obiettiva difficoltà della minore conseguente al disposto affidamento alla madre, ordinando, a modifica della statuizione del tribunale, l'affidamento di essa al comune, perché fosse collocata con la madre in idonea struttura, nel dichiarato convincimento che tale soluzione valesse ad ovviare alle riscontrate carenze di entrambi i genitori) ed in tal senso si è seguito il solco tracciato dalla Sentenza della Cassazione sez. 1 n. 3159 dell'11/4/1997.

Pertanto, in pendenza di un giudizio di separazione, la competenza del Tribunale per i Minorenni permane solo in relazione ad accertamenti e pronunce riguardanti la titolarità della potestà sui figli minori, stante la sua competenza esclusiva in materia di provvedimenti ablativi della potestà parentale sulla prole ai sensi dell'art. 330 c.c. Sussiste invece la competenza del TM anche per i figli di genitori coniugati, ai sensi dell'art 333 cc, quando l'istanza proviene da terzi o quando non sia pendente giudizio di separazione e divorzio.

Sempre nello stesso senso la più recente ordinanza della Cassazione Sez. 1, n. 6953 del 2004, nella quale si è ribadito che la competenza del giudice specializzato viene meno per ragioni di connessione per effetto della introdotta domanda di separazione, ai sensi dell'art. 155 cc, e che affida al giudice di quella domanda i provvedimenti relativi ai figli (richiamando Cass n. 259 del 1981) ribadendo il discrimine tra figli di genitori coniugati e no.

⁴ Così massimata (Rv. 533436): “) “

Secondo tali interpretazioni giurisprudenziali la tutela della prole rispetto alle condotte pregiudizievoli dei genitori non costituisce ragione esclusiva per individuare la fattispecie di cui all'art. 330 c.c. e, conseguentemente, la competenza del Tribunale per i Minorenni, dal momento che essa può rientrare nella competenza del Tribunale Ordinario, sia come causa di provvedimenti relativi all'esercizio della potestà sui figli nelle sentenze di separazione o divorzio, sia nei provvedimenti modificativi di cui agli artt. 155 c.c., 710 c.p.c., e 6 L.898/70 (e succ. modif.).

Anche il richiamo alla *causa petendi* e al *petitum* appare poco significativo, salvo che sia richiesta la decadenza ex art 330 cc, posto che il procedimento innanzi al Tribunale per i Minorenni è di volontaria giurisdizione, i provvedimenti per loro natura non acquistano valore di cosa giudicata, sono sempre modificabili, non vi sono termini preclusivi all'introduzione di nuove domande e ampi sono i poteri officiosi del Tribunale.

Nel caso di specie peraltro il PM non ha formulato domande e la difesa del padre ha chiesto provvedimento che rientrano pacificamente nella competenza del Tribunale Ordinario.

Così come di scarso rilievo è il fatto che il PM sia legittimato attivo unicamente innanzi al Tribunale per i Minorenni, posto che in tutti i procedimenti innanzi al Tribunale Ordinario (vuoi per scelta legislativa o per interventi della Corte Costituzionale⁵) è prevista la partecipazione obbligatoria del Pubblico Ministero. Il sistema, e l'interpretazione sistematica qui seguita, ha un suo equilibrio perché il Pubblico Ministero minorile può sempre attivarsi innanzi al Tribunale per i Minorenni laddove si riscontri una situazione pregiudizievole per i minori figli di genitori coniugati (separati o meno che siano, conviventi o meno che siano) qualora si accerti che non sia pendente una causa di separazione o di divorzio. Se vi è causa pendente è invece il Pubblico Ministero presso il Tribunale Ordinario che potrà sollecitare il Giudice Ordinario ad adottare i provvedimenti opportuni.

La pronuncia citata non tiene infine conto di quanto anche di recente ribadito dalla Cassazione a proposito del contrasto giurisprudenziale circa la competenza a decidere sull'affidamento dei figli naturali.

Detta pronuncia ha riconosciuto la necessità di una competenza unitaria sia sull'affidamento che sulle questioni economiche evidenziando che l'interpretazione alternativa «*comporterebbe un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo. La costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata del processo impone all'interprete una nuova sensibilità ed un diverso approccio ermeneutico, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico*

⁵ Cfr ad es C. Cost 9.11.1992 n. 416 e C. Cost 25.6.1996 n. 214

concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo nella realizzazione di detto obiettivo costituzionale⁶».

A seguire l'ordinanza 16.10.2008 della Suprema Corte, la parte insoddisfatta delle decisioni da assumere (o temendo quelle che potrebbero essere assunte dal tribunale ordinario) potrebbe presentare ricorso ex art 333 cc al Tribunale per i Minorenni chiedendo un provvedimento, seppur temporaneo ed urgente, che parimenti potrebbe essere emesso dal tribunale ordinario con esiti non prevedibili qualora i due organi giudiziari emettessero provvedimenti incompatibili tra di loro (ad esempio affidando il minore a genitore diverso, oppure prevedendo diversi e contrastanti interventi da parte dei servizi sociali per agevolare o sospendere i rapporti con il genitore non collocatario).

Così ricostruito il sistema dei rapporti tra Tribunale Ordinario e Tribunale per i Minorenni si ritiene di fornire una risposta sistematica al coacervo di competenze con un sistema che di fatto mutua quanto già previsto dall'ordinamento per quel che concerne i provvedimenti emessi ex art 282 bis cpp dal giudice penale (allontanamento del genitore o del convivente dalla casa familiare come misura coercitiva) e dal già richiamato art 342 bis cc. In entrambi i casi si prevede infatti che i provvedimenti (quanto al primo relativamente ai soli aspetti economici) perdano efficacia una volta emessi i provvedimenti corrispondenti da parte del giudice competente per l'affidamento dei minori o la separazione giudiziaria. Sul punto la disciplina di cui all'art 282 bis cpp è chiara nel regolamentare i rapporti con la decisione del giudice della separazione o del divorzio, nonché con il Tribunale per i minorenni laddove si fa riferimento ad "*altro provvedimento del giudice civile in ordine (...) al mantenimento dei figli*" posto che ora, in seguito all'entrata in vigore della legge 54/06, la competenza anche sugli aspetti economici dell'affidamento dei figli naturali spetta al TM. Meno puntuale – ma si ritiene per una evidente distrazione del legislatore – la disciplina dell'art 342 bis cc. L'art 8 della legge 154/01 prevede infatti una dettagliata disciplina del rapporto tra l'ordine di protezione e il successivo avvio della causa di separazione o di divorzio, per il quale si prevede l'automatica perdita di efficacia dell'ordine di protezione, mentre nulla si dice nell'ipotesi invero non rara, di ordini di protezione a favore di genitore naturale nel caso in cui, successivamente all'ordine di protezione emesso dal tribunale Ordinario, sia avviata la causa di affidamento dei figli innanzi al tribunale per i minorenni, per i quali si produrrebbe una disparità di trattamento irragionevole.

Ciò premesso non si ritiene di dover dichiarare l'incompetenza o la continenza attesa la natura di volontaria giurisdizione del presente procedimento e non essendovi pertanto causa da riassumere, essendo le medesime questioni già devolute innanzi al Tribunale Ordinario di Milano. Le pronunce sulla competenza sono infatti necessarie al sistema proprio per evitare il formarsi di giudicati contrastanti e sono

⁶ Cfr Cass ordinanza numero 8632 del 22.3.2007 nella quale si ricorda che proprio muovendo da tale ricostruzione della valenza interpretativa, hic et nunc, dell'art. 111 Cost., sono intervenute recentemente le Sezioni Unite (sentenza 28 febbraio 2007, n. 4636) nell'ambito del processo del lavoro

pertanto estranee ai procedimenti di volontaria giurisdizione ove non si deve decidere un contrasto tra contrapposti diritti soggettivi, bensì si ha lo scopo esclusivo di tutelare l'interesse del minore e le decisioni assunte sono, si ribadisce, prive dei caratteri di decisorietà e definitività. Proprio l'assenza di giudicato e di preclusioni rende priva di utilità la fissazione di un termine per riassumere la decisione. Tale disciplina è infatti prevista per mettere le parti nelle condizioni di procedere alla *translatio iudicii* senza subire effetti pregiudizievoli e decadenze, mentre nella materia in esame non si trattano diritti disponibili. In tale ottica sembra d'altronde essersi mosse le stesse Sezioni Unite nell'ordinanza n. 16568 del 4/11/2003⁷

In conclusione, ritiene il T.M. che non vi sia spazio per un proprio intervento, non sussistendo elementi per pronunciare la eventuale decadenza dalla potestà dei genitori e pendendo innanzi al T.O. - funzionalmente competente - il giudizio sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio e sui conseguenti provvedimenti relativi alla prole.

Il presente procedimento deve quindi concludersi con una pronuncia di non luogo a provvedere sulle istanze formulate dal padre – già proposte innanzi al T.O. di Milano e quindi in corso di esame da parte del Giudice funzionalmente competente - senza specifica declaratoria di incompetenza e/o di continenza.

P.Q.M.

dichiara non luogo a provvedere disponendo l'archiviazione del procedimento.

Si comunichi al PM sede

Si notifichi alle parti a mezzo fax ex art 151 cpc sussistendo l'urgenza trattandosi di minore presso i legali domiciliatari

Si comunichi a mezzo FAX al Tribunale di Milano

Milano, 3 dicembre 2010

Il Presidente est

⁷ Così massimata (Rv. 567890): «La pronuncia sulla competenza contenuta in un provvedimento camerale privo di decisorietà e definitività non è impugnabile con il regolamento di competenza ad istanza di parte, atteso che la affermazione o la negazione della competenza è preliminare e strumentale alla decisione di merito e non ha una sua natura specifica, diversa da quest'ultima, tale da giustificare un diverso regime di impugnazione e da rendere ipotizzabile un interesse all'individuazione definitiva ed incontestabile del giudice chiamato ad emettere un provvedimento privo di decisorietà e definitività. (Nella specie era stato impugnato con regolamento di competenza il decreto con il quale l'adito tribunale per i minorenni aveva dichiarato la propria incompetenza per materia, indicando quale giudice competente il tribunale ordinario, su un'istanza dell'"ex" coniuge affidatario volta ad ottenere la sospensione del diritto dell'altro coniuge di incontrare e prendere con sé il figlio minore, secondo le modalità fissate nella sentenza di divorzio)». Analogo principio è ravvisabile in Cass Sez. 1, Sentenza n. 2756 del 05/02/2008 (Rv. 601851)