

Affidamento temporaneo di minore e conflitto di competenza

Di: [Francesco Tedioli](#)

Avvocato e cultore di diritto processuale civile

nota a **Cassazione civile, sezioni Unite, ordinanza 9 dicembre 2008, n. 28875** in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009, pagg. 702 - 718

A) Conflitto di competenza in affidamento temporaneo di minore

Decorso il termine di ventiquattro mesi, la proroga o la cessazione anticipata di un provvedimento di affidamento di minori integra un provvedimento camerale nuovo. Esso, pertanto, deve essere adottato dal Tribunale per i minorenni del luogo in cui l'interessato legittimamente risiede.

B) Affidamento temporaneo e provvedimenti urgenti

In tema di affidamento temporaneo di minore il successivo mutamento di dimora dell'affidato comporta che il giudice tutelare o il tribunale per i minorenni del luogo ove l'affidato di fatto risiede siano competenti su ogni intervento urgente e per rendere esecutivo quanto deciso dal servizio sociale.

Cassazione civile, sezioni Unite, ordinanza 9 dicembre 2008, n. 28875

Pres. Carbone V. - Rel. Forte F. – Rel. I sez. Giusti A. (Conf.) –

Tribunale per i minorenni - Competenza civile - Per territorio - Affidamento di minori - Provvedimenti relativi - Distinzione - Principio della perpetuatio e principio di prossimità - Competenza del tribunale per i minorenni del luogo ove il minore si trova - Sussistenza - Fattispecie.

In tema di competenza territoriale nei procedimenti di affidamento etero-familiare di minori, qualora il provvedimento iniziale di affidamento, di regola soggetto a durata non superiore ai ventiquattro mesi, necessiti di essere seguito da un'ulteriore proroga o, viceversa, da una cessazione anticipata, queste ultime vicende integrano provvedimenti camerale nuovi, per i quali il principio della perpetuatio deve essere temperato con quello di prossimità, sicché il giudice competente per territorio deve essere individuato nel tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore legittimamente si trova, in tal modo dando rilievo ad eventuali sopravvenuti cambiamenti di residenza. (Nella specie, le S.U. hanno dichiarato la competenza del tribunale per i minorenni del distretto ove risiedeva la famiglia cui il minore era stato affidato con provvedimento di un altro tribunale per i minorenni, nel cui distretto originariamente il minore risiedeva con la propria madre).

Affidamento - Affiliazione ed assistenza dei minori.

Nel caso di affidamento familiare di un minore, sia esso disposto con atto amministrativo, reso esecutivo dal giudice tutelare, o con decreto del tribunale per i minorenni del luogo di residenza abituale del minore alla

data del ricorso introduttivo se deciso su domanda o a quella della decisione, se trattasi di provvedimento di ufficio, il successivo legittimo mutamento di dimora dell'affidato comporta che, su ogni intervento urgente nell'interesse di lui sono competenti rispettivamente, per l'esecutività di quanto deciso dal servizio sociale locale e per i provvedimenti urgenti da assumere, il giudice tutelare e il tribunale per i minorenni del luogo ove l'affidato di fatto risiede. Decorsi ventiquattro mesi di durata massima del periodo di affidamento, spetta sempre al Tribunale per i minorenni del luogo di legittima residenza attuale del minore l'adozione, in rapporto all'interesse preminente dello stesso, dei provvedimenti di proroga o di cessazione dell'affidamento.

SOMMARIO

1. Il caso
2. La soluzione classica o “istituzionalistica”
3. Il criterio della prossimità e quello funzionalistico
4. Una decisione discutibile

1. Il caso

Nel maggio 2006 il Tribunale per i minorenni di L'Aquila disponeva, ai sensi degli [artt. 2 ss. della L. 4 maggio 1983, n. 184 e succ. mod.](#), l'affidamento etero familiare di un minore¹, nato a Napoli, ad una coppia di coniugi residenti a Pozzuoli. Tale famiglia si era occupata del bambino prima del suo trasferimento con la madre a Teramo. La donna, che aveva iniziato in questa città una convivenza dalla quale erano nate due figlie, era, poi, andata ad abitare all'estero, lasciando il minore in un ambiente a lui estraneo, a differenza di quello della famiglia affidataria con cui aveva già convissuto.

Nel giugno 2007 il medesimo tribunale prorogava l'affidamento fino a ventiquattro mesi e disponeva la formazione di altro fascicolo, da trasmettere al Tribunale per i minorenni di Napoli, nel cui distretto il minore si era stabilmente trasferito. A parere della corte remittente, la competenza di tale Ufficio era confermata da una serie di circostanze: la “prossimità” al domicilio del minore, la possibilità per la madre, che risiedeva all'estero, di incontrare il figlio a Pozzuoli presso la famiglia affidataria ed, infine, il fatto che i Servizi sociali di quel comune avevano il compito di curare il programma di assistenza e vigilanza sul minore.

I giudici napoletani ritenevano, invece, che la decisione fosse errata e sollevavano conflitto negativo di competenza²: la cognizione del procedimento avrebbe dovuto rimanere in Abruzzo, avanti la corte del luogo

1 L'affidamento è un intervento assistenziale temporaneo, volto a garantire al minore un inserimento familiare, in alternativa al ricovero in struttura. Il ricorso all'istituto assicura il mantenimento dei rapporti con il nucleo originario, anche al fine di agevolare un ricongiungimento. La famiglia affidataria è deputata al mantenimento, all'istruzione e all'educazione del minore, in conformità con le indicazioni dei genitori, non ancora decaduti, né limitati dalla potestà. L'affidamento può essere disposto sia dal servizio sociale locale, con il consenso dei genitori, dell'esercente la potestà o del tutore, che, nel caso cd. contenzioso, dal tribunale per i minorenni, dopo un intervento sulla potestà ex artt. 330 ss. c.c. Per approfondimenti, si veda COSTACURTA, *Art. 4, L. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di ZACCARIA, Padova, 2008, 1548 ss.

2 La competenza territoriale ad emettere i provvedimenti relativi a minori di cui agli artt. 330 ss. c.c. ha carattere funzionale ed inderogabile (ai sensi dell'art. 28 c.p.c. e del richiamo in esso contenuto ai procedimenti camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.); ciò rende inapplicabili le regole sulla litispendenza di procedimenti identici davanti a giudici diversi. Ai sensi dell'art. 38, comma I, c.p.c. (modificato dall'art. 4, l. n. 353/90), peraltro, il termine preclusivo per eccepire detta incompetenza, va collocato non oltre la prima udienza di trattazione (Cass., 31.1.2006 n. 2179). Se, invece, la richiesta di regolamento di competenza proviene d'ufficio, l'eventuale conflitto negativo è denunciabile ai sensi dell'art. 45 c.p.c. (*ex multis*, Cass., 23.12.1983, n. 7588, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 11). La mera trasmissione del fascicolo processuale da un ufficio giudiziario ad un altro, con finalità dismissive della

ove era iniziato. In altre parole, la Cassazione avrebbe dovuto designare l'omologo tribunale specializzato de l'Aquila, perché territorialmente competente a decidere se prorogare l'affidamento oltre i due anni, ovvero farlo cessare con il ricongiungimento del minore alla madre. Il Tribunale configgente invocava, dunque, il principio di *perpetuatio competentiae* di cui all'art. 5 c.p.c.³, sempre applicato dalla Suprema Corte anche in tema di volontaria giurisdizione. La competenza inderogabile del giudice minorile andava, quindi, individuata non con riferimento al luogo in cui si era trasferito il minore, ma a quello in cui risiedeva il nucleo familiare d'origine, all'epoca del primo decreto di affidamento. Poiché il minore abitava a Teramo ed i mutamenti di fatto della sua dimora presso una famiglia di Pozzuoli non avevano rilievo sulla competenza territoriale inderogabile, il caso doveva continuare ad essere seguito dal primo giudice.

La questione veniva affrontata dalla Suprema Corte, con una decisione in camera di consiglio *ex art. 380 bis c.p.c.*, anticipata dalle conclusioni scritte del Consigliere relatore, il quale, "a temperamento del criterio della *perpetuatio*", affermava la competenza del Tribunale di Napoli, in applicazione del "principio di rilevanza comunitaria ... *della prossimità*"⁴.

propria ed attributive ad altri della competenza giurisdizionale, legittima l'ufficio che abbia ricevuto gli atti, e che si ritenga a sua volta incompetente, a sollevare conflitto di competenza ed a chiedere il relativo regolamento d'ufficio, quand'anche il provvedimento con cui sia stata declinata la competenza non sia seguito da riassunzione del processo, nei modi e nei tempi previsti dall'art. 50 c.p.c. (Cass., 11.2.2005, n. 2877 [ord.], in *Giuda al dir.*, 2005, 16, 62; Cass., 26.2.2002, n. 2765 [ord.], in *Fam. e dir.*, 2002, 493, con nota di DE CRISTOFARO). Secondo la citata giurisprudenza il principio opera ogniqualvolta si versi in una materia nella quale il giudice competente disponga di poteri di intervento officiosi, nel senso che le norme di legge lo abilitino ad una pronuncia d'ufficio in termini di iniziativa giudiziale del processo o di iniziativa giudiziale della pronuncia di merito, secondo il disposto dell'art. 2907 c.c. Bisogna, però, ricordare che il presupposto indefettibile per la configurabilità del conflitto positivo di competenza è la dichiarazione, da parte di due diversi giudici, di competenza inderogabile a conoscere una medesima questione (e, cioè, l'identità di *petitum* e di *causa pretendi*). Tale presupposto non ricorre ed è pertanto inammissibile il regolamento di competenza d'ufficio, nell'ipotesi in cui il giudice che solleva il conflitto sia investito della cognizione di una controversia (quale la decadenza dalla patria potestà) diversa per l'oggetto da quella portata all'esame dell'altro giudice (affidamento provvisorio del minore). In tal senso, Cass., 29.5.1998, n. 5328, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1169.

3 In tema si veda, principalmente, VULLO, in A.A.V.V., *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri, Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, a cura di PERLINGERI, Napoli, 2008, 271 ss., id., *sub Art. 5 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO, III ed, Milano, 2007, 255 ss., entrambi con amplissimi richiami bibliografici; COMOGLIO, in *Codice di procedura civile ipertestuale*, a cura di COMOGLIO – VACCARELLA, II ed., Torino, 2008, 22 ss. La norma prevede che, ai fini dell'individuazione del giudice competente siano privi di rilevanza i mutamenti di fatto e di diritto sussistenti al momento della proposizione della domanda. Il principio, che rappresenta uno dei cosiddetti effetti processuali della domanda, risponde ad una naturale e logica esigenza di certezza, connaturata all'istituto processuale.

4 Il Giudice designato, nella relazione *ex art. 380 bis c.p.c.* depositata in data 22.1.2008, ha formulato una proposta di definizione nel senso dell'infondatezza del regolamento di competenza. Queste le sue osservazioni: "è esatto che, in tema di controversie relative a minori, ai fini dell'individuazione del tribunale per i minorenni territorialmente competente in ordine ai provvedimenti in tema di affidamento familiare, deve aversi riguardo alla residenza di fatto del minore e, quindi, al luogo di abituale dimora alla data di inizio del procedimento stesso, non rilevando gli eventuali trasferimenti di carattere contingente o transitori. Sennonché, nel caso di specie, emerge dal provvedimento del Tribunale per i minorenni dell'Aquila che il piccolo B.M. ha instaurato un legame particolare ed esclusivo con il distretto di Napoli, qui essendosi stabilizzata la sua permanenza: non tanto perché qui vivono gli affidatari, ma soprattutto perché anche la madre naturale del bambino, l'unica che ha riconosciuto M., ha lasciato .. (dove abitava al momento dell'inizio del procedimento) ed è tornata a vivere all'estero ed incontra il proprio figlio, quando fa ritorno in Italia, esclusivamente a E' a .., pertanto, che si mantiene vivo il collegamento di M. con la madre e si cercano di superare, con l'aiuto dei Servizi sociali, le difficoltà della famiglia di origine. Ne deriva che, a

La sezione semplice ricordava come l'unanime giurisprudenza di legittimità avesse sempre applicato l'art. 5 c.p.c. anche ai procedimenti in camera di consiglio relativi ai minori che si chiudono con decreti non definitivi né decisori. I mutamenti di fatto relativi alla dimora, residenza, domicilio del minore, successivi all'inizio di tali procedure o intervenuti nel corso di esse non erano, pertanto, ritenuti idonei a spostare la competenza. Nondimeno, la Corte condivideva la soluzione proposta dal giudice relatore e suggeriva che la competenza ad emettere gli ulteriori provvedimenti venisse attribuita, in base al concorrente criterio di prossimità o di vicinanza, al giudice specializzato nel cui distretto il minore si trovava. Poiché la questione interpretativa veniva giudicata di particolare importanza *ex art. 374, comma II, c.p.c.* la prima sezione civile, *con ordinanza interlocutoria 13 giugno 2008, n. 16112⁵*, sollecitava, l'intervento delle sezioni Unite. Queste ultime, infine, hanno confermato la tesi "funzionalistica" statuendo che, nelle ipotesi in cui il minore abbia mutato la propria dimora, sussiste la competenza del tribunale dei minorenni ove il minore si trova e vive (Napoli), e non del giudice minorile che ha emesso la misura temporanea (L'Aquila). *La regula iuris* vale sia nell'ipotesi in cui il tribunale debba emanare provvedimenti urgenti che, in ogni caso, quando siano decorsi – come nel caso di specie - ventiquattro mesi dalla data di adozione del provvedimento familiare⁶.

2. La soluzione classica o "istituzionalistica"

Il legislatore non ha dettato *expressis verbis* una regola ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente. Vi ha, pertanto, sopperito la giurisprudenza, che ha elaborato il principio di diritto della competenza del Tribunale per i minorenni del luogo dove il minore abbia residenza abituale al momento della domanda, prescindendosi dagli eventuali trasferimenti successivi.

L'unanime giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, infatti, applicabile l'art. 5 c.p.c. (*perpetuatio competentiae*) anche ai procedimenti in camera di consiglio relativi ai minori che si concludono con decreti non definitivi, né decisori e, pertanto, non impugnabili in cassazione *ex art. 111 Cost*⁷. In tale categoria

tutela delle superiori esigenze del minore, dovendosi applicare - a temperamento del criterio della *perpetuatio* - il principio, di rilevanza comunitaria (art. 15 del regolamento CE 27 novembre 2003, n. 2201), della prossimità, correttamente il Tribunale per i minorenni dell'Aquila ha individuato nel Tribunale per i minorenni di Napoli il giudice competente a disporre la cessazione dell'affidamento o gli ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore".

5 Per un primo commento all'ordinanza, MONTARULI, *Il conflitto tra perpetuatio iurisdictionis e principio di prossimità nei procedimenti de potestate approda alle Sezioni Unite*, in *www.famigliaegustizia.it*

6 Per primo commento all'ordinanza, PASCASI, *L'estensione temporale della misura deve essere valutata alla luce del caso concreto, in relazione sia all'età del minore che al recupero del disagio familiare*, in *Il Sole 24 Ore - Famiglia e Minori*, n. 1 del 1/1/2009.

7 Sull'applicabilità del principio di cui all'art. 5 c.p.c. anche ai procedimenti camerati e sull'irrelevanza dei mutamenti delle situazioni di fatto poste a base della determinazione della competenza e della giurisdizione nei procedimenti che si articolano in più fasi ma sostanzialmente unitari, vedi: Cass., sez. un., 28.3.1985, n. 2186, in *Dir. fam.*, 1985, 842 che, in materia di adozione ai sensi degli artt. 29 e 37, l. 184/83 di minori stranieri in stato di abbandono nel territorio italiano, ha affermato l'irrelevanza rispetto alla giurisdizione italiana di eventi successivi alla situazione iniziale; Cass. 3.10.1986, n. 5858, *ivi*, 1987, 98 secondo cui la competenza per territorio ai fini della dichiarazione di adottabilità spetta inderogabilmente al tribunale del luogo ove si trova il minore quando venga segnalato l'abbandono "mentre resta in proposito irrilevante, in applicazione dell'art. 5 c.p.c. (operante anche in materia di volontaria giurisdizione), un eventuale successivo trasferimento del minore stesso"; Cass. 25.1.1988, n. 607, in *Foro it., Rep.*, 1988, voce *Adozione*, n. 69, che in materia di adozione internazionale afferma l'irrelevanza del mutamento del domicilio dei coniugi "in considerazione dell'unitarietà del complessivo procedimento e della conseguente irrilevanza, ai fini della competenza, dei cambiamenti dello stato di fatto successivi alla sua instaurazione". In dottrina, CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, 161; DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 68; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, II ed., I, Milano, 1993, 94.

rientrano i procedimenti giurisdizionali, non contenziosi, sull'affidamento o sulla potestà genitoriale nonché sulle modalità del suo esercizio⁸. Dunque, la competenza per territorio inderogabile del tribunale specializzato va individuata in base al criterio di collegamento del luogo ove abitualmente vive l'interessato all'inizio della procedura. Tale momento corrisponde alla data del ricorso o, in caso di pronuncia di ufficio, in quella della decisione⁹.

La competenza resta inalterata per tutto il giudizio nonostante i mutamenti normativi o di fatto relativi alla abituale dimora, residenza o domicilio del minore¹⁰, intervenuti nel corso del procedimento che, pertanto, sono sempre stati giudicati irrilevanti¹¹. Il giudice che ha deciso di affidare il minore ad altra famiglia viene ritenuto il più appropriato ad operare, nell'interesse stesso del minore, la valutazione sulla sua possibilità di rientrare nella sua famiglia naturale. In altre parole, l'immutabilità del giudice competente garantisce un processo giusto, di ragionevole durata e soddisfa ineliminabili esigenze di certezza e di garanzia di effettività della tutela giurisdizionale¹².

Va aggiunto, inoltre, che il principio della *perpetuatio* prevale sul criterio c.d. della *prossimità* (secondo cui territorialmente competente è il giudice del luogo in cui il minore abitualmente vive o si trova di fatto) tutte le volte in cui il provvedimento in relazione al quale deve individuarsi il giudice competente sia quello richiesto con l'istanza introduttiva o con altra che si inserisca incidentalmente nella medesima procedura. In tali ipotesi, l'autorità giudiziaria investita del procedimento non può essere modificata in conseguenza di eventi meramente accidentali o imprevedibili¹³.

Si applica, invece, il secondo criterio quando, dopo l'avvenuto trasferimento di residenza, sia richiesto un provvedimento nuovo ed autonomo rispetto a quello pronunciato dal giudice originariamente competente¹⁴.

Sino alla pronuncia in commento, nella fattispecie in esame, è stata esclusa l'instaurazione di un procedimento nuovo rispetto a quello invocato nel ricorso introduttivo, in forza dell'interpretazione dell'[art. 4, comma V, della legge 4 marzo 1983, n. 184](#)¹⁵, che configura l'affidamento familiare del minore come un

8 Il riferimento va, in particolare, ai provvedimenti cautelari in tema di decadenza o limitazione della potestà sui figli minori, previsti dagli artt. 330 e 333 c.c. che rientrano nella competenza esclusiva del tribunale dei minorenni, ai sensi dell'art 38 disp. att. c.c., anche quando i genitori siano in regime di separazione, ovvero sia pendente il giudizio di separazione. Per approfondimenti, TEDIOLI, *Art. 330, Della potestà dei genitori*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di ZACCARIA, Padova, 2008, 2109 ss.

9 Cass., ord., 4.4.2008, n. 8719; Cass., 29.2.2008, n. 5701; Cass., ordd., 29.1.2008, n. 1998 e 1999, tutte in [www.leggiditalia.it](#); Cass., 05.06.2006, n. 13180 (in tema di dichiarazione di adottabilità), in *Foro it.*, Mass., 2006, 1509; Cass., 11.2.2005, n. 2877, *cit.*; Cass., ord., 7.7.2001, n. 9266, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1359 e Cass., 10.4.1995, 4143, *ivi*, 1995, 804 fanno riferimento alla residenza di fatto del minore e, quindi, al luogo di abituale dimora alla data della domanda.

10 Ci si riferisce allo spostamento nel corso del giudizio della residenza anagrafica o del domicilio del minore a seguito del trasferimento del genitore con il quale egli convive.

11 Cass., 10.4.1995, n. 4143, *cit.*

12 Cass., ord., 4.4.2008, n. 8719, *cit.*; Cass., ord., 11.3.2003, n. 3587, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 4.

13 MONTARULLI, *op. cit.*, 3.

14 V., tra le altre, Cass., 29.1.2008, n. 1998 e 1999, *cit.*; Cass. 8.5.2007, n. 10493, in *Guida al dir.*, 2007, 26, 46, con nota di PADALINO, *Il mancato spostamento del giudizio è giustificato da esigenze di garanzia*; Cass., 31.1.2006, n. 2171, in *Rep. Foro. it.*, 2006, voce *Tribunale minorenni*, n. 57, secondo cui "l'interesse del minore è più facilmente accertabile da parte del Tribunale ove egli ha la sua dimora abituale, da intendersi come dimora stabile, al momento della domanda, e non come dimora prevalente della sua vita pregressa"; Cass., 11.3.2003, n. 3587 (in tema di decadenza della potestà genitoriale), *cit.*

15 Articolo modificato dalla legge 28.3.2001, n. 149, che, al comma V, stabilisce: "l'affidamento familiare cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutato l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia d'origine che lo ha determinato, ovvero nel caso in cui la

procedimento unitario.

La proroga o la cessazione anticipata di un provvedimento di affidamento sono state, pertanto, considerate fasi incidentali del procedimento originariamente proposto con conseguente applicazione del principio della *perpetuatio competentiae*.

In assenza della richiesta di un nuovo provvedimento, si è ritenuto che la competenza permanga in capo al Tribunale per i Minorenni inizialmente adito con il ricorso introduttivo (secondo “lo stato di fatto” cristallizzato nel momento in cui la richiesta è stata depositata). Quest’ultimo è investito del compito di provvedere in ordine alla proroga del periodo di durata dell'affidamento, qualora la sua sospensione rechi pregiudizio al minore, o alla sua cessazione, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia di origine che lo aveva determinato, ovvero nel caso in cui la sua prosecuzione rechi pregiudizio al minore.

La circostanza che il minore sia stato affidato ad una famiglia residente in altro distretto e che ivi il servizio sociale svolga opera di sostegno al fine di rinsaldare il rapporto del minore con il genitore naturale, nel frattempo allontanatosi definitivamente dal distretto originario, non determina, dunque, il venir meno della competenza del tribunale che ha disposto l'affidamento.

Si consideri, infine, che l’analogo principio della *perpetuatio fori* è previsto anche in ambito internazionale, dall’art. 8 del [Reg. CE, 27 novembre 2003, n. 2201](#)¹⁶, in base al quale una volta che il giudice competente sia

prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore”. Con il termine “autorità”, ai sensi dell’art. 4, commi I e II, si intendono: 1) il servizio sociale locale che ha applicato la misura di tutela (con provvedimento amministrativo reso esecutivo dal giudice tutelare), previo consenso manifestato dai genitori, ovvero dal tutore, o 2) ove manchi l’assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore, il tribunale per i minorenni. Solo quest’ultimo tribunale ai sensi dell’art. 4, commi IV e VI, può prorogare, d’ufficio o su richiesta del giudice tutelare, l’affidamento oltre la durata massima di 24 mesi, qualora la sospensione della procedura possa arrecare danno all’affidato. Qualsiasi autorità lo emetta, ai sensi del III comma, deve indicare “tempi e modi dell’esercizio dei poteri riconosciuti all’affidatario e le modalità” di mantenimento dei rapporti dei genitori e della famiglia d’origine con il minore, precisando la presumibile durata della misura interinale. Come anticipato, detto periodo non può superare i 24 mesi, salvo il potere di proroga del “competente” tribunale per i minorenni, che viene esercitato qualora si ravvisi che la cessazione dell’affidamento possa cagionare un pregiudizio al minore.

16 Il Regolamento del Consiglio (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000. Esso è in vigore dal 1 agosto 2004 ed in applicazione dal 1 marzo 2005, ad eccezione degli artt. 67, 68, 69, 70, che si applicano dal 1 agosto 2004. Ai sensi dell’art. 249, comma II, del Trattato, il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri dell’Unione europea (ad eccezione della Danimarca). È stato modificato dal Regolamento n. 2116/2004 che, a seguito dell’adesione alla Comunità dei nuovi dieci membri, tra cui Malta, introduce una disposizione relativa all’accordo tra tale Stato e la Santa Sede. Per un commento, BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 175 ss.; MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007, 103; ARENA, *Regolamento Ce 2201/2003: cosa cambia sul riconoscimento in Italia delle sentenze straniere di divorzio*, in *Stato civile it.*, 2005, 723; LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2001 del 2003, (Prima parte) e (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, 555-566, 723-731; BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 163-2003; CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. e dir.* 3/2004, 291; DI LIETO, *Il regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Dir. com. scambi int.*, 2004, 117; ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de “Bruselas II-bis”*:

stato adito esso conserva, in via di principio, la giurisdizione anche se il minore acquisisce la residenza in un altro Stato membro durante il corso del procedimento.

3. Il criterio della prossimità e quello funzionalistico

Autorevole dottrina ha sostenuto che, a fronte di orientamenti giurisprudenziali talmente consolidati, “si avverte quasi lo scrupolo ... di rimetterli in discussione”¹⁷. Nondimeno, il consigliere relatore nel procedimento per la decisione in camera di consiglio che ha portato alla ordinanza di remissione della questione alla Sezioni Unite e, poi, la sezione semplice hanno superato tale “ritegno”. Entrambi hanno ammesso la possibilità che il principio della prossimità determini un mutamento di competenza nel corso di un procedimento in materia di affidamento minorile.

L’ordinanza della I sezione civile, dopo aver rilevato che il comma V dell’art. 4 non sarebbe decisivo per l’individuazione della competenza territoriale¹⁸ e che il criterio di prossimità viene annoverato tra quelli aventi rilevanza comunitaria (ex art. [15, Reg. CE, 27 novembre 2003, n. 2201](#) e *consideranda* 12¹⁹ e 13²⁰ del medesimo regolamento), elabora una tesi sulla competenza territoriale che può essere definita *funzionalistica*. Afferma, infatti che, a temperamento del principio della *perpetuatio*, la competenza deve *modularsi* in relazione ai caratteri propri del procedimento di affidamento del minore, il quale “non si risolve in un solo atto, né si esaurisce nel mero provvedimento” *iniziale* “ed i cui effetti perdurano e si sviluppano nel tempo e in più atti”.

Secondo tale interpretazione, se è indubitabile che a disporre affidamento sia il tribunale dei minorenni del luogo ove dimora il minore all’atto del ricorso introduttivo, una residua competenza spetta anche a quello del luogo ove il minore si è di fatto trasferito a vivere con gli affidatari. Quest’ultimo, unico destinatario della relazione semestrale relativa all’andamento del programma di assistenza e alle evoluzioni delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza del minore, è il solo competente quando si verifica l’esigenza di un provvedimento urgente, anche se l’autorità che ha disposto la misura interinale è diversa.

Secondo la Corte, l’originaria competenza del tribunale per i minorenni dovrebbe venire meno ed essere attribuita al giudice minorile nel cui distretto il minore abbia instaurato un «legame particolare» e, al contempo, «esclusivo» (quale giudice maggiormente indicato a conoscere il caso) anche nel decidere un’ulteriore proroga dell’affidamento, se la sua sospensione rechi pregiudizio al minore, ovvero nel

entre el interés del menor y la cooperacion judicial interestatal, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 735-782; McELEVAY, *Brussels II-bis, Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *ICLQ* 2003, 503-512.

17 ORIANI, *La perpetuatio iurisdictionis (articolo 5 del c.p.c.)*, in *Foro it.*, 1989, V, 35.

18 Secondo i primi commentatori dell’ordinanza interlocutoria, la *ratio* della norma non sarebbe quella di disciplinare la competenza territoriale dell’autorità giudiziaria, ma di tracciare esclusivamente una distinzione di attribuzioni tra servizio sociale e tribunale per i minorenni, a seconda che il provvedimento di affidamento sia emesso dall’una o dall’altra autorità (MONTARULI, *op. cit.*, 8).

19 Il 12° considerando recita: “è opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all’interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale”.

20 Il 13° considerando stabilisce: “nell’interesse del minore, il presente regolamento consente al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire il caso al giudice di un altro Stato membro se quest’ultimo è più indicato a conoscere del caso. Tuttavia, in questo caso, il giudice adito in seconda istanza non dovrebbe essere autorizzato a trasferire il caso a un terzo giudice”

dichiarare cessata la misura interinale, se le difficoltà del nucleo familiare di origine del minore siano venute meno o la prosecuzione dell'affidamento possa danneggiare l'affidato.

Questa interpretazione meglio risponderebbe al prevalente interesse del minore - il quale reclama che i procedimenti che lo riguardano siano improntati a canoni di immediatezza e di effettività²¹. Proprio il principio “del prevalente interesse del minore” sta alla base dell’art. 15 del Reg. CE 2201/2003, che, però, anche secondo la Corte, non può trovare applicazione al caso di specie. La norma comunitaria fa, infatti, riferimento alla giurisdizione nel rapporto tra Stati membri e non alla competenza interna; essa, inoltre, presuppone un meccanismo che prevede la richiesta, proveniente dal giudice *a quo* di assumere la competenza e l'accettazione del giudice *ad quem*. Tuttavia, ad avviso della sezione civile, il richiamo appare utile per rimarcare le esigenze di tutela del minore, di celerità ed immediatezza, che possono essere più semplicemente attuate dall'ufficio giudiziario ove egli vive abitualmente, dandosi così rilievo al criterio di prossimità o vicinanza.

4. Una decisione discutibile

Le sezioni Unite ribadiscono preliminarmente che, nei procedimenti camerale di affidamento familiare del minore, è corretto applicare l’art. 5 c.p.c., secondo cui la competenza, determinata in rapporto alla dimora stabile del minore al momento della domanda che lo riguarda o del provvedimento adottato d’ufficio, non si modifica a causa degli eventuali mutamenti di fatto o di diritto sopravvenuti.

Tale soluzione “istituzionalistica”, confermata, almeno a primo impatto, dall’art. 4, comma V, della citata novella del 1983, non può e non deve essere, secondo la Corte, l’unica adottabile in ragione della peculiarità del processo minorile.

Va, pertanto, riesaminata la disciplina sostanziale e processuale dell’istituto, al fine di accertare se emergano deroghe o eccezioni al principio sopra enunciato.

La Cassazione ricorda, in primo luogo, che l'affidamento può essere disposto dal servizio sociale locale, con un atto amministrativo del comune, se vi è il consenso o l'assenso dei genitori naturali o del tutore, ovvero, in mancanza di queste condizioni, con decreto del tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore vive. Nell'ipotesi di affidamento “giudiziale”, la disciplina è regolata dalle norme sui procedimenti camerale, “cui si applicano gli artt. 330 ss. c.c.”²². Al pari degli altri procedimenti in materia di potestà genitoriale, l'affidamento familiare costituisce “un procedimento unitario, articolato in vari provvedimenti da adottarsi nel tempo, in rapporto alle esigenze del minore soprattutto al fine del suo rientro nel gruppo familiare di provenienza”.

A questo punto, le Sezioni Unite passano in rassegna la legge sull'affidamento per verificare in quali norme sia già effettiva l'applicazione del criterio di prossimità. Esso è valorizzato dall'attribuzione di una serie di compiti al Servizio Sociale del luogo ove il minore si trova²³, quali: a) “la responsabilità del programma di assistenza”; b) “la vigilanza sull'esecuzione dell'affidamento familiare”, da intendersi come “controllo della

21 Nello stesso senso si veda, C. PADALINO, *Il mancato spostamento del giudizio è giustificato da esigenze di garanzia*», in *Guida al diritto*, 2007, 26, 46.

22 Così testualmente, all’art. 4, comma II, l. 184/1983.

23 In conseguenza dell’abrogazione – ad opera dell’art. 30 della legge 8 novembre 2000, n. 328 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) – del criterio del domicilio di soccorso precedentemente codificato dall’art. 72 della legge 17 luglio 1890 n. 6972 concernente le “norme sulle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e di Beneficenza”, trovano applicazione le legislazioni regionali, stando alle quali il criterio di riferimento per l’individuazione del Comune tenuto ad assumere l’onere assistenziale dovrebbe essere quello della residenza, fermo restando l’obbligo per il Comune in cui si manifesta la necessità dell’intervento indifferibile di garantire l’assistenza, salvo il diritto di rivalsa nei confronti del Comune di residenza.

corretta esecuzione del decreto del tribunale, nell'interesse del fanciullo"; c) l'obbligo di riferire "senza indugio al giudice tutelare o al tribunale del luogo in cui il minore si trova", secondo che si tratti di affidamento amministrativo o giudiziario, "ogni evento di particolare rilevanza per l'affidato"; d) l'obbligo di presentare a tali giudici, a seconda delle due diverse ipotesi, "la relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla presumibile ulteriore durata e sulle evoluzioni delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza" (art. 4, comma III).

Il criterio di prossimità riemerge nell'espresso riferimento agli uffici giudiziari del luogo ove il minore affidato vive e si trova, anche se diversi da quelli che hanno disposto la misura provvisoria. Essi sono destinatari, oltre che delle relazioni semestrali, anche di ogni comunicazione circa gli eventi rilevanti sull'affidamento; soltanto tali uffici possono, infatti, disporre i provvedimenti urgenti nell'interesse del minore.

E' proprio a tale tribunale specializzato che si rivolge il giudice tutelare, nel caso di affidamento amministrativo (art. 4, comma VI), trascorso il periodo di durata massimo di ventiquattro mesi o cessata la situazione di difficoltà della famiglia di origine, o in caso in cui la prosecuzione dell'affidamento possa arrecare danno al minore.

A queste ipotesi se ne aggiungono altre, ricordate dalla dottrina²⁴: l'art. 8, ai sensi del quale lo stato di adottabilità dei minori deve essere dichiarato dal "tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano" e sempre l'art. 4 nello stabilire che: "il giudice tutelare del luogo ove si trova il minore rende esecutivo il provvedimento con decreto". A seguito dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, il criterio di vicinanza si è *imposto* anche nei procedimenti di separazione. In particolare, nella disposizione di cui all'art. 706 c.p.c.²⁵ (e, in senso analogo, nell'art. 4 legge divorzio), la competenza territoriale dell'autorità giudiziaria del luogo di residenza del convenuto è stata sostituita da quella del tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio.

Si segnala, inoltre, che, in ossequio al medesimo criterio, a norma dell'art. 320, comma II, c.c., la competenza ad autorizzare la vendita di beni immobili ereditari del minore soggetto alla potestà dei genitori appartiene al giudice tutelare del luogo di residenza del minore, per quei beni che, provenendo da una successione ereditaria, si possono considerare acquisiti definitivamente al suo patrimonio²⁶.

La legge sull'affidamento condiviso ha, infine, introdotto l'art. 709 ter, comma II, c.p.c., ai sensi del quale, per la modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi, è competente il tribunale del luogo di residenza del minore²⁷.

Secondo la Corte bisogna, pertanto, valorizzare il principio di prossimità anche nella materia che ci occupa. E', però, necessario prendere in esame la durata dell'affidamento (art. 4, comma IV) che non può superare i ventiquattro mesi, termine prorogabile, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore.

Nei ventiquattro mesi nulla osta a che si applichi il principio della *perpetuatio* della competenza, ad eccezione degli eventi di particolare rilevanza che determinano l'adozione di provvedimenti urgenti da parte del tribunale del luogo di residenza dell'affidato.

Decorsi i ventiquattro mesi del periodo di affidamento familiare, se questo si è eseguito in distretto diverso da quello in cui è stato emesso il provvedimento originale, ogni decisione spetterà, invece, all'ufficio

24 MONTARULI, *op. cit.*, 6.

25 Modificata dall'art. 2, comma 3, lett. e *ter*), del d.l. 14.3.2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella legge 14.5.2005, n. 80.

26 Cfr. Cass., 12.3.1991, n. 2574, in *Dir. fam.*, 1993, 1020.

27 In tema, ci sia consentito richiamare TEDIOLI, *Art. 709 ter, Separazione personale dei coniugi*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di ZACCARIA, Padova, 2008, 2109 ss.

giudiziario in cui il minore si trova, perché la proroga può essere disposta solo se dalla sospensione dell'affidamento derivi un pregiudizio al minore. Secondo la Suprema Corte, tale pregiudizio può essere "meglio valutato" dal giudice più vicino al luogo ove l'affidato abita, in quanto costantemente informato sulle sue vicende, nonché sulle sue relazioni affettive ed umane con la famiglia naturale e con gli affidatari.

In tal modo le sezioni Unite fanno corrispondere la scadenza del termine di ventiquattro mesi anche con la fine del procedimento di affidamento temporaneo, al di là del quale si scioglie il vincolo della *perpetuatio*, con prevalenza del criterio della competenza funzionale.

La motivazione non pare, però, del tutto convincente: da una parte, infatti, si riconosce che non è cessata la situazione di difficoltà della famiglia di origine del minore, dall'altra si considera cessato il procedimento che ha dato corso all'affidamento.

La motivazione dell'ordinanza mostra, inoltre, una evidente titubanza ove, in più occasioni dichiara che la proroga dell'affidamento "sembra" un procedimento "autonomo rispetto a quello concluso dall'affidamento per ventiquattro mesi". Solo al termine del proprio ragionamento la Corte si decide ad affermare che, dopo i ventiquattro mesi, ogni provvedimento di proroga o di cessazione dell'affidamento costituisce provvedimento camerale nuovo e che se la misura di affidamento temporanea è stata eseguita in un distretto diverso da quello in cui è stato emesso il provvedimento originale, sarà sempre il tribunale per i minorenni di tale distretto di esecuzione della misura interinale ad emettere ogni provvedimento nell'interesse del minore. La "mancanza di convinzione" riemerge in altri passi della pronuncia, ove le Sezioni unite, invece di escludere *tout court* la *perpetuatio* della competenza per l'avvenuta instaurazione di un procedimento autonomo e non incidentale, preferiscono riferirsi ad "un temperamento" del suddetto principio.

Quel che emerge dalla decisione, in ogni caso, è la piena parificazione dei provvedimenti di proroga o cessazione dell'affidamento ai quelli urgenti assunti in caso di eventi di particolare rilevanza.

Questa lettura, autodefinita "soluzione funzionalistica della competenza territoriale inderogabile", necessita, però, di un supporto argomentativo che viene inizialmente trovato nella c.d. novella dell'affidamento (l. 149/2001). Essa "manterrebbe distinto il provvedimento temporaneo ed interinale di durata biennale" dagli altri eventuali decreti, urgenti od ordinari, successivi ai ventiquattro mesi di durata massima della misura. Ma, come rilevato giurisprudenza sino ad oggi unanime, il dato testuale è di ostacolo allo spostamento di competenza, perché il comma V dell'art. 4 devolve alla "stessa autorità che lo ha disposto" il compito di disporre la cessazione dell'affidamento.

Segue, poi, il rinvio alla giurisprudenza sulla competenza nei provvedimenti emessi, in seguito a domande nuove o d'ufficio, da parte di un giudice diverso da quello originario, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 330 ss. cc. ed in materia di potestà genitoriale. Secondo la Corte, in tali pronunce, la teoria della prossimità trova un chiaro riconoscimento normativo. Ma, a ben leggere²⁸, ci si accorge che la giurisprudenza richiamata²⁹ a nulla giova. Essa ribadisce la regola - di per sé assolutamente neutra - secondo cui il

28 Un commento, eccessivamente entusiastico alla pronuncia (PASCASI, *cit.*), riferisce: "ebbene, la disciplina degli articoli 330 e seguenti del codice civile, applicabile all'affidamento familiare, provvisoriamente disposto, del pari ai provvedimenti inerenti la potestà, mai permanenti, incarna alla perfezione quel modello procedimentale costituito da più separate procedure, concluse con distinti provvedimenti emessi dal tribunale specializzato".

29 Cass., 5.3.1982, n. 1387, in *Giust. civ.*, 1982, I, 884, secondo cui ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente alla modifica od alla revoca dei provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio, di cui al comma III dell'art. 336 c.c., ovvero all'emanazione di un nuovo provvedimento temporaneo, occorre distinguere a seconda che il provvedimento per il quale deve accertarsi la competenza si inserisca, come fase incidentale, in uno dei procedimenti previsti dagli artt. 330-335 c.c., ricomprensivo anche dell'iniziale provvedimento nell'interesse del figlio, oppure sia autonomo. Nel primo caso, per il principio della *perpetuatio jurisdictionis ex art. 5 c.p.c.*, è necessario far capo, agli indicati fini, alla situazione di fatto (residenza del minore) esistente al momento della presentazione del ricorso introduttivo di detto procedimento; nella seconda ipotesi, invece, difettando l'unicità

discrimen tra *perpetuatio* e applicazione del criterio della prossimità sta nella incidentalità o autonomia del provvedimento chiesto/reso. Il principio, peraltro, è ampiamente noto, tanto da essere invocato anche dai sostenitori dell'opposta teoria.

Un ulteriore argomento viene tratto dall'interpretazione, fornita dalla giurisprudenza costituzionale³⁰, del principio "nessuno può essere distolto giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.)" ed dalle disposizioni sovranazionali che hanno consentito alla Corte di dichiarare incostituzionali alcune norme nazionali sulla competenza, assimilabili a quella in esame³¹.

Anche tale giurisprudenza non sembra decisiva per risolvere il caso di specie (si leggano le massime in nota), a meno che, per analogia con [la pronuncia n. 169/2008](#), non si ritenga che l'eventuale perdurante competenza del tribunale per i minorenni di un luogo privo di ogni effettivo collegamento con il minore coinvolto nel procedimento di affidamento familiare risulti del tutto irragionevole.

La Suprema Corte è, però, consapevole della debolezza del ragionamento, nel senso che il solo richiamo al

del procedimento e non essendo, quindi, applicabile il menzionato criterio, la competenza per territorio in ordine al successivo provvedimento temporaneo nell'interesse del figlio va determinata sulla base della situazione di fatto (residenza del minore) esistente al momento della domanda, se il giudice provvede su istanza di parte, od al momento della pronuncia, se decide *ex officio*, senza possibilità di alcun collegamento con la situazione esistente al momento dell'emanazione del precedente provvedimento. Id. Cass., 23.12.1983, n. 7588, *cit.*; Cass., 30.10.1991, n. 11611, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, fasc. 10; Cass., 10.4.1995, n. 4143, *cit.*, Cass., 15.2.1999, n. 1238, in *Fam. e dir.*, 1999, 3, 295; Cass. 23.01.2003, n. 1058, in *Fam. e dir.*, 2003, 3, 273 e Cass., ord., 11.2.2005, n. 2877, in *Guida dir.*, n. 15, 83 rimarcano che si deve trattare di residenza di fatto, ossia quel luogo in cui il minore ha la sua dimora e viva abitualmente (alla data della domanda o, in ipotesi di procedimento iniziato d'ufficio, alla data di inizio del procedimento stesso) a prescindere dall'eventuale residenza anagrafica. L'applicazione di questo criterio, anche in tali pronunce non scalfisce il principio di diritto dell'irrelevanza dello spostamento di residenza anagrafica dopo l'insaturazione del procedimento non ancora concluso.

³⁰ Corte Cost., 27.4.1967, n. 56, secondo cui "la illegittima sottrazione della regiudicanda al giudice naturale precostituito si verifica .. tutte le volte in cui il giudice venga designato a posteriori in relazione ad una determinata controversia o direttamente dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali ovvero attraverso atti di altri soggetti, ai quali la legge attribuisca tale potere al di là dei limiti che la riserva impone. Il principio costituzionale viene rispettato, invece, quando la legge, sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente: in questo caso, infatti, lo spostamento della competenza dall'uno all'altro ufficio giudiziario non avviene in conseguenza di una deroga alla disciplina generale, che sia adottata in vista di una determinata o di determinate controversie, ma per effetto di un nuovo ordinamento - e, dunque, della designazione di un nuovo giudice "naturale" - che il legislatore, nell'esercizio del suo insindacabile potere di merito, sostituisce a quello vigente". La Cassazione invoca anche il precedente di Corte Cost. 19.6.1998, n. 228, in *Fam. e dir.*, 1998, 419 (con nota di VULLO), secondo cui non è fondata, con riferimento agli art. 3, comma I, 31, commi I e II, e 24, comma I, cost., la q. l. c. degli art. 18 c.p.c., 274 c.c. e 38 disp. att. c.c., nella parte in cui escludono che nel giudizio di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, la competenza per territorio, qualora la causa riguardi un minore, venga individuata nel tribunale per i minorenni nell'ambito del cui distretto risiede il minore stesso. Benché possa convenirsi che la competenza territoriale di un giudice diverso da quello del luogo in cui risiede il minore è talvolta fonte di disagi connessi per lo più all'acquisizione dei particolari e delicati elementi probatori che il procedimento in esame richiede, tuttavia essi non si traducono, per ciò solo, nella violazione dei precetti costituzionali, poiché il diritto di azione non è in alcun modo impedito, né seriamente ostacolato dalla mera distanza tra il luogo di abituale dimora del minore e la sede del tribunale minorile competente. La specificità delle funzioni di tale organo garantisce comunque "ex se" una particolare e attenta ponderazione delle problematiche psicoaffettive del minore medesimo e la predisposizione di ogni cautela atta ad evitare allo stesso qualunque turbamento. Infine - posto che rientra nelle valutazioni discrezionali del legislatore non solo la conformazione generale degli istituti processuali, ma anche, in particolare, la determinazione delle competenze e la ripartizione della giurisdizione, purché effettuate nei limiti della

criterio di ragionevolezza, e ad una lettura costituzionalmente orientata delle norme anche sovranazionali, non è sufficiente a giustificare la *traslatio iudicii*.

Le sezioni Unite, per suffragare la correttezza della tesi funzionalistica, non possono, pertanto, evitare di forzare la lettera della legge, reinterprestandola. Solo la scissione del (sinora unico) procedimento di affidamento in più fasi autonome porta a definire l'ulteriore istanza o il conseguente provvedimento "nuovi o non incidentali".

Sono, dunque, del tutto irrilevanti le altre norme richiamate, quali l'art. 15 del Reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201³², secondo cui le regole di competenza dei giudici dei vari Stati, si devono uniformare "all'interesse del minore e in particolare al criterio di vicinanza".

Non va taciuto, inoltre, che il riferimento appare improprio, per essere il criterio indicato meramente residuale.

Al fine di determinare l'autorità giurisdizionale competente in tema di responsabilità genitoriale³³, il legislatore comunitario ha dettato un numero rilevante di criteri di collegamento³⁴, che individuano la competenza ora in base al luogo di residenza abituale del minore (art. 8)³⁵ al momento di presentazione della

ragionevolezza - una volta affidata la cognizione dell'azione in esame al giudice minorile, non è irragionevole la scelta del legislatore di lasciar operare i criteri determinativi della competenza territoriale secondo le regole generali previgenti, tenuto conto che l'azione "de qua" non è comparabile, per diversità di presupposti e natura, con i procedimenti modificativi, ablativi o restitutivi della potestà genitoriale, né con quelli relativi all'adozione o all'affidamento e che l'unica azione comparabile - l'opposizione al riconoscimento di figlio naturale, di cui all'art. 250, comma 4, c.c. - è assoggettata allo stesso criterio determinativo della competenza per territorio del tribunale per i minorenni.

31 Il riferimento è a C. Cost., 23.5.2008, n. 169, che ha ritenuto illegittimo perché irragionevole il criterio dell'ultima residenza comune dei coniugi come principale per accertare il tribunale competente per il divorzio. V. anche C. Cost. 23.12.1998, n. 419, richiamata dalla Cassazione, in materia di ragionevolezza dei criteri di determinazione della competenza.

32 La disciplina comunitaria, oltre a trovare applicazione in materia di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio, regola anche la "responsabilità genitoriale". Con questa nozione, preferita a quella di "potestà genitoriale", si intende l'insieme dei diritti e dei doveri che fanno capo a persone fisiche o giuridiche, in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo, relativi alla persona o ai beni di un minore. Il regolamento compie, così, una sorta di "rivoluzione copernicana", segnando il passaggio da una concezione della famiglia in cui la posizione dominante è quella dei genitori (e prima ancora del padre), ad una concezione in cui al centro sono posti i figli ed, in particolar modo, l'interesse superiore del minore, nei cui confronti i genitori, lungi dal vantare diritti e poteri, sono soggetti a responsabilità. Privilegia, dunque, "l'aspetto degli obblighi dei genitori", escludendo, almeno apparentemente che essi abbiano come corollario una posizione di soggezione dell'altra parte del rapporto. E' evidente, però, che la responsabilità genitoriale riassume in sé anche alcuni diritti ed, in particolare, quello di visita e quello di affidamento, di cui è titolare qualsiasi persona che eserciti la responsabilità familiare su un minore. Per affidamento si intendono i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore ed in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza, nonché ad essere consultati prima della modifica della residenza abituale del minore (art. 2, n. 9).

33 In questa ultima categoria è espressamente incluso l'affidamento dei figli minori (art. 1, n. 7).

34 Tali norme si ispirano alle disposizioni corrispondenti delle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 19 ottobre 1996.

35 L'art. 8 - competenza generale - , così recita: "1. Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi. 2. Il paragrafo 1 si applica fatte salve le disposizioni degli articoli 9, 10 e 12". Si tratta di una diretta applicazione del cd. criterio di vicinanza, sul quale v., MAGRONE, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, in *Giuda al dir.*, *Dir. com. int.*, 2005, 1, n. 19- 23. Nonostante la rilevanza assunta dal concetto di "residenza abituale", il regolamento comunitario non ne fornisce una esatta definizione, né si rinvia alla nozione accolta dalla *lex fori*. A parere della dottrina neppure è possibile

domanda, ora sulla base del luogo in cui il minore precedentemente risiedeva (art. 9)³⁶, ora facendo riferimento alle autorità competenti a decidere sulle domande di divorzio, separazione dei coniugi o annullamento del matrimonio (art. 12, par. 1)³⁷, ora sulla base dello Stato con il quale il minore ha un legame sostanziale (art. 12, par. 3)³⁸, ora facendo riferimento al luogo in cui il minore si trova (art. 13)³⁹, infine rimettendosi alla legge dello Stato nazionale (art 14)⁴⁰.

L'art. 15 è soltanto una disposizione finale⁴¹ che consente all'autorità competente, la possibilità, nell'interesse superiore del minore, di suggerire la trattazione della controversia da parte dell'autorità di un altro Stato membro con il quale il minore *abbia un legame particolare*⁴². Essa introduce un'ipotesi eccezionale di *forum non conveniens*⁴³ che consente la *traslatio iudicii* soltanto a specifiche condizioni⁴⁴.

La norma non è direttamente applicabile nella specie, sia perché si riferisce a rapporti tra Stati e, quindi alla giurisdizione e non alla competenza interna, sia perché, in ogni caso presuppone, per la sua operatività un

richiamare la nozione elaborata in numerose pronunce della Corte di Giustizia (a partire da C.G. 15 settembre 1994, in causa 452/93) quale *luogo in cui l'interessato ha fissato, con carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi*. Tale definizione è stata elaborata ai fini dell'applicazione in campo prevalentemente economico e, pertanto, è poco consona per il settore familiare (BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 1005, in nota). Secondo la c.d. "Guida pratica all'applicazione del nuovo Regolamento Bruxelles II" tale concetto deve essere determinato, volta per volta, dal giudice del merito sulla base degli elementi di fatto e conformemente agli obiettivi ed ai fini perseguiti dallo stesso regolamento comunitario. A parere di Cass., 19 ottobre 2006, n. 22507, ai fini dell'applicazione della Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980, *la nozione di "residenza abituale" .. corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non sol parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località la sua quotidiana vita di relazione...* In tema si segnalano, infine, due recentissime pronunce di merito (Corte d'Appello di Catania, 15.10.2008, in www.minoriefamiglia.it e 23.7.2008, in www.affidamentocondiviso.it). La prima afferma che, ai fini dell'individuazione dell'autorità giurisdizionale competente a pronunciarsi sulle domande relative alla responsabilità genitoriale, se il trasferimento del genitore e del minore in un altro Stato è avvenuto poco prima del deposito del ricorso introduttivo dinanzi al tribunale per i minorenni, nel corso dell'anno scolastico e con connotati di repentinità (quindi, senza una sicura programmazione che prefigurasse, quantomeno, il proposito del suo radicarsi), non può riconoscersi alla nuova dimora del minore il carattere della stabilità. La seconda ritiene che la stabilità del trasferimento di una minore in un altro Stato, con conseguente esclusione della competenza dell'autorità giurisdizionale italiana, sia dimostrata dall'iscrizione della bambina presso una classe della scuola elementare dello Stato in cui si era trasferita, frequentata dalla stessa con assiduità e con buoni risultati, sia dal punto di vista scolastico che d'integrazione con gli altri compagni, nonché dalla circostanza che l'affitto dell'appartamento in cui abita viene corrisposto dai servizi sociale del luogo.

36 La norma che dispone l'ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore attiene esclusivamente all'esercizio del diritto di visita.

37 Le autorità giurisdizionali competenti a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono, altresì, competenti per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se: a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio; e b) la competenza giurisdizionale di tali autorità è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore. Tale situazione prende il nome di "proroga della competenza".

38 Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori se: a) il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è il minore stesso è cittadino di quello Stato. Tale requisito non è, però, sufficiente se non è accompagnato da un altro ineludibile duplice presupposto: che la competenza delle suddette

meccanismo di richiesta⁴⁵, proveniente (generalmente) dal giudice *a quo*, nonché l'accettazione di quello *ad quem* di assumere la competenza.

Le sezioni Unite si appellano, infine, ad altre convenzioni internazionali in cui la competenza territoriale è radicata nel luogo in cui il minore risiede⁴⁶. In primo luogo, la legge 15 gennaio 1994, n. 64, entrata in vigore il 1 maggio 1995, di ratifica ed esecuzione della Convenzione Europea del Lussemburgo del 20 maggio 1980⁴⁷, la quale introduce una serie di disposizioni volte a ristabilire l'affidamento dei minori di anni 16 che sia stato arbitrariamente interrotto⁴⁸, e della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori⁴⁹.

L'ultimo riferimento è all'art 2 della Convenzione O.N.U. di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo⁵⁰, la quale invita al rispetto dei diritti enunciati per ogni fanciullo, indipendentemente dall'origine nazionale sua o dei genitori o dei rappresentanti legali e valorizza il criterio di vicinanza laddove indica i tribunali o le istituzioni del "luogo ove il minore si trova" come quelle che meglio potranno valutare "interesse superiore del minore" (art. 3).

autorità sia stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti del procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite e che sia conforme all'interesse superiore del minore.

39 Se non è possibile stabilire la residenza abituale del minore, né determinare la competenza ai sensi dell'articolo 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore, anche se si tratta di minori rifugiati o sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi.

40 Solo quando non sia ravvisabile alcuna autorità giurisdizionale competente ai sensi degli articoli da 8 a 13 la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.

41 L'articolo che regola il "trasferimento delle competenze ad un'autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso", ripropone in parte un analogo meccanismo previsto dall'art.8 della Convenzione dell'Aja del 1996.

42 Per approfondimenti v. M.C. BARUFFI, Art. 8-20, *Regolamento CE 27 novembre 2003, n. 2201*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di ZACCARIA, Padova, 2008, 2470; CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, cit., 297; MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 105; MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 359; LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2001 del 2003, (Prima parte) e (Seconda parte)*, cit., 561.

43 La dottrina del *forum non conveniens*, ispirata da esigenze di politica giudiziaria ed economia processuale, nasce nei paesi di *common law*. E' originaria della Scozia (v. DENNARD, *Forum non conveniens in international maritime collision in the federal Courts: a suggested approach*, in *Cornell int. I. jour.* 1993, 123, nota 14), da cui, poi, si è diffusa negli Stati Uniti (v., in particolare, CASAD, *Il concetto di jurisdiction in materia civile alla fine del ventesimo secolo forum conveniens e forum non conveniens*, in *R. d. proc.* 1999, 1050, spec. 1063 ss.). E' accolta, poi, in Inghilterra (ove è riconosciuta nella *section 49* del *Civil Jurisdiction Act* del 1982), in alcuni paesi di tradizione britannica (Canada, per la cui disciplina v. LUPOI, *Conveniens or not conveniens? Il dilemma Canadese*, in *R. trim. d. proc. civ.* 2000, III, 891 ss.; Australia, Taiwan, Israele) e, persino, in paesi di *civil law* (v. art. 429, lettera c, del c.p.c. Olandese, come interpretato da *Cour de Cassation*, 13 febbraio 1987, in *Rev. cr. dr. in. priv.* 1998, 556). In dottrina si veda: LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, nt. 2, p. 145 ss.; PISTIS, *Forum non conveniens*, disponibile sul sito web: <http://www.judicium.it/news/pistis01.html>; NEWTON, *Forum non conveniens in Europe (again)*, in *Lloyd's mar. comm. law quar.* 1997, 341; HILL, *The law relating to international commercial disputes*, London, 1994, p. 163 ss.; FENTIMAN, *Jurisdiction, Discretion and the Brussels convention*, in *Cornell int. law jour.* 1993, 63 ss.; GAUDEMET TALLON, *Le forum non conveniens, une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)*, in *Rev. crit. dr. int. priv.* 1991, 493 ss.; DICEY-MORRIS, *The conflict of laws*, London, 1987, 389 ss.; VERHEUL, *The forum (non) conveniens in English and Dutch law and under some international conventions*, in *35 Int. comp. l. quar.* 1986, 413 ss.; WEILER, *Forum non conveniens, an English doctrine?*, in *Mod. I. rev.* 1978, 739.

Avv. [Francesco Tedioli](#)

-
- 44 La *traslatio iudicii* può essere proposta/accettata se lo Stato membro davanti alle cui autorità verrebbe trasferita la (o parte della) causa: a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita; o b) è la precedente residenza abituale del minore; o c) è il paese di cui il minore è cittadino; o d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.
- 45 Verificato il *legame particolare*, l'autorità giurisdizionale potrà, quindi, interrompere l'esame della domanda o di un suo capo ed invitare le parti a presentare la domanda all'Autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro, fissando un termine entro il quale adire tale autorità. Ovvero, l'Autorità competente ha la possibilità di rivolgersi direttamente all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro per chiederle di assumere la competenza sul procedimento o sulla domanda particolare che si stima poter essere meglio trattata. Il trasferimento può essere chiesto anche dall'autorità giurisdizionale rispetto alla quale dovrebbe sussistere il particolare legame. In entrambi i casi, occorre che il trasferimento sia accettato dall'altra parte. Se il trasferimento è, invece, richiesto da una delle parti in causa ed essa fa decorrere inutilmente il termine per investire le Autorità giurisdizionali dell'altro stato membro, la competenza continua ad essere esercitata dall'Autorità preventivamente adita. L'Autorità giurisdizionale dello Stato *ad quem* deve accettare la competenza entro 6 settimane da quando ha avuto notizia della richiesta di trasferimento, previa valutazione delle circostanze del caso e del superiore interesse del minore. In caso di accettazione, infine, l'autorità preventivamente adita dovrà declinare la propria competenza, secondo le forme previste in caso di litispendenza.
- 46 In tema, CORTESI-DE MARZO-LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare, Profili di diritto sostanziale e processuale, Teoria e pratica del diritto*, II, Milano, 2007, 595 ss; ANCeschi, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, Torino, 2006, 275 ss.; CALO', *Influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 509-536; CASSANO, *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in *Fam. dir.*, 2002, n. 2, 205; SPALLAROSSA, *Misure di protezione dei figli e norme di coordinamento internazionale privato, di coordinamento internazionale e nella Comunità europea*, in *Famiglia e servizi*, Milano, 2001, 287.
- 47 La Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e ristabilimento dell'affidamento è stata ratificata con L. 15 gennaio 1994, n. 64 ed è entrata in vigore, per l'Italia, il 1 maggio 1995. In tema, SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori*, Milano, 1995, 127; ARTIGLIERE-GENNARELLI, *Brevi cenni sulla Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento e di ristabilimento dell'affidamento*, in BEGHÉ LORETI (a cura di), *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, Roma, 1982; GALBIATI-LIBRANDO-ROVELLI, *La convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento*, in *Riv. dir. europeo*, 1980, 337-339.
- 48 In particolare, essa riconosce e dà esecuzione ai provvedimenti stranieri in materia di affidamento e diritto di visita, in modo rapido e semplice, attraverso la cooperazione tra le varie autorità giudiziarie. Presupposti per invocarne l'applicazione sono l'illecito trasferimento del minore da uno Stato contraente ad un altro (o il suo espatrio

nell'esercizio del diritto di visita ed il mancato rientro presso il genitore affidatario) nonché l'esistenza di un provvedimento di affidamento o di esercizio del diritto di visita che si vuol far riconoscere o eseguire nell'altro Stato (art. 7). La domanda di rimpatrio deve esser proposta entro sei mesi dal trasferimento illegittimo (art. 8) al Tribunale per i Minorenni del luogo ove i provvedimenti devono avere attuazione, ovvero all'Autorità Centrale che la trasmette al Tribunale per i Minorenni competente. Nella seconda ipotesi l'Autorità centrale svolge anche la funzione di tentare una composizione amichevole per il rientro del minore. Se questa opzione fallisce avvia una procedura giudiziaria per rintracciare il minore e garantirne il ritorno (art. 5). Se la domanda di riconoscimento del provvedimento o di esecuzione viene respinta e l'Autorità Centrale dello stato richiesto ritiene comunque di dar corso alla domanda di merito del ricorrente, l'Autorità deve assicurarne la rappresentanza in giudizio. Può, inoltre, rivolgersi alle proprie autorità competenti, per decidere sul diritto di visita, ad istanza della persona che invoca tale diritto. Il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento straniero possono essere rifiutati qualora il provvedimento del quale si chiede l'*exequatur* sia stato reso in assenza del genitore convenuto, ovvero sia incompatibile con altro provvedimento pronunciato nello Stato richiesto prima del trasferimento illecito del minore, ovvero infine sia contrario all'interesse del minore (art. 10). Ciò può accadere anche quando il ricorso venga presentato successivamente al termine di sei mesi dal fatto illegittimo. L'atto introduttivo del procedimento che si è concluso con l'affidamento deve essere stato notificato all'altro genitore ed il provvedimento di affidamento deve essere esecutivo. La Convenzione impedisce al genitore, che sottrae il minore, di legalizzare in un altro Stato la situazione di affidamento, ovvero garantisce, in via preventiva, che il provvedimento di affidamento venga riconosciuto in un altro Stato per scongiurare eventuali trasferimenti illeciti o il mancato ritorno del minore. Nel dare esecuzione al provvedimento straniero, l'autorità competente non può effettuare alcun esame sul merito, ma deve rendersi edotta del punto di vista del minore (art. 16). Il Tribunale per i minorenni decide, entro 30 giorni dalla presentazione del ricorso, con decreto, contro il quale può essere proposto ricorso per cassazione. In Italia, il decreto viene eseguito dalla Procura presso il Tribunale dei minorenni. Per approfondimenti si vedano CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000, 223; CONDO', *Provvedimento straniero di affido ed obbligo di rimpatrio*, in *Fam. dir.*, 2001, n. 6; DOSI, *Le Convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Fam. dir.*, 1997, 390; SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980*, in *Dir. fam.*, 1997, 1496.

- 49 Anche questa convenzione è stata ratificata con la L. 15 gennaio 1994, n. 64 ed è entrata in vigore, in Italia, il 1 maggio 1995. Per visualizzare l'elenco aggiornato degli Stati in cui è in vigore si veda www.hcch.net ed a commento: UCCELLA, *I giudici e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 485; CALIENDO, *Richiesta di riconsegna del minore sottratto*, in *Fam. dir.*, 1998, 139; PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *Riv. intern. dir. priv. proc.*, 1996, 705; CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. Dir. int. priv.*, 1994, 777. Essa mira ad assicurare l'immediato rientro del minore di anni 16 nello Stato richiedente, qualora sia stato trasferito arbitrariamente all'estero o trattenuto illecitamente in uno degli Stati contraenti (art. 3). Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione

o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e: b) se tali diritti sono effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. La convenzione tutela, inoltre, il rispetto dell'affidamento e dell'esercizio effettivo del diritto di visita non solo nei casi in cui manchi un provvedimento statale regolatore del diritto stesso, ma anche nei casi in cui si invochi la tutela dell'esercizio effettivo di un diritto già riconosciuto e disciplinato dal giudice competente, al fine di rimuovere gli ostacoli frapposti dal genitore affidatario alla sua attuazione (in tema, Cass., 11 gennaio 2002, n. 299). La Convenzione può essere definita uno strumento recuperatorio con lo scopo di ristabilire lo stato di fatto interrotto dalla sottrazione, attraverso un procedimento privo di particolari formalità, che può essere attivato dal soggetto (persona, istituzione o ente) il quale ritiene leso il proprio diritto di custodia. L'autorità amministrativa o giudiziaria dello Stato a cui è rivolta la richiesta di rimpatrio può applicare direttamente la legislazione dello Stato di residenza abituale del minore, senza, però, svolgere particolari indagini sull'esistenza della legge o di decisioni straniere. La nozione di "residenza abituale" posta dalla succitata convenzione non coincide con quella di "domicilio" (art. 43, primo comma, c.c.), né con quella, di carattere formale, di residenza scelta d'accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.), in quanto corrisponde al luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località la sua quotidiana vita di relazione (Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544). La sottrazione illecita è più difficile da invocare, invece, se il minore espatriato è affidato congiuntamente a genitori residenti in Stati diversi. In tale ipotesi è necessario provare che la residenza abituale del figlio è presso il genitore al quale è stato sottratto. Qualora la domanda venga proposta entro un anno dal trasferimento illegittimo, lo Stato richiesto ordina immediatamente il rimpatrio; qualora invece, la domanda venga presentata successivamente a detto periodo, lo Stato può negare il ritorno se il minore risulta integrato nel nuovo ambiente, ovvero se il suo ritorno contrasti con i principi fondamentali in materia di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali vigenti nello Stato in cui il minore si trova (art. 20). Un altro vantaggio della convenzione è rappresentato dall'istituto dell'acquiescenza processuale, un accordo, anche temporaneo, durante il giudizio instaurato per il rimpatrio del minore, sulla sua attuale situazione. Le parti, che non ravvisano la necessità di ristabilire d'urgenza lo stato di fatto precedente, chiedono la sospensione della procedura di rientro in attesa di trovare una soluzione su tutta la situazione controversa (diritto di affidamento, mantenimento..).

- 50 In vigore, a livello internazionale dal 2 settembre 1990, è stata ratificata e recepita dall'Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176. Essa dispone che le parti contraenti dovranno adottare tutte le misure idonee a *impedire spostamenti e non ritorni illeciti di fanciulli all'estero*. A tal fine gli Stati parti favoriscono la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali, oppure l'adesione ad accordi esistenti (art. 11). In tema, DELL'ANTONIO, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato di sua attuazione in Italia*, in *Dir. fam.*, 1997, 246; DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam.*, 1992, 301; MORO, *L'attuazione della Convenzione ONU nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Documenti giustizia*, 1995, 442.