



Affidamento temporaneo di minore e conflitto di competenza

Francesco Tedioli

Avvocato e Cultore di Diritto processuale civile

SINTESI

a) Conflitto di competenza territoriale nei procedimenti di 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, (ord.) 9 dicembre 2008, n. 28875

Pres. Carbone – Rel. Forte

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

Svolgimento del processo

Il Tribunale per i minorenni di L'Aquila disponeva, con decreto del 19.5.2006 ai sensi della l. 4.5.1983, n. 184, art. 2 ss., come successivamente modificata, l'affidamento del minore B.M., nato a (omissis) il (omissis), alla famiglia di R.A. e S.R., coniugi residenti in (omissis), che si erano occupati del bambino prima del suo trasferimento nel (omissis) a (omissis) con la madre B.S. che aveva iniziato ivi una convivenza con D.E., dall'unione con il quale erano nate due figlie, D.J. e A., e se ne era quindi andata all'estero, lasciando il bambino in un ambiente familiare sostanzialmente a lui estraneo, a differenza di quello della famiglia affidataria con cui aveva già convissuto.

Lo stesso tribunale abruzzese, con decreto 22.6.2007, prolungava fino a ventiquattro mesi l'affidamento e disponeva la formazione di altro fascicolo, da trasmettere per competenza al Tribunale per i minorenni di Napoli, distretto nel quale il minore si era stabilmente trasferito a seguito dell'affidamento e tale provvedimento era ritenuto errato dai giudici napoletani che, con l'ordinanza di cui in epigrafe, hanno denunciato il conflitto negativo di competenza, affermando che la cognizione del procedimento, doveva rimanere in Abruzzo e ai giudici del luogo ove era iniziato.

Con l'affidamento, s'era affermato che la madre del minore, nei suoi rientri in (omissis), poteva incontrare il figlio a (omissis) presso la famiglia affidataria, e che la formulazione del programma di assistenza e la vigilanza della misura di tutela del minore era da attribuire ai Servizi sociali del comune di Pozzuoli; tali statuizioni erano confermate nel decreto del 2007, che aveva anche dichiarato competente sul prosieguo dell'affidamento il tribunale specializzato napoletano.

Il Tribunale per i minorenni di Napoli ha chiesto alla Cassazione di designare l'omologo Tribunale specializzato di L'Aquila come unico territorialmente competente, per il principio, ripetutamente enunciato da questa Corte, della c.d. *perpetuatio competentiae* (art. 5 c.p.c.), per il quale, abitando a (omissis) il minore alla data di inizio del procedimento a lui relativo, e non avendo rilievo sulla competenza territoriale inderogabile i mutamenti di fatto della dimora dell'affidato intervenuti successivamente, come quello dovuto al trasferimento del piccolo M. presso una famiglia di (omissis), era il giudice specializzato abruzzese che doveva continuare a seguire il caso, considerato anche che risponde all'interesse del minore rientrare nella sua famiglia naturale sulla base di una valutazione che, anche sul piano logico, è opportuno rimettere allo stesso giudice che ha deciso di affidarlo provvisoriamente a altra famiglia, e in ragione di molti precedenti nello stesso senso della giurisprudenza di legittimità sulla competenza territoriale, da decidere in base alla situazione di fatto esistente al momento della domanda introduttiva o dell'adozione di ufficio del provvedimento e della residenza effettiva del minore, che era a (omissis), alle predette date.

La prima sezione civile di questa Corte, a seguito di relazione ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., del Consigliere Dr.

Alberto Giusti, che aveva concluso perchè fosse applicato «a temperamento del criterio della *perpetuatio*, il principio, di rilevanza comunitaria (art. 15 reg. CEE n. 2201 del 2003), della prossimità», e, in ragione della stabile dimora del bambino a (omissis), fosse dichiarata la competenza del Tribunale per i minorenni di Napoli, perchè quest'ultimo decidesse sulla cessazione dell'affidamento ovvero emettesse gli ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore, con ordinanza interlocutoria del 13.6.2008, n. 16112, ritenendo la risoluzione del presente Reg. questione di massima di particolare importanza, ha trasmesso gli atti al primo presidente per la assegnazione della causa a queste sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, 2° co., c.p.c.

Dall'ordinanza interlocutoria si rileva che, allo stato, la giurisprudenza unanime di legittimità ha sempre applicato, anche ai procedimenti in Camera di consiglio relativi ai minori che si chiudono con decreti non definitivi nè decisori, come tali non impugnabili per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., l'art. 5 c.p.c., negando che i mutamenti di fatto relativi alla dimora, residenza o domicilio del minore, successivi all'inizio di tali procedure o intervenuti nel corso di esse, possano dar luogo a spostamenti della competenza per territorio inderogabile del tribunale specializzato, radicata sul rapporto del minore con il distretto di pertinenza alla data del ricorso o, in caso di pronuncia di ufficio, a quella della decisione.

Tale conclusione comporterebbe la permanenza della competenza territoriale del Tribunale per i minorenni per l'Abruzzo, che dovrebbe decidere la continuazione ultra biennale o la cessazione dell'affidamento o disporre il ritorno del minore con la madre naturale.

Tale soluzione definita nell'ordinanza istituzionalistica, appare confermata dalla stessa l. 4.5.1983, n. 184, art. 4, 5° co., modificato dalla l. 28.3.2001, n. 149, che regola in modo unitario l'intero procedimento di affidamento familiare del minore in temporanea difficoltà di rapporti con la famiglia naturale.

La citata norma sancisce, al 3° co. che l'affidamento cessa con un 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»: tale autorità, ai sensi dei primi due commi della l. n. 184 del 1983, art. 4, può essere o il servizio sociale del luogo ove dimora il minore, cui ha applicato la misura di tutela con provvedimento amministrativo, reso esecutivo da decreto del giudice tutelare, qualora vi sia stato il consenso dei genitori o del tutore, ovvero il Tribunale per i minorenni dello stesso luogo, con decreto in Camera di consiglio, in caso di affidamento c.d. contenzioso, per il disaccordo o mancato assenso dei genitori o del tutore del minore.

Viene precisato dalla norma che solo il tribunale per i minorenni può prorogare l'affidamento oltre la durata massima di ventiquattro mesi, qualora la sospensione della misura possa arrecare danno all'affidato, d'ufficio o su richiesta del giudice tutelare, rispettivamente ai sensi della l. n. 184 del 1983, art. 4, 4° e 6° co., in rapporto

ai due tipi di procedimento, giurisdizionale o amministrativo, previsti dalla legge.

Qualsiasi sia l'autorità che lo emette, giudiziaria o amministrativa, il provvedimento di affidamento, ai sensi del 3° co. del citato art. 4, deve indicare «tempi e modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario e le modalità» di mantenimento dei rapporti dei genitori e della famiglia di origine con il minore, precisando «il periodo di presumibile durata» della misura interinale, da fissare in ragione del complesso degli interventi volti al recupero dei rapporti del minore con la famiglia di sangue.

«Tale periodo non può superare la durata di ventiquattro mesi» (4) co., salvo, come già precisato, il potere di proroga del «competente» Tribunale per i minorenni, da esercitare in rapporto al pregiudizio che al minore può derivare da una cessazione dell'affidamento. Sia nel testo originario della l. n. 184 del 1983, art. 4, che in quello modificato dalla l. n. 149 del 2001, la vigilanza sull'affidamento è attribuita, con il provvedimento che lo dispone, al servizio sociale locale indicato nell'atto, al quale, a seguito della riforma, è stata attribuita anche la responsabilità del programma di assistenza e che, inoltre, «deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al Tribunale per i minorenni 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, dovendo presentare a tali diversi giudici, nelle due distinte ipotesi, la «relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza» (3° co. del cit. art. 4). Ai sensi dell'art. 5 c.p.c., la competenza territoriale dei giudici che dispongono l'affidamento è determinata dal luogo di dimora abituale del minore alla data dell'atto introduttivo del procedimento che si conclude con il decreto che lo dispone, ovvero da quello ove lo stesso si trova a vivere stabilmente alla data della emissione di ufficio del provvedimento e resta ferma, anche qualora sia successivamente e legittimamente cambiata la dimora del minore, pur prevedendo l'art. 15, Reg. CE 27.11.2003, n. 2201, come unico criterio rilevante a individuare i giudici che devono disporre in ordine alla tutela degli interessi dei minori, quello della c.d. prossimità dell'ufficio giudiziario al luogo ove gli stessi si trovano e abitualmente vivono (la norma logicamente si riferisce ai rapporti tra Stati e quindi alla giurisdizione e non alla competenza, consentendo al giudice competente, in via eccezionale o in determinate situazioni, di trasferire il caso, nell'interesse del minore, al giudice di altro Stato, per il legame particolare che detto minore ha con quest'ultimo, presupponendo la sua operatività la richiesta del giudice *a quo* a quello *ad quem* di assumere la competenza e l'accettazione da quest'ultimo della stessa). L'ordinanza della prima civile prospetta quindi anche una tesi sulla competenza territoriale da essa definita funzionalistica che, a temperamento del principio della *perpetuatio* già indicato, afferma che 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 che lo dispone e i cui effetti perdurano e si sviluppano nel tempo e in più atti.

Le disposizioni necessarie nel tempo a garantire il corretto funzionamento dello strumento di tutela del minore devono, logicamente e giuridicamente, essere chieste

al tribunale del distretto in cui «si trova» il minore, come testualmente disposto dalla l. n. 184 del 1983, art. 4, 3° co., da tale norma si rileva che il Tribunale per i minorenni, quando i genitori non diano l'assenso, non è investito del solo potere di disporre l'affidamento per un tempo non eccedente i ventiquattro mesi, in quanto giudice del luogo ove dimora il minore all'atto del ricorso introduttivo o della decisione di ufficio, ma è competente su tali deliberazioni, anche ove non abbia deciso la misura che precede, perché adottata dal servizio sociale ovvero da altro Tribunale per i minorenni, qualora il minore abiti o dimori con gli affidatari nel distretto di sua pertinenza ed esso sia stato informato, come previsto per legge, dal servizio sociale locale dello svolgimento del programma di assistenza e di ogni evento di particolare rilevanza per l'affidato, che comporti l'esigenza di un provvedimento urgente, essendo sempre esso unico destinatario, direttamente o tramite il giudice tutelare, della relazione semestrale relativa all'andamento di detto programma e alla evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza del minore.

Tale costante informativa non può che essere volta, sul piano logico e giuridico, a far sì che il tribunale per i minorenni del luogo dove il minore si è di fatto trasferito ed è andato a dimorare legittimamente e stabilmente con gli affidatari, nel periodo di durata dell'affidamento fissato nel provvedimento iniziale e eventualmente prolungato fino a ventiquattro mesi, sia il solo competente a decidere su una eventuale ulteriore proroga di detto periodo massimo di durata se la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore, o a 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, nel cui esclusivo interesse deve adottarsi ogni provvedimento.

La stessa logica comporta che l'ufficio giudiziario destinatario di tutte le informative del servizio sociale locale deve emettere gli ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore e deve individuarsi con il criterio di collegamento della prossimità, con la conseguenza che, in deroga all'art. 5 c.p.c., il giudice territorialmente competente per ogni provvedimento urgente da emettere dall'autorità giudiziaria (giudice tutelare o Tribunale per i minorenni) sull'affidamento, è quello del luogo ove l'affidato stabilmente dimora, qualsiasi sia l'autorità che ha disposto la misura interinale. È in tale contesto normativo che la prima sezione civile, nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite evidenzia come, nella concreta fattispecie nella quale il minore è stato affidato ad una famiglia residente nel distretto di (*omissis*), diverso cioè da quello del tribunale che ha disposto l'affidamento e nel quale l'affidato s'è legittimamente trasferito presso la famiglia affidataria, sia il tribunale del luogo ove il ragazzo si trova a disporre ulteriori provvedimenti a tutela di lui, anche in ragione del fatto che il genitore naturale s'è nel caso allontanato definitivamente dal distretto del Tribunale che ha deciso la misura temporanea, dichiarandosi disponibile a incontrare il figlio nella località ove lo stesso vive, nei modi e termini fissati dal servizio sociale locale.

A favore di tale soluzione, per la quale la competenza va riconosciuta al Tribunale per i minorenni di Napoli, ad avviso della prima sezione civile, è lo stesso prevalente interesse del minore, per il quale i procedimenti che lo riguardano vanno improntati ai canoni di effettività e immediatezza, che possono essere attuati più semplice-

mente dall'ufficio giudiziario nella cui area di pertinenza vive abitualmente il minore, dovendosi dare rilievo al concorrente criterio di prossimità o vicinanza e dichiararsi competente l'ufficio giudiziario specializzato del distretto in cui il minore si trova, nel quale ha instaurato il legame particolare ed esclusivo che vive con gli affidatari, in relazione alla lettera della l. n. 184 del 1983, art. 4, 3° co.

In tale contesto, il richiamo di cui al 5° co. della predetta norma che riserva alla «stessa autorità» che lo ha disposto, il provvedimento che dispone la cessazione dell'affidamento, riguarda l'individuazione dell'autorità che deve decidere e del tipo di provvedimento da adottare, amministrativo o giurisdizionale, ma non rileva sul piano della individuazione della competenza territoriale del tribunale specializzato, per la quale non può incidere il maggior rilievo dato, sia pure ai fini della giurisdizione, dall'art. 15, Reg. CE 27.11.2003, n. 2201, al criterio della prossimità o vicinanza, che, per il suo fondamento nella tutela prevalente dell'interesse del minore, non può non trovare applicazione pure in ordine alla competenza, da attribuire, nel caso, al Tribunale per i minorenni di Napoli.

Motivi della decisione

1.1. L'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile non è stata emessa per rinviare la causa alla pubblica udienza ai sensi dell'ult. co. dell'art. 380 *bis* c.p.c., norma inapplicabile ai regolamenti di competenza (cfr. in tali sensi l'art. 380 *ter*, 3° co. c.p.c.), e quindi correttamente, nel caso, si è fissata l'adunanza in camera di consiglio, per la decisione del conflitto negativo denunciato dal Tribunale per i minorenni di Napoli, ai sensi dell'art. 45 c.p.c., in ordine alla competenza territoriale inderogabile, ad avviso dell'ufficio rimettente, da attribuire all'omologo tribunale specializzato per l'Abruzzo con sede in L'Aquila, ai sensi dell'art. 28 c.p.c. e art. 737 c.p.c. ss.

1.2. Il Regolamento di competenza è anzitutto ammissibile nella concreta fattispecie, in quanto d'ufficio e non ad istanza di parte.

Di regola, si ritiene inammissibile, dalla giurisprudenza di questa Corte, il Regolamento di competenza su ricorso di parte, qualora nel merito vi siano state parti che mancano invece nella presente procedura, allorché una di esse proponga ricorso ex artt. 42 e 43 c.p.c., contro il decreto del Tribunale per i minorenni che all'esito di un procedimento di affidamento familiare, ha statuito, implicitamente o espressamente, sulla competenza.

Tale provvedimento è infatti giustamente ritenuto privo di decisorietà e definitività, perché dispone una misura temporanea nell'interesse esclusivo di un minore e non è quindi ricorribile per cassazione, neppure per Regolamento di competenza, ai sensi dell'art. 111 Cost.

L'eventuale denuncia di violazioni delle norme processuali in genere e di quelle sulla competenza in specie nelle statuizioni contenute nel decreto che decide sull'affidamento familiare, in quanto preliminari e strumentali rispetto a quelle di merito, è inammissibile anche per tali pronunce che non possono che avere la stessa natura del provvedimento in cui s'inseriscono e devono qualificarsi non decisorie né definitive né ricorribili per cassazione, neppure a mezzo del Regolamento facoltativo di competenza (così Cass., 5.2.2008, n. 2756, 27.2.2004, n. 3988, 28.11.2003, n. 19863, S.U. ord. 4.11.2003, n. 16568, S.U. 15.7.2003, n. 11026, che ha riguardo specificamente a

decreto di affidamento del minore, sempre modificabile e revocabile e quindi instabile, come afferma Cass., 2.8.2002, n. 11582).

Anche se non è ammissibile il Regolamento di competenza su ricorso di parte, nel procedimento camerale che dispone l'affidamento familiare del minore, in assenza di norme specifiche per il rito adottato, va applicata la disciplina del rito ordinario (Cass., 16.7.2005, n. 15100); in materia di famiglia o di stato delle persone, il criterio di collegamento individuante la competenza territoriale inderogabile è quello del domicilio o della residenza o dimora stabile del soggetto della cui posizione si tratta (quest'ultima rilevante in specie per il minore, la cui stabile residenza di fatto o dimora è il luogo per individuare il Tribunale per i minorenni che deve inderogabilmente pronunciare i provvedimenti relativi a lui: così da Cass., 10.6.1976, n. 2130 e 20.7.1982, n. 4255, proseguendo con Cass., 10.4.1995, n. 4143 e 14.3.1996, n. 2184, fino a Cass., 7.7.2001, n. 9266, ord. 23.1.2003, n. 1058, 31.1.2006, n. 2171 e alla recente ord. 21.2.2008, n. 5701).

In tale contesto, coerentemente, si ritiene applicabile a tali procedure l'art. 5 c.p.c., per il quale 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 per gli eventuali mutamenti di fatto o normativi sopravvenuti, pur negandosi, in genere, che sia precluso il rilievo dell'incompetenza, dopo la prima udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 38, 1° co., c.p.c. almeno nei casi di giurisdizione volontaria.

Tale ultima norma del codice di rito si ritiene applicabile alle sole procedure camerali contenziose (Cass., 24.11.1999, n. 13055) e non a quelle nelle quali non vi siano situazioni giuridiche in conflitto, dovendosi valutare il solo interesse del minore, come è il procedimento di affidamento familiare (Cass., 22.5.2003, n. 8115).

Non è incoerente sul piano logico, che l'art. 5 c.p.c., per il quale la competenza territoriale individuata all'atto della domanda o della pronuncia di ufficio non può mutare anche se si modificano successivamente i presupposti di fatto e di diritto che l'hanno determinata, l'art. 5 c.p.c., rileva anche nel caso presente, nel quale vale il principio dell'inidoneità di ogni decisione di divenire definitiva o di acquisire autorità di giudicato, perché la regola in esso contenuta indica solo il momento nel quale va accertato il criterio di collegamento previsto dalla legge per individuare il giudice che deve decidere, ai sensi dell'art. 25 Cost., 1° co., giudice che non è opportuno cambiare per garantire un processo giusto e di ragionevole durata, come deve essere pure quello in camera di consiglio nelle procedure di volontaria giurisdizione.

L'esigenza di fissare la competenza va soddisfatta anche nelle procedure non contenziose, in base al cui contenuto si individua non solo l'oggetto del processo ma lo stesso giudice che deve pronunciarsi, con il criterio di collegamento del luogo dove abitualmente vive l'interessato all'inizio della procedura e resta inalterata per l'intero giudizio, con irrilevanza su di essa dei mutamenti successivi anche legislativi, ferme restando eventuali deroghe normative della regola o dovute a modifiche dello stato di fatto, che comportano situazioni giuridiche nuove, le quali legittimano a fare riproporre quindi le medesime domande dinanzi a giudici diversi.

Con i nuovi ricorsi, invero, attraverso modalità diverse dal Regolamento di competenza facoltativo, si possono riproporre le questioni relative ai concreti poteri di co-

gnizione del giudice, pur se essi siano già stati espressamente o implicitamente negati o accertati dal decreto di rigetto o accoglimento del pregresso ricorso di merito, pronuncia che comunque non ha carattere decisorio né definitivo in nessuna delle sue statuizioni.

2. Si è quindi correttamente affermato che l'art. 5 c.p.c., trova applicazione nei procedimenti giurisdizionali sull'affidamento o sulla potestà genitoriale, per i quali la stabile dimora del minore, legittimamente acquisita al momento della domanda o della decisione, secondo che questa sia stata emessa su ricorso o di ufficio, individua il giudice competente a conoscere il caso.

Anche rispetto a tali procedure, non rilevano eventuali mutamenti normativi o di fatto del luogo ove il minore abitualmente vive, vigendo il principio della c.d. *perpetuatio* della giurisdizione e della competenza, anche per le procedure camerale relative ai minori (così Cass., ord. 4.4.2008, n. 8719, 29.1.2008, nn. 1998 e 1999, 11.2.2005, n. 2877 e le altre pronunce già citate, che, in qualche caso, hanno chiarito il prevalere, per la certezza dei diritti e nell'interesse del minore stesso, di tale principio su quello di prossimità: Cass., ord. 11.3.2003, n. 3587 e la cit. ord. n. 10493/2007).

3. Al fine di accertare il momento determinativo della competenza e il permanere eventuale di quella individuata, è però indispensabile esaminare, sul piano sostanziale e procedurale, la disciplina dell'istituto dell'affidamento temporaneo del minore «privo di ambiente familiare idoneo ... ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola» ma non in stato di abbandono, per rilevare se da essa emergono deroghe o eccezioni al principio già enunciato dell'art. 5 c.p.c.

L'affidamento, come s'è chiarito, può disporsi dal servizio sociale locale, cioè con atto amministrativo del comune, se v'è consenso o assenso dei genitori naturali o del tutore, ovvero, in mancanza, con decreto del tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore vive, all'esito di un procedimento camerale, cui «si applicano gli artt. 330 ss. c.c.» (così testualmente la l. n. 184 del 1983, art. 4, 2° co.

In via pregiudiziale, occorre esaminare il quadro normativo di riferimento e, in particolare, della l. 4.5.1983, n. 184, art. 2 ss., come modificati dalla l. 28.3.2001, n. 149, per accertare se esso è compatibile con l'applicazione della *perpetuatio competentiae*.

La disciplina dell'art. 330 c.c. ss., applicabile all'affidamento familiare, riguarda anche essa vicende che non si esauriscono in un solo momento, cioè quelle della potestà genitoriale e del suo esercizio e attiene a una situazione sostanziale che si modifica e si protrae nel tempo.

In particolare, la rubrica dell'art. 336 c.c., definisce «procedimento» una serie di più procedure, concluse da distinti provvedimenti del tribunale specializzato (art. 38 disp. att. c.c.), specificamente individuati dal codice civile (artt. 330, 332, 333, 334 e 335 c.c.) ed emessi su ricorso dei soggetti legittimati a chiederli o di ufficio. Analoga è la situazione dell'affidamento ad una famiglia del minore «temporaneamente privo di ambiente familiare idoneo», disposto in via temporanea, come di regola accade per i provvedimenti in materia di potestà genitoriale sempre provvisori e anche essi mai stabili e permanenti, perché modificabili nel tempo.

Peraltro l'affidamento familiare, non incidendo sullo stato del minore, che rimane figlio e componente della famiglia in momentanea crisi, ma solo su una sua tem-

poranea condizione di vita, può essere disposto anche con provvedimento amministrativo del Servizio sociale locale, operante nel comune ove vive il minore, oltre che con decreto camerale del tribunale per i minorenni, come nel caso, restando disciplinato in un «procedimento» unitario e 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, all'esito della vicenda.

Sull'esecuzione dell'affidamento familiare del minore, amministrativo o giurisdizionale, la vigilanza è attribuita sempre al Servizio sociale locale del luogo ove il minore si trova e, nella fattispecie concreta, a quello del comune di Pozzuoli, ove risiede la famiglia affidataria e si è trasferito l'affidato, per il quale la misura di tutela provvisoria è stata disposta, nell'assenza della madre e quindi senza il suo consenso, dal Tribunale per i minorenni di L'Aquila, nel cui distretto il minore viveva alla data dell'adozione della misura interinale a suo favore.

Nel caso, al Servizio sociale locale di Pozzuoli, ai sensi del 3° co. della l. n. 184 del 1983, art. 4, il Tribunale per i minorenni abruzzese ha attribuito «la responsabilità del programma di assistenza» e la «vigilanza dell'affidamento», cioè il controllo della corretta esecuzione del suo decreto nell'interesse del fanciullo.

Il servizio sociale locale comunque «deve riferire senza indugio ... al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova ... ogni evento di particolare importanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza» in sede di affidamento giurisdizionale.

Identica attività lo stesso servizio sociale dovrà svolgere, riferendo al giudice tutelare del luogo ove si trova il minore, nell'affidamento «amministrativo», da esso stesso disposto e reso esecutivo da tale giudice.

La citata l. n. 184 del 1983, art. 4, 3° co., con le integrazioni e modifiche apportate dalla l. n. 149 del 2001, art. 4, fa espresso riferimento agli uffici giudiziari del luogo ove il minore affidato vive e si trova, anche se diversi da quelli in cui s'è disposta la misura provvisoria a tutela del minore, sancendo che, a tali uffici soltanto, dal servizio sociale competente, vada comunicato ogni evento rilevante sulla vicenda, che possa dar luogo a provvedimenti urgenti, e debbano presentarsi inoltre le relazioni semestrali sul programma di assistenza, da praticarsi anche per il futuro.

Anche il 6° co. già 5° co. dello stesso art. 4, nel caso di affidamento amministrativo, prevede che il giudice tutelare che lo ha reso esecutivo, quando sia trascorso il periodo di durata massimo di ventiquattro mesi previsto per l'affidamento o quando sia cessata la situazione di difficoltà della famiglia di origine o se la prosecuzione dell'affidamento possa recare danno al minore, è legittimato a chiedere, «se necessario, al competente tribunale per i minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore», dovendosi intendere come competente il tribunale specializzato del distretto in cui «si trova» a vivere legittimamente e stabilmente il minore.

Una volta disposto l'affidamento in via amministrativa o giurisdizionale, con provvedimento motivato che indica tempi e modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti agli affidatari del minore e modalità dei rapporti di questo con i genitori e la famiglia d'origine, l'esecuzione del provvedimento sarà controllata e seguita dal servizio

sociale locale che lo ha deciso o da quello designato dal decreto del tribunale specializzato, che gli attribuisce la responsabilità del programma di assistenza e la vigilanza sui modi di svolgimento della misura per il minore, fino all'esito della stessa e all'auspicabile rientro nella famiglia di sangue.

In ordine ai tempi di durata, inserito dalla l. n. 149 del 2001, art. 4, 4° co. stabilisce che «il periodo di presumibile durata dell'affidamento» è da rapportare «al complesso degli interventi volti al recupero della famiglia di origine. Tale periodo non può superare la durata di ventiquattro mesi ed è prorogabile, dal Tribunale per i minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore».

Quando l'affidamento possa terminare nel periodo biennale indicato, esso «cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutato l'interesse del minore» (così il 5° co. del citato art. 4) e, in tale periodo di ventiquattro mesi nulla osta che si applichi il principio della *perpetuatio* della competenza, salvo che per eventi «di particolare rilevanza» debbano sollecitarsi provvedimenti urgenti che vanno chiesti dal servizio sociale al Tribunale per i minorenni del luogo ove l'affidato si trova, tra i quali può rientrare anche la anticipata cessazione dell'affidamento nell'interesse del minore, in caso di inidoneità degli affidatari.

Il prolungamento dell'originario affidamento fino ai limiti temporali massimi di ventiquattro mesi, ad opera del Tribunale per i minori di L'Aquila, si è pertanto da questo esattamente ritenuto di propria competenza, in quanto deciso prima della scadenza massima ordinaria della misura interinale prevista dalla legge, in mancanza di una richiesta di cessazione anticipata dell'affidamento, che avrebbe potuto decidere anche il Tribunale specializzato del luogo ove stava stabilmente il minore.

La decisione di prolungare a ventiquattro mesi lo stesso affidamento è stata conseguenza di una valutazione dalla medesima autorità che lo ha disposto, delle circostanze originariamente già da essa esaminate sul tempo necessario all'efficace svolgimento degli interventi volti al recupero del rapporto del minore con la famiglia di origine (l. n. 184 del 1983, art. 3, 4° co.) ed è intervenuta, in assenza di vicende nuove che potessero incidere sulla misura segnalate dal Servizio sociale di Pozzuoli al Tribunale specializzato di dimora stabile dell'affidato.

Il Tribunale per i minorenni dell'Abruzzo, nel caso di specie, avendo disposto l'affidamento a una famiglia residente in (*omissis*), cioè in altro distretto, e avendo deciso che la misura fosse seguita dal Servizio sociale locale di quest'ultimo comune in provincia di Napoli, da esso individuato per il programma di assistenza e la vigilanza da eseguire, anche con le relazioni semestrali da inviare al Tribunale per i minorenni di Napoli, quale ufficio giudiziario «del luogo in cui il minore si trova», esattamente ha ritenuto di non poter adottare alcuna decisione, oltre il termine di ventiquattro mesi di cui alla norma, potendo disporsi una eventuale proroga ulteriore solo in caso di pregiudizio al minore per la sospensione dell'affidamento, valutabile meglio dal giudice più vicino al luogo ove l'affidato abita.

Su tale ultimo pregiudizio infatti deve decidere il solo ufficio giudiziario costantemente informato delle vicende del minore e delle relazioni affettive e umane di questo con gli affidatari e con la famiglia naturale, cioè quello ove l'affidato «si trova», come impone la legge. Avendo il Tribunale abruzzese presunto che, per la lon-

tananza della madre, non sarebbe comunque cessata la situazione di difficoltà della famiglia di origine del minore nell'immediato futuro, esso ha esattamente ritenuto.

A che, all'esito del prolungamento disposto fino a 24 mesi della misura interinale, sarebbero stati necessari altri interventi o provvedimenti di proroga, nell'interesse del minore, che avrebbe potuto emettere il solo tribunale specializzato del luogo di dimora stabile dell'affidato, dove lo stesso s'è trasferito, dichiarandosi su tali atti incompetente e disponendo la trasmissione dal fascicolo al Tribunale per i minorenni di Napoli.

In tale contesto, sembra autonomo rispetto al procedimento concluso dall'affidamento per ventiquattro mesi, quello che dopo tale periodo, da luogo al provvedimento che ne stabilisce la cessazione, per essere venuta meno la situazione di difficoltà che l'ha determinato o per il pregiudizio che al minore può derivare dalla prosecuzione della misura, sulla base degli eventi di particolare rilevanza, dei quali, dal servizio sociale locale, deve darsi informazione al solo tribunale per i minori del luogo in cui «si trova» o vive il minore e non a quello che ha disposto in origine l'affidamento stesso, che non ha in sostanza il potere di intervenire di ufficio con altro provvedimento, che sostituisca quello da esso emesso, senza valutare la situazione effettiva e attuale del minore, di cui è informato l'altro giudice specializzato del distretto in cui il minore vive stabilmente.

In sostanza, dopo i ventiquattro mesi di durata massima dell'affidamento, eventuali provvedimenti di proroga o cessazione di questo, da adottare d'ufficio o su richiesta del giudice tutelare, in base alla relazione dei servizi sociali competenti, previo svolgimento delle ulteriori necessarie indagini, costituiscono procedimenti camerali nuovi, come quelli che conseguono agli eventi di particolare rilevanza verificatisi nel corso dell'affido, sui quali relazionano i Servizi sociali locali al Tribunale per i minorenni del distretto dove vive il minore, che è l'unico che può decidere su di essi, disponendo del collegamento effettivo con il soggetto, il cui solo interesse è da valutare, per rilevare eventuali effetti pregiudizievole per lui della decisione e disporre, in ordine alla prosecuzione o cessazione dell'affidamento temporaneo stesso. Deve ritenersi quindi che la novella dell'affidamento di cui alla l. n. 149 del 2001, mantiene distinto il provvedimento temporaneo e interinale di durata biennale, costituente la prima misura a tutela del minore, da eventuali altri decreti, da emettere in via urgente per evitare pregiudizi al minore, oltre che da quelli ordinari, successivi ai ventiquattro mesi di durata massima della misura, di proroga o cessazione eventuale di questa a favore del minore, sui quali non deve provvedere il tribunale specializzato, che lo ha affidato interinalmente ad altra famiglia, dovendosi anzi considerare autonomi i procedimenti necessari alla emissione di tali atti, rispetto a quello originario, anche ai sensi dell'art. 5 c.p.c., e dovendosi quindi svolgere davanti agli uffici giudiziari del luogo ove vive il minore legittimamente, per essere la competenza territoriale da individuare, con temperamento del principio della *perpetuatio*, in rapporto alla modifica sopravvenuta del luogo di dimora dell'affidato stabilmente e legittimamente trasferitosi nel caso nel distretto di (*omissis*), con conseguente declaratoria di competenza dell'ufficio specializzato di quest'ultima città (cfr. nello stesso senso, nel vigore della disciplina anteriore alla novella della l. n. 149 del 2001, per l'esclusione della

perpetuatio della competenza per i procedimenti autonomi e non incidentali sfocianti in provvedimenti emessi su domande nuove o di ufficio, in base alla valutazione di altri e attuali interessi del minore, da parte di giudice diverso da quello originario, ma più vicino al luogo di dimora abituale del minore stesso, in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 330 c.c. ss., e alla potestà genitoriale, cfr.: Cass., 5.3.1982, n. 1387, 23.12.1983, n. 7588, 30.10.1991, n. 11611, 10.4.1995, n. 4143, che da rilievo al principio di cui all'art. 5 c.p.c., e inoltre, in rapporto al criterio di prossimità, cfr. pure Cass., 15.2.1999, n. 1238, 23.1.2003, n. 1058, ord. 11.2.2005, n. 2877).

In conclusione, l'attuale disciplina dell'affidamento familiare attribuisce agli uffici giudiziari del distretto ove è il «luogo in cui il minore si trova», cioè vive stabilmente, ogni provvedimento autonomo e urgente nel corso della misura adottata interinalmente e temporaneamente a favore del minore; decorsi i ventiquattro mesi del periodo di affidamento familiare del minore, se questo si è eseguito in 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, che nella norma è individuato come quello del luogo ove si trova e abita stabilmente il minore, a emettere ogni provvedimento nell'interesse di questo, di ufficio, in caso di affidamento giurisdizionale, o anche su sollecitazione del giudice tutelare, per quello amministrativo, disponendo infine la proroga o la cessazione della misura interinale.

3. Questa lettura del contesto normativo di riferimento, che si collega alla giurisprudenza di questa Corte in rapporto all'art. 330 c.c. ss., applicabili nel caso, giunge alla soluzione funzionalistica della competenza territoriale inderogabile, come in effetti proposta dalla ordinanza interlocutoria della prima sezione civile in rapporto alla lettera delle norme sull'affidamento, come modificate dalla novella di cui alla l. n. 149 del 2001, perché, in tali norme, la teoria della prossimità trova un chiaro riconoscimento normativo, per individuare la competenza territoriale inderogabile.

Il richiamo alla normativa interna soddisfa in pieno il principio del giudice naturale precostituito per legge (sul concetto cfr. la risalente, ma attuale, C. Cost., 27.4.1967, n. 56), agganciando alla lettera della l. n. 184 del 1983, art. 4, come novellata nel 2001, la individuazione del tribunale specializzato competente.

Tale lettura trova conferma e conforto nei principi costituzionali ritenuti fondamentali per la lettura delle norme ordinarie in materia di competenza, con riferimento non solo ai provvedimenti relativi a minori e camerati (sul tema, C. Cost., 19.6.1998, n. 228, sulla fase di ammissibilità di cui al previgente art. 274 c.c., della dichiarazione giudiziale di paternità naturale di minore, norma poi dichiarata illegittima da sentenza della stessa C. Cost., 10.2.2006, n. 50), richiamando il giudice delle leggi le norme sovranazionali vincolanti direttamente per il nostro legislatore e necessarie per una corretta lettura della legislazione interna, dopo la modifica dell'art. 117 Cost. di cui alla l. Cost. 18.10.2001, n. 3, art. 3 (così C. Cost., 30.1.2002, n. 1, che ha dichiarato inammissibili le questioni relative ai procedimenti sulla potestà genitoriale, ritenendole superabili con una lettura costituzionalmente orientata della normativa vigente).

Il giudice delle leggi da rilievo alla c.d. ragionevolezza dei criteri di collegamento sanciti per legge ai sensi dell'art. 25 Cost., per individuare il giudice competente in ogni

materia (in tal senso, cfr. la recentissima 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 e sulla ragionevolezza dei criteri di determinazione della competenza, cfr. pure C. Cost., 23.12.1998, n. 419).

A tale ragionevolezza si ispira la lettura proposta in questa sede e dall'ordinanza della prima sezione civile delle norme sostanziali sull'affidamento familiare, che conduce ad una scelta consapevole del criterio di collegamento per la competenza territoriale del tribunale per i minorenni del luogo ove vive il minore per il quale occorre assumere nuove decisioni, a temperamento del principio di *perpetuatio* della competenza, nel caso vi sia un mutamento della dimora permanente del minore.

Tale lettura trova ulteriore conferma, come rilevato nell'ordinanza della I sezione civile, anche dall'art. 15, Reg. CE 27.11.2003, n. 2201, relativo alla competenza nel riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori, sancendo il principio, nei rapporti tra Stati, che le regole di competenza dei giudici dei vari Stati «si informino all'interesse del minore e in particolare al criterio di vicinanza», consentendo «a condizione, di trasferire il caso al giudice di altro Stato membro se è più indicato per conoscere il caso» (punti 12 e 13 dei Considerando preliminari).

Inoltre gli artt. 8 e 9 del citato Reg. CE sanciscono la regola generale della competenza del giudice dello Stato in cui il minore risiede abitualmente, lasciando che, in caso di lecito trasferimento di un minore da uno Stato all'altro, il luogo della sua dimora abituale, individuante la competenza, sia quello dello Stato in cui egli è vissuto abitualmente fino a tre mesi prima, per poi divenire quello dello Stato di destinazione, sempre in ragione del criterio di prossimità.

Allo stesso criterio sono ispirate le norme sulla competenza territoriale della l. 15.1.1994, n. 64, di ratifica ed esecuzione delle Convenzioni di Lussemburgo del 20.5.1980 e de L'Aja del 25.10.1980, con il richiamo al luogo dove il minore risiede (art. 5) o in cui si trova (art. 7, 2° co.), luogo che l'autorità centrale designata da ciascuno Stato contraente deve subito rintracciare (art. 5 lett. a, Convenzione di Lussemburgo), riconoscendosi nell'art. 26, in materia di affidamento dei minori, il peculiare rilievo della «legge di residenza abituale» di una persona.

Identico rilievo riceve l'esigenza di «localizzare un minore illecitamente trasferito o trattenuto» ovvero lo Stato di residenza abituale del minore o dove lo stesso si trova, cui fanno riferimento più articoli della Convenzione de L'Aja del 25.10.1980, relativa alla sottrazione e al rimpatrio di minori.

Il richiamo, nell'art. 2 Convenzione di New York, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni unite il 20.11.1989 e ratificata in Italia con l. 27.5.1991, n. 176, al rispetto dei diritti enunciati in essa per «ogni fanciullo», indipendentemente dalla origine nazionale sua o dei genitori o rappresentanti legali;

esprime il rilievo del luogo ove egli si trova, confermato dalla «considerazione preminente» che deve avere «l'interesse superiore del fanciullo» (art. 3) in ogni decisione delle istituzioni o dei tribunali, che meglio potranno valutare tale interesse se il minore viva abitualmente nel territorio di loro competenza, ovviamente definito in base al criterio di vicinanza.

In conclusione, la normativa interna sull'affidamento giurisdizionale del minore in difficoltà temporanea di rapporti con la famiglia di provenienza, in modo ancora più chiaro dopo la novella della l. n. 149 del 2001, imponendo ai Servizi sociali locali che seguono il minore di comunicare «al Tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova» «ogni evento di particolare rilevanza», consente a tale ufficio giudiziario, anche se non è quello che ha adottato la misura interinale a tutela del bambino, di emettere i provvedimenti urgenti del tipo di quelli di cui all'art. 336, 3° co., c.c. con procedimenti autonomi da quello originario, per i quali la competenza territoriale è determinata con il criterio di prossimità alla legittima dimora abituale del minore, anche se cambiata rispetto al momento che ha determinato la competenza originaria.

La indicazione contenuta nella novella del 2001 di un tempo non superiore a ventiquattro mesi per l'affidamento familiare, se autorizza il tribunale per i minorenni che lo ha disposto ad assumere decisioni che non siano urgenti entro tale limite temporale, comporta che gli «ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore», ai sensi della l. n. 184 del 1983, art. 4, 4° e 6° co., siano adottati dall'omologo ufficio specializzato del luogo dove il minore si trova e vive abitualmente.

In conclusione, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: «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».

Pertanto, nella concreta fattispecie, essendo decorsi ventiquattro mesi dal decreto che ha disposto l'affidamento, deve dichiararsi la competenza territoriale inderogabile del Tribunale per i minorenni di Napoli, nel cui distretto dimora abitualmente il minore interessato alla misura in suo favore con i genitori affidatari.

Nulla deve disporsi per le spese, non trattandosi di procedimento contenzioso

P.Q.M.

La Corte di Cassazione a sezioni unite dichiara la competenza territoriale del Tribunale per i minorenni di Napoli sui provvedimenti relativi al minore B.M., in affidamento familiare disposto dal Tribunale per i minorenni di L'Aquila e dimorante abitualmente e legittimamente in (*omissis*) presso la famiglia affidataria.

1. Il caso

Nel maggio 2006 il Tribunale per i minorenni di L'Aquila disponeva, ai sensi degli artt. 2 ss., l. 4.5.1983, n. 184 e successive modificazioni, l'affidamento etero-familiare di un minore⁽¹⁾, 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 avessero 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 competenza⁽²⁾: la cognizione del procedimento avrebbe dovuto rimanere in Abruzzo, avanti la Cor-

Il conflitto
negativo
di competenza

⁽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 agevolarne 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. 4.5.1983, 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 camerali 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, 1° co., c.p.c. (modificato dall'art. 4, l. n. 353/1990), 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 *Mass. Giust. civ.*, 1983, f. 11). La mera trasmissione del fascicolo processuale da un ufficio giudiziario ad un altro, con finalità dismissive della 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., ord. 11.2.2005, n. 2877, in *Guida dir.*, 2005, 16, 62; Cass., ord. 26.02.2002, n. 2765, in *Famiglia e dir.*, 2002, 493, con nota di De Cristofaro). Secondo la citata giurisprudenza il principio

te del luogo 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 confliggente 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⁾.

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 de-

creti 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, 2° co., c.p.c.**, la prima sezione civile, con ordinanza interlocutoria 13.6.2008, n. 16112⁽⁵⁾, 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 familiare⁽⁶⁾.

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 di-

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 *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1169.

⁽³⁾ In tema si veda, principalmente, VULLO, in AA.VV., *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, a cura di Perlinger, Napoli, 2008, 271 ss., Id., sub *Art. 5 c.p.c.*, in *Comm. c.p.c. Consolo*, 3ª ed., Milano, 2007, 255 ss., entrambi con amplissimi richiami bibliografici; COMOGLIO, in *Codice di procedura civile ipertestuale*, a cura di COMOGLIO - VACCARELLA, 2ª 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 c.d. effetti processuali della domanda, risponde ad una naturale e logica esigenza di certezza, connotata 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 È 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 tutela delle superiori esigenze del minore, dovendosi applicare - a temperamento del criterio della *perpetuatio* - il principio, di rilevanza comunitaria (art. 15, Reg. CE 27.11.2003, 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.

La tesi
«funzionalistica»

ritto 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 rientrano i procedimenti giurisdizionali, non contenziosi, sull'affidamento o sulla potestà genitoriale nonché sulle modalità del suo esercizio⁽⁸⁾. 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 decisione⁽⁹⁾.

La competenza resta inalterata per tutto il giudizio nonostante i mutamenti normativi o di fatto relativi alla abituale dimora, residenza o domicilio del minore⁽¹⁰⁾, intervenuti nel corso del procedimento che, pertanto, sono sempre stati giudicati irrilevanti⁽¹¹⁾. 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 va-

lutazione 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 giurisdizionale⁽¹²⁾.

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 imprevedibili⁽¹³⁾.

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 competente⁽¹⁴⁾.

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, 5° co., l. 4.5.1983, n. 184**⁽¹⁵⁾, che configura

L'irrilevanza, ai fini della competenza, dei mutamenti relativi alla residenza

⁽⁷⁾ Sull'applicabilità del principio di cui all'art. 5 c.p.c. anche ai procedimenti camerati e sull'irrilevanza 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., S.U., 28.3.1985, n. 2186**, in *Dir. famiglia*, 1985, 842, che, in materia di adozione ai sensi degli artt. 29 e 37, l. n. 184/1983 di minori stranieri in stato di abbandono nel territorio italiano, ha affermato l'irrilevanza 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 *Rep. Foro it.*, 1988, *Adozione*, n. 69, che in materia di adozione internazionale afferma l'irrilevanza 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*, 2ª ed., I, Milano, 1993, 94.

⁽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., (ord.) 29.1.2008, nn. 1998 e 1999, tutte in *www.leggiditalia.it*; Cass., 5.6.2006, n. 13180 (in tema di dichiarazione di adottabilità), in *Mass. Foro it.*, 2006, 1509; Cass., 11.2.2005, n. 2877, cit.; Cass., (ord.) 7.7.2001, n. 9266, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1359 e Cass., 10.4.1995, n. 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 *Mass. Giust. civ.*, 2003, 4.

⁽¹³⁾ MONTARULI, *op. cit.*, 3.

⁽¹⁴⁾ V., tra le altre, Cass., 29.1.2008, nn. 1998 e 1999, cit.; Cass. 8.5.2007, n. 10493, in *Guida 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, *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 l. 28.3.2001, n. 149, che, al 5° co., 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 prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore». Con il termine «autorità», ai sensi dell'art. 4, 1° e 2° co., 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, 4° e 6° co., 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 3° co., 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

l'affidamento familiare del minore come un 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, Reg. CE, 27.11.2003, n. 2201**⁽¹⁶⁾, in base al quale una volta che il giudice competente sia stato adito esso conserva, in via di principio, la giurisdizione anche se il minore acquisisce la resi-

denza 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 5° co. dell'art. 4 non sarebbe decisivo per l'individuazione della competenza territoriale⁽¹⁸⁾ e che il criterio di prossimità viene annoverato tra quelli aventi rilevanza comunitaria (*ex art. 15, Reg. CE, 27.11.2003, n. 2201 e consideranda 12*⁽¹⁹⁾ e 13⁽²⁰⁾ del medesimo Reg.), 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 l'affidamento sia il Tribunale dei mino-

«competente» tribunale per i minorenni, che viene esercitato qualora si ravvisi che la cessazione dell'affidamento possa cagionare un pregiudizio al minore.

⁽¹⁶⁾ Il Reg. CE n. 2201/2003 del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, abroga il Reg. CE n. 1347/2000. Esso è in vigore dall'1.8.2004 ed in applicazione dal 1.3.2005, ad eccezione degli artt. 67, 68, 69, 70, che si applicano dal 1.8.2004. Ai sensi dell'art. 249, 2° co., 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 Reg. 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 civ. 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 *Famiglia e dir.*, 2004, 291; DI LIETO, *Il regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'es-*

ecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2004, 117; ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de "Bruselas II-bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 735-782; MCELEAVY, *Brussels II-bis, Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *ICLQ* 2003, 503-512.

⁽¹⁷⁾ ORIANI, *La perpetuatio iurisdictionis (art. 5 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 (MONTARULLI, *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»

Il prevalente
interesse
del minore
a fondamento
della teoria
funzionalistica

renni 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 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 effettività⁽²¹⁾. Proprio il principio «del prevalente interesse del minore» sta alla base dell'art. 15, 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 do-

manda 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, 5° co., 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 trova⁽²³⁾, quali: a) «la responsabilità del programma di assistenza»; b) «la vigilanza sull'esecuzione dell'affidamento familiare», da intendersi come «controllo della 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, 3° co.).

Il criterio di prossimità riemerge nell'espresso riferimento agli uffici giudiziari del luogo ove il minore

Applicazioni normative del criterio di prossimità

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

⁽²²⁾ Così testualmente, all'art. 4, 2° co., l. n. 184/1983.

⁽²³⁾ In conseguenza dell'abrogazione - ad opera dell'art. 30, l. 8.11.2000, 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, l.

17.7.1890, 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.

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.

È proprio a tale tribunale specializzato che si rivolge il giudice tutelare, nel caso di affidamento amministrativo (art. 4, 6° co.), 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 dottrina⁽²⁴⁾: 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 l. 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, 2° co., 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 patrimonio⁽²⁶⁾. La legge sull'affidamento condiviso ha, infine, introdotto l'**art. 709 ter, 2° co., 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 minore⁽²⁷⁾.

Secondo la Corte bisogna, pertanto, valorizzare il principio di prossimità anche nella materia che ci occupa. È, però, necessario prendere in esame la durata dell'affidamento (art. 4, 4° co.) 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 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

⁽²⁴⁾ MONTARULI, *op. cit.*, 6.

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

⁽²⁶⁾ Cfr. **Cass.**, 12.3.1991, n. 2574, in *Dir. famiglia*, 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.

cessazione dell'affidamento a 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. n. 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 da giurisprudenza sino ad oggi unanime, il dato testuale è di ostacolo allo spostamento di competenza, perché il 5° co. 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. c.c. ed in materia di potestà genitoriale. Secondo la Corte, in tali pronunce, la teoria della prossimità trova un chiaro riconoscimento normativo. Ma, a ben leggere⁽²⁸⁾, ci si accorge che la giurisprudenza richiamata⁽²⁹⁾ a nulla giova. Essa ribadisce la regola – di per sé assolutamente neutra – secondo cui il *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 costituzionale⁽³⁰⁾, del principio «nessuno può essere distolto giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.)» e dalle disposizioni sovranazionali che hanno consentito alla Corte di dichiarare incostituzionali alcune norme nazionali sulla competenza, assimilabili a quella in esame⁽³¹⁾.

⁽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 3° co. 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., ricomprendente anche l'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 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 *Mass. Giust. civ.*, 1991, f. 10; Cass., 10.4.1995, n. 4143, cit., Cass., 15.2.1999, n. 1238, in *Famiglia e dir.*, 1999, 295; Cass., 23.1.2003, n. 1058, in *Famiglia e dir.*, 2003, 273 e Cass., (ord.) 11.2.2005, n. 2877, in *Guida dir.*, 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⁾ C. Cost., 27.4.1967, n. 56, secondo cui «la illegittima sottrazione della regiducanda 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 leg-

ge, 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 C. Cost., 19.6.1998, n. 228, in *Famiglia e dir.*, 1998, 419 (con nota di Vullo), secondo cui non è fondata, con riferimento agli artt. 3, 1° co., 31, 1° e 2° co., e 24, 1° co., Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 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 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, 4° co. 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,

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 **C. Cost., 23.5.2008, n. 169**, 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 criterio di ragionevolezza, e ad una lettura costituzionalmente orientata delle norme anche sovranazionali, non è sufficiente a giustificare la *translatio 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».

La Suprema Corte
forza il dato
letterale
della norma

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. È 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 19.10.1996.

(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 *Guida 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 richiamare la nozione elaborata in numerose pronunce della Corte di Giustizia (a partire da C.G. 15.9.1994, 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

Sono, dunque, del tutto irrilevanti le altre norme richiamate, quali l'art. 15, Reg. CE 27.11.2003, n. 2201⁽³²⁾, 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 genitoriale⁽³³⁾, il legislatore comunitario ha dettato un numero rilevante di criteri di collegamento⁽³⁴⁾, che individuano la competenza ora in base al luogo di residenza abituale del minore (art. 8)⁽³⁵⁾ al momento di presentazione della 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.

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., 19.10.2006, n. 22507, ai fini dell'applicazione della Convenzione dell'Aja 25.10.1980, 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 sociali 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 giurisdizio-

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 finale⁽⁴¹⁾ 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 condizioni⁽⁴⁴⁾.

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 meccanismo di richiesta⁽⁴⁵⁾, 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 risiede⁽⁴⁶⁾. In primo luogo, la l. 15.1.1994, n. 64, entrata in vigore il 1°5.1995, di ratifica ed esecuzione della Convenzione Europea del Lussemburgo del 20.5.1980⁽⁴⁷⁾, la quale introduce una serie di dispo-

Le convenzioni internazionali e i criteri di competenza in tema di responsabilità genitoriale

nali 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 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 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'art. 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 artt. 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, Convenzione dell'Aja del 1996.

⁽⁴²⁾ Per approfondimenti v. M.C. BARUFFI, Artt. 8-20, *Regolamento CE 27.11.2003, 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. internaz. priv. e 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*. È originaria della Scozia (v. DENNARD, *Forum non conveniens in international maritime collision in the federal Courts: a suggested approach*, in *Cornell int. l. jour.* 1993, 123, nt. 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.). È 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. LUPOLI, *Conveniens or not conveniens? Il dilemma Canadese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2000, III, 891 ss.; Australia, Taiwan, Israele) e, persino, in Paesi di *civil law* (v. art. 429, lett. c, c.p.c. Olandese, come interpretato da *Cour de Cassation*, 13.2.1987, in *Rev. cr. dr. in. priv.*, 1998, 556). In dottrina si veda: LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, nt. 2, 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, 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. l. rev.* 1978, 739.

⁽⁴⁴⁾ La *traslatio iudicii* può essere proposta/accettata se lo Stato membro davanti alle cui autorità verrebbe trasferita (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.; CALÒ, *Influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 509-536; CASSANO, *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in *Famiglia e dir.*, 2002, 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. 15.1.1994, n. 64 ed è entrata in vigore, per l'Italia, il 1.5.1995. 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 ma-*

sizioni volte a ristabilire l'affidamento dei minori di anni 16 che sia stato arbitrariamente interrotto⁽⁴⁸⁾, e della Convenzione dell'Aja del 25.10.1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori⁽⁴⁹⁾.

L'ultimo riferimento è all'art. 2, Convenzione Onu di New York del 20.11.1989, sui diritti del fanciullo⁽⁵⁰⁾, 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). ■

teria 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 *Famiglia e dir.*, 2001, 6; DOSI, *Le Convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Famiglia e dir.*, 1997, 390; SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980*, in *Dir. famiglia*, 1997, 1496.

⁽⁴⁹⁾ Anche questa convenzione è stata ratificata con la l. 15.1.1994, n. 64 ed è entrata in vigore, in l'Italia, il 1.5.1995. 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 25.10.1980*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 485; CALIENDO, *Richiesta di riconsegna del minore sottratto*, in *Famiglia e 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.*, 11.1.2002, 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 lesi 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, 1° co., 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.*, 19.12.2003, 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 2.9.1990, è stata ratificata e recepita dall'Italia con l. 27.5.1991, 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. famiglia*, 1997, 246; DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'Onu*, in *Dir. famiglia*, 1992, 301; MORO, *L'attuazione della Convenzione Onu nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Documenti giustizia*, 1995, 442.