

Il tribunale ordinario – pur dopo la Legge 219/2012 - non è mai competente per la pronuncia di decadenza ex art. 330 c.c.

Trib. Milano, sez. IX, sentenza 4 – 11 dicembre 2013 (Pres. Ortolan, rel. Buffone)

RIPARTO DI COMPETENZA TRA TRIBUNALE ORDINARIO E TRIBUNALE MINORILE – LIMITAZIONI DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE – ART. 333 C.C. - INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO – SUSSISTE – COMPETENZA CD. PER ATTRAZIONE – MODIFICA INTRODOLTA DALLA LEGGE 219/2012 – CONFERMA DI UNA PREGRESSA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE

La Legge 219/12 – riscrivendo l'art. 38 cit. – ha istituito, in capo al Tribunale ordinario, una competenza cd. per attrazione nel senso di ricondurre al giudice ordinario la cognizione anche dei profili inerenti alla limitazione della responsabilità genitoriale, che in via generale sono attribuiti alla competenza del Tribunale minorile, in presenza di una precedente pendenza di un procedimento c.d. ordinario. In altri termini, anche il Tribunale Ordinario può applicare l'art. 333 c.c. se è pendente un procedimento di separazione o divorzio. La novella legislativa, sul punto, non ha portata innovativa: recepisce e conferma una lettura dell'art. 333 c.c. che si era già affermata nella giurisprudenza di Cassazione. Ciò vuol dire che, sia prima della legge 219/12 sia certamente ora, il giudice ordinario può emettere le statuizioni ex art. 333 c.c.

RIPARTO DI COMPETENZA TRA TRIBUNALE ORDINARIO E TRIBUNALE MINORILE – LIMITAZIONI DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE – ART. 330 C.C. – COMPETENZA ESCLUSIVA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI - SUSSISTE

La Legge 219/2012 ha ampliato le competenze del giudice ordinario solo con riguardo alle limitazioni ex art. 333 c.c. lasciando immutata la esclusiva competenza del T.M. per le pronunce ex art. 330 c.c.; pronunce che il tribunale ordinario non potrebbe dunque emettere nemmeno se pendente un giudizio di separazione o divorzio. Quanto è confermato dallo sfoglio dei lavori parlamentari, dalla lettera dell'attuale art. 38 disp. att. c.c., e da un approccio sistematico alla questione che vede, al centro dell'azione ex art. 330 c.c., il pubblico ministero minorile, organo estraneo all'apparato giudiziario del tribunale ordinario.

omissis

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

I coniugi XX, cod. fisc. ..., nata a ... (...) il ... 1977 e YY, cod. fisc. ..., nato a .. (..) il ... 1979, contraevano matrimonio concordatario in ..., in data .. 1998, con atto trascritto nei registri dello Stato Civile del comune di ..., al n. ..., anno 1998, parte I. Dall'unione nascevano i figli .. (.. 1999: 14 anni) e .. (.. 2001: 12 anni), entrambi minorenni. Con ricorso notificato in data 16 settembre 2011, la XX richiedeva pronunciarsi la separazione dal marito con addebito, affidarsi i figli in via esclusiva a lei con obbligo di mantenimento a carico del padre per euro 500,00. A sostegno delle pretese allegava i problemi di alcolismo del coniuge e gli atti di violenza dallo stesso consumati ai danni della partner. Il YY si costituiva in cancelleria in data 21 novembre 2011 e conveniva per la pronuncia separativa insistendo, però, per l'affidamento condiviso della prole ed un obbligo di mantenimento non superiore ad euro 300,00 mensili (ridotto ad euro 200,00 mensili in sede di precisazione delle conclusioni). Contestava i fatti posti a fondamento della richiesta di addebito riferendo che, in realtà, era stata la moglie a determinare la rottura dell'affectio coniugalis non avendo sostenuto e supportato il marito, allorché rimasto senza occupazione lavorativa. L'udienza presidenziale veniva tenuta ex art. 708 c.p.c. in data 5 dicembre 2011. I coniugi pervenivano ad un accordo che prevedeva: l'affido dei figli in via esclusiva alla madre; il diritto di visita del padre in .., una volta al mese, presso la sorella ...; il pagamento del mantenimento per euro 300,00 mensili oltre il 50% delle spese mediche non coperte dal SSN, scolastiche e ricreative se concordate. Il Presidente incaricava i Servizi Sociali di ... per un monitoraggio del nucleo familiare. Con ordinanza ex art. 183 comma VII c.p.c., del 18 settembre 2012, il giudice istruttore giudicava la causa matura per la decisione e, ex art. 187 c.p.c., fissava in data 16 luglio 2013, la precisazione delle conclusioni. All'udienza del 16.7.2013 le parti precisavano le conclusioni; i termini concessi ex art. 190 c.p.c. scadevano in data 30 ottobre 2013. La Camera di Consiglio veniva tenuta in data 4 dicembre 2013. Dopo la concessione dei termini ex art. 190 c.p.c., il Tribunale per i Minorenni di ... comunicava, in data 18 novembre 2013, il proprio provvedimento con cui – con decreto ex art. 330 c.c. del 30 ottobre 2013 – il YY veniva dichiarato decaduto dalla potestà genitoriale.

[1]. La domanda diretta ad ottenere la **separazione giudiziale** va accolta. E ciò perché i fatti desunti dalla trattazione della causa dimostrano in modo inequivocabile che la prosecuzione della convivenza è divenuta ormai da tempo intollerabile ex art. 151, primo comma, c.c. Né occorre espletare una specifica istruttoria allo scopo di verificare se la convivenza sia divenuta realmente intollerabile. Infatti, in una doverosa visione evolutiva del rapporto coniugale, il giudice, per pronunciare la separazione, deve verificare, in base ai fatti emersi, ivi compreso il comportamento processuale delle parti, con particolare riferimento alle risultanze

del tentativo di conciliazione ed a prescindere da qualsivoglia elemento di addebitabilità, l'esistenza, anche in un solo coniuge, di una condizione di disaffezione al matrimonio tale da rendere incompatibile, allo stato, pur a prescindere da elementi di addebitabilità da parte dell'altro, la convivenza. Ove tale situazione di intollerabilità di verificarsi, anche rispetto ad un solo coniuge, deve ritenersi che questi abbia diritto a chiedere la separazione: con la conseguenza che la relativa domanda costituisce esercizio di un suo diritto (Cass. Civ., sez. I, sentenza 30 gennaio 2013 n. 2183). Orbene, nel caso di specie, è certa la comune volontà dei coniugi di pervenire ad una disgregazione del nucleo familiare, posto che entrambi hanno sul punto rassegnato conclusioni conformi ed ormai vivono separati da tempo. Inoltre, in sede di udienza presidenziale, è anche emerso come il contenuto del rapporto coniugale fosse inidoneo a realizzare la personalità dell'una o dell'altro per condotte – in particolare del marito – collocate in una cornice estranea al comune scambio di rispetto e sostegno. Va, dunque, pronunciata la separazione personale come richiesta dal ricorrente e dalla resistente, in conformità al parere del Pubblico Ministero.

[2]. La domanda diretta ad ottenere l'**addebito della separazione al YY** va respinta. Anche a causa di una formulazione delle richieste istruttorie generica (v. ordinanza del 18.9.2012), la parte attrice non ha dimostrato la sostanza delle violenze denunciate e, soprattutto, il nesso causale tra le allegate violazioni del marito e la disgregazione del nucleo familiare: le sole dichiarazioni del convenuto, all'udienza del 5.12.2012, non sono sufficienti per la dimostrazione dei fatti costitutivi dell'addebito e, soprattutto, non costituiscono confessione in quanto acquisite in sede di interrogatorio libero. Ne consegue che, in presenza delle dettagliate contestazioni del YY (ex art. 115 c.p.c.), occorre diagnosticare il difetto di prova ai fini della pronuncia richiesta dalla moglie.

[3]. Quanto all'**affidamento della prole**, è opportuno attingere al bacino delle dichiarazioni rese dalle parti all'udienza presidenziale. In quella sede i genitori hanno raggiunto un accordo nel senso di affidare la prole in via esclusiva alla madre. E' bene ricordare che «la regola dell'affidamento condiviso non è negoziabile dai genitori e, soprattutto, non è ammissibile una rinuncia all'affido bigenitoriale da parte di uno dei partners, in quanto trattasi di un Diritto del Fanciullo e non dei genitori» (Trib. Varese, sez. I, ordinanza 21 gennaio 2013). Ciò nondimeno, un accordo del genere certamente può trovare consenso giudiziale dove sia supportato da ragioni e motivazione che mettano in luce il perseguimento del primario interesse dei fanciulli contesi. Orbene, nella fattispecie, all'udienza presidenziale, il padre ha ammesso di avere posto in essere condotte episodiche di violenza sotto l'effetto dell'alcool ed ha pure ammesso di averlo fatto, in tempi recenti, ai danni della nuova compagna. Ha pure ammesso di versare in

condizioni economiche precarie inidonee a regalare al suo profilo personologico serenità emotiva. Inoltre, nella relazione dei Servizi Sociali delegati – dell'11 settembre 2012 – viene dato atto dell'intervento del Tribunale per i Minorenni di ... (decreto dell'1 febbraio 2012) a causa di una condotta del padre ritenuta causale rispetto ad uno stato di sofferenza dei minori (i quali sarebbero stati costretti ad assistere alle scene di violenza poste in essere dal padre ai danni della nuova compagna). Alla luce dei dati sopra indicati, il YY deve essere, allo stato, escluso dall'affidamento della prole, ricorrendo una prognosi negativa circa il corretto esercizio della responsabilità genitoriale. Resta da chiarire se i minori debbano, a questo punto, essere affidati all'Ente locale o alla madre ex art. 155-bis c.c. La relazione dei Servizi Sociali, versata in atti, fa presente che la XX ha ricostituito un nuovo nucleo familiare legandosi al nuovo compagno, il sig. ..., con il quale convive ormai dal 2011 e sta, di fatto, insieme, da ormai quasi 5 anni. Dà atto che i minori hanno ritrovato nel nuovo compagno della madre una risorsa in quanto il Servizio descrive buoni rapporti. Il Servizio accerta anche come la madre si sia nuovamente immessa nel mercato del lavoro, lavorando presso una casa-famiglia. I bambini sono descritti come tranquilli e sereni. Sempre il Servizio dà pure atto di una nuova dimensione abitativa avendo la madre trasferito il domicilio in una nuova casa in buone condizioni igienico sanitarie. Alla luce dei dati sin qui raccolti deve ritenersi che sussista, in capo alla madre, una piena capacità genitoriale anche per avere saputo ricostruire un ambiente sereno per i minori, pur dopo le vicende negative che hanno dovuto, senza colpa, vivere direttamente e indirettamente. Ne consegue che sussistono i presupposti per un affidamento monogenitoriale alla madre, in linea con la istanza presentata dalla stessa nell'odierno processo. Resta, allora, da chiarire se in questa sede il Tribunale ordinario possa pronunciarsi in senso difforme rispetto al decreto del Tribunale per i Minorenni di ... dell'1 febbraio 2012.

[3.1.]. Quanto ai rapporti tra Tribunale per i Minorenni e Tribunale ordinario, è opportuno precisare che l'affidamento dei minori al Comune di loro residenza non costituisce, in senso tecnico-giuridico, un provvedimento di "affidamento della prole", in quanto l'affido dei fanciulli può ipotizzarsi solo verso uno dei genitori o entrambi (artt. 155, 155-bis c.c.). Il modulo dell'affidamento dei bambini all'ente locale realizza, infatti, una limitazione all'esercizio della responsabilità genitoriale nell'ipotesi in cui sia madre che padre versino in condizioni di inidoneità al ruolo paterno e materno (infatti, v. art. 2, l. 4 maggio 1983 n. 184 che, per l'affido familiare o all'Ente richiede che "il minore sia temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo"; v. anche l.'art. 6 l. 898/1970). Ve ne è una conferma – *de jure condendo* – nell'art. 337-ter c.c. (come verrà introdotto a seguito dell'attuazione della delega contenuta nell'art. 2 l. 219/2012, approvata il 12 luglio 2013) in cui la norma, dopo avere previsto l'affidamento della prole a entrambi i genitori, prevede che il

giudice «adotta ***ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso***, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare». L'affido al soggetto terzo diverso dai genitori è, quindi, provvedimento «altro» rispetto all'affidamento mono- o bi- genitoriale. Ciò premesso, l'affidamento all'Ente terzo, non potendosi inquadrare nell'ambito dei provvedimenti ex artt. 155 cc. e ss., va collocato nell'ambito dell'art. 333 c.c. e, cioè, nei provvedimenti necessari e convenienti adottati dal Tribunale per proteggere il minore da condotte pregiudizievoli dei genitori. Si tratta di una conclusione confortata dall'art. 26 della legge 27 maggio 1935 n. 835 (di conversione in Legge del d.l. 20 luglio 1934 n. 1404), come modificata dalla l. 25 luglio 1956 n. 888, in cui è espressamente previsto, all'ultimo comma, che «la misura di cui all'art. 25, n. 1 [*affidamento del minore al Servizio Sociale*], può altresì essere disposta quando il minore si trovi nella condizione prevista dall'art. 333 del Codice civile». Il decreto del Tribunale per i Minorenni di ..., dell'1 febbraio 2012, è, dunque, una limitazione ex art. 333 c.c. Come noto, le limitazioni ex art. 333 c.c. sono sempre modificabili e revocabili ex art. 333 comma II c.c. Orbene, alla luce delle conclusioni sin qui raggiunte dovrebbe prendersi atto di una competenza funzionale fisiologia del Tribunale minorile per l'apposizione delle limitazioni ex art. 333 c.c. e per la loro modifica o rimozione, alla luce dell'art. 38 disp. att. c.p.c., come vigente alla data di introduzione della lite (2011). Così, però, non è. In tempi recenti, la Legge 219/12 – riscrivendo l'art. 38 cit. – ha istituito, in capo al Tribunale ordinario, una competenza cd. per attrazione (v. Trib. Mi, sez. IX, 3 ottobre 2013, Pres. Est. G. Servetti) nel senso di ricondurre al giudice ordinario la cognizione anche dei profili inerenti alla limitazione della responsabilità genitoriale, che in via generale sono attribuiti alla competenza del Tribunale minorile, in presenza di una precedente pendenza di un procedimento c.d. ordinario. In altri termini, anche il Tribunale Ordinario può applicare l'art. 333 c.c. se è pendente un procedimento di separazione o divorzio (v. anche, Trib. Milano, sez. I civ., 11 ottobre 2013, Pres., est. Servetti). La novella legislativa, sul punto, non ha portata innovativa: recepisce e conferma una lettura dell'art. 333 c.c. che si era già affermata nella giurisprudenza di Cassazione, in particolare con la sentenza Cass. Civ., sez. I, 5 ottobre 2011 n. 20354 (che richiama Cass. Civ., n. 24907/2008). Nell'arresto citato, la Suprema Corte ha affermato che «tanto il giudice specializzato che il giudice della separazione (e del divorzio) in presenza di una situazione di pregiudizio per i minori, possono assumere provvedimenti volti alla tutela dei figli. E' applicabile, anche in regime di separazione (e, in particolare, in materia di modifica delle condizioni) l'art. 333 c.c.». Ciò vuol dire che, sia prima della legge 219/12 sia certamente ora, il giudice ordinario può emettere le statuizioni ex art. 333 c.c. Ebbene, qualificato l'affido ai Servizi Sociali come limitazione ex art. 333 c.c. ed appurato che, a processo di separazione pendente, il Tribunale ordinario può applicare il citato art. 333 (anche nel suo comma II), in questo

giudizio questo Collegio può pronunciarsi in senso modificativo del decreto 1 febbraio 2012, alla luce della rinnovata valutazione della situazione dei minori e ritenuto che, rispetto alla madre, non sussista più l'esigenza di una esclusione dal regime di affidamento. Va, però, svolto un ulteriore chiarimento. In tanto il Tribunale ordinario può pronunciarsi ex art. 333 c.c. in quanto non sia già pendente analogo ed autonomo procedimento dinanzi al T.M.: nel caso in esame, il procedimento che aveva dato la stura al decreto dell'1.2.2012 si è concluso con decreto del 30 ottobre 2013 (che, peraltro, è giunto alle medesime conclusioni qui rassegnate quanto al ruolo genitoriale della madre). Può conclusivamente pronunciarsi l'affidamento esclusivo della prole alla madre. L'affido esclusivo comporta l'assorbimento della questione relativa all'espatrio, restando ogni altra problematica rimessa alla competenza funzionale del Giudice Tutelare (v. l. 1185/1967). E' ovviamente chiaro che, per le stesse ragioni che legittimano l'odierna pronuncia, successivamente all'odierno provvedimento, certamente il Tribunale per i Minorenni potrebbe emettere un nuovo atto ex art. 333 c.c. modificando l'odierna statuizione in parte qua. Si dà atto che, il decreto dell'1 febbraio 2012, è stato modificato dallo stesso Tribunale per i Minorenni in data 27 giugno 2012 per rimettere la competenza al Comune di ... e si dà atto che il relativo processo è stato definito in data 30 ottobre 2013.

[3.2.]. Quanto ai rapporti tra Tribunale per i Minorenni e Tribunale ordinario, deve, a questo, procedersi ad esaminare la situazione del padre. Il Tribunale per i Minorenni di Palermo – con decreto del 30 ottobre 2013 – ha dichiarato YY decaduto dalla potestà genitoriale sui figli minori e allo stesso è stato imposto il divieto di visita dei figli; il decreto ha delegato i Servizi Sociali in loco per i compiti di vigilanza e controllo sul nucleo familiare. Il Collegio prende atto del citato pronunciamento anche se reso noto all'Ufficio in pendenza dei termini ex art. 190 c.p.c. in quanto si tratta di provvedimento emesso in un procedimento in cui entrambi i coniugi erano parte e, dunque, si tratta di statuizione che è a loro nota e non crea uno strappo al principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.). Il Tribunale ordinario non ha alcuna competenza per la modifica del provvedimento decadenziale. La stessa giurisprudenza citata in materia di art. 333 c.c. precisa che nessuna competenza è riservata al giudice ordinario quanto al provvedimento ex art. 330 c.c. E' opportuno sottolineare che l'affermazione conserva validità anche dopo l'intervento della Legge 219/2012: la novella, infatti, ha ampliato le competenze del giudice ordinario solo con riguardo alle limitazioni ex art. 333 c.c. ma lasciando immutata la esclusiva competenza del T.M. per le pronunce ex art. 330 c.c.; pronunce che il tribunale ordinario non potrebbe dunque emettere nemmeno se pendente un giudizio di separazione o divorzio. Quanto è confermato dallo sfoglio dei lavori parlamentari, dalla lettera dell'attuale art. 38 disp. att. c.c., e da un approccio sistematico alla questione che vede, al centro dell'azione ex art. 330 c.c., il pubblico ministero minorile, organo estraneo all'apparato

giudiziario del tribunale ordinario.

[4]. Quanto al mantenimento dei figli, il padre all'udienza del 5 dicembre 2012, pur dopo aver dedotto il proprio stato di disoccupazione in comparsa di costituzione, si è offerto di versare la somma di euro 300,00 oltre le spese extra al 50%; la statuizione deve dunque essere certamente confermata, anche tenuto conto della giovane età del Solina e, dunque, della sua piena possibilità di svolgere attività lavorativa, anche saltuariamente.

[5]. Le **spese di lite** vanno compensate, tenuto conto della soccombenza delle parti, rispetto alle rispettive domande formulate in lite e pure tenuto conto dei provvedimenti del giudice minorile, sopravvenuti in corso di causa.

P.Q.M.

visti gli artt. 151, 155-quater, 156 cod. civ.

il TRIBUNALE DI MILANO,

SEZIONE NONA CIVILE,

in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nel giudizio civile n. ... dell'anno 2011, disattesa ogni ulteriore istanza, eccezione e difesa, così provvede:

DICHIARA la separazione personale dei coniugi (OMISSIS)

RESPINGE la domanda di addebito proposta da XX

AFFIDA i figli minori (OMISSIS) in via esclusiva alla madre con collocamento prevalente degli stessi presso l'abitazione di quest'ultima (OMISSIS) e facoltà di stabilire la residenza abituale della prole.

PRENDE ATTO del decreto del tribunale per i Minorenni di ... del 30 ottobre 2013, con cui YY è stato dichiarato decaduto dalla potestà genitoriale sui figli minori e con cui allo stesso è stato imposto il divieto di visita rispetto ai figli; rimette ai Servizi Sociali con il citato decreto già delegati, per i compiti di vigilanza e controllo sul nucleo.

PONE a carico di YY, l'obbligo di corrispondere a XX, la somma di euro 300,00 a titolo di contributo mensile per il mantenimento indiretto della prole. La somma dovrà essere corrisposta, in via anticipata, entro il giorno 5 di ogni mese e sarà soggetta a rivalutazione monetaria annuale secondo gli indici Istat. Le spese straordinarie, quelle scolastiche e quelle mediche non coperte dal SSN, sono a carico del padre al 50%, purché sulle stesse il padre sia stato sentito ed abbia espresso il suo consenso (salvo l'urgenza per le spese mediche).

COMPENSA integralmente tra le parti, le spese di lite

MANDA alla cancelleria per quanto di competenza e perché trasmetta copia autentica del dispositivo della presente sentenza, limitatamente al Primo Capo, al suo passaggio in giudicato, all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di ... perché provveda alle annotazioni ed ulteriori incombenze di legge.

MANDA alla cancelleria perché trasmetta copia autentica della presente sentenza al Tribunale per i Minorenni di ... (relativamente al procedimento 213/2011) e al Servizio Sociale del Comune di

Così deciso in Milano, nella Camera di consiglio del 4 dicembre 2013

L'estensore

Il Presidente

IL CASO.it