

LA COMPETENZA SULLA DECADENZA DALLA POTESTA' GENITORIALE

Avv. Carmelo Padalino

L'art. 3, primo comma, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, dispone che «Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333, resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario».

È di fondamentale importanza, per le consequenziali ricadute dal punto di vista pratico, stabilire a quale autorità giudiziaria dovrà rivolgersi il genitore coniugato qualora, in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, voglia proporre una domanda di decadenza dalla potestà (oggi, responsabilità) nei confronti dell'altro genitore.

La competenza spetterà al Tribunale ordinario ovvero al Tribunale per i minorenni ?

In favore della seconda, minoritaria (soprattutto, in dottrina), opzione interpretativa (nel senso che, anche in questi casi, la competenza ad adottare i provvedimenti ablatori della responsabilità genitoriale resterà in capo al Giudice minorile) si è espresso sia il Tribunale Ordinario che il Tribunale per i Minorenni di Brescia, che hanno escluso

Giurisprudenza 

«che la formulazione del novellato art. 38 disp. att. c.c. possa comportare l'attribuzione al giudice ordinario del potere di pronunciare la decadenza dalla potestà di un genitore. Si ritiene, infatti, che la contraddittorietà della formulazione dal dato normativo non consente di operare un'interpretazione estensiva dei procedimenti, espressamente individuati dall'art. 38 disp. att. in quelli emessi ex art. 333 c.c., in relazione ai quali "resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in

corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione, divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile". La pronuncia emessa ex art. 330 c.c. finisce, infatti, con l'incidere sul diritto del padre o della madre del minore alla sua genitorialità, cioè su un diritto soggettivo, e non si limita ad operare quella compressione della potestà genitoriale propria degli interventi ex art. 333 c.c., con la conseguenza che la natura delle questioni da affrontare non appare conciliabile con la trattazione del procedimento di separazione, divorzio o ex art. 317 bis c.c.»

(Tribunale Ordinario di Brescia e Tribunale per i Minorenni di Brescia, *Protocollo d'intesa del 10 aprile 2013*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 6, 634, commentata criticamente da F. DANOVÌ, *I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile*, *ibidem*, 619, secondo cui la ratio sottostante all'art. 3 della legge n. 219/2012 è stata quella di: «favorire, nelle ipotesi in cui sia in corso un giudizio comunque volto a statuire sull'affidamento del figlio, il *simultaneus processus*, elidendo un regime di competenze altrimenti diarchico e attribuendo al giudice ordinario anche il potere di emanare nell'interesse del minore ulteriori provvedimenti in qualche misura connessi. Si tratta quindi di una funzione aggregativa che risponde ai principi generali di economia processuale, di uniformità dei provvedimenti e soprattutto di effettività della tutela»).

Soluzione, questa, condivisa anche da una pronuncia di merito, che, in relazione ai dubbi interpretativi sorti laddove, nel primo comma del novellato art. 38 delle disp. att. c.c., il legislatore, nell'enucleare le ipotesi di deroga alla competenza del Tribunale per i Minorenni, fa riferimento ai «*provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo*», si è espressa nei seguenti termini

Giurisprudenza 

«Secondo un'interpretazione meramente formalistica e testuale, non condivisibile da questo Tribunale, l'inserimento di tale inciso consente di ritenere operativa la vis attrattiva del T.O. anche in relazione ai procedimenti di cui all'art. 330 c.c. (tra le stesse parti) nei casi di contemporanea pendenza con un giudizio separativo, divorzile o ex art. 317 bis c.c. Altro orientamento, piuttosto interessante, ritiene, invece, che l'unico senso compatibile con le disposizioni dell'intero articolo sembrerebbe essere quello secondo cui la competenza spetta al G.O. per i provvedimenti richiamati nel "periodo precedente" (e dunque esclusivamente quelli ex art. 333 c.c.) impropriamente definito "primo". In questo senso la disposizione sarebbe aderente all'orientamento della Suprema Corte (v. Ordinanze nn. 20352 e 20354 del 5.10.2011, est. Dogliotti) circa i confini dei provvedimenti in concreto assumibili in materia di affidamento dei minori dal T.O. in presenza di situazioni di pregiudizio»

(Trib. minori Catania 22 maggio 2013, in www.affidamentocondiviso.it. *Contra*, Trib. minori Bari 30 marzo 2013, in www.magistraturademocratica.it, con nota di VELLETTI, *Quale giudice per i ricorsi ex art. 330?*, che, esaminando il tenore letterale dell'art. 3 legge n. 219/2012, ha affermato: «che, pendendo giudizio di separazione, questo tribunale non sia competente per il procedimento ex art. 333 c.c. e nemmeno per adottare i provvedimenti ex art. 330 c.c. (rientranti fra le "disposizioni richiamate nel primo periodo" del suddetto articolo). In senso conforme Trib. minori Brescia 22 luglio 2013, in www.affidamentocondiviso.it, che, in pendenza di un giudizio di separazione dei genitori, ha ritenuto la

propria competenza sulla domanda di decadenza dalla potestà genitoriale della madre proposta dalla Procura Minorile, disponendo approfondimenti istruttori al fine di esaminare la fondatezza di tale domanda anche attraverso l'acquisizione delle indagini espletate nel procedimento pendente avanti al Tribunale Ordinario».

Ai fini che qui rilevano, interessanti spunti interpretativi possono essere tratti anche dall'esame dei lavori preparatori alla legge di riforma, nel corso dei quali il Servizio Studi del Dipartimento istituzioni della Camera dei Deputati ha predisposto un *dossier* di documentazione, finalizzato ad evidenziare gli elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale del progetto di legge AC n. 2519 (rubricato «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»), ove ha chiarito, in generale, che:

Lavori preparatori

«L'articolo 3, integralmente riformulato dal Senato, detta una nuova formulazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile. In particolare, la disposizione sottrae al tribunale per i minorenni (attribuendola al tribunale ordinario) la competenza sulle controversie relative all'esercizio della potestà e all'affidamento anche dei figli naturali»

(Camera dei deputati – XVI Legislatura – *Dossier di documentazione del 6 novembre 2012*, a cura del Servizio Studi – Dipartimento istituzioni, in www.camera.it).

Specificando, inoltre, che l'articolo 3 del progetto di legge (nella versione definitiva, poi approvata) ha riconosciuto al tribunale ordinario, anziché al tribunale per i minorenni, la competenza su una serie di materie [quale la disciplina dell'amministrazione del fondo patrimoniale (art. 171); la costituzione dell'usufrutto sui beni di un coniuge in relazione alle necessità della prole (art. 191, secondo comma); il riconoscimento dei figli naturali (art. 250); l'affidamento del figlio naturale ed il suo inserimento nella famiglia legittima (art. 252); l'assunzione del cognome del minore (art. 262); l'autorizzazione all'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale (art. 264); le decisioni nell'interesse del figlio in caso di contrasto tra i genitori (art. 316); l'esercizio della potestà dei genitori (art. 317-bis); la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269, primo comma)], nonché precisando, ai fini qui in esame, che:

«Con riferimento poi all'adozione da parte del giudice di provvedimenti in presenza di una condotta del genitore pregiudizievole per i figli (art. 333), viene confermata la competenza del tribunale per i minorenni, salvo che sia in corso un procedimento di separazione o divorzio o in materia di esercizio della potestà genitoriale, nel qual caso la competenza è attribuita al giudice ordinario»

(Camera dei deputati – XVI Legislatura – Dossier di documentazione del 6 novembre 2012, a cura del Servizio Studi – Dipartimento istituzioni, *op. cit.*) .

L'attuale formazione dell'art. 38 delle disp. att. c.c. è il risultato dell'approvazione, durante l'esame del disegno di legge presso la 2^a Commissione Permanente Giustizia del Senato, dell'emendamento 3.1 (presentatore Sen. Berselli ed altri), che così recitava: «Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333,

¹ Nello stesso senso, si veda un precedente *dossier* di documentazione elaborato dal Servizio Studi – Dipartimento giustizia della Camera dei Deputati (volto ad evidenziare gli elementi per l'istruttoria legislativa), ove si è affermato quanto segue: «il nuovo articolo 3 detta una nuova formulazione dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile. In particolare, elimina dal testo dell'articolo 38 il riferimento all'art. 317-bis c.c., così sottraendo al tribunale per i minorenni (ed attribuendola al tribunale ordinario) la competenza sulle controversie relative all'esercizio della potestà e all'affidamento anche dei figli naturali. Inoltre, attraverso la soppressione nello stesso art. 38 dei relativi riferimenti normativi, riconosce al tribunale ordinario anziché al tribunale per i minorenni la competenza anche nelle seguenti materie: disciplina dell'amministrazione del fondo patrimoniale (art. 171); costituzione dell'usufrutto sui beni di un coniuge in relazione alle necessità della prole (art. 191, secondo comma); riconoscimento dei figli naturali (art. 250); affidamento del figlio naturale ed il suo inserimento nella famiglia legittima (art. 252); assunzione del cognome del minore (art. 262); autorizzazione all'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale (art. 264); decisioni nell'interesse del figlio in caso di contrasto tra i genitori (art. 316), esercizio della potestà dei genitori (art. 317-bis); dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269, primo comma). Con riferimento poi all'adozione da parte del giudice di provvedimenti in presenza di una condotta del genitore pregiudizievole per i figli (art. 333), viene confermata la competenza del tribunale per i minorenni, salvo che sia in corso un procedimento di separazione o divorzio o in materia di esercizio della potestà genitoriale, nel qual caso la competenza è attribuita al giudice ordinario».

334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333, resta esclusa l'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile. In tale ipotesi e per tutta la durata del processo, la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle norme richiamate, spetta al giudice ordinario».

Tale emendamento veniva presentato ed illustrato nel corso della seduta della 2^a Commissione Permanente Giustizia del Senato n. 302 del 21.3.2012, ove veniva chiarito che, attraverso l'espunzione dal testo dell'art. 38 delle disp. att. c.c. del riferimento all'art. 317-bis c.c. e ad altre disposizione normative, si intendeva sottrarre al tribunale per i minorenni ed affidare al tribunale ordinario, la competenza sulle controversie relative all'esercizio della potestà ed all'affidamento dei figli naturali, nonché su altre materie, mentre: «con riferimento poi all'adozione da parte del giudice di provvedimenti in presenza di una condotta del genitore pregiudizievole ai figli, viene confermata la competenza del tribunale per i minorenni, salvo che sia in corso un procedimento di separazione o divorzio o in materia di esercizio della potestà genitoriale, nel qual caso la competenza è attribuita al giudice ordinario».

Tale emendamento veniva approvato dalla 2^a Commissione Permanente Giustizia del Senato nella seduta n. 311 del 3.5.2012, ove il relatore al disegno di legge, Sen. Gallone, chiariva il senso della innovazione introdotta dall'emendamento 3.1, rifacendosi, pedissequamente, a quanto dichiarato dal suo presentatore (Sen. Berselli) nella precedente seduta del 21.3.2012.

Ciò premesso, la sopra riportata interpretazione data alla disposizione di cui all'art. 3, comma 1, della legge n. 219/2012, nel senso che la competenza in materia di decadenza dalla potestà genitoriale, anche in pendenza dei giudizi di separazione e di divorzio, rimarrà al Tribunale per i minorenni, è da ritenere del tutto condivisibile per vari ordini di ragioni.

In primo luogo, perché, anche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 219/2012, l'affidamento della prole in minore età sul quale è competente il tribunale ordinario quale giudice della

separazione, in base all'art. 155 c.c., non incide sulla spettanza della potestà ad entrambi i genitori, ma, secondo l'espressa disposizione dell'art. 317, comma 2. c.c. (non modificata dalla novella), interferisce, soltanto, sulle modalità di esercizio della potestà medesima².

Tanto è vero ciò che i provvedimenti tipici di competenza del giudice della separazione e del divorzio (quale la pronuncia sull'affidamento condiviso, o esclusivo, dei figli e sulla determinazione dei tempi e delle modalità della loro presenza presso ciascun genitore) presuppongono, anche nell'ipotesi di affidamento monogenitoriale, la titolarità della potestà in capo ad entrambi i genitori (così come confermato dall'*incipit* dell'art. 155, comma 3, c.c., secondo cui: «*la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori*»).

Ne consegue che la locuzione contenuta nel secondo comma del richiamato art. 155 c.c. (secondo cui il giudice «*adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole*») dovrebbe intendersi riferita al

² E' estremamente significativo che, anche a seguito dell'introduzione della legge sull'affidamento condiviso, la Corte di cassazione ha riaffermato, in più di una occasione, il principio di diritto in base al quale, in tema di affidamento di minori e provvedimenti di decadenza dalla potestà genitoriale, il discrimine tra la competenza del Tribunale ordinario e quella del Tribunale per i minorenni va individuato in riferimento al *petitum* ed alla *causa petendi* (ritenendo, pertanto, di competenza del Giudice minorile, ai sensi del combinato disposto degli artt. 330 c.c. e 38 disp. att. c.c., le domande finalizzate ad ottenere i provvedimenti di decadenza dalla potestà genitoriale, e di competenza del Giudice ordinario, in sede di separazione personale dei coniugi, le pronunzie di affidamento dei figli che mirino solo ad individuare quale dei due genitori sia il più idoneo a prendersi cura del figlio): «non influendo su tale ripartizione il nuovo disposto dell'art. 155 cod. civ. sull'affido condiviso» (Cass. 24 marzo 2011, n. 6841, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Competenza civile*, n. 25. Nella specie, la Suprema Corte, in pendenza del giudizio di separazione dei coniugi, ha dichiarato la competenza del tribunale per i minorenni a statuire sulla decadenza dalla potestà genitoriale, ritenendo infondata la tesi del ricorrente in base alla quale, a seguito del nuovo disposto dell'art. 155 c.c., il giudice ordinario, nel corso della procedura di separazione personale dei coniugi, doveva ritenersi, anche, il giudice della potestà dei genitori, non potendosi scindere, a suo dire, la competenza sull'affidamento dei minori, a tale giudice attribuita, dalla competenza a pronunciare sulla decadenza da tale potestà. In senso conforme Cass. 27 febbraio 2013, n. 4945, in www.affidamentocondiviso.it).

potere del giudice di assumere provvedimenti di affidamento dei figli dal contenuto articolato che, pur senza pretermettere radicalmente i genitori (così come avverrebbe nell'ipotesi di decadenza dalla potestà), si facciano carico del contingente interesse dei minori, non arrendendosi all'alternativa secca della scelta tra i due genitori, ma valutando l'eventuale sussistenza di una loro condotta pregiudizievole all'interesse dei minori e ponendovi rimedio³.

Anche la disposizione normativa contenuta nell'art. 709-ter c.p.c. non consente di attribuire al tribunale ordinario il potere di pronunciare la decadenza dalla potestà genitoriale, essendo vero, piuttosto, che i provvedimenti adottabili ai sensi della richiamata norma del codice di rito: «*attengono piuttosto al controllo esterno sull'esercizio della potestà genitoriale in attuazione – anche mediante una più precisa determinazione e specificazione – di quanto disposto dal giudice della separazione o del divorzio*»⁴.

Secondariamente, perché il legislatore, all'art. 3, comma 1, della legge n. 219/2012, ha utilizzato, in modo estremamente significativo, l'espressione «per i procedimenti di cui all'art. 333», al fine di introdurre una deroga alla competenza generale del tribunale per i minorenni in ordine all'adozione di provvedimenti limitativi della potestà in presenza di una condotta del genitore pregiudizievole per i figli. Laddove il legislatore avesse voluto attribuire al Tribunale ordinario, in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, la competenza a decidere anche sulla

³ Sull'affermazione del principio di diritto che, nell'ambito dei giudizi di separazione e divorzio, la pronuncia di affidamento dei figli non può prescindere, anche a seguito della legge n. 54/2006, dall'accertamento dell'eventuale sussistenza di situazioni pregiudizievoli per la prole, si veda Cass. 5 ottobre 2011, n. 20352, in *Foro it.*, 2013, I, 333, con nota di POLISENO, Cass. 10 ottobre 2008, n. 24907, in *Foro it.*, 2009, I, 836, con nota di CASABURI, nonché Cass. 10 dicembre 2010, n. 24996, in www.affidamentocondiviso.it.

⁴ Così Cass. 2 aprile 2013, n. 8016, in www.affidamentocondiviso.it, nonché Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Dir. famiglia*, 2011, 651, con nota di ZINGALES, secondo cui: «l'oggetto della procedura attiene alle controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento».

decadenza dalla potestà genitoriale, avrebbe stabilito l'esclusione della competenza del tribunale per i minorenni anche «per i procedimenti di cui all'art. 330».

L'aver limitato, in ipotesi di pendenza del giudizio di separazione, di divorzio ovvero ex art. 316 c.c., la sottrazione al tribunale per i minorenni della competenza sui provvedimenti di potestà utilizzando l'espressione «per i procedimenti di cui all'articolo 333» (ossia, quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330 c.c.) esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di riferirsi ai provvedimenti limitativi e non ablativi della potestà parentale sui figli nati nel matrimonio; con la conseguenza che, per i provvedimenti di decadenza dalla potestà, continuerà a sussistere la competenza generale del giudice minorile, non sottratta dall'art. 3 della legge di riforma, né in via generale, né nelle peculiari ipotesi in cui è pendente un giudizio di separazione, di divorzio ovvero ai sensi dell'art. 316 c.c.

Del resto, è stato lo stesso legislatore a non sottrarre al tribunale per i minorenni la competenza sulle controversie relative alla decadenza dalla potestà, considerato, per un verso, che non è stato espunto il riferimento all'art. 330 nel primo capoverso dell'art. 3, comma 1, della legge n. 219/2012, e, per altro verso, che la sottrazione esplicita formulata nel secondo capoverso della citata disposizione normativa riguarda, unicamente, i «procedimenti di cui all'articolo 333».

Ne consegue che, essendo espressamente stabilita la competenza del giudice minorile sui provvedimenti di decadenza dalla potestà, non vi è in legge alcun riferimento normativo che consenta di ritenere sottratta tale competenza in favore del tribunale ordinario.

A conforto di tale affermazione, è opportuno rilevare che l'intenzione del legislatore potrebbe essere disvelata dall'esame dei lavori preparatori, laddove il Sen. Berselli, nell'illustrare l'emendamento 3.1, ha messo in evidenza, per un verso, che la locuzione «per i procedimenti di cui all'art. 333» si riferiva all'ipotesi di adozione da parte del giudice di provvedimenti in presenza di una condotta pregiudizievole per i figli, e, per altro

verso, che, in questi casi, veniva confermata la competenza del tribunale per i minorenni, salvo che fosse in corso un procedimento di separazione, di divorzio ovvero in materia di esercizio della potestà genitoriale, nel quale caso la competenza veniva attribuita al tribunale ordinario.

In terzo luogo, perché la Corte di cassazione, con orientamento interpretativo del tutto consolidato, ha escluso la configurabilità di una situazione di litispendenza tra giudizio di separazione personale dei coniugi e procedimento per la decadenza *ex art. 330 c.c.*, trattandosi di due cause niente affatto identiche, denotando comunanza soggettiva soltanto parziale (limitatamente, cioè, alle due parti private) e diversità oggettiva (*causa petendi e petitum*)⁵.

Sotto quest'ultimo profilo, è stato affermato, per un verso, che il giudizio di separazione personale dei coniugi vede come soggetti legittimati (ad agire ed a resistere in giudizio) esclusivamente i coniugi, poiché il pubblico ministero, sebbene debba necessariamente intervenire, non ha il diritto di esperire l'azione, e, per altro verso, che la *causa petendi* dell'azione di separazione è costituita, in via principale, dall'esistenza di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole (art. 151 c.c.) ed il *petitum* è costituito dalla richiesta della pronuncia di separazione, mentre le «eventuali» statuizioni relative ai figli, di cui all'art. 155 c.c., si inseriscono nel quadro di una regolamentazione della vita familiare consequenziale all'allentamento del vincolo matrimoniale (con la conseguenza che dette statuizioni vengono ad incidere soltanto sulle «modalità di esercizio» della potestà genitoriale).

Per contro, il procedimento per la decadenza dalla potestà genitoriale contempla, espressamente, il pubblico ministero tra i soggetti legittimati al relativo promovimento e fa riferimento, quale *causa petendi*, alla condotta di uno o di entrambi i genitori

⁵ Così Cass. 21 febbraio 2004, n. 3529, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Competenza civile*, n. 135.

necessariamente pregiudizievole al figlio, ed ha, come *petitum*, l'emanazione dei provvedimenti di cui agli articoli 330 e segg. c.c.

Ne consegue che tale diversità oggettiva (*causa petendi e petitum*) e la comunanza soggettiva soltanto parziale (limitatamente alle due parti private) dovrebbe escludere, non solo la litispendenza e la continenza tra azione di separazione ed azione di decadenza dalla potestà, ma, anche, la connessione tra i due procedimenti.

Alla luce delle superiori considerazioni, potrebbe sostenersi che il legislatore della riforma, stabilendo la competenza del tribunale ordinario, in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, ad assumere provvedimenti dal contenuto limitativo della potestà genitoriale, ha inteso recepire il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, in base al quale il tribunale ordinario, nell'adottare i provvedimenti di affidamento dei figli, è chiamato a valutare anche l'eventuale sussistenza di una condotta dei genitori pregiudizievole all'interesse dei minori e ad assumere provvedimenti idonei a porvi rimedio (ad es., mediante l'affidamento monogenitoriale, l'affidamento a terzi, ovvero disponendo la frequentazione con uno dei genitori con modalità protette), al fine di preservargli un ambiente familiare stabile e sereno⁶.

Attuando, per espressa previsione legislativa, la concentrazione della competenza in capo al tribunale ordinario anche nelle ipotesi in cui a fondamento delle pronunce di affidamento dei figli venga allegato un grave pregiudizio per i minori, nei limiti in cui tale deduzione non sia intesa ad ottenere un provvedimento ablativo della potestà genitoriale.

⁶ Essendo assai difficile, se non impossibile, distinguere una domanda di affidamento pura e semplice da quella fondata sul comportamento pregiudizievole di uno dei genitori.