

Sul rapporto tra provvedimenti *convenienti ex art. 333 cod. civ.* e provvedimenti *opportuni* di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., il Tribunale di Napoli ha affermato il seguente principio di diritto: «In tema di affidamento dei figli, la misura dell'allontanamento dei minori dalla madre, strumentale alla collocazione della prole in casa familiare, pur espressamente prevista dall'art. 333 cod. civ. in ordine ai provvedimenti limitativi della potestà, e, quindi, di competenza del Tribunale per i minorenni, deve intendersi come rientrante nella competenza funzionale del giudice ordinario della causa di separazione già pendente tra i genitori, nell'ambito dell'emanazione dei provvedimenti riguardo ai figli, in ragione del combinato disposto degli artt. 155 cod. civ. e 709-ter cod. proc. civ.»

Tribunale di Napoli - Sezione Civile 1A BIS

Il giudice istruttore - dott. Lucio Napolitano - ha emesso la seguente

ORDINANZA

nella controversia civile iscritta al n. 41208/2005 del Ruolo Generale, avente per oggetto: separazione giudiziale, riservata all'udienza del primo aprile 2008, vertente

TRA

E.A., rappresentato e difeso dall'avv. Tiziana Ruggiero, presso il quale è elettivamente domiciliato in Napoli alla Via Manzoni n. 6, in virtù di procura a margine del ricorso

RICORRENTE

E

C.A., rappresentata e difesa dall'avv. Damiano Iuliano e dal p. avv. Giovanni Terranova, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Napoli alla

Via P. Colletta n. 35, in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione in sostituzione di precedente difensore

RESISTENTE ATTRICE IN RICONVENZIONALE

NONCHÉ

Il Pubblico Ministero presso il Tribunale, in persona della dott.ssa Manuela Mazzi

INTERVENTORE EX LEGE

Il G.I.

Letti gli atti e sciogliendo la riserva;

OSSERVA

L'istruttore è chiamato a pronunciarsi contestualmente sia in ordine alle

istanze istruttorie delle parti, sia, soprattutto, in ordine alla valutazione dei comportamenti posti in essere dalla sig.ra C. integranti gravi violazioni dei precedenti provvedimenti provvisori già emanati in corso di causa.

In particolare, nella memoria ex art. 184 c.p.c., parte ricorrente ha reiterato l'istanza ex art. 709 *ter* c.p.c. già formulata nella precedente memoria del 18.5.2007, con la quale si era chiesto l'ammonimento della C. a desistere dalle violazioni già poste in essere e la condanna della stessa al risarcimento dei danni subiti dalle figlie minori, quantificati in € 5.000,00 (cinquemila/00), aggiungendosi espressamente l'istanza di affidamento esclusivo paterno delle minori.

Conviene muovere dall'esame di questo aspetto, che appare, allo stato, di estrema delicatezza riguardo in primo luogo ai provvedimenti da assumere nell'interesse delle minori.

In proposito è opportuno ricordare che l'affidamento condiviso disposto in sede presidenziale con residenza privilegiata presso la madre delle minori di entrambe le bambine – due gemelline oggi di quattro anni – è apparso da subito impraticabile nell'interesse delle minori stesse, a fronte di una situazione, caratterizzata, da un lato, dalla tendenza della madre ad una protezione ossessiva delle bambine, giustificata, a suo dire, da pregressi comportamenti violenti del marito, che avrebbero avuto però come destinataria soltanto la C., dall'altro, dall'oggettiva situazione di pressoché completa estraneità della figura paterna al vissuto delle bambine.

Ciò in quanto la brevissima convivenza matrimoniale dei coniugi (due anni circa) è stata segnata dalla prevalente lontananza dell'E. dalla casa familiare, avendo egli cercato e trovato lavoro nel Nord Italia, mentre la moglie era

rimasta a B. (XX), sicché le bambine avevano poco più di un anno quando è intervenuta la separazione di fatto tra i genitori e, successivamente, per ammissione della C. stessa in sede di libero interrogatorio dinanzi al G.I., ella ha consentito solo sporadicamente agli incontri delle bambine con il padre, senza lasciargli alcun margine di autonomia.

Tali elementi di fatto, unitamente a gravi carenze riscontrate nella personalità della C. (in particolare le forti lacune nella formazione di base, come il riconosciuto mancato completamento dell'istruzione elementare, hanno probabilmente reso vulnerabile la resistente a suggestioni di maghi, come denunciato dal coniuge, o comunque di persone in grado d'indirizzarne fortemente le determinazioni) hanno quindi indotto il G.I. con ordinanza del 17.7.2007 a disporre l'affidamento delle minori al Servizio sociale di B., pur restando fissata la collocazione delle minori, per la loro tenera età presso la madre, con disciplina degli incontri con il padre sotto la vigilanza del servizio stesso. In quella sede si chiarivano le ragioni in forza delle quali è da ritenere tuttora possibile l'affidamento di minori a terzi, nell'ambito di procedimento di separazione dei genitori, indipendentemente dalla sopravvivenza di espressa disposizione in tal senso nell'ambito del novellato art. 155 c.c. *ex* art. 1 della L. n. 54/2006 (in tema di affidamento al servizio sociale cfr. Trib. Bologna 1.10.2007, edita).

Pur tuttavia l'ordinanza del 17.7.2007, con la quale si dava contestualmente ingresso a CTU per l'approfondimento del quadro di personalità delle parti e delle loro relazioni con le minori, restava di fatto inattuata, perché, inopinatamente, la sig.ra C. faceva perdere ogni traccia di sé, sottraendo le minori agli incontri predisposti con il padre ed omettendo quindi di

presentarsi, con le minori stesse, all'esame del CTU, che non poteva quindi dar luogo all'espletamento dell'incarico.

In conseguenza di ciò questo giudicante trasmetteva in data 31.10.2007 opportuna comunicazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario ed alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli per quanto di rispettiva competenza.

Finalmente, dopo lungo *black – out* di notizie concernenti le minori (ciò che induceva anche i difensori della resistente a rinunciare al mandato, pur adempiendo i difensori rinunciatari al deposito di memoria istruttoria nel termine perentorio all'uopo assegnato) il Servizio sociale di B. comunicava con nota del 6.2.2008 che le minori erano state rintracciate nel Comune di I. (YY) ove si erano trasferite con la madre.

Ciò premesso è indubbio che il comportamento della sig.ra C. sia di estrema gravità.

Premesso che, allo stato, non risultano adottati dal Tribunale per i Minorenni provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale della sig.ra C., ritiene questo G.I. che non possa trovare immediato accoglimento l'istanza del sig. E. di affidamento esclusivo delle minori, con immediato rientro delle medesime presso l'abitazione paterna.

A ciò osta, allo stato, in primo luogo, la sostanziale estraneità dell'E. al vissuto delle bambine che, al momento, in conseguenza del succedersi delle vicende sopra ricordate, sono di fatto incapaci di riconoscere in lui la figura paterna.

Deve altresì ancora accertarsi in che misura gli episodi di violenza di cui si sarebbe reso responsabile l'E. verso la moglie abbiano causato traumi psichici nelle bambine, ove ne siano state testimoni.

Ritiene peraltro questo giudicante che non possano trovare neppure conferma l'affidamento delle bambine al servizio sociale di B., essendo state ormai le minori sradicate dal relativo contesto, e la loro collocazione temporanea presso la madre, sia perché non si dispongono al momento notizie certe circa la persistente disponibilità da parte della C. dell'ex casa familiare, che sembrerebbe essere stata posta in vendita, sia principalmente perché appare sussistente il fondato pericolo che la C. possa reiterare la sottrazione delle minori.

Sorregge tale convincimento non solo il comportamento già posto in essere in dispregio di ogni provvedimento in precedenza emanato, ma anche l'apparire la resistente succube della madre, il cui operare è sempre stato nel senso d'indirizzare la figlia verso scelte che escludessero di fatto l'E. dall'orizzonte di vita delle minori (si veda la prima informativa del 26.6.2007 del Servizio sociale di B.).

Preso atto che l'attuale dimora delle bambine è nel Comune di I. (YY) alla Via G. M. s.n.c., appare, nell'immediatezza, conforme all'interesse delle minori affidare le stesse al locale servizio sociale, affinché, previo allontanamento delle minori dalla madre, le stesse siano collocate in idonea casa – famiglia.

Quanto all'allontanamento dalla madre, come misura strumentale alla collocazione delle minori in casa famiglia, tale misura, pur espressamente prevista dall'art. 333 c.c. in ordine a provvedimenti limitativi della potestà di

competenza del Tribunale per i Minorenni, deve intendersi come rientrante nella competenza funzionale del giudice ordinario della causa di separazione già pendente tra i genitori, nell'ambito dell'emanazione dei provvedimenti riguardo ai figli, in ragione del combinato disposto degli artt. 709 *ter* c.p.c. e 155 c.c. (in particolare dell'ultimo alinea del 2° comma di detta norma, secondo cui, il giudice della separazione “*adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole*”, sempre che non si verta in tema di decadenza dalla potestà genitoriale, pronuncia riservata alla competenza per materia del Tribunale per i Minorenni).

Il Servizio sociale di B., già investito dell'affidamento delle minori, offrirà l'opportuna collaborazione per l'attuazione del provvedimento, con l'ausilio degli assistenti ed operatori sociali che già, nell'ambito dell'espletamento delle proprie funzioni, hanno avuto modo di conoscere le minori.

Il servizio sociale di I. predisporrà, d'intesa con l'U.O.M.I. della locale azienda sanitaria, un opportuno programma di sostegno psicologico per le minori e di sostegno alla genitorialità per entrambe le parti, atto a favorire le condizioni per il rientro delle minori presso il genitore che appaia più idoneo a curarne gli interessi.

Il servizio incaricato assicurerà, con la vigilanza dei propri operatori, in orari e giorni diversi da concordare tra le parti, le visite dell'uno e dell'altro genitore alle bambine, riferendo trimestralmente all'autorità giudiziaria anche in ordine al ritorno al possibile affidamento delle stesse ad entrambi i genitori o, subordinatamente, all'uno o all'altro.

Quanto all'istanza di applicazione di sanzione – *ex art. 709 ter c.p.c.* – per le

gravi violazioni poste in essere dalla C. ai provvedimenti sin qui emanati sull'affidamento delle minori, parte ricorrente ha chiesto comminarsi quella del risarcimento del danno in favore delle minori da liquidarsi nell'importo di € 5.000,00 (cinquemila/00).

In proposito ritiene questo giudicante, in primo luogo, che per “*giudice del procedimento in corso*”, ove l’istanza sia fatta in pendenza di un giudizio contenzioso di separazione dinanzi all’istruttore, debba intendersi l’istruttore medesimo, ciò indipendentemente dalla natura della sanzione che s’intenda irrogare (in tal senso pare l’indirizzo maggioritario sin qui espresso dalla giurisprudenza di merito: cfr., tra le altre, Trib. Roma ord. 12 ottobre 2006, edita).

Ciò in ragione del fatto che la possibile efficacia deterrente della sanzione è strettamente collegata alla tempestività della sua irrogazione, potendo altrimenti le possibili lungaggini del processo vanificare ogni possibile effetto sulla parte inadempiente.

Tale assunto presuppone, evidentemente, che anche alla misura del risarcimento dei danni, nell’interesse della parte e/o del minore, sia riconosciuta natura riconducibile a quella dei c.d. *punitive damages* propria dell’esperienza giuridica anglosassone (in tal senso, espressamente, con ampie motivazioni, cfr. Trib. Messina 5 aprile 2007, edita).

Di contro si è opposto, secondo un indirizzo dottrinale che ha trovato riscontro in una recente pronuncia (Trib. Pisa descr. 19.12.2007, edita) che la natura decisoria dell’irrogazione delle sanzioni, sia pure rispetto al subprocedimento concernente la loro applicazione, comporterebbe che la loro emanazione dovrebbe essere riservata esclusivamente al collegio.

In realtà, a giudizio dello scrivente, deve affermarsi che l'istruttore della causa pendente di separazione (o divorzio) sia competente all'emanazione delle misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c., indipendentemente dall'attribuzione della natura sanzionatoria al risarcimento dei danni, con riferimento, specificamente, alle misure di cui ai numeri 2) e 3) quale previsto dalla citata norma.

Premesso che questo giudicante ritiene condivisibili le considerazioni che il giudice di legittimità, quantunque movendo da fattispecie estranea ai rapporti familiari, ha posto a base della ritenuta contrarietà all'ordinamento giuridico italiano dei c.d. danni punitivi (cfr. Cass. civ. sez. III 19 gennaio 2007 n. 1183, edita), va dato atto che il nostro ordinamento conosce, invero, fattispecie nelle quali la liquidazione del danno avviene all'esito di una fase a cognizione sommaria soprattutto in casi, (si vedano, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 44 del D. Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e successive modifiche, l'art. 4 del D. Lgs. 9 luglio 2003 n. 215, l'art. 3 della L. 1.3.2006 n. 67) come quello in esame, nei quali è centrale la valutazione del danno non patrimoniale, da intendersi con specifico riferimento al nuovo ambito di lettura dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 2043 c.c., seguito alle note pronunce del giudice di legittimità del 2003 (Cass. civ. sez. III 31 maggio 2003 n. 8828 e n. 8827, edite).

Nel caso in esame, nel quale la cognizione sommaria interviene incidentalmente in giudizio a decisione collegiale, in assenza di specifici rimedi previsti dal legislatore avverso l'ordinanza resa dall'istruttore ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. dovrebbe intendersi, in virtù della norma di chiusura dell'ultimo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c., che l'ordinanza suddetta sarà

soggetta all'ordinario controllo del collegio ai sensi dell'art. 178 1° comma c.p.c. in quanto non altrimenti impugnabile.

Ciò premesso, con specifico riferimento alla peculiarità della fattispecie in esame, non sussistono, allo stato, i presupposti per l'irrogazione della misura del risarcimento del danno in favore delle minori.

La risposta affermativa presupporrebbe la qualificazione del danno in questione come danno non patrimoniale *in re ipsa* (come ritenuto, ad esempio, da App. Firenze, decr. 29 agosto 2007, edito) derivante dalla lesione cosciente e volontaria di un diritto delle minori costituzionalmente garantito (quello di essere mantenute, istruite ed educate da entrambi i genitori nella famiglia dagli stessi creata, nell'ambito della quale manifestare la propria personalità secondo le tappe evolutive della crescita fisica e psichica), diritto alla c.d. bigenitorialità che non deve venire meno in conseguenza della disgregazione dell'unità familiare, come affermato dal novellato art. 155 c.c.

Ciò consentirebbe di affermare che la liquidazione del danno, da effettuarsi necessariamente in via equitativa, non necessiterebbe d'istruttoria sull'*an* e sul *quantum*.

Tale affermazione appare troppo netta in relazione a quello che è il contenuto della potestà, o meglio, della responsabilità genitoriale, laddove le relazioni tra genitori e figli minori devono sempre rispondere al loro esclusivo interesse, tanto che, laddove sussistano gravi accertate deviazioni dal fine cui deve tendere la potestà, esse possono essere del tutto sospese.

Allo stato degli atti – ciò che comporta, come si è sopra visto, l'affidamento temporaneo delle minori al Servizio sociale – deve ancora accertarsi se l'assenza di fatto di ogni significativo rapporto tra le minori ed il padre sia

imputabile esclusivamente ad una dissennata condotta della madre tesa alla cancellazione della figura paterna, oppure si ponga, sia pure al di fuori degli strumenti di protezione offerti dall'ordinamento, quale comportamento teso a salvaguardare le figlie da un padre violento (tracce di detto comportamento sono in atti nel referto medico di pronto soccorso dell'Ospedale di P. relativo alle lesioni subite dalla C. l'11.12.2005 in conseguenza di riferita aggressione da parte del coniuge e nelle fotografie relative ai danni arrecati all'appartamento già destinato a casa familiare) ed inadempiente agli obblighi di mantenimento (dato non contestato dall'E. in sede di assunzione del libero interrogatorio tra le parti).

Ritiene invece lo scrivente che, allo stato, sia più rispondente all'interesse delle minori l'applicazione di una sanzione pecuniaria che - sull'importo base di € 3.000,00 (tremila/00) già commisurato alla gravità delle reiterate violazioni dei precedenti provvedimenti, dall'ordinanza presidenziale del 31.10.2006 sino a quella dell'istruttore del 17.7.2007, con totale sottrazione delle minori agli incontri con il padre ed alla vigilanza del servizio sociale affidatario - preveda un incremento di € 200,00 al dì per ogni giorno di ritardo nella consegna spontanea delle minori al servizio sociale affidatario per il provvisorio inserimento in casa – famiglia, sino alla concorrenza dell'importo massimo previsto di € 5.000,00 (euro cinquemila/00).

Infine, quanto ai provvedimenti istruttori, possono essere ammesse, in quanto ammissibili e rilevanti, le prove testimoniali, dirette e contrarie rispettivamente richieste, con i testi indicati, con esclusione, quanto alla prova di parte ricorrente, del capo 1) di carattere valutativo in ordine a pretese patologie di natura psichica della resistente e con esclusione, relativamente

alla prova di parte resistente, dei capi A), B) C), i primi due di natura valutativa, il terzo in parte relativo a circostanze pacifiche ed in parte ancora espressione di valutazioni che non possono essere demandate a terzi, E), H), I) inerenti a circostanze contraddette dal comportamento attuato dalla resistente in corso di causa ed alla base del presente provvedimento.

Deve viceversa dichiarasi inammissibile l'interrogatorio formale deferito al ricorrente in quanto vertente su circostanze tese a provocare la confessione su diritti indisponibili.

Appare, infine, opportuno riservare l'eventuale allargamento dell'ambito d'indagine della consulenza tecnica d'ufficio già disposta e non effettuata in conseguenza del comportamento posto in essere dalla sig.ra C. all'esito delle informazioni che perverranno dal servizio affidatario in ordine all'attuazione della presente ordinanza.

Copia del presente provvedimento va trasmesso a cura della cancelleria al Servizio sociale di B. (XX), al Servizio sociale di I. (YY) e al Tribunale per i Minorenni di Roma, in adempimento della richiesta pervenuta il 20.3.2008.

P.Q.M.

Visto l'art. 709 *ter* 2° comma c.p.c.;

- a) a modifica di quanto da ultimo stabilito con ordinanza del 17.7.2007, dispone l'affidamento delle minori P. e L.E., nate a P. (XX) il 2.4.2004, al Servizio sociale del Comune di I. (YY) affinché, previo allontanamento delle minori dalla madre, le stesse siano collocate in idonea casa – famiglia;
- b) il Servizio sociale di B., già investito dell'affidamento delle minori,

offrirà l'opportuna collaborazione per l'attuazione del provvedimento, con l'ausilio degli assistenti ed operatori sociali che già, nell'ambito dell'espletamento delle proprie funzioni, hanno avuto modo di conoscere le minori;

c) il Servizio sociale di I. predisporrà, d'intesa con l'U.O.M.I. della locale azienda sanitaria, un opportuno programma di sostegno psicologico per le minori e di sostegno alla genitorialità per entrambe le parti, atto a favorire le condizioni per il rientro delle minori presso il genitore che appaia più idoneo a curarne gli interessi;

d) il Servizio incaricato assicurerà, con la vigilanza dei propri operatori, in orari e giorni diversi da concordare tra le parti, le visite dell'uno e dell'altro genitore alle bambine, riferendo trimestralmente all'autorità giudiziaria anche in ordine al ritorno al possibile affidamento delle stesse all'uno o all'altro genitore o ad entrambi;

e) rigetta l'istanza del sig. E.A., nato a N. il xx.xx.1975, di condanna della resistente al risarcimento del danno in favore delle minori;

f) condanna la sig.ra C. A., nata a S.A. (N.J.) U.S.A. e residente in B. (XX) alla Via T. di C. n. ..., ma attualmente con dimora in I. (YY) alla Via G. M. s.n.c., al pagamento in favore della Cassa delle Ammende della sanzione amministrativa di € 3.000,00 (tremila/00) per le gravi inadempienze e violazioni alle precedenti ordinanze relative all'affidamento delle minori, oltre alla maggior somma di € 200,00 al dì per ogni giorno di ritardo a decorrere da dieci giorni dalla notifica della presente ordinanza nella consegna spontanea delle minori al servizio sociale affidatario per il provvisorio inserimento in

casa – famiglia, sino alla concorrenza dell'importo massimo previsto di € 5.000,00 (euro cinquemila/00);

g) visto l'art. 245 c.p.c., ammette nei limiti di cui in motivazione le prove testimoniali dirette e contrarie rispettivamente richieste dalle parti, sulle circostanze e con i testi indicati e fissa per l'assunzione delle prove l'udienza del 20.11.2008 ore 11,15 con riserva all'esito di ogni ulteriore provvedimento istruttorio, anche in ordine all'individuazione dell'ambito di svolgimento della CTU disposta anteriormente all'avvenuta sottrazione delle minori;

h) manda alla cancelleria per la trasmissione di copia della presente ordinanza al Servizio sociale di B. (XX), al Servizio sociale di I. (YY) e al Tribunale per i Minorenni di Roma, per quanto di rispettiva competenza;

i) si comunichi.

Napoli, 18.4.2008

Il G.I.