



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Ricorso R.G. n.36260/19 (Pres. A.Valittutti, Rel. L.Tricomi)
-udienza camerale del 15 marzo 2021-

La sostituta procuratrice generale,

letto il ricorso r.g. n. 36360/19 proposto nell'interesse di **OMISSIS** in data 11.1.2019, avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma n.507/2019, che ha parzialmente riformato il decreto del Tribunale per i minorenni di Roma, mantenendo l'affidamento del minore **OMISSIS** al servizio sociale, ma collocandolo in casa famiglia in forma residenziale e non solo diurna;

osserva

in via preliminare, deve affermarsi la tempestività e l'ammissibilità del ricorso sopra precisato.

Invero, sul secondo e più delicato profilo, il decreto impugnato ritiene *la reclamabilità dei provvedimenti provvisori ed urgenti emessi dal Tribunale per i minorenni in materia di affidamento e di responsabilità genitoriale qualora essi siano idonei di per sé ad incidere sulla posizione del minore "a tempo indeterminato"* (cfr. pag.4), con ciò respingendo l'opzione interpretativa di **OMISSIS**, per la quale i decreti provvisori non avrebbero carattere anticipatorio, ma esclusivamente temporaneo e strumentale all'interesse del minore.

Su tale profilo processuale non è stato proposto ricorso incidentale ed è, dunque, passata in giudicato la statuizione anzidetta.

Se questa è la natura del decreto reclamato solo formalmente "provvisorio ed urgente", mentre nella sostanza *"idoneo ad incidere sulla posizione del minore a tempo indeterminato"*, ne consegue che della stessa natura logicamente partecipa anche il decreto della Corte di appello attinto dal ricorso in cassazione.

Deve, a tale proposito, anche aggiungersi che lo stesso giudice di legittimità impone di guardare alla sostanza dei provvedimenti impugnati ed agli effetti in concreto prodotti, a prescindere dalla loro formale intestazione. Qualora sia, infatti, rilevabile, come nella specie, all'interno del procedimento, una assenza di collegamento immediato e diretto tra provvedimento provvisorio e provvedimento definitivo, assenza che consenta quindi al provvedimento provvisorio la produzione di effetti a tempo indeterminato, nonché la mancanza di un termine per richiedere il provvedimento definitivo a pena di caducazione di quello temporaneo, i

provvedimenti devono essere ritenuti impugnabili (ved. Cass.4614/98). Su questa scia, più di recente (ved.Cass.1668/20; conf.Cass.17177/20) è stato espressamente affermato che in materia di provvedimenti "de potestate" ex artt. 330, 333 e 336 c.c., il decreto pronunciato dalla Corte d'appello sul reclamo avverso quello del Tribunale per i minorenni è impugnabile con il ricorso per cassazione, ancorché espressamente pronunciato "in via non definitiva", trattandosi di provvedimento che riveste comunque carattere decisorio, in quanto idoneo ad incidere in modo tendenzialmente stabile sull'esercizio della responsabilità genitoriale. Questo principio è stato affermato in fattispecie del tutto analoga, in un giudizio, cioè, in cui il Tribunale per i minorenni aveva sospeso con provvedimento provvisorio il padre dall'esercizio della responsabilità genitoriale e demandato al servizio sociale di individuare i tempi e le modalità di frequentazione tra il padre ed il figlio, nonché di procedere, insieme ad un centro specializzato, alla valutazione del minore e del contesto familiare.

L'orientamento in commento ha la sua ratio nella necessità del controllo di legalità su procedimenti in grado di travolgere diritti personalissimi di rango costituzionale (salute, sicurezza, vita privata e familiare delle persone minori di età) in modo tendenzialmente stabile, e nasce come risposta alla prassi di molti uffici minorili di mantenere fermi provvedimenti provvisori anche per anni senza emettere un provvedimento definitivo e dare alle parti, quindi, la possibilità d'impugnarlo.

Orientamento che fonda le sue radici in Cass. SU 32359/18, che ha affermato la ricorribilità in cassazione dei provvedimenti de potestate, andando di contrario avviso alla giurisprudenza, che fino a tempi recenti, era maggioritaria, ed ha voluto che i provvedimenti in parola che, in modo talvolta drammatico e irreversibile, a dispetto della loro "provvisorietà", incidono "*su diritti di natura personalissima e di primario rango costituzionale*" (cfr.Cass.1668/20), fossero giustiziabili di fronte al giudice di legittimità.

Si tratta infatti di provvedimenti che possono comprimere pesantemente le libertà fondamentali delle persone e delle persone minori di età, la libertà personale, di domicilio, di comunicazione, di circolazione e, dunque, devono godere del massimo delle garanzie, potendosi altrimenti ipotizzare l'incostituzionalità degli articoli in commento per loro contrasto con gli artt.13,14,15,16 della Costituzione.

Posta, quindi, l'ammissibilità del ricorso, occorre verificare la fondatezza dei relativi motivi, che censurano, in sintesi, la violazione del principio della bigenitorialità e l'omesso esame di un fatto storico decisivo, essendo stata pretermessa la valutazione delle condizioni psico-fisiche del minore e della volontà da lui espressa.

Quanto alle critiche mosse dal controricorrente al primo motivo, poco importa se è stato o meno correttamente invocato da parte della ricorrente l'art.337 ter cod. civ. ovvero, come sostenuto in controricorso, dovessero essere richiamati gli artt.333 ss c.c.; infatti, i provvedimenti de potestate ex art.330 ss cc e sull'esercizio della responsabilità genitoriale ex art.337 bis ss sono intimamente connessi, in quanto interdipendenti, tant'è che la riforma dell'art.38 disp. att. c.c. nasce proprio dall'esigenza di coordinamento e di concentrazione delle tutele a causa del sistematico sovrapporsi dei provvedimenti emessi dai tribunali ordinari e dai tribunali per i minorenni, spesso confliggenti tra loro.

Inoltre preme evidenziare che *“in tema di esercizio del potere di qualificazione in diritto dei fatti, il giudice di legittimità può ritenere fondata la questione sollevata nel ricorso per una ragione giuridica diversa da quella indicata dalla parte ed individuata d'ufficio, con il solo limite che tale individuazione deve avvenire sulla base dei fatti per come accertati nelle fasi di merito e senza confliggere con il principio di monopolio della parte nell'esercizio della domanda e delle eccezioni in senso stretto, con la conseguenza che resta escluso che la S.C. possa rilevare l'efficacia giuridica di un fatto se ciò comporta la modifica della domanda per come definita nelle fasi di merito o l'integrazione di un'eccezione in senso stretto”*(così Cass.27704/20; conf.Cass.18775/17).

Nella specie il procedimento di fronte al Tribunale per i minorenni si è aperto su ricorso del pubblico ministero minorile ex artt.330 ss c.c. in data 23.7.2018, che ha chiesto in via urgente un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale di OMISSIS su segnalazione della Comando Stazione di Valtopina del 19.7.2018.

Risulta dall'annotazione di servizio dei Carabinieri della Stazione di Valtopina del 19 luglio 2018, citata in ricorso e allegata ai fini dell'autosufficienza, che ci sono due procedimenti penali pendenti a carico di OMISSIS presso la Procura della Repubblica presso il tribunale di Roma (n.48370/17 RGNR e n.27657/18 RGNR) per violenze agite sul figlio. Dalla annotazione in commento emerge ancora che il bambino ha dichiarato al Comandante della Stazione *“di essere stato picchiato più volte dal padre OMISSIS, ed anche in modo forte, con schiaffi al viso, anche con pugni alle braccia/spalle ogni qual volta gli faceva presente di voler vedere la madre o soprattutto di volerle raccontare qualche fatto accaduto con il padre”* (cfr. pag.4).

Certamente in ipotesi siffatta il principio di bigenitorialità, che non ha dignità costituzionale, essendo al centro dell'art.30 Cost. (unitamente agli artt.2,3 e 29 Cost.) il minore ed il suo “best interest”, cede a fronte del diritto fondamentale del bambino alla integrità fisica e alla sicurezza.

Su tale cruciale profilo i giudici di merito però omettono qualsiasi accertamento e valutazione.

Neppure spiegano perché comprimano la responsabilità genitoriale di OMISSIS. Infatti, nel provvedimento impugnato non viene indicato alcun fatto, circostanza o comportamento tenuto dalla madre pregiudizievole al figlio, ma sono unicamente evocati concetti evanescenti, come “l'eccessivo invischiamento”, “il rapporto fusionale”, rispetto ai quali è impossibile difendersi non avendo essi base oggettiva o scientifica, essendo il risultato di una valutazione meramente soggettiva.

Viene però precisato nel decreto, e in ciò si ha l'evidenza di un pre-giudizio, piuttosto che di un giudizio elaborato a seguito delle risultanze probatorie, che OMISSIS ha *“verosimili problematiche di personalità che dovranno essere approfondite poiché gravemente inficanti la genitorialità”* (cfr.pag.7), senza però neppure chiarire quali siano gli effetti pregiudizievoli sul figlio, che non risulta avere alcuna patologia o disturbo di personalità.

La Corte territoriale imputa però alla madre *“di aver indotto al convincimento che l'interazione con un genitore (la madre) dovesse determinare l'esclusione dell'altro e del di lui ramo familiare”* (cfr.pag.5).

A tale proposito, in caso identico, Cass.7041/2013 ha stigmatizzato *“la decisione di sottrarre un bambino all'ambiente materno, con il quale il rapporto - indipendentemente dalla ritenuta condotta "alienante" - non presenta altre controindicazioni, per collocarlo, non potendo stabilire un immediato inserimento nell'ambiente familiare paterno, a causa della forte avversione manifestata al riguardo dal minore, in una struttura educativa”*. Successivamente è stato affermato che, qualora un genitore denunci comportamenti di allontanamento morale e materiale del figlio da sé a causa dell'altro genitore, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti e deve altresì accuratamente accertare *“le ragioni del rifiuto del padre da parte della figlia”* (cfr. Cass.6919/2016). Ragioni del rifiuto che emergono chiaramente nella annotazione di servizio dei carabinieri del 19 luglio 2018, ma che i giudici di merito non hanno in alcun modo approfondito, così discostandosi dalle chiare indicazioni del giudice di legittimità.

Dunque, la decisione impugnata viola non tanto il principio di bigenitorialità, ma il diritto del fanciullo a mantenere la continuità affettiva e di cura con la madre, oltre a violare il suo diritto alla conservazione all'habitat domestico, *“da intendersi come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare”*, che per giurisprudenza costante deve essere protetto in quanto luogo che maggiormente favorisce l'armonico sviluppo psico-fisico del minore (ex multis Cass.32231/18).

Essa è tanto più errata alla luce (sul potere di qualificazione in diritto dei fatti ved. Cass.27704/20; conf. Cass.18775/17 sopra citate), dell'art.31 della Convenzione di Istanbul, ratificata con la legge n.77 del 2013, che contiene anche il relativo ordine di esecuzione e si colloca, in quanto tale, al di sopra della legge e costituisce parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (su tale collocazione cfr. C. Cost. sent. n. 348 e 349 del 2007), ai sensi dell'art.117, primo comma Cost., ed impone di escludere non solo l'affidamento condiviso, ma anche qualunque contatto autore-vittima, nel caso in cui emerga una forma di violenza tra quelle previste dalla Convenzione medesima. Da tale inquadramento consegue, da un lato che il Legislatore nazionale è vincolato al rispetto di tale Convenzione, tanto che le leggi interne in contrasto sono incostituzionali per violazione dell'art.117, primo comma, Cost., dall'altro lato che i giudici nazionali sono tenuti a darne una interpretazione conforme.

A questo proposito è opportuno ricordare, che l'art.31 della Convenzione di Istanbul in tema di Custodia dei figli, diritti di visita e sicurezza, afferma:

- 1) *“Le parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che, al momento di determinare i diritti di custodia e di visita dei figli, siano presi in considerazione gli episodi di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione;*
- 2) *“Le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che l'esercizio dei diritti di visita o di custodia dei figli non comprometta i diritti e la sicurezza della vittima e dei bambini”*.

La corte territoriale ha violato la norma sovranazionale appena richiamata, norma, si ripete, che ha il rango di parametro interposto nella gerarchia delle fonti, nonché la

direttiva 2012/29/UE (con specifico riferimento alle vittime vulnerabili come sono i minorenni), omettendo totalmente di approfondire gli episodi di percosse riferiti dal OMISSIS e di verificare gli esiti dei procedimenti penali, seguendo un vecchio paradigma per il quale giudizio civile e giudizio penale corrono su binari separati.

E' appena il caso di ricordare che la necessità di raccordo tra Autorità giudiziarie è stata sancita in modo chiaro dal Consiglio Superiore della Magistratura in una apposita *Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi ai reati di violenza di genere e domestica (delibera 9 maggio 2018)*, nel caso in cui vi siano indagini della procura ordinaria che riguardino i medesimi soggetti che siano parti nei giudizi civili o minorili in cui si ipotizzino condotte di abusi intrafamiliari.

Lo stesso Legislatore nel varare il "Codice Rosso", all'art.64 bis att. cpp ha previsto la trasmissione obbligatoria dei provvedimenti al giudice civile "*ai fini della decisione dei procedimenti di separazione personale dei coniugi o delle cause relative ai figli minori di età o all'esercizio della responsabilità genitoriale*".

Preme ancora segnalare come la prassi dei tribunali civili e minorili di ignorare la violenza o i maltrattamenti nei confronti dei figli, è severamente stigmatizzata nell'ultimo rapporto adottato il 15 novembre 2019 e pubblicato il 13 gennaio 2020 dal Grevio, gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza domestica del Consiglio di Europa, proprio con riferimento al nostro Paese (nel par.186 si legge: "*il Grevio sottolinea come la sicurezza del genitore non violento e del bambino debbano essere un elemento centrale nel decidere del miglior interesse del bambino per quanto riguarda gli accordi sull'affidamento e le visite Sebbene il Grevio sostenga il diritto del bambino a mantenere un legame con entrambi i genitori, previsto dall'art.9, comma 3, della Convenzione ONU sui diritti dell'Infanzia, l'esposizione alla violenza domestica -come vittima o testimone- richiede delle eccezioni alla regola nel miglior interesse del bambino*").

Fondati anche gli ulteriori motivi di doglianza.

Si è già osservato, infatti, come manchi una qualunque valutazione sulle condizioni psico-fisiche e sociali del bambino, valutazione necessaria ad una motivazione sul suo "best interest" non meramente assertiva (cfr. Cass.3819/20).

Deve, inoltre, anche condividersi la censura che attiene alla violazione del diritto fondamentale del bambino all'ascolto.

Infatti, il diritto vivente ha fatto proprio il principio per il quale l'audizione dei minori di età che abbiano compiuto i 12 anni o anche gli infradodicesenni se capaci di discernimento, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano e costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione" (così a partire da SU Cass.22238/2009 seguite da interpretazione conforme tra le più recenti Cass.16410/20).

In coerenza con la giurisprudenza pacifica di questa Corte, sulla centralità dell'audizione del minore in queste controversie, si è imposto ai giudici di merito di *valorizzare primariamente i risultati dell'audizione del minore* (Cass.7762/17) ed un

obbligo di specifica e circostanziata motivazione (Cass.12957/18); si è ulteriormente chiarito *che l'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse* (Cass.12018/19).

Ciò significa in ultima analisi che il giudice è tenuto a motivare adeguatamente le ragioni per le quali ritiene di adottare un provvedimento contrario alla volontà chiara e reiterata manifestata dal minore capace di discernimento; il giudice deve, cioè, riconoscerlo come soggetto di diritto e non oggetto di diritti.

La Corte territoriale discostandosi dai principi sopra indicati, non ha invece neppure riportato in modo sintetico i bisogni, le opinioni, le aspirazioni espressi dal minore, né in alcun modo indicato le ragioni per le quali essi non coincidono con il suo “best interest”.

Probabilmente tale omissione, che deve comunque essere stigmatizzata, è da ricondursi all'idea, che permea l'intero provvedimento, della “*totale adesione*” di OMISSIS al pensiero della madre (ved.pag.6) e dunque della inaffidabilità della sua volontà in quanto manipolata.

Tuttavia, l'irrelevanza di condizionamenti psicologici non provati e non dimostrabili non costituisce solo un punto di vista, che il giudice può adottare o respingere, ma un corollario dell'applicazione della legge e di principi costituzionali definiti dalla Corte costituzionale fondamentali, tra cui il principio di determinatezza (ord. n. 24 del 2017).

Fondamentale punto di riferimento, a questo proposito, è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 1981, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del reato di plagio (art.603 cp), perché l'accertamento del “totale stato di soggezione” di un soggetto ad un altro era impossibile da provare. Il Giudice delle leggi in quell'occasione ha ritenuto che perché una norma possa essere determinata deve regolare un fenomeno “*effettivamente accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili allo stato della scienza e dell'esperienza attuale*”. Questa sentenza, anche per la vicinanza tematica con la materia in esame, che vuole il minore totalmente soggiogato dalla madre, sino a indurlo a rifiutare il padre, non può essere dunque accantonata ai giorni nostri, esprimendo un principio indiscusso che, se in materia penale ricopre uno status particolarmente elevato a livello costituzionale, dovrebbe essere comunque assunto a punto di partenza imprescindibile per l'attività di qualsiasi autorità giudiziaria, ancor di più se la sua decisione può incidere su diritti fondamentali come quelli del minore ai suoi legami familiari, essenziali per lo sviluppo della sua personalità e sulle sue libertà inviolabili (basti solo ricordare che il decreto impugnato colloca il minore contro la sua volontà in struttura e gli fa divieto di comunicare liberamente con la madre).

Solo condizionamenti accertabili su un piano scientifico a partire da comportamenti concretamente posti in essere, possono costituire la ragione per confinare nell'irrilevante giuridico la volontà chiaramente e consapevolmente espressa dal minore, che il diritto vivente vuole al centro di ogni decisione che lo riguarda.

visti gli artt. 374-375-380 *bis* cpc;

P.Q.M.

chiede alla Corte di Cassazione, riunita in camera di consiglio, in accoglimento del ricorso di OMISSIS, la cassazione della sentenza n.507/19 della Corte di appello di Roma.

Roma, 16 febbraio 2021

Francesca Ceroni sost.