

*Scuola Superiore della Magistratura*

*La tutela dei diritti della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni: la giurisprudenza italiana e della corte europea dei diritti dell'uomo. Progetto "Laboratori Strasburgo".*

*Napoli, Castel Capuano*

*19-20 maggio 2022*

**QUESTIONE: Affidamento figli minori - Frequentazioni tra genitori e figli – Tempi e modi – Regolamentazione giudiziale – Scelte di indirizzo della vita dei minori - Ricorribilità per cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost.**

**Relazione breve; spunti di dibattito.**

1. La questione offre occasione per interrogarsi, attraverso una sia pur breve ricognizione di sistema, sulla "tenuta" dei provvedimenti che, adottati in "materia di affidamento" dei figli minori nei giudizi instaurati in situazioni di crisi familiare, attengono, più propriamente a modalità accessorie, comprendendo, insieme ai calendari di visita ed alle frequentazioni tra figlio e genitore non collocatario, anche, scelte ora meramente organizzative oppure di indirizzo nel percorso di formazione del minore (l'iscrizione ad una scuola; la scelta di un intervento chirurgico non esiziale).

Il tema intercetta la materia del giudicato ed il suo atteggiarsi nei rapporti tra genitore e figlio, rapporti che, in quanto connotati dalla durata e dalla mutevolezza temporale, restano guidati, nei loro contenuti, dallo svolgimento della personalità del minore.

Si tratta di un accertamento la cui modificabilità nel tempo trova efficace sintesi nella nota formula del "giudicato rebus sic stantibus", alla cui affermazione si accompagna, per i principi fatti propri dalla giurisprudenza di legittimità, nei termini di seguito indicati e precisati, proprio il tema della ricorribilità in cassazione.

La suscettibilità al giudicato fa sì che l'accertamento sul rapporto si apra al sindacato della Corte di cassazione in quanto dotato di una stabilità che, sia pure contenuta nei suoi obiettivi termini (da qui la formula "rebus sic stantibus"), resta meritevole di un controllo di legittimità attraverso il ricorso straordinario ex art. 111, settimo comma, Cost.

2. Nel fisiologico percorso dell'ordinario giudizio di accertamento (si pensi, in via di prima esemplificazione, ai giudizi in materia di separazione personale e divorzio), il primo e secondo grado di merito trovano conclusione nel controllo di legittimità ex art. 360, primo comma, cod. proc. civ.

La previsione, comunque, di una fase di legittimità nei giudizi sul “conflitto familiare”, derivativi e camerale (art. 737 c.p.c.) in cui si statuisce sulle relazioni tra genitori e figlio, va letta quale espressione del rilievo attribuito dal nostro ordinamento alle posizioni del minore e tanto, anche, in un contesto di risposta a sollecitazioni convenzionali che vogliono essere, e sono, di apprezzamento e cura del *best child interest* che segna, ormai, lo *ius dicere* in materia secondo quella che è stata definita la cd. dimensione paidocentrica del giudizio.

3. Sulla ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost. avverso i provvedimenti adottati in punto di collocamento e visita del minore e, ancora, di scelte di indirizzo che coinvolgono la vita del minore, sono, al momento, presenti nella giurisprudenza di legittimità, mi sentirei di affermare, se pure in un contesto di assestamento, destinato a trovare soluzione nella prevalente continuità applicativa, due affermazioni di principio.

#### **A)**

4. Una prima affermazione, sostenuta da ragioni d'indole processuale, che conclude per la non ammissibilità del ricorso straordinario in forza di un sindacato di legittimità le cui maglie, strette e predefinite, sono destinate ad operare secondo una duplice linea di confine che guarda sia alle forme del procedimento adottato che alla natura dei provvedimenti all'esito adottati.

E' così che: 1) il procedimento all'interno del quale interviene l'accertamento è quello camerale, inteso quale espressione di volontaria giurisdizione (ex art. 737 e ss. cod. civ.); 2) i provvedimenti adottati non sono né “decisori” né “definitivi”, in quanto sempre revocabili e rivedibili dal giudice di merito, “in ogni tempo” e quindi, anche, per rivalutazione dei medesimi fatti ex art. 337-*quinquies* cc, e, come tali, non suscettibili di passare in giudicato e non ricorribili in cassazione.

L'inammissibilità del ricorso straordinario è esito che sembra operare per una sorta di automatismo e tanto nella ritenuta natura del giudizio che, camerale e di volontaria giurisdizione, e quindi non contenzioso, lascia al suo esterno ogni accertamento sui diritti in conflitto (Cass. n. 33609 del 11/11/2021; Cass. n. 33612 del 11/11/2021; Cass. n. 614 del 11/01/2022).

Gli argomenti sono chiaramente, anche per il puntuale ed espresso richiamo che se fa (così in Cass. n. 33612 cit.), quelli propri di un risalente orientamento (cfr. Cass. n. 8455/93, in motivazione, e, ancora, Cass. n. 9657/94 e Cass. n. 19094/07) in cui, pronunciando sulle ipotesi di decadenza, reintegra e limitazione dell'allora "potestà genitoriale" (artt. 330 e 333 c.c.) e, ancora e pure, su quelle di affido e visita dei figli minori naturali, la Corte di cassazione escludeva dei relativi provvedimenti l'idoneità a statuire in via decisoria e definitiva, e tanto anche se adottati in sede di reclamo e su posizioni di diritto soggettivo. Si affermava infatti trattarsi di provvedimenti maturati in un procedimento camerale in cui: non venivano adottate determinazioni sullo *status*; non si assisteva ad una lite tra soggetti sull'attribuzione di un bene della vita; non si realizzava un vero e proprio contraddittorio; a cui non si riconosceva natura contenziosa; il tutto nella valorizzata loro revocabilità e modificabilità ex art. 742 c.p.c. che li rendeva non idonei a pregiudicare, in modo definitivo ed irreparabile, quanto era all'epoca inteso come "potere-dovere", o "potestà-funzione", attribuito ai genitori dall'art. 30 Cost. ed inteso come "*governo di interessi sottratti all'autonomia privata*" Cass. 1993 cit.).

Dei provvedimenti doveva darsi un "controllo" ed un "governo", "*in relazione alle mutevoli condizioni di fatto ed all'incalzare dei problemi esistenziali*" (Cass. del 1993, cit., in motivazione), certa la duttilità dello strumento del decreto camerale in un contesto di tutela in cui "*la posizione del genitore è assistita da una protezione subordinata, essendo questi vincolato all'osservanza di precisi doveri che sono strumentali alla realizzazione delle superiori esigenze del figlio*" (Cass. 1993 *ibidem* cit.).

5. Quello da ultimo indicato è indirizzo, com'è noto, superato da Cass. SU n. 32359 del 2018 (cfr Cass. 21/11/2016, n. 23633; Cass. 29/01/2016 nn. 1743 e 1746) che, nella ritenuta attitudine al giudicato "rebus sic stantibus" dei provvedimenti emessi dal giudice minorile, ex artt. 330, 333 e 336 c.c., in quanto non revocabili o modificabili salva la

soppravvenienza di fatti nuovi, ha saldamente poggiato sull'indicata stabilità una impugnabilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. (così per il decreto della corte di appello che, pronunciato in sede di reclamo, si sia trovato a confermare, revocare o modificare i provvedimenti adottati dal Tribunale per i Minorenni).

Nelle conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite depone nel senso indicato, ferma la premessa circa la natura personalissima e di rango costituzionale del diritto, la previsione di un "procedimento" di carattere contenzioso, in quanto rispettoso del contraddittorio di genitori e minore, con accesso delle parti all'assistenza e rappresentanza legale (ex art. 336 c.c., novellato), nella pure rilevata necessità che provvedimenti "de potestate" (artt. 330 e 333 c.c.), su cui si trovi ad avere competenza per ragioni di connessione, ex art. 38 disp. att. c.c., il tribunale ordinario, giudice del conflitto familiare, siano irragionevolmente assoggettati a diversi regime impugnatori là dove si attribuisca ai soli provvedimenti ex art. 337-bis c.c. l'attitudine al giudicato "rebus sic stantibus".

6. Vero è che la giurisprudenza di legittimità nel dare applicazione alla legge n. 54 del 2006, e quindi al principio di equiparazione delle posizioni dei figli nati da genitori coniugati con quelle dei figli di genitori non coniugati (per il rapporto tra il procedimento 317-bis, *ratione temporis* vigente, c.c., e quelli in materia di separazione e divorzio), attribuiva alle relative controversie, che si svolgevano nelle forme camerali, natura oggettivamente contenziosa con conseguente affermazione della impugnabilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost. dei provvedimenti adottati, valorizzando i caratteri della celerità e della snellezza del modello processuale rispetto al quale nessun dubbio era sulla non idoneità a al contraddittorio tra le parti.

Il giudizio camerale in materia di affido dei figli minori nella perseguita finalità della equiparazione tra figli naturali e legittimi non è procedimento di volontaria giurisdizione e, quindi, di controllo sulla funzione o potestà genitoriale (Cass. 30/10/2009, n. 23032; in termini: Cass. 26/03/2015, n. 6132; Cass. n. 28998 del 12/11/2018).

7. Nella medesima prospettiva la Corte di cassazione, superata la distinzione tra "*lesione dei diritti dei genitori?*" e "*interesse morale e materiale dei figli?*" – su cui poggiava finalità e struttura del giudizio camerale inteso quale strumento di governo della potestà genitoriale non destinato, come tale, a risolvere situazioni di conflitto –, aveva già affermato

l'impugnabilità in cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost., del decreto pronunciato dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale adottato in materia di modifica delle condizioni della separazione dei coniugi, nella ritenuta natura contenziosa del procedimento “*che ha ad oggetto diritti soggettivi ed è definito con un decreto che nonostante sia modificabile in ogni tempo, ha natura sostanziale di sentenza e carattere decisorio e definitivo, dato che la definitività va riferita alla situazione esistente alla data della decisione*” (Cass. n. 24265 del 2004; n. 11218 del 2013; conf. n. 12018 del 2019), con un netto richiamo a quella stabilità “*rebus sic stantibus*” su cui le Sezioni Unite costruiranno l'ammissibilità del ricorso straordinario sui provvedimenti “*de potestate*”.

## **B)**

8. La seconda affermazione di principio sostiene invece l'impugnabilità per ricorso straordinario nella rimarcata rilevanza, costituzionale, convenzionale e sovranazionale, in genere (art. 30 Cost.; art. 8 Cedu; art. 12 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989, ratificata con la legge 27 maggio 1991, n. 176) del diritto che declinato come diritto alla cd. doppia genitorialità e connotato dalla biunivoca relazione tra genitori e figlio (da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantire al minore una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione), diviene nel suo pieno dispiegarsi ragione di tutela del *best interest* del minore (Cass. 08/04/2019, n. 9764; Cass. 14/02/2022, n. 4796).

Sulla indicata premessa, si è quindi potuto affermare, lungo una più avanzata linea di definizione del giudicato, che i provvedimenti relativi alle modalità di frequentazione e visita dei minori nei giudizi di modifica sono ricorribili per Cassazione, con superamento del filtro dell'inammissibilità per difetto di decisorietà, per errore di diritto, e quindi *sub specie* della violazione di legge sostanziale ex art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., sulla bigenitorialità (Cass. 14/02/2022, n. 4796; Cass. 14/02/2022, n. 4790, in motivazione, p. 4; cfr. anche, nella ritenuta sindacabilità in cassazione delle decisioni assunte dai giudici di merito: Cass. 17/09/2020, n. 19323; Cass. 13/02/2020, n. 3652).

9. L'esigenza, da preservarsi anche negli indicati contesti di decisione, che l'accertamento nei rapporti di durata resti flessibile in adesione ad una mutevolezza del fatto, per la quale

nel tempo situazioni insorgono e si modificano, trova soddisfazione nella verifica della natura delle misure adottate dal giudice di merito previa individuazione della regola di diritto sostanziale di disciplina dei rapporti.

La Corte di cassazione può così spingersi a conoscere le cc.dd. “restrizioni supplementari” ovvero sia quelle misure apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori (si pensi ad un calendario di incontri che mortifichi, nelle sue previsioni, il diritto del genitore non collocatario) e tanto nella finalità di assicurare protezione effettiva al rispetto della vita familiare (Cass. n. 9764 cit.).

Ogni valutazione su tempi e modalità di frequentazione e collocamento dei minori presso il genitore affidatario resta così affidata al giudice del merito, a cui è rimessa la più efficace declinazione del principio della bigenitorialità rispetto a situazioni di fatto destinate nel tempo a mutare, ed il sindacato di legittimità è chiamato ad affermarsi là dove per le modalità di visita in concreto declinate e le restrizioni che alle stesse si accompagnano, si realizzi una lesione del diritto di genitori e figli al rispetto della loro vita familiare (Cass. n. 4796 cit., in motivazione, p. 6).

Accade così che la natura della frequentazione tra genitore e figlio è solo “tendenzialmente” paritaria nel regime di affidato condiviso ed il giudice del merito ben può individuare, nell’interesse del minore, e comunque preservando il diritto alla bigenitorialità, un assetto di vita che se ne discosti, nella finalità di assicurare al primo la situazione che risulti più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena (Cass. n. 4790 del 14/02/2022; Cass. n. 18817 del 23/09/2015).

Nella pluralità delle decisioni adottabili spetterà al giudice del merito l’individuazione del genitore tenuto ad organizzare la quotidianità degli impegni e le esigenze del figlio minore, il tutto per un percorso volto a privilegiare, in via di mera gestione, la determinazione di uno stabile ambiente di vita del figlio (Cass. n. 4790, in motivazione par. 2.1.).

Là dove vengono in evidenza necessità organizzative di vita, una gestione distribuita in modo identico tra i due genitori co-affidatari può risultare antieconomica rispetto alle esigenze del figlio ed ogni provvedimento del giudice del merito che se ne discosti, per una motivazione in cui risulti chiaro il percorso di tutela osservato, è legittimamente preso.

In siffatta cornice, in cui più avanzato è il sindacato di legittimità, l'inammissibilità ex art. 111, settimo comma, Cost. che residua è quella riservata ad un calendario di visita contestato in modo anonimo nella dedotta esigenza di una maggiore comodità del genitore che proponga ricorso per cassazione, a cui restano estranee violazioni del diritto alla vita familiare ed alla bigenitorialità ed in cui prevalgano, all'evidenza, mere esigenze di una migliore gestione della vita della famiglia in crisi.

10. Una seppure breve ricerca, nel sistema, dei provvedimenti rispetto ai quali escludere, per loro stessa natura, nella non suscettività al giudicato dell'accertamento, l'impugnabilità per ricorso straordinario, evidenzia.

11. *“In materia di separazione personale tra i coniugi, i provvedimenti provvisori pronunciati dal giudice istruttore nel corso del giudizio, pur incidendo su posizioni di diritto soggettivo, sono suscettibili di modifica o revoca in sede di decisione del giudizio di merito e, in quanto provvedimenti interinali e provvisori, non possono essere oggetto di reclamo in Corte d'appello ed esclusa la ricorrenza dei caratteri della definitività e della decisorietà, nei loro confronti non è ammesso ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. così come per le medesime ragioni non è ammissibile ricorso per cassazione sul provvedimento di reclamo adottato dalla Corte d'Appello avverso i provvedimenti presidenziali in tema di affidamento dei figli minori, trattandosi di provvedimento endoprocedurale”* (Cass. 04/03/2022 n. 7266).

12. Certa menzione meritano poi i provvedimenti ex art. 709-ter c.p.c. la cui ricorribilità in cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost., è, ancora, esito dei loro contenuti e della sede di adozione.

I provvedimenti, presi in materia di esercizio responsabilità genitoriale e di affido, sono di competenza del giudice del “conflitto familiare” che si pronuncia, in sede di prima adozione, nel corso dei giudizi di separazione, divorzio, annullamento o esercizio della responsabilità genitoriale o di revoca-modifica ex art. 710 c.p.c.

La giurisprudenza di legittimità ha distinto all'interno della platea di quelli adottabili:

- a) i provvedimenti che attengono all'esercizio della responsabilità (già potestà) genitoriale;
- b) i provvedimenti a contenuto risarcitorio e sanzionatorio diretti, anche e comunque, a realizzare, in via indiretta, l'esecuzione dei primi.

12.1. Va così ritenuta l'ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione, una volta esaurita la fase di reclamo, dei provvedimenti *sub b)* che, terminativi del giudizio, hanno il

carattere della decisorietà, con conseguente idoneità al giudicato, consentendo alla parte il procedimento ex art. 709 ter c.p.c. di proporre, per ragioni di celerità, in un unico contesto di decisione, definito dalla specialità del rito, una ordinaria domanda di risarcimento del danno (Cass. 08/08/2013, n. 18977; Cass. 06/10/2021, n. 27147).

Restano, in tal modo, superate le più risalenti affermazioni di principio in cui, ancora, la Corte di cassazione ragionava sulla necessità di un “*controllo esterno sulla potestà*”, e quindi sulla “funzione”, che di quei provvedimenti avrebbe escluso il carattere decisorio e, quindi, l’impugnabilità in Cassazione (Cass. 22/10/2010, n. 21718).

12.2. Per la diversa categoria dei provvedimenti *sub a*) può, forse, ritenersi una ulteriore distinzione. I provvedimenti sulla responsabilità genitoriale possono, infatti:

1) incidere sul diritto personalissimo, e di rilievo costituzionale e convenzionale, della cd. doppia genitorialità e tanto rispetto a condotte con cui il genitore collocatario si frapponga alla frequentazione del figlio minore con l’altro, e, ancora, sul diritto della persona del minore a sviluppare secondo le proprie inclinazioni, per scelte di formazione fondanti o comunque destinate ad incidere, in ragione del peculiare momento di loro adozione, quello della crisi familiare, sulla sua equilibrata crescita, pure se quei provvedimenti hanno un’efficacia circoscritta nel tempo: come avviene in riferimento alla scelta della scuola presso cui iscrivere il figlio per un anno scolastico (Cass. 27/07/2021, n. 21553), in tal caso l’ammissibilità del ricorso per cassazione, nella presupposta suscettività al giudicato dell’accertamento, vale a dar conto del rilievo avuto dal provvedimento giurisdizionale per la sua peculiare incidenza sul diritto e, quindi, della necessità di un suo controllo in sede di legittimità;

2) “interpretare” e, quindi, “precisare” e “conformare” i provvedimenti su responsabilità ed affidò già adottati, tenendo conto delle esigenze operative o organizzative (logistiche ed accessorie, relative a più minute vicende del quotidiano) che all’attuazione dei primi si accompagna, in cui la preponderanza o esclusività della finalità “gestoria” o di amministrazione della misura ne esclude la suscettibilità a passare in “cosa giudicata” e la ricorribilità in Cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost. (Cass. 19/01/2022, n. 1568).

13. Conclusivamente.

Ferma l'ammissibilità del ricorso straordinario dei provvedimenti "de potestate" ex artt. 330, 333 e 336 c.c., nel resto, che si tratti di provvedimenti adottati in punto di esercizio della responsabilità genitoriale è evidenza che ancora non dice, in modo univoco ed autosufficiente, sulla impugnabilità ex art. 111, settimo comma, Cost.

Né il criterio guida può indentificarsi nel modello processuale all'interno del quale i provvedimenti su frequentazioni e scelte di vita, in esercizio della responsabilità genitoriale, vengono adottati: il procedimento è infatti, comunque, quello camerale ex art. 737 c.p.c., ferme le ipotesi dei giudizi introdotti in via principale in sede di separazione, divorzio ed annullamento del vincolo matrimoniale, all'interno dei quali, incidentalmente, si inseriscono le statuizioni sulla responsabilità.

Le ragioni dell'inserimento, o meno, del ricorso straordinario per cassazione all'interno degli "ordinari mezzi di impugnazione" (art. 709-ter, ult. comma, c.c.) vanno allora ricercate nei contenuti del provvedimento impugnato e nella loro capacità di incidere: ora in pregiudizio del diritto, previa individuazione della regola di diritto sostanziale capace di disciplinare il rapporto; ora, ed invece, in via di mera conformazione, anche per interpretazione e precisazione, di quella regola in precedenza definita in già assunte statuizioni (si pensi anche all'art. 709 ter c.p.c. ove introdotto per dare soluzione a contrasti insorti in sede di attuazione di precedenti provvedimenti); il tutto per provvedimenti, idonei, o meno, a dar conto di un nuovo e stabile accertamento.

Ove a venire in considerazione sia il diritto alla bigenitorialità, nelle sue plurime espressioni, o, ancora, il diritto a crescere e sviluppare in modo pieno il minore – nella natura formativa delle scelte effettuate o, comunque, nelle loro ricadute sugli equilibri psico-fisici della persona – l'incidenza della statuizione ordinatoria sul diritto, anche nella sua temporanea stabilità, resta meritevole del sindacato di legittimità che veicolato per denuncia di violazione di legge sostanziale (art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.), si raccorda "a sistema" a tutela del primo. Tanto vale, anche, nella necessità di affermare l'esigenza di un unico modello processuale, che già espressa dall'art. 38 disp. att. c.c, come riformato dall'art. 3 della legge n. 219 del 2012, nei rapporti tra giudice minorile e giudice del conflitto familiare, e quindi tra provvedimenti relativi alla titolarità della responsabilità genitoriale e provvedimenti che ne regolano l'esercizio, si realizza compiutamente nella legge delega di

riforma del giudice e del rito per le persone, i minorenni e le famiglie del 26 novembre 2021, n. 206.

Laura Scalia