

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: A) Capacità genitoriale e valutazione tecnica: la consulenza tecnica di ufficio nel sindacato della Corte di cassazione: ammissibilità nei giudizi di adozione sullo stato di abbandono del minore e nel giudizio sul conflitto familiare su idoneità genitoriale e benessere del minore: deducibilità; poteri di accertamento; limiti.

Spunti per un dibattito

Art. 1, comma 23, LEGGE 26 novembre 2021, n. 206 "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".

"Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina processuale per la realizzazione di un rito unificato denominato «procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie» sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: (...)

dd) prevedere: la nomina, anche d'ufficio, del curatore speciale del minore; il riordino delle disposizioni in materia di ascolto del minore, anche alla luce della normativa sovranazionale di riferimento; la predisposizione di autonoma regolamentazione della consulenza tecnica psicologica, anche con l'inserimento nell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio di indicazioni relative alle specifiche competenze; la possibilità di nomina di un tutore del minore, anche d'ufficio, nel corso e all'esito dei procedimenti di cui alla lettera a), e in caso di adozione di provvedimenti ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile;

*ee) prevedere la facoltà per il giudice, anche relatore, **su richiesta concorde di entrambe le parti**, di nominare un **professionista**, scelto tra quelli iscritti nell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio, ovvero anche al di fuori dell'albo in presenza di concorde richiesta delle parti, dotato di specifiche competenze in grado di coadiuvare il giudice per determinati interventi sul nucleo familiare, **per superare conflitti tra le parti**, per fornire ausilio per i minori e **per la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli**".*

Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2022 sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia (2021/2060(INI))

Punto 9 Tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia:

*"Raccomanda vivamente agli Stati membri di adottare un approccio multidisciplinare e di istituire servizi di consulenza e sostegno all'infanzia facilmente accessibili, di alta qualità, personalizzati, gratuiti e finanziati con fondi pubblici, sia all'interno che all'esterno dei tribunali, al fine di fornire, ove necessario, il sostegno di professionisti qualificati, quali medici, psicologi, professionisti qualificati in neuropsichiatria infantile, assistenti sociali e specialisti per l'infanzia, onde sostenere il minore nel miglior modo possibile **in tutte le fasi del procedimento...**".*

1. La Corte di cassazione, con sentenza n. 6138 del 26/03/2015, secondo affermazione di principio contenuta nella massima ufficiale, ha ritenuto che: *“in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove **i genitori facciano richiesta di una consulenza tecnica relativa alla valutazione della loro personalità e capacità educativa nei confronti del minore** per contestare elementi, dati e valutazioni dei servizi sociali - ossia organi dell'Amministrazione che hanno avuto contatti sia con il bambino che con i suoi genitori - il giudice che non intenda disporre tale consulenza deve fornire una specifica motivazione che dia conto delle ragioni che la facciano ritenere superflua, in considerazione dei diritti personalissimi coinvolti nei procedimenti in materia di filiazione e della rilevanza accordata in questi giudizi, anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alle risultanze di perizie e consulenze”*.

La Corte di legittimità, nella struttura dell'articolata motivazione, chiaro il riferimento al consenso delle parti nella disposta consulenza, pone, con carattere di centralità, la disamina del caso **Zhou c. Italia**, rispetto al quale – tanto si riporta in motivazione – con sentenza del 21 gennaio 2014, la Corte Edu aveva dato rilievo alla disposta consulenza tecnica di ufficio cogliendone un passaggio (*«dalle perizie disposte dal tribunale risulta che, pur essendo la ricorrente (la madre) incapace di esercitare il suo ruolo, il suo comportamento **non era negativo per il minore**»*), nella cui omessa valorizzazione rinveniva ragione per dubitare *“dell'adeguatezza degli elementi su cui si sono basate le autorità per concludere che le condizioni in cui viveva A. compromettevano il suo sviluppo sano ed equilibrato”*.

Per gli indicati passaggi viene così rimarcata dai giudici di legittimità (in termini: Cass. n. 17165 del 26/06/2019; Cass. 14/02/2022, n. 4746), con affermazioni di assoluto interesse, la necessità che l'indagine tecnico-specialistica concorra, nei suoi esiti, secondo i più raffinati strumenti che le sono propri, all'accertamento del fatto ovverosia della relazione in essere tra genitori e figlio nella saggiata capacità dei primi di porsi come figure di riferimento per il secondo lungo il cammino di educazione, formazione e cura che è oggetto dei giudizi in materia di adozione del minore, nell'accertamento del presupposto “stato di abbandono”.

Il percorso che conduce alla decisione, tanto lascia intendere la Corte di cassazione, potrebbe altrimenti rivelarsi non saldo nelle raggiunte conclusioni là dove il giudice del merito si limitasse a richiamare massime di comune esperienza o “saperi” suoi propri,

altrimenti attenti, che si rivelino, nella critica di parte, incapaci di evidenziare quei profili rilevanti in una relazione con il figlio per formulare un giudizio sulla incapacità genitoriale. Le stringenti ragioni del ricorso all'indagine tecnica sono qui le valorizzate gravi ricadute sui diritti umani, diritti personalissimi (così il diritto a crescere nella famiglia di origine, artt. 8 Cedu; artt.1 e 8 l. adoz.), che dei giudizi di adozione sono oggetto e che restano, come tali, limitabili solo in caso di *extrema ratio*.

Il “dubbio” sulle capacità del genitore, per quanto serio, è incompatibile con la certezza che deve connotare gli accertamenti giudiziali in tema di interesse superiore del minore, sancito anche a livello europeo (Corte EDU, 12/08/2020, E.C. c. Italia; conf., Corte EDU, 10/09/2019, Strand Lobben e altri c. Norvegia; Corte EDU, 21 gennaio 2014, Zhou c/Italia; conf. Corte EDU, 13 ottobre 2015, S. H. c/Italia).

L'affermazione di principio che ne segue, ad una più piena lettura della motivazione della sentenza di legittimità, è quella secondo la quale il giudice di merito là dove omette di provvedere sulla richiesta di una c.t.u. senza spiegarne le ragioni fa “*assumere alla mancanza di motivazione anche la natura della violazione di legge*” e “*particolarmente, dei principi contenuti nelle carte internazionali ed in quelli comunitari etc*” (in motivazione p. 13, cit.); essa sembra aprire ad un interessante avanzamento di tutela in materia.

2. Fermi gli interventi della Corte di legittimità più risalenti nel tempo, in cui la consulenza era “mezzo istruttorio”, e non prova vera e propria, che, sottratta alla disponibilità delle parti, restava affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito nel cui potere discrezionale rientrava la valutazione di disporla, o meno, di rinnovarla o di chiamare a chiarimenti il nominato tecnico, il tutto per una motivazione di diniego che poteva, anche, essere implicitamente desumibile dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato dal giudice (cfr: Cass. 06/05/2002, n. 6479; Cass. 05/07/2007, n. 15219), nel tempo l'affermazione di principio era già mutata.

Al carattere discrezionale, e quindi non sindacabile in sede di legittimità, del provvedimento con cui il giudice del merito dispone la consulenza tecnica di ufficio, si è accostato il rilievo, e tanto è proprio in ragione dell'appartenenza del dato da acquisirsi a mezzo dell'apporto di consulenze e perizie ad un settore di conoscenze specialistiche, per

il quale quell'esercizio di discrezionalità va temperato con il diverso principio secondo cui il giudice deve sempre **motivare adeguatamente** la decisione adottata su una **questione tecnica rilevante** per la definizione della causa e che là dove il giudice disponga di elementi istruttori e di cognizioni propri, integrati da presunzioni e nozioni di comune esperienza, sufficienti a dar conto della decisione adottata, il mancato esercizio di quel potere non può essere censurato sempreché, però, la soluzione prescelta risulti adeguatamente sostenuta da motivazione perspicua, restando altrimenti sindacabile in sede di legittimità sotto l'anzidetto profilo (Cass. 01/09/2015, n. 17399; Cass. 03/01/2011, n. 72).

La violazione di legge sostanziale a cui la Corte di legittimità, in applicazione della giurisprudenza convenzionale, riconduce la mancata ammissione della consulenza tecnica di ufficio nel giudizio sull'adozione e la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, dà conto della complessità del fatto da accertarsi che, dotato di un tecnicismo proprio, richiede, per ciò stesso, in via di conoscenza ed accertamento, l'ausilio tecnico.

Anche in un quadro di prova non silente – in quanto definito da accertamenti e relazioni dei servizi sociali ed alla cui composizione, nella stessa stima riservatagli dai giudici di cassazione, concorre anche il rilievo circa la peculiare composizione tecnica del collegio minorile giudicante, per i profili di giudice-specialista ivi presenti – per un principio che ben può trovare applicazione nei giudizi sull'esercizio della responsabilità genitoriale in genere (in cui vengano in valutazione: provvedimenti ablativi o limitativi della potestà, ex artt. 330, 333 e 336 c.c.; provvedimenti sull'affido, collocamento e frequentazione dei figli minori nei conflitti maturati all'interno di conclamati fenomeni di crisi familiare), l'ammissione della consulenza tecnica trova ragione nella necessità di un percorso di ricerca di fatti, anche principali, che, in quanto connotati di un tecnicismo proprio (si pensi alla non idoneità ai compiti educativi e di formazione dei genitori di cui si discute ad integrazione dello "stato di abbandono" o nella scelta del genitore esclusivo affidatario), richiedono che al loro accertamento e lettura in sede processuale concorra, all'intero di un più ampio quadro di prova, anche "la lente" scientifica.

Elevare la mancata ammissione della consulenza tecnica di ufficio a violazione di legge sostanziale, e per essa dei principi convenzionali sulla realizzazione del migliore interesse

del minore, attribuisce alle risultanze di perizie e consulenze la capacità di integrare il precetto, in considerazione dei diritti personalissimi coinvolti nei procedimenti in materia di filiazione, fosse anche in una cornice di sollecito al rafforzamento della motivazione (in termini: Cass. n. 17165 del 2019; Cass. n. 4746 del 14/02/2022), nella rilevanza ai primi accordata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si passa così ad una doglianza più articolata e complessa, perché riferibile a profili sostanziali per i quali occorre dedurre non solo sull'impianto della motivazione ma con maggiore profondità se sia configurabile o meno una mancanza nell'operato del giudice secondo sistema.

2. Il sindacato in sede di legittimità non è dato dalla verifica dell'omesso esame del giudice di merito di fatti decisivi ai fini della decisione secondo lo schema del vizio di motivazione ex art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c. (quali condotte espressive del mancato governo del ruolo genitoriale), ma dal raffronto, mediato dal motivo, pur nell'ufficiosità del controllo che si accompagna alla indisponibilità del diritto del minore, tra motivazione e precetto.

Lo "stato di abbandono" del minore resta integrato dalla non idoneità ai compiti educativi e di formazione dei genitori per una nozione alla cui definizione concorre, con i principi propri del suo sapere, la scienza medica sicché l'apporto del consulente tecnico diviene necessitato percorso di conoscenza del fatto, composito nei suoi contenuti, da accertarsi a corroborare, o smentire, elementi di prova altrimenti acquisiti al processo.

3. A precisazione ulteriore, in una prospettiva solo parzialmente diversa.

Come precisato dalle recentissime Sezioni Unite n. 3086 del 01/02/2022, che si sono espresse su onere probatorio delle parti e poteri di accertamento da riconoscersi al consulente di ufficio in caso di consulenza "percipiente", il divieto di andare "ultra petita" imposto al giudice è destinato a valere anche per il tecnico di ufficio, suo ausiliare, nel caso in cui sia a questi richiesto di accertare il fatto per le sue connotazioni tecnico-specialistiche.

Una volta riportato il principio secondo il quale, in caso di consulenza percipiente, al consulente viene affidato l'incarico *"non solo di valutare i fatti provati dalle parti, ma di accertare i fatti stessi, facendo sì che l'onere probatorio ordinariamente gravante sulle parti si arresti alla soglia di quanto sia puramente tecnico e, di conseguenza, che la consulenza da mezzo di valutazione delle prove si*

tramuti in mezzo di ricerca della prova” nella necessità *«la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto»* (pp. 26 e 27 che ivi richiamano Cass., Sez. III, 8/02/2019, n. 3717 e Cass., Sez. IV, 10/12/2019, n. 32265), le Sezioni Unite poi, distinguendo, precisano.

In applicazione del diritto di difesa della parte che agisca e resista in giudizio e del suo diritto ad un giusto processo (artt. 24 Cost. e 6 Cedu), e ad una decisione di merito *“per quanto più è possibile giusta”* (p. 27 SU cit.), le Sezioni Unite, fermi i poteri di allegazione propri delle parti e quello di rilevazione a carattere ufficioso che spetta al giudice ed consulente di ufficio nel potere di indagine attribuitogli, precisano, discostandosi dalle conclusioni di Cass. Sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31886 (cfr anche, Cass. n. 27776 del 30/10/2019 sulla nullità assoluta della consulenza che acquisisca documenti oltre i termini di legge e la inutilizzabilità delle relative conclusioni), in una prospettiva che guarda al consulente d’ufficio come ad un *“alter ego”* del giudice, dotato, come tale, dei *“medesimi poteri di accertamento che competono al giudice e che il giudice potrebbe esercitare se disponesse delle necessarie cognizioni tecnico-scientifiche”*.

Precisano, però, le Sezioni Unite che: lo *“schema imperniato sui cd. blocchi di attività”* sui quali è costruito il processo non debba valere per il consulente d’ufficio, il quale, nella ricerca della verità, ben può esaminare ed impiegare, nella relazione, l’elemento istruttorio documentale anche se non prodotto dalle parti nel rispetto delle preclusioni previste dal legislatore, stabilendo che il consulente d’ufficio (salva, l’ipotesi, speciale, della consulenza contabile, ex art. 198, secondo comma, c.p.c. la cui complessità tecnica sostiene l’acquisizione, nell’accordo delle parti, di documenti non prodotti in giudizio):

- a) può accertare tutti i fatti secondari ed accessori (*“fatti principali diversi da quelli dedotti dalle parti”*), relativi all’oggetto della lite e necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, esclusi quindi i fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti fatti principali rilevabili d’ufficio;
- b) può acquisire, nei limiti dei fatti indicati sub a), anche prescindendo dall’attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente – dirette a far conseguire al giudice la verità dei fatti – le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti,

tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli;

a.1.) incorre in nullità assoluta rilevabile d'ufficio o per motivo di impugnazione ex art. 161 c.p.c. per violazione del principio della domanda e di quello dispositivo là dove accerti i fatti principali non allegati tempestivamente dalle parti o non rilevabili d'ufficio;

b.1.) incorre in nullità relativa, tempestivamente opponibile dalla parte nel cui interesse è stabilita (art. 157, secondo comma, c.p.c.), là dove nel suo potere d'indagine si spinga ad accertare fatti secondari.

4. Le Sezioni Unite in sentenza coeva alla prima, con identica composizione collegiale e diverso relatore, a definizione del quadro processuale in cui viene ad inserirsi la consulenza tecnica d'ufficio (Cass. SU n. 5624 del 21/02/2022), hanno poi stabilito che le contestazioni ed i rilievi critici delle parti alla consulenza tecnica d'ufficio, ove non integrino eccezioni di nullità relative al suo procedimento, come tali disciplinate dagli artt. 156 e 157 c.p.c., costituiscono argomentazioni difensive, sebbene di carattere non tecnico-giuridico, che possono essere formulate per la prima volta nella comparsa conclusionale e anche in appello, purché non introducano nuovi fatti costitutivi, modificativi ovvero estintivi, nuove domande od eccezioni o nuove prove, ma si riferiscano alla attendibilità ed alla valutazione delle risultanze della c.t.u. e siano volte a sollecitare il potere valutativo del giudice in relazione a tale mezzo istruttorio.

Sull'indicata premessa, in una cornice processuale successiva alla legge di riforma n.69 del 2009, si è ancora affermato che il secondo termine di cui all'art. 195 c.p.c., eventualmente concesso dal giudice, ha natura ordinatoria e funzione acceleratoria ed ove la parte non vi ottemperi il giudice può valutare se il comportamento di parte sia stato o meno contrario al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. e può, in tal caso, tenerne conto nella regolamentazione delle spese di lite.

5. Nei giudizi su minori e filiazione, connotati dalla natura pubblicistica del diritto oggetto di accertamento (inteso come diritto alla crescita e formazione del minore quale persona anche negli rapporti instaurati con genitori e nonni, espressione del diritto alla bigenitorialità ed a quello ad una più ampia continuità affettiva), il rilievo ufficioso dei fatti costitutivi, anche principali, ne integra la ricaduta.

Quelle affermazioni di principio quindi, dirette a circoscrivere, segnatamente, i poteri “percipienti” del consulente tecnico di ufficio nello svolgimento delle indagini demandategli dal giudice vanno declinate nella specialità dell’accertamento in cui i più ampi poteri sono strumentali al rilievo della posizione, oggetto di accertamento ed indagine.

Nel rispetto del contraddittorio, regola generalissima, e nei limiti delle indagini commesse, il consulente potrebbe acquisire – nel dar conto della personalità dei genitori, delle loro capacità a rivestire il ruolo e dei rapporti con il figlio –, ad esempio, materiale anche fotografico.

Lo “stato di abbandono” è dedotto e nell’ambito di questo, che è “fatto principale”, l’atteggiarsi dei rapporti tra genitori e figlio e le loro personalità vanno ad integrare quel “fatto accessorio” che, specificativo del principale, resta in via autonoma acquisibile ed indagabile dal tecnico di ufficio.

Laura Scalia