

PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Ricorso RG. n.21633/21

(Pres. Genovese, Rel. Caiazzo)
-udienza camerale del 26 gennaio 2022-

La sostituta procuratrice generale,

letto il ricorso r.g. n.21633/21 proposto nell'interesse di OMISSIS in data 18.8.2021, avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma n.340/2021 del 6.7.2021, che ha confermato il decreto del Tribunale per i minorenni di Roma n.4002/21 del 4.6.2021, e dichiarato inammissibile il reclamo avverso il decreto n.3995/20 del 24.7.2020; letto il controricorso di OMISSIS dell'8.10.2021; letto il controricorso del curatore speciale del minore, avv. OMISSIS, dell'8.10.2021•, letti gli atti;

osserva

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

Quanto all'ammissibilità, a fronte di quanto rilevato dal controricorrente OMISSIS circa la pronuncia "in via non definitiva" (pag.37 del controricorso) della pronuncia del TM di Roma 4002/21, depositato il 4.6.21, la giurisprudenza più recente (ved. Cass. 1668/20; conf. Cass.17177/20) ha 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, ancorchè 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. 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) e nasce come risposta alla prassi di molti uffici minorili di mantenere fenni 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 voluto che i provvedimenti in parola che, in modo spesso 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.

Posta, quindi, l'ammissibilità del ricorso, preme una particolare riflessione sulle censure che attingono (III motivo) l'omessa pronuncia su tutta la domanda sottoposta alla Corte di appello in sede di reclamo e la motivazione "scarna, poco comprensibile, apparente, apodittica e persino contraddittoria" (pag.36), "addirittura inesistente" (pag.38), e censurano, altresì, (motivi VI, VII, VIII, IX), sotto i diversi profili della violazione di legge e del mancato esame di un fatto decisivo, il mancato ascolto del minore, il mancato accertamento delle ragioni del suo rifiuto ad incontrare il padre, la mancata valutazione comparativa degli effetti sul minore del disposto collocamento in struttura eterofamiliare rispetto al beneficio atteso, censure che per la loro stretta connessione possono essere trattate congiuntamente.

Quanto al terzo motivo, il ricorrente ha dato plastica evidenza della lamentata violazione dell'art. 112 cpc, indicando nel corpo del ricorso, sì da renderlo autosufficiente, gli otto articolati motivi avanzati in sede di reclamo alla Corte di appello, ai quali il giudice di seconde cure non ha dato risposta, neppure in modo implicito o per relationem.

E', peraltro, fondata anche la specifica censura, articolata nell'ambito del medesimo motivo, con cui si critica l'apparenza della motivazione. Per mero scrupolo si ricorda 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).

Nel provvedimento impugnato, infatti, non sono in alcun modo, neppure implicitamente o per relationem, indicati i fatti, atti, o circostanze, che possano giustificare le plurime, gravissime statuizioni adottate dai giudici di merito verso OMISSIS e sua madre. L'accertamento del fatto è inesistente e senza "fatto", che ponga le premesse del sillogismo giudiziario, la statuizione del giudice è priva del contenuto minimo necessario, che le consenta di essere riconosciuta quale espressione del potere giurisdizionale, in quanto esfranea al paradigma legale che la legittima.

Mancano, quindi, radicalmente le ragioni per le quali il giudice d'appello ha confermato:

- la decadenza di OMISSIS dall'esercizio della responsabilità genitoriale sul figlio minore OMISSIS;
- l'immediato allontanamento del minore dal contesto familiare ed il suo collocamento in casa famiglia;
- la temporanea sospensione di ogni rapporto tra madre e minore.

Inoltre, l'enunciato testuale delle ragioni della decisione, non solo è apparente, riducendosi a proposizioni avulse dal dato fattuale e scollegate al risultato del ragionamento decisorio, ma è anche perplesso.

Infatti, a fronte di statuizioni oggettivamente e gravemente invasive della libertà personale, di domicilio, di circolazione, di comunicazione, di pensiero del bambino, la

corte territoriale non ha indicato il valore di pari che, nel bilanciamento, prevalga sulle libertà fondamentali indicate.

I giudici di merito sembrerebbero rimandare implicitamente al principio di "bigenitorialità", introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 40/2006, quale valore meritevole di tutela che giustificerebbe la compressione delle libertà personale di OMISSIS, consentendo di ridurlo in vinculis e costringerlo a permanere in una struttura chiusa, limitandone, inoltre, la libertà di domicilio, di circolazione, eliminandone addirittura la libertà di comunicazione.

Ragionamento decisorio perplesso e gravemente contraddittorio, perché si regge sulla prevalenza, nel bilanciamento, del principio di bigenitorialità sui "principi supremi" della Costituzione, dei quali le libertà fondamentali citate fanno parte, principi supremi inderogabili anche da legge di revisione costituzionale, dunque certamente non scalfibili da legge ordinaria.

L'obbiettivo di consentire l'accesso al genitore non convivente non potrà, dunque, mai legittimare l'azzeramento delle libertà fondamentali delle persone minori di età, garantite, anche per loro, dalla nostra Costituzione.

L'impostazione esegetica in analisi, sarebbe infatti inapplicabile a soggetti maggiorenni, che non potrebbero essere portati in vinculis in luoghi segreti e ivi costretti a permanere senza alcun preventivo giudizio di responsabilità penale o di accertata pericolosità sociale; impostazione che viola, dunque, l'art.3 della Costituzione, in quanto il sistema di protezione organizzato a tutela della libertà personale varrebbe per "tutti i cittadini... senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opzioni politiche, di condizioni personali e sociali", ma non per i cittadini "minori di età", rispetto ai quali non opererebbe la riserva assoluta di legge (art. 13 Cost.).

La retorica del minore "oggetto di potestà", poiché incapace di autodeterminarsi, nonostante i fiumi di inchiostro scritti negli ultimi decenni da dottrina e da giurisprudenza, evidentemente stenta a scomparire e comunque non giustifica l'eliminazione dei diritti inviolabili del minore.

In ogni caso è urgente una interpretazione evolutiva degli art.330 e 333 cod.civ., norme nate in un periodo storico in cui fondamenta della famiglia erano la "potestà maritale" e la "patria potestà", disposizioni che sono altrimenti incompatibili con il nostro assetto costituzionale.

L'evoluzione culturale e giuridica per la quale il minore oggi pacificamente è soggetto di diritti e non oggetto di potestà, deve avere risposte di giustizia coerenti, innanzitutto dandogli voce all'interno dei procedimenti che lo riguardano. Dal provvedimento impugnato, come puntualmente censurato in ricorso, non emergono, invece, le opinioni, i bisogni, le aspirazioni di OMISSIS, i cui diritti sono stati travolti senza neppure una verifica della compatibilità delle sue scelte di vita con ciò che l'autorità giudiziaria valutava necessario per il suo armonico sviluppo psicofisico. A parte l'oggettivo vulnus nella correttezza del procedimento, la cui nullità è già stata ampiamente illustrata in ricorso con puntuali e inconfutabili richiami giurisprudenziali, preme solo evidenziare che il Legislatore della Riforma (1.206/21) ha messo un punto alle oscillazioni giurisprudenziali rispetto alla questione della necessità o meno dell'ascolto diretto del minore da parte del giudice, sancendo che è il giudice specializzato che deve personalmente procedere a questo adempimento. Tuttavia anche

a legislazione invariata e allo stato della giurisprudenza (sulla necessità dell'ascolto "diretto" a pena di nullità cfr. ex multis Cass.23789/21, che ha opportunamente precisato "tale adempimento non può essere sostituito dalle risultanze di una consulenza tecnica di ufficio, la quale adempie alla diversa esigenza di fornire al giudice altri strumenti di valutazione per individuare la soluzione più confacente al suo interesse "; punto 4.3), ogni volta che protagonista della vicenda familiare è una persona minore di età capace di discernimento, il provvedimento decisorio è nullo se non da ampiamente e puntualmente conto delle dichiarazioni espresse e delle ragioni per le quali la decisione finale non può essere con esse coerente.

La motivazione, su tale ultimo aspetto, deve essere rafforzata, perché va a comprimere il diritto di autodeterminazione, di cui il minore capace di discernimento è certamente titolare (cfr. ancora Cass.23789/21 "la prescrizione normativa dell'ascolto richiede una valorizzazione attuale e sostanziale del punto di vista del minore ai fini della decisione che lo concerne, imponendosi una rigorosa verifica della contrarietà al suo interesse delle valutazioni e aspirazioni espresse dal minore nel corso dell'ascolto punto 4.6).

E' interessante, però, soffermarsi sulla ragione che, invece, giustificerebbero l'omissione dell'ascolto. Il curatore speciale nel suo controricorso evidenzia infatti che "l'interesse ad ascoltare il minore sarà senz'altro urgente, allorquando potrà esprimersi in un ambiente neutro, non certo in quello condizionato della madre in cui si trova costretto in questo momento " (cfr.pag.16). L'assioma è frutto palesemente di un pregiudizio non indicando il curatore elementi, circostanze, fatti o almeno indizi, che possano giustificare l'assunto assoggettamento psicologico di OMISSIS alla madre, ritenendolo probabilmente evidente in re ipsa, considerato che egli fin dalla nascita vive con lei (la quale, è utile ricordarlo per la comprensione complessiva della vicenda, se ne prende cura adeguatamente, non risultando in atti alcun problema psicologico, comportamentale, relazionale o scolastico di OMISSIS, anzi è pacifico che egli sia un ragazzino intelligente e ben integrato).

Rispetto alla possibilità di "assoggettamento" di una persona sull'altra fondamentale punto di riferimento, come sottolineato da recente e attenta dottrina costituzionalista, è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 1981 in tema di plagio.

In questo caso, oggetto del giudizio era l'art. 603 del codice penale (reato di plagio): la nonna puniva la condotta di "sottoposizione di una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione". Per il giudice remittente non essendo possibile provare concretamente talo stato, l'accertamento della fattispecie vietata avrebbe affidato all'arbitraria determinazione del giudice l'individuazione in concreto degli elementi costitutivi di un reato ad evento non determinato.

La Corte costituzionale, nell'accogliere, afferma che sarebbe "assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili. La formulazione di siffatte norme sovvertirebbe i più ovvii principi che sovrintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo nonché le più elementari nozioni ed insegnamenti intorno alla creazione e alla formazione delle norme giuridiche". Allo

stesso tempo, perché una norma possa essere determinata, e dunque comprensibile da tutti i suoi destinatari, 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 la madre come soggiogatrice del minore, 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.

A proposito del "rifiuto" di OMISSIS ad incontrare il padre, ha ragione, dunque, il ricorrente nel censurare l'omesso esame di questo fatto decisivo, omissione che è palese frutto di un pre-giudizio, che si fonda su un presupposto indimostrato, il condizionamento di OMISSIS da parte della madre, condizionamento secondo il Giudice delle Leggi non è "accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili". 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 riguardi. Utile anche l'analisi dell'unica ragione che fonda la decisione della corte territoriale, sintetizzata nella seguente proposizione: "alla soglia dell'età adolescenziale è dannosa la mancanza della relazione affettiva con il padre e la presenza paterna va vissuta continuativamente, in quanto è per lui importante e irrinunciabile fattore di crescita e maturità" (cfr.pag.3). L'assunto si fonda sul pre- giudizio per il quale la famiglia monoparentale è "dannosa" per i figli, soprattutto alla soglia dell'adolescenza, assunto privo di riscontro scientifico, storico, antropologico. L'approdo legislativo (1.40/2006) sul cd. diritto alla bigenitorialità, in realtà, promuove il diritto del minore ad essere curato da entrambi i genitori, come condizione astrattamente auspicabile per ogni bambino, ma certamente non contiene in sé un giudizio negativo sulle tante famiglie monoparentali, sempre più diffuse nella società civile; né la corte territoriale riporta a supporto della sua affermazione studi sociologici o dati statistici per i quali i minori cresciuti in famiglie monoparentali hanno minori chances di crescere armoniosamente. La Corte di Roma non solo ha mal interpretato il "diritto" di bigenitorialità, ma neppure ha spiegato perché garantire la relazione continuativa di OMISSIS con il padre, anche a costo di separarlo dalla madre, dai nonni, dagli amici, dai compagni di scuola, dalla sua casa, oltre che dai medici che lo hanno sempre curato, corrisponda al suo "best interest".

Infatti, la Costituzione italiana non riconosce espressamente il principio o il diritto alla bi-genitorialità, ancorché taluno lo voglia ricavare dagli art.29 e 30 della Costituzione, ma "l'interesse superiore del minore", che deve essere riconosciuto e tutelato, quale preminente.

A questo proposito è fondamentale il riferimento all'art. 30 Cost. (unitamente agli artt. 2, 3 e 29 Cost.), che espressamente impone prima il dovere e riconosce poi il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli. La norma, ponendo al suo

centro il minore stesso, incardina in capo ai genitori prima di tutto i doveri di cura e solo dopo il diritto di "scegliere come" curarli. Dunque, il cd. diritto alla bigenitorialità deve essere prioritariamente riconosciuto e tutelato quale diritto del minore ad essere curato da entrambi i genitori ed è dunque funzionale alla realizzazione del "best interest of the child". Attenzione, però, "interesse superiore" non in "astratto", ma "in concreto", caso per caso, alla luce delle specificità e peculiarità delle singole fattispecie; "interesse in concreto", il cui accertamento è stato invece completamente omesso dalla Corte di Roma. Dal provvedimento non emerge nulla di quella che è la situazione sociale e individuale del ragazzino, nulla neppure delle cure sistematiche di cui ha bisogno, pur essendo il diritto alla salute, diritto di rango costituzionale. Nulla dei postumi, sulla salute di OMISSIS, del trauma dell'allontanamento manu militari, fatto decisivo, la cui omessa valutazione nella individuazione del suo complessivo "best interest", il ricorrente ha correttamente censurato.

Si ribadisce poi, per quanto sopra già osservato, che le norme che prevedono l'allontanamento con il ricorso alla forza pubblica (art.330, 333 cod.civ e art.68 cod.proc.civ.) del minore dalla residenza familiare, il suo collocamento in località segreta, il divieto di comunicare, sono rispettose del quadro costituzionale nella ipotesi in cui la limitazione dei diritti del minore sia limitata nel tempo e strettamente funzionale alla sua incolumità. Solo l'emergenza (cfr. in proposito la circolare del Ministero degli Interni p.77841 del 4.8.2021, per la quale in questo campo la Polizia di Stato svolge funzioni di "pronto soccorso") può giustificare una limitazione della libertà personale, che può essere ristretta "nei soli casi e modi previsti dalla legge" (art. 13 Cost.) e quindi, allo stato della legislazione, può esserlo solo in conseguenza dell'adozione di misure cautelari, misure di sicurezza e misure di prevenzione, queste ultime tuttavia molto contestate. La materia è, come noto, soggetta a riserva assoluta di legge e nel sistema delle fonti che ci occupano non vi è disposizione che preveda "la restrizione della libertà personale" (art. 13 Cost.) del minore in questi casi. La disciplina dell'allontanamento coattivo con l'ausilio della forza pubblica e del collocamento sine die in struttura protetta, del divieto di comunicazione (l'analogia con il 41 bis O.P. non è peregrina), deve trovare espresa e integrale regolamentazione nella legge formale ordinaria o in un atto equiparato, nella specie inesistente, con conseguente illiceità di eventuali arbitrarie costrizioni della libertà personale del minore, che potrebbero anche essere fonte di danni risarcibili.

La riserva assoluta di legge si ritrova soprattutto nella parte della Costituzione dedicata, appunto, alle libertà fondamentali e l'esempio più tipico è dato infatti dall'art.13.2 Cost. La ratio è facilmente intuibile: le libertà fondamentali sono rivendicate contro il potere coercitivo dello Stato e valgono per tutte gli esseri umani a prescindere dall'età.

D'altra parte lo stesso Legislatore, con il recente intervento (1.,206/2021), ha inteso dare un segnale estremamente chiaro in questa direzione, novellando il criticato art.403 c.c., effettivamente eccentrico rispetto al nostro assetto democratico, riducendone la portata applicativa e giurisdizionalizzando il procedimento, prevedendo tempi e modi estremamente stretti e rigorosi per l'intervento della pubblica autorità.

Al di là dei "principi supremi" e della riserva assoluta di legge, che non possono in nessun caso essere accantonati, è evidente, in ogni modo, come si tratti di misure gravissime per lo sviluppo della personalità del minore e delle sue relazioni sociali, scolastiche o amicali, che possono arrecargli traumi notevoli e difficili da riparare e come, in ogni caso, al collocamento in casa famiglia deve essere preferito quello presso parenti o amici, che possa segnare almeno una continuità affettiva per lui. Dette misure devono necessariamente trovare bilanciamento nella tutela di fondamentali diritti del solo minore, come la vita o la integrità fisica, o sessuale, e non possono certo costituire modalità per estirpare il minore dal legame con uno dei genitori o per tutelare un asserito diritto alla genitorialità dell'altro. Come la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto, infatti, la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti (sentenza n. 494 del 2002 e sentenza n. 223 del 2015). In considerazione della prassi diffusa tra molti uffici di merito di disporre l'allontanamento dei minori dalla residenza familiare, con l'ausilio della forza pubblica, collocandoli in luogo segreto sine die, con divieto di comunicazione, di fatto restringendone la libertà personale al di fuori dei casi e dei modi previsti dalla legge (art. 13 Cost.), posto che, come sopra già evidenziato, ma è utile ribadirlo, non si rinviene una disposizione di legge in materia che espressamente e puntualmente disciplini i "casi" e i "modi", che legittimino la restrizione della libertà personale del minore, dovrà essere il Giudice della Nomofilachia ad indicare la corretta interpretazione dell'art.330 e 333 cod. civ., che prevedono "l'allontanamento del minore dalla residenza familiare" e dell'art.68 cod. proc. civ, che consente al giudice di richiedere "l'assistenza della forza pubblica", alla luce dei principi costituzionali sopra rammentati e di quelli sovranazionali diffusamente richiamati in ricorso.

Si chiede, quindi, che il ricorso sia trasmesso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, trattandosi di questione di massima e particolare importanza. In ogni caso si chiede alla Corte di Cassazione, anche nel caso in cui dichiarasse il ricorso inammissibile, affermi il seguente principio di diritto: "gli art,330, 333 cc e art.68 cpc, interpretati in senso conforme a Costituzione, consentono di disporre l'allontanamento coattivo del minore dalla residenza familiare unicamente nel caso in cui vi sia un rischio grave e imminente alla sua incolumità personale non altrimenti evitabile e consentono di collocarlo in luogo sicuro; preferibilmente in contesto parentale o amicale noto al minore, per il tempo strettamente necessario a scongiurarlo.. Alla luce delle suesposte osservazioni si chiede dunque la trasmissione del ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite e, in subordine, l'accoglimento per quanto di ragione.

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

P.Q.M.

chiede alla Corte di Cassazione trasmettersi il ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite e, in subordine, l'accoglimento del ricorso.

Roma, 28 dicembre 2021

Francesca Ceroni sost.

Tramp Coco

Procura Generale c/o Corte Cassazione Depositato
in **titato in Segreteria Civile** Segreteria

28 DIC 2021



L'Assistente Giudiziario
Vincenza/Coco

Vincenza/Coco