

La Cassazione torna sul diritto di visita dei nonni e il diritto all'ascolto del minore (Cass. civ. Sez. I, Ord. 01 luglio 2020- 30 luglio 2020, n. 16410)

La Cassazione civile, con l'ordinanza in oggetto, è tornata a pronunciarsi sull'importanza del rapporto dei nipoti con i relativi nonni. A questo proposito la Corte ha ribadito che l'articolo 317 bis c.c. sancisce il diritto per gli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. Inoltre, i minori, nei procedimenti giudiziari che li riguardano, non possono essere considerati parti formali del giudizio, perché la legittimazione processuale non risulta attribuita loro da alcuna disposizione di legge; tuttavia vanno ritenuti parti sostanziali, in quanto portatori di interessi diversi rispetto ai loro genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza mediante il loro diritto all'ascolto e costituisce pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GENOVESE Francesco A.	- Presidente -
Dott. MERCOLINO Guido	- Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco	- rel. Consigliere -
Dott. PAZZI Alberto	- Consigliere -
Dott. CARADONNA Lunella	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA sul ricorso 34588/2018 proposto da: M.P., D.P.W., elettivamente domiciliati in Roma, Piazza Prati degli Strozzi n. 26, presso lo studio dell'avvocato Fois Fabiana, rappresentati e difesi dall'avvocato Di Nanna Vincenzo, giusta procura a margine del ricorso; - ricorrenti – contro D.D.A., elettivamente domiciliato in Roma Via Silvio Pellico n. 2, presso lo studio dell'avvocato Crimi Francesca, rappresentata e difesa dall'avvocato Marini Tiziana, giusta procura in calce al controricorso; - controricorrente – contro M.A., Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello de L'Aquila; - intimati - avverso il decreto della CORTE D'APPELLO de L'AQUILA, depositata il 11/10/2018; udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 01/07/2020 dal Cons. Dott. TERRUSI FRANCESCO. Svolgimento del processo M.P. e D.P.W., nonni paterni di

M.G. (classe (OMISSIS)) chiesero al tribunale per i minorenni de L'Aquila di veder riconosciuto il loro diritto a poter incontrare la nipote, che era stata collocata presso la madre, D.D.A.P., nel contesto del giudizio di separazione dal di lei marito. Il tribunale per i minorenni respinse l'istanza osservando che i ricorrenti non avevano mai attenuato l'atteggiamento di aspro conflitto e di aperta denigrazione nei confronti della nuora, e si erano rifiutati di intraprendere un percorso progressivo di riavvicinamento alla nipote attraverso incontri dapprima protetti e poi eventualmente liberi; cosicchè i predetti nonni avevano mostrato di non essere in possesso di adeguate capacità di gestione autonoma dei contatti con la bimba. I coniugi M. impugnarono il decreto, eccependone la nullità per mancata previa audizione della minore medesima e per ultrapetizione, oltre che nel merito l'erroneità. Nel procedimento intervenne anche M.P., padre della minore, aderendo alle tesi dei reclamanti. Nella resistenza della D.D. la corte d'appello de L'Aquila ha rigettato il reclamo. Ha ritenuto che la dedotta nullità per omessa audizione della minore fosse insussistente, essendosi trattato di soggetto di appena nove anni e non apparendo comunque l'audizione necessaria una volta appurato che il divieto di incontri s'era basato sulla mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni, e sull'atteggiamento dei medesimi, pregiudizievole per l'equilibrata crescita psicologica della bambina. Ha ritenuto inesistente il vizio di ultrapetizione, considerati gli ampi poteri officiosi del tribunale per i minorenni, anche oltre i limiti della domanda, in vista della salvaguardia degli interessi del minore. Ha infine richiamato la c.t.u., eseguita nel giudizio di divorzio tra M. e D.D., per dire che questa era stata delimitata dalla necessità di stabilire le sole capacità educative dei genitori - mentre quanto ai nonni la ricostruzione della capacità educativa era stata impedita dall'atteggiamento non collaborativo tenuto dinanzi al tribunale per i minorenni, non avendo essi inteso sottoporsi a una nuova c.t.u.. Per la cassazione del decreto della corte d'appello i coniugi M. - D.P. hanno proposto ricorso affidato a tre motivi. D.D.A.P. ha replicato con controricorso. Le parti hanno depositato memorie. Motivi della decisione I. - I ricorrenti denunziano: col primo motivo, la nullità del decreto per violazione dell'art. 336 c.c. e art. 102 c.p.c., in quanto non era stata assicurata la partecipazione della minore al giudizio rappresentata da un difensore, e in quanto comunque non si era provveduto alla di lei audizione a causa dell'età; col secondo motivo, la nullità del provvedimento per violazione del principio del ne bis in idem, essendo in contrasto con altra decisione della stessa corte d'appello in data 6-6-2017; col terzo motivo, infine, la nullità del decreto per omesso esame di fatti decisivi in ordine al giudizio espresso a loro carico di asserita mancanza di adeguate capacità educative e affettive. II. - Lo scrutinio del primo motivo richiede una disamina articolata, poichè, in ordine alle conseguenze, intercetta il tema della posizione che nel procedimento deve essere attribuita al minore. Tale primo motivo è fondato nei limiti che seguono. III. - Innanzi tutto è necessario ricordare che i principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., hanno portato questa Corte ad affermare che esiste nell'ordinamento un vero e proprio diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, secondo l'art. 317-bis c.c.; a esso (diritto) corrisponde uno speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis c.c.. Per tale ragione i provvedimenti che incidono sul diritto degli ascendenti a instaurare e a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, ai sensi dell'art. 317-bis c.c., nel testo novellato dal D.Lgs. n. 154 del 2013, art. 42, hanno esattamente come quelli ablativi della responsabilità genitoriale emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt.

330 e 336 c.c. - attitudine al giudicato (seppure *rebus sic stantibus*), in quanto non sono revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi, e definiscono procedimenti che dirimono conflitti tra posizioni soggettive diverse, nei quali il minore è da considerare "parte". Simile constatazione giustifica l'affermazione che il relativo decreto della corte di appello emesso in sede di reclamo, a conferma, revoca o modifica dei predetti provvedimenti, è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. n. 23633-16, Cass. n. 19780-18, Cass. n. 20001-18 e infine Cass. Sez. U. n. 32359-18). IV. - Secondo un certo orientamento, qui condiviso, la medesima constatazione implica che la posizione di "parte" del minore non possa essere pretermessa nel procedimento che lo riguarda; e questo risulta in certo qual modo confermato dall'inciso di cui all'art. 336 c.c., commi 2 e 4, secondo cui il minore non solo va sentito se ultradodicescenne, ovvero anche se infradodicescenne ove capace di discernimento, ma deve essere altresì assistito da un difensore. Tuttavia sull'estensione di tale regola si registrano talune non secondarie divergenze tra un indirizzo mantenuto in posizione cauta (o se si vuole restrittiva) e un altro invece attestato su esegesi più ampia. Il primo tende a sottolineare che il procedimento di cui all'art. 336 c.c. - che, per la quanto rileva, fa da modello di quelli relativi ai minori - non prevede, a differenza del procedimento disciplinato dalla L. n. 183 del 1984, art. 10, l'invito ai genitori o, in loro assenza, ai parenti a nominare un difensore, nè l'informazione che, qualora non vi provvedano, si procederà alla nomina di un difensore d'ufficio. Difatti si è osservato che, nel modello procedimentale codicistico, la difesa tecnica è solo eventuale ed è rimessa alla libera scelta delle parti (v. da ultimo in particolare Cass. n. 9100-19). Tale orientamento, benchè senza affrontare ex professo il tema, appare logicamente incentrato sulla negazione del criterio che vede nel minore una "parte" (in senso proprio) del procedimento. Viceversa il secondo indirizzo propende per un'esegesi quanto più possibile estesa dei principi sopra ricordati. Si afferma da questa prospettiva che nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l'art. 336 c.c., comma 4, così come modificato dalla L. n. 149 del 2001, art. 37, comma 3, richiede la nomina di un curatore speciale (art. 78 c.p.c.), ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo (si direbbe, per definizione) un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori. In base a tale assunto, il minore sarebbe cioè da considerare sempre come una vera "parte" del giudizio che lo riguarda, al punto che nell'ipotesi in cui non si sia provveduto alla nomina del curatore speciale, "il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice perchè provveda all'integrazione del contraddittorio" (così esplicitamente Cass. n. 5256-18). V. - Questa seconda soluzione non appare convincente, perchè è incentrata su una lettura estrema della sentenza n. 1 del 2002 della Corte costituzionale. In effetti la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 1 del 2002, ha inteso l'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo - resa esecutiva nell'ordinamento italiano per effetto della L. n. 176 del 1991 - alla stregua di norma integrativa della disciplina codicistica, col fine di configurare, per il minore capace di discernimento, e come tale giustappunto "parte" del procedimento che lo concerne, la necessità del contraddittorio. La modalità di gestione di questo contraddittorio è stata lasciata, però, volutamente libera, come emerge dalla formula infine impiegata allo scopo: "se del caso previa nomina di un curatore speciale". La formulazione ipotetica ("se del caso") sta a dire che il previo riferimento al "contraddittorio" non può essere enfatizzato come elemento di validità formale del giudizio, quasi che la relativa violazione importi di per sè le conseguenze tipiche dell'art. 354 c.p.c.. Dalla sentenza della Corte costituzionale - che ha ritenuto

per tale ragione non fondata la questione di legittimità dell'art. 336 c.c., comma 2, sollevata, in riferimento all'art. 2 Cost., art. 31 Cost., comma 2, art. 3 Cost., commi 1 e 2, art. 111 Cost., commi 1 e 2, art. 24 Cost., comma 2, art. 30 Cost., comma 1, sull'erronea premessa interpretativa che nei procedimenti camerali concernenti la potestà dei genitori, non sia prevista l'audizione del minore ultradodicesimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore - si evince fondamentalmente questo: che l'art. 12 della Convenzione, per un verso, ha disposto, al comma 1, che il minore capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa e, per altro verso, ha presupposto, al comma 2, doversi dare al minore, al detto specifico fine, la possibilità di essere ascoltato "in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale". A tanto si lega la configurazione del minore come "parte" del procedimento, la quale configurazione implica la necessità di assicurarne il contraddittorio come elemento di necessaria interlocuzione, "se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c." (C. Cost. n. 1 del 2002 e anche C. Cost. n. 528 del 2000, ord.). VI. - Ora la lettura razionale della citata decisione induce a valorizzare la necessità di ascolto del minore ai fini del merito, non già la valenza procedimentale dell'incombente. Nè del resto va dimenticato, da questo punto di vista, che la decisione (interpretativa) menzionata non ha avuto come oggetto direttamente la questione della centralità della nomina del curatore speciale del minore. Per converso un'altra anteriore decisione della stessa Corte costituzionale (la sentenza n. 185 del 1986) ha specificamente considerato nell'oggetto un tale profilo, e in proposito ha in generale condivisibilmente rappresentato che la valutazione relativa al modo e al grado di effettiva tutela in giudizio di determinati interessi spetta al legislatore ordinario, il quale non è vincolato a prevedere la qualità di "parte" per i titolari degli stessi. Su tale base la Corte costituzionale ha in quell'occasione escluso "che sia costituzionalmente illegittima l'omessa previsione della nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio dei figli minori, nei procedimenti contenziosi relativi allo scioglimento (od alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio ed alla separazione dei coniugi"; omessa previsione spiegabile, d'altro canto, "per non essere stata ravvisata l'opportunità di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli minori con l'attribuire ai secondi la qualità di parte, nè tantomeno di concedere agli stessi - in quanto non abilitati ad incidere sullo status di coniugi dei genitori - il potere (negato anche al Pubblico Ministero) di impugnare le sentenze concernenti i coniugi medesimi"; con ciò dovendosi ritenere "idonee e sufficienti alla tutela degli interessi dei predetti minori nei procedimenti suindicati, le misure già previste in loro favore (intervento obbligatorio in giudizio del Pubblico Ministero, amplissime facoltà istruttorie del giudice, potere del collegio di decidere, in ordine ai provvedimenti relativi alla prole, ultra petitum), rimanendo per le ipotesi di concreto conflitto tra genitori e figli minori, l'esperibilità dei normali strumenti (compresa la nomina di un curatore speciale, a sua volta prevista nei giudizi attinenti allo status dei minori) contemplati in via generale dagli artt. 320, 321, 330 e 333 c.c." (così C. Cost. n. 185-86). VII. - Anche nella fattispecie in esame codesta chiave di lettura va stimata come base dell'orientamento che pone in luce la peculiarità dell'attribuzione ai minori del concetto di "parte" del processo. Tale concetto si concretizza e si esprime non nella necessità di una partecipazione formale (implicata dalla nozione di parte in senso proprio), ma nel diritto del minore di essere ascoltato ai fini del merito, in quanto parte sostanziale: soggetto portatore di interessi

comunque diversi (quando non in certi casi anche contrapposti) da quelli dei genitori. In altre parole l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta - come spesso si dice - un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, e in particolare in quelle relative al loro affidamento, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003, e dell'art. 155-sexies c.c., introdotto dalla L. n. 54 del 2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore (così Cass. Sez. U. n. 22238-09). Ma codesto essenziale principio non legittima alcuna conclusione estrema di tipo procedimentale. Come in certo qual modo evidenziato dalla motivazione della citata sentenza delle sezioni unite, i minori non possono considerarsi parti vere e proprie (formali) del procedimento finché la legittimazione processuale non sia loro attribuita da una specifica disposizione di legge. I minori sono in tal senso portatori di interessi diversi da (o in qualche caso contrapposti a) quelli dei genitori, sia in sede di affidamento sia in sede di disciplina dei diritti correlati, e per tale profilo sono qualificati parti. Lo sono però solo in senso sostanziale, secondo la locuzione fatta propria dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2002. La finalità del loro ascolto è funzionale alla miglior tutela dei relativi interessi (v. anche Cass. n. 12018-19, Cass. n. 6129-15), cosicché il mancato ascolto non determina alcuna nullità (procedimentale), nè la regressione del procedimento che ne dovrebbe altrimenti conseguire secondo il disposto ex art. 354 c.p.c.; determina invece la possibilità di impugnare nel merito la decisione finale, in quanto adottata pretermettendo il dato essenziale della valutazione delle opinioni del minore. VIII. - In questo senso va affermato il principio di diritto che connota la controversia, alla cui stregua l'attuale motivo di ricorso è infondato nella parte in cui assume che il minore sia "a tutti gli effetti un litisconsorte necessario", ed è altresì infondato nella parte in cui tende a sostenere che la decisione sia nulla sul piano formale in relazione alla "obbligatoria partecipazione del minore al giudizio (..) tutelata da un difensore". Per contro la doglianza è fondata a misura della denunziata esistenza di un vizio sostanziale della decisione d'appello. Infatti la posizione del minore, quale parte in senso sostanziale di ogni procedimento che lo riguarda, deve trovare il punto di tutela proprio nel diritto di essere ascoltato. Cosicché costituisce violazione (in tal limitato senso) del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il mancato ascolto che non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento (v. ancora Cass. Sez. U n. 22238-09, Cass. n. 13241-11), che sia tale da giustificare l'omissione. La relativa audizione può - cioè - essere omessa, ma solo nel caso in cui, tenuto conto del grado di maturità del minore medesimo, sussistano particolari ragioni che la sconsiglino; ragioni da indicare in modo puntuale e specifico. E' invece da considerare che, nel caso concreto, la corte d'appello ha giustificato il mancato ascolto dicendo semplicemente che la minore "al momento della decisione aveva soli 9 anni" e che l'audizione non era necessaria per l'accertata mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni. Ciò non soddisfa l'onere di motivazione, dal momento che la sottolineata età della minore non implica necessariamente l'incapacità di discernimento, ed egualmente il giudizio sulla capacità educativa e affettiva dei nonni - apodittico come tra un momento si dirà - non giustifica il rifiuto di ascolto della minore, quale soggetto portatore di interessi propri e diversi da quelli dei restanti soggetti coinvolti nel procedimento. IX. - Il secondo motivo è manifestamente infondato. Non sussiste identità tra il presente giudizio e quello di divorzio tra i genitori della piccola M.G., deciso con la sentenza richiamata; cosicché non è dato ai ricorrenti invocare il principio del *ne bis in idem*. X. - Il terzo motivo è fondato. Anche per quanto concerne la

valutazione di inidoneità dei nonni sul piano educativo e affettivo la decisione impugnata elude l'onere motivazionale. Si evince che i ricorrenti avevano dedotto (col reclamo) che nel citato giudizio di divorzio era stata espletata una c.t.u. e che i fatti, posti invece a fondamento del decreto col quale era stata respinta la loro richiesta di incontrare la nipote, erano a essa c.t.u. anteriori. Tali fatti, sempre secondo la tesi dei reclamanti, erano stati finanche smentiti, tanto che la stessa corte d'appello, nella sede divorzile, aveva ritenuto che la minore ben avrebbe potuto incontrare i nonni. La corte d'appello si è limitata ad affermare che la c.t.u. non aveva avuto a oggetto le capacità educative dei nonni, sebbene (e ovviamente) quelle dei genitori; cosicchè essa come la successiva sentenza di divorzio - non poteva valere "a superare l'esigenza di esaminare quelle capacità, fine che il TM intendeva perseguire con la c.t.u. (..) alla quale i reclamanti non hanno inteso sottoporsi". Ebbene, posto che il provvedimento del tribunale per i minorenni si era basato sulla ritenuta mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni, e che l'affermazione era stata censurata mediante riferimento a fatti non considerati, è di tutta evidenza che la motivazione della corte d'appello non consente di comprendere quale ne sia stata di contro - la ragione di condivisione: sulla base cioè di quale concreto elemento sia stata condivisa la valutazione del tribunale in relazione alle incapacità dei nonni, nè in nome di quale elemento sia stata ritenuta la volontà dei medesimi di non sottoporsi a una nuova c.t.u., volta che invece essi avevano dedotto a fondamento del reclamo proprio l'inattualità del giudizio a fronte di quanto emerso dalla consulenza svolta in sede divorzile. XI. - Conseguente che il decreto va cassato in relazione ai motivi primo e terzo, e la causa va rinviata alla medesima corte d'appello de L'Aquila, la quale, in diversa composizione, si uniformerà ai principi esposti e provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità. P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e il terzo motivo di ricorso; rigetta il secondo; cassa la decisione impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte d'appello de L'Aquila. Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 1 luglio 2020. Depositato in Cancelleria il 30 luglio 2020
