

Sez. 1 Civile , Sentenza n. 6319 del 21 Marzo 2011

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -
Dott. FELICETTI Francesco - Consigliere -
Dott. DOGLIOTTI Massimo - rel. Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

D.O. E C.M.M.C. (c.f. omettere le

GENERALITÀ E GLI (omesso)), elettivamente domiciliata in ROMA, altri dati PIAZZA ATTILIO FRIGGERI 13, presso l'avvocato RUO DE OLIVEIRA e CARMO MEIRELLEE MARIA GIOVANNA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato BASCO MARIA GLORIA, giusta procura speciale autenticata dall'Ambasciata Italiana a Lisbona del 25.01.10;

- ricorrente -

contro

L.F. , (C.F. (omesso)), elettivamente domiciliato in ROMA, V.LE GORIZIA 25-C, presso l'avvocato FALINI GIORGIO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato FUSCO GIANFRANCO, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA, PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE;

- intimati -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA depositato il 24/11/2009, n. 695/09 vol.;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/11/2010 dal Consigliere Dott. MASSIMO DOGLIOTTI;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato MARIA GLORIA BASCO che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per il controricorrente, l'Avvocato GIORGIO FALINI che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Libertino Alberto che ha concluso per l'accoglimento del ricorso o, in subordine rimessione alle SS.UU..

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso in data 17/8/2007, L.F. adiva il Tribunale per i minorenni di Bologna, esponendo che dalla convivenza con la cittadina portoghese D.O. e C.M.M.C.

erano nati due figli, F. il (omesso) e M. il (omesso) , e che la madre, recatasi in Portogallo con i figli per un periodo determinato con l'accordo del padre, non aveva fatto più ritorno in Italia; chiedeva, ai sensi dell'art. 317 bis c.c. affidarsi i figli a sè, in via esclusiva, e ordinarne il rientro in Italia. Il L. adiva pure il giudice portoghese con istanza di restituzione in data 16/10/2007, all'Autorità centrale italiana, per ottenere il rimpatrio dei figli, secondo la Convenzione dell'Aja 25/10/1980, sulla sottrazione internazionale dei minori. Successivamente si costituiva, nella presente procedura, la M. , eccependo la carenza di giurisdizione del giudice italiano. Dopo aver assunto vari provvedimenti provvisori, il Tribunale per i Minorenni di Bologna emetteva decreto in data 7-22/5/2009, con il quale dichiarava la M. decaduta dalla potestà, affidava i figli minori in via esclusiva al padre e ne ordinava il rientro in Italia. Con ricorso depositato in data 6/7/2009, la M. impugnava il predetto decreto, chiedendo che la Corte d'Appello - Sezione per i minorenni - di Bologna dichiarasse il difetto di giurisdizione del giudice italiano, e comunque reintegrasse la madre nell'esercizio della potestà, affidasse a lei i figli (o in subordine disponesse affidamento condiviso) e revocasse l'ordine di

rientro.

Si costituiva il L. , chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso per tardività.

La Corte d'Appello di Bologna - Sezione per i minorenni, con decreto 14/11-24/11/2009 dichiarava inammissibile il ricorso per tardività. Ricorre per cassazione ex art. 111 Cost. la M. , sulla base di tre motivi. Resiste, con controricorso, il L. .

Le parti hanno depositato memorie per l'udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, la M. denuncia violazione dell'art. 739 e 325 c.p.c., sostenendo che il provvedimento del Tribunale per i minorenni ha contenuto e natura di sentenza e, come tale, è suscettibile di impugnazione nei termini di cui all'art. 325 c.c.. Con il secondo, lamenta violazione della L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2, anche in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. Con il terzo motivo, ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano in favore del giudice portoghese, lamentando violazione degli artt. 10-12-13 della Convenzione dell'Aja 1980; dell'art. 11 e 8 Reg. CE n. 2201 del 2003.

Vanno esaminati congiuntamente i primi due motivi, strettamente connessi.

Va preliminarmente osservato che il decreto del Tribunale per i minorenni, impugnato davanti alla Corte d'Appello di Bologna, presenta statuizioni distinte, di natura e caratteri differenti, e, come si vedrà, suscettibili di impugnazione in forme e termini diversificati. Quanto alla regolamentazione dell'affidamento ex art. 317 bis c.c., questa Corte ha già avuto modo di precisare (v. al riguardo, Cass. n. 23023 del 2009) che la L. n. 54 del 2006, esprimendo un'evidente scelta di assimilazione della posizione dei figli naturali a quelli nati nel matrimonio, quanto al loro affidamento, precisa che "le disposizioni della presente legge si applicano anche (...) ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati". Dunque sono applicabili, anche in questo settore, le regole introdotte dalla predetta legge per la separazione e il divorzio: potestà esercitata da entrambi i genitori, decisioni di maggior interesse di comune accordo (con intervento diretto del giudice, in caso di contrasto), quelle più minute assunte anche separatamente, privilegio dell'affidamento condiviso rispetto a quello ad uno dei genitori, che comunque può essere disposto, quando il primo appaia contrario all'interesse del minore; assegno per il figlio, in subordine, essendo preminente il principio del mantenimento diretto da parte di ciascun genitore, audizione obbligatoria del minore ultradodicesimo, possibilità di revisione delle condizioni di affidamento, ecc..

Ma le innovazioni introdotte dalla L. n. 54 comportano, oltre agli effetti sostanziali sopraindicati, pure rilevanti problematiche processuali, in quanto forniscono una definitiva autonomia al procedimento di cui all'art. 317 bis c.c., allontanandolo dall'alveo della procedura ex art. 330, 333, 336 c.c. e avvicinandolo, e per certi versi assimilandolo, a quello di separazione e divorzio, con figli minori.

Nè si potrebbe obiettare che si mantiene comunque la competenza funzionale del Tribunale per i minorenni e il rito della camera di consiglio: l'ordinamento prevede, ormai con una certa frequenza, la scelta del rito camerale, in relazione a controversie oggettivamente contenziose, per ragioni di celerità e snellezza, primo tra tutti il giudizio di appello nei procedimenti di separazione e divorzio. Il decreto emesso ai sensi dell'art. 317 bis c.c. ha dunque natura sostanziale di sentenza, presentando il requisito della decisorietà (risolvendo una controversia in atto tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo), e della definitività, con efficacia assimilabile, rebus sic stantibus, a quella del giudicato. Si è ritenuta, in tal senso, la piena ricorribilità per cassazione, nel regime dettato dalla L. n. 54 del 2006, dei provvedimenti emessi dalla Corte di Appello - Sezione per i minorenni, ai sensi dell'art. 317 bis c.c..

Per le medesime ragioni, e con particolare riferimento al carattere contenzioso del procedimento, variamente assimilabile a quello di affidamento dei figli in sede di separazione e divorzio, è da ritenere che, pure nell'ambito delle forme camerale che lo caratterizzano, debbano applicarsi i termini di impugnazione di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c., trattandosi di appello mediante ricorso, e non di reclamo ex art. 739 c.p.c..

Nella specie, dunque, rispetto alla statuizione contenuta nel decreto del Tribunale minorile, emessa ai sensi dell'art. 317 bis c.c. l'impugnazione è stata proposta in termini. Il decreto impugnato va pertanto sul punto cassato. Ritiene invece il Collegio di confermare l'orientamento consolidato di questa Corte, in riferimento ai procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. per i quali, nonostante l'indubbia presenza di caratteri contenziosi (contrasto tra diritti soggettivi) rafforzati ulteriormente dalla L. 149 del 2001, che ha previsto, in tali procedimenti, l'assistenza di un difensore per i genitori e per il minore, appare ancora preminente il profilo di controllo della potestà, nell'interesse dei figli minori, e dunque l'assenza di "decisorietà", e la possibilità di revoca di provvedimenti, anche prescindendo da un mutamento di circostanze, ai sensi

dell'art. 742 c.p.c..

Nella specie, la statuizione di decadenza della potestà doveva essere impugnata con reclamo ex art. 739 c.p.c., entro dieci giorni dalla notificazione, come ritenuto nel provvedimento impugnato. Questo all'ordine di rientro dei minori, non si tratta evidentemente del provvedimento, previsto dalla L. n. 64 del 1994, art. 7, con cui si è data esecuzione alla Convenzione dell'Aja, sulla sottrazione intenzionale del minore, (che deve essere richiesto all'autorità centrale straniera del luogo in cui il minore è stato condotto:

nella specie, il Portogallo), ma di quello previsto dagli artt. 10 e 11, prf. 7 e 8 Reg. CE n. 2201 del 2003: in caso di trasferimento illecito o di mancato rientro, il giudice dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale conserva la competenza giurisdizionale fino a che il minore stesso non abbia acquisito la residenza in un altro Stato membro; nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno del minore, emesso dall'autorità giurisdizionale straniera dello Stato in cui questi è stato illecitamente trasferito sulla base della Convenzione dell'Aja 1980, una successiva decisione che prescriva il ritorno del minore emessa dal giudice competente, ai sensi dei predetti artt. 10 e 11, prf. 7 e 8 del regolamento, è esecutiva, allo scopo di assicurare il ritorno del minore.

Questa Corte ha avuto modo di precisare (Cass. n. 16549 del 2010) che i provvedimenti di cui agli artt. 10 e 11, prf. 7 e 8 del predetto Regolamento, stante la stretta analogia tra il procedimento in detta norma sommariamente descritto e quello regolato dalla L. n. 64 del 1994, art. 7, sono anch'essi ricorribili direttamente per cassazione. Nella specie, dunque, la statuizione relativa all'ordine di rientro del minore doveva essere impugnata direttamente davanti a questa Corte.

Conclusivamente, va accolto il ricorso, limitatamente alla statuizione del Tribunale per i minorenni, emessa ai sensi dell'art. 317 bis c.c. e inerente all'affidamento dei minori e all'eventuale regime di visita del genitore non affidatario, rimanendo assorbito il terzo motivo relativo alla giurisdizione sul punto che potrà ovviamente essere riproposto davanti al giudice del rinvio. Va cassato il decreto impugnato nei termini di cui in motivazione, con rinvio alla Corte d'Appello di Bologna, Sezione per i minorenni, in diversa composizione.

È evidente che, ferma la decadenza dalla potestà della madre, la regolamentazione dell'affidamento ai sensi dell'art. 317 bis c.c. troverà spazi limitati, ma il giudice potrà essere investito della questione di giurisdizione, e, se del caso, disciplinare il regime di visita del genitore non affidatario. La Corte di merito pure si pronuncerà sulle spese del presente giudizio di legittimità. P.Q.M.

La Corte accoglie nei termini di cui in motivazione il ricorso; cassa il provvedimento impugnato in relazione alla censura accolta e rinvia alla Corte d'Appello di Bologna, in diversa composizione, che si pronuncerà pure sulle spese del presente giudizio di legittimità. In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, in quanto imposto dalla legge. Così deciso in Roma, il 18 novembre 2010.

Depositato in Cancelleria il 21 marzo 2011
