

Sentenza 23 ottobre 1986 n. 6220 Sez. Unite

Ente Giudicante: Cassazione Civile

Prima Voce: POTESTA' DEI GENITORI

Seconda Voce:

Presidente: Pres. Zucconi Galli Fonseca, Est. R. Sgroi, P.M. Caristo (concl. diff.);

Parti in causa: Scoppelliti (Avv. Morganti, De Benedetti) - Kemmane (Avv. Mattina, Guidetti Serra), Regione autonoma della Valle d'Aosta (Avv. dello Stato Palmeri Sandulli).

Motivi della decisione. - Il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite per comporre il contrasto di giurisprudenza in ordine alla ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111, 2° comma, Cost., dei provvedimenti, quali quello impugnato dallo Scoppelliti, il quale contiene un duplice dispositivo; 1) l'esclusione dell'esercizio della potestà sul figlio minore di entrambi i genitori naturali, ai sensi dell'art. 317 bis c.c.; 2) l'affidamento del minore alla regione autonoma della Valle d'Aosta e, in concreto, ai coniugi fino a quando i coniugi stessi si riveleranno disponibili ed idonei e fino a quando la situazione apparirà conveniente per il minore.

Sia nel richiamo della giurisprudenza nell'ambito della quale si è delineato il contrasto, sia nella formulazione dei principî che si devono affermare, si devono prendere in esame le connessioni fra i due aspetti del provvedimento, perché il secondo concreta un affidamento ai sensi dell'art. 4 l. 4 maggio 1983 n. 184 e cioè di una norma che dispone l'applicazione degli art. 330 ss. c.c., mentre l'art. 5 della stessa legge recita: «l'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione ed istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli art. 330 e 333 c.c.», ribadendo il coordinamento fra la legge speciale ed il codice; l'art. 317 bis, ultimo comma, conserva invece alcuni poteri di vigilanza al genitore che non esercita la potestà.

L'omesso richiamo dell'art. 317 bis sembra dipendere da un difetto di coordinamento, più che da una voluta esclusione, perché niente impedisce razionalmente un'interpretazione estensiva della legge del 1983, nel senso che può sussistere una correlazione fra i provvedimenti disposti ai sensi dell'art. 317 bis c.c. (soprattutto quando coinvolgono entrambi i genitori naturali, ma non solo in tal caso) e l'affidamento del minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo (art. 2 l. n. 184), entrambi essendo diretti a sanare situazioni di

crisi interessanti il minore.

L'art. 317 bis succede all'art. 260 del testo originario del codice, che richiama le norme del titolo IX sulla patria potestà.

Nel nuovo sistema di inserimento diretto della disciplina della potestà sui figli naturali nel titolo IX, a maggior ragione non può considerarsi la nuova norma dell'art. 317 bis separatamente dal sistema generale del controllo giudiziario sulla potestà dei genitori, fissato dagli art. 330 ss. Invero, per i figli naturali il controllo è più penetrante, perché le misure che possono essere adottate, in via preventiva e non soltanto repressiva, possono configurarsi in modo più articolato e graduato rispetto alla decadenza ex art. 330 ed ai provvedimenti «innominati» di cui all'art. 333, fino a giungere - come nel presente caso - all'esclusione dell'esercizio della potestà nei riguardi di entrambi i genitori; misura però che si differenzia dalla decadenza, perché il genitore può conservare i poteri di cui all'ultimo comma, già rammentati. D'altra parte, i provvedimenti ex art. 333 non sempre escludono l'esercizio della potestà, ma possono limitarsi a dare disposizioni puntualmente vincolanti per il suo esercizio.

Si potrebbe porre il problema procedurale dell'applicabilità del 2° comma, secondo periodo, dell'art. 336 e cioè dell'obbligo di sentire il genitore quando il provvedimento è richiesto contro di lui (anche perché nell'ambito dell'art. 317 bis il tribunale provvede d'ufficio) posto che l'art. 336 richiama i provvedimenti indicati negli articoli precedenti, espressione che produce qualche difficoltà letterale (ma non logico-sistemica) per la sua estensione al provvedimento reso ai sensi dell'art. 317 bis. Ma non si può negare né l'esistenza di tale obbligo, né il potere del genitore interessato di chiedere la revoca di deliberazioni anteriori nei suoi confronti ai sensi del 1° comma dell'art. 336, quanto meno in via di interpretazione estensiva.

Concludendo, questo primo sommario approccio consiglia di esaminare congiuntamente non solo tutte e tre le ipotesi normative del codice, ma anche i provvedimenti (di regola coordinati con quelli sulla potestà) concernenti l'affidamento del minore ad altra famiglia o ad un'istituzione ex lege n. 184. Sotto l'aspetto che deve essere esaminato pregiudizialmente (quello dell'ammissibilità oggettiva del ricorso) si nota che l'indirizzo giurisprudenziale, seguito dalla dottrina prevalente (nella quale opinioni diverse sono state sostenute proprio a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 184) era nel senso che i provvedimenti sulla potestà dei genitori - regolati dalle norme sui procedimenti in camera di consiglio ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c. - non avessero neppure la sostanza (oltre che la forma) di sentenze e quindi non potessero essere oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost.

Cass. 15 aprile 1961, n. 826, ha negato la ricorribilità per cassazione dei decreti emessi dalla corte d'appello (a seguito di reclamo) in ordine all'esercizio della patria potestà sui figli naturali, in quanto possono essere in ogni tempo modificati o revocati. In senso conforme hanno statuito Cass. 16 luglio 1963, n. 1947; 20 ottobre 1965, n. 2158, in materia di affidamento di minori; 19 agosto 1969, n. 3009, in materia di patria potestà; Cass. 21 ottobre 1965, n. 2177, che però ha ritenuto ammissibile il ricorso se il giudice ha pronunciato sulla competenza, perché su tale punto il provvedimento ha natura di sentenza,

secondo un orientamento successivamente confermato e che non è oggetto di esame in questa sede.

In tempi più recenti, l'indirizzo favorevole alla non ricorribilità per cassazione è stato confermato da Cass. 16 gennaio 1975, n. 167; sez. un. 20 ottobre 1975, n. 3402, in materia di revoca di affidamento fiduciario di un minore, già dichiarato in stato di adottabilità, nei confronti di una coppia di coniugi ai quali era stato affidato ai sensi dell'art. 404 c.c. (abrogato dalla l. n. 184); Cass. 19 gennaio 1979, n. 399, per un provvedimento ai sensi dell'art. 333 c.c. (fatta salva l'impugnabilità per cassazione nel caso in cui detto provvedimento abbia inciso sullo status del minore e sui conflitti ad esso relativi); Cass. 28 aprile 1982, n. 2643, in sede di fissazione delle modalità di esercizio della potestà dei genitori, senza la risoluzione di contestazioni fra contrapposti diritti soggettivi; Cass. 20 aprile 1982, n. 2444, sull'affidamento di un minore, sotto il profilo della regolamentazione dell'esercizio della potestà dei genitori; Cass. 21 febbraio 1983, n. 1306, sulla medesima materia; Cass. n. 2130 del 1976, in materia di decadenza della potestà ex art. 330 c.c.; Cass. 24 marzo 1982, n. 1857, per un provvedimento relativo ad un'istanza diretta a conseguire, a carico del coniuge affidatario del figlio minore, l'osservanza delle disposizioni dettate dal giudice della separazione personale; Cass. 22 gennaio 1983, n. 618, in materia di affidamento di un figlio minore naturale, con un provvedimento che si limiti a regolare l'esercizio della potestà dei genitori nell'interesse del minore e senza incidere definitivamente sui diritti soggettivi; Cass. 9 dicembre 1985, n. 6223. Sulla medesima materia, Cass. 2 dicembre 1985, n. 6021, sull'affidamento ex art. 10 l. n. 184.

Il diverso orientamento affermativo della ricorribilità per cassazione è rappresentato dalle seguenti sentenze: Cass. 17 ottobre 1980, n. 5594 ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto (emesso a seguito di reclamo) con cui si era confermata la revoca dell'affidamento ad una coppia di coniugi, ai sensi degli art. 333 e 336 c.c., in quanto risolutivo di una controversia su diritti soggettivi, identificati da un lato nel diritto del minore all'assistenza dovutagli e dall'altro nei diritti degli affidatari, analoghi a quelli dei genitori esercitanti la potestà; Cass. 24 febbraio 1981, n. 1115 ha ritenuto esperibile un ricorso contro un provvedimento che decida ai sensi degli art. 333 e 336 c.c. sul conflitto fra nonno e genitore in ordine alla facoltà di quest'ultimo di escludere contatti fra il figlio e l'avo, in quanto incida in via definitiva su posizioni di diritto soggettivo in conflitto e non abbia portata meramente ordinatoria o amministrativa; Cass. 16 giugno 1983, n. 4128, in materia di affidamento del figlio minore ex art. 333 c.c., configurato come un momento essenziale al fine dell'esercizio della potestà dei genitori nei suoi aspetti più incisivi; Cass. 27 marzo 1985, n. 2151, in materia di affidamento temporaneo ai sensi della l. n. 184, in quanto incidente su posizioni di diritto soggettivo degli affidatari; Cass. 7 novembre 1985, n. 5408, in materia di decadenza della patria potestà ai sensi dell'art. 330.

Una posizione peculiare è quella della sentenza delle sez. un. 9 maggio 1983, n. 3149, emessa su un ricorso ai sensi dell'art. 111, 2° comma, Cost. avverso un decreto emanato ai sensi dell'art. 333 c.c., che ha ritenuto ammissibile il ricorso

sulla questione di giurisdizione, proposto da una p.a., anche quando il giudice, in violazione dell'art. 112 c.p.c., abbia ommesso di pronunciarsi sull'eccezione di difetto di giurisdizione dell'a.g.o. sollevata dalla p.a. La sentenza ha motivato richiamando l'analoga giurisprudenza in tema di impugnabilità in Cassazione dei decreti di volontaria giurisdizione che risolvono questioni di competenza; nonché l'interesse della p.a. a difendere la propria sfera di azione dall'ingerenza dell'a.g.o., prima ancora che ad ottenere un provvedimento avente un certo contenuto nel merito.

Il collegio ritiene che il suddetto precedente non sia risolutivo ai fini della presente decisione. Il richiamo all'affermazione della proponibilità di un ricorso per cassazione per «motivi attinenti alla giurisdizione» (art. 360, n. 1, c.p.c.), oltre che alla «violazione delle norme sulla competenza» (art. 360, n. 2) dovrebbe aprire la strada all'estensione agli altri motivi, perché è stato già affermato che non esiste differenza fra il ricorso ai sensi dell'art. 111, 2° comma, Cost. e quello ai sensi dell'art. 360 c.p.c., per quanto attiene ai motivi proponibili. Si osserva però, in contrario, che in forza della limitazione contenuta nel n. 2 dell'art. 360 («quando non è prescritto il regolamento di competenza»), se la pronuncia sul merito non è impugnabile, la parte che voglia impugnare la sola pronuncia sulla competenza non può proporre il ricorso ordinario, ma il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 43 c.p.c..

Sul secondo punto, la ratio decidendi della sentenza delle sez. un. n. 3194 del 1983 consiste nel rilievo che si trattava di un provvedimento decisorio esorbitante dall'ambito ristretto della volontaria giurisdizione, contro il quale non era esperibile altro rimedio all'infuori dell'impugnazione a norma dell'art. 111, 2° comma, Cost.

Sembra adottata la configurazione del provvedimento abnorme o radicalmente nullo che è stata rifiutata da sentenze più recenti, che ammettono in tal caso soltanto la querela di nullità, partendo proprio dalla negazione dell'attitudine del provvedimento ad acquistare la forza della cosa giudicata.

Pertanto, la richiamata pronuncia delle sezioni unite non è risolutiva, perché non affronta il problema sotto il profilo qui rilevante, e cioè a proposito di un ricorso che deduce la violazione di norme di legge sostanziali (art. 1 e 2 l. 4 maggio 1983 n. 184; art. 317 bis e 333 c.c.) e processuali (violazione dell'efficacia di un provvedimento penale nel processo civile).

Ad avviso del collegio il problema deve risolversi verificando se nei provvedimenti appartenenti al tipo di quello impugnato (emessi in secondo grado) sussistono le condizioni della impugnabilità per cassazione fissate dalla giurisprudenza successiva alla nota sentenza n. 2593 del 1953, fondata sull'orientamento «sostanzialista» della nozione di sentenza a cui è riferibile l'art. 111 Cost. Dette condizioni consistono nella decisorietà, intesa come risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o status, e nella definitività, intesa come mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare con l'efficacia propria del giudicato quei diritti e quegli status.

Le due condizioni devono coesistere, in quanto è irrilevante la decisorietà se il provvedimento è sempre modificabile e revocabile tanto per una nuova e diversa valutazione delle circostanze precedenti, quanto per il sopravvenire di

nuove circostanze, nonché per motivi di legittimità (art. 742 c.p.c.). In questi casi il provvedimento non contiene una statuizione definitiva ed un pregiudizio irreparabile ai diritti che vi sono coinvolti.

Pur essendo necessaria la prima condizione attinente al contenuto (per esempio: una modifica del diritto o dello status), detto contenuto deve essere anche espressione di un potere giurisdizionale esercitato con carattere vincolante rispetto all'oggetto della pronuncia, in modo da garantirne l'immodificabilità da parte del giudice che lo ha pronunciato e l'efficacia di giudicato ex art. 2909 c.c.

L'inidoneità al giudicato come conseguenza della modificabilità e revocabilità in ogni tempo non deve essere confusa con i giudicati rebus sic stantibus (per esempio, in tema di mantenimento ed anche di relazioni personali fra i coniugi e con la prole, ai sensi dell'art. 710 c.p.c.) perché in questi casi non rilevano le circostanze preesistenti e già valutate nel provvedimento passato in giudicato. Il problema non sorge, per esempio, per i casi regolati dall'art. 710 c.p.c., che rinvia alle forme del processo ordinario; ma sorge a proposito dei procedimenti in camera di consiglio, regolati con le forme degli art. 737 ss. perché, dovrebbe applicarsi in via di principio l'intera normativa, e quindi anche gli art. 739, ultimo comma, e 742, con conseguente esclusione dell'art. 111, 2° comma, Cost. A prima vista, l'esclusione degli art. 739, ultimo comma, e 742 (e la conseguente applicazione dell'art. 111 Cost.) è ancorata ad un criterio incerto e non risolutivo (l'incidenza su diritti soggettivi o status) sia perché l'esperienza giurisprudenziale dimostra la varietà di soluzioni adottate per il medesimo caso, sia perché sarebbe una pura e semplice petizione di principio ritenere il provvedimento suscettibile di conseguire l'efficacia di giudicato in base agli indici relativi alla sua decisorietà su diritti soggettivi o status. E' da ritenere pertanto che si debbano utilizzare degli indici più puntuali, tratti dalla concreta regolamentazione della singola materia, per quel che concerne i principî fondamentali del processo contenzioso (domanda, contraddittorio e difesa, immutabilità del provvedimento sotto forma di preclusioni). Dove i suddetti indici esistono, l'opzione verso la «sostanza» contenziosa, pur nella «forma volontaria» ha un alto grado di attendibilità. Dove non esistono, quell'opzione appare contrastante con la scelta del legislatore (salvo il controllo di costituzionalità, se ne sia il caso, e cioè se vi sia contrasto fra alcuni di quegli indici e la qualificazione del provvedimento finale). Il collegio ritiene che, nei casi che si stanno esaminando, quegli indici non sussistono.

A) Il primo è costituito dall'esistenza di una controversia o conflitto in ordine a diritti soggettivi o status: requisito non sufficiente, ma tuttavia necessario, in quanto se si è in presenza di situazioni di interesse che la legge non ritiene di affidare all'autonomia privata, ma sottopone al controllo giudiziario mediante interventi incidenti sulla attribuzione, esercizio e conformazione delle posizioni soggettive coinvolte nella cura o gestione di tale interesse (che assume posizione preminente), l'indagine si può fermare perché è evidente che in tali casi quegli interventi del giudice non costituiscono esercizio di giurisdizione contenziosa.

E' questa la posizione assunta dalla più antica giurisprudenza citata (per

esempio da Cass. n. 826 del 1961, che tuttavia ha aggiunto che la conferma del carattere non decisorio del provvedimento di esclusione del padre naturale dall'esercizio della potestà è data dall'applicabilità dell'art. 742 c.p.c.) la quale affermava che l'interesse del minore coincide con il preminente e generale interesse familiare che prevale su quello dei singoli, di modo che ogni decisione in ordine all'esercizio della patria potestà (ora: della potestà dei genitori) è affidata al potere discrezionale del giudice di merito, il cui provvedimento, ispirato a criteri di convenienza ed equità, ha carattere contingente ed amministrativo, non già decisorio.

La suddetta impostazione non può essere seguita, con riguardo alla nuova legislazione, non tanto perché l'interesse del figlio risulta posto in risalto dalla legge (v. art. 316, ultimo periodo; art. 317 bis che recita: «nell'esclusivo interesse del figlio»), quanto perché la ricostruzione di tutto il sistema, in aderenza alle nuove concezioni sociali e legislative inerenti all'assetto dei rapporti familiari, è basata sul principio secondo cui la potestà genitoriale non è diretta a soddisfare un interesse di chi la esercita, né quello superiore della famiglia, ma trova fondamento esclusivamente nell'interesse del minore, che è di carattere individuale ed è posto a fondamento di diritti garantiti dall'art. 30 Cost. che trovano anche un'affermazione nell'art. 1 l. n. 184 del 1983, con la dichiarazione di principio con cui si apre la normativa.

Ma proprio tale impostazione nuova induce ad una riflessione che mette in forse il carattere decisorio dei provvedimenti che si stanno esaminando, che hanno per oggetto il controllo giudiziario dell'ufficio di diritto privato (potestà dei genitori), affinché esso sia esercitato con correttezza, diligenza e nel rispetto degli specifici obblighi di comportamento del genitore, a tutela di una situazione giuridica soggettiva sostanziale di cui è titolare direttamente il minore. E' vero, infatti, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza che ha ammesso il ricorso, per esempio da Cass. n. 5408 del 1985, che il provvedimento si converte necessariamente in una negazione di un diritto in capo ad un soggetto e nella correlativa incisione sullo status del figlio. Anzi, si dovrebbe estendere questo rilievo ad altre ipotesi (come quella regolata dall'art. 317 bis) nelle quali il provvedimento riguarda il mero esercizio della potestà, perché anche l'incisione sull'esercizio di un diritto (sia pure strumentale rispetto ad un dovere e quindi configurabile come ufficio o potere di diritto privato) può profilarsi come espressione di poteri giurisdizionali decisorii e non meramente di cura amministrativa e gestione di interessi. In altri termini, non dovrebbe confondersi la ragione giustificatrice della normativa (la cura dell'interesse esclusivo del minore) con le situazioni giuridiche coinvolte ed incise dal provvedimento. Ma le osservazioni fatte appaiono essenziali al fine di qualificare non decisorio il provvedimento. L'esistenza del conflitto, nel senso di controversia, o lite fra più soggetti in ordine ad un diritto o ad un rapporto giuridico o ad uno status dovrebbe coinvolgere tutte le parti interessate, in contraddittorio fra di loro. Tale requisito manca nei casi in esame, come subito si dirà.

B) Invero, perché il procedimento che si svolge nelle forme di cui agli art. 737 ss. c.p.c. (o di altre norme che ad esse si richiamano, con qualche variante, come quelle in esame, stante la norma di rinvio di cui all'art. 38 disp. att., doppiamente

novellato dalle leggi del 1975 e del 1983) possa qualificarsi contenzioso, occorre che sia assicurato, in forme anche eventuali rimesse all'iniziativa della parte, il diritto di azione e di difesa ed il contraddittorio. La negazione di tali diritti può essere considerata in una duplice direzione: o come sospetto di incostituzionalità di una disciplina che - pur conducendo al giudicato e quindi al pregiudizio definitivo ed irreparabile delle posizioni soggettive delle parti - non assicura quelle garanzie; o come presa d'atto di una scelta legislativa che, da un canto, esclude il giudicato e quindi il pregiudizio irreparabile prevedendo il rimedio alternativo della modificabilità e revocabilità e, dall'altro lato, esclude l'incostituzionalità.

La scelta del legislatore deve essere controllabile sulla scorta di dati obiettivi, che comprendono sia la certezza di una volontà della legge in tal senso, sia la giustificazione di essa in correlazione con la più adeguata tutela degli interessi coinvolti. Il pregiudizio dei diritti delle parti derivante dal giudicato si giustifica perché esse hanno avuto tutte le possibilità di tutelare tali diritti in giudizio ed occorre fissare un momento di stabilità irrevocabile dell'accertamento giurisdizionale. Correlativamente, dove tale esigenza di stabilità ed irrevocabilità potrebbe entrare in conflitto con la cura di interessi che non possono essere cristallizzati in una pronuncia avente il crisma della «verità» immodificabile, i principî della domanda, della difesa e del contraddittorio non appaiono essenziali, in presenza dell'alternativo rimedio posto dall'art. 742 c.p.c.

Un indice della scelta del legislatore nella materia che si sta esaminando consiste nella risposta al quesito che dovrebbe porsi chi sostiene la tesi della suscettibilità di pervenire al giudicato (e, quindi, della ricorribilità per cassazione: per tale corretta impostazione, che travalica l'aspetto della decisione su diritti, di per sé insufficiente, v. in particolare Cass. n. 5408 del 1985). Il quesito riguarda il contraddittorio sulla lite - che si assume esistente - sul diritto del genitore. Non può non indicarsi un contraddittore, rispetto a tale lite, ma l'elencazione dell'altro genitore, del parente e del p.m. appare insufficiente, perché manca proprio il soggetto il cui interesse è quello «esclusivamente» protetto, e cioè il figlio minore. La dottrina e la giurisprudenza hanno dato giustificazione della mancanza di contraddittorio con costui (ovviamente rappresentato da un curatore speciale, dato il conflitto d'interessi) per l'opportunità di non contrapporre il figlio al genitore. Ma la presa d'atto di tale giustificazione non elimina la mancanza del contraddittorio, sotto tale profilo, e prova un orientamento della legge verso la natura non contenziosa del procedimento.

C) Un altro indice decisivo nel senso suddetto si ritrova nell'espressa previsione della revocabilità del provvedimento (art. 333, 2° comma, ed art. 336, 1° comma, c.c.). Non si ritiene di poter seguire la motivazione con la quale Cass. n. 5408 del 1985 ha risolto la difficoltà derivante da tale normativa, sostenendo che essa riguarda soltanto le ipotesi dell'art. 333 e non quelle dell'art. 330, alla quale si applicherebbe soltanto l'art. 332, che prevede una reintegrazione con effetto ex nunc e soltanto in presenza di un mutamento di situazione rispetto a quella considerata nel provvedimento di decadenza; e quindi non esclude il giudicato rebus sic stantibus della precedente statuizione.

Si osserva, in contrario, che l'art. 336, 1° comma (senza dubbio applicabile

anche al provvedimento ex art. 330) regola la presentazione della domanda sulla base della quale il procedimento è iniziato, anche per l'ipotesi che si tratti di revocare deliberazioni anteriori. Non è possibile sostenere che, con riguardo all'art. 330, la revoca possa essere prevista soltanto per il mutamento di circostanze, perché anche l'art. 742 c.p.c. parla espressamente di revoca senza indicare i motivi di essa; ma la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono giustamente che oltre che per motivi di legittimità, il riesame nel merito è giustificato sia da una richiesta di nuova valutazione di ragioni e situazioni di fatto già esaminate; sia dalla sottoposizione all'esame del giudice che ha provveduto di circostanze preesistenti, ma ignorate, ovvero risultanti da prove poi inficiate; sia da circostanze e motivi sopravvenuti. Se così non fosse, ammettendo la revoca soltanto per motivi sopravvenuti, non si differenzerebbe il regime di stabilità del provvedimento camerale da quello della sentenza resa con la clausola *rebus sic stantibus*.

L'art. 742 invece vuol sancire il principio che l'organo che ha emanato il provvedimento può andare in contrario avviso e provvedere nuovamente sul suo oggetto - secondo ciò che ritenga conforme a diritto e ad opportunità - senza essere vincolato dal provvedimento precedentemente pronunciato ed a prescindere dalla scadenza dei termini per il reclamo, che serve soltanto ad esaurire l'iter processuale di «quel» procedimento, restando intatta la possibilità della revoca o modifica per qualunque motivo.

Un'interpretazione restrittiva dell'art. 336, in relazione all'art. 330 c.c., non può essere giustificata neppure dalla presenza dell'art. 332, che prevede un'ipotesi particolare di cessazione *ex nunc* del precedente provvedimento, ma non esclude la sua generale revocabilità, ai sensi dell'art. 336.

E' vero che, fino alla revoca, i provvedimenti hanno una certa stabilità, ma non si tratta della stabilità del giudicato. Questa è ritenuta dalla legge incongrua, con riguardo agli interessi tutelati, che esigono un continuo ed attento adeguamento del provvedimento alla realtà mutevole del minore (si pensi, per esempio, alla crescita di età ed ai problemi infiniti che già soltanto essa pone, in ordine alle esigenze di allevamento e di educazione), senza che si possa distinguere fra fatti già valutati e fatti sopravvenuti, perché la realtà della persona del minore è basata su un continuum di esperienze, dove il passato si salda al presente, nella prospettiva della futura maturazione (non per niente si parla di «età evolutiva»), per cui la valutazione deve essere complessiva e non soggetta allo sbarramento formale del giudicato.

D) Una riprova del risultato raggiunto, che non può non comprendere tanto i provvedimenti ex art. 330 che quelli ex art. 333 (e quindi anche quelli previsti dall'art. 317 bis, che si pongono ad un livello intermedio fra gli altri due sono improntati alla medesima ratio, come già si è sottolineato all'inizio della presente motivazione) è data dal rilievo che un procedimento iniziato, per esempio, per la dichiarazione di decadenza, può portare ad un provvedimento meno grave, ex art. 333 c.c. Il problema del controllo della correttezza giuridica di esso potrebbe essere sollevato da chi ha diritto al reclamo (e quindi, secondo la tesi qui respinta, al ricorso per cassazione). Nei riguardi del provvedimento preso ex art. 333 si deve prendere atto dell'ostacolo testuale al ricorso, derivante dalla

revocabilità ex art. 333, 2° comma, ma l'ostacolo vale anche nel caso opposto, cioè in quello di un ricorso contro un provvedimento di decadenza rivolto ad ottenere una misura meno grave (che dovrebbe essere pronunciata dal giudice di rinvio, a seguito della cassazione del primo provvedimento). Il risultato sarebbe veramente singolare: la cassazione dovrebbe servire a sostituire ad un provvedimento - impugnabile con tale mezzo - un provvedimento che non lo è, con grave violazione dei principî secondo cui è ammesso il ricorso per cassazione contro la sentenza pronunciata dal giudice di rinvio.

La disarmonia sopra rilevata si elimina ritenendo non che l'impugnabilità dipenda dal concreto contenuto del provvedimento (infatti, a questa tesi si deve opporre che tale contenuto può variare a seguito dell'impugnazione, la cui aspirazione consiste appunto nel mutamento del provvedimento impugnato); ma affermando invece che in nessun caso è ammesso il ricorso per cassazione, perché in tutti i casi è sancita la modificabilità o revocabilità - anche per una nuova valutazione di fatti anteriori - che contraddice con quella possibilità di formare il giudicato sostanziale che è elemento essenziale per la ricorribilità ex art. 111, 2° comma, Cost.

Un analogo tipo di critiche deve essere mosso a quella tesi secondo la quale il ricorso per cassazione sarebbe ammissibile soltanto quando il conflitto si risolve decidendo una questione di puro diritto, che esclude che al decreto possa attribuirsi una portata meramente ordinatoria ed amministrativa (Cass. n. 1115 del 1981, cit.). Infatti, non si può condizionare la qualifica del provvedimento al tipo di motivo sollevato con il ricorso, perché la qualifica è un dato anteriore che condiziona l'ammissibilità del ricorso; e, d'altra parte, se questo fosse ammissibile, anche la valutazione di merito potrebbe essere controllata, nei limiti di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

La preoccupazione insita nell'indirizzo da ultimo ricordato (permettere alla Corte di cassazione l'esercizio delle funzioni di nomofilachia e di garanzia dell'uniformità della giurisprudenza in una materia così delicata) non sono state ignorate dalla dottrina, che ha ricordato come la pronuncia che statuisce su diritti configura il provvedimento per il quale è istituito quel tipo di impugnazione; ma si può osservare che i provvedimenti di cui si tratta sono anche suscettibili di un'actio nullitatis in sede contenziosa, appunto perché non suscettibili di giudicato.

E) Concludendo, queste sezioni unite ritengono di confermare il più antico e prevalente indirizzo, perché la legge espressamente sancisce, nella *sedes materiae*, il principio della revocabilità che è proprio dei provvedimenti c.d. di volontaria giurisdizione; perché tale principio pone un ostacolo testuale insuperabile all'esperibilità del ricorso per cassazione; perché non ha rilievo la circostanza dell'incisione del provvedimento su status, diritti soggettivi e poteri-funzionali, in quanto la statuizione (anche di carattere costitutivo) sugli stessi non è atta a pregiudicare in modo definitivo ed irrimediabile le parti, che possono utilizzare lo strumento della modifica e della revoca, senza essere vincolate da alcun giudicato; perché questa scelta è in armonia con la struttura non contenziosa del procedimento, il quale non assicura completamente il contraddittorio; perché si tratta di scelta confacente agli interessi tutelati che, pur

facendo capo in modo esclusivo al minore, non tanto devono essere accertati e modificati con efficacia di giudicato, quanto controllati e governati di fronte all'incessante mutamento delle condizioni di fatto e dei problemi esistenziali che esigono una pronta e duttile risposta. L'inammissibilità del ricorso deve affermarsi con riguardo: a) ai provvedimenti contenenti disposizioni «diverse» rispetto alla previsione di legge e di esclusione dall'esercizio della potestà dei genitori sui figli naturali, ai sensi dell'art. 317 bis c.c.; b) alla pronuncia di decadenza della potestà sui figli ai sensi dell'art. 330 (ed a quella di reintegrazione ai sensi dell'art. 332 c.c.); c) ai provvedimenti previsti dall'art. 333 c.c. Non è oggetto di specifico esame in questa sede alcun altro tipo di provvedimento, anche se coinvolgente l'esercizio della patria potestà e/o l'affidamento dei minori (per esempio, nell'ambito delle pronunce sulla separazione personale e sul divorzio), tranne che il provvedimento di affidamento c.d. giudiziario previsto dal 2° comma dell'art. 4 l. n. 184 del 1983: «ove manchi l'assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore provvede il tribunale per i minorenni. Si applicano gli art. 330 ss. c.c.».

Si possono ripetere, anche a proposito di tale provvedimento, le considerazioni già fatte per escluderne l'idoneità al giudicato sostanziale e quindi la ricorribilità per cassazione, a prescindere dalla questione se esso tuteli il diritto del minore sancito dall'art. 1 della legge e se crea posizioni di potere degli affidatari.

Invero, il richiamo agli art. 330 ss. (che deve estendersi, per le considerazioni già fatte, anche all'art. 317 bis c.c.) non è puramente di stile, dal momento che i due provvedimenti sono correlati: il minore affidato ad altri che esercitano funzioni vicarie dei genitori è soggetto di riferimento dei poteri-doveri indicati dall'art. 5 della legge 184. Correlativamente, il minore sottratto all'esercizio della potestà di entrambi i genitori (se non trova ricetto in un adeguato ambiente della «propria» famiglia) deve essere affidato ai sensi dell'art. 2 l. n. 184, pur essendo l'affidamento una misura che può prescindere dai provvedimenti ex art. 330-333 (e 317 bis, secondo l'interpretazione già data), come risulta dall'art. 5.

Non si può ammettere un diverso regime di impugnabilità del provvedimento su questo punto, rispetto a quello che riguarda la potestà dei genitori. Ed infatti: A) il provvedimento è adottato, di ufficio, senza un vero contraddittorio, salvo - eventualmente e contestualmente - quello imperfetto già descritto ai sensi degli art. 330 ss. c.c.; B) il provvedimento è revocabile sia per motivi sopravvenuti («quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia di origine») sia per motivi preesistenti. Invero, nella formula «ovvero nel caso in cui la prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore» non possono non rientrare anche i casi nei quali, alla luce dell'esperienza nella famiglia affidataria, risulti che le condizioni preesistenti del minore - che avevano consigliato il provvedimento - devono riconsiderarsi in diverso modo. D'altra parte, non è possibile pensare che il tribunale sia vincolato alla propria precedente decisione, anche se si convince dell'errore commesso, sia nella scelta degli affidatari, sia addirittura nella valutazione delle premesse dell'affidamento ai sensi dell'art. 2. Anche in questi casi, a parte l'applicabilità degli art. 737 ss. (art. 742 bis) vi sono indici ulteriori specifici di una scelta nel senso della mancanza di definitività del provvedimento, che non è inteso ad accertare o costituire diritti, ma a governare

interessi che non possono essere lasciati all'autonomia privata (l'interesse del minore al mantenimento, all'istruzione, all'educazione in un ambiente idoneo). La materia è in re ipsa estranea alla risoluzione di conflitti giuridici su diritti contrapposti, contestati o insoddisfatti, e quindi estranea alla giurisdizione contenziosa.

Il ricorso dello Scoppelliti deve, quindi, essere dichiarato inammissibile.