



**Esercizio della potestà genitoriale. L'art. 317 bis, comma 2 c.c., tacitamente abrogato dalla L. 54/2006.
Cassazione, Sez. 1, 10 maggio 2011, n. 10265.**

A cura dell'Avv. Anna Lucia Celentano

La Suprema Corte con questa sentenza si è pronunciata sugli effetti delle disposizioni in materia di affidamento condiviso relativamente alla disciplina dell'esercizio della potestà genitoriale sui figli naturali. In particolare, la Cassazione si è espressa ritenendo che l'art. 317 bis, comma 2, c.c. sia stato tacitamente abrogato dalla L. 54/2006.

Rileva che "i cardini del nuovo assetto normativo (L. 54/2006) vanno individuati nella maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia." La valorizzazione della posizione dei minori si esprime non solo nella richiamata affermazione della bigenitorialità, ma anche nell'attribuzione del godimento della casa familiare, nella previsione del preventivo ascolto del minore, e, per quanto qui maggiormente interessa, nella disciplina della potestà dei genitori.

Si è sottolineata l'esigenza di una disciplina sostanzialmente omogenea fra figli legittimi e naturali, che induce ad attribuire un ampio significato, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata, all'art. 4, comma 2, della l. n. 54 del 2006.

Con l'espressione "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", il legislatore ha inteso disciplinare tutti i rapporti fra genitori e figli naturali, senza alcuna limitazione - in relazione a una materia nella quale, giova ancora una volta ribadirlo, l'intervento del giudice non presenta i caratteri di imprescindibilità rinvenibili nella regolamentazione della crisi delle coppie coniugate (Cass., 20 aprile 1991, n. 4273) -, alle ipotesi caratterizzate da controversie in atto. Di certo non può e non deve escludersi un intervento giudiziale, sia in caso di disaccordo, sia per dettare, nell'interesse esclusivo del minore, una disciplina difforme rispetto alle previsioni di cui all'art. 155, c. 3, c.p.c.."

.... Omissis....

Svolgimento del processo

I - Con ricorso del 5 giugno 2008, premesso di essere coniugato dal con; che da una breve relazione di costei con tale .. era nata, il ...,; che, mentre il padre naturale aveva manifestato, ancor prima della nascita, disinteresse per la minore, l'..., marito e convivente della madre, aveva sostanzialmente svolto le funzioni di padre della predetta, assistendola moralmente e materialmente, chiedeva che il Tribunale per i minorenni di Roma pronunciasse l'adozione da parte del ricorrente di, ai sensi dell'art. 44, lett. b) , della l. n. 184 del 1983.

Il ..., ritualmente costituitosi, si opponeva all'accoglimento del ricorso, asserendo che, essendosi i suoi rapporti con la interrotti, già nel corso della gravidanza, a causa della scelta della stessa di riprendere la convivenza con il coniuge, la madre aveva frapposto degli ostacoli ai suoi incontri con la minore, tanto da indurlo ad adire il Tribunale per i minorenni di Salerno per l'esercizio del diritto di visita: nell'ambito di tale procedimento era stata per altro espletata consulenza tecnica d'ufficio dalla quale sarebbe emerso un accertamento positivo delle sue capacità genitoriali. Per questi motivi, nonché per l'esplicito diniego del proprio consenso, il ricorso doveva essere rigettato.

Con sentenza del 12/18 maggio 2009 il Tribunale per i minorenni di Roma, considerata generica l'opposizione del ..., disponeva l'adozione da parte dell'... della minore, considerata corrispondente all'interesse della stessa.

La Corte di appello di Roma, Sezione per i minorenni, pronunciando sull'impugnazione proposta dal ..., rigettata preliminarmente l'eccezione di tardività del ricorso ex adverso sollevata, in riforma della decisione appellata respingeva la domanda di adozione, attribuendo decisiva rilevanza al diniego di consenso al riguardo manifestato dal padre naturale della minore. Si



afferitava, in proposito, che, poiché ai sensi dell'art. 46 della l. n. 184/83 assume decisivo rilievo il rifiuto dell'assenso all'adozione da parte dei "genitori esercenti la potestà", doveva tenersi conto dell'incidenza sull'art. 317 bis c.c. secondo cui l'esercizio della potestà genitoriale spetta congiuntamente ad entrambi i genitori qualora siano conviventi, ovvero, se non convivono, a quello con il quale il figlio convive - della modifica apportata all'art. 155 c.c. dalla l. n. 54/del 2006 (la quale prevede, all'art. 4, la sua applicabilità ai procedimenti relativi ai figli di minori non coniugati) - con particolare riferimento all'attribuzione dell'esercizio della potestà genitoriale ad entrambi i genitori, anche dopo la cessazione della convivenza. Si riteneva, pertanto, che il ..., pur non avendo mai convissuto con la minore, non avesse mai perduto l'esercizio della potestà genitoriale sulla stessa, che non risultava, del resto, escluse dal Tribunale per i minorenni di Salerno, che si era limitato a disciplinare l'esercizio del diritto di visita.

Per la cassazione di tale decisione, con unico e complesso motivo, propone ricorso ...

Resiste con controricorso il ..., il quale propone ricorso incidentale al quale l'... resiste con controricorso.

Motivi della decisione

..... Omissis

2.a - Devono essere dichiarati irricevibili, sempre in via preliminare, i documenti prodotti unitamente al controricorso, esulanti dagli atti processuali di questo giudizio di legittimità.

2.1 - In via pregiudiziale, va esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale, sollevata sia in relazione al mancato rispetto del termine di trenta giorni prescritto dall'art. 17 della l. n. 184 del 1983, sia in riferimento alla natura del provvedimento impugnato, avverso il quale non sarebbe proponibile il rimedio in esame.

2.1.a - Quanto al primo profilo, deve ribadirsi il carattere speciale del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso per cassazione, previsto dal citato art. 17 della l. n. 183 del 1984 in relazione all'ipotesi, che qui non rileva, di opposizione allo stato di adottabilità. Non è neppure invocabile, attesa la natura eccezionale della norma invocata, il ricorso all'interpretazione analogica: deve, pertanto, trovare applicazione il termine ordinario, il cui rispetto, per altro risultante dagli atti, non è contestato (cfr., per un caso analogo, Cass. 22 febbraio 2008 n. 4537).

2.1.b - Del pari infondata è la tesi secondo cui avverso il provvedimento impugnato non sarebbe proponibile il ricorso per cassazione. Essa, invero, si fonda sul dato normativo (e sulla relativa giurisprudenza: per tutte, Cass. n. 21 marzo 2001, n. 4026) vigente in epoca anteriore alle modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, apportate dalla legge 28 marzo 2001, n. 149. Per altro, l'indirizzo invocato era riferito, diversamente dal caso in esame, alle sole ipotesi di provvedimento di contenuto negativo, in quanto si riteneva ammissibile il ricorso straordinario per cassazione nei casi di accoglimento della domanda di adozione, trattandosi di provvedimento non altrimenti impugnabile e di contenuto decisorio, che incide con autorità di giudicato, sia pure rebus sic stantibus, sulle posizioni soggettive del minore e degli altri interessati (Cass. 4 luglio 2002, n. 9689). Poiché attualmente è prevista la forma della sentenza - non a caso nella specie adottata dalla Corte di Appello di Roma - e non più del decreto (stante la modifica, ad opera dell'art. 30 della legge n. 149 del 2001, dell'art. 313 cod. civ., dettato per l'adozione di maggiore di età, ma richiamato dall'art. 56 della legge n. 184 del 1983), avverso tale provvedimento, emesso in sede di gravame dalla corte d'appello, sezione per i minorenni, è ora ammissibile il ricorso ordinario per cassazione, per tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c. (Cass., 16 ottobre 2003, n. 15485; Cass., 26 novembre 2004, n. 22350).

2.2 - Con l'unico motivo del ricorso principale viene dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 44 e 46 della l. n. 184 del 1983, nonché degli artt. 155 e 317 bis c.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.. Si sostiene che, pur essendo stato elevato a regola generale, con l'introduzione dell'affidamento condiviso, il principio della bigenitorialità, non sarebbe stato tuttavia abrogato l'art. 317 bis, secondo comma, c.c., in virtù del quale - in mancanza di una diversa regolamentazione da parte del Tribunale per i minorenni nell'ambito



delle; coppie di genitori naturali non conviventi - l'esercizio della potestà spetta al solo genitore con il quale il figlio convive. Pertanto, il rifiuto dell'assenso da parte del ..., già ritenuto ingiustificato dal giudice di prime cure, non avrebbe l'efficacia ostativa prevista dall'art. 46, secondo comma, della l. n. 184 del 1983. Infatti l'insindacabile potere di veto in esame, in quanto correlato all'esercizio della potestà genitoriale, nella specie non sussisterebbe, non essendo detta potestà attribuita, ai sensi dell'art. 317 bis c.c., al genitore naturale non convivente.

2.3 - La censura non può essere accolta, in quanto priva di fondamento.

Deve essere, invero, ribadito il principio, già affermato da questa Corte, secondo cui la diversa regolamentazione dei rapporti fra genitori e figli, introdotta con la legge n. 54 del 2006, pur non interferendo sulla competenza del Tribunale per i minorenni, assume, anche per quanto concerne la filiazione naturale, efficacia pervasiva, e, pertanto, implicitamente abrogante di ogni contraria disposizione di legge.

I cardini del nuovo assetto normativo vanno individuati nella maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia. Di regola, la necessità per i figli di mantenere un rapporto costante ed assiduo con ciascuno dei genitori - gravida di risvolti affettivi, educativi, psicologici, materiali e morali - si riflette nell'istituto dell'affidamento condiviso, e, quindi, in una più intensa e comune attribuzione di responsabilità agli stessi nell'educazione della prole che prescinde, quando non ne subisca in misura rilevante le conseguenze negative, dalla crisi coniugale.

Tale valorizzazione della posizione dei minori si esprime non solo nella richiamata affermazione della bigenitorialità, ma anche nell'attribuzione del godimento della casa familiare, nella previsione del preventivo ascolto del minore, e, per quanto qui maggiormente interessa, nella disciplina della potestà dei genitori.

La disposizione contenuta nell'art. 155, comma 3, c.c., secondo cui "la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori", costituisce un significativo *quid novi*, che, oltre ad evidenziare l'esigenza della condivisione del ruolo educativo anche nella crisi, in conformità a quanto stabilito dall'art. 18 della Convenzione di New York, consente di considerare l'istituto della potestà genitoriale non più come esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole.

2.4 - Altro imprescindibile punto di riferimento, per i fini che qui interessano, è costituito - ove si prescindano dalle residuali ipotesi previste dagli artt. 252, 537, comma 3, 542, c. 3 e 566, c. 2 c.c. dalla ormai realizzata equiparazione, per ragioni che affondano le proprie radici nel fondamentale principio di uguaglianza, fra le posizioni dei figli legittimi e di quelli naturali.

A codesti principi è evidentemente ispirato l'art. 4, comma 2, della l. n. 54 del 2006, che, nell'affermare che le "disposizioni della presente legge", oltre che "in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio", si applicano anche "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", tende a disegnare uno scenario tendenzialmente uniforme, nel quale le posizioni dei figli nati fuori del matrimonio non possono non trovare la medesima tutela attribuita alla prole legittima.

Non è chi non veda, invero, come alla sostanziale equiparazione fra figli legittimi e naturali debba corrispondere un modello unitario di genitorialità.

2.5 - Alla luce delle superiori considerazioni, il tema della compatibilità della nuova disciplina dei rapporti fra genitori e figli, anche nella crisi coniugale, con le disposizioni contenute nell'art. 317 bis, c. 2, c.c., con particolare riferimento all'esercizio della potestà genitoriale, risulta adeguatamente risolto con la pronuncia di questa Corte n. 8362 del 2007, che il Collegio condivide ed alla quale intende dare continuità, meglio specificandone la portata.

2.6 - Giova premettere che esula dai limiti della presente vicenda processuale ogni aspetto - ben e-splicitato nella richiamata ordinanza - inerente alla distribuzione della competenza tra il tribuna-rio ordinario e il tribunale per i minorenni. Sotto il profilo sostanziale, deve condividersi, sempre con riferimento al provvedimento indicato, l'attribuzione alla l. n. 54 del 2006, art. 4,



comma 2, del significato "di estendere - all'evidente fine di assicurare alla filiazione naturale forme di tutela identiche a quelle riconosciute alla filiazione legittima - i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli di genitori non coniugati".

In altri termini, il principio della bigenitorialità, pur nelle significative differenze riscontrabili fra l'intervento giudiziale nella crisi riguardante i genitori coniugati rispetto a quelli naturali, ha informato di sé il contenuto precettivo dell'art. 317 bis c.c., eliminando ogni difformità di disciplina fra figli legittimi e naturali, altrimenti non giustificabile.

Per quanto qui maggiormente interessa, deve ribadirsi - come affermato nella richiamata ordinanza - che "la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione".

2.6 - Merita di essere ulteriormente approfondita la questione inerente ai limiti di efficacia dell'estensione dell'esercizio della potestà genitoriale a entrambi i genitori naturali, dovendosi registrare, soprattutto in ambito dottrinale (ma anche nella giurisprudenza di merito), una significativa diversità di opinioni per quanto attiene al rapporto fra convivenza con il figlio naturale ed esercizio della potestà genitoriale. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, la nuova disciplina prevista dagli artt. 155 e segg. c.c. si estenderebbe all'ipotesi di crisi della coppia non coniugata e convivente al momento della nascita del figlio: in tal caso l'esercizio comune della potestà genitoriale, previsto in linea generale dall'art. 317 bis, secondo comma, prima parte, c.c., sopravviverebbe alla cessazione della convivenza. L'esercizio della potestà in esame rimarrebbe precluso al genitore naturale che non abbia mai convissuto con la prole, ovvero non abbia effettuato il riconoscimento. Un altro orientamento afferma l'applicazione dell'art. 317 bis c.c., nel senso dell'esercizio della potestà da parte del solo genitore convivente in tutte le ipotesi in cui non vi sia controversia in materia di affidamento e sulle modalità di esercizio della potestà, in quanto l'applicazione della nuova disciplina sarebbe condizionata dall'esistenza di un contrasto in merito all'individuazione del genitore con il quale il figlio debba convivere. Tale tesi si fonda anche su un argomento di ordine letterale, in quanto l'art. 4, c. 2 della l. n. 54 del 2006 non estende le nuove regole ai genitori naturali, bensì ai "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati". Altri autori ritengono che l'art. 317 bis, comma secondo, c.c., salva la previsione dell'esercizio della potestà da parte dei genitori conviventi (speculare rispetto a quanto previsto per i figli legittimi), sia stato tacitamente abrogato dalla l. n. 54 del 2006, risultando con la stessa totalmente incompatibile.

2.7 - Quest'ultima tesi appare senz'altro preferibile.

Deve considerarsi che nel quadro della nuova disciplina dei rapporti familiari è stata operata una vera e propria dicotomia fra l'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento della prole: come emerge chiaramente dalla previsione degli artt. 155, comma 3 e 317, c. 2, c.c., l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori ricorre tanto nell'affidamento condiviso, quanto in quello esclusivo.

Far dipendere, poi, l'esercizio della potestà genitoriale da circostanze del tutto estrinseche ed eventuali, quali la sussistenza di una crisi del rapporto di coppia, ovvero il contrasto in merito all'affidamento, significa trascurare quella nuova dimensione, sopra evidenziata, che l'istituto della potestà dei genitori assume in funzione della riaffermata centralità dell'interesse della prole. Quanto alla tesi intermedia sopra illustrata, non può escludersi il rischio di artificiose controversie intese a determinare i presupposti per l'esercizio comune della potestà dei genitori. A ben vedere, la tesi dell'esercizio della potestà solo nell'ipotesi in cui vi sia stata convivenza, è intrinsecamente contraddittoria, in quanto proprio quell'affermazione della sopravvivenza della potestà genitoriale alla crisi della coppia, e quindi alla cessazione della convivenza, dimostra che quest'ultima non costituisce il dato fondante della figura in esame. Né può invocarsi quell'esigenza di continuità dei rapporti che viene posta alla base dell'affidamento condiviso, dal momento che l'esercizio della comune responsabilità che



caratterizza l'esercizio della potestà genitoriale non viene normalmente percepito da parte del minore. L'esigenza di una disciplina sostanzialmente omogenea fra figli legittimi e naturali induce ad attribuire un ampio significato, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata, all'art. 4, comma 2, della l. n. 54 del 2006.

Con l'espressione "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", il legislatore ha inteso disciplinare tutti i rapporti fra genitori e figli naturali, senza alcuna limitazione - in relazione a una materia nella quale, giova ancora una volta ribadirlo, l'intervento del giudice non presenta i caratteri di imprescindibilità rinvenibili nella regolamentazione della crisi delle coppie coniugate (Cass., 20 aprile 1991, n. 4273) -, alle ipotesi caratterizzate da controversie in atto. Di certo non può e non deve escludersi un intervento giudiziale, sia in caso di disaccordo, sia per dettare, nell'interesse esclusivo del minore, una disciplina difforme rispetto alle previsioni di cui all'art. 155, c. 3, c.p.c..

2.8 - La sentenza impugnata, la cui motivazione deve intendersi integrata nei termini sopra indicati, ha correttamente attribuito efficacia preclusiva al dissenso manifestato dal genitore naturale, impedendo alla minore, nell'ambito di una vicenda, nella sua genesi e nel suo esplicarsi, dai contorni indistinti, di avere un secondo padre.

2.9 - Deve rilevarsi, infine, l'inammissibilità del ricorso incidentale.

Tale mezzo, infatti, secondo un orientamento consolidato di questa Corte, anche se qualificato come condizionato, presuppone la soccombenza, vale a dire una situazione sfavorevole giustificatrice di un interesse al ricorso, e non può essere proposto dalla parte, come il P. che sia risultata completamente vittoriosa nel giudizio d'appello. Questa parte, infatti, non ha l'onere di proporre ricorso incidentale per far valere domande ed eccezioni non accolte o non esaminate dal giudice d'appello, poiché l'eventuale accoglimento del ricorso principale comporta pur sempre la possibilità di riesame nel giudizio di rinvio di dette domande ed eccezioni (Cass., 10 dicembre 2009, n. 25821; Cass., 25 maggio 2010, n. 12728) n. 11523/08).

2.1.0 - Avuto riguardo alla reciproca soccombenza e alla delicatezza dei temi affrontati, con aspetti per certi versi nuovi, ricorrono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi. Rigetta il principale, dichiara inammissibile l'incidentale. Dichiara interamente compensate le spese processuali.