

**Cass. civile, sez. 1, 10-10-2003, n. 15145 - Pres. Saggio A -
Rel. Magno GVA - P.M. Russo R (Conf.) - Guerra c. Martins
Neves Sancho**

FAMIGLIA - POTESTA' DEI GENITORI - Figli minori - Sottrazione internazionale - Procedimento previsto dalla legge n. 64 del 1994 - Minorenne - Qualità di parte - Esclusione - Fondamento.

Nel procedimento monitorio previsto dalla Convenzione dell'Aja, ratificata dalla legge n. 64 del 1994, per il ritorno del minorenne presso l'affidatario al quale è stato sottratto, in mancanza di una norma che preveda l'intervento del minorenne quale parte del procedimento, va esclusa la necessità di integrare il contraddittorio anche nei suoi confronti, previa nomina di un curatore speciale, sia in quanto - anche tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento che ha condotto ad ampliare i casi nei quali il minorenne può essere - parte - del giudizio - dalla capacità di discernimento e dalla previsione del diritto di essere ascoltato non deriva il diritto di essere parte del processo, fino a quando il legislatore non abbia espressamente attribuito la "legittimatio ad processum", sia in quanto la mancata previsione della partecipazione del minorenne al procedimento in esame, quale parte, è giustificata dalla sua incompatibilità con i caratteri d'urgenza e provvisorietà che connotano il relativo provvedimento.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Signori Magistrati:

Dott.	Antonio	Saggio	Presidente
Dott.	M. Gabriella	Luccioli	Consigliere
Dott.	Giuseppe V.A.	Magno	Cons. rel.
Dott.	Renato	Rordorf	Consigliere
Dott.	Paolo	Giuliani	Consigliere

ha pronunciato in Camera di Consiglio la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

G. V., elettivamente domiciliato in Roma, via Nicotera, n. 29, presso l'Avvocato Maretta Scoca, che lo rappresenta e difende con gli Avvocati Lucio Tamburro e Maria Giovanna Ruo, per procura speciale in calce al ricorso

- ricorrente -

contro

- M. N. S. M. A.

- Pubblico Ministero presso il Tribunale per i minorenni di Campobasso

- Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione

- intimati -

avverso il decreto n. 1-2003 del Tribunale per i minorenni di Campobasso, depositato il 2.1.2003.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22.9.2003 dal Relatore Cons. Giuseppe Vito Antonio Magno;

Uditi, per il ricorrente, gli Avvocati Maretta Scoca e M. Giovanna Ruo;

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Rosario Russo, che ha concluso chiedendo la dichiarazione d'inammissibilità o il rigetto del ricorso.

[Inizio documento](#)

Fatto

1. - Con istanza in data 21.10.2002 la cittadina portoghese M. A. M. N. S. chiese, tramite la competente autorità centrale, l'immediato rientro in Portogallo dei figli minorenni A. ed A. G., nati entrambi il gg/mm/aaaa a Roma e con lei conviventi a Lisbona dal 1999, avuti dal coniuge separato V. G. che, al termine di un periodo di visita concessogli dal tribunale della famiglia e dei minori di Lisbona con divieto di espatrio, li aveva arbitrariamente condotti in Italia il 5.10.2002 e li tratteneva ad Isernia contro la volontà di essa istante.

2. - Il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni di Campobasso, informato del caso tramite l'autorità centrale italiana - designata con legge 15 gennaio 1994, n. 64, di autorizzazione alla ratifica (fra l'altro) della convenzione stipulata a L'Aja il 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minorenni - propose ricorso al medesimo tribunale, in data 5.12.2002, ai sensi dell'articolo 7, legge citata, per la decisione sul chiesto rimpatrio.

3. - Nel corso del giudizio il tribunale per i minorenni accertò, fra l'altro, che i coniugi G. - M. avevano concordato, all'atto della loro separazione consensuale, omologata dal tribunale di Roma il 16.2.1998, l'affidamento di entrambi i bambini alla madre; questa, il 20.1.1999, li aveva portati con sé in Portogallo impedendone così i rapporti col padre, che perciò ne chiese ed ottenne l'affidamento, concesso dal tribunale di Roma, a modifica dei patti della separazione consensuale, con provvedimento del 16.6.2000.

La donna, peraltro, chiese ed ottenne dal tribunale della famiglia e dei minori di Lisbona un provvedimento, in data 22.12.2000, di affidamento dei figli a lei medesima, con diritto di visita al padre e divieto di portarli fuori dal territorio portoghese. Quindi il tribunale per i minorenni adito, a seguito di due udienze (19 e 23.12.2002), dispose, con decreto depositato il 2.1.2003, il ritorno dei minorenni in Portogallo, presso la madre istante, avendo ritenuto:

- che, ai sensi della citata convenzione de L'Aja, le misure di rimpatrio non sono disposte in esecuzione di un titolo giuridico di affidamento, bensì sul mero presupposto di una preesistente situazione di fatto, nella specie non contestata, consistente nella residenza dei minori a Lisbona, con la madre esercente effettivamente i diritti - doveri di custodia, prima della sottrazione;
- che non ricorreva alcuna delle ipotesi eccezionali di esclusione del rimpatrio, previste dall'articolo 13 della medesima convenzione, pur dando atto del buon inserimento iniziale dei bambini in ambiente scolastico ad Isernia;
- che era inopportuno procedere all'ascolto diretto dei due minori, sia per evitare il rischio di trauma psichico connesso alla loro tenera età (sette anni) sia per la presumibile inaffidabilità delle loro scelte, soggette a possibili influenze esterne.

La signora M. N. S., benché ritualmente avvertita, non si costituì né comparve nel giudizio svoltosi davanti al tribunale per i minorenni.

4. - Per la cassazione di tale decreto ha proposto ricorso V. G., con sei motivi, cui non resiste M. A. M. N. S..

[Inizio documento](#)

Diritto

5. - Si rileva, innanzitutto, che il presente ricorso può essere deciso, nonostante la mancanza in atti del fascicolo d'ufficio di primo grado - ad oggi non pervenuto, benché richiesto e nonostante il tardivo deposito in questa cancelleria della relativa istanza (articolo 369, u.c., c.p.c.), perché l'esame di esso non risulta indispensabile ai fini della decisione (S.U. n. 764-1995, Cass. n. 12681-2001).

6. - Col primo motivo si censura il provvedimento del tribunale per i minorenni di Campobasso per violazione, ai sensi dell'articolo 360, 1 co., n. 3, c.p.c., dell'articolo 3 della convenzione fatta a L'Aja il 25 ottobre 1980 (sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minorenni, ratificata con legge 15 gennaio 1994, n. 64), e degli articoli 43, 1 co., c.c. (domicilio), e 3 della convenzione sui diritti del fanciullo (fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176).

6.1. - Sostiene in proposito il ricorrente che le citate

Convenzioni - de L'Aja, avente l'asserito scopo di tutelare il diritto di custodia attribuito in base alla legislazione dello Stato di residenza abituale del minore (intesa questa come luogo dei più radicati e rilevanti legami affettivi e dei "reali" interessi del bambino) e di New York, che ha introdotto il criterio di preminenza dell'interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano - sarebbero state entrambe violate, essendo stato impartito l'ordine di rientro dei minori in Portogallo, presso la madre, nonostante che ella, mediante un precedente comportamento arbitrario ed illegittimo, li avesse allontanati dall'Italia, "luogo di vero e proprio domicilio ai sensi dell'art. 43, I comma c.c.... dove il minore custodisce e coltiva i suoi più radicati e rilevanti legami affettivi ed i suoi reali interessi", ivi ritrovando "i propri più radicati affetti e le proprie radici culturali"; a nulla rilevando - secondo il ricorrente - che la suddetta convenzione sulla sottrazione internazionale dei minori tuteli la situazione di fatto, a prescindere dal titolo giuridico di custodia, giacché la tutela non può giuridicamente intendersi estesa a situazioni illegittime, artificiosamente create mediante precedenti abusi, anche se perduranti da oltre un anno, non potendo il trascorrere del tempo legittimare, di per sé, un comportamento oggettivamente antiggiuridico e lesivo degli interessi dei figli i quali, nel caso concreto, si erano ottimamente inseriti nell'ambiente scolastico e sociale del luogo (Isernia) in cui il padre li aveva da ultimo condotti.

6.2. - Il motivo di censura è infondato.

6.3. - La tutela apprestata dalla convenzione de L'Aja 1980 è intesa essenzialmente a "garantire il ritorno immediato del minore nello Stato di residenza abituale" (dal preambolo).

6.3.1. - Tanto non contrasta, ed anzi si accorda, con l'interesse del minore, riconosciuto dalla convenzione di New York sopra citata (articolo 11), a veder rispettate il suo diritto, notoriamente rilevante ed assunto aprioristicamente come preminente, di permanere nel luogo in cui normalmente vive e cresce (Cass. nn. 2748-2002, 13823-2001, 6235-1998, 2954-1998), insieme con la persona che effettivamente si prende cura di lui (tale essendo il contenuto del "droit de garde", ai sensi dell'articolo 5, lett. a, della convenzione de L'Aja).

6.3.2. - La situazione di fatto tutelata nell'immediatezza consiste, dunque, nella condizione di affidamento (garde) del minore, qual è effettivamente esercitata, in conformità all'ordinamento dello Stato di sua residenza abituale (articoli 3 e 4 della convenzione de L'Aja), a prescindere dall'esistenza di un titolo giuridico valido sul piano internazionale (Cass. nn. 15192-2001, 3701-2000, 9501-1998).

6.3.3. - La forma di tutela adottata consiste nel disporre l'immediata cessazione della condotta (trasferimento o mancato riaccompagnamento) che ha distolto indebitamente il minore dalla predetta situazione di fatto (punto 6.3.2).

6.3.4. - Pertanto, diversamente da quanto sostiene il ricorrente, la tutela in via d'urgenza di tale situazione di fatto, e del correlato interesse del minore (punto 6.3.1), si estende, in presenza delle condizioni stabilite dalla convenzione citata, alle situazioni create artificiosamente od anche originate da precedenti comportamenti altrui reputati illegittimi, dato che l'ordine di rimpatrio, non pregiudicando in alcun modo i successivi provvedimenti di merito, mira esclusivamente a salvaguardare lo status quo, anche al fine di "impedire che l'autore dell'illecito possa trarre vantaggio dal suo comportamento nel giudizio di merito grazie al consolidarsi della situazione di fatto in tal modo creata (C. Cost., n. 231-2001, dalla motivazione).

In proposito, va rilevato per quanto possa valere, considerata la premessa - che, nel caso concreto, l'accusa mossa alla S. di aver portato illegittimamente i figli fuori dall'Italia il 20.1.1999 è contrastata dall'autorità portoghese, che richiama la sussistenza, all'epoca, di un diritto di custodia, conferito alla donna col provvedimento di omologa della separazione consensuale, comprensivo del potere di fissare la residenza dei figli ai sensi dell'articolo 5, lett. a, della convenzione.

6.3.5. - La natura monitoria del provvedimento immediatamente esecutivo (articolo 7, co. 4, della legge di ratifica) di rimpatrio, adottato ai sensi della convenzione in esame, indirettamente attestata sia dal carattere d'urgenza (articolo 11) sia dalle limitazioni temporali poste all'esercizio dell'azione (articolo 12) sia, soprattutto, dalla previsione esplicita di non incidenza di tale provvedimento urgente sul merito del diritto di affidamento (articolo 19), è stata recentemente riconosciuta dalla Corte costituzionale, secondo la quale questa normativa deve intendersi "finalizzata alla più efficace tutela dei minori, mediante la previsione di una procedura d'urgenza, aggiuntiva agli ordinari mezzi di tutela previsti dagli ordinamenti degli Stati contraenti"

(C. Cost., sent. cit., dalla motivazione). 6.3.6. - Il concetto di "residenza abituale" recepito dalla convenzione non coincide, peraltro, con quello di "domicilio", quale sede principale degli affari ed interessi di una persona, accolto dal codice civile (articolo 43, 1 co.).

D'accordo con la prevalente giurisprudenza internazionale in materia di sottrazione di minori, per "residenza abituale" deve intendersi, invero, il luogo in cui il minore, grazie anche ad una durevole e stabile permanenza ancorché di fatto, trova e riconosce il baricentro dei suoi legami affettivi, non solo parentali, originati dallo svolgersi della sua quotidiana vita di relazione.

Nessuna importanza rivestono invece - nel giudizio di accertamento della "residenza abituale", finalizzato all'adozione del provvedimento d'urgenza in questione - l'alibi di presunte radici culturali, la profondità e significatività del legame affettivo con l'adulto autore della sottrazione o l'avvenuto inserimento scolastico nella città di residenza di quest'ultimo.

6.4. - Le questioni prospettate con questo motivo di gravame - infondate per quanto attiene a pretese violazioni di legge non riscontrabili, per quanto sin qui esposto, nel provvedimento impugnato - esulerebbero peraltro, se riferite al giudizio di merito circa la sussistenza (o insussistenza) di una situazione di fatto, come la residenza abituale, dall'ambito del sindacato di legittimità, atteso che il giudice a quo ritiene incontestabile, in base agli atti, che "i minorenni hanno la loro residenza abituale in Portogallo" e che il G. ha "immutato una situazione di fatto che vedeva i figli convivere con la M. N. S." (pag. 5 del decreto).

7.- Col secondo motivo si lamenta, ai sensi dell'articolo 360, 1 co., n. 3, c.p.c., violazione degli articoli 4 e 5 della medesima convenzione de L'Aja, degli articoli 147 e 155 c.c., e 8, 9, 11, 18 della convenzione sui diritti del fanciullo, pure citata, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176.

7.1. - Si afferma che, alla stregua del diritto applicabile (quello interno italiano) al momento dell'illecito trasferimento dei minori in Portogallo ad opera della madre, la delicata decisione concernente il mutamento di residenza di questi non poteva essere lecitamente presa da uno solo dei genitori (la madre), per quanto affidatario dei figli; sicché, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale per i minorenni di Campobasso, la madre non aveva il diritto di portare con sé i figli all'estero nè può avere acquisito tale diritto col passar del tempo; d'altra parte - sostiene il ricorrente - la convenzione de L'Aja deve essere necessariamente interpretata nel senso che la tutela della situazione di fatto dei minori trova un limite nell'antigiuridicità del comportamento che ne è all'origine: così dovendo intendersi il richiamo, contenuto nelle norme citate, al diritto di custodia ed al suo esercizio.

7.2. - Le questioni prospettate con questo mezzo di censura sono state già esaminate e confutate (punti 6.3.2, 6.3.4, 6.3.5) nella trattazione concernente il primo motivo dal quale, quindi, il presente rimane assorbito.

8. - Col terzo motivo si denuncia, ai sensi dell'articolo 360, 1 co., n. 3, c.p.c., violazione degli articoli 13, lett. b) della convenzione de L'Aja, cit., e 3, 27, 34 della convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata con legge n. 176-1991.

8.1. - Secondo il ricorrente, il tribunale per i minorenni di Campobasso non poteva ordinare il rientro dei minori presso la madre, in presenza di rilevanti pericoli di danno psichico e fisico, tali da compromettere gravemente il loro interesse ad un livello adeguato di sviluppo; pericoli, concernenti anche specificamente la sfera sessuale, risultanti dalle relazioni di consulenza tecnica depositate nei diversi procedimenti svoltisi sia in Italia sia, anche, davanti al giudice specializzato portoghese (tribunale della famiglia e dei minori di Lisbona), ma totalmente trascurati dal giudice a quo.

8.2. - Il motivo è infondato e, per certi aspetti, inammissibile.

8.3. - Al di là delle violazioni di legge, affisse nell'epigrafe di questo motivo di ricorso, il provvedimento del tribunale per i minorenni di Campobasso è censurato essenzialmente perché ometterebbe di considerare gli elementi probatori attestanti la pretesa situazione di grave pericolo, valutabile ai sensi dell'articolo 13, lett. b), della convenzione 1980.

8.3.1. - La censura non ha fondamento, giacché il giudice del merito ha diffusamente esaminato la questione, sia per rigettare gli argomenti "rimasti al livello di mere asserzioni, non essendone stata fornita dimostrazione alcuna" (pag. 6); sia per confutare, con motivazione esente da vizi logici, la tesi secondo cui dai documenti citati (punto 8.1) si ricaverebbe la pericolosità dell'ambiente familiare materno: in realtà il giudice a quo, avendo esaminato tali documenti, reputa che il loro contenuto non conduca affatto a

simile conclusione; smentita, per giunta, dalla riscontrata assenza di danno ai minori, nonostante la loro lunga permanenza presso la madre. 8.4. - Sotto altro aspetto, in quanto prospetta l'esigenza di riesame nel merito delle risultanze processuali riferibili alla dedotta situazione di pericolo, la censura è inammissibile, siccome implicante un'indagine di fatto incompatibile col giudizio di legittimità (cfr., nello specifico, Cass. n. 11999-2001). 9. - Col quarto motivo il ricorrente denuncia, ai sensi dell'articolo 360, 1 co., n. 3, c.p.c., violazione degli articoli 13, 2 co. della convenzione de L'Aja, cit., e 12 della convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata con legge n. 176-1991, sostenendo che il giudice di primo grado aveva omesso illegittimamente, alla stregua delle norme citate, e senza valida motivazione, di ascoltare i minorenni - dei quali non poteva escludere la capacità di discernimento, in mancanza di apposito accertamento mediante CTU -, al fine di accertare se essi mantenevano ferma la richiesta, più volte espressa in precedenza, di restare a vivere col padre. 9.1. - Il motivo è infondato e, in parte, inammissibile. 9.2. - Non sussiste, innanzitutto, la denunciata violazione delle due clausole convenzionali citate (punto 9), le quali non obbligano il giudice ad ascoltare il minore in ogni caso, ma lasciano al suo prudente apprezzamento il giudizio circa la possibilità e l'opportunità di farlo. 9.2.1. - In particolare, l'articolo 12, 2 co., della convenzione di New York stabilisce che il fanciullo sia ascoltato, in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, "in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale". Ora, con riferimento alla specifica materia, l'articolo 7, co. 3, legge n. 64-1994 dispone che il tribunale per i minorenni decide, sentiti il pubblico ministero, gli altri interessati e, "se del caso, il minore medesimo", lasciando evidentemente al giudice il compito di decidere circa l'opportunità dell'ascolto. 9.2.2. - Ancor più specificamente, nell'ipotesi (sostenuta, in questo caso, dal ricorrente) di opposizione del minore al rimpatrio, la decisione di ascoltarlo e la considerazione da accordare alla sua opinione sono regolate dal secondo comma dell'articolo 13 della convenzione de L'Aja, nel senso che il giudice deve valutare "se il minore ha raggiunto un'età ed una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione". 9.3. - La motivazione fornita dal tribunale per escludere l'ascolto dei minori nel caso concreto non si discosta dalla corretta interpretazione di dette norme ed è logicamente e correttamente motivata. Sotto questo profilo, pertanto, il motivo è infondato. Nella motivazione del provvedimento si chiarisce, invero, che l'audizione diretta dei due minori - non obbligatoria perché non imposta inderogabilmente da alcuna disposizione di legge (quelle in materia di adozione, richiamate a scopo di mera analogia, stabiliscono infatti, per l'ascolto obbligatorio, l'età minima di dodici anni) nè, in particolare, da quelle sopra citate - non era stata ritenuta opportuna in considerazione del pericolo di trauma psichico e della potenziale inaffidabilità, dipendenti dalla tenera età dei bambini e dalla conseguente difficoltà di esprimere scelte personali, libere e razionali: giacché, come ineccepibilmente si osserva, "È nozione di comune esperienza, infatti, che all'età di soli sette anni la determinazione loro richiesta non sarebbe stata completamente autonoma". 9.4. - Sui versanti di critica al provvedimento impugnato per omessa considerazione dell'opzione a favore del padre (che sarebbe stata più volte espressa dai bambini), per il giudizio negativo sulla loro capacità di discernimento e per la mancata ammissione di CTU al fine di acclarare, invece, la sussistenza di tale capacità, la censura è inammissibile, in quanto sostanzialmente ripropone in questa sede di legittimità l'esame di elementi di fatto, lasciati al prudente ed esclusivo apprezzamento del giudice di merito. 10. - Col quinto motivo si denuncia ancora violazione di legge, ai sensi dell'articolo 360, 1 co., n. 5 (rectius, n. 3), c.p.c., con riferimento agli articoli 111 Cost., 13 della convenzione de L'Aja e 12 della convenzione sui diritti del fanciullo, citate, nonché 75 e 78 c.p.c., per insanabile nullità derivante da violazione del principio del contraddittorio e delle norme relative alla rappresentanza processuale degli incapaci, essendo stato pronunciato il provvedimento di primo grado senza che - in conformità alle norme sopra indicate ed alla luce della sentenza n. 1-2002 della corte costituzionale - ai minori fosse consentito di costituirsi nel processo come parti, per far valere i propri diritti sottoposti a giudizio, mediante la nomina di un curatore speciale, stante il conflitto d'interessi coi genitori o, quanto meno, con la madre. 10.1. - La censura è infondata. 10.2. - Il collegio non ignora l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in atto, per cui la posizione del

fanciullo - non più mero oggetto di tutela, ma titolare di diritti soggettivi, grazie soprattutto alla ratifica della più volte citata convenzione di New York del 1989 - deve essere riconsiderata anche sul piano dei diritti processuali. In particolare, l'articolo 12, co. 2, di detta convenzione stabilisce che al fanciullo deve essere data "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".

Tale disposizione, ritenuta immediatamente precettiva dalla corte costituzionale, "è idonea ad integrare - ove necessario - la disciplina dell'art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come "parte" del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ." (dalla motivazione della sentenza C. Cost. n. 1-2002, che fa riferimento anche alla precedente ordinanza C. Cost. n. 528-2000). Lo stesso articolo 336 c.c., e precisamente il quarto comma ad esso aggiunto in virtù dell'articolo 37, co. 3, legge 26 aprile 2001, n. 149 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro I del codice civile), pure richiamato nella sentenza ult. cit. della corte costituzionale, presuppone la qualità di "parte" del minore, allorché stabilisce che, nelle procedure per la pronuncia dei provvedimenti relativi all'esercizio della potestà dei genitori, egli debba essere assistito da un difensore, anche a spese dello Stato. Infine, la convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 - di cui è stata autorizzata la ratifica (per quanto risulta, non ancora effettuata) con legge 20 marzo 2003, n. 77 - impone agli Stati contraenti di esaminare l'opportunità di concedere ai minorenni "il diritto di esercitare pienamente o parzialmente le prerogative di una parte" nei procedimenti giudiziari che li riguardano (articolo 5, lett. d). 10.3. - Pur nel quadro dell'evoluzione ora accennata, sembra tuttavia appropriato richiamare la sostanziale differenza esistente fra il diritto del fanciullo di essere ascoltato e di esprimere un'opinione nel corso dei procedimenti che lo riguardano (coi limiti indicati ai punti 9.2.1 e 9.2.2) e quello di costituirsi come parte nei medesimi giudizi: soltanto il primo di tali diritti, infatti, presuppone ed esige la "capacità di discernimento" (articolo 12, co. 1, conv. New York; articolo 6, lett. b, conv. Strasburgo) ogniqualvolta - come nel caso previsto dall'articolo 13, secondo comma, della convenzione L'Aja 1980 (opposizione al rimpatrio) - l'opinione personale dello stesso fanciullo debba essere presa in considerazione dal giudice.

Per assumere, invece, la qualità di parte nel processo, la capacità di discernimento - come noto - non è richiesta, dovendo l'incapace essere debitamente rappresentato; occorre, però, che egli sia legittimato ad agire, resistere o intervenire in giudizio. 10.4. - Pertanto, dal riconoscimento del diritto di essere ascoltato non può inferirsi quello di essere parte nel processo, finché la legitimatio ad processum non sia conferita positivamente dal legislatore, in generale o con riguardo ad una determinata categoria di rapporti giuridici. 10.5. - La corte costituzionale, nella sentenza interpretativa di rigetto da ultimo citata, rileggendo l'articolo 336 c.c. alla luce dell'articolo 12 della convenzione di New York ("prescrizione ormai entrata nell'ordinamento... idonea ad integrare - ove necessario - la disciplina dell'art. 336, secondo comma, cod. civ.") e delle modifiche introdotte dall'articolo 37, co. 3, legge n. 149-2001, ritiene che, nelle procedure giudiziarie cui si riferisce lo stesso articolo 336, la qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni, sia chiaramente attribuita dalla legge anche al figlio minorenni. 10.6. - Analoga conclusione non appare obbligata riguardo alla procedura sommaria in esame, in difetto di una disposizione normativa, esplicita o implicita, legittimante il minorenni ad intervenire come parte nella stessa: difetto giustificato, in questo particolarissimo caso, anche da ragioni d'incompatibilità con l'urgenza e la provvisorietà del provvedimento cautelare concernente l'immediato rimpatrio - salvi gli esiti del giudizio di merito - del minore illecitamente allontanato, in ipotesi, dall'affidatario e dal luogo di abituale residenza all'estero. Per questa ragione, va dichiarata l'infondatezza del motivo di ricorso in esame. 11. - Col sesto motivo, infine, si denuncia violazione, ai sensi dell'articolo 360, 1 cc., n. 3, c.p.c.,

degli articoli 17 della convenzione de L'Aja, citata, e 28, 29, 31, 32, 36 della legge 31 maggio 1995, n. 218, per non avere il giudice di primo grado tenuto conto del provvedimento di affidamento dei figli al padre, emesso il 16.6.2000 dal tribunale di Roma, avente giurisdizione in base ai criteri di collegamento propri dell'ordinamento interno (matrimonio celebrato in Italia, prevalente localizzazione della vita matrimoniale nello Stato, cittadinanza italiana di padre e figli), essendo stato il relativo procedimento iniziato dopo l'entrata in vigore del regolamento europeo in materia di potestà genitoriale. 11.1. - Le argomentazioni addotte per dimostrare l'infondatezza del primo motivo di ricorso, basate sulla riconosciuta natura meramente cautelare dei provvedimenti emessi in applicazione della convenzione de L'Aja - i quali prescindono, quindi, dall'esistenza di un titolo giuridico valido sul piano internazionale e non inficiano il merito dei diritti di affidamento (cfr. punti 6.3 e, in particolare, 6.3.2) - valgono per confutare anche questo motivo, che quindi è assorbito dal primo. 12. - In conclusione, per tutte le ragioni esposte, il ricorso deve essere rigettato. Nulla deve essere disposta riguardo alle spese di questo giudizio di legittimità, perché la parte intimata non vi ha svolto difese.

[Inizio documento](#)

P.Q.M.

La Corte di Cassazione Rigetta il ricorso.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, il 22 settembre 2003.