

Il nuovo processo civile minorile dopo il 2007 nella giurisprudenza¹

di Elisa Ceccarelli

Le norme processuali contenute nella legge n.149/2001, trate in vigore nel 2007, pur nella loro estrema sommarietà, hanno determinato una profonda trasformazione delle procedure minorili poiché hanno integrato il rito camerale con le necessarie garanzie costituzionali della difesa e del contraddittorio. La nuova struttura processuale prevista dal legislatore in modo approssimativo ha posto una serie di problemi interpretativi che, sottoposti all'attenzione della Corte Costituzionale e della Cassazione, sono stati occasione di un ampio esame dell'intero sistema processuale minorile. Come ha affermato una delle prime sentenze che se ne sono occupate, le nuove regole processuali costituiscono un punto di arrivo importante del dibattito assai vivace che ha interessato dottrina e giurisprudenza, sul ruolo del tribunale per i minorenni, spesso, ad un tempo, giudice e difensore dei diritti del minore, e sui modi di una sua possibile terzietà nonché sull'opportunità della rappresentanza del minore stesso nei procedimenti che lo riguardano².

La giurisprudenza delle Corti, attingendo ai principi consacrati nelle convenzioni internazionali sui diritti del fanciullo e sul loro esercizio, ha costruito in via interpretativa quello che è stato definito “il mosaico del processo minorile” in una linea tesa ad implementare la giurisdizionalizzazione del rito al fine di realizzare il giusto processo anche in questa delicata materia³.

La rilevanza assunta, in questi ultimi anni, dalla giustizia civile minorile nella giurisprudenza di legittimità emerge dalla relazione inaugurale dell'anno giudiziario del Primo Presidente della Cassazione che, per la prima volta nel 2011 e ancora quest'anno, vi dedica ampio spazio, interrompendo una tradizione per cui al settore minorile si faceva sintetico riferimento quasi esclusivamente quanto alla competenza penale e per la situazione carceraria.

Nella relazione per il 2011 la riforma del processo civile minorile viene definita frutto di un inarrestabile cambiamento culturale originato dalla frattura, sempre più evidente, tra lo schema processuale rimasto praticamente quello delineato nel codice civile del 1942 e i valori sostanziali che nel frattempo sono profondamente mutati. Il legislatore del 2001, nello sforzo di predisporre in chiave normativa una serie di strumenti idonei a garantire l'effettività del diritto di difesa e di traghettare il “processo del giudice” in un “processo delle parti”, ha disegnato un'impresa architettonica processuale che ha lasciato all'interprete definire nei suoi esatti contorni e a cui la Suprema Corte è stata chiamata a dare coerenza interna e sistematicità. Al centro dell'attenzione è emersa la figura del minore, ridisegnata alla luce dei principi delle convenzioni internazionali che hanno efficacia vincolante nel diritto interno. Egli non è più oggetto della potestà dei genitori, né del potere/dovere officioso del giudice, ma soggetto di diritto, titolare di un ruolo sostanziale e di uno spazio processuale autonomo. È stato affermato il principio in base al quale è necessario che egli partecipi al giudizio esprimendo liberamente e direttamente al giudice la sua opinione, a seconda della capacità di discernimento, e che sia rappresentato attraverso la figura del genitore, del tutore ovvero, in caso di conflitto di interessi, del curatore speciale; è stato anche precisato che al rappresentante, non al giudice, spetta la nomina dell'avvocato del minore⁴.

L'interpretazione di legittimità si è sviluppata soprattutto sul procedimento per la dichiarazione di adattabilità, i cui provvedimenti conclusivi sono da sempre ricorribili in cassazione. Non è così invece per i provvedimenti sulla potestà, che non acquistando efficacia di giudicato, sono tuttora sottratti al sindacato di legittimità. I relativi procedimenti sono stati tuttavia oggetto di una copiosa giurisprudenza costituzionale che ha confermato la legittimità del rito camerale, doverosamente integrato con i principi del giusto processo. Un'attenzione particolare è stata rivolta al giudizio sulla

¹ È parte di un articolo in corso di pubblicazione su *Questione Giustizia*

² Cass. n.3804/2010 e n.3805/2010, in *Famiglia e Diritto*, n.6/2010, pag. 550 segg., con nota di A.Figone “Sulla rappresentanza del minore nel procedimento di adattabilità”.

³ Cfr. L. Querzola “La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile”, nota a Cass. 26/3/2010 n.7282, in *Famiglia e Diritto*, n.3/2011, pag. 268 segg.

⁴ Cfr. relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011 e Cass 17/2/2010, n. 3804 e n. 3805, cit.

attribuzione della potestà ai genitori non più conviventi in base all'art.317 bis CC. Pur rientrando ancora in quelle "de potestate", tale procedura è ora assimilabile al giudizio di affidamento dei figli nei procedimenti di separazione e divorzio, dopo che la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso ha disposto che gli stessi principi si applicano a tutti i procedimenti riguardanti figli minorenni, nati o meno da matrimonio.

2. 1. il procedimento per la dichiarazione di adottabilità

2. 1. a) carattere contenzioso del giudizio

Nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità come regolato dalla legge n.184/1983 la legge n.149/01 ha portato sostanziali cambiamenti. E' stata eliminata l'iniziativa officiosa attribuendola al PM e sono venute meno le due fasi in cui il procedimento si svolgeva, la prima a carattere sommario e urgente, rimessa quasi totalmente alla discrezionalità del giudice, la seconda meramente eventuale di opposizione, di natura contenziosa. Ora il procedimento si svolge sin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori (o degli altri parenti indicati dalla legge) i quali, assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale. La procedura può definirsi contenziosa, seppure *sui generis*, poichè in essa si contrappongono il PM e le parti private secondo un modello di procedimento a cognizione piena, in cui il contraddittorio è definito e che si conclude con una sentenza.

2. 1. b) il minore parte

Le nuove disposizioni non precisano se il minore abbia la qualità di parte processuale stabilendo soltanto che debba avere sin dall'inizio l'assistenza di un difensore. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno ripetutamente affermato che il minore, che è parte in senso sostanziale in tutti i procedimenti che lo riguardano, in quanto destinatario dei relativi provvedimenti, acquista la qualità di parte anche processuale nei giudizi che coinvolgono suoi diritti fondamentali. Ciò si verifica ogni volta che è in gioco il suo diritto di crescere in modo rispondente alle sue esigenze materiali e morali, a fronte di una più o meno grave inadeguatezza dei genitori. E' in discussione proprio la capacità del genitore, contestata in radice nel procedimento di adottabilità e in misura meno drastica nel procedimento "de potestate". A causa del conflitto di interessi che di fatto si verifica i genitori non possono (come in situazioni normali) rappresentare il figlio, il quale deve avere un altro legale rappresentante nominato dal giudice. Secondo la consolidata giurisprudenza della cassazione, nel procedimento di adottabilità, così come strutturato dopo il 2007, sin dall'inizio il minore è parte a tutti gli effetti e deve avere un legale rappresentante tramite il quale esercita i diritti processuali. Può darsi che il minore abbia già un tutore nominato dal giudice tutelare (se per esempio i genitori sono già stati dichiarati decaduti dalla potestà prima del procedimento). In generale, però, è il giudice del procedimento di adottabilità che, se ritiene che vi siano gli estremi per sospendere i genitori dalla potestà, nomina al minore un tutore provvisorio. In caso diverso il giudice può nominare un curatore speciale. Il legale rappresentante, sia esso tutore, tutore provvisorio o curatore, ha il compito di far valere nel giudizio di adottabilità i diritti del minore, primo tra tutti il diritto di difesa, nominandogli un difensore. Se, come è prassi in molti tribunali, il curatore del minore è un avvocato egli stesso, può assumere in proprio la difesa del suo rappresentato. La nomina del difensore del minore non può quindi avvenire da parte del giudice come erroneamente ritenuto da una giurisprudenza di merito; infatti la norma (art. 10, 2° comma della legge 184/1983 novellata) non fa alcun riferimento alla nomina di un difensore d'ufficio del minore, ma solo dei genitori, qualora non vi provvedano⁵.

2. 1. c) la difesa d'ufficio delle parti adulte

La norma che prevede la difesa d'ufficio dei genitori (o degli altri parenti indicati dalla legge) ha suscitato non poche perplessità perché costituisce una novità assoluta nel sistema processuale civile e, come tale, avrebbe richiesto quella specifica disciplina di attuazione che il legislatore ha invano promesso di introdurre. Una recentissima pronuncia (la prima nota sul punto) ha contestato la

⁵ Cass. n.3804/2010 e n. 3805/2010, cit.

validità e l'efficacia della difesa di ufficio non accompagnata dal rilascio di procura alle liti da parte del difeso. La Corte d'appello di Milano ha dichiarato inammissibile il ricorso contro una dichiarazione di adottabilità proposto dal difensore d'ufficio del genitore il quale non gli aveva mai conferito il mandato professionale. La pronuncia ha escluso infatti che, nella attuale situazione di totale carenza di normativa speciale, al difensore si possano applicare in via analogica le regole della difesa d'ufficio nel processo penale. Facendo riferimento ai principi generali in materia di difesa tecnica nel processo civile (art.83, 84 CPC), il difensore, per esercitare i suoi poteri, deve essere munito di procura, in mancanza della quale gli atti da lui compiuti sono nulli. In definitiva la nomina da parte del giudice di un difensore al genitore che non vi ha provveduto non ha altra efficacia che quella di agevolarlo nell'individuazione di un avvocato professionalmente specializzato in materia minorile che possa aiutarlo sin dall'inizio a comprendere il senso della procedura e a decidere se costituirsi per far valere tutti i suoi diritti anche processuali. Solo il conferimento della procura alle liti consente al difensore di esercitare i suoi poteri⁶.

2. 1. d) le regole del contraddittorio

Le regole del contraddittorio non sono precise nella novella che fa riferimento soltanto alla possibilità per i genitori o parenti, assistiti dai loro difensori, di partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, di presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice (art.10 legge n.149/01). Il problema cruciale di tutte le procedure minorili e, in particolare, di adottabilità, è sempre stato quello della partecipazione dei genitori e dei loro difensori all'attività dei servizi psico sociali incaricati dal tribunale di valutare le condizioni di vita del minore e insieme di porre in essere programmi di controllo e sostegno per cercare di renderle più accettabili.

La questione è stata affrontata da una recente pronuncia della Cassazione che ha stabilito criteri entro cui è possibile distinguere la rilevanza ai fini probatori del materiale che concorre a formare il fascicolo processuale, dell'attività che lo produce, dei tempi e modi del contraddittorio.

In tale pronuncia si precisa che i genitori (o gli altri parenti) con i loro difensori hanno diritto di partecipare agli accertamenti disposti dal tribunale per valutare se sussiste lo stato di abbandono, cioè a quell'attività informativa che concorre a costruire i fondamenti della decisione a cui gli adulti sono direttamente interessati. Di diversa natura, non probatoria, è l'attività che rientra nella competenza specifica dei servizi e che essi svolgono per eseguire i provvedimenti provvisori e urgenti che il tribunale può assumere nel corso della procedura nell'interesse del minore e per intervenire nell'andamento della situazione conseguente. Si tratta di valutazioni e decisioni relative alla vita del bambino in una struttura o in affidamento familiare, che si sviluppano con incontri e colloqui con coloro che si occupano direttamente di lui. Ad essa è assimilabile l'attività volta a realizzare un eventuale progetto di recupero dei genitori (o parenti) a contenuto sociale e terapeutico. La Cassazione riconosce che questa attività degli operatori dei servizi, che forma oggetto di relazioni informative periodiche al giudice, ha natura amministrativa e "non può che svolgersi in conformità alle disposizioni legislative e regolamentari che la riguardano", sicchè rispetto al suo svolgersi il contraddittorio delle parti e dei loro difensori incontra dei limiti⁷.

Da tale affermazione si ricava che negli interventi degli operatori non ci può essere ingerenza da parte dei soggetti del contraddittorio i quali hanno solo diritto di esaminare e contestare il risultato di tale attività contenuto nelle relazioni che entrano a far parte degli atti processuali a disposizione dei difensori nei limiti consentiti. Come ha giustamente osservato un commentatore, l'attività svolta dai servizi socio sanitari su incarico dal tribunale non costituisce un vero e proprio segmento processuale nel quale il contraddittorio si esplica come se le parti fossero davanti al giudice. L'operato dei servizi mantiene la sua autonomia tecnico-amministrativa con la possibilità di escludere i difensori dai colloqui con i genitori o con gli affidatari del minore. Il contraddittorio può essere recuperato in sede processuale tramite la successiva audizione degli operatori che consente alle parti di esercitare il diritto di difesa, contestando le conclusioni dei servizi e facendo emergere

⁶ Cfr. Corte App. Milano, sentenza n.6/2012 inedita

⁷ Cfr. Cass.26/3/2010 n.7282, in *Famiglia e Diritto*, n.3/2011, pag.268 segg., con nota di L. Querzola.

le eventuali inadeguatezze dell'attività svolta. In presenza di dubbi il giudice può sempre avvalersi di una CTU in cui il contraddittorio è pienamente garantito”⁸.

2. 2. Il procedimento “de potestate”

2. 2. a) legittimità del rito camerale

Per i procedimenti ablativi e limitativi della potestà previsti dal codice civile (art.330-336 CC) la novella del 2001 prevede soltanto l’obbligo di assistenza di un difensore per i genitori e per il minore. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità, in un quadro di interpretazione sistematica, ha ormai attribuito a queste procedure alcuni caratteri propri del procedimento di parti pur mantenendo altre caratteristiche come la (eventuale) procedibilità d’ufficio, peraltro riconosciuta anche dalle norme convenzionali (art.8 Convenzione Strasburgo). Al contraddittorio possono ragionevolmente applicarsi le regole stabilite per il procedimento di adattabilità. Il provvedimento finale non acquista efficacia definitiva e non è ricorribile in cassazione.

La giurisprudenza costituzionale si è ripetutamente pronunciata nel senso che la scarna normativa procedurale deve essere integrata con disposizioni delle convenzioni internazionali, vincolanti nel diritto interno e ha escluso che, così integrato, il procedimento possa essere considerato costituzionalmente illegittimo. In esso il minore ha acquistato ormai una posizione autonoma rispetto ai genitori e, a determinate condizioni, è parte a cui spettano diritti anche processuali.

Già con la sentenza n.1/2002, la Consulta ha dichiarato infondata la censura dell’art.336 CC per asserita violazione del diritto al contraddittorio nei confronti di entrambi i genitori e del minore, ritenendo che la norma dovesse essere interpretata alla luce delle norme della Convenzione di New York sui diritti dell’infanzia (di efficacia immediata nel diritto interno), che prevedono l’ascolto obbligatorio del minore e di entrambi i genitori in tutti procedimenti relativi alla potestà. Conseguentemente ha affermato che, così come i genitori, anche il minore si configura come parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale a sensi dell’art.78 CPC. A conferma di tale interpretazione la stessa pronuncia richiama la novella dell’art.336 CC, introdotta dalla legge n.149/01, all’epoca non ancora in vigore, come dimostrativa della volontà del legislatore di attribuire al minore oltre che ai genitori la qualità di parte con tutte le conseguenti implicazioni⁹.

2.2. b) la posizione del minore e la sua rappresentanza in giudizio

Sulla posizione del minore, parte sostanziale, ma anche parte processuale, se del caso con un proprio legale rappresentante diverso dal genitore, vi è copiosa giurisprudenza costituzionale. Dichiarando inammissibile una censura sull’art.336 CC nella parte in cui non prevede la possibilità di nominare un curatore speciale al minore, la Corte Costituzionale ha indicato al remittente l’opportunità di considerare tutte le norme speciali o generali esistenti nell’ordinamento che consentono tale nomina¹⁰. Un’altra questione di legittimità costituzionale dell’art 336 CC ha riguardato la mancata previsione della nomina di un curatore del minore, con iniziativa officiosa in via di urgenza da parte del tribunale per i minorenni, in caso di necessità di tutela del minore e di mancato esercizio dell’azione da parte di coloro a cui la legge attribuisce l’iniziativa (genitori, parenti entro il quarto grado, PM). L’eccezione è stata dichiarata inammissibile sulla base di un’interpretazione sistematica del diritto interno in relazione alle norme delle Convenzione di New York e di Strasburgo, da cui si ricava che il minore è parte nel procedimento e che il giudice ha il potere di designare un curatore affinchè possa valutare l’opportunità di proporre un’azione a tutela del suo rappresentato¹¹. In materia diversa, con riferimento alla posizione del minore infrasedicenne nel procedimento ex art.250, comma 4.CC (di riconoscimento da parte del secondo

⁸ Cfr. F. Micela, “Interesse del minore e principio del contraddittorio”, in *Minorigiustizia*, n.3/2011, pag. 148.

⁹ Cfr. C. Cost. n.1/2002, in *Famiglia ne Diritto*, n.3/2002, pag. 229, con nota di F.Tommaseo “Giudizi camerali de potestate e giusto processo”.

¹⁰ Cfr. C. Cost ordinanza 15/11/2000 n.528, in *Famiglia e Diritto* n.2/2001, pag. 12, con nota di P. Giangaspero “Procedimenti di volontaria giurisdizione e tutela degli interessi del minore”.

¹¹ C.Cost n.179/2009, *ibid* , n.10/2009, con nota di A. Arceri “Il minore ed i processi che lo riguardano”.

genitore in mancanza di consenso del primo che lo ha riconosciuto), la Corte Costituzionale ha ribadito gli stessi principi: l'interpretazione sistematica e coordinata della norma impugnata con le convenzioni sopra citate e alcune disposizioni del diritto interno, impone di concludere che anche per la fattispecie in questione il giudice, nel suo prudente apprezzamento e previa adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, possa procedere alla nomina di un curatore speciale avvalendosi della disposizione dettata dall'art. 78 CPC. Questo è un principio generale destinato ad operare ognqualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace: se di regola la rappresentanza sostanziale e processuale del figlio minorenne è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento, qualora si prospetti un conflitto di interessi, anche in via potenziale, spetta al giudice procedere alla nomina di un curatore speciale; ciò può avvenire su richiesta del PM o di qualunque parte vi abbia interesse, ma anche d'ufficio, avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art.9, comma 1 della Convenzione di Strasburgo¹².

I principi su cui si fonda tale decisione sono applicabili in generale e quindi se ne può dedurre che anche per l'eventuale promozione di un procedimento di adottabilità, ove si ravvisino i presupposti di uno stato di abbandono e in caso di inerzia del PM, il minore abbia diritto ad avere un curatore nominato d'ufficio dal tribunale per i minorenni ex art. 78 CPC. Così può essere riconosciuto al figlio minorenne il diritto di essere autonomamente rappresentato e difeso nei procedimenti di limitazione della potestà quando si verifichi conflitto di interesse con entrambi i genitori¹³.

2. 3. *l'affidamento dei figli di genitori non coniugati (art. 317 bis CC).*

Effetti processuali e sostanziali della legge n.54/2006-

Il procedimento regolato dall'art. 317 bis CC nel sistema del codice civile rientra tra quelli sulla potestà poichè riguarda l'esercizio di essa e i relativi provvedimenti del giudice, che è il tribunale per i minorenni. In base a tale norma l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi i genitori se sono conviventi, altrimenti spetta al genitore con cui il figlio vive; se non vive con nessuno dei due la potestà è esercitata da chi lo ha riconosciuto per primo. Il giudice tuttavia nell'esclusivo interesse del figlio può decidere diversamente e può anche escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori. Secondo quest'ultima disposizione la norma viene utilizzata per decidere l'affidamento dei figli in caso di disaccordo di genitori che cessano la convivenza.

L'art. 4 della legge 54/2006 sulla separazione dei genitori e l'affidamento condiviso dei figli ha esteso l'applicazione della normativa al procedimento di affidamento dei figli di genitori non coniugati. In mancanza di una chiara indicazione sulla competenza è sorto conflitto tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario risolto con l'attribuzione al primo della competenza sia per l'affidamento che per i provvedimenti consequenziali di natura economica relativamente ai figli non nati da matrimonio. Secondo l'ordinanza delle Sezioni Unite, la norma non ha abrogato né modificato l'art. 317 bis CC, ma ha stabilito nuovi principi da applicare nel procedimento di affidamento dei figli¹⁴. L'assimilazione della posizione dei figli "naturali" e "legittimi" (ancora diversificati nel codice civile, nonostante sia in corso di approvazione un ddl per unificarne il trattamento¹⁵) passa anche attraverso l'equiparazione dei procedimenti di affidamento dei primi a quello di separazione (e divorzio) con figli minori¹⁶. In tal modo il procedimento ex art. 317 bis CC ha acquistato una fisionomia autonoma rispetto a quello sulla potestà, avvicinandosi a quello di affidamento dei figli nella separazione dei genitori e acquistando carattere contenzioso. Il

¹² Corte Cost 11/3/2011 n.83, in *Famiglia e Diritto*, n.6/2011 pag.545, con nota di F. Tommaseo "La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile".

¹³ Va ricordato a questo proposito che la Corte Costituzionale, nel lontano 1986, pur escludendo la rappresentanza in via generale del figlio nei giudizi di separazione e divorzio condividendo la scelta del legislatore di non istituzionalizzare la conflittualità tra genitori e figli, ha tuttavia riconosciuto che, quando essa si verifica in concreto, soccorrono gli istituti previsti in via generale nel codice civile tra cui la nomina di un curatore speciale Cfr. Corte Cost. sentenza n.185/1986.

¹⁴ Cfr Cass. Sez. Un. ordin. 22/3/2007 n. 8362, in *Famiglia e diritto*, n. 5/2007, pag.446 segg.

¹⁵ Cfr. Disegno di legge approvato alla Camera il 30/6/2011, trasmesso al Senato il 4/7/2011 (n.2805 S) che prevede un unico stato giuridico della filiazione.

¹⁶ Cfr. Cass 4/11/09 n.23411, in *Famiglia e diritto*, n.2/2010 pag 113 segg. e Cass 19/4/10 n. 9277, *ibid.* n.8-9/2010 pag 770 segg.

provvedimento conclusivo, che in precedenza riguardava solo l'attribuzione dell'esercizio della potestà, ha ora contenuto decisorio per la regolamentazione degli aspetti patrimoniali ed è ricorribile in cassazione ex art.111 Costituzione. Secondo la Cassazione, l'assimilazione al giudizio contenzioso non è precluso dal rito camerale (comune a tutti i procedimenti avanti al tribunale per i minorenni) poiché la scelta di tale rito in relazione a controversie oggettivamente contenziose si giustifica per ragioni di celerità e semplicità per tutelare particolari interessi in gioco. Del resto anche i procedimenti di separazione e divorzio si svolgono con rito camerale¹⁷. In base a questa giurisprudenza la norma in questione ha effetto, come letteralmente indicato, con riferimento “ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati” in cui va “prioritariamente” disposto l'affidamento condiviso. In mancanza di un provvedimento del giudice, l'esercizio della potestà continua ad essere regolato in base all'art. 317 bis CC.

In senso contrario, con recente isolata pronuncia, la Cassazione ha ritenuto che la legge n.54/2006 abbia invece comportato una tacita abrogazione dell'art.317 bis CC e che il principio dell'esercizio condiviso della potestà sia ormai di applicazione generalizzata, sicchè anche il genitore a cui il figlio non è mai stato affidato e senza bisogno di alcun provvedimento del giudice, esercita la potestà. Afferma la sentenza che dopo la legge 54/06 che ha equiparato, quanto a tutela, i figli nati da convivenza a quelli nati da matrimonio, la potestà non è più esercizio di diritto-dovere in posizione di supremazia, ma “comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole”. Alla sostanziale equiparazione dei figli deve corrispondere un modello unitario di genitorialità a cui si applica il principio della bigenitorialità non solo nel procedimento di affidamento, ma nella regolamentazione sostanziale. Poiché la nuova disciplina “opera una dicotomia tra esercizio della potestà e affidamento, l'esercizio ricorre tanto nell'affidamento condiviso quanto in quello esclusivo”, per cui anche il genitore non affidatario esercita la potestà. Nello specifico a costui, in quanto esercente la potestà sul figlio, è stato riconosciuto il diritto di precluderne l'adozione (ex art. 44/b della legge n.184/83) da parte del coniuge dell'altro genitore con il quale vive e a cui è affidato¹⁸. Tale motivazione suscita perplessità perchè sembra ispirata ad una visione idealizzata e astratta di genitorialità, da salvaguardare anche se in concreto non corrisponde all'interesse effettivo del figlio. Come è stato osservato, non sembra corretto eliminare ogni differenza tra affidamento condiviso ed esclusivo poiché non si possono trascurare circostanze che attengono alla vita quotidiana e che incidono sulla familiarità tra genitori e figli sì che non è lo stesso che sussistano o no. E' evidente il rischio che può derivare al minore dall'attribuire l'esercizio della potestà ad un genitore che non convive con lui che non ha l'affidamento e che potrebbe essersi sempre disinteressato di lui. Nel caso considerato dalla pronuncia in esame il genitore non affidatario si è opposto ad un provvedimento che non fa venire meno il rapporto di filiazione, ma garantisce al figlio una tutela concorrente da parte dell'adottante. In questo caso l'atteggiamento del padre sembra determinato più dalla riaffermazione di un “diritto” sul figlio che dalla assunzione di responsabilità in cui la stessa sentenza fa consistere la potestà genitoriale.

2. 4. *il diritto del minore di essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano.*

Le modalità dell'ascolto

Già previsto in materia di adozione e da altre norme del codice civile, introdotto come istituto generale dalle Convenzioni sui diritti dell'infanzia di New York e di Strasburgo, in seguito sancito dalla legge n.54/2006 per i procedimenti di affidamento dei figli, richiesto infine dai regolamenti dell'Unione Europea, l'ascolto del minore è ormai riconosciuto in generale come obbligatorio in tutte le controversie in cui è coinvolto. Il giudice è tenuto ad ascoltare il minore che ha dodici anni o anche meno se capace di discernimento. Il mancato adempimento è motivo di nullità della procedura salvo che sia stato motivato sotto il profilo della mancanza di discernimento del minore o del pregiudizio che potrebbe derivargli dallo stesso ascolto.

¹⁷ Cfr. Cass.4/11/09 n.23411 sopra citata. Cfr. anche Cass. 30/10/09 n. 23032 in *Famiglia e Diritto* n.2/2010 pag 113. Nello stesso senso cfr. Cass. 19/4/10 n. 9277 sopra citata.

¹⁸ Cfr.Cass. 10/5/2011 n.10265 in *Famiglia e Diritto*, n. 12/1, pag. 1095, con nota critica di Giovanni Mansi.

Nel procedimento per sottrazione internazionale di minore, superando la precedente giurisprudenza di legittimità che lo considera rimesso alla scelta meditata ma non obbligatoria del giudice, la Cassazione ha affermato che ove l'età e le condizioni psichiche lo consentano, l'audizione può essere esclusa solo se il giudice accerta il rischio che la stessa rechi danni gravi alla serenità del minore¹⁹. Nel procedimento di revoca dell'adottabilità il minore deve potersi esprimere e il suo ascolto può avvenire anche all'interno di una consulenza disposta dal giudice per accettare le sue condizioni personali²⁰. Anche se non può considerarsi formalmente parte processuale, nel procedimento di modifica delle condizioni di separazione dei genitori (art. 710 CPC) il figlio minorenne deve essere sentito, poiché è comunque portatore di interessi diversi o contrapposti a quelli dei genitori per quanto riguarda l'affidamento o il diritto di visita. Ne consegue che il mancato ascolto del figlio che non sia motivato sotto il profilo della mancanza di capacità di discernimento o del danno che potrebbe derivargli, comporta la nullità dell'intero procedimento e del provvedimento conclusivo²¹.

La Cassazione è intervenuta in modo chiarificatore sulle modalità dell'ascolto del minore con riferimento alle garanzie del contraddittorio riconosciute ai genitori e ai loro difensori. Le pronunce riguardano il procedimento di adottabilità, ma hanno carattere generale poiché definiscono la natura e la portata dell'adempimento e affermano principi applicabili in ogni caso di ascolto del minore..

La Suprema Corte afferma che l'ascolto del minore non è testimonianza né atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni del minore in ordine alla vicenda in cui è coinvolto. Esso deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore ad esprimere liberamente la propria opinione per evitare che resti estraneo a provvedimenti assunti nel suo interesse. Al giudice specializzato è devoluto il compito di graduare e definire nei modi la presenza del minore nel procedimento in proporzione alla sua capacità di esprimersi. Allo stesso giudice spetta la scelta discrezionale di sentire il minore senza la presenza dei genitori e dei loro difensori e, quindi, non costituisce violazione del diritto di contraddittorio il mancato avviso alle altre parti dell'udienza fissata per l'audizione del minore²². Più recentemente la Cassazione ha ribadito che l'ascolto del minore non è un potere processuale strumentale all'attuazione del principio del contraddittorio perché il diritto di essere ascoltato sussiste anche quando il minore non è parte nel procedimento. E' invece strumentale all'attuazione del superiore interesse del minore e perciò il giudice, con provvedimento motivato, può vietare durante l'ascolto l'interlocuzione con i genitori e i loro difensori²³.

¹⁹ Cfr. Cass. 16/4/2007 n. 9094, in *Famiglia e Diritto*, n.7/2007, pag. 741.

²⁰ Cfr. Cass. 20/4/09 n.14609, in *Famiglia e Diritto*, n.1/2010, pag. 25 segg., con nota di M. Mondello.

²¹ Cfr. Cass sez un 21/10/09 n. 22238, in *Famiglia e Diritto*, n.4/2010, pag 364, con nota di A.Graziosi, in un caso in cui le sezioni unite hanno deciso il conflitto di giurisdizione sull'affidamento di figli di genitori di nazionalità diversa .

²² Cass. 26/3/2010 n.7282 in *Famiglia e Diritto* n.3/2011 pag. 268 con nota di L. Querzola. Cfr. anche Cass. n.1838/2011 citata nella relazione del Primo Presidente della Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012.

²³ Cfr. Cass. 10/6/2011 n.12739, in *Famiglia e Diritto*, n.1/2012, pag. 37, con nota di F.Tommaseo . La giurisprudenza dà pieno conforto a quanto indicato, sin dal febbraio 2006, nel "Protocollo sull'ascolto del minore" elaborato dall'Osservatorio per la giustizia civile di Milano- gruppo minori e famiglia- pubblicato nel sito on line del medesimo Osservatorio. Mi sia consentito rinviare anche al mio scritto " L'ascolto del bambino nei procedimenti civili" in "Il giusto processo e la protezione del minore", Puer/Franco Angeli, 2011.