

**CORSO DI FORMAZIONE PER GIUDICI, AVVOCATI E ASSISTENTI SOCIALI**

**SUL PROCEDIMENTO DINANZI AL TRIBUNALE PER I MINORENNI**

FIRENZE

TERZA GIORNATA – 6 MARZO 2015

**IL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO CIVILE**

(AVV. GIANFRANCO DOSI)

**SOMMARIO**

- I. Quali garanzie richiama il concetto di “contraddittorio” nel processo?
- II. Quali sono le caratteristiche del contraddittorio nelle ADR?
- III. Quali sono le due regole fondamentali del contraddittorio nel processo civile in generale?
- IV. Il contraddittorio nelle azioni di *status filiationis*
- V. Il contraddittorio nella separazione e nel divorzio
- VI. Contraddittorio e litisconsorzio necessario.
- VII. Contraddittorio e litisconsorzio facoltativo. L’intervento dei terzi nel processo di famiglia.
- VIII. Contraddittorio e poteri di controllo e di intervento del giudice: come è disciplinata la legittimazione processuale degli incapaci di agire?
- IX. Qual è la sanzione processuale dell’inosservanza delle norme sul contraddittorio?
- X. Contraddittorio e rito camerale.
- XI. Quali sono le caratteristiche del contraddittorio nel processo civile minorile?
- XII. La difesa del minore parte processuale nei procedimenti di adottabilità e *de potestate*: l’avvocato del minore come avvocato del curatore speciale.
- XIII. Il minore parte in senso sostanziale. L’ascolto quale strumento di garanzia del contraddittorio con il minore?
- XIV. Ha diritto il minore a chiedere la nomina di un proprio rappresentante?

**I. Quali garanzie richiama il concetto di “contraddittorio” nel processo?**

La parola “contraddittorio” esprime nella lingua italiana due significati tra loro molto diversi. In un primo senso – che non riguarda affatto le garanzie processuali né il mondo del diritto- si riferisce a ciò che è inconciliabile e incompatibile, ciò che esprime contraddizione (una certa cosa è contraddetta da un’altra) e questo significato ha una connotazione di tipo nominalistico, oggettivistico; riguarda l’oggetto di un discorso. Riferito, invece, al processo il contraddittorio esprime una regola di condotta soggettiva; richiama il diritto di controbattere, di confutare, di contrastare. Il diritto, appunto, di contraddire. Ed è in questa seconda accezione che il linguaggio giuridico lo utilizza, per richiamare la regola che fonda la dialettica del processo, il diritto di dimostrare una tesi o contrastarne un’altra. La pretesa giuridica, in definitiva, che la decisione sia adottata dopo aver acquisito il punto di vista di chi agisce in giudizio e di è convenuto nella causa.

Le regole fondamentali che il processo civile incontra su questo terreno sono due ed entrambe hanno una copertura costituzionale perché attengono al diritto di difesa (art. 24 Cost.): la prima è la regola secondo cui il processo è in sé considerato “giusto” - e quindi legittimo - se è condotto nel contraddittorio tra le parti (il secondo comma dell’art. 111, Cost. prescrive che “*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale*” e in tempi di ragionevole durata). Se non c’è contraddittorio tra le parti il processo (di qualunque tipo: civile, penale, amministrativo) è ingiusto e quindi illegittimo. La seconda regola – strettamente connessa alla precedente – concerne il meccanismo che rende valido il processo, che è sintetizzato nell’art. 101 del codice di procedura civile (“*il giudice, salvo che la legge disponga diversamente, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata citata e non è comparsa*”). Si capisce da questa regola come il principio del contraddittorio connota in sé anche l’attività decisoria nel senso che pone una condizione essenziale all’esercizio del potere e del dovere del giudice.

Contraddittorio vuol dire, in sostanza, che per la soluzione di una controversia portata davanti al giudice le parti nel processo possono ed hanno diritto di formulare domande, argomentare tesi, contrastare le tesi dell'altro. Sono poi le specifiche regole del processo (penale o civile che sia) a dare corpo alla garanzia del contraddittorio.

Ha affermato **Corte cost. 31 luglio 1990, n. 388** – ritenendo pienamente legittimo il procedimento davanti alla corte dei conti in materia pensionistica - che le norme processuali garantiscono la regolarità del contraddittorio tra le parti prevedendo limiti, forme di atti processuali, termini, poteri e facoltà e che la decisione, dopo l'acquisizione di tutti gli elementi utili e necessari, si matura dal contrasto delle ragioni delle parti e dal gioco dialettico delle loro opinioni. Per questo la dottrina associa il principio del contraddittorio al principio di uguaglianza tra le parti. Mentre per i riflessi sul processo il principio è anche strettamente legato al diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Il contraddittorio è quindi l'insieme delle regole del processo che lo rendono giusto e valido.

Non c'è, naturalmente, nessuna corrispondenza tra rispetto del contraddittorio e verità. Il rispetto del contraddittorio non necessariamente garantisce la verità della sentenza. Le sentenze non sono vere o false. Possono essere giuste o ingiuste. Si tratta di un aspetto per certi versi paradossale del processo perché consente di giungere a soluzioni giuste (cioè rispettose del contraddittorio) ma non necessariamente vere. Questo esito è avvertibile sia nel processo penale che nel processo civile dove proprio le esigenze di rispetto del contraddittorio potrebbero portare a considerare vincente la parte che ha, invece, torto. Si pensi alla parte che per errore non formula nei tempi prescritti (art. 183 c.p.c.) le sue richieste istruttorie. Questo è il paradosso del processo civile.

Il processo civile può svolgersi del tutto legittimamente nel contraddittorio anche solo dei rappresentanti in giudizio delle parti e senza la presenza personale degli interessati. Il contraddittorio può dirsi, cioè, rispettato anche se le parti personalmente non dovessero mai entrare in un'aula di giustizia. L'art. 82 c.p.c. prescrive che le parti *“non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore”* il quale deve essere *“munito di procura”* (art. 83 c.p.c.) con la conseguenza che del tutto legittimamente gli avvocati, cioè i procuratori delle parti, esercitano per tutta la causa funzioni di rappresentanza del loro assistito. Questa assistenza e questa rappresentanza costituiscono, naturalmente, la garanzia di effettività del diritto di difesa. Non soltanto la parte *“può”* ma *“deve”* stare in giudizio con il suo avvocato. Alla regola della rappresentanza sostituiva da parte del difensore della parte, fanno eccezione i casi in cui il codice prescrive la comparizione personale delle parti per alcuni adempimenti, per esempio per l'udienza presidenziale di separazione o divorzio (art.707 c.p.c.) o tutte le volte in cui il giudice su richiesta congiunta delle parti intenda promuoverne la conciliazione e sempre che le parti non scelgano di farsi rappresentare anche per la conciliazione dal loro avvocato (art. 185 c.p.c.). In ogni caso, comunque, il giudice *“in qualunque stato e grado del processo ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa”*: In tal caso *“le parti possono farsi assistere dai difensori”*. Farsi assistere, quindi, e non farsi rappresentare.

La comparizione personale delle parti è un adempimento che trova nel processo in materia di famiglia ampia applicazione, proprio perché il contenzioso su diritti di natura personale che nel diritto di famiglia costituiscono l'oggetto della controversia, non sempre rende delegabile il contraddittorio tra le parti e soprattutto spesso rende necessario il contatto tra il giudice e gli interessati che in altri settori potrebbe essere superfluo.

## II. Quali sono le caratteristiche del contraddittorio nelle ADR ?

Nei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR Alternative Dispute Resolution) il rispetto del contraddittorio assolve alla stessa funzione di garanzia del risultato giusto.

Tuttavia nella mediazione (art. 8 D. Lgs 4 marzo 2010, n. 28), nella negoziazione assistita (art. 2 e seguenti D.L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito nella legge 10 novembre 2014, n. 162) il contraddittorio non deve essere assicurato nel rispetto di principi formali (che più si addicono ad un processo e alle sue norme) ma soprattutto nella sostanza e in osservanza del principio di cooperazione leale delle parti verso una soluzione. In altre parole il contraddittorio è assicurato soprattutto dall'imparzialità del mediatore il quale è chiamato ad adoperarsi *“affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia”* (art. 8, comma 3 D. Lgs 28/2010) e dalla lealtà delle parti in negoziazione che *“convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati”* (art. 3i2, comma 1, D.L. 132/2014).

Non ci sono, quindi specifiche regole per il rispetto del contraddittorio che è lasciato alla competenza e alla capacità del mediatore e delle parti stesse. Ciò che conta nelle SDR è soprattutto il risultato e cioè l'accordo *“sottoscritto dalle parti e dagli avvocati”* (art. 12 D. Lgs 28/2010 e art. 5 D. L. 132/2014).

Si potrebbe concludere sul punto affermando che mentre nel processo al centro vi sono le regole procedurali da rispettare, nelle ADR ciò che è centrale è soprattutto l'accordo che le parti sottoscrivono al termine di incontri anche informali. E, come è noto, le parti possono sottoscrivere accordi tra di loro del tutto legittimamente anche se nel procedimento si fossero verificate irregolarità procedurali che nel processo porterebbero ad una decisione di rigetto della domanda. L'unico limite dell'accordo è la sua contrarietà a norme imperative e all'ordine pubblico (art. 12 D. Lgs 28/2010 e art. 5 comma 2 D. L. 132/2014).

L'accordo di mediazione o di negoziazione è valido o è invalido in sé, in base all'applicazione delle regole che lo riguardano, non in base ad una presunta violazione di regole procedurali.

Il contraddittorio è invece un elemento irrinunciabile nell'arbitrato (art. 816 bis c.p.c.) – che, concludendosi con un lodo che ha valore di sentenza, ha una specifica affinità con il procedimento giurisdizionale – anche se la legge prevede che le parti possono stabilire le norme procedurali che gli arbitri devono osservare. Le parti, però, non possono rinunciare al rispetto del contraddittorio. E' vero che il codice prescrive che in mancanza di una scelta procedimentale da parte degli interessati *“gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio... nel modo che ritengono più opportuno”* ma aggiunge anche che gli arbitri devono attuare in ogni caso il principio del contraddittorio, *“concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa”* ed a pena di nullità del lodo (art. 829 n. 9 c.p.c.).

### **III. Quali sono le due regole fondamentali del contraddittorio nel processo civile in generale?**

La disciplina processuale del contraddittorio è innanzitutto prevista nell'art. 101 c.p.c. il quale, come si è sopra anticipato, prevede che *“il giudice , salvo che la legge disponga diversamente, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata citata e non è comparsa”*.

Questa la prima regola fondamentale del contraddittorio nel processo civile.

Il senso dell'espressione *“salvo che la legge disponga diversamente”* è chiarissimo volendosi affermare la piena legittimità di quelle norme che prevedono deroghe al principio del necessario contraddittorio in relazione alla necessità di garantire la tutela immediata di diritti che potrebbero non essere più soddisfatti se fatti valere nelle forme ordinarie. Nei casi in cui questo avviene, il contraddittorio non è instaurato immediatamente ma solo in via successiva ed eventuale (contraddittorio differito o posticipato). Ci si riferisce ai procedimenti sommari. Innanzitutto al procedimento d'ingiunzione (art. 633 e seguenti c.p.c.) in cui soltanto l'opposizione al decreto emesso dal giudice (art. 645 c.p.c.) consente la piena attuazione del diritto di difesa nel contraddittorio tra debitore e creditore. Altrettanto avviene nei procedimenti cautelari (art. 669-bis e seguenti c.p.c.) allorché il giudice emette decreto *inaudita altera parte* *“quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento”* (art. 669-sexies secondo comma c.p.c.). In tal caso il giudice fissa poi l'udienza per la conferma o la revoca del provvedimento nel contraddittorio tra le parti. Secondo le modifiche introdotte nel rito cautelare nel 2005 il provvedimento d'urgenza *“idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”* potrebbe anche non essere mai sottoposto al contraddittorio delle parti non essendoci più in quel caso per il giudice l'obbligo fissare il termine per l'inizio del giudizio di merito.

La possibilità di un provvedimento *inaudita altera parte* con eventuale contraddittorio posticipato è anche previsto dalla legge 4 aprile 2001, n. 154 per i casi di emissione di ordini di protezione (art. 736-bis, terzo comma, c.p.c.).

Al di fuori di queste ipotesi, come sopra detto, *“il giudice... non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata citata e non è comparsa”*(art. 101 c.p.c.).

Naturalmente il riferimento alla citazione è solo esemplificativo in quanto il principio identifica un obbligo di regolare convocazione della parte in giudizio che può realizzarsi anche se questa avviene con la notifica di un decreto di comparizione apposta in calce ad un ricorso. Ciò che conta è che la parte convenuta in giudizio sia stata posta in condizioni di contraddire e di esercitare le sue difese.

La norma in questione presenta un carattere di ambiguità determinato dal fatto che la disposizione sembra supporre la citazione e la comparizione del convenuto. Infatti la formulazione della norma (in particolare la congiunzione *“e”*, da molti considerata un vero e proprio lapsus del legislatore) lascerebbe intendere che il processo non potrebbe essere celebrato se la parte non è stata citata *“e”* non è comparsa. Cioè a dire sarebbe necessaria non solo la citazione della parte ma anche la sua comparizione. La prassi processualista ha sempre però superato questa ambiguità lessicale proponendo una interpretazione correttiva della norma che viene riferita al caso di citazione nulla o invalida a cui segua ciononostante la comparizione del convenuto. Come è noto la comparizione del convenuto sana ogni vizio della citazione (art. 164, comma 2, c.p.c.). Quindi la congiunzione *“e”* viene riferita alla

sola ipotesi della irregolarità della citazione. Se la notifica è regolare questa è sufficiente ad instaurare validamente il contraddittorio anche se il convenuto poi rimane contumace. Se invece la notifica è viziata, è necessaria la comparizione del convenuto ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio.

Questa interpretazione è ritenuta pacifica anche confrontando l'art. 101 attuale con il suo antecedente nel codice di procedura del 1865 (art. 38) nel quale si leggeva che *“non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è cui è proposta”*. Qui la congiunzione corretta “o” non lascia dubbi sul significato della norma.

Come anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, il principio del contraddittorio come indicato nel primo comma dell'art. 101 c.p.c. vale non solo per l'introduzione della causa ma, naturalmente, deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo (**Cass. civ. Sez. III, 29 novembre 2005, n. 26040**).

La regola codificata nell'art. 101 c.p.c. per il processo civile si ispira ad un principio costituzionale che investe ogni tipo di processo (civile, penale, amministrativo, esecutivo, di volontaria giurisdizione).

La seconda regola fondamentale del contraddittorio nel processo civile attiene al comportamento del giudice.

L'art. 101 contiene, infatti, un altro presupposto di regolarità del contraddittorio per l'ipotesi in cui il giudice ritenga di dover *“porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata dalle parti”*. In tal caso il secondo comma della norma indicata (aggiunto dall'art. 45, comma 13, della legge 18 giugno 2009, n. 69 a decorrere dal 4 luglio 2009) prescrive che il giudice debba a pena di nullità provocare il contraddittorio delle parti su tale questione (assegnando loro un termine tra i venti e i quaranta giorni per memorie contenenti osservazioni sulla questione rilevata d'ufficio). Un meccanismo analogo era già stato introdotto per il giudizio di cassazione nell'art. 384 c.p.c. (nel testo modificato dall'art. 12 del D. Lgs 2 febbraio 2006, n. 40) per l'ipotesi in cui la Corte che decide nel merito (**Cass. civ. Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 15964**) *“ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio”*.

E' evidente che in tanto in fase decisoria una questione del genere si pone in quanto non si sia già posta in fase istruttoria dove l'art. 183 c.p.c. al quarto comma prescrive che nell'udienza di trattazione *“il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”*. In seguito a ciò le parti hanno la possibilità di integrare i loro mezzi di prova e di discutere di tali questioni.

Non sono quindi possibili nel processo civili sentenze “a sorpresa”, come la dottrina le ha chiamate.

La sanzione della nullità della sentenza “a sorpresa” è oggi espressamente indicata nell'art. 101 c.p.c. nel testo modificato nel 2009.

In ogni caso la nullità era già stata affermata per la prima volta da **Cass. 21 novembre 2001, n. 14637** allorché aveva annullato con rinvio una sentenza che non era stata preceduta dalla provocazione del contraddittorio *“che costituisce un preciso obbligo del giudice per impedire che le parti possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute”*.

Gli stessi principi sul “divieto di una terza via” e sul “divieto delle sentenze a sorpresa” vennero poi ribaditi da **Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108** e **Cass. 9 giugno 2008, n. 15194** secondo cui la mancata segnalazione da parte del giudice *“comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti che sono private dell'esercizio del contraddittorio”* e – dopo la previsione espressa per legge della nullità – sono stati affermati da **Cass. civ. Sez. III, 7 novembre 2013, n. 25054** secondo cui anche nel sistema anteriore all'introduzione del secondo comma dell'art. 101 cod. proc. civ. operata con l'art. 45, comma 13, della legge 18 giugno 2009, n. 69, il dovere costituzionale di evitare sentenze cosiddette “a sorpresa” o della “terza via”, poiché adottate in violazione del principio della “parità delle armi”, aveva un preciso fondamento normativo, costituito dall'art. 183 cod. proc. civ., che fa carico al giudice di indicare, alle parti, *“le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”*.

#### **IV. Il contraddittorio nelle azioni di *status filiationis***

Le regole indicate valgono per il processo civile in generale ma anche per il processo civile nell'ambito del diritto di famiglia, come per esempio in tutte le azioni di *status filiationis*, soprattutto dopo l'unificazione davanti al giudice civile ordinario di tutte le cause in questo settore prevista dalla riforma sulla filiazione del 2012/2013.

Nel diritto di famiglia, come è noto, gran parte delle controversie sono regolamentate dal rito camerale (art. 38, terzo comma, disp. att. c.c.: “fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero...”). I problemi specifici che si pongono in tema di rispetto del contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio verranno trattati più oltre allorché si tratterà del contraddittorio nel rito camerale e nel processo civile minorile.

Le azioni di stato per espressa indicazione del nuovo art. 38 disp. att. c.c. restano fuori dal rito camerale (“fermo restando quanto previsto per le azioni di stato...”). Tali azioni seguono le regole del processo civile a cognizione piena.

Innanzitutto l'azione di disconoscimento. L'art. 247 c.c. (legittimazione passiva) – non modificato dalla riforma sulla filiazione del 2012/2013 – prevede al primo comma che nell'azione di disconoscimento della paternità sono litisconsorti necessari “il presunto padre [cioè il marito], la madre e il figlio”. La giurisprudenza, partendo dalla considerazione che l'art. 247 del codice civile espressamente individua come parti del giudizio di disconoscimento la madre, il marito di lei e il figlio ha sempre escluso che il padre biologico possa intervenire nel procedimento (Cass. civ. Sez. I, 6 aprile 1995, n. 4035) o proporre opposizione di terzo contro la sentenza di disconoscimento (Cass. civ. Sez. I, 13 gennaio 2014, n. 487; Cass. civ. Sez. I, 17 luglio 2012, n. 12211). Quindi il padre biologico nell'azione di disconoscimento non ha titolo a promuovere o a partecipare alla causa di disconoscimento – e quindi non ha titolo ad intervenire nel processo – anche se può richiedere al giudice di nominare un curatore speciale per l'inizio dell'azione (ultimo comma dell'art. 244 c.c. nel testo modificato dalla riforma della filiazione del 2012/2013).

Viceversa nell'impugnazione per difetto di veridicità dello status di figlio nato fuori dal matrimonio il primo comma dell'art. 263 c.c. – anch'esso non toccato dalla riforma sulla filiazione che ha interessato però la parte rimanente della norma – prevede che “il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse”. Chi asserisce di essere il padre biologico è, quindi, tra i soggetti che può promuovere l'azione e partecipare poi a pieno titolo al processo (Cass. civ. Sez. I, 15 aprile 2005, n. 7924 che ha ritenuto il sistema non lesivo dei principi costituzionali e Cass. civ. Sez. I, 16 marzo 1994, n. 2515)

Pertanto nelle due più importanti azioni di eliminazione di uno status non veritiero il contraddittorio è regolamentato in modo diverso. Nel disconoscimento della paternità (legittima) sono parti del processo soltanto la madre, il marito di lei e il figlio, mentre nell'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio (naturale) è attribuita legittimazione anche al padre biologico. La disparità di trattamento potrebbe non apparire ragionevole da un punto di vista strettamente giuridico (dove in ogni caso varrebbero per il presunto padre biologico gli stessi limiti di prescrizione dell'azione previsti per i genitori “legittimi”) ma trova evidentemente ragioni metagiuridiche (determinate dal tradizionale disfavore per l'intrusione di terzi nella famiglia fondata sul matrimonio) la cui plausibilità meriterebbe di essere sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

## V. Il contraddittorio nella separazione e nel divorzio

Restano anche fuori dal rito camerale le cause di separazione e divorzio che assumono solo in appello la natura procedimentale camerale. Si tratta pertanto di procedure speciali – caratterizzate anche da una fase presidenziale prodromica - per le quali il contraddittorio si instaura con modalità che il legislatore ha voluto diverse da quelle ordinarie. In particolare, ove non vi sia ricorso congiunto delle parti, il ricorrente e il convenuto entrano nel giudizio con una modalità del tutto particolare e inedita nel processo civile - voluta dall'ultima riforma della separazione e divorzio (legge 14 maggio 2005, n. 80) – la quale ha riformulato completamente sia le norme sulla separazione (articoli 706, 707, 708 e 709 c.p.c.) sia quelle sul divorzio (art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898).

In entrambi i casi il ricorrente propone la domanda di separazione “con ricorso che deve contenere l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata”. Ugualmente propone la domanda di divorzio sempre con ricorso che deve contenere “l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda... è fondata”.

Il Presidente del tribunale fissa l'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé indicando il termine per la notificazione del ricorso e del decreto ed il termine entro il quale il coniuge convenuto può depositare una memoria difensiva con documenti

I coniugi devono comparire personalmente. Il presidente dopo averli sentiti dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti e fissa l'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore per il prosieguo della causa, assegnando “termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa che deve avere il contenuto

di cui all'art. 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6) e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. L'ordinanza deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'art. 167, primo e secondo comma, e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio”.

Si tratta, come detto, di una inedita modalità di costituzione in giudizio in cui entrambe le parti (coniuge ricorrente e coniuge resistente) devono procedere alla loro costituzione – e quindi alla regolare instaurazione del contraddittorio - con due atti successivi (ricorso introduttivo e memoria integrativa per il ricorrente; memoria difensiva e comparsa di costituzione per il resistente). Con il ricorso introduttivo il ricorrente si costituisce in giudizio e il ricorso deve perciò inevitabilmente contenere il mandato ad un difensore. Viceversa il coniuge convenuto in giudizio può redigere la memoria difensiva anche senza difensore potendo costituirsi, dando mandato al difensore, con la comparsa di costituzione (o anche in seguito, se desidera, subendo però le preclusioni procedurali di cui agli articoli 166 e 167 c.p.c.). Il convenuto ha perciò diritto a non costituirsi in giudizio o a costituirsi quando desidera rimanendo fino ad allora contumace).

Il meccanismo di instaurazione del contraddittorio realizza quindi nella separazione e nel divorzio una inedita modalità di costituzione in giudizio progressiva che nella prassi successiva alla riforma è stata, però, del tutto svuotata di significato (in quanto entrambe le parti tendono a costituirsi con il proprio difensore con il primo dei due atti, considerato che all'udienza presidenziale vengono assunti provvedimenti temporanei e urgenti che potrebbero durare a lungo nel processo e condizionarne quindi il corso).

Altra caratteristica del processo di separazione e divorzio è la necessaria presenza personale del ricorrente alla prima udienza di separazione e di divorzio (mentre, invece, l'assenza del convenuto non può mai impedire la prosecuzione del processo). Nel processo ordinario infatti se l'attore (rappresentato dal difensore) non compare alla prima udienza il convenuto può chiedere che il processo continui in assenza di lui (art. 181 c.p.c.) – perché il convenuto può avere interesse ugualmente alla prosecuzione della causa - mentre nel processo di separazione e di divorzio è previsto che “*se il ricorrente non si presenta o rinuncia, la domanda non ha effetto*” (art. 707, comma 2, c.p.c. e art. 4, comma 7, della legge sul divorzio).

## **VI. Contraddittorio e litisconsorzio necessario.**

Espressione del principio del contraddittorio è anche la norma che si occupa dei casi di litisconsorzio necessario nel processo. Si tratta dell'art. 102 c.p.c. il quale prevede che “*se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo*”. Se questo non avviene il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio.

La norma è di semplice spiegazione. Si vuole non solo evitare che una decisione possa riflettersi sui diritti di qualche controinteressato che non è stato messo in grado di contraddire (**Cass. civ. Sez. I, 7 marzo 2006, n. 4890**) ma anche e soprattutto che la decisione possa impedire all'attore di conseguire il proprio scopo (**Cass. civ. Sez. I, 9 marzo 2004, n. 4714**). In effetti la fattispecie del litisconsorzio necessario si verifica quando per la particolare natura e configurazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio e per la situazione strutturalmente comune a una pluralità di soggetti, la decisione non può conseguire il proprio scopo se non è resa nei confronti di tutti i soggetti. Proprio per questo la funzione dell'istituto è quella di tutelare chi propone la domanda e non potrebbe conseguire quanto ha richiesto se la sentenza non producesse effetti nei confronti di tutti i litisconsorti. Si pensi ad una causa che abbia ad oggetto l'accertamenti di un diritto di usufrutto su un bene: se i proprietari sono più di uno è evidente che tutti devono essere chiamati nel processo dal momento che l'accertamento dell'usufrutto finisce per gravare su tutti i proprietari. E d'altro lato una sentenza emessa solo nei confronti di un comproprietario finirebbe per non essere utile all'usufruttuario che si vedrebbe comunque ostacolato l'esercizio del suo diritto dagli altri comproprietari.

Altre volte è la legge che stabilisce l'obbligo di contraddittorio tra più persone: per esempio il disconoscimento di paternità deve svolgersi in contraddittorio tra la madre, il marito di lei e il figlio. Ciascuno di costoro è litisconsorte necessario e poiché la decisione si riflette su tutti e tre è evidente che ciascuno di essi deve essere messo in condizioni di partecipare al processo.

Nel diritto di famiglia la giurisprudenza ha avuto modo di segnalare alcune imporranti situazioni di litisconsorzio necessario soprattutto nell'ambito della comunione legale.

Per esempio il coniuge in comunione legale dei beni è litisconsorte necessario nel giudizio relativo ad una controversia sul bene (Cass. civ. Sez. II, 21 maggio 2008, n. 12849; Cass. civ. Sez. II, 14 gennaio 1997, n. 284) ma non rispetto ad una controversia conseguente ad un contratto di vendita di un bene in comunione stipulato da uno dei coniugi al quale il convenuto inadempiente non può opporre la mancata integrazione del contraddittorio, essendo del tutto valida ex art. 184 c.c. l'attività negoziale effettuata da uno dei coniugi in comunione (Cass. civ. Sez. I, 7 marzo 2006, n. 4890).

## VII. Contraddittorio facoltativo. L'intervento dei terzi nel processo di famiglia.

Con l'espressione "contraddittorio facoltativo" si fa riferimento a quella determinata situazione in cui tra più cause esiste un legame (connessione per l'oggetto o il titolo) e quindi per tale motivo più parti potrebbero agire o essere convenute nello stesso processo (art. 103 c.p.c.). La stessa situazione si verifica se la decisione delle cause dipende dalla risoluzione di una medesima questione.

In verità l'espressione può essere anche utilizzata per richiamare la situazione che si verifica quando un terzo intende intervenire in una causa tra altre persone. Anche in questo caso infatti la causa nella quale il terzo interviene presenta e deve presentare (per rendere legittimo l'intervento) elementi di connessione per l'oggetto o per il titolo, come chiarisce bene il codice di procedura allorché prescrive all'art. 105 che "*chiunque può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo*" (primo comma: cosiddetto *intervento autonomo*) e che "*può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse*" (secondo comma: cosiddetto *intervento adesivo*).

Per intervenire occorre essere titolari di un diritto o di un interesse qualificato.

Con l'intervento cosiddetto autonomo (principale, cioè nei confronti di entrambe le parti, o nei confronti di una sola delle parti in causa) il terzo fa valere un proprio diritto in un processo pendente tra altre parti. Si pensi al proprietario di un immobile che interviene in una causa proposta da un'altra persona che si ritiene proprietario dello stesso immobile. Il diritto deve essere relativo all'oggetto ovvero dipendente dal titolo dedotto nel processo (Cass. civ. Sez. Unite, 5 maggio 2009, n. 10274; Cass. civ. Sez. II, 28 dicembre 2009, n. 27398; Cass. civ. Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14844). L'intervento autonomo è previsto a tutela di un vero e proprio diritto, non quindi di una posizione giuridica soggettiva di mero fatto o legata ad un'aspettativa meramente ipotetica (Cass. civ. Sez. Unite, 5 febbraio 2013, n. 2593).

Viceversa l'intervento adesivo è previsto anche solo a tutela di un interesse, anch'esso però non generico o di mero fatto, ma giuridicamente qualificato (Cass. civ. Sez. I, 10 gennaio 2014, n. 364; Cass. civ. Sez. I, 19 settembre 2013, n. 21472). Si tratta dei casi in cui una persona interviene in una causa tra altre parti (per esempio ad una causa di accertamento della proprietà tra due soggetti che si ritengono entrambi proprietari) per far valere un proprio interesse, per esempio alla prosecuzione di un contratto di locazione sull'immobile. Qui il terzo può essere titolare anche solo di un interesse che giustifichi l'adesione alle ragioni di una delle parti in causa. Deve trattarsi non di un interesse generico o di mero fatto, bensì giuridicamente qualificato, determinato dalla necessità di impedire la ripercussione, nella propria sfera giuridica, delle eventuali conseguenze dannose derivanti da effetti riflessi o indiretti del giudicato. Il terzo non aziona un proprio diritto, ma si limita a chiedere l'accoglimento della domanda già avanzata da taluna delle parti originarie. Anche l'intervento adesivo attribuisce la qualità di parte del giudizio (Cass. civ. Sez. III, 17 luglio 2003, n. 11202).

L'intervento autonomo (art. 105, primo comma, c.p.c.) legittima naturalmente anche l'autonoma impugnazione, a differenza dell'intervento adesivo (art. 105, secondo comma, c.p.c.) che esclude tale legittimazione (Cass. civ. Sez. lavoro, 1 giugno 2004, n. 10530) ma consente solo di intervenire nell'eventuale giudizio di appello.

Vediamo in quali casi si discute della possibilità o meno dell'intervento del terzo nel processo in materia di diritto di famiglia.

### a) il padre biologico nelle cause di disconoscimento della paternità?

Come si è sopra visto l'art. 247 c.c. – non modificato dalla riforma sulla filiazione del 2012/2013 – prevede al primo comma che nell'azione di disconoscimento della paternità sono litisconsorti necessari "*il presunto padre [cioè il marito], la madre e il figlio*". Non vengono menzionati altri soggetti. Tuttavia all'ultimo comma dell'art. 244 (in questa parte novellato dalla riforma sulla filiazione) si prevede ora che l'azione può essere "*altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice assunte informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i quattordici anni* [sedici anni, prima della riforma operata dall'art. 18 del D. Lgs 28 dicembre 2013, n.

148] ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio di età inferiore". L'attribuzione della legittimazione a richiedere la nomina di un curatore all'altro genitore costituisce una novità della riforma.

La norma attribuisce, quindi, al genitore biologico (oltre al pubblico ministero) il potere di richiedere direttamente al giudice la nomina del curatore speciale fino al compimento del quattordicesimo anno di età del figlio. Oltre i quattordici anni la decisione resta sempre del figlio.

La giurisprudenza, partendo dalla considerazione che l'art. 247 del codice civile espressamente individua le parti del giudizio di disconoscimento (madre, marito di lei e figlio) ha sempre escluso, però, che l'asserito padre biologico possa intervenire nel procedimento (**Cass. civ. Sez. I, 6 aprile 1995, n. 4035**) o proporre opposizione di terzo contro la sentenza di disconoscimento (**Cass. civ. Sez. I, 17 luglio 2012, n. 12211; Cass. civ. Sez. I, 13 gennaio 2014, n. 487**). Quindi l'asserito padre biologico nell'azione di disconoscimento non ha titolo a promuovere o a partecipare alla causa di disconoscimento – e quindi non ha titolo ad intervenire nel processo - ma può richiedere al giudice (presidente del tribunale) di nominare un curatore speciale per l'inizio dell'azione. Il Presidente del tribunale non ha naturalmente l'obbligo di nominare un curatore speciale (neanche ove gli fosse richiesto dal pubblico ministero) ma solo di prendere in considerazione l'istanza del padre biologico ("assunte sommarie informazioni") e di accoglierla o respingerla dopo aver valutato l'interesse del minore e quindi l'opportunità dell'azione (**Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429**).

Viceversa nell'azione di eliminazione per non veridicità dello status di figlio nato fuori dal matrimonio il primo comma dell'art. 263 c.c. – anch'esso non toccato dalla riforma sulla filiazione che ha interessato però la parte rimanente della norma – prevede che "il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse". Chi asserisce di essere il padre biologico è, quindi, tra i soggetti che può promuovere l'azione e partecipare poi a pieno titolo al processo (**Cass. civ. Sez. I, 15 aprile 2005, n. 7924** che ha ritenuto il sistema non lesivo dei principi costituzionali e **Cass. civ. Sez. I, 16 marzo 1994, n. 2515**).

La diversità dei poteri del padre biologico nell'azione di disconoscimento e in quella di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità potrebbe porre qualche problema di legittimità costituzionale, in relazione alla mancata previsione a favore dell'asserito padre biologico di un potere di azione e di partecipazione nelle cause di disconoscimento in quanto in un sistema orientato soprattutto al *favor veritatis* il ruolo attivo del padre biologico non dovrebbe restare illogicamente mortificato di fronte alla famiglia matrimoniale (terreno tradizionalmente permeato dal *favor legitimitatis*).

#### **b) Il figlio maggiorenne nelle cause di separazione?**

L'art. 155-*quinquies* del codice civile (ora art. 337-*septies* dopo la riforma sulla filiazione) aveva introdotto nel contesto della riforma sull'affidamento condiviso dei figli del 2006 disposizioni "in favore dei figli maggiorenni". Per la prima volta nell'ordinamento una norma si occupava specificamente dei figli maggiorenni in particolare prevedendo che "il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico" che, "salvo diversa determinazione è versato direttamente all'avente diritto" cioè – secondo l'interpretazione ormai pacifica - al figlio maggiorenne direttamente o al genitore con il quale il figlio abita, essendo la loro legittimazione considerata concorrente (tra le tante **Cass. civ. Sez. I, 21 giugno 2002, n. 9067** nella quale si fa cenno per la prima volta all'ammissibilità dell'intervento del figlio maggiorenne affermandosi che "se il figlio non interviene nel giudizio pendente, e la sentenza di condanna viene emessa solo in favore del genitore convivente, nei suoi confronti non opera il giudicato formale della sentenza").

La giurisprudenza successiva alla riforma del 2006 in tema di affidamento condiviso ha mantenuto la stessa linea interpretativa ammettendo la legittimazione concorrente del genitore convivente con il figlio maggiorenne (**Cass. civ. Sez. I, 25 luglio 2013, n. 18075** che l'ha presupposta ritenendola esclusa solo in difetto di una stabile coabitazione e **Cass. civ. Sez. VI, 28 ottobre 2013, n. 24316** che ha espressamente precisato che la mancata richiesta, da parte del figlio maggiorenne non indipendente economicamente, di corresponsione diretta dell'assegno di mantenimento giustifica la legittimazione a riceverlo da parte del genitore con lui convivente).

Già era riconosciuto, naturalmente, il diritto del figlio maggiorenne al mantenimento anche oltre il compimento della maggiore età, ma è stato inevitabile che l'introduzione di una norma giuridica che richiamava espressamente questo aspetto, avesse anche ripercussioni sul tema dell'intervento del figlio maggiorenne nel processo di separazione e di divorzio ed infatti la giurisprudenza (prima di merito e poi di legittimità) ha ritenuto – dopo la novella del 2006 - ammissibile l'intervento del figlio maggiorenne nella causa di separazione dei propri genitori (**Cass. civ. Sez. I, 19 marzo 2012, n. 4296**). La questione della legittimazione del figlio maggiorenne (cui la legge garantiva una titolarità del diritto al mantenimento) ad intervenire nel giudizio di separazione e di divorzio dei



propri genitori è intimamente connessa a quella della riconosciuta legittimazione *iure proprio* del genitore a richiedere anche egli stesso il contributo di mantenimento per il figlio convivente ed era perciò inevitabile che dal riconoscimento della coesistenza dei due diritti si arrivasse a prevederne anche processualmente la medesima contestuale possibile tutela.

D'altro lato, come si è sopra visto, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento di terzo in un giudizio pendente tra altre parti, è ritenuto sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione o un collegamento implicante l'opportunità di un *simultaneus processus*, indipendentemente dall'esistenza o meno nel soggetto che ha instaurato il giudizio della *legitimatio ad causam*. Questi principi sono stati sviluppati per esempio – come si è all'inizio già riferito - da **Cass. civ. Sez. II, 28 dicembre 2009, n. 27398** in cui si è affermato che la facoltà d'intervento in giudizio, deve essere riconosciuta indipendentemente dall'esistenza o meno, nel soggetto che ha instaurato il giudizio medesimo, della *legitimatio ad causam* che attiene alle condizioni dell'azione proposta nel merito e da **Cass. civ. Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14844** secondo cui la diversità dei rapporti giuridici non costituisce un elemento decisivo per escludere l'ammissibilità dell'intervento, essendo sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento con quella di altre parti relative allo stesso oggetto sostanziale, tali da giustificare un simultaneo processo.

Questi richiami servono evidentemente alla giurisprudenza per superare l'obiezione che la *legitimatio ad causam* nel processo di separazione e di divorzio appartiene certamente solo ai genitori ma che questo non impedisce l'intervento del figlio maggiorenne nel processo atteso che egli ha comunque un diritto che può essere tutelato nello stesso processo.

Facendo applicazione dei principi sopra esposti è stato quindi affermato che “in tema di separazione coniugale, l'intervento in causa del figlio delle parti, per questioni attinenti il mantenimento, non si configura quale litisconsorzio necessario, bensì quale intervento volontario ai sensi dell'art. 105, sulla base della legittimazione del genitore concorrente con quella del figlio, la quale trova il suo fondamento nella titolarità del diritto al mantenimento e che “l'intervento in giudizio del figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente può avvenire in tutte le forme previste dall'art. 105 c.p.c. (per far valere un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo della controversia, o eventualmente in via adesiva) e assolve una funzione di ampliamento del contraddittorio, consentendo al giudice di provvedere in merito al mantenimento sulla base di un'approfondita ed effettiva disamina delle istanze dei soggetti interessati” (**Cass. civ. Sez. I, 19 marzo 2012, n. 4296** che costituisce la prima articolata pronuncia di legittimità sul nuovo art. 155-*quinquies* dopo la novella del 2006). Come è stato tra l'altro ben sottolineato nel commento favorevole a queste decisioni non è di ostacolo al riconoscimento dell'opportunità del *simultaneus processus* la circostanza che il processo di separazione segua un rito speciale dal momento che la specialità attiene soprattutto alle questioni relative allo status coniugale e non all'accertamento accessorio del diritto relativo al mantenimento.

Per concludere è opportuno sottolineare che l'intervento del figlio maggiorenne (in via principale o in via adesiva) può esplicarsi in tutti i procedimenti in cui i genitori discutono del suo mantenimento (separazione, divorzio, nullità, procedimenti di modifica, procedure relative al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio) anche allorché la maggiore età venga raggiunta nel corso del giudizio e che la riconosciuta legittimazione all'intervento del figlio maggiorenne nel processo in cui i suoi genitori discutono del suo mantenimento non esclude la possibilità che il figlio maggiorenne possa anche agire attraverso una autonoma ordinaria iniziativa giudiziaria. In tutti questi casi, inoltre, l'intervento o l'azione del figlio per lo più potrà anche comportare la sopravvenuta carenza di legittimazione *iure proprio* dei genitori.

### **c) I nonni nel processo di separazione?**

Anche per i nonni la riforma sulla filiazione ha introdotto alcune novità molto significative. In particolare nell'ambito delle nuove norme sui diritti e doveri del figlio il nuovo art. 317-bis del codice civile (rapporti con gli ascendenti) – introdotto dal D. Lgs 28 dicembre 2013, n. 154) prevede ora che “*gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni*” e che “*l'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore*”. Il procedimento – secondo quanto espressamente prevede lo stesso art. 317-bis - è quello in camera di consiglio disciplinato nell'art. 336 c.c. (anche in questo caso riformato dal D. Lgs 154/2013) e la competenza è stata attribuita, non senza qualche contraddizione, al tribunale per i minorenni (art. 38 disp. att. c.c. nel testo introdotto dall'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 modificata in parte qua dall'art. 96 lett. c) del D. Lgs 28 dicembre 2013, n. 154).

Il nonno al quale sia impedito, quindi, l'esercizio del diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni può ricorrere ex art. 336 c.c. al tribunale per i minorenni. In questo procedimento sarà parte a pieno titolo.

Il problema che si deve affrontare è se, nell'ipotesi in cui sia in corso una causa di separazione tra i genitori del minore il nonno, anziché ricorrere al tribunale per i minorenni, possa invece intervenire direttamente nel processo di separazione.

E' pur vero che nel processo di separazione potranno essere gli stessi genitori ad introdurre nella causa, ove necessario, il tema dei rapporti del figlio con i rispettivi rami parentali (non solo i nonni, quindi, ma anche gli zii e i cugini, per esempio) e non vi è dubbio che il giudice della separazione abbia pieno titolo per occuparsi di questi aspetti considerato che le norme sulla separazione prevedono espressamente che *“il figlio minore ha diritto... di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”* (art. 337-ter c.c. e già prima art. 155 c.c.), ma è altrettanto vero che la qualificazione molto chiara del *“diritto”* dei nonni operata dalla riforma sulla filiazione rafforza il convincimento che i nonni possano anche intervenire ex art. 105 c.p.c. nel processo di separazione secondo i principi generali che sono stati sopra esaminati parlando dell'intervento dei terzi in generale.

Prima della riforma sulla filiazione poteva essere plausibile ritenere – come si riteneva – che *“relativamente ai rapporti tra il minore e gli ascendenti, come precisa anche l'art. 155 c.c. nuovo testo [introdotta dalla legge 54/2006] non si tratta di un diritto dei nonni ma di un diritto del minore e di conseguenza va esercitato con modalità che non interferiscano sul primario diritto del minore stesso di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori”* (Trib. Messina, 29 gennaio 2008) e che di conseguenza *“i nonni hanno diritto di vedere i nipoti ma non di intervenire nel processo di separazione dei genitori anche quando lamentano che, malgrado sia stato disposto l'affidamento condiviso, la nuora impedisca loro di mantenere rapporti con i nipotini. In tale prospettiva si era precisato che il legislatore del 2006 ha stabilito l'interesse del nipote a mantenere relazioni affettive con i nuclei di provenienza genitoriale, ma questo non è sufficiente – in mancanza di una espressa previsione normativa – a ritenere che altri soggetti diversi dai coniugi siano legittimati ad essere parti nel giudizio di separazione”* (Cass. civ. Sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22081 dove si precisa che la legittimazione all'intervento ad adiuvandum presuppone la titolarità nel terzo di una situazione giuridica in relazione di connessione - da individuarsi in termini di pregiudizialità dipendenza - con il rapporto dedotto in giudizio, tale da esporlo ai cosiddetti effetti riflessi del giudicato. Ciò posto, anche alla luce della novella di cui alla L. n. 54 del 2006 che notevolmente valorizza la posizione degli ascendenti e degli altri parenti di ciascun ramo genitoriale nei confronti del minore, non pare potersi riconoscere la sussistenza di una posizione siffatta in capo ai menzionati soggetti nell'ambito dei giudizi di separazione o divorzio, poiché immutati quanto alla natura, all'oggetto, ai diritti ed alle posizioni anche in seguito alla citata novella).

Pertanto nel giudizio di separazione personale la legittimazione ad agire spetterebbe – secondo la sentenza da ultimo richiamata - unicamente ai coniugi, non potendosi ravvisare la sussistenza di diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel processo che possano legittimare un intervento di terzi ovvero un interesse di terzi a sostenere le ragioni di una delle parti sul quale fondare un intervento ad adiuvandum.

Gli stessi principi sono stati ribaditi da Cass. civ. Sez. I, 27 dicembre 2011, n. 28902 dove si osserva che *“in assenza di un dato normativo che autorizzi un'iniziativa sul piano giudiziario degli ascendenti, come avviene nei giudizi de potestate* (art. 336 c.c., comma 1), non è consentito l'intervento degli stessi nei giudizi di separazione e di divorzio, nei quali la posizione dei minori è tutelata sotto forme che non prevedono la loro assunzione della qualità di parte, né uno specifico diritto di difesa, come avviene nei procedimenti di adozione. D'altra parte, una lettura sistematica del quadro normativo, alla luce delle norme che disciplinano la revisione delle condizioni della separazione e che sono intese a dirimere i conflitti fra genitori induce a ritenere che questi ultimi siano gli unici soggetti cui è affidata la legittimazione sostitutiva all'esercizio dei diritti dei minori. Pertanto anche in seguito alla novella dell'art. 155, comma 1, c.c., operata dalla legge n. 54/2006 gli ascendenti non sono titolari di alcun diritto a conservare rapporti e relazioni con i nipoti, ma solo di un mero interesse di natura morale o affettiva, il quale non legittima gli ascendenti stessi a intervenire nei giudizi di separazione e di divorzio.

Qui l'inammissibilità dell'intervento dei nonni è anche fondata sull'insussistenza nei minori di una loro qualificazione come parti del processo di separazione che non giustificerebbe neanche l'intervento *ad adiuvandum*. Non si potrebbe, cioè, intervenire per sostenere le ragioni un soggetto che non è nemmeno parte del processo. Non sembra però una argomentazione decisiva dal momento che l'intervento *ad adiuvandum* potrebbe essere effettuato per sostenere le ragioni di uno dei genitori.

In ogni caso l'elemento soprattutto utilizzato nelle decisioni sopra richiamate per escludere l'intervento è l'insussistenza nei nonni di una posizione di titolarità di diritti che in base all'art. 105 c.p.c. consentirebbe l'intervento nel processo tra altre parti.

Ora però il diritto è stato affermato espressamente dal nuovo art. 317-*bis* del codice civile

Nessuna decisione risulta ancora edita dopo la riforma sulla filiazione che indubbiamente ha qualificato come diritto quello dei nonni alla conservazione dei rapporti con i nipoti minorenni (nuovo art. 317-*bis* c.c.) Pertanto in base a questa qualificazione non credo che vi possano essere dubbi nel prevedere la possibilità di intervento anche autonomo dei nonni nel processo di separazione né è plausibile ritenere che questo diritto sia di tipo diverso da tutti gli altri diritti soggettivi. Non si tratta di una posizione giuridica soggettiva di mero fatto o legata ad un'aspettativa meramente ipotetica e pertanto l'intervento deve essere considerato ammissibile.

### **VIII. Contraddittorio e poteri di controllo e di intervento del giudice: come è disciplinata la legittimazione processuale degli incapaci di agire?**

Come si è finora detto, la regolarità del contraddittorio – soprattutto la regolarità dell'instaurazione del contraddittorio e quindi la legittimità degli atti introduttivi della causa - deve essere controllata dal giudice fin dalla prima udienza (art. 183 c.p.c.). E' il giudice che deve verificare la ritualità degli atti introduttivi del giudizio e dare eventualmente disposizioni per integrare il contraddittorio, ove si accorga che la causa non è stata introdotta nei confronti di tutti coloro che avrebbero dovuto essere citati in giudizio (art. 102) o per ordinare la rinnovazione della citazione ove questa sia affetta da nullità e il convenuto non la sani costituendosi (art. 164, secondo comma), ovvero ancora per regolarizzare eventuali difetti di rappresentanza dell'incapace (art. 182).

Proprio in queste ultime situazioni viene in evidenza il tema della regolarità del contraddittorio nei confronti di chi non ha la pienezza dei suoi diritti. Chi non ha la piena capacità di agire non può né agire né essere convenuto in giudizio se non è rappresentato nei modi di legge. Così l'incapace ha necessità che il contraddittorio sia instaurato regolarmente da o nei confronti del suo rappresentante. Sia esso il tutore, il curatore, l'amministratore di sostegno o il genitore (del minore).

Il minore – o qualsiasi altro soggetto incapace (di agire) - può essere certamente parte di un procedimento. Si pensi al caso in cui egli debba fare una causa di risarcimento per danni che ha subito in un incidente stradale ovvero al caso in cui egli debba essere per qualche ragione convenuto in giudizio, come nell'ipotesi di cui si è sopra detto dell'azione di disconoscimento della paternità.

Essere parte non vuol dire, però, che un incapace possa essere chiamato a difendersi da solo. Un conto è avere riconosciuta la legittimazione ad essere parte, cioè soggetto di una determinata situazione giuridica nel processo (*legitimatio ad causam*) e altro conto è avere legittimazione a compiere gli atti processuali (*legitimatio ad processum*). Quest'ultima è riconosciuta al tutore, al curatore, all'amministratore di sostegno, al genitore (del minore).

Per sintetizzare si può dire che il minore può agire certamente o essere convenuto in giudizio (legittimazione alla *causa*) ma non può da solo esercitare i diritti processuali necessari (legittimazione al *processo* riconosciuta, in base alla norma fondamentale di cui all'art. 75 c.p.c., alle persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere, cioè la piena capacità di agire).

Riferito ai soggetti minori di età l'art. 75 in questione sta a significare che i minori possono stare in giudizio solo se rappresentati “secondo le norme che regolano la loro capacità”, cioè - secondo quanto dispone l'art. 320 c.c. – se rappresentati dai genitori o da chi, comunque, esercita la responsabilità genitoriale.

L'art. 78 c.p.c. prevede al primo comma che “se manca la persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, o vi siano ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che lo rappresenti o assista finché subentrerà colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza”. L'art. 79 prevede che la nomina del curatore speciale “può essere in ogni caso chiesta dal pubblico ministero” e “dalla persona che deve essere rappresentata o assistita sebbene incapace, nonché dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto di interessi dal rappresentante”. Può anche essere chiesta “da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse”. L'art. 80 prescrive che l'istanza si propone al presidente del tribunale il quale “assunte le opportune informazioni provvede con decreto”.

### **IX. Qual è la sanzione processuale dell'inosservanza delle norme sul contraddittorio?**

Ove i vizi del contraddittorio non siano stati sanati dal giudice e la decisione finale sia stata impugnata, il giudice d'appello dovrà dichiarare la nullità del processo. Nei casi riferibili a vizi di regolarità del contraddittorio il giudice d'appello dopo aver dichiarato la nullità della sentenza, dovrà rimettere la causa al primo giudice (art. 354 c.p.c.).

La nullità conseguente al difetto di contraddittorio è sempre rilevabile d'ufficio dal giudice (**Cass. civ. Sez. I, 2 aprile 1996, n. 3061**)

## **X. Contraddittorio e rito camerale.**

La regola secondo cui il processo deve svolgersi nel contraddittorio delle persone interessate e nei cui confronti la decisione riverbera effetti vale anche nel caso in cui le regole processuali non sono quelle del processo a cognizione piena. Il principio del necessario contraddittorio tra le parti vale perciò a prescindere dalle regole del processo applicabili. Può trattarsi di cognizione ordinaria ovvero di rito sommario di cognizione oppure di rito camerale.

Occupandosi del rito camerale introdotto nel 1987 nelle procedure di revisione delle condizioni di divorzio la Corte costituzionale ebbe a chiarire molto efficacemente che “il legislatore è libero di disciplinare il processo secondo forme diverse da quelle del rito ordinario, purché sia assicurato il rispetto del principio del contraddittorio; b) i termini per appellare sono i termini propri delle impugnazioni delle sentenze; c) anche nel rito camerale in appello è possibile acquisire ogni specie di prova precostituita e procedere alla formazione di qualsiasi prova costituenda, purché il relativo modo di assunzione - comunque non formale nonché atipico - risulti compatibile con la natura camerale del procedimento e non violi il principio generale dell'idoneità degli atti processuali al raggiungimento del loro scopo; d) l'assistenza del difensore è consentita; e) il rito camerale non esclude l'applicabilità di quelle norme che disciplinano l'appello nel rito ordinario, come ad esempio quelle sull'appello incidentale e sulla specificità dei motivi di appello, perché esse non sono incompatibili con il rito camerale né incidono sulla celerità del giudizio; f) l'esigenza di rendere più celere il grado d'appello con un'istruttoria semplificata giustifica pienamente la deroga al regime della pubblicità delle udienze” (**Corte cost. 14 dicembre 1989, n. 543**).

La giurisprudenza ha ritenuto che in tema di rito camerale viola il principio del contraddittorio il provvedimento che, statuendo su posizioni diritto soggettivo, sia stato emesso all'esito di un procedimento del quale il destinatario degli effetti non è stato informato e nel quale questi non ha potuto pertanto interloquire (**Cass. civ. Sez. I, 22 maggio 2007, n. 11859**).

Più in generale vi è nullità per difetto di contraddittorio tutte le volte in cui nei procedimenti di volontaria giurisdizione sia identificabile un controinteressato e questi non sia stato chiamato a partecipare al processo (**Cass. civ. Sez. II, 20 agosto 2002, n. 12286**).

## **XI. Quali sono le caratteristiche del contraddittorio nel processo civile minorile?**

L'attuazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa nel processo civile minorile è stato al centro negli ultimi decenni di un dibattito continuo tra gli operatori e in giurisprudenza. Il fine principale del processo civile minorile è certamente il perseguimento degli interessi e dei diritti del minore come prescrive peraltro l'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989 (legge 27 maggio 1991, n. 176) che stabilisce che “*in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*”.

Il perseguimento del preminente interesse del minore deve essere coordinato con l'esigenza di assicurare a tutti i soggetti (titolari di status o diritti soggettivi) coinvolti nel procedimento il diritto di far valere le loro ragioni il diritto di difesa. E poiché il rafforzamento delle garanzie del contraddittorio può incidere sull'efficienza e sulla rapidità dell'intervento è molto evidente che il processo civile minorile si presenta come uno dei terreni più delicati di equilibrio tra esigenze di tutela del minore e diritti di difesa di tutte le parti coinvolte.

Tradizionalmente e storicamente il problema dell'equilibrio si è posto all'interno dei tribunali per i minorenni dove il processo civile minorile (nello specifico i procedimenti *de potestate* ex articoli 330 e seguenti del codice civile) ha sempre occupato l'area più significativa delle competenze di questo organo giudiziario. Secondo il vigente art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile (nel testo modificato dalla legge 219/2012) tali procedimenti sono ancora attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni. Non è però il giudice in sé che determina il problema perché anche nell'ipotesi in cui tali procedimenti venissero attribuiti alla competenza del tribunale civile gli aspetti problematici resterebbero gli stessi.

I problemi del contraddittorio nel processo civile minorile riguardano, quindi, il procedimento e non il giudice.

L'art. 38 sopra ricordato prevedeva e prevede il rito camerale come rito elettivo per il processo civile minorile e per gli altri procedimenti in materia di famiglia. E' quindi il rito camerale (art. 737 – 742-*bis* c.p.c.) a costituire il problema.

Occupandosi del processo civile minorile e del rito camerale – e specificamente degli usi e degli abusi del processo civile minorile (come è stato efficacemente detto) - la Corte costituzionale (**Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1**) ha avuto modo in passato di dichiarare inammissibili moltissime questioni che erano state sollevate e di segnalare la necessità di una interpretazione delle lacunose norme in materia di "procedimenti in camera di consiglio" orientata al rispetto dei principi del contraddittorio, del giusto processo e del diritto di difesa.

La Corte, con la sentenza richiamata, dichiarava in primo luogo "inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 737, 738, 739 c.p.c. e 336 c.c. nella parte in cui prevedono l'applicabilità del rito camerale nei procedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale, in riferimento all'art. 111 Cost.", e "inammissibile la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 111 cost., degli art. 737, 738 e 739 c.p.c. e dell'art. 336 c.c. che, prevedendo l'applicabilità del rito camerale ai procedimenti aventi ad oggetto l'affidamento dei minori nel caso di conflitto fra genitori non uniti in matrimonio e, più in generale, ai procedimenti limitativi od ablativi della potestà dei genitori, violerebbero il principio del giusto processo, per l'assenza in quel rito di una precisa e puntuale disciplina dei poteri del giudice e delle parti. Riteneva la Corte che il giudice rimettente - il quale affermava esplicitamente che la normativa impugnata non fosse suscettibile di essere interpretata in senso conforme a Costituzione - non aveva motivato adeguatamente le ragioni di tale suo convincimento "tenuto conto del fatto che eventuali prassi distorsive si risolverebbero in errori ai quali, in sede di reclamo, potrebbe rimediare il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza, e che il giudice del reclamo, ove ravvisi violazioni, in prima istanza, delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibili ai casi di rimessione del procedimento al giudice di primo grado, deve adottare una nuova decisione rispettosa di quelle regole". Pertanto secondo questa prima indicazione della Corte costituzionale non può parlarsi di violazione del contraddittorio in sede civile minorile dal momento che ove vi siano specifiche violazioni processuali sarebbe compito della Corte d'appello rimedirvi. In questa parte la decisione non è del tutto appagante perché a prescindere dai poteri del giudice di appello non c'è dubbio che il giudice remittente segnalava rischi distorsivi intrinseci al rito camerale minorile sui quali la Corte non ha inteso, tuttavia, fare valutazioni di merito. Tuttavia la Corte afferma in sostanza che, se il giudice di primo grado interpreta in senso aderente alla costituzione il rito camerale minorile, questioni di costituzionalità non si dovrebbero porre (dal momento che i principi del giusto processo devono trovare applicazione anche nel processo camerale minorile).

Così premesso in senso generale la Corte dichiarava ancora "inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 comma 3 c.c., in riferimento agli art. 24 comma 2 e 111 commi 1 e 2 cost., nella parte in cui non prevede che, nel procedimento camerale in materia di potestà dei genitori, l'adozione di un provvedimento temporaneo in difetto del presupposto dell'urgente necessità, sia sanzionata con la nullità rilevabile d'ufficio, in quanto stabilire se il difetto del requisito dell'urgente necessità comporti o meno la nullità del provvedimento non costituisce un problema di legittimità costituzionale, ma di interpretazione della norma censurata, alla luce dell'art. 156 c.p.c., spettante al giudice "a quo". In altre parole la Corte invita l'interprete a considerare evidentemente nullo il provvedimento di urgenza adottato senza i presupposti di legge.

Altrettanto la Corte dichiarava "inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento agli art. 3 comma 1, 24 comma 2 e 111 commi 1 e 2 cost., dell'art. 336 comma 3 c.c., nella parte in cui non prevede che il provvedimento temporaneo assunto nell'interesse del figlio, nell'ambito del procedimento in materia di potestà dei genitori, abbia, a pena di nullità, una durata massima, individuabile in trenta giorni, e che debba essere, nello stesso termine, confermato, modificato o revocato in contraddittorio, in quanto il giudice rimettente non ha valutato - incorrendo in tal modo in un difetto di motivazione dell'ordinanza - la possibilità di dare della norma impugnata una interpretazione idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale; in particolare non ha valutato se il procedimento in esame, attesa la sua natura cautelare, non possa ritenersi assoggettato alla disciplina generale del procedimento cautelare prevista dall'art. 669-*sexies* c.p.c.". L'interpretazione che la Corte suggerisce è quindi quella di individuare comunque un meccanismo di garanzia (che potrebbe essere, appunto, il reclamo cautelare, adattato alla natura collegiale del giudice) contro il rischio di provvedimenti che non prevedono una loro temporaneità.

Inoltre la Corte dichiarava "non fondata, in riferimento agli art. 3 commi 1 e 2, 24 comma 2, 30 comma 1, 31 comma 2, e 111 commi 1 e 2 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 comma 2 c.c. nella parte in cui, disponendo che nei casi in cui il provvedimento è chiesto contro il genitore, questi deve essere sentito, non

prevederebbe che sia sentito anche l'altro genitore, trattandosi di questione sollevata su un presupposto interpretativo, quello secondo cui il genitore contro cui il provvedimento non è richiesto, non abbia diritto ad essere sentito, che risulta errato alla luce del coordinamento della disciplina dettata dal codice civile con l'art. 9 comma 2 l. n. 176 del 1991, che ha reso esecutiva la convenzione sui diritti del fanciullo, dal quale risulta che nel procedimento camerale ablativo o modificativo della potestà genitoriale devono essere sentiti entrambi i genitori". In questa parte la decisione si presenta nelle forme della sentenza interpretativa di rigetto.

“Sono inammissibili – continua la Corte costituzionale - le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 739 comma 2 e 136 c.p.c., nella parte in cui, nel procedimento camerale in esito al quale il tribunale per i minorenni pronuncia provvedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale, prevederebbe la comunicazione del decreto del tribunale con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria, anziché la notificazione mediante consegna al destinatario di copia conforme all'originale nelle forme dell'art. 137 c.p.c., e del combinato disposto degli art. 739 comma 2 e 741 c.p.c., nella parte in cui prevede che nei medesimi procedimenti camerali il termine di dieci giorni per proporre reclamo decorre dalla comunicazione del decreto con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria, anziché dalla notificazione nelle forme dell'art. 137 c.p.c., in quanto i giudici rimettenti, rinunciando a ricercare la possibilità di interpretare le norme censurate secondo Costituzione, adducendo un asserito diritto vivente contrario, identificato nella prassi seguita dai tribunali per i minorenni e pur mostrando di conoscere le argomentazioni letterali e sistematiche che quella interpretazione potrebbero sorreggere, finiscono per proporre non una questione di legittimità costituzionale bensì un mero dubbio interpretativo”. Anche in questo caso è molto evidente il punto di vista della Corte che ritiene applicabile ai provvedimenti civili minorili il meccanismo camerale della decorrenza del termine di impugnazione breve dalla notifica a cura di parte del provvedimento.

Viceversa “non è fondata, in riferimento agli art. 2 e 31 comma 2 cost., in relazione all'art. 12 della convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con l. n. 176 del 1991, nonché agli art. 3 commi 1 e 2 (per irragionevolezza della disciplina censurata e per disparità di trattamento rispetto alla procedura di adottabilità) e 111 commi 1 e 2 (per violazione del principio del giusto processo) cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 comma 2 c.c., nella parte in cui non prevede che nei procedimenti camerali concernenti la potestà dei genitori siano sentiti il minore ultradodicesimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore, in quanto trattasi di questione che muove da una premessa interpretativa erronea, dal momento che l'art. 12 della citata convenzione è idoneo ad integrare la disciplina dell'art. 336 comma 2 c.c., nel senso di configurare il minore capace di discernimento come "parte" del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale.

Infine la Corte affermava che “poiché deve ritenersi che la disposizione di cui all'art. 336 comma 2 c.c. è integrata dall'art. 12 della convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con l. n. 176 del 1991, nel senso che il minore costituisce una parte del procedimento camerale in esito al quale il tribunale per i minorenni pronuncia provvedimenti ablativi o modificativi della potestà dei genitori, con la conseguente necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 comma 2 c.c. in riferimento agli art. 2, 3, comma 2, 24 comma 2, 30 comma 1 e 111 commi 1 e 2 cost., nella parte in cui non prevede a pena di nullità rilevabile d'ufficio che i genitori e il minore che abbia compiuto gli anni dodici siano sentiti in quei procedimenti resta assorbita, mentre spetta al giudice "a quo" stabilire, applicando le norme generali sulle nullità processuali, quali conseguenze espliciti sul provvedimento reclamato l'inosservanza della disposizione censurata, come sopra interpretata”.

Pertanto il processo civile minorile è salvo – secondo l'impostazione della Corte costituzionale - a condizione che se ne faccia una applicazione conforme ai principi del giusto processo e con le garanzie del contraddittorio.

I principi affermati dalla Corte con la decisione sopra riportata sono molti.

Innanzitutto il principio della costituzionalità del rito camerale cosiddetto garantito e cioè rispettoso del contraddittorio e del diritto di difesa. Ove vi siano prassi distorsive sarà la Corte d'appello a dover rimediare.

In secondo luogo il principio che è nullo un provvedimento di urgenza (ex art. 336 ultimo comma c.c.) adottato senza l'esistenza dei requisiti dell'urgenza e un provvedimento temporaneo adottato senza i limiti della temporaneità. Addirittura la Corte si chiede se per caso non possano trovare applicazione in questo ambito le garanzie del rito cautelare uniforme.

Poi il principio che nei procedimenti minorili, trattandosi di procedimento camerale con più parti, devono sempre essere sentiti entrambi i genitori e che sussiste l'obbligo di audizione del minore ultradodicesimo.

Molto significativa l'affermazione che ai fini del termine breve per il reclamo si deve fare riferimento non alla comunicazione della decisione da parte del tribunale ma alla notifica del provvedimento a cura di parte.

Importantissima, infine, l'affermazione che nei procedimenti *de potestate* il minore è parte "con la conseguente necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale". Il principio ha oggi ormai trovato pacifica applicazione in tutta la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5097).

## **XII. La difesa del minore parte processuale nei procedimenti di adottabilità e *de potestate*: l'avvocato del minore come avvocato del curatore speciale.**

Proprio nel contesto temporale della decisione della Corte costituzionale sopra esaminata, la legge 149/2001 introduceva l'obbligo della necessaria assistenza del minore da parte di un difensore. In effetti con la legge 28 marzo 2001, n. 149 faceva ingresso nel nostro sistema processuale la figura dell'*avvocato del minore*. La legge prevedeva l'obbligo dell'assistenza legale per il minore e per i genitori nelle procedure di limitazione e di decadenza della potestà (oggi responsabilità) genitoriale e in quelle per la dichiarazione di adottabilità. Si è trattato di un intervento legislativo di straordinaria importanza.

La legge 28 marzo 2001, n. 149 in realtà si era occupata di un tema più ampio, modificando in molte parti la legge 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione e sull'affidamento dei minori, a cominciare dal titolo (che è diventato "*diritto del minore ad una famiglia*") e dall'impianto processuale. All'interno di questa riforma è stata introdotta anche l'assistenza legale obbligatoria per i genitori e per i minori nelle procedure di adottabilità (nuovo testo degli articoli 8, ultimo comma e 10, comma 2, della legge 184 del 1983, come modificati rispettivamente dall'art. 8 e dall'art. 10 della legge 149 del 2001) e nei procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale (art. 336, ultimo comma c.c. come introdotto dall'art. 37 della legge 149 del 2001).

In particolare, nella formulazione introdotta dalla legge di riforma, l'ultimo comma dell'art. 8 della legge 184 del 1983 stabilisce il principio che "*il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2 dell'art. 10*" (cioè i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore) mentre sempre il predetto secondo comma dell'art. 10 prevede che, all'atto dell'apertura del procedimento, i genitori e i parenti devono essere espressamente invitati dal giudice a nominare un difensore; in difetto deve essere loro nominato un difensore di ufficio.

Per i procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale l'art. 37 della legge 149 del 2001 ha modificato l'art. 336 c.c. aggiungendovi un ultimo comma nel quale si prevede che "*per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore*". La frase di chiusura "*anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge*" che compariva nel testo originario è stata successivamente soppressa dall'art. 299 del Testo unico sulle spese di giustizia (DPR 30 maggio 2002, n. 115).

Quindi nel 2001 il legislatore introduceva il principio dell'assistenza legale obbligatoria per i genitori e per il minore nei procedimenti di adottabilità e di controllo della potestà dei genitori interessando, così, pressoché la totalità degli affari civili attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni.

Al di là dell'applicazione riduttiva che è stata poi fatta della riforma (la giurisprudenza, come si dirà tra breve, ritiene che l'avvocato del minore è l'avvocato nominato dal tutore o curatore speciale) resta comunque l'importante acquisizione del diritto di difesa garantito dalla riforma ai genitori e al minore davanti al tribunale per i minorenni. La stessa Corte costituzionale ebbe modo, subito dopo la riforma, di ricordare come la legge 149 del 2001 avesse avuto il merito di valorizzare il contraddittorio nei procedimenti civili minorili in base alla previsione generale dell'art. 111 della Costituzione sul *giusto processo* nella formulazione introdotta dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 e secondo i principi che la stessa Corte costituzionale faceva discendere in sede minorile da questa importante riforma della Costituzione (Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1).

Pertanto il contraddittorio e il diritto di difesa nel processo civile minorile sono oggi garantiti anche dalla circostanza che i genitori e il minore sono considerati a tutti gli effetti parti del procedimento con tutti i diritti attribuiti alle parti processuali dal codice di procedura civile.

Come si è sopra detto, la riforma di cui alla legge 28 marzo 2001, n. 149 aveva previsto che "il procedimento [di adottabilità] deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2 dell'art. 10" (art. 8, ult. comma, legge 184/83) e che "all'atto dell'apertura del procedimento, sono avvertiti i genitori o, in mancanza i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Con lo stesso atto il Presidente del tribunale per i minorenni li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano" (art. 10, comma 2, legge 184/83).

I giudici hanno interpretato le norme del 2001 – applicate però solo dopo il 2007 per una serie di proroghe di decorrenza effettuate con decreti legge per molti anni - alla luce soprattutto dei principi che erano stati già pacificamente affermati prima dell'entrata in vigore della riforma, salvo adattarli al nuovo impianto legislativo.

E' opportuno ricordare a tale proposito che, vigendo il precedente sistema normativo (dove era previsto l'obbligo dell'assistenza legale nella sola fase contenziosa di opposizione all'adottabilità), la giurisprudenza aveva affermato che il procedimento diretto alla dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore "postula la nomina di un curatore speciale, affinché il minore interessato sia autonomamente appresentato in giudizio e tutelato nei suoi preminenti interessi e diritti; in mancanza, il procedimento è affetto da nullità assoluta, insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, in quanto conseguente al vizio di costituzione del rapporto processuale e alla violazione del principio del contraddittorio (**Cass. civ. Sez. I, 4 maggio 2009, n. 10228; Cass. civ. Sez. I, 8 maggio 2009, n. 10594** che, entrambe, si riferiscono a vicende precedenti alla riforma del 2001). E si era aggiunto che il curatore speciale rappresenta il minore nel processo, ma non necessariamente si deve trattare di un avvocato. Il curatore speciale, sia o non sia un avvocato, potrà nominare a sua volta un difensore (**Cass. civ. Sez. I, 22 gennaio 2010, n. 1107**). Si riconosceva, insomma che tra il minore della cui adottabilità si discute e i genitori a cui è contestato di averlo abbandonato, esiste un conflitto di interessi (d'altro lato evidentissimo) e che bisognava ovviare a questa situazione necessariamente con la nomina di un curatore speciale che, per stare nel processo, avrebbe dovuto a sua volta nominare un difensore tecnico (anche in persona di se stesso, avendone le qualità ai sensi dell'art. 86 c.p.c.).

Questi principi continuarono ad essere, in sostanza, applicati anche dopo la riforma dalla giurisprudenza di legittimità la quale ribadì che la nomina del difensore al minore è un compito del rappresentante legale e cioè, nel conflitto di interessi tra il minore e i genitori, un compito del tutore o del curatore speciale. Con l'unica variante derivante dal fatto che secondo il nuovo impianto legislativo (art.15, comma 3, della legge 184/83 come modificata dalla riforma del 2001 secondo cui la sentenza di adottabilità va notificata anche al "al tutore, nonché al curatore speciale, ove esitano") la nomina del curatore speciale non è necessaria quando vi sia stata la nomina del tutore. Viceversa nel sistema processuale precedente il tribunale provvedeva sempre a nominare un curatore speciale anche quando fosse stato nominato un tutore con la conseguenza di un incomprensibile e inutile sovraffollamento nel processo.

Quindi - nonostante l'entrata in vigore della riforma dalla quale ci si poteva attendere che il difensore al minore venisse nominato sempre dal giudice (appunto come difensore di ufficio del minore) - di fatto poco cambiava, salvo che l'obbligo dell'assistenza legale valeva fin dall'inizio del procedimento al quale la riforma del 2001 (entrata in vigore nel 2007) attribuiva fin dal primo atto natura contenziosa (avendo abolito la duplicità di fasi e di garanzie processuali che caratterizzava il rito precedente in cui la prima fase – che si concludeva con un decreto che dichiarava l'adottabilità - aveva natura camerale e la seconda fase, di opposizione alla dichiarazione di adottabilità davanti allo stesso tribunale, aveva natura contenziosa).

Si è pur sempre, naturalmente, trattato di un grande passo avanti, considerato che nel sistema vigente prima della riforma del 2001 la mancata presenza del difensore era stata considerata incredibilmente compatibile con il sistema costituzionale (**Cass. civ. Sez. I, 24 aprile 2008, n. 10645** che aveva osservato tautologicamente come la mancata previsione dell'assistenza di un difensore e delle garanzie del contraddittorio nella fase precontenziosa antecedente alla pronuncia del decreto di adottabilità non comporta alcuna apprezzabile limitazione del diritto di difesa, trattandosi di procedimento camerale non contenzioso). La stessa valutazione, come si è detto all'inizio, era stata fatta in passato – ma negli anni Ottanta e Novanta - anche da due sentenze della Corte costituzionale (**Corte cost. 10 maggio 1995, n. 160; Corte cost. 22 giugno 1989, n. 351**). Il cambiamento rispetto alla riforma del 2001 era quindi, in ogni caso, molto consistente: si passava da un sistema in cui il difensore non era obbligatorio ad un nuovo sistema in cui la difesa del minore è obbligatoria (come nel penale).

L'avvocato del minore, tuttavia, nell'interpretazione giurisprudenziale prevalente del nuovo sistema introdotto dalla riforma del 2001, non è nominato dal giudice. La nomina – come si affermava - compete al tutore ovvero, ove vi sia un conflitto di interessi tra tutore e minore, al curatore speciale (più tardi si affermerà che compete al giudice la nomina del difensore d'ufficio nel caso in cui il tutore o il curatore non provvedano a nominare un difensore di loro fiducia).

Il fatto che la nomina compete in prima battuta al tutore o al curatore fu la precisazione molto chiara contenuta nelle prime decisioni che fecero applicazione della riforma (**Cass. civ. Sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass. civ. Sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3805** entrambe a firma dello stesso relatore e **Cass. civ. Sez. VI, 16 giugno 2011, n. 13221**.) dove si precisa che la legge 28 marzo 2001, n. 149, che ha novellato la legge 4 maggio 1983, n. 184, non prevede necessariamente (come si riteneva nel sistema precedente) la nomina di un curatore speciale al minore, il



quale è rappresentato in giudizio dai genitori o dal tutore. E poiché il procedimento volto all'accertamento dello stato di adottabilità deve svolgersi fin dalla sua apertura con l'assistenza legale del minore, il quale è parte a tutti gli effetti del procedimento, il minore sta in giudizio, secondo le regole generali, a mezzo del rappresentante legale (genitore o tutore) e, in caso di conflitto d'interessi, di un curatore speciale, soggetti cui compete la nomina del difensore tecnico.

Da un punto di vista della nomina del difensore, poco cambiava, quindi, rispetto al sistema precedente (dove il giudice nominava il curatore speciale il quale si costituiva in giudizio ex art. 86 c.p.c. se era avvocato oppure provvedeva alla nomina di un avvocato). La riforma veniva interpretata riduttivamente con la motivazione che il secondo comma dell'art. 10 (che, come si è detto prevede l'obbligo di nomina ai genitori di un difensore di ufficio, se privi di quello di fiducia) non si riferiva al minore, ma, appunto, ai soli genitori e quindi non sussisteva nessun obbligo per il giudice di nominare egli un difensore al minore. Si ribadiva che il minore è parte a tutti gli effetti del procedimento, ma, secondo le regole generali e in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo del rappresentante legale (genitore o tutore) ovvero, in mancanza o in caso di conflitto di interessi, di un curatore speciale.

Le sentenze affermavano tuttavia anche che il minore, dotato del necessario discernimento (il che in genere non avviene nei procedimenti di adottabilità dove il minore ha quasi sempre una età molto tenera) può chiedere la nomina di un rappresentante (tutore o curatore speciale) che ancora non fosse stato nominato, ovvero la nomina di un difensore, se il tutore o lo stesso curatore speciale, che non rivesta la qualità di avvocato, non vi provvedano tempestivamente.

Su questa stessa linea interpretativa si inseriva una decisione che chiariva quest'ultimo aspetto, e cioè quale fosse il compito del giudice nell'ipotesi in cui il tutore o il curatore speciale non avessero nominato un difensore e quali conseguenze avesse la mancata tempestiva nomina di un difensore. La decisione in questione (**Cass. civ. Sez. I, 26 marzo 2010, n. 7281**) precisava che la riforma (che, come si è più volte detto, aveva previsto all'art. 10 della legge 184/83 la nomina d'ufficio di un difensore ai genitori che non ne avevano uno di fiducia) doveva essere interpretata nel senso che il dovere del presidente del tribunale di nominare un difensore d'ufficio ai genitori o ai parenti entro il quarto grado, nel caso in cui essi non vi provvedano, espressamente introdotto con riguardo a detti soggetti, "a maggior ragione sussiste nei confronti del minore (rappresentato dal tutore o dal curatore speciale), che del procedimento di adozione è la parte principale". Tuttavia – continuava la sentenza occupandosi dell'ipotesi in cui tali soggetti non avessero provveduto alla nomina del difensore o vi avessero provveduto in ritardo – "alla ritardata costituzione del difensore del minore o alla mancata assistenza da parte di costui ad uno o più atti processuali, non consegue l'automatica declaratoria della nullità dell'intero processo e/o dell'atto e di tutti quelli successivi, potendo tale sanzione essere invocata dal P.M. o dalle altre parti solo previa allegazione e dimostrazione del reale pregiudizio che la tardiva costituzione o la mancata partecipazione all'atto ha comportato per la tutela effettiva del minore". Negli stessi termini successivamente si sono espresse altre sentenze (**Cass. civ. Sez. I, 11 giugno 2010, n. 14063** e **Cass. civ. Sez. I, 19 luglio 2010, n. 16870**).

Quindi in queste decisioni da un lato si conferma l'obbligo della nomina del difensore da parte del tutore o del curatore speciale, o, in difetto, da parte del giudice, fin dall'inizio del procedimento, ma dall'altro si indebolisce anche questa previsione affermando che, tuttavia, la mancata nomina può anche non avere conseguenze processuali se non si dimostra che vi è stato un deficit di tutela per il minore. Affermazione francamente incomprensibile posto che il deficit di tutela è certamente in re ipsa se manca il difensore.

Nel frattempo **Cass. civ. Sez. I, 19 maggio 2010, n. 12290** – sempre nella medesima linea interpretativa - aveva precisato molto opportunamente che nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, la partecipazione del minore, necessaria fin dalla fase iniziale del giudizio, richiede la nomina di un curatore speciale soltanto qualora non sia stato nominato un tutore o questi non esista ancora al momento dell'apertura del procedimento, con ciò chiarendo molto bene che il conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori va risolto con la nomina di un tutore oppure di un curatore speciale. Non certo di entrambi, come ancora la prassi prevedeva in molti tribunali. La sentenza affermava in particolare che il conflitto di interessi è ravvisabile "in re ipsa" nel rapporto con i genitori, portatori di un interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per il minore, mentre nel caso in cui a quest'ultimo sia stato nominato un tutore il conflitto dev'essere specificamente dedotto e provato in relazione a circostanze concrete, in mancanza delle quali il tutore non solo è contraddittore necessario, ma ha una legittimazione autonoma e non condizionata, che può liberamente esercitare in relazione alla valutazione degli interessi del minore".

La sentenza 12290/2010 svolge anche alcune considerazioni sui poteri del rappresentante legale del minore e sul ruolo di assistenza tecnica del difensore del minore. Si afferma infatti che "compete esclusivamente al

rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica (articoli 82 e 83 c.p.c.) e che i due ruoli restano distinti, pur quando siano cumulati nel medesimo soggetto che abbia il titolo richiesto dal citato art. 82 c.p.c., comma 2 per esercitare la difesa tecnica. Come infatti già osservato da questa Corte anche in precedenti pronunce, il tutore (o il curatore speciale) non solo è contraddittore necessario, ma ha una legittimazione autonoma e non condizionata che può liberamente esercitare in relazione alla valutazione degli interessi del minore e in forza della quale non è tenuto a difendere o a contestare lo stato di adottabilità, né a proporre impugnazione avverso la sentenza che lo disponga o ne disponga la revoca, ma, quale che sia il contenuto della decisione, può liberamente esercitare, in relazione alla tutela degli interessi suddetti e senza la necessità di alcuna autorizzazione, la facoltà di svolgere le proprie difese in primo grado, nonché di proporre appello o ricorso per Cassazione, così come quella di rinunciare a tali impugnazioni, mentre l'avvocato del minore non può che assumerne, come di consueto, la difesa tecnica e perseguire gli interessi sostanziali e processuali del suo assistito”.

Conclusivamente la nomina di un avvocato compete, quindi, al tutore o al curatore speciale, con la precisazione che ove il tutore (caso raro) o il curatore speciale (caso molto più diffuso) siano essi stessi avvocati potranno evidentemente esercitare direttamente la difesa in giudizio.

A questa situazione si riferiscono anche espressamente **Cass. civ. Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16553** secondo cui qualora venga nominato, quale tutore, un avvocato, ai sensi dell'art. 86 del codice di procedura civile, egli può stare in giudizio personalmente, senza patrocinio di altro difensore, in rappresentanza del minore” e **Cass. civ. Sez. I, 14 giugno 2010, n. 14216** dove si precisa che “nel procedimento di adozione, compete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica: infatti il genitore, il tutore ovvero il curatore speciale hanno anche la relativa rappresentanza processuale, non essendo il potere di agire e resistere in giudizio disponibile autonomamente rispetto alla titolarità del bene della vita per il quale la tutela giurisdizionale venga postulata; inoltre, i due ruoli restano distinti, pur quando cumulati nel medesimo soggetto che abbia il titolo, richiesto dall'art.82, secondo comma, codice di procedura civile, per esercitare la difesa tecnica”.

Si conferma quindi che l'avvocato del minore nelle procedure di adottabilità è sostanzialmente (non tanto l'avvocato del minore quanto) l'avvocato del tutore o del curatore speciale. Il quale deve rispondere a chi lo ha nominato e non ha in quanto avvocato poteri di rappresentanza sostanziale del minore ma assolve solo al ruolo di difensore tecnico seguendo le indicazioni del rappresentante legale del minore.

Naturalmente la legge prevede anche l'obbligo dell'assistenza legale dei genitori. Anche questo principio – di regola adempiuto in genere spontaneamente dai genitori che si costituiscono quasi sempre con un loro difensore di fiducia nel procedimento di adottabilità - è stato riaffermato dalla giurisprudenza negli ultimi anni più volte (**Cass. civ. Sez. I, 4 luglio 2011, n. 14554** secondo cui i genitori assumono nell'intero procedimento di adottabilità la veste di parti necessarie e formali e, quindi, di litisconsorti necessari pure nel giudizio di appello, quand'anche in primo grado non si siano costituiti, con conseguente necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti, ove non abbiano proposto l'impugnazione; **Cass. civ. Sez. I, 30 ottobre 2013, n. 24482** che ha precisato che ove la loro mancata partecipazione al giudizio non sia stata rilevata né dal giudice di primo grado, né da quello d'appello, l'intero giudizio è viziato, dovendosi disporre, in sede di legittimità, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce e il rinvio al giudice di primo grado).

Per i procedimenti di limitazione e decadenza della potestà (responsabilità) genitoriale l'art. 37 della legge 149 del 2001 ha modificato l'art. 336 c.c. aggiungendovi un ultimo comma nel quale si prevede che “per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore”. La frase di chiusura “anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge” che compariva nel testo originario è stata successivamente soppressa nel 2002 dall'art. 299 del Testo unico sulle spese di giustizia i cui redattori evidentemente l'hanno ritenuta superflua essendo pacifico che anche in questo settore debba trovare applicazione la normativa generale sul patrocinio a spese dello Stato.

Nei procedimenti *de potestate* – dove il legislatore, secondo l'opinione della giurisprudenza, non avrebbe prescritto espressamente l'obbligo della difesa tecnica né per il minore né per i genitori (ma solo l'assistenza legale se la parte intende costituirsi in giudizio) - il tema del deficit di tutela legale del minore (ma anche dei genitori) presenta aspetti inquietanti, soprattutto perché sia i genitori che il minore sono considerati pacificamente parti del procedimento (**Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1; Corte cost. 12 giugno 2009, n. 179** dove in motivazione, richiamando la sentenza 1/2002 si ribadisce che nei procedimenti di cui all'art. 336 cod. civ., sono parti non soltanto entrambi i genitori, ma anche il minore, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, previa nomina, se del caso, di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 del codice di procedura civile).

Per quanto riguarda il difensore dei genitori, in assenza di una norma di legge che prescriva espressamente la nomina di un difensore di ufficio ove i genitori non abbiano nominato un difensore di fiducia, la prassi nella

maggior parte dei tribunali per i minorenni si è orientata per ritenere impraticabile l'analogia con la normativa del procedimento di adottabilità, considerata di stretta interpretazione. Pertanto se i genitori non provvedono alla nomina di un difensore di fiducia non verrà loro nominato alcun difensore di ufficio. Se non costituiti in giudizio con un difensore essi potranno naturalmente essere sempre ascoltati, ma non potranno accedere al fascicolo e alle altre attività processuali.

Naturalmente considerata la chiara estensione dell'art. 82 c.p.c. ai procedimenti in questione il genitore eventualmente ricorrente (o appellante) dovrà avere necessariamente il proprio difensore (essendo inconcepibile che possano sottoscrivere un atto introduttivo di un giudizio senza mandato al difensore), mentre in caso di ricorso (o di impugnazione) del PM i genitori dovranno essere dichiarati contumaci ai sensi dell'art. 171 c.p.c. se non si costituiscono in giudizio con loro difensore. Altrettanto avverrà nel caso in cui l'atto introduttivo sia sottoscritto solo da un genitore e l'altro non intenda costituirsi nel procedimento.

La prassi di non nominare un difensore di ufficio ai genitori, ove non costituiti con un difensore di fiducia, non appare formalmente contrastante con la formulazione del nuovo art. 336 ultimo comma c.c. il cui senso è di estendere anche ai procedimenti civili minorili l'art. 82 del codice di procedura civile (a mente del quale nel processo "le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o l'assistenza di un difensore") ma non quello di obbligare le parti a costituirsi in giudizio. Quindi le parti private o hanno il loro difensore di fiducia o rimangono contumaci e prive della difesa tecnica.

Per quanto, invece, concerne il minore la prassi dei tribunali per i minorenni ha finora garantito un difensore al minore solo attraverso la nomina (d'ufficio o su richiesta del PM) di un curatore speciale (quasi sempre avvocato) al minore nei casi di conflitto di interessi con i genitori. Conflitto che non è considerato sempre *in re ipsa*, come avviene nel procedimento di adottabilità (secondo la giurisprudenza di legittimità che si è sopra esaminata) ma che il tribunale valuta in concreto caso per caso. Ove il curatore speciale non sia un avvocato spetterà a lui la scelta se costituirsi in giudizio o meno con un difensore.

Si conferma, pertanto, anche nei procedimenti *de potestate* l'orientamento interpretativo secondo cui in caso di (ritenuto) conflitto di interessi il giudice nomina al minore un curatore speciale che a sua volta potrà costituirsi nominando un proprio difensore. Anche in questo caso, quindi, l'avvocato del minore non è altro che l'avvocato del curatore speciale.

A proposito della nomina di un curatore speciale, in una vicenda che vedeva i nonni agire davanti al tribunale per i minori di Bari in un procedimento *de potestate* nel quale i ricorrenti chiedevano tutela alla loro relazione con il nipote, **Cass. civ. Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5097** ha ben chiarito che il minore è parte nei procedimenti *de potestate* e gli deve essere nominato un curatore speciale se vi è conflitto anche potenziale di interessi con i genitori.

### **XIII. Il minore parte in senso sostanziale. L'ascolto quale strumento di garanzia del contraddittorio con il minore?**

La giurisprudenza e la legge 149/2001 che ha introdotto l'obbligo dell'assistenza legale del minore riconoscono, quindi, al minore nei procedimenti *de potestate*, in quelli di adottabilità la posizione di parte processuale e d'altro lato è la legge che in questi procedimenti – così come in quelli sullo status - prescrive il necessario contraddittorio con il minore (considerato parte processuale) e l'obbligo di assistenza legale del minore stesso. D'altronde l'obbligo di avere un difensore riguarda nel nostro sistema processuale solo le parti. Chi non è parte non deve munirsi di un difensore.

Secondo la regola processuale di cui all'art. 75 c.p.c. la parte processuale incapace non può stare in giudizio se non per il tramite del suo rappresentante legale e, in caso di conflitto di interessi con lui, per il tramite di un curatore speciale. Ogni minore, quindi, è garantito nel processo civile minorile, in quanto rappresentato e in quanto assistito dal difensore.

Questa funzione di garanzia assolta dalla rappresentanza e dal diritto di difesa non può funzionare ove il minore non sia parte processuale.

Per questo motivo in giurisprudenza si è formato un orientamento (a cui la dottrina ha rivolto non poche critiche) secondo cui in tutti i procedimenti civili di diritto di famiglia in cui il minore non è parte processuale (e quindi nei procedimenti di separazione, di divorzio e di affidamento) egli potrebbe cionondimeno essere considerato parte in senso sostanziale per accedere alle tutele offerte dai principi del contraddittorio.

Questo orientamento prende le mosse dalla previsione del diritto del minore di essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano, come affermato in termini generali sostanzialmente per la prima volta nella Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

In questa prospettiva (radicatasi nella giurisprudenza) ascoltare un minore significa, in un certo modo, garantirgli il contraddittorio. E se il minore non viene ascoltato si sarebbe di fronte ad una violazione del contraddittorio. Nei procedimenti, invece, in cui il minore è parte processuale – ed in cui naturalmente l'ascolto è ugualmente obbligatorio – la funzione di garanzia del contraddittorio sarebbe assolta soprattutto dalla nomina del difensore da parte del curatore speciale.

In verità l'ascolto del minore non è costruito nella normativa (anche internazionale) come un istituto che dovrebbe assolvere a funzioni di garanzia del contraddittorio. Si tratta viceversa di un adempimento idoneo a rendere effettivo il diritto di minore di esprimere il suo punto di vista nelle procedure che lo riguardano.

In effetti al primo comma dell'articolo 12 della Convenzione del 1989 si afferma che il fanciullo capace di discernimento ha *“il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa”* e che *“le opinioni del minore saranno debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità”*. Il secondo comma precisa *«a tal fine, si darà in particolare al fanciullo 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»*.

In applicazione di questi principi la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 25 gennaio 1996 (ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77) ha poi disciplinato l'obbligatorietà dell'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano. L'art. 3 – che si occupa dei diritti procedurali del minore – espressamente prescrive che ad ogni minore considerato dal diritto interno avente un sufficiente discernimento sono conferiti i seguenti tre diritti: a) il diritto di ricevere ogni informazione pertinente; b) il diritto di essere consultato ed esprimere la sua opinione, c) il diritto di essere informato delle possibili conseguenze dell'attuazione della sua opinione e di ogni decisione. L'art. 5 auspica che gli Stati riconoscano ai minori il *“diritto di essere assistiti da una persona appropriata di loro scelta per aiutarli ad esprimere la loro opinione”*. L'art. 6, infine, impone all'autorità giudiziaria prima di adottare qualsiasi decisione: a) di accertarsi se il minore capace di discernimento abbia ricevuto ogni informazione pertinente, b) di consultarlo personalmente, se del caso e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata a meno che ciò sia in contrasto con gli interessi superiori del minore stesso, c) di consentire al minore di esprimere la sua opinione; d) di tenere debitamente conto dell'opinione espressa.

Nel nostro ordinamento interno la normativa che per prima ha dato ampio risalto al dovere di ascoltare il minore è quella relativa alle procedure di adottabilità (legge 4 maggio 1983, n. 184 poi modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149). Nel corso del procedimento teso alla dichiarazione di adottabilità deve sempre *“essere sentito il minore che ha compiuto i dodici anni e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento”* (art. 10, ult. comma; art. 15, comma 2). Analogamente deve avvenire allorché si tratta di emettere un provvedimento di affidamento preadottivo (art. 22, comma 6; art. 23, comma 1) e ugualmente al momento in cui si tratta di dichiarare l'adozione (art. 25, comma 1, dove addirittura si prescrive che il minore che ha compiuto i 14 anni deve manifestare il proprio consenso).

La normativa sull'adozione ha fatto da apripista nell'indicazione del limite di età prima del quale l'ascolto del minore è condizionato all'accertamento di un livello accettabile di discernimento e oltre il quale invece è obbligatoria l'audizione.

L'obbligatorietà dell'ascolto – con la medesima demarcazione del confine di età prima del quale l'ascolto è subordinato all'accertamento di una sufficiente maturità del bambino - è stata successivamente prescritta nelle procedure contenziose di separazione e divorzio e per quelle relative all'affidamento di figli nati fuori del matrimonio nell'articolo 155-*sexies* del codice civile (nel testo inserito dalla legge 14 febbraio 2006, n. 54, oggi articolo 337-*octies*, dopo la riforma operata con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 e con il D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) dove si prevede che *“Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 337-ter [provvedimenti riguardo ai figli nel procedimento di separazione, divorzio o affidamento] il giudice dispone l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”*.

La riforma operata con la legge 219/2012 ha poi aggiunto nel medesimo articolo 337-*octies* del codice civile per il caso in cui non si tratti di una procedura contenziosa, la precisazione che *“nei procedimenti in cui si omologa o si*

*prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo*".

La medesima riforma ha adeguato al principio anche l'articolo 4 della legge sul divorzio che al quarto comma contiene ora la precisazione che all'udienza di comparizione iniziale il giudice emette gli eventuali provvedimenti temporanei e urgenti "...disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento".

La novità della riforma del 2012 e 2013 sulla filiazione sta soprattutto, però, nel fatto di aver esteso espressamente a qualsiasi procedura giudiziaria – e non solo a quelle relative all'affidamento in sede di scissione della coppia genitoriale – il diritto del minore ad essere ascoltato. Il principio generale è stato specificato nel nuovo articolo 315-bis del codice civile il quale è intitolato "*Diritti e doveri del figlio*" e al secondo comma precisa solennemente che "*il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*".

Sempre la medesima riforma ha chiarito anche quali devono essere le modalità dell'ascolto del minore prescrivendo in proposito nell'articolo 336-bis del codice civile che "*Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato. L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video*".

Quindi l'ordinamento italiano contiene ora – dopo le riforme del 2013 - una disciplina giuridica ben definita e molto chiara sull'ascolto del minore nell'ambito delle procedure giudiziarie che lo riguardano.

Poiché l'ascolto del minore nelle procedure che lo riguardano costituisce un obbligo del giudice, si pone il problema di verificare quali siano le conseguenze della violazione di questo obbligo.

La questione era stata solo lambita nel 2002 dalla Corte costituzionale che non diede una risposta specifica al quesito di quale sia la conseguenza del mancato ascolto del minore (in particolare nei procedimenti *de potestate*). Occupandosi nel 2002 – come si è sopra visto - di alcune censure sollevate sull'articolo 336 del codice civile la Corte (**Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1**) ebbe ad affermare che la mancata previsione in tale disposizione dell'obbligo di sentire il minore ultradodicescimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, non è incostituzionale in quanto la norma non può che essere interpretata alla luce dell'articolo 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo che impone l'ascolto del minore nelle procedure che lo riguardano. Tale prescrizione, ormai entrata nell'ordinamento, è idonea ad integrare la disciplina dell'articolo 336 del codice civile, 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'articolo 78 del codice di procedura civile. Compete, però al giudice stabilire – concluse allora la Corte costituzionale – sulla base delle norme generali sulle nullità processuali civili, quali conseguenze espliciti sul provvedimento reclamato l'inosservanza dell'articolo 336, secondo comma, interpretato nel senso sopra precisato.

Una prima risposta particolarmente autorevole in giurisprudenza sul tema specifico delle conseguenze della mancata audizione del minore giunse nel 2009 da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiamate ad intervenire in un procedimento di modifica delle condizioni di separazione in cui era stata sollevata una questione di giurisdizione. La Corte ritenne che la mancata audizione del minore senza una giustificazione plausibile determina nei procedimenti di separazione o di revisione delle condizioni di separazione un difetto di contraddittorio cui consegue la nullità della decisione (**Cass. civ. Sez. Unite, 21 ottobre 2009, n. 22238**). Per giungere a tale conclusione la Corte sostenne che nei procedimenti di separazione "i minori che, ad avviso di questa Corte non possono considerarsi parti [processuali] del procedimento, sono stati esattamente ritenuti portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori, in sede di affidamento o di disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario e, per tale profilo, qualificati parti in senso sostanziale". Costituirebbe quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori.

La tesi che il mancato ascolto del minore realizzi un vizio di nullità per violazione del contraddittorio – che presuppone una dubbia distinzione tra parte in senso formale e parte in senso sostanziale - è stata poi superata da una parte della giurisprudenza successiva che in ogni caso continua spesso a riferirsi al concetto metagiuridico del minore “parte sostanziale” espresso in quella decisione. Per esempio **Cass. civ. Sez. I, 31 marzo 2014, n. 7479** ancora di recente ricorda come “l'omesso adempimento o l'omessa motivazione sulla sua assenza determinano una lesione del diritto al contraddittorio (S.U. 22238 del 2009), da far valere in sede d'impugnazione nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c.”.

Come si è detto, però, nel suo complesso la tesi della nullità per difetto di contraddittorio non è stata e non è particolarmente felice da un punto di vista strettamente processualistico quanto meno nelle procedure in cui certamente il minore non assume la veste di parte anche processuale.

In particolare in una decisione della Corte di cassazione del 2011 i giudici - occupandosi di un procedimento di adottabilità – mutarono indirizzo sostenendo la tesi che l'audizione del minore non ha una finalità istruttoria o di tipo processuale (integrazione del contraddittorio) ma è un atto con cui si dà dignità alla persona minore di età per esprimere il suo punto di vista nel procedimento che lo riguarda. Un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto. La censura – sollevata con il ricorso - riguardava il fatto che il genitore non era stato avvisato dell'audizione. Ed a tale proposito la Corte precisava che “l'audizione del minore non rappresentando una testimonianza o un altro 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 ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, e quindi con tutte le cautele e le modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, compresa la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori, nonché di sentire il minore da solo, o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato. Ne deriva che, costituendo scelta del tutto discrezionale del giudice quella di sentire il minore senza la presenza dei difensori delle altre parti, la dedotta violazione del contraddittorio per il mancato avviso dell'udienza fissata per detta audizione non sussiste” (**Cass. civ. Sez. I, 26 gennaio 2011, n. 1838**).

Una successiva decisione della Cassazione – in una vicenda di adozione in casi particolari – sostenne la tesi della invalidità (non meglio specificata) della sentenza per omessa audizione del minore (**Cass. civ. Sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21651**) ricordando che la giurisprudenza aveva più volte insistito sull'obbligatorietà dell'ascolto, ove indicato, la cui mancanza potrebbe rendere invalido il provvedimento assunto.

Con maggiore precisione – e anticipando la posizione che diventerà poi prevalente nella giurisprudenza - **Cass. civ. Sez. I, 27 gennaio 2012, n. 1251**, sempre in un caso di adottabilità, chiariva che l'articolo 15, comma 2 nel testo novellato dalla L. 28 marzo 2001, n. 149, pone nel giudizio di primo grado l'obbligo di audizione del minore che abbia compiuto i 12 anni e anche del minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento; la nullità della sentenza conseguente alla violazione di tale obbligo può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 cod. proc. civ. e, dunque, è deducibile con l'appello e, se riscontrata, non implica la rimessione al primo giudice, esulando dalle ipotesi previste dall'art. 354 del codice di procedura civile.

Su questa linea si colloca una importante decisione della Cassazione che ha precisato definitivamente il punto di vista della giurisprudenza di legittimità sulle conseguenze processuali della mancata audizione del minore, pur riproponendo la tesi sulla natura di parte sostanziale del minore nei procedimenti di separazione.

La sentenza in questione (**Cass. civ. Sez. I, 15 maggio 2013, n. 11687**) è certamente la decisione più esauriente sul tema dell'audizione del minore contenendo un vero e proprio decalogo sull'ascolto del minore nei procedimenti giudiziari. La sentenza ricorda che l'audizione dei minori è un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardino ed, in particolare, in quelle relative al loro affidamento ai genitori – ivi comprese le procedure di revisione delle condizioni di affidamento - senza che possa ritenersi sufficiente, a tale scopo, che il minore sia stato interpellato o esaminato da soggetti (nella specie, assistenti sociali) le cui relazioni siano state successivamente acquisite al fascicolo processuale, dovendo il giudice, ove non ritenga di procedere all'audizione diretta, avvalersi di esperti investiti da specifica delega.

La conseguenza della omessa audizione è la nullità per violazione delle norme che impongono l'audizione. La violazione dell'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'articolo 161 del codice di procedura civile e, dunque, è deducibile con l'appello (**Cass. civ. Sez. I, 10 settembre 2014, n. 19006**; **Cass. civ. Sez. I, 8 marzo 2013, n. 5847**; **Cass. civ. Sez. I, 27 gennaio 2012, n. 1251**).

La giurisprudenza ha anche avuto modo di chiarire in ogni caso che la questione di nullità derivante dall'omissione dell'audizione non può essere sollevata per la prima volta davanti alla Corte di cassazione (**Cass. civ. Sez. I, 2 agosto 2013, n. 18538**).

#### **XIV. Ha diritto il minore a chiedere la nomina di un proprio rappresentante?**

Benché, come detto, nei procedimenti civili minorili (*de potestate*, di adottabilità) il minore sia considerato pacificamente parte in senso formale, in nessuna parte della riforma sulla filiazione (legge 10 dicembre 2012, n. 219 o del D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) è stato regolamentato il riconoscimento al minore della posizione di parte processuale nei procedimenti che lo riguardano – lasciandosi così alla giurisprudenza il compito di riempire il vuoto normativo con interpretazioni sulle quali ci si è soffermati – e, soprattutto, non è stato regolamentato il diritto del minore alla scelta di un proprio rappresentante nei casi di conflitto di interessi con i genitori o di loro inerzia.

Eppure la Convenzione dell'Onu del 1989 sui diritti del minore (legge 27 maggio 1991, n. 176) dopo aver affermato nel primo comma dell'articolo 12 che il fanciullo capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, prevede al secondo comma che «*a tal fine, si darà in particolare al fanciullo 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*» e soprattutto la Convenzione europea di Strasburgo del 1996 sull'esercizio di tali diritti (legge 20 marzo 2003, n. 77) aveva preventivato e incoraggiato l'attribuzione al minore, nei casi di conflitto di interessi con i genitori, del diritto di chiedere, anche personalmente, la designazione di un rappresentante speciale “se del caso un avvocato”.

Proprio la Convenzione di Strasburgo, dando attuazione ai principi della Convenzione internazionale di New York del 1989 sui diritti dei minori, indica le modalità e i principi attraverso cui realizzare compiutamente il diritto del minore ad esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano e ad essere affiancato da un proprio autonomo rappresentante quando i genitori non sono in grado di rappresentarlo a causa di un *conflitto di interessi* o di una limitazione della potestà. L'art. 5 della Convenzione di Strasburgo espressamente esorta gli Stati a valutare l'opportunità di attribuire ai minori il diritto di chiedere, anche essi stessi, la designazione di un proprio rappresentante.

Le linee guida sulla giustizia dei minori elaborate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 17 novembre 2010 affermano che “il diritto di ogni persona di accedere alla giustizia e ad un processo giusto (compreso in particolare il diritto di essere informato; il diritto di essere ascoltato, il diritto di avere una difesa e il diritto di essere rappresentato) è necessario in una società democratica e si applica parimenti ai minori, tenendo conto della loro capacità di elaborare opinioni autonome”.

La necessità dell'adozione di modelli processuali che consentano il pieno esercizio di questi diritti fondamentali è stato affermato dalla Corte costituzionale (**Corte cost. 20 luglio 1990, n. 341**) che ha anche riconosciuto piena efficacia imperativa e integrativa delle convenzioni internazionali nell'ordinamento interno (**Corte cost. 12 giugno 2009, n. 179**) e ribadito che il minore assume nei procedimenti che lo riguardano un ruolo di “centro autonomo di imputazione giuridica” tutte le volte in cui in un processo sono implicati suoi rilevanti diritti e interessi (**Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83**): Affermazioni riprese anche da **Cass. civ. Sez. I, 11 dicembre 2013, n. 27729** dove si legge che “nella interpretazione che è stata offerta dalla Corte costituzionale all'art. 250 c.c. con la sentenza n. 83 del 2011 - che ne ha per tale via confermato la conformità a Costituzione - essendo implicati nel procedimento de quo rilevanti diritti ed interessi del minore... al detto minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 cod. civ. e, se di regola la sua rappresentanza sostanziale e processuale è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento qualora si prospettino situazioni di conflitto di interessi, anche in via potenziale, la tutela della sua posizione può essere in concreto attuata soltanto se sia autonomamente rappresentato e difeso in giudizio, mediante nomina di un terzo rappresentante”.

Per l'attuazione piena dei diritti del minore in ambito processuale è evidente che il legislatore dovrebbe quindi risolvere una volta per tutte il problema del conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori – o dell'inerzia dei suoi genitori - tutte le volte in cui anche solo potenzialmente questo conflitto o l'inerzia potrebbero influire non solo sul pieno riconoscimento al minore dell'autonomia di espressione dei suoi diritti, ma anche in concreto sulla soddisfazione di tali diritti.

Il legislatore dovrebbe chiedersi, cioè in che modo possa essere adeguatamente riformato in base alle indicazioni sovranazionali il tradizionale sistema di nomina del curatore speciale (art. 320, 321 c.c., 78, 79 e 80 c.p.c.). L'attuale articolo 79 c.p.c. già prevede che “*la nomina [del curatore speciale] può essere chiesta anche dalla*

*persona che deve essere rappresentata o assistita sebbene incapace*". Pertanto il minore di età sulla base di tale disposizione ha il diritto di richiedere egli stesso direttamente la nomina di un curatore speciale. Un esempio specifico e molto noto di questo potere concretamente assicurato ai minori si ha nell'ultimo comma dell'art. 244 c.c. dove al minore che ha compiuto i quattordici anni è attribuito il diritto di chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale per l'inizio dell'azione di disconoscimento.

Questo sistema, tuttavia, non assicura all'interessato la designazione diretta di un curatore speciale ma gli garantisce solo che il giudice gli possa nominare un curatore se la sua richiesta è fondata su una pretesa tipicamente indicata.

E' pur vero che il tribunale potrebbe anche d'ufficio nominare un curatore speciale al minore secondo l'interpretazione dell'art. 79 c.p.c. offerta per i minori di età da **Corte cost. 12 giugno 2009, n. 179** ma pur sempre l'interessato dovrebbe rivolgersi al giudice senza designare egli stesso il proprio curatore speciale. Proprio in questa prospettiva, invece, una riforma dovrebbe attribuire espressamente al minore (quanto meno in età in cui è considerato penalmente imputabile) – e a qualunque altro soggetto incapace - la responsabilità diretta nella designazione del proprio rappresentante speciale.

Il nuovo art. 315-*bis* indica tra i diritti del minore quello di essere *"ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano"* con ciò scegliendo di affidare soprattutto all'"ascolto del minore" la funzione di garanzia e di attuazione dei suoi diritti nel processo (e perciò anche di superamento del conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori). E non enuncia, invece, il diritto di scegliere e designare un proprio rappresentante speciale nei casi di conflitto di interesse con i genitori. Questa è certamente una vistosa lacuna nella formulazione dell'art. 315-*bis* c.c.

Certamente l'ascolto del minore ha una fondamentale funzione di garanzia. Come si sa l'obbligatorietà dell'ascolto del minore era stata dalla legge 14 febbraio 2006, n. 54 espressamente prescritta per le procedure di separazione e divorzio nonché per quelle relative all'affidamento di figli nati fuori del matrimonio (articolo 155-*sexies* del codice civile, oggi articolo 337-*octies*, dopo la riforma operata con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 e con il D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) dove si prevede che *"il giudice dispone l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento"*. Ed è certamente vero quello che si afferma in giurisprudenza che cioè in tutte queste procedure, in cui il minore non è parte processuale e non deve essere assistito da un difensore, l'ascolto del minore risponde all'esigenza primaria di effettività della tutela dei suoi diritti (**Cass. civ. Sez. I, 31 marzo 2014, n. 7478**).

Il merito della riforma del 2012 e 2013 sulla filiazione sta anche nel fatto di aver esteso espressamente a qualsiasi procedura giudiziaria – e non solo a quelle relative all'affidamento in sede di scissione della coppia genitoriale – il diritto del minore ad essere ascoltato. Il principio generale è stato specificato nel richiamato articolo 315-*bis* del codice civile il quale è intitolato *"Diritti e doveri del figlio"* dove al secondo comma si precisa solennemente che *"il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano"*.

L'ordinamento italiano contiene ora, quindi, una disciplina giuridica ben definita e molto chiara – non priva di qualche criticità - sull'ascolto del minore nell'ambito delle procedure giudiziarie che lo riguardano (cfr anche articoli 336-*bis*, 337-*octies*, 38-*bis* disp. att. c.c.). Attualmente il dibattito tra i giuristi, in ambito forense e nella giurisprudenza è impegnato soprattutto nella individuazione di linee guida in materia di ascolto del minore e nell'approfondimento delle conseguenze dell'ascolto e del mancato ascolto (**Cass. civ. Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5237**; **Cass. civ. Sez. I, 17 maggio 2012, n. 7773**).

L'ascolto del minore non può essere però l'unico strumento di attuazione, nel sistema processuale, dei diritti del minore, anche se è certamente uno strumento importante soprattutto ove al minore è riconosciuta non una posizione di parte *processuale* (che gli garantisce comunque pienamente il diritto di difesa) ma solo una posizione di parte *sostanziale* (**Cass. civ. Sez. Unite 21 ottobre 2009, n. 22238**).

In questo senso la riforma sulla filiazione avrebbe dovuto introdurre e disciplinare il diritto del minore alla rappresentanza processuale non solo nelle tradizionali e tipiche ipotesi in cui gli è riconosciuta la qualità di parte processuale (procedimenti *de potestate*, procedimenti di adottabilità, conflitti di status) ma tutte le volte in cui vengono in rilievo diritti personalissimi di natura primaria (diritto alla salute, allo studio, alla vita di relazione, alla protezione della persona, allo status) che possono essere azionati processualmente e che a causa di un conflitto di interessi o di una inerzia dei genitori non vengono azionati.

Il tradizionale impianto fondato sulla nomina di un curatore speciale da parte del giudice in presenza di un conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori non è da considerare più sufficiente, alla luce delle convenzioni che riconoscono al minore direttamente il diritto alla designazione di un rappresentante speciale. Designazione diretta



che nelle intenzioni delle Convenzioni ha l'obiettivo di eliminare ogni filtro che possa oggettivamente ostacolare l'attuazione dei diritti primari della persona.

La riforma sulla filiazione non ha preso posizione sulla questione relativa al diritto del minore alla nomina di un proprio rappresentante nei casi in cui un conflitto di interessi con i genitori o la loro inerzia comprime o non rende possibile l'attuazione di un diritto personale primario.

In una prospettiva di completamento, perciò, della riforma l'art. 315-bis del codice civile – che elenca i diritti del minore - andrebbe integrato con una disposizione (di cui andrebbe estesa l'applicazione a tutti i soggetti incapaci nell'art. 79 c.p.c.) che preveda che “*il minore ha diritto di designare il proprio curatore speciale per l'attuazione di diritti primari nei casi conflitto di interessi con i suoi genitori o di loro inerzia e nei procedimenti in cui è parte processuale*”. Sarà il curatore speciale a delibare l'esistenza del conflitto di interessi o dell'inerzia del rappresentante legale, mentre spetterà al giudice valutare se la pretesa è giusta e fondata.

## **Giurisprudenza**

### **Cass. civ. Sez. I, 10 settembre 2014, n. 19006 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)**

La nullità della sentenza per la violazione dell'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c. ed, dunque, è deducibile con l'appello.

### **Cass. civ. Sez. I, 31 marzo 2014, n. 7479 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)**

La mancata previsione normativa dell'obbligatorietà dell'ascolto del minore nelle procedure di cui alla legge n. 64/1994 di attuazione della convenzione dell'Aja sulla sottrazione internazionale dei minori, non esclude che l'audizione del minore sia un adempimento doveroso in quanto previsto nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo per tutte le procedure relative ai minori; dagli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge 20 marzo 2003, n. 77 (Cass.17201 del 2011); infine dal vigente L. n. 219 del 2012, art. 315 bis c.c.

Nel procedimento per la sottrazione internazionale di minori, l'ascolto del minore risulta, peraltro, finalizzato alla valutazione, ex art. 13, comma 2, della cit. convenzione, anche l'eventuale opposizione del minore al ritorno.

Il diritto del minore all'audizione non esclude la preventiva valutazione dell'eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore dell'adempimento, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento relativo alla sottrazione internazionale dei minori (Cass. 1527 del 2013).

L'audizione può essere svolta, secondo le modalità stabilite dal giudice anche da soggetti diversi da esso.

Le ragioni dell'esclusione dell'audizione, ovvero il pericolo di danno per il minore, devono essere esplicitate (Cass. S.U. 22238 del 2009).

L'omesso adempimento o l'omessa motivazione sulla sua assenza determinano una lesione del diritto al contraddittorio (S.U. 22238 del 2009), da far valere in sede d'impugnazione nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c.

### **Cass. civ. Sez. I, 31 marzo 2014, n. 7478 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)**

L'art. 336, ultimo comma, c.c. (“per i provvedimenti di cui ai commi precedenti i genitori e il minore sono assistiti da un difensore”) trova applicazione soltanto per i provvedimenti limitativi ed eliminativi della potestà genitoriale, ove si pone in concreto un profilo di conflitto di interessi tra genitori e minore e non in una controversia relativa al regime di affidamento e di visita del minore, figlio di una coppia che ha deciso di cessare la propria comunione di vita. In tale ipotesi, la partecipazione del minore nel conflitto genitoriale deve esprimersi, ove ne ricorrano le condizioni di legge, solo se ne ravvisi la corrispondenza agli interessi del minore medesimo e si riscontri un grado di discernimento adeguato, mediante il suo ascolto, oltre che mediante l'esercizio dei poteri istruttori officiosi di cui il giudice può usufruire in virtù della natura e della preminenza dell'interesse da tutelare.

### **Cass. civ. Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5237 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)**

In considerazione della sempre maggiore rilevanza che l'ascolto del minore ha assunto tanto nel nostro ordinamento quanto in ambito internazionale, deve ritenersi che ormai non residuino spazi per assegnare all'ascolto una sussidiaria funzione meramente cognitiva, nel caso che un minore sia in grado di esprimere la propria volontà, avendo piena capacità di discernimento. Sotto tale profilo la distinzione lessicale tra questa formula e il raggiungimento da parte del minore, secondo la terminologia adottata dalla Convenzione dell'Aja all'art. 13, comma 2, di un'età e una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione, appare sempre più sfuocata, fino al punto di dover ritenere che quando, ricorrendone i presupposti, si sia proceduto all'ascolto del minore, della volontà così manifestata si debba sempre e necessariamente tener conto anche in materia di sottrazione internazionale di minori.

**Cass. civ. Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5097** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il minore è parte nei procedimenti de potestate [nella specie giudizio azionato davanti al tribunale per i minorenni dai nonni per la tutela del loro rapporto con il nipote] e gli deve essere nominato un curatore speciale se vi è conflitto anche potenziale di interessi con i genitori. E' errato in questi casi ritenere che il minore non sia parte del processo in quanto la sua partecipazione al giudizio avviene mediante il suo rappresentante legale e in caso di conflitto di interesse a mezzo del speciale. E' ravvisabile un conflitto d'interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale (nella specie, figlio minore e genitore), ogni volta che l'incompatibilità delle rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività; ne consegue che la relativa verifica va compiuta in astratto ed ex ante secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto ed a posteriori alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa. Pertanto, in caso di omessa nomina di un curatore speciale, il giudizio è nullo per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio

**Cass. civ. Sez. I, 13 gennaio 2014, n. 487** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

È manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24, 29 e 30 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 244 cod. civ. 395, n. 1, e 404 cod. proc. civ., nella parte in cui limitano la proponibilità dell'opposizione di terzo o l'intervento del soggetto indicato come padre biologico, o dei suoi eredi, nel giudizio di disconoscimento di paternità, promosso da colui che solo all'esito del positivo esperimento di tale azione potrà chiedere il riconoscimento di paternità, in quanto il pregiudizio fatto valere è di mero fatto, laddove il rimedio contemplato dall'art. 404 cod. proc. civ. presuppone in capo all'opponente un diritto autonomo, la cui tutela sia però incompatibile con la situazione giuridica risultante dalla sentenza impugnata.

**Cass. civ. Sez. I, 10 gennaio 2014, n. 364** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

La legittimazione "ad adiuvandum" ex art. 105, secondo comma, cod. proc. civ. presuppone che il giudicato destinato a formarsi tra le parti del giudizio arrechi una lesione ad un interesse giuridico e non meramente fattuale del terzo interveniente.

**Cass. civ. Sez. I, 11 dicembre 2013, n. 27729** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nella interpretazione che è stata offerta dalla Corte costituzionale all'art. 250 c.c., con la sentenza n. 83 del 2011 - che ne ha per tale via confermato la conformità a Costituzione - essendo implicati nel procedimento de quo rilevanti diritti ed interessi del minore, ed in primo luogo quello all'accertamento del rapporto genitoriale con tutte le implicazioni connesse, questi, anche se di età inferiore a sedici anni, costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica: sicché, in caso di opposizione dell'altro genitore al riconoscimento, egli gode di piena tutela dei suoi diritti ed interessi. Ne deriva che al detto minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 cod. civ. E, se di regola la sua rappresentanza sostanziale e processuale è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento (artt. 317-bis e 320 cod. civ.), qualora si prospettino situazioni di conflitto di interessi, anche in via potenziale, la tutela della sua posizione può essere in concreto attuata soltanto se sia autonomamente rappresentato e difeso in giudizio, mediante nomina di un terzo rappresentante.

**Cass. civ. Sez. III, 7 novembre 2013, n. 25054** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Anche nel sistema anteriore all'introduzione del secondo comma dell'art. 101 cod. proc. civ. (a norma del quale il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una *questione rilevata d'ufficio*, deve assegnare alle parti, "a pena di nullità", un termine "per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione"), operata con l'art. 45, comma 13, della legge 18 giugno 2009, n. 69, il dovere costituzionale di evitare sentenze cosiddette "a sorpresa" o della "terza via", poiché adottate in violazione del principio della "parità delle armi", aveva un preciso fondamento normativo, costituito dall'art. 183 cod. proc. civ., che al terzo comma (oggi quarto, in virtù di quanto disposto dall'art. 2, comma 3, lettera c-ter, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge 28 dicembre 2005, n. 263) fa carico al giudice di indicare, alle parti, "le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione".

**Cass. civ. Sez. VI, 28 ottobre 2013, n. 24316** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

La mancata richiesta, da parte del figlio maggiorenne non indipendente economicamente, di corresponsione diretta dell'assegno di mantenimento giustifica la legittimazione a riceverlo da parte del genitore con lui convivente, il quale anticipa le spese per il suo mantenimento e le programma d'accordo con lui, e, di conseguenza, il genitore obbligato non ha alcuna autonomia nella scelta del soggetto nei cui confronti adempire.

**Cass. civ. Sez. I, 19 settembre 2013, n. 21472** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

La legittimazione ad un intervento adesivo dipendente presuppone un interesse giuridicamente rilevante e qualificato, determinato dalla sussistenza di un rapporto giuridico sostanziale tra adjuvante ed adjuvato e dalla necessità di impedire che nella propria sfera giuridica possano ripercuotersi conseguenze derivanti da effetti riflessi o indiretti del giudicato.

**Cass. civ. Sez. I, 2 agosto 2013, n. 18538** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

L'art. 315 bis cod. civ. introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, prevede il diritto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, e quindi anche in quelle relative all'affidamento ai genitori, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con il suo "superiore interesse". (Nella specie, la Corte di cassazione nell'enunciare il principio, ha rigettato la doglianza in ordine alla mancata audizione del minore ai fini della sua collocazione prevalente presso uno dei genitori, in quanto la stessa non era stata richiesta nel corso del giudizio di merito e la questione risultava proposta per la prima volta nella memoria ex art. 378 cod. proc. civ. peraltro solo con riferimento al sopravvenuto art. 315 bis cod. civ.).

**Cass. civ. Sez. I, 25 luglio 2013, n. 18075** (*Famiglia e Diritto*, 2014, 2, 135, nota di CARPENTIERI)

La legittimazione del genitore a richiedere "iure proprio" all'ex coniuge separato o divorziato la revisione del contributo per il mantenimento del figlio maggiorenne, non ancora autosufficiente economicamente, va esclusa in difetto del requisito della coabitazione con il figlio, la quale sussiste solo in presenza di un collegamento stabile di questi con l'abitazione del genitore, compatibile con l'assenza anche per periodi non brevi, purché, tuttavia, si ravvisi la prevalenza temporale dell'effettiva presenza, in relazione all'unità di tempo considerata. (Nella specie, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso avverso la decisione della corte di merito, che aveva ritenuto cessato il requisito della coabitazione per effetto del trasferimento del figlio maggiorenne, per ragioni di studio, in altra località, ove aveva preso in locazione un appartamento).

**Cass. civ. Sez. I, 15 maggio 2013, n. 11687** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

L'audizione dei minori è un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardino senza che possa ritenersi sufficiente, a tale scopo, che il minore sia stato interpellato o esaminato da soggetti le cui relazioni siano state successivamente acquisite al fascicolo processuale, dovendo il giudice, ove non ritenga di procedere all'audizione diretta, avvalersi di esperti investiti da specifica delega.

Il giudice, nelle ipotesi in cui ravvisi di escludere l'ascolto, e cioè quando esso sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso, è tenuto a fornire adeguata giustificazione.

Le valutazioni del giudice, in quanto doverosamente orientate a realizzare l'interesse del minore, che può non coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate, potranno essere difformi ma il giudice ha un onere di motivazione sulle ragioni per le quali ritiene di prendere una decisione difforme rispetto a quella espressa dal minore.

La nullità della sentenza per la violazione dell'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'articolo 161 del codice di procedura civile e, dunque, è deducibile con l'appello.

Le modalità dell'audizione, che non costituisce un atto istruttorio tipico, bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, sono affidate alla discrezionalità del giudice, il quale deve ispirarsi al principio secondo cui l'audizione stessa deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione.

**Cass. civ. Sez. I, 8 marzo 2013, n. 5847** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

La nullità della sentenza per la violazione dell'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c. ed, dunque, è deducibile con l'appello.

**Cass. civ. Sez. Unite, 5 febbraio 2013, n. 2593** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nella controversia inerente la prosecuzione dell'occupazione dell'immobile, al di fuori di qualsiasi rapporto contrattuale, è inammissibile l'intervento del terzo che sia portatore di una posizione giuridica soggettiva di mero fatto e legata ad un'aspettativa meramente ipotetica.

**Cass. civ. Sez. I, 17 luglio 2012, n. 12211** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Avverso la sentenza, passata in giudicato, il disconoscimento della paternità legittima, è inammissibile l'opposizione di terzo di colui che sia indicato come genitore naturale, il quale deduca che l'esito (positivo) dell'azione di disconoscimento di paternità si riverberi sull'azione di riconoscimento della paternità intentata nei suoi confronti, in quanto il pregiudizio fatto valere è di mero fatto, laddove il rimedio contemplato dall'art. 404 cod. proc. civ. presuppone in capo all'opponente un diritto autonomo, la cui tutela sia però incompatibile con la situazione giuridica risultante dalla sentenza impugnata.

**Cass. civ. Sez. I, 19 marzo 2012, n. 4296** (*Corriere Giur.*, 2012, 6, 772 nota di DANOVI)

È ammissibile nei giudizi di separazione e divorzio l'intervento del figlio maggiorenne che abbia diritto al mantenimento, in tale veste legittimato in via prioritaria a ottenere il versamento diretto del contributo. L'intervento in giudizio del figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente può avvenire in tutte le forme previste dall'art. 105 c.p.c. (per far valere un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo della controversia, o eventualmente in via adesiva) e assolve una funzione di ampliamento del *contraddittorio*, consentendo al giudice di provvedere in merito all'entità e al versamento del contributo al mantenimento sulla base di un'approfondita ed effettiva disamina delle istanze dei soggetti interessati.

Nei giudizi di separazione o di divorzio, alla luce della introduzione dell'art. 155-quinquies c.c., l'intervento in giudizio, per far valere un diritto relativo all'oggetto della controversia, o eventualmente in via adesiva, del figlio maggiorenne, il quale, in quanto economicamente dipendente e sotto certi aspetti assimilabile al minore (in ordine al quale, proprio in epoca recente, in attuazione del principio del giusto processo, si tende a realizzare forme di partecipazione e di rappresentanza sempre più incisive), assolve, latu sensu, una funzione di ampliamento del *contraddittorio*, consentendo al giudice di provvedere in merito all'entità e al versamento - anche in forma ripartita - del contributo al mantenimento, sulla base di un'approfondita ed effettiva disamina delle istanze dei soggetti interessati.

**Cass. civ. Sez. I, 27 gennaio 2012, n. 1251** (*Famiglia e Diritto*, 2012, 10, 888, nota di ASTIGGIANO)

In tema di procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, l'articolo 15, comma 2, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo novellato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, pone nel giudizio di primo grado

l'obbligo di audizione del minore che abbia compiuto i dodici anni e anche del minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento; la relativa nullità è deducibile con l'appello e, se riscontrata, non implica la rimessione al primo giudice, esulando dalle ipotesi previste dall'articolo 354 codice di procedura civile. Infatti la nullità della sentenza per la violazione dell'obbligo di audizione può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c. ed, dunque, è deducibile con l'appello.

**Cass. civ. Sez. I, 27 dicembre 2011, n. 28902** (*Famiglia e Diritto*, 2012, 4, 348 nota di VULLO)

In assenza di un dato normativo che autorizzi un'iniziativa sul piano giudiziario degli ascendenti, come avviene nei giudizi di potestate (art. 336 c.c., comma 1), non è consentito l'intervento degli stessi nei giudizi di separazione e di divorzio, nei quali la posizione dei minori è tutelata sotto forme che non prevedono la loro assunzione della qualità di parte, né uno specifico diritto di difesa, come avviene nei procedimenti di adozione. D'altra parte, una lettura sistematica del quadro normativo, alla luce delle norme che disciplinano la revisione delle condizioni della separazione e che sono intese a dirimere i conflitti fra genitori induce a ritenere che questi ultimi siano gli unici soggetti cui è affidata la legittimazione sostitutiva all'esercizio dei diritti dei minori.

Anche in seguito alla novella dell'art. 155, comma 1, c.c., operata dalla legge n. 54/2006 gli ascendenti non sono titolari di alcun diritto a conservare rapporti e relazioni con i nipoti, ma solo di un mero interesse di natura morale o affettiva, il quale non legittima gli ascendenti stessi a intervenire nei giudizi di separazione e di divorzio.

**Cass. civ. Sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21651** (*Fam. Pers. Succ.*, 2012, 6, 426, nota di GORINI)

Nell'ambito del procedimento di adozione in casi particolari, pur essendo obbligatoria l'audizione del minore, tanto da rendere invalido - in sua mancanza - il provvedimento assunto, tuttavia non sono indicate le modalità dell'ascolto del minore, che potrà essere sentito dal Giudice direttamente o tramite un ausiliare, psicologo o educatore, che riferirà anche in ordine alla sua capacità di discernimento.

**Cass. civ. Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 15964** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il rilievo d'ufficio di cause di inammissibilità del ricorso per cassazione (nella specie, tardività del ricorso stesso e, altresì, inosservanza del disposto di cui al n. 6 dell'art. 366 cod. proc. civ.) è sottratto alla regola espressa dall'art. 384, terzo comma, cod. proc. civ. - la quale impone al giudice di provocare il contraddittorio sulla *questione* rilevata d'ufficio - che è da riferirsi soltanto all'ipotesi in cui la Corte ritenga di dover decidere nel merito.

**Cass. civ. Sez. I, 4 luglio 2011, n. 14554** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

In tema di procedimento per lo stato di adottabilità, il titolo II della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo novellato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, che riflette anche principi sovranazionali (artt. 3, 9, 12, 14, 18, 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991 n. 176; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea sui diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con legge 20 marzo 2003, n. 77; art. 24 della Carta di Nizza), attribuisce ai genitori del minore una legittimazione autonoma, connessa ad un'intensa serie di poteri, facoltà e diritti processuali atta a fare assumere loro la veste di parti necessarie e formali dell'intero procedimento di adottabilità e, quindi, di litisconsorti necessari pure nel giudizio di appello, quand'anche in primo grado non si siano costituiti, con conseguente necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti, ove non abbiano proposto il gravame; a tal fine non è sufficiente la sola notificazione, attuata d'ufficio, del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione dell'appello, posto che tale iniziativa officiosa non consente anche la conoscenza del contenuto dell'altrui ricorso ed il compiuto esercizio del loro diritto di difesa.

**Cass. civ. Sez. VI, 16 giugno 2011, n. 13221** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nei giudizi riguardanti lo stato di adottabilità, il tutore provvisorio è legittimato a rappresentare il minore, salvo che sussista in concreto il conflitto d'interessi tra esso e il minore.

**Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83** (*Famiglia e Diritto*, 2011, 6, 545, nota di TOMMASEO)

Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 30, 31 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 250 c.c., nella parte in cui non prevede, per il figlio, che non abbia ancora raggiunto i sedici anni di età, adeguate forme di "tutela" dei suoi preminenti personalissimi diritti, nella specie di autonoma rappresentazione e difesa in giudizio, diritti costituzionalmente garantiti.

**Cass. civ. Sez. I, 26 gennaio 2011, n. 1838** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

In tema di adozione, l'articolo 10, comma secondo, della legge 4 maggio 1983, n. 184 come novellato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 il quale dispone che i genitori e in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore possano partecipare a "tutti" gli accertamenti disposti dal tribunale, si riferisce non solo ai tradizionali mezzi d'istruzione probatoria disciplinati dalla sezione III del capo II, titolo I del libro II del codice di procedura civile, ma a qualunque atto d'indagine che il giudice ritenga di eseguire per iniziativa propria o delle parti al fine di verificare se sussista lo stato di abbandono; esso non è tuttavia applicabile all'audizione del minore, la quale, non rappresentando una testimonianza o un altro 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 ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione; ne discende che, costituendo scelta del tutto discrezionale del giudice quella di sentire il minore senza la presenza dei difensori delle altre parti, non costituisce violazione del diritto al contraddittorio il mancato avviso dell'udienza fissata per detta audizione.

**Cass. civ. Sez. I, 19 luglio 2010, n. 16870** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il nuovo procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, come configurato dalla legge n. 149 del 2001 la quale ha profondamente modificato quello disciplinato dalla legge n. 184 del 1983 unico ed immediatamente contenzioso - è, invero, stata soppressa la fase dell'opposizione di cui al previgente art. 17, legge n. 184 del 1983 - non prevede la nomina necessaria di un curatore speciale al minore. Questi, di fatto, è rappresentato in giudizio, proprio per l'unicità del procedimento, dai genitori o dal tutore, con la logica conseguenza che il rappresentante legale è, sin dall'apertura del procedimento, investito della rappresentanza del minore.

Il minore è parte a tutti gli effetti del nuovo procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, al quale partecipa dalla fase iniziale. Il giudizio, sin dalla sua apertura, deve, pertanto, svolgersi con l'assistenza legale del minore che, in mancanza di previsioni di segno contrario, partecipa a mezzo di un rappresentante secondo le regole generali, quindi a mezzo del genitore o del tutore, ovvero, in caso di conflitto di interessi, di un curatore speciale, soggetti questi ai quali compete la nomina del difensore tecnico. Quanto al conflitto di interessi deve rilevarsi che quello tra il minore ed in genitore è in re ipsa, per incompatibilità anche solo potenziale delle rispettive posizioni, mentre quello tra minore e tutore deve essere specificamente ed immediatamente denunciato dal Pubblico Ministero, accertato in concreto dal Giudice e ritenuto idoneo a determinare la possibilità che il potere rappresentativo del tutore sia da questi esercitato in contrasto con il minore. La denuncia in oggetto non può, pertanto, come nella specie, essere prospettata nelle fasi e nei gradi ulteriori del giudizio al solo fine di conseguire la dichiarazione di nullità degli atti compiuti sulla base di una situazione non tempestivamente denunciata.

Il dettato normativo di cui agli artt. 8, comma quarto, e 10, comma secondo, della legge n. 184 del 1983, come sostituiti dalla legge n. 149 del 2001, deve essere interpretato nel senso che se sussiste il dovere del Presidente del Tribunale per i Minorenni di nominare un difensore d'ufficio ai genitori ed ai parenti entro il quarto grado, aventi rapporti significativi con il minore, nel caso in cui essi non vi provvedano (espressamente introdotto con riguardo a tali soggetti), ancor di più tale dovere deve ritenersi sussistente nei confronti del minore, rappresentato dal tutore o dal curatore speciale, in quanto parte principale del procedimento in oggetto.

In ogni caso, alla ritardata costituzione del difensore del minore, ovvero alla mancata assistenza da parte di questo ad uno o più atti processuali, non può conseguire l'automatica dichiarazione della nullità dell'intero procedimento, e/o dell'atto e di tutti quelli successivi, poiché tale sanzione può essere unicamente invocata dal Pubblico Ministero e dalle altre parti solo previa allegazione e dimostrazione del concreto pregiudizio derivante all'effettiva tutela giurisdizionale del minore da tale tardiva costituzione, ovvero dalla mancata partecipazione ad un atto processuale.

**Cass. civ. Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16553** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nel procedimento di adozione compete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica; tuttavia, qualora venga nominato, quale tutore, un avvocato, ai sensi dell'art. 86 cod. proc. civ., egli può stare in giudizio personalmente, senza patrocinio di altro difensore, in rappresentanza del minore.

**Cass. civ. Sez. I, 14 giugno 2010, n. 14216** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nel procedimento di adozione, compete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica: infatti il genitore, il tutore ovvero il curatore speciale hanno anche la relativa rappresentanza processuale, non essendo il potere di agire e resistere in giudizio disponibile autonomamente rispetto alla titolarità del bene della vita per il quale la tutela giurisdizionale venga postulata; inoltre, i due ruoli restano distinti, pur quando cumulati nel medesimo soggetto che abbia il titolo, richiesto dall'art.82, secondo comma, cod.proc.civ., per esercitare la difesa tecnica.

**Cass. civ. Sez. I, 11 giugno 2010, n. 14063** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nell'ambito del procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità sussiste, anche nei confronti del minore (oltre che a favore dei genitori e dei parenti entro il quarto grado portatori di rapporti significativi con il minore stesso), il dovere del Presidente del Tribunale di nominare un difensore d'ufficio laddove il tutore o il curatore speciale non vi provvedano tempestivamente. Tuttavia ai fini della declaratoria di nullità dell'intero processo o di quegli atti compiuti senza che il minore sia stato compiutamente assistito da un difensore tecnico non è sufficiente la semplice eccezione circa la sussistenza di siffatta condizione ma è, bensì, necessario che il Pubblico Ministero, o le altre parti che se ne intendano avvalere, allegino e dimostrino il reale nocimento arrecato al minore dalla tardiva costituzione o dalla mancata partecipazione ad uno o più atti del proprio difensore.

La nomina di un curatore speciale nell'ambito del procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità è subordinata alla sussistenza di un acclarato conflitto di interessi tra il rappresentante legale ed il minore stesso. Posto che detto conflitto tra il minore ed il genitore è ravvisabile in re ipsa, vista la riconducibilità alle rispettive posizioni di opposti interessi, quello con il tutore non è affatto scontato ma deve essere denunciato e verificato caso per caso. In particolare risulta onere del Pubblico Ministero, ovvero di uno dei soggetti individuati dall'art. 10, comma 2, della legge n. 184 del 1983, contestare immediatamente e specificamente la configurazione di detto conflitto al fine di consentire al Giudice, valutata la sussistenza di un contrasto tra il potere rappresentativo del tutore e gli interessi del minore, di provvedere, sin dal momento in cui detta incompatibilità si appalesi, alla rimozione del tutore in favore della nomina del curatore speciale. In armonia con siffatto sistema, quindi, la denuncia de quo, si ripete, a carattere strettamente immediato, non può essere avanzata nelle fasi ulteriori del giudizio allo scopo, più o meno palese, di far dichiarare nulli tutti gli atti processuali compiuti in costanza di una situazione, il conflitto, non tempestivamente denunciata da chi di dovere.

Il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, così come profondamente novellato dalla legge n. 149 del 2001, si caratterizza, vista la soppressione della previgente fase dell'opposizione, come unico ed immediatamente contenzioso. Il minore nell'ambito di siffatto sistema, è rappresentato in giudizio da un rappresentante legale, il genitore o il tutore, non necessariamente un curatore speciale il quale è quindi investito tanto dell'apertura del procedimento quanto della rappresentanza del minore, secondo le regole generali, nell'ambito del giudizio. La nomina di un curatore speciale si impone solo nell'ipotesi in cui sussista un conflitto di interessi tra il rappresentante legale ed il minore stesso (conflitto che nel caso di genitore sussiste in re ipsa) nel qual caso posto che compete al rappresentante legale la nomina, sin dall'apertura del procedimento, di un difensore tecnico, tale onere ricadrà, ove necessario, sul curatore speciale all'uopo nominato.

**Cass. civ. Sez. I, 19 maggio 2010, n. 12290** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, la partecipazione del minore, necessaria fin dalla fase iniziale del giudizio, richiede la nomina di un curatore speciale soltanto qualora non sia stato nominato un tutore o questi non esista ancora al momento dell'apertura del procedimento, ovvero nel caso in cui sussista un conflitto d'interessi, anche solo potenziale, tra il minore ed il suo rappresentante legale. Tale conflitto è ravvisabile "in re ipsa" nel rapporto con i genitori, portatori di un interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per il minore, mentre nel caso in cui a quest'ultimo sia stato nominato un tutore il conflitto dev'essere specificamente dedotto e provato in relazione a circostanze concrete, in mancanza delle quali il tutore non solo è

contraddittore necessario, ma ha una legittimazione autonoma e non condizionata, che può liberamente esercitare in relazione alla valutazione degli interessi del minore.

**Cass. civ. Sez. I, 26 marzo 2010, n. 7281** (*Fam. Pers. Succ.*, 2010, 10, 702)

In tema di adozione, gli artt. 8, ultimo comma, e 10, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, come novellati dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, devono essere interpretati nel senso che il dovere del presidente del tribunale di nominare un difensore d'ufficio ai genitori ed ai parenti entro il quarto grado, con rapporti significativi con il minore, nel caso in cui essi non vi provvedano, espressamente introdotto con riguardo a detti soggetti, a maggior ragione sussiste nei confronti del minore (rappresentato dal tutore o dal curatore speciale), che del procedimento di adozione è la parte principale; tuttavia, alla ritardata costituzione del difensore del minore o alla mancata assistenza da parte di costui ad uno o più atti processuali, non consegue l'automatica declaratoria della nullità dell'intero processo e/o dell'atto e di tutti quelli successivi, potendo tale sanzione essere invocata dal P.M. o dalle altre parti solo previa allegazione e dimostrazione del reale pregiudizio che la tardiva costituzione o la mancata partecipazione all'atto ha comportato per la tutela effettiva del minore.

Nel procedimento di adozione, mentre il conflitto d'interessi tra minore e genitore è "in re ipsa", per incompatibilità anche solo potenziale delle rispettive posizioni, il conflitto d'interessi tra minore e tutore deve essere dedotto dal P.M. ovvero da uno dei soggetti indicati dall'art. 10 della legge 28 marzo 2001, n. 149, ed accertato in concreto dal giudice, come idoneo a determinare la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal tutore in contrasto con l'interesse del minore; in tal caso, tuttavia, la denuncia, tendendo alla rimozione preventiva del conflitto, nonché alla immediata sostituzione del rappresentante legale con il curatore speciale dal momento in cui la situazione d'incompatibilità si è determinata, non può più essere prospettata nelle ulteriori fasi del giudizio al solo fine di conseguire la declaratoria di nullità degli atti processuali compiuti in seguito ad una situazione non denunciata.

Con riguardo al procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, il conflitto di interessi tra il minore e i genitori esercenti la potestà è in re ipsa, sicché l'omessa nomina di un curatore speciale che assuma la rappresentanza processuale del minore dà luogo a nullità dell'intero giudizio per vizio insanabile della costituzione del rapporto processuale e conseguente violazione del contraddittorio, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

**Cass. civ. Sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3805** (*Riv. Dir. Proc.*, 2011, 2, 407, nota di BOCCAGNA)

La previsione, contenuta nell'art. 8, legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo introdotto dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 secondo cui il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore, non comporta la necessità di nominare un difensore d'ufficio al minore stesso all'atto dell'apertura del procedimento. Il minore è parte a tutti gli effetti del procedimento, ma, secondo le regole generali e in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo del rappresentante legale ovvero, in mancanza o in caso di conflitto di interessi, di un curatore speciale.

Il minore, dotato del necessario discernimento, può chiedere la nomina di un rappresentante (tutore curatore speciale) non ancora nominato, ovvero la nomina di un difensore, se il tutore o lo stesso curatore speciale, che non rivesta la qualità di avvocato, non vi provvedano tempestivamente. Ciò in piena aderenza al nostro diritto e alla convenzione di Strasburgo. Potrebbe chiedere il minore di essere sentito dal giudice o magari di conferire con il difensore, nominato dal tutore o dal curatore speciale. Né va sottaciuto che il minore che abbia compiuto i quattordici anni, deve manifestare espresso consenso alla adozione e potrebbe ben rifiutarlo, ove ritenesse di non essere stato adeguatamente rappresentato e difeso nel procedimento.

**Cass. civ. Sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3804** (*Famiglia e Diritto*, 2010, 6, 550, nota di FIGONE)

In tema di adozione, la legge 28 marzo 2001, n. 149, che ha novellato la legge 4 maggio 1983, n. 184, non prevede la nomina necessaria di un curatore speciale al minore, il quale è rappresentato in giudizio dai genitori o dal tutore, perché il procedimento è unico e da subito contenzioso, essendo stata soppressa la fase dell'opposizione ex art. 17 della legge n. 184 del 1983, con la conseguenza che il rappresentante legale è investito sin dall'inizio della rappresentanza del minore ed in tale qualità gli deve essere notificata la sentenza che dichiara l'adottabilità o il non luogo a provvedere ex art. 15 e ss. della legge n. 184 del 1983, essendo egli legittimato all'eventuale impugnazione.



In tema di adozione, ai sensi degli artt. 8, ultimo comma, e 10, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, come novellati dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, il procedimento volto all'accertamento dello stato di adottabilità deve svolgersi fin dalla sua apertura con l'assistenza legale del minore, il quale è parte a tutti gli effetti del procedimento, e, in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo di un rappresentante, secondo le regole generali, e quindi a mezzo del rappresentante legale, ovvero, in caso di conflitto d'interessi, di un curatore speciale, soggetti cui compete la nomina del difensore tecnico. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza della corte territoriale che aveva ritenuto spettasse al giudice il potere di nominare d'ufficio un difensore al minore).

Non contrasta con le indicazioni dell'art. 4 della Convenzione di Strasburgo sui diritti processuali del minore la rappresentanza legale del minore che nomina un difensore al minore stesso nella procedura adozionale, ovvero nel caso di conflitto di interessi, la nomina di un curatore speciale.

La previsione di un'"assistenza legale" del minore, fin dall'inizio del procedimento adozionale non significa che debba nominarsi un difensore d'ufficio del minore all'atto dell'apertura del procedimento: il minore è parte a tutti gli effetti della procedura, ma, secondo le regole generali, sta in giudizio a mezzo del tutore, ovvero, in mancanza o in caso di conflitto di interessi, del curatore speciale.

**Cass. civ. Sez. I, 22 gennaio 2010, n. 1107** (*Famiglia e Diritto*, 2010, 12, 1098 nota di ASTIGGIANO)

Nella disciplina originaria dell'art. 17, legge n. 184 del 1983, come in quella vigente, il curatore speciale rappresenta il minore nel processo, ma non necessariamente si deve trattare di un avvocato. Il curatore speciale, sia o non sia un avvocato, potrà nominare un difensore.

**Cass. civ. Sez. II, 28 dicembre 2009, n. 27398** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Per l'ammissibilità dell'intervento di un terzo in un giudizio pendente tra altre parti è sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento implicante l'opportunità di un "simultaneus processus". In particolare, la facoltà di intervento in giudizio, per far valere nei confronti di tutte le parti o di alcune di esse un proprio diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto in causa, deve essere riconosciuta indipendentemente dall'esistenza o meno nel soggetto che ha instaurato il giudizio della "legitimatio ad causam", attenendo questa alle condizioni dell'azione e non ai presupposti processuali.

**Cass. civ. Sez. Unite, 21 ottobre 2009, n. 22238** (*Riv. Dir. Proc.*, 2010, 6, 1415, nota di DANOVI)

L'audizione dei minori già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-sexies cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale.

Nelle procedure giudiziarie riguardanti l'affidamento dei figli e la disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario, i minori, dovendosi qualificare parti in senso sostanziale, sono portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori. Costituisce, pertanto, violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione.

Il decreto emesso in camera di consiglio dalla corte d'appello a seguito di reclamo avverso i provvedimenti emanati dal tribunale sull'istanza di revisione delle disposizioni accessorie alla separazione, in quanto incidente su diritti soggettivi delle parti, nonché caratterizzato da stabilità temporanea, che lo rende idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure "rebus sic stantibus", è impugnabile dinanzi alla Corte di cassazione con il ricorso straordinario

ai sensi dell'art. 111 Cost., e, dovendo essere motivato, sia pure sommariamente, può essere censurato anche per carenze motivazionali, le quali sono prospettabili in rapporto all'ultimo comma dell'art. 360 cod. proc. civ. nel testo novellato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che qualifica come violazione di legge il vizio di cui al n. 5 del primo comma, alla luce dei principi del giusto processo, che deve svolgersi nel contraddittorio delle parti e concludersi con una pronuncia motivata.

**Cass. civ. Sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22081** (*Giur. It.*, 2010, 4, 794)

La legittimazione all'intervento ad adiuvandum presuppone la titolarità nel terzo di una situazione giuridica in relazione di connessione - da individuarsi in termini di pregiudizialità dipendenza - con il rapporto dedotto in giudizio, tale da esporlo ai cd. effetti riflessi del giudicato. Ciò posto, anche alla luce della novella di cui alla L. n. 54 del 2006 che notevolmente valorizza la posizione degli ascendenti e degli altri parenti di ciascun ramo genitoriale nei confronti del minore, non pare potersi riconoscere la sussistenza di una posizione siffatta in capo ai menzionati soggetti nell'ambito dei giudizi di separazione o divorzio, poiché immutati quanto alla natura, all'oggetto, ai diritti ed alle posizioni anche in seguito alla citata novella. (Fattispecie relativa al riconoscimento in appello della sussistenza di un interesse giuridicamente protetto in capo ai nonni, legittimante i medesimi ad un intervento ad adiuvandum ex art. 105, comma secondo, c.p.c. nel giudizio di separazione. Il Giudice di legittimità cassa senza rinvio la pronuncia impugnata).

Nel giudizio di separazione personale la legittimazione ad agire spetta unicamente ai coniugi, non potendosi ravvisare la sussistenza di diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel processo che possano legittimare un intervento di terzi ovvero un interesse di terzi a sostenere le ragioni di una delle parti sul quale fondare un intervento ad adiuvandum.

**Corte cost., 12 giugno 2009, n. 179** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 c.c., censurato, in riferimento agli articoli 3, 30 e 31 Cost., nella parte in cui non prevede che il tribunale, "in caso di urgente necessità di tutela del minore e di mancato esercizio di azione di potestà da parte dei genitori, dei parenti entro il quarto grado o del Pm, possa d'ufficio nominare un curatore al minore affinché tale organo valuti la proposizione di azione a tutela di quest'ultimo". Invero, da un lato, il giudice a quo non descrive in modo sufficiente la fattispecie oggetto del procedimento principale e ciò determina un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione sollevata; dall'altro, il medesimo rimettente non ha valutato - incorrendo in tal modo in un ulteriore difetto di motivazione sulla rilevanza della questione - l'incidenza, sulla fattispecie concreta, della normativa introdotta dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, convenzioni, dotate di efficacia imperativa nell'ordinamento interno e, quindi, recanti una disciplina integrativa rispetto alla previsione dell'art. 336 c.c. col quale devono essere coordinate.

**Cass. civ. Sez. I, 8 maggio 2009, n. 10594** (*Famiglia e Diritto*, 2009, 7, 677, nota di TOMMASEO)

Nei giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità la mancata nomina di un curatore speciale che rappresenti il minore sin dal loro inizio, ne provoca la nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

**Cass. civ. Sez. I, 4 maggio 2009, n. 10228** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

In materia di adozione ed anche con riferimento all'assetto normativo previgente alle modifiche di carattere processuale apportate alla legge 4 maggio 1983, n. 184 dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 (la cui efficacia è rimasta sospesa, in forza della disposizione transitoria di cui all'art.1 del d.l. 24 aprile 2001, n. 150, e successive proroghe, fino al 30 giugno 2007), il procedimento diretto alla dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore postula - ai sensi dell'art. 17, secondo comma, della legge n. 184 cit., dell'art. 75, secondo comma, dell'art. 78, secondo comma, c.p.c., dei principi costituzionali di protezione dell'infanzia, del giusto processo e di diritto di difesa, nonché dei principi consacrati nella Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176 e nella Convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77 -, la nomina di un curatore speciale,

affinché l'interessato sia autonomamente rappresentato in giudizio e tutelato nei suoi preminenti interessi e diritti; in mancanza, il procedimento è affetto da nullità assoluta, insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, in quanto conseguente al vizio di costituzione del rapporto processuale e alla violazione del principio del contraddittorio.

**Cass. civ. Sez. Unite, 5 maggio 2009, n. 10274** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il diritto che, ai sensi dell'art. 105, comma primo, cod. proc. civ., il terzo può far valere in un giudizio pendente tra altre parti, deve essere relativo all'oggetto sostanziale dell'originaria controversia, da individuarsi con riferimento al "petitum" ed alla "causa petendi", ovvero dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo a fondamento della domanda giudiziale originaria, restando irrilevante la mera identità di alcune questioni di diritto, la quale, configurando una connessione impropria, non consente l'intervento del terzo nel processo.

**Cass. civ. Sez. II Sent., 9 giugno 2008, n. 15194** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il giudice non può decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio senza averla previamente sottoposta alle parti, al fine di provocare sulla stessa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle rispettive difese in relazione al mutato quadro della materia del contendere, dovendo invece procedere alla segnalazione della questione medesima e riaprire su di essa il dibattito, dando spazio alle conseguenziali attività delle parti. Infatti, ove lo stesso giudice decida in base a questione rilevata d'ufficio e non segnalata alle parti, si avrebbe violazione del diritto di difesa per mancato esercizio del contraddittorio, con conseguente nullità della emessa pronuncia. (Nella specie, la S.C. ha evocato, a conforto dell'enunciato principio di diritto, anche la nuova formulazione dell'art. 384, comma terzo, cod. proc. civ., sostituito dall'art. 12 del d.lgs. n. 40 del 2006, sul rilievo ufficioso di questioni nel giudizio di cassazione).

**Cass. civ. Sez. II Sent., 21 maggio 2008, n. 12849** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il coniuge in comunione legale dei beni è litisconsorte necessario nel giudizio relativo alla natura giuridica, l'efficacia e l'esecuzione di un contratto, definito "compromesso divisionale", relativo ad immobili appartenenti in comproprietà con terzi all'altro coniuge.

**Trib. Messina, 29 gennaio 2008** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Relativamente ai rapporti tra il minore e gli ascendenti, come precisa anche l'art. 155 c.c. nuovo testo [introdotto dalla legge 54/2006] non si tratta di un diritto dei nonni ma di un diritto del minore e di conseguenza va esercitato con modalità che non interferiscano sul primario diritto del minore stesso di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori”.

**Cass. civ. Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14844** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Ai fini dell'intervento principale o dell'intervento litisconsortile nel processo, anche se l'articolo 105 cod. proc. civ. esige che il diritto vantato dall'interveniente non sia limitato ad una meramente generica comunanza di riferimento al bene materiale in relazione al quale si fanno valere le antitetiche pretese delle parti, la diversa natura delle azioni esercitate, rispettivamente, dall'attore in via principale e dal convenuto in via riconvenzionale rispetto a quella esercitata dall'interveniente, o la diversità dei rapporti giuridici con le une e con l'altra dedotti in giudizio, non costituiscono elementi decisivi per escludere l'ammissibilità dell'intervento, essendo sufficiente a farlo ritenere ammissibile la circostanza che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento con quella di altre parti relative allo stesso oggetto sostanziale, tali da giustificare un simultaneo processo.

**Cass. civ. Sez. I, 22 maggio 2007, n. 11859** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

In tema di procedimento camerale, viola il principio del contraddittorio il provvedimento che, statuendo su posizioni di diritto soggettivo, sia stato emesso all'esito di un procedimento del quale il destinatario degli effetti non è stato informato e nel quale questi non ha potuto pertanto interloquire (nella specie la S.C. ha cassato con rinvio il decreto di liquidazione del compenso al curatore fallimentare - che abbia rinunciato all'incarico - emanato su

istanza del curatore subentrante e senza instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'interessato, a seguito di cassazione con rinvio di precedente liquidazione).

**Cass. civ. Sez. I, 7 marzo 2006, n. 4890** (*Giur. It.*, 2007, 2, 346)

In regime di comunione legale, nelle controversie aventi ad oggetto atti di disposizione posti in essere da un solo coniuge senza il consenso dell'altro, non sussiste litisconsorzio necessario.

**Cass. civ. Sez. III, 29 novembre 2005, n. 26040** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il principio del contraddittorio di cui all'art. 101 cod. proc. civ. - intimamente connesso al diritto di azione costituzionalmente garantito - si correla, sul piano costituzionale, sia con la regola dell'uguaglianza affermata dall'art. 3 Cost., sia con il diritto di difesa, che, dichiarato dall'art. 24, secondo comma, Cost. "inviolabile in ogni stato e grado del giudizio", involge gli aspetti tecnici della difesa e garantisce a ciascuno dei destinatari del provvedimento del giudice di poter influire sul contenuto del medesimo. Detto principio, perciò, non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma deve realizzarsi nella sua piena effettività durante lo svolgimento del processo. (Nella specie, la S.C., nell'enunciare il riportato principio, ha accolto il proposto ricorso e cassato l'impugnata sentenza di appello emessa, su istanza del difensore dell'appellato, in un processo agrario, in sostituzione di altra precedente sentenza, con identico dispositivo e uguale motivazione, adottata dallo stesso collegio, sottoscritta dal consigliere estensore ma priva della sottoscrizione del presidente, rilevando la dedotta violazione del principio del contraddittorio avendo i ricorrenti avuto notizia delle vicende successive alla deliberazione della prima sentenza soltanto in occasione della notifica della nuova sentenza, da dichiararsi perciò radicalmente nulla).

**Cass. civ. Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 comma quarto cod. proc. civ., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. Ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, terzo comma, cod. proc. civ., sia dato spazio alle attività processuali omesse. Eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione. (Fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato in precedenza notificato altro precetto).

**Cass. civ. Sez. I, 15 aprile 2005, n. 7924** (*Famiglia e Diritto*, 2005, 4, 436)

In tema di filiazione naturale è manifestamente infondata - in riferimento agli articoli 29 e 30 della Costituzione - la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 263 del c.c., nella parte in cui prevede che anche dopo la legittimazione del figlio minore l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse e che la stessa è imprescrittibile.

È manifestamente infondata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 263 del c.c. sotto il profilo che sussiste una ingiustificata disparità di trattamento nella diversa regolamentazione del disconoscimento della paternità del figlio legittimo, rispetto all'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio legittimato. Tali posizioni giuridiche (di figlio legittimo e legittimato), infatti pur se fanno sorgere gli stessi diritti, traggono origine da situazioni diverse e, cioè, nel primo caso, dalla presunzione di paternità del marito e, nel secondo, da una dichiarazione del soggetto che ha effettuato il

riconoscimento i cui effetti sono legati alla sua corrispondenza al vero e ciò spiega perché l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è ammessa anche dopo la legittimazione, come previsto dall'articolo 263 del codice civile. .

**Cass. civ. Sez. lavoro, 1 giugno 2004, n. 10530** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il diritto che, a norma dell'art. c.p.c. primo comma, il terzo può far valere in un processo pendente tra altre parti, in conflitto con esse (ipotesi nella quale si configura un intervento principale) o solo con alcune di esse (ipotesi di intervento litisconsortile o adesivo autonomo), legittimante l'autonoma impugnazione della sentenza che abbia statuito in senso sfavorevole alla parte adiuvata, a differenza dell'intervento meramente adesivo, escludente tale legittimazione, - deve essere relativo all'oggetto, ovvero dipendente dal titolo, e, quindi, individuabile, rispettivamente, con riferimento al "petitum" o alla "causa petendi".

**Cass. civ. Sez. III, 17 luglio 2003, n. 11202** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

L'interventore adesivo diventa parte del giudizio, con la conseguenza che l'attore, in caso di soccombenza, ben può essere condannato a rifondergli le spese del giudizio.

**Cass. civ. Sez. II, 20 agosto 2002, n. 12286** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il principio del contraddittorio, sancito dall'art. 101 cod. civ., deve essere applicato anche ai procedimenti di volontaria giurisdizione, tutte le volte che sia identificabile un controinteressato; pertanto, il curatore dell'eredità giacente, per ottenere la liquidazione dell'eredità giacente, per ottenere la liquidazione dell'incarico espletato, deve istruire il contraddittorio nei confronti degli obbligati al pagamento relativo, con la conseguenza che, qualora non ottemperi a ciò, il procedimento ed il provvedimento di liquidazione sono nulli ed improduttivi di effetti nei riguardi dei controinteressati non sentiti. Peraltro, essendo il provvedimento di liquidazione del compenso decisorio e definitivo, può essere impugnato con il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.

**Cass. civ. Sez. I, 21 giugno 2002, n. 9067** (*Famiglia e Diritto*, 2002, 6, 651)

Nelle ipotesi di separazione o divorzio, il figlio divenuto maggiorenne ma non economicamente autosufficiente acquista una legittimazione "iure proprio" all'azione per ottenere dall'altro genitore il contributo al proprio mantenimento (che trova il suo fondamento nella titolarità del diritto al mantenimento), concorrente con la legittimazione, anch'essa iure proprio, del genitore convivente; peraltro se il figlio non interviene nel giudizio pendente, e la sentenza di condanna viene emessa solo in favore del genitore convivente, nei suoi confronti non opera il giudicato formale della sentenza, e pertanto egli non ha titolo per richiedere direttamente il pagamento del contributo al mantenimento al genitore obbligato non convivente, non potendosi ravvisare nel caso in esame una ipotesi di solidarietà attiva (che, diversamente da quella passiva, non si presume).

**Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1** (*Foro It.*, 2002, I, 3302)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 737, 738, 739 c.p.c. e 336 c.c., nella parte in cui prevedono l'applicabilità del rito camerale nei procedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale, in riferimento all'art. 111 Cost.

E' "inammissibile la q.l.c., in riferimento all'art. 111 cost., degli artt. 737, 738 e 739 c.p.c. e dell'art. 336 c.c., che, prevedendo l'applicabilità del rito camerale ai procedimenti aventi ad oggetto l'affidamento dei minori nel caso di conflitto fra genitori non uniti in matrimonio e, più in generale, ai procedimenti limitativi od ablativi della potestà dei genitori, violerebbero il principio del giusto processo, per l'assenza in quel rito di una precisa e puntuale disciplina dei poteri del giudice e delle parti, con conseguente possibilità di applicazioni difformi per ogni ufficio giudiziario e impossibilità per il giudice del reclamo di sanzionare la violazione in primo grado di regole di garanzia per la difesa e di stabilire con certezza gli effetti della nullità di singoli atti. Infatti, il giudice rimettente - il quale afferma esplicitamente che la normativa impugnata non è suscettibile di essere interpretata in senso conforme a Costituzione - non motiva adeguatamente le ragioni di tale suo convincimento, tenuto conto del fatto che eventuali prassi distorsive si risolverebbero in errori ai quali, in sede di reclamo, potrebbe rimediare il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza, e che il giudice del reclamo, ove ravvisi violazioni, in prima istanza, delle

regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibili ai casi di rimessione del procedimento al giudice di primo grado, deve adottare una nuova decisione rispettosa di quelle regole.

E' inammissibile la q.l.c. dell'art. 336 comma 3 c.c. in riferimento agli art. 24 comma 2 e 111 commi 1 e 2 cost., nella parte in cui non prevede che, nel procedimento camerale in materia di potestà dei genitori, l'adozione di un provvedimento temporaneo in difetto del presupposto dell'urgente necessità, sia sanzionata con la nullità rilevabile d'ufficio, in quanto stabilire se il difetto del requisito dell'urgente necessità comporti o meno la nullità del provvedimento non costituisce un problema di legittimità costituzionale, ma di interpretazione della norma censurata, alla luce dell'art. 156 c.p.c., spettante al giudice "a quo".

E' inammissibile la q.l.c., sollevata in riferimento agli art. 3 comma 1, 24 comma 2 e 111 commi 1 e 2 cost., dell'art. 336 comma 3 c.c., nella parte in cui non prevede che il provvedimento temporaneo assunto nell'interesse del figlio, nell'ambito del procedimento in materia di potestà dei genitori, abbia, a pena di nullità, una durata massima, individuabile in trenta giorni, e che debba essere, nello stesso termine, confermato, modificato o revocato in contraddittorio, in quanto il giudice rimettente non ha valutato - incorrendo in tal modo in un difetto di motivazione dell'ordinanza - la possibilità di dare della norma impugnata una interpretazione idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale; in particolare non ha valutato se il procedimento in esame, attesa la sua natura cautelare, non possa ritenersi assoggettato alla disciplina generale del procedimento cautelare prevista dall'art. 669 sexies c.p.c. Non è fondata, in riferimento agli art. 3 commi 1 e 2, 24 comma 2, 30 comma 1, 31 comma 2, e 111 commi 1 e 2 cost., la q.l.c. dell'art. 336 comma 2 c.c. nella parte in cui, disponendo che nei casi in cui il provvedimento è chiesto contro il genitore, questi deve essere sentito, non prevederebbe che sia sentito anche l'altro genitore, trattandosi di questione sollevata su un presupposto interpretativo, quello secondo cui il genitore contro cui il provvedimento non è richiesto, non abbia diritto ad essere sentito, che risulta errato alla luce del coordinamento della disciplina dettata dal codice civile con l'art. 9 comma 2 l. n. 176 del 1991, che ha reso esecutiva la convenzione sui diritti del fanciullo, dal quale risulta che nel procedimento camerale ablativo o modificativo della potestà genitoriale devono essere sentiti entrambi i genitori.

Non è fondata, in riferimento agli art. 2 e 31 comma 2 cost., in relazione all'art. 12 della convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con l. n. 176 del 1991, nonché agli art. 3 commi 1 e 2 (per irragionevolezza della disciplina censurata e per disparità di trattamento rispetto alla procedura di adottabilità) e 111 commi 1 e 2 (per violazione del principio del giusto processo) cost., la q.l.c. dell'art. 336 comma 2 c.c., nella parte in cui non prevede che nei procedimenti camerali concernenti la potestà dei genitori siano sentiti il minore ultradodicesimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore, in quanto trattasi di questione che muove da una premessa interpretativa erronea, dal momento che l'art. 12 della citata convenzione è idoneo ad integrare la disciplina dell'art. 336 comma 2 c.c., nel senso di configurare il minore capace di discernimento come "parte" del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale.

Poiché deve ritenersi che la disposizione di cui all'art. 336 comma 2 c.c. è integrata dall'art. 12 della convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con l. n. 176 del 1991, nel senso che il minore costituisce una parte del procedimento camerale in esito al quale il tribunale per i minorenni pronuncia provvedimenti ablativi o modificativi della potestà dei genitori, con la conseguente necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale, la q.l.c. dell'art. 336 comma 2 c.c., in riferimento agli art. 2, 3, comma 2, 24 comma 2, 30 comma 1 e 111 commi 1 e 2 cost., nella parte in cui non prevede a pena di nullità rilevabile d'ufficio che i genitori e il minore che abbia compiuto gli anni dodici siano sentiti in quei procedimenti resta assorbita, mentre spetta al giudice "a quo" stabilire, applicando le norme generali sulle nullità processuali, quali conseguenze espliciti sul provvedimento reclamato l'inosservanza della disposizione censurata, come sopra interpretata.

Sono inammissibili le q.l.c. del combinato disposto degli art. 739 comma 2 e 136 c.p.c., nella parte in cui, nel procedimento camerale in esito al quale il tribunale per i minorenni pronuncia provvedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale, prevederebbe la comunicazione del decreto del tribunale con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria, anziché la notificazione mediante consegna al destinatario di copia conforme all'originale nelle forme dell'art. 137 c.p.c., e del combinato disposto degli art. 739 comma 2 e 741 c.p.c., nella parte in cui prevede che nei medesimi procedimenti camerali il termine di dieci giorni per proporre reclamo decorre dalla comunicazione del decreto con la forma abbreviata del biglietto di cancelleria, anziché dalla notificazione nelle forme dell'art. 137 c.p.c., sollevate entrambe in riferimento agli art. 2, 3 comma 1 (per irragionevolezza della disciplina, dal momento che dalla comunicazione del solo dispositivo decorrerebbe il termine di dieci giorni per proporre reclamo e per ingiustificata disparità di trattamento rispetto a situazioni sostanzialmente simili, quali la notificazione integrale del decreto o della sentenza di adottabilità), 24 comma 2 (essendo il termine di dieci giorni

per il reclamo tanto breve da ledere il diritto di difesa), 97 comma 1 (per violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione) e 111 commi 2 (per violazione del principio di parità delle parti, in quanto al p.m., a differenza che alla parte privata, il provvedimento è comunicato integralmente) e 6 (in quanto la conoscenza del solo dispositivo, e non anche della motivazione, si spiegherebbe unicamente ove fosse prevista, come per le sentenze, una successiva comunicazione a cura della parte più diligente) cost., in quanto i giudici rimettenti, rinunciando a ricercare la possibilità di interpretare le norme censurate secondo Costituzione, adducendo un asserito diritto vivente contrario, identificato nella prassi seguita dai tribunali per i minorenni e pur mostrando di conoscere le argomentazioni letterali e sistematiche che quella interpretazione potrebbero sorreggere, finiscono per proporre non una q.l.c. bensì un mero dubbio interpretativo.

**Cass. civ. Sez. I, 21/11/2001, n. 14637** (*Giust. Civ.*, 2002, I, 1611 nota di LUISO)

E' nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata di ufficio, e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti.

**Cass. civ. Sez. II, 14 gennaio 1997, n. 284** (*Dir. Famiglia*, 1998, 26)

Come affermato dalla Corte cost. n. 311 del 1988, la comunione legale tra coniugi, a differenza di quella ordinaria, è una comunione senza quote, in seno alla quale i coniugi sono solidamente titolari di un diritto avente per oggetto i beni della comunione stessa, alla quale non è ammissibile la partecipazione di terzi estranei. Ne consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre di alcuna quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (ex art. 180 comma 2 c.c. come un negozio unilaterale autorizzativo, che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo del partner e che rappresenta un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza si traduce in un vizio da far valere, ove si tratti di bene immobile o mobile registrato, ai sensi e nei termini di cui all'art. 184 c.c. (nella specie, un soggetto, prima dell'entrata in vigore della l. n. 151 del 1975, aveva promesso in vendita un appartamento che non era ancora entrato nella sua proprietà. Verificatosi l'acquisto della proprietà alcuni anni dopo, quando era ormai in vigore il nuovo regime patrimoniale dei coniugi, il promissario acquirente aveva convenuto in giudizio il solo promittente per ottenere, ex art. 2932 c.c. l'esecuzione in forma specifica del contratto. Il giudice del merito, in secondo grado, dichiarava trasferita al promissario acquirente soltanto la metà della proprietà dell'immobile, ossia quella spettante al promittente, e non anche la metà spettante al suo coniuge, non consenziente al trasferimento. La S.C., in applicazione del principio sopra enunciato, ha dichiarato la nullità delle sentenze di entrambi i gradi del giudizio ed ha rinviato la causa al primo giudice, rilevando che era stata omessa l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge del promittente, la cui posizione era inevitabilmente coinvolta in una controversia che doveva avere ad oggetto l'immobile nel suo intero, stante l'inconcepibilità dell'ingresso di estranei nella comunione e la conseguente impossibilità del trasferimento della sola quota del coniuge promittente venditore).

**Cass. civ. Sez. I, 2 aprile 1996, n. 3061** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Le nullità conseguenti alla violazione del contraddittorio sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, salve le preclusioni derivanti dal giudicato esplicito o implicito formatosi sulla questione, con la conseguenza che la pronuncia su di essa non è censurabile sotto il profilo del vizio di ultrapetizione, nè sotto il profilo della violazione delle norme che in relazione ai giudizi di impugnazione applicano il principio generale della coincidenza tra il chiesto e il pronunciato.

**Corte cost. 10 maggio 1995, n. 160** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

La mancata previsione, in ordine al procedimento per la dichiarazione di adottabilità del minore, da parte degli artt. 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 della legge 4 maggio 1983 n. 184, dell'obbligatorietà di assistenza del difensore dal momento della contestazione ai genitori dello stato di abbandono del figlio minore, non determina violazione del diritto di difesa, in primo luogo perché, in generale, tale diritto in senso ampio non si identifica con l'indefettibile assistenza del difensore e poi perché, in particolare - come già ritenuto dalla Corte - le speciali caratteristiche del procedimento fanno ritenere che il diritto di difesa sia sufficientemente garantito dalla facoltà - senza dubbio consentita dalle suddette norme - di tutelare in giudizio le proprie ragioni facendosi assistere da un difensore.

D'altronde - come la Corte ha anche ripetutamente affermato - l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva opera con riferimento al processo penale (e parimenti al processo per le misure di sicurezza e a quello per le misure di prevenzione) in cui viene in rilievo il valore fondamentale della libertà personale; altrimenti il legislatore ordinario può anche non spingersi fino al punto di imporre la difesa tecnica, restando così libero di prescrivere o no la nomina del difensore d'ufficio in mancanza del difensore di fiducia e, a maggior ragione, di prescrivere o no l'intervento obbligatorio del difensore nel concreto svolgersi del procedimento

**Cass. civ. Sez. I, 6 aprile 1995, n. 4035** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il sedicente padre biologico, interessato a contestare la paternità legittima di un minore degli anni sedici, non è legittimato al promovimento dell'azione di disconoscimento della paternità (riservato dall'art. 244 c.c. esclusivamente alla madre, al marito, al figlio ultrasedicenne o, in caso di minore di età inferiore, al curatore speciale nominato a richiesta del p.m.), né ad intervenire nel relativo procedimento, né ad impugnare i provvedimenti in esso adottati (nella specie, impugnazione del decreto della Corte d'appello di revoca della nomina del curatore speciale per il promovimento dell'azione di disconoscimento di paternità in relazione a minore infrasedicenne).

**Cass. civ. Sez. I, 16 marzo 1994, n. 2515** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Nell'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, l'espressione "chiunque vi abbia interesse", usata dall'art. 263 c.c. per indicare i soggetti che vi sono legittimati, non può ritenersi comprensiva del P.M., essendo essa riferibile ai soli soggetti privati che abbiano un interesse individuale qualificato (concreto, attuale e legittimo) sul piano del diritto sostanziale, di carattere patrimoniale o morale, all'essere o al non essere dello status, del rapporto, dell'atto dedotto in giudizio (ad es. gli eredi e i parenti di chi risulti il genitore legittimo o l'autore del riconoscimento, colui che allega di essere il vero genitore ecc.), con la conseguenza che trova applicazione, in mancanza di una deroga esplicita, la regola generale prevista dall'art. 70 n. 3 c.p.c., secondo la quale nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone il P.M. deve (soltanto) intervenire sotto pena di nullità, e non può, quindi, (anche) esercitare l'azione e proporre impugnazione, senza neppure essere legittimato a proporre domande nuove o riconvenzionali, che comportino l'obbligo ex art. 292 c.p.c..

**Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429** (*Foro It.*, 1992, I, 2908)

La determinazione dei soggetti legittimati a proporre l'azione di disconoscimento della paternità è una scelta insindacabile del legislatore che ha ritenuto di riservare ai soli soggetti direttamente interessati, e cioè ai membri della famiglia legittima, il potere di decidere circa la prevalenza della verità "biologica" o della verità "legale": una innovazione, che attribuisse direttamente la legittimazione ad agire a soggetti privati estranei alla famiglia legittima, quale è il presunto padre naturale, rappresenterebbe la scelta di un criterio diverso, legato ad una ulteriore evoluzione della coscienza collettiva, che solo il legislatore può compiere. Né vale opporre che l'equilibrio tra verità legale, che tutela l'unità della famiglia legittima (art. 29 Cost.) e verità biologica (art. 30 Cost.) è stato già modificato dalla legge n. 184 del 1983 con l'ammettere la promozione dell'azione di disconoscimento della paternità su iniziativa del P.M., fino a quando il figlio non abbia compiuto sedici anni, giacché la nuova norma, prevedendo che l'azione sia poi esercitata non dal pubblico ministero, ma, in nome e nell'interesse del figlio, da un curatore speciale, è rimasta formalmente nei limiti del criterio di determinazione dei soggetti titolari dell'azione assunto dalla legge n. 151 del 1975 (Inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 244, ultimo comma, cod. civ., "in parte qua", sollevata in riferimento agli artt. 3 e 30 Cost.).

In caso di azione di disconoscimento della paternità di minore infrasedicenne iniziata dal P.M., il diritto vigente fornisce strumenti sufficienti per proteggere lo stesso contro iniziative avventate e a loro volta i genitori legittimi contro azioni temerarie o ricattatorie. Quando, infatti, la domanda di nomina del curatore speciale è proposta dal pubblico ministero nel presunto interesse di un minore infrasedicenne, il giudice, a tutela dello stesso, prima di emettere il decreto motivato previsto dall'art. 737 cod. proc. civ., deve allargare il campo di acquisizione delle sommarie informazioni, includendovi tutti gli elementi necessari o utili per valutare la sussistenza del suo interesse all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale. All'uopo il giudice deve, tra l'altro, ordinare l'audizione dei genitori legittimi ed eventualmente anche delle persone interessate che hanno eccitato l'iniziativa del pubblico ministero per accertarsi della purezza delle loro intenzioni in quanto il tramite del pubblico ministero, di per sé solo, non è sufficiente garanzia. (Non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, della questione di legittimità costituzionale



dell'art. 244, ultimo comma, cod. civ., nel testo sostituito dall'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184, "in parte qua", sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.).

E' infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 244, 4° comma, c. c., nella parte in cui nel procedimento per la nomina di un curatore speciale da parte del tribunale, dietro iniziativa del p. m., per la promozione dell'azione di disconoscimento di paternità, non viene considerato l'interesse del minore sia nella fase di iniziativa del p. m., sia in quella del successivo provvedimento del tribunale, in riferimento all'art. 3 cost.

**Corte cost. 31 luglio 1990, n. 388** (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Le norme processuali garantiscono la regolarità del contraddittorio tra le parti prevedendo limiti, forme di atti processuali, termini, poteri e facoltà e la decisione, dopo l'acquisizione di tutti gli elementi utili e necessari, si matura dal contrasto delle ragioni delle parti e dal gioco dialettico delle loro opinioni.

**Corte cost. 20 luglio 1990, n. 341** (*Giur. It.*, 1991, I,1, 626, nota di TRIA)

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 274, 1° comma c. c., nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicenne, non prevede che l'azione promossa dal genitore esercente la potestà sia ammessa solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del figlio.

**Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543** (*Foro It.*, 1990, I, 366 nota di PROTO PISANI)

E' infondata, in riferimento agli art. 3, 24 e 101 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 12° comma, legge 1° dicembre 1970 n. 898 (così come modificato dall'art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74) e dell'art. 23 l. 6 marzo 1987 n. 74, secondo cui l'appello avverso le sentenze che pronunciano la separazione (e lo scioglimento del matrimonio), le quali siano state pubblicate dopo l'entrata in vigore della l. 74/87, è deciso in camera di consiglio, in quanto: a) il legislatore è libero di disciplinare il processo secondo forme diverse da quelle del rito ordinario, purché sia assicurato il rispetto del principio del contraddittorio; b) i termini per appellare sono i termini propri delle impugnazioni delle sentenze; c) anche nel rito camerale in appello è possibile acquisire ogni specie di prova preconstituita e procedere alla formazione di qualsiasi prova costituenda, purché il relativo modo di assunzione - comunque non formale nonché atipico - risulti compatibile con la natura camerale del procedimento e non violi il principio generale dell'idoneità degli atti processuali al raggiungimento del loro scopo; d) l'assistenza del difensore è consentita; e) il rito camerale non esclude l'applicabilità di quelle norme che disciplinano l'appello nel rito ordinario, come ad esempio quelle sull'appello incidentale e sulla specificità dei motivi di appello, perché esse non sono incompatibili con il rito camerale né incidono sulla celerità del giudizio; f) l'esigenza di rendere più celere il grado d'appello con un'istruttoria semplificata giustifica pienamente la deroga al regime della pubblicità delle udienze.

**Corte cost. 22 giugno 1989, n. 351** (*Foro It.*, 1991, I, 51)

E' infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, 5° e 6° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede, nella fase preliminare del procedimento di adottabilità relativa all'adozione di provvedimenti temporanei nell'interesse del minore, l'assistenza di un difensore dei genitori o l'obbligo del giudice di avvisare gli stessi della facoltà di farsi assistere, in riferimento all'art. 24 costituzione.

!

