

## Materiale relativo al gruppo di studi in Scandicci, 27.11.13

a cura di Valeria Montaruli

“Le esigenze dei figli: strumenti di verifica, l’audizione dei minori e contenuto dei provvedimenti”

1. **L’attribuzione delle questioni *de potestate* davanti al tribunale ordinario, a seguito della modifica dell’art. 38 disp. att. c.c. introdotta dalla l.n. 10 dicembre 2012, n. 219**

La modifica dell’art. 38 disp. att. c.c. recepisce l’esigenza di concentrazione delle tutele in una materia in cui è assai difficile, se non impossibile, distinguere una domanda di modifica pura e semplice, da quella fondata sul comportamento pregiudizievole (o magari sul grave abuso) del genitore. Una significativa svolta giurisprudenziale sul punto si era già avuta nel 2008, la cui prospettazione ha trovato accoglimento dalla Cassazione appena un anno fa, in un’ordinanza adottata a seguito di regolamento di competenza proposto dal Tribunale di Brescia investito, nell’ambito di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, di una domanda *ex art. 333 c.c.*, e finalizzato alla declaratoria di incompetenza del Tribunale per i minorenni di Brescia<sup>1</sup>. Già in via giurisprudenziale, si era dunque stabilito che la competenza speciale del tribunale ordinario in presenza di genitori separati, prevarrebbe su quella generale dell’organo giudiziario minorile, in materia di limitazione della potestà, con la sola eccezione dei procedimenti *ex art. 333 c.c.*, iniziati su impulso del pubblico ministero minorile o degli altri parenti, per i quali pacificamente permaneva la competenza del tribunale per i minorenni, non già in ragione della *causa petendi* o del *petitum*, ma solo in relazione alla legittimazione soggettiva a proporre tali istanze. Questo è il quadro giurisprudenziale relativo al riparto di competenze in epoca antecedente all’entrata in vigore della novella relativa all’art. 38 disp. att. c.c., che non pare essere stato sovvertito dalla modifica in esame, pur se assume un carattere apparentemente tassativo la formulazione che prevede l’esclusione della competenza del tribunale per i minorenni per i procedimenti di cui all’art. 333 c.c., quando sia in corso tra le stesse parti un procedimento di separazione o divorzio, o un giudizio *ex art. 316 c.c.* in materia di contrasti sull’esercizio della potestà, transitato quest’ultimo anch’esso alla competenza per materia del tribunale ordinario.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2008 n. 24907, in *Il civilista* 2010, 3, 16, e Cass.civ., sez. VI, ord. 5.10.2011, n. 20352, in *Giusto proc. civ.*, 2012, con nota di Polisenò. In senso analogo, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 2013, n. 4945, in *Dir. e Giust.*, 2013,

- **2 – La tipologia dei provvedimenti *de potestate* adottabili dal tribunale ordinario. In particolare, la sorte dei provvedimenti di decadenza**

Profili interpretativi particolarmente pregnanti sono introdotti dall'inciso “in tale ipotesi, per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario”.

Tra i provvedimenti richiamati, tutti di competenza del tribunale per i minorenni, ci sono, oltre a quelli già trattati di cui all'art. 333 c.c., anche quelli attinenti alla decadenza dalla potestà *ex* artt. 330 - 332 c.c., nonché in materia di amministrazione del patrimonio del minore *ex* artt. 334 – 335 – 371 ult. comma c.c., di autorizzazione al matrimonio *ex* art. 84 c.c. e di conseguente nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 90 c.c.

Più problematica è la previsione della competenza del tribunale ordinario sulla decadenza dalla potestà, se pende una causa di separazione e divorzio. Tale disposto va a scalfire il pilastro, mai messo in discussione da dottrina e giurisprudenza, della competenza esclusiva del tribunale per i minorenni in materia di ablazione della potestà genitoriale, non essendoci mai interferenza con le questioni relative all'esercizio della potestà genitoriale, di cui il tribunale ordinario conosce in pendenza di separazione o divorzio. Vi sono due orientamenti giurisprudenziali, invalsi all'indomani della novella:

1. In favore dell'opzione restrittiva, si sono espressi sia tribunale ordinario che il tribunale per i minorenni di Brescia, che hanno escluso che la formulazione del novellato art. 38 disp. att. c.c., possa comportare l'attribuzione al giudice ordinario del potere di pronunciare la decadenza della potestà di un genitore, atteso che la contraddittorietà della formulazione del dato normativo non consente di operare un'interpretazione estensiva dei procedimenti, espressamente individuati in quelli emessi *ex* art. 333 c.c., in relazione ai quali vige la clausola di esclusione della competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi di pendenza di un procedimento di separazione, divorzio, o *ex* art. 316 c.c., anche in considerazione del fatto che la pronuncia di decadenza dalla potestà finisce con l'incidere il soggetto dei genitori e non si limita ad operare una mera compressione dello stesso<sup>2</sup>.

---

2 Cfr. protocollo di Brescia, cit. In dottrina, cfr. PADALINO C., *La competenza sulla decadenza dalla potestà genitoriale*, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it). La lettura restrittiva di questa disposizione ripropone l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione con la citata pronuncia n. 20352 /2011. Esso ha espressamente fatta salva la competenza esclusiva del giudice minorile rispetto all'adozione di provvedimenti di decadenza dalla potestà, anche in pendenza di giudizi di separazione. Invero, anche l'art. 155 c.c., nel disciplinare i provvedimenti relativi alla prole che facciano esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale della stessa, è formulato in modo analogo rispetto all'art. 333 c.c., in relazione alla possibilità che vengano emessi, in caso di sussistenza di pregiudizio per i minori, “i provvedimenti convenienti”. Peraltro, interessanti spunti argomentativi possono essere tratti anche dal dossier relativo ai lavori preparatori al progetto di legge AC 2519 in materia di riconoscimento dei figli naturali, in cui ha chiarito, con riferimento all'art. 3 che riformula l'art. 38 disp. att. c.c., che “la disposizione sottrae al tribunale per i minorenni (attribuendola al tribunale ordinario), la competenza relativa all'esercizio della potestà e all'affidamento anche dei figli naturali”, così implicitamente escludendo i procedimenti relativi alla titolarità della potestà, ovvero quelli volti alla decadenza dalla stessa.

2. In senso contrario, ovvero per lo spostamento della competenza pronuncia della decadenza della potestà in capo al tribunale ordinario, in pendenza di procedimento di separazione, divorzio o art. 316 c.c., si è pronunciato il Tribunale per i minorenni di Bari<sup>3</sup>.

Orbene, nel rispetto di tali principi e, nello stesso tempo, sulla base della formulazione letterale della norma, può anche prospettarsi una soluzione intermedia, per cui l'attribuzione al tribunale ordinario della competenza ad adottare provvedimenti *ex art. 330 c.c.* in pendenza di un giudizio di separazione e divorzio, pur non potendo essere esclusa in radice, a meno di non privare di senso la nuova formulazione della norma, va intesa in senso assai restrittivo. In particolare, quando verte in materia di art. 333 c.c. in pendenza di giudizio di separazione o divorzio, la norma fa riferimento ai "*procedimenti*", e ad essi soli riferisce la clausola di esclusione. Per la decadenza *ex art. 330 c.c.* e le altre fattispecie rubricate, il periodo si apre contiene l'inciso "anche per i provvedimenti richiamati nel primo periodo", cui non può attribuirsi altro senso che il riferimento ai provvedimenti indicati all'inizio della disposizione, tra i quali quello di cui all'art. 330 c.c. In definitiva, il termine "provvedimenti" utilizzato nella seconda parte della disposizione, pare essere giustificato dalla volontà di attribuire al tribunale ordinario solo l'eventuale pronuncia del provvedimento finale di decadenza, e non l'intero procedimento. Ciò potrebbe, ad esempio, verificarsi nell'ipotesi in cui il tribunale ordinario, nell'ambito di una separazione, fosse investito di un ricorso per condotte pregiudizievoli all'esito del quale ritenesse necessaria, per la corretta tutela del minore, l'adozione di un provvedimento di decadenza nei confronti del genitore "maltrattante". In questa ipotesi, ragioni di economia processuale giustificherebbero l'attribuzione al giudice ordinario della possibilità di adottare anche provvedimenti di decadenza (sempre nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e pertanto garantita alle parti la piena difesa sul punto), mentre nel caso in cui sia "direttamente" proposto ricorso ai sensi dell'art. 330 c.c. la competenza permanerebbe al tribunale per i minorenni, anche in pendenza di procedimento separativo<sup>4</sup>.

### 3 . La *vexata quaestio* del rito applicabile.

Quanto al rito applicabile, la nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. contiene una scarna disciplina, prevedendo l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme sul rito camerale, di cui agli artt. 737 ss c.p.c. Si pone, dunque, la delicata problematica di coordinamento dei riti, in caso di pendenza di procedimento di separazione o divorzio, posto che tali procedimenti sono speciali solo nella fase iniziale, detta presidenziale, mentre successivamente si trasformano in giudizi a cognizione piena, che si svolgono secondo le cadenze codicistiche degli artt. 163 ss c.p.c.,

---

<sup>3</sup> Trib. min. Bari, decr. 30 marzo 2013, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it).

<sup>4</sup> Cfr. VELLETTI M., *Quale giudice per i ricorsi ex art. 330?*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it).

e si concludono con sentenza collegiale<sup>5</sup>. Si ritiene che la norma faccia riferimento all'unico rito camerale previsto dal codice, con la sola eccezione dell'art. 741 c.p.c. relativo al differimento dell'efficacia del decreto camerale alla scadenza del termine per proporre il reclamo. La norma ha infatti recepito il principio, sulla scorta delle prassi già affermatesi, di munire di immediata efficacia il decreto camerale, ovvero di apporvi la formula esecutiva. Peraltro, non c'è ragione di dubitare sul coordinamento del rito camerale con le previsioni di cui all'art. 336 c.p.c, né di escludere l'operatività della modifica introdotta dalla legge 28 marzo 2001 n. 149, relativa alla previsione della difesa tecnica dei genitori e del minore. Invero, il rito camerale è a carattere collegiale e tuttavia, non vi sono ostacoli a prevedere la possibilità di delegare l'istruttoria ad uno dei componenti del collegio, in applicazione analogica con quanto previsto dall'art. 710 cpv. c.p.c., nonché con l'art. 738 c.p.c. in materia di procedimenti di competenza del giudice tutelare e con la previsione di cui all'art. 3 cpv. d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150, in materia di procedimento sommario di cognizione.

Sul piano delle prassi operative, ci si chiede se debba instaurarsi **un autonomo giudizio camerale**, ovvero se l'istanza debba essere proposta, **in via incidentale**, nella fase di svolgimento del giudizio di separazione e di divorzio.

1. Secondo un primo orientamento, poiché si è in presenza di un'ipotesi di competenza non autonoma e in ossequio a ragioni di economia processuale, nonché al fine di evitare sovrapposizioni fra diversi organi giudiziari, appare preferibile la seconda soluzione, con evidente prevalenza del rito previsto per il giudizio di separazione e di divorzio, e con la conseguente proponibilità dell'istanza incidentale davanti al giudice che procede, dovendosi di volta in volta valutare se la decisione possa essere opportunamente emessa dal presidente o dal giudice istruttore, ovvero se debba pronunciarsi il collegio, anche in sede di giudizio di impugnazione<sup>6</sup>. Tale orientamento muove dalla considerazione della esigenza di una trattazione unitaria delle questioni relative all'affidamento della prole nei procedimenti di separazione e di divorzio, e delle questioni relative al pregiudizio dei minori, sicché appare corretto ipotizzare che il *simultaneus processus* in capo al giudice della causa principale adito per la separazione, o per il divorzio, o per la revisione delle

<sup>5</sup> Cfr. IMPAGNATIELLO G., *Profili processuali della nuova filiazione. Riflessioni a prima lettura sulla legge 10 dicembre 2012, n. 219, relazione tenuta all'incontro di studio sul tema la nuova affiliazione. Prassi, competenze profili processuali*, svoltosi a Foggia l'8 e 9 marzo 2013, il quale osserva che nella norma vi è una duplice formulazione, atteso che l'art. 38 disp. att. c.p.c. secondo periodo stabilisce che nei procedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei minori si osservano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. c.p.c., ovvero le disposizioni generali sul procedimento in camera di consiglio, mentre il 3° comma aggiunge che, eccezione fatta per le azioni di stato, nelle quali continueranno a osservarsi azioni dedicate loro dalla legge, il giudice competente a norma del 1° comma provvede "in ogni caso" in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i suoi provvedimenti sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Invero, al di là delle perplessità che possono aversi rispetto alla trattazione di questioni così delicate con un rito, quale quello camerale, assai poco normato, non pare possa ritenersi che la norma voglia istituire due diversi riti camerale.

<sup>6</sup> Cfr. CEA C., *Profili processuali della legge n. 219/2012*, in *Il giusto processo civile* n. 1/2013, 216. Nello stesso senso, cfr. protocollo tribunale ordinario - tribunale per i minorenni di Brescia del 10 aprile 2013, in *Fam. e dir.*, 2013, 634, con nota di Danovi.

condizioni *ex art. 710 c.p.c.*, si realizzi vuoi nei casi in cui il secondo procedimento sia di volontaria giurisdizione, vuoi quando abbia natura contenziosa. Conseguentemente, la concentrazione della tutela processuale può verificarsi sia *ab initio*, allorché il procedimento, connesso o contenuto nella causa principale di separazione, di divorzio, o di revisione sia stato instaurato da una delle parti, ovvero successivamente, allorché, proposta la domanda davanti al tribunale per i minorenni, questo si dichiari incompetente o dichiari la continenza o la connessione, e contestualmente ordini la riassunzione della causa davanti al tribunale ordinario, ai sensi degli artt. 50, 39 cpv e 40 c.p.c.<sup>7</sup>

2. Altro orientamento invalso nella prassi del tribunale di Bari, vuole invece che la previsione normativa militi inequivocabilmente per l'attivazione di un autonomo procedimento camerale, con le caratteristiche sommariamente indicate dalle norme, ovvero l'intervento necessario del pubblico ministero, e la collegialità delle decisioni da assumersi nella forma del decreto, di cui viene stabilito il carattere immediatamente esecutivo, salvo che il giudice non disponga diversamente<sup>8</sup>. In tali casi, pur sussistendo la competenza del tribunale ordinario, la trattazione avverrà nella forma del rito camerale, anche se appare auspicabile un meccanismo tabellare che preveda la tendenziale assegnazione allo stesso giudice che si occupa di separazione e divorzio, del procedimento di volontaria giurisdizione che si iscrive nella stessa vicenda. In tal modo, il giudice adito potrà eventualmente valutare la sussistenza in concreto dei presupposti per operare la riunione dei procedimenti *ex art. 273 c.p.c.* Inoltre, il giudice investito dal procedimento camerale abbia notizia della pendenza del procedimento di separazione o di divorzio presso altro giudice dello stesso ufficio, potrà rimettere gli atti al presidente del tribunale per l'assegnazione a detto magistrato, ai fini dei provvedimenti di competenza. Pare eccessivo ritenere che sia a priori vietato che una parte possa contestualmente proporre al tribunale ordinario, cumulandole in un unico processo, tanto la domanda di separazione, quanto quella *ex art. 333 c.c.*: tale possibilità, come si è visto, è stata ampiamente ammessa dalla giurisprudenza già prima della novella.

Resta comunque ferma la necessità di garantire la partecipazione del minore, introdotta dalla legge n. n. 249/2001 nei procedimenti *de potestate* e la possibilità di emanare provvedimenti urgenti a tutela del minore, ai sensi dell'art. 336 cpv c.c., sin dalla fase presidenziale<sup>9</sup>. In questi casi, il tribunale ordinario assumerà tutti i poteri attribuiti al tribunale per i minorenni e, dunque, potrà esercitare le funzioni amministrative che spettano a quest'ultimo, come l'affidamento del minore al servizio sociale, misura prevista dall'art. 25 r.d.20 luglio 1934 n. 1404, che il tribunale per i

---

<sup>7</sup> Cfr. POLISENO B., *La competenza del tribunale ordinario sulla revisione delle condizioni di separazione relative all'affidamento del minore in grave pregiudizio*, in *Il giusto proc.civ.*, 4/2012, 1124

<sup>8</sup> CEA C., *op. cit.*, 216, ritiene che in questi casi il *simultaneus processus* possa attuarsi davanti al giudice dell'appello, ma tale tesi non garantisce il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione.

<sup>9</sup> Cfr. TOMMASEO F., *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Rivista di dir.proc.*, 2013, 558. L'Autore sostiene che all'ampliamento della competenza del tribunale ordinario a discapito di quella del tribunale per i minorenni, non corrisponda l'attuazione del *simultaneus processus*, non essendo possibile ad esempio l'attuazione del cumulo oggettivo, quando la domanda *de potestate* venga proposta mentre il procedimento di separazione e divorzio pende in grado di appello, ovvero in Cassazione, o più in generale, quando la causa preventivamente proposta sia pervenuta ad uno stato che non consenta la trattazione della causa connessa.

minorenni può disporre quando il minore si trovi in situazioni di pregiudizio *ex art.* 333 c.c. Conseguentemente, i provvedimenti urgenti di cui all'art. 336 cpv. c.c. potranno essere adottati sia dal presidente che dal giudice istruttore, ovvero essere contenuti anche nella sentenza, che sarà assoggettata all'ordinario regime di impugnazione, mentre già prima della riforma era assai poco applicata la previsione della possibilità per il tribunale di adottare di ufficio i provvedimenti urgenti<sup>10</sup>.

**- 3 - L'aporia creata dal trasferimento di competenze relativa agli procedimenti *ex art.* 317 *bis* c.c. Nuove prassi.**

Una disamina particolare merita il trasferimento di competenza al tribunale ordinario dei procedimenti relativi ai figli naturali *ex articolo* 317 *bis* c.c. operato dalla novella, ponendo fine all'annosa diatriba giurisprudenziale, di cui si è riferito, sorta in conseguenza dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso e su cui si era pronunciata la Cassazione del 2007<sup>11</sup>.

Tale attribuzione risolve in radice il problema della connessione tra profili relativi all'affidamento dei minori e quelli relativi al mantenimento, attribuendo la trattazione unitaria dell'intero contenzioso relativo i figli naturali al tribunale ordinario.

Sembra esservi tuttavia un difetto di coordinamento nella norma, avendo il legislatore attribuito alla competenza del tribunale ordinario, anche i procedimenti *ex art.* 317 *bis* c.c., omettendo tuttavia (con irragionevole disparità rispetto a quanto previsto nei procedimenti di separazione e divorzio e in contrasto con il principio della concentrazione delle tutele) di attribuire al tribunale ordinario la competenza per i procedimenti *de potestate*, con l'illogica conseguenza che i tribunali per i minorenni dovrebbero continuare a trattare le procedure *ex art.* 333 c.c. anche quando, tra le stesse parti, sia pendente, dinanzi al tribunale ordinario un procedimento *ex art.* 317 *bis* c.c. Invero, una lettura sistematica delle norme dovrebbe indurre a ritenere che, anche in questa evenienza, debba essere riconosciuta la competenza del tribunale ordinario sia per le procedure *ex articolo* 317 *bis* c.c., sia per quelle *ex articolo* 333 c.c.. Orbene, la mancata menzione di tale norma tra quelle relative alle competenze specificamente attribuite al tribunale per i minorenni, fa propendere per l'estensione della clausola di esclusione della competenza dello stesso tribunale per le questioni *de potestate* che si pongano nel corso di tale procedimento, pendente davanti al tribunale ordinario<sup>12</sup>. In senso contrario si pronuncia, tuttavia, parte della dottrina, che ritiene che le

<sup>10</sup> Cfr. TOMMASEO F., *op. cit.*, 569.

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362, in *Il civilista* 2009, 5, 19 con nota di Rovacchi.

<sup>12</sup> In senso inverso, ma pur sempre in applicazione del principio della *vis attractiva*, cfr. Trib. Milano 3 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*, ha ritenuto che non potesse proporsi davanti al tribunale ordinario un ricorso riconducibile al quadro normativo dell'art. 317 *bis* c.c., qualora davanti al tribunale per i minorenni fosse ancora un procedimento *ex art.* 330 c.c., la cui ampiezza applicativa fosse tale da ricomprendere il primo. Sembrerebbe invece più corretta la soluzione inversa, attesa la natura contenziosa e dunque assorbente del procedimento *ex art.* 317 *bis* c.c.

norme sulla competenza siano di stretta applicazione e non possa operare rispetto ad esse il meccanismo dell'analogia<sup>13</sup>.

Quanto al **rito applicabile**, prima della modifica, i tribunali per i minorenni avevano elaborato delle prassi, che potrebbero ancora operare davanti al tribunale ordinario. Veniva il generale applicato il modello relativo all'udienza presidenziale dei procedimenti di separazione, al procedimento *ex art. 317 bis c.c.* Nessun dubbio vi era, inoltre, in ordine alla delegabilità dell'ascolto delle parti e del minore e dell'assunzione degli altri mezzi istruttori da parte del giudice delegato, analogamente a quanto avveniva in tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione. Nei procedimenti di cui all'*art. 317 bis c.c.*, si è avuto poi un processo di giurisdizionalizzazione, che ha reso più pregnanti le garanzie del contraddittorio. La legittimazione ad agire era attribuita esclusivamente ai genitori, che si costituivano mediante i difensori. Si ritenevano dunque privi di legittimazione ad agire sia il pubblico ministero, che gli altri parenti del minore. Non era ritenuta necessaria la nomina del curatore speciale del minore, salva la ricorrenza di particolari situazioni di conflitto di interessi tra genitori e minore<sup>14</sup>.

Si segnala un orientamento del tribunale di Milano, che ha coniato il cosiddetto 'rito partecipativo', in cui va inserita una fase conciliativa davanti al giudice delegato, che potrà concludersi con un accordo dei genitori recepito dal collegio oppure, qualora la conciliazione sia infruttuosamente espletata, gli atti vengono rimessi al collegio che provvede alla definizione giudiziale del procedimento, se del caso, previa nuova convocazione dei genitori<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. TOMMASEO F., *op. cit.*, 255.

<sup>14</sup> Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 1985, n. 6063, in *Giur. it.* 1987, I,1,118 ha escluso, sulla scorta di detto principio, che i minori fossero titolari di un interesse ad agire in giudizio e conseguentemente la necessità della nomina di un curatore speciale al fine della loro costituzione nel processo quali litisconsorti necessari .

<sup>15</sup> Cfr. DI LEO D. *Brevi cenni sul rito partecipativo* – Nota a Trib. Milano, sez. IX, 7 maggio 2013, in [www.nuovefrontierediritto.it](http://www.nuovefrontierediritto.it). Quanto alle prime prassi in sorte con riferimento ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati instaurati davanti al tribunale ordinario a seguito dell'entrata in vigore della nuova legge, il tribunale di Bari anche nei procedimenti su ricorso congiunto dei genitori naturali, fissa comunque l'udienza di comparizione, dà la comunicazione al pubblico ministero, e poi in base alla complessità del caso valuta se pronunciare una sorta di "decreto di omologa" direttamente in udienza o riservato; nei procedimenti dove vi è contestazione, sempre il tribunale di Bari si è pronunciato a favore della possibilità di emettere provvedimenti in via provvisoria ed urgente, di disporre l'assegnazione della casa familiare al genitore di riferimento e sullo speciale sequestro previsto dall'art. 3 assimilandolo a quelli di cui all'art. 8 l.n. 898/1970 e 156 comma 6, c.c. Si ritiene, inoltre possibile che la trattazione possa essere delegata dal presidente al giudice relatore per la fase istruttoria, in applicazione analogica di quanto previsto nel rito camerale dall'art. 738 c.p.c. e nell'ambito del procedimento sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702 bis cpv c.p.c. .

## 5. I provvedimenti urgenti a tutela dei minori.

Quanto alle **modalità adozione dei provvedimenti urgenti** in materia di affidamento e di mantenimento del minore nell'ambito del giudizio di separazione e il divorzio, due sono le tesi che si contendono il campo in ordine allo strumento processuale utilizzabile: ammettere i provvedimenti di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, con applicazione del rito cautelare uniforme, oppure applicare per analogia la previsione di cui all'art. 710 3° comma c.p.c. La questione non è di poco momento, in quanto nel primo caso ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., opererebbe il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore al collegio dello stesso tribunale, diversamente dal reclamo contro i provvedimenti presidenziali, che l'art. 708 c.p.c. demanda alla corte d'appello. Si contendono il campo le seguenti tesi:

1. Vi è un orientamento che ritiene l'applicabilità analogica delle garanzie del rito cautelare uniforme anche a tali procedimenti. Altro orientamento esclude, invece, l'applicazione del rito cautelare uniforme nell'ambito del procedimento di separazione e divorzio, posto che l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. non fa il rinvio al capo 1° del titolo II, che si occupa dei procedimenti di separazione e divorzio, e attesa la specificità della disciplina dei provvedimenti presidenziali, per cui è previsto il reclamo alla corte d'appello, che impedirebbe l'applicazione del rito cautelare uniforme.<sup>16</sup> In particolare, la giurisprudenza prevalente propende per l'esclusione dell'applicabilità del rito cautelare uniforme ai giudizi di separazione e divorzio, ritenendo che i provvedimenti urgenti assunti in quella sede abbiano natura anticipatoria<sup>17</sup>.
2. Altra opinione ritiene preferibile l'applicazione analogica dell'articolo 710 comma 3° c.p.c., considerato che anche quel procedimento è trattato nelle forme della camera di consiglio, ai sensi degli artt. 737 c.p.c., sicché le parti possono sempre chiedere l'adozione di

---

<sup>16</sup> Cfr. DANOVI F., *Concorrenza e alternatività tra reclamo irrevocabile l'ordinanza presidenziale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007,1187, si pronuncia per la compatibilità della tutela *ex art. 700 c.p.c.* con i procedimenti di separazione, ai fini della regolamentazione dell'affidamento del mantenimento dei in regime di strumentalità, ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c., cfr. anche GRAZIOSI A., *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Famiglia e diritto* 3/2013, 263, sull'ammissibilità del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Milano, ord. 17 aprile 2013, in *Fam. e dir.*, 8 – 9/2013, 833, che, a fronte di un'istanza d'urgenza proposta *ex art. 700 cpc* a fronte di violazioni di carattere patrimoniale, l'ha ritenuta inammissibile, precisando che il diritto di famiglia prevede rimedi speciali, tipici e settoriali, sia con riferimento alle garanzie patrimoniali e sia a fronte di gravi inadempienze o atti che rechino pregiudizio al minore (art. 709 *ter* c.p.c.), ovvero di modifica e revoca dei provvedimenti interinali (art. 709 c.p.c.), v. anche Trib. Milano, sez. 9, 6 dicembre 2011 che nega, in particolare, natura cautelare ai provvedimenti del giudice istruttore in materia di affidamento al mantenimento cfr. in senso conforme, Trib. Roma 9 febbraio 2004, per cui nel giudizio di separazione e divorzio non è ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* contenente la richiesta di modifica dei provvedimenti economici, essendo prevista, a norma degli art. 708 e 709 c.p.c. la possibilità di revocare o modificare in qualsiasi momento i provvedimenti presidenziali. Pertanto, non ha natura cautelare la richiesta di modifica in via d'urgenza dei provvedimenti adottati in sede presidenziale ed il provvedimento adottato dal giudice istruttore non è di conseguenza reclamabile *ex art. 669 terdecies* c.p.c.



provvedimenti provvisori e ulteriormente modificabili, quando il procedimento non possa essere immediatamente definito<sup>18</sup>. Può essere peraltro alternativamente indicato anche l'art. 336 ult. comma c.c., che, pur non menzionato espressamente nella novella, può continuare ad essere letto in combinato disposto con gli artt. 737 ss c.p.c., oppure, ma solo se ne ricorrano i presupposti – ovvero la necessità di dirimere controversie sulle modalità di affidamento dei minori -.potrà operare l'art. 709 *ter* c.p.c.

Alla luce della scarna e nebulosa disciplina del rito, rimane irrisolta e lasciata alle prassi l'individuazione delle modalità di trattazione delle istanze relative ai provvedimenti urgenti a tutela del minore, e dunque se consentirne la trattazione in via incidentale nel giudizio di separazione o divorzio davanti al giudice istruttore, il quale, secondo il meccanismo previsto dagli artt. 709 u.c. e 709 *ter* cpc, potrà provvedere in forma monocratica, oppure anche con la sentenza, all'esito del giudizio di separazione, se la necessità di provvedere si manifesta in quel momento, oppure la relativa istanza è effettuata solo nelle conclusioni finali<sup>19</sup>. E' pure ipotizzabile che, in applicazione dell'art. 710 cpv cpc, provveda il tribunale in forma collegiale, con possibilità di delega dell'assunzione dei mezzi istruttori a uno dei componenti.

## 6. L'allontanamento e le misure a protezione del minore.

Nella vasta gamma, non tipizzabile, di provvedimenti che il tribunale può adottare a tutela del minore e contro il genitore, se il più radicale è la decadenza dalla potestà genitoriale, e ferma restando la possibilità di disporre l'affidamento del minore a un terzo, uno dei provvedimenti più incisivi – avente carattere cautelare e non decisorio - è costituito dall'allontanamento, anche qualora venga adottato in via provvisoria e temporanea<sup>20</sup>.

Il termine allontanamento compare nell'art. 330 cpv. c.c. laddove si dice che a seguito della declaratoria della decadenza dalla potestà, “per gravi motivi il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta i figlio”. Anche nell'art. 333 c.c., come modificato dall'art. 37 l.n. 149/01, si dice che “il giudice può disporre l'allontanamento (del minore) dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore”.

---

<sup>18</sup> Cfr. SCARSELLI G., *La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali*, in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia per i minori*, n. 1/2013, 28.

<sup>19</sup> Questo spiega il riferimento alla dizione dell'impugnabilità dei provvedimenti ex art. 709 *ter* c.p.c. “ nei modi ordinari”, posto che la legge non dice che essi vanno impugnati con i mezzi ordinari, essendo dinari quelli dipendenti dalla natura del provvedimento con cui le misure in oggetto sono concesse.

Sebbene la possibilità di disporre l'allontanamento non sia limitata ai casi di decadenza dalla potestà, nella prassi tale misura viene adottata solo in caso di gravi violazioni dei doveri genitoriali, e preferibilmente in via graduata, dopo avere sperimentato misure meno afflittive come l'affidamento ai servizi sociali o consultoriali, o l'imposizione di prescrizioni ai genitori (divieto di ricevere in casa pregiudicati, di fare uso di alcolici o stupefacenti, obbligo di avvalersi di un sostegno psicologico...).

Il provvedimento giudiziario di allontanamento si concreta nel divieto per il genitore di coabitare con il figlio, che viene collocato presso parenti, famiglie, comunità o istituti, in relazione alle caratteristiche ed esigenze del caso. L'allontanamento dalla residenza familiare non incide tuttavia di per sé sui diritti – doveri genitoriali, quale quello di rappresentanza nei diritti patrimoniali o dovere di mantenimento.

Quanto ai motivi che nella prassi giustificano un provvedimento di allontanamento, in generale non è sufficiente l'indigenza in sé, quanto la violazione, la trascuratezza o l'abuso nell'esercizio del dovere di educare, mantenere ed istruire la prole. In genere le motivazioni per l'allontanamento sono plurime e complesse, normalmente riconducibili a gravi condotte di violenza ed abuso, nonché in tutte le situazioni in cui il minore sia fatto oggetto di violenza indiretta, in quanto spettatore di comportamenti posti in essere da un genitore nei confronti di altri membri della famiglia.

Particolarmente complesse sono le ipotesi di coesistenza dei procedimenti civili a tutela del minore, con procedimenti penali per presunti abusi intra – familiari in danno di minore.

La trattazione della vicenda di presunti abusi inizia con una valutazione in camera di consiglio circa la necessità di procedere o meno a una diversa sistemazione del minore, eventualmente attraverso il suo allontanamento dal nucleo familiare (qualora sussistano condizioni di urgenza con provvedimento immediatamente esecutivo, se del caso senza la preventiva audizione degli esercenti la potestà, *ex artt.* 336 ult. co. c.c., 741 c.p.c.). In presenza di una segnalazione di abuso la questione se allontanare o meno il minore costituisce un passaggio obbligato della valutazione del tribunale.

---

20 Quanto alla possibilità di affidamento del minore a un terzo, o collocamento presso una struttura esistenziale, si è da ultimo pronunciato nei seguenti termini Cass. civ. sez. I, 20 gennaio 2012 n. 784, nei seguenti termini: “ È da ritenere tuttavia che, nonostante l'assenza, nella disciplina vigente, di una previsione specifica, il richiamo, ancorché generico, contenuto nell'art. 155, comma 2, c.c., ai provvedimenti che il giudice assuma per i figli “con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essi”, ma pure quello, più particolare, alle modalità con cui ciascun coniuge contribuisce alla “cura” e alla “educazione” dei figli, oltre che al loro mantenimento ed istruzione, indica la possibilità di collocare il figlio presso terzi, in caso di inidoneità genitoriale (al riguardo, conformemente, Cass. n. 19065 del 2008).La legge sul divorzio precisa del resto, anche dopo la riforma del 2006, che può disporsi affidamento familiare *ex art.* 2 n. 184 del 1983, in caso di temporanea impossibilità di affidamento ai genitori (in stretto contatto, evidentemente, con l'azione del servizio sociale); tale previsione è sicuramente applicabile in via analogica alla separazione. Ne deriva che quando entrambi i genitori non sono idonei all'affidamento (dovrebbe trattarsi appunto di una situazione assai grave) o quando essi stessi lo rifiutano, si deve provvedere al collocamento, possibilmente presso parenti. Se non vi sono parenti oppure questi non sono idonei, sussiste la possibilità, come ipotesi del tutto residuale, onde evitare che il fanciullo si trovi in una situazione non dissimile da quella di abbandono, che costituisce il presupposto dell'adozione legittimante di collocamento del minore presso una terza persona e in un istituto di educazione, quale tipico intervento assistenziale”

Nel decidere la necessità dell'allontanamento si deve tener conto della possibilità, da verificare attraverso un confronto e un coordinamento con il pubblico ministero penale, che, anziché il minore, venga allontanato il genitore abusante, attraverso la sottoposizione a una misura cautelare di cui si ravvisi la sussistenza dei presupposti di legge (custodia in carcere, arresti domiciliari in altro luogo, divieto o obbligo di dimora).

Il tema delle decisioni cautelari a protezione del minore si è notevolmente ampliato, offrendo importanti opportunità innovative (da tempo auspiccate), ma anche presentando ulteriori aspetti di complessità, a seguito dell'entrata in vigore di due recenti leggi.

Con la legge 28 marzo 2001 n. 149, finalizzata a una complessiva revisione della disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, il legislatore è intervenuto anche su un diverso ambito normativo, quello della disciplina del diritto di famiglia contenuta nel codice civile e, in particolare, nel titolo relativo alla potestà dei genitori.

In tal senso sono stati modificati l'art. 330 c.c., relativo alla decadenza dalla potestà, e l'art.333 c.c. – vera e propria norma chiave sugli interventi di limitazione della potestà genitoriale in presenza di situazioni di pregiudizio – nel senso che appare ora possibile, tra le varie misure a contenuto non rigorosamente predeterminato e/o alla pronuncia di decadenza dalla potestà, disporre altresì “l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore”.

Inoltre, a seguito della legge 4 aprile 2001 n. 154 (“Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”), sono stati introdotti nuovi istituti, con la stessa finalità di non penalizzare ulteriormente la vittima di violenze fisiche o sessuali, optando, preferibilmente, per limitazioni della libertà personale dell'autore del fatto. La nuova legge prevede novità rilevanti sul piano penale e civile. La riforma stabilisce che il tribunale civile ordinario possa adottare ordini di protezione contro gli abusi familiari, in base agli artt. 342 bis e *ter* ss. c.p.c.

E' stata poi introdotta una nuova misura cautelare: l'allontanamento dalla casa familiare, prevista dall'art. 282 *bis* c.p.p. , con il quale il giudice prescrive all'imputato l'allontanamento immediato dalla casa familiare, ed eventualmente anche il versamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi, che per effetto della misura, rimarrebbero prive di mezzi.

Quanto all'effettività della tutela, certamente le misure di carattere penale hanno efficacia maggiormente cogente, in quanto, in caso di inosservanza, possono scattare misure più gravi. Un'efficacia immediata, al fine di tamponare situazioni di rischio, assume anche l'ordine di protezione in sede civile. Esso può avere un contenuto particolare, facendo divieto di avvicinarsi a determinati luoghi frequentati dalla vittima. Solo il giudice civile può tuttavia dare disposizioni di tipo economico a carico della persona allontanata dall'abitazione, con attribuzione di un potere di condanna al pagamento di un assegno periodico.

Rispetto alla misura cautelare penale, potrebbero esservi maggiori problemi per l'esecuzione. Peraltro, in questo caso, dovrebbero escludersi le note problematiche relative alla configurabilità e complessità dell'esecuzione degli obblighi di fare, sulla base della previsione di legge in base alla quale il giudice può dare concrete disposizioni con decreto, ivi compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale giudiziario”, ai sensi degli artt. 612 – 613 c.p.c. .

Le misure emesse ai sensi degli artt. 330 – 333 c.c. sono dotate di minor forza cogente (salva la possibilità di giungere ad analoga conclusione per via interpretativa, essendo coinvolti minori), non essendo collegate alla sanzione penale, per violazione dell'art. 388 c.p., al quale fa esplicitamente rinvio l'art. 6 della legge 154/2001 con riferimento agli ordini di protezione.

Esse sono invero caratterizzate, per certi versi, da maggior ampiezza, per altri di portata più limitata. Infatti la legge 149/2001 non ha previsto né le misure accessorie del divieto di frequentazione e dell'intervento dei servizi o dei centri specializzati (ammissibili comunque sotto forma di prescrizioni), né le condanne al pagamento di somme periodiche; inoltre non ha dettato particolari cautele per l'esecuzione coattiva del decreto. Gli strumenti di cui agli artt. 330 – 333 c.c. realizzano meno efficacemente esigenze di tutela urgente, non essendo dotate di efficacia cogente. Peraltro non è stato previsto alcun termine massimo di durata, tenuto conto, condivisibilmente, che il principio cardine in questa materia è quello del pregiudizio e della verifica, continua nel tempo, del benessere del minore.

Sembra dunque che se la tutela tipizzata in sede penale e civile sono più efficaci nell'immediato a determinare la cessazione di situazioni di rischio, l'intervento *de potestate*, pur meno cogente, con la sua maggiore ampiezza e i peculiari strumenti di cui dispone (ausilio dei servizi sociali e consultoriali) si presta maggiormente ad un lavoro più profondo e radicale di ristrutturazione di situazioni familiari pregiudizievoli.

## 7. La tutela del minore nelle conflittualità familiari. Strumenti di verifica e rimedi.

Uno dei profili problematici della prassi relativa ai provvedimenti di affidamento dei minori, e che i medesimi vengono sovente disattesi. Molto comuni sono le ipotesi in cui, da un lato, il genitore affidatario o comunque presso il quale il figlio è collocato, ostacoli il diritto di visita e di frequentazione del minore con l'altro genitore, ovvero, dall'altro lato, le ipotesi in cui il genitore non affidatario o non collocatario si sottragga alle proprie responsabilità genitoriali, sia di carattere morale che di ordine economico<sup>21</sup>.

---

21 Interessante è poi la pronuncia App. Torino, 7 dicembre 2012, in *www.il caso.it*, che si è occupata di un altro tipo di violazione del regime affidamento stabilito dal giudice della separazione, consistita invece in un persistente disinteresse del padre nei confronti del minore, il quale ha solo sporadicamente incontrato lo stesso e non si è occupato delle problematiche sanitarie del medesimo, lasciando tale onere solo a carico della madre. La corte d'appello ha confermato la decisione del primo giudice di infliggere una condanna risarcitoria in favore del figlio a titolo di danno non patrimoniale, escludendo tuttavia la condanna risarcitoria in favore della madre, ritenendo non provato il danno riportato dalla medesima. Un'analoga pronuncia è costituita da Trib. Novara 21 luglio 2011, in *www.il caso.it*, che pure nell'ipotesi di violazione degli obblighi genitoriali da parte del padre, cui, sulla base dell'espletata CTU era seguito un disturbo di tipo emotivo - relazionale del minore, tale da rendere necessario il sostegno psicologico ed a impedire allo stato alcuna modalità di frequentazione con il padre, non solo diretta, ma anche via e – mail, telefono, skype, ha confermato la condanna risarcitoria inflitta dal primo giudice in favore del minore, nella misura di € 5000. Cfr. anche la recentissima ordinanza del Tribunale di Pavia, del 13 novembre 2013, inedita, che ha censurato le iniziative del padre, che ha attuato forme di controllo della madre del tutto inopportune, e onde evitare il ripetersi di simili atteggiamenti, da un lato pronuncia la richiesta ammonizione *ex art. 709 ter c.p.c.*, dall'altro prevede che sia il padre ad accompagnare la figlia alle sedute di psicoterapia.

Sotto quest'ultimo profilo, con particolare sguardo alla consegna del minore, la soluzione tradizionalmente avallata dalla giurisprudenza era quella dell'applicabilità del procedimento di esecuzione forzata degli obblighi di fare di cui all'art. 612 cpc, che tuttavia non veniva ritenuto applicabile ai provvedimenti adottati dal presidente nel procedimento di separazione o divorzio, stante la loro assoluta provvisorietà. Questi potevano essere eseguiti in via breve, mediante forme processuali esecutive garantite dallo stesso giudice che aveva disposto provvisoriamente al riguardo, ricorrendo se necessario agli organi amministrativi<sup>22</sup>. Tuttavia, questa ricostruzione è stata ritenuta ampiamente insoddisfacente, atteso che, laddove oggetto dell'obbligo sia un *facere* infungibile è impossibile eseguire coattivamente la prestazione, essendo insurrogabile il comportamento del debitore. Peraltro, il giudice dell'esecuzione e l'ufficiale giudiziario sono certamente soggetti idonei a trattare vicende di tale delicatezza, concernenti i minori.

La legge n. 54/2006, dunque, ha cercato di superare questo ostacolo introducendo uno strumento tipico per il caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore, o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, costituito dall'art. 709 *ter* c.p.c., che prevede un procedimento celere e con funzione esecutiva, caratterizzato dalla previsione di un sistema progressivo di misure coercitive indirette, volte ad assicurare il rispetto dei provvedimenti assunti in materia di affidamento, istruzione ed educazione dei minori. Tale apparato sanzionatorio mira a garantire al minore la continuità del rapporto genitoriale nel modo più equilibrato ed armonico possibile, prevedendo l'applicazione di rimedi, volti a esercitare una pressione psicologica sul genitore inadempiente, al fine di indurlo a non perpetrare condotte lesive e ad ottemperare alle statuizioni giudiziali, per il perseguimento dell'interesse del minore, cooperando con il corretto svolgimento dell'affidamento.

L'altro problematico versante è quello dei laceranti conflitti tra coniugi separati che si contendono l'affidamento del minore, con condotte di vario genere, a carattere ostruzionistico, poste in essere dal genitore affidatario del figlio o collocatario del medesimo (in genere la madre), volte a impedire la frequentazione del figlio con l'altro genitore, oltre che il coinvolgimento dello stesso nelle scelte di vita che riguardano il medesimo.

Una vicenda paradigmatica, che ha destato notevole scalpore mediatico, è costituita dal caso Cittadella, che da ultimo è stato oggetto di deliberazione ad opera della corte d'appello di Brescia investita, in sede di rinvio, dalla sentenza della Suprema Corte che aveva cassato un decreto della corte d'appello di Venezia, sezione minori, censurato per vizi di motivazione in merito a un fatto decisivo e controverso per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, a norma di quanto dispone il nuovo testo dell'art. 360 n. 5 c.p.c.<sup>23</sup>.

La vicenda prende l'avvio dagli accordi tra i coniugi omologati nel 2005 in sede di separazione consensuale, con i quali veniva stabilito l'affidamento esclusivo alla madre del figlio

---

<sup>22</sup> Cfr. Cass. civ., 7 ottobre 1980, n. 5373 in *Foro it.*, 1980, I, 1207 e Cass. civ., 11 novembre 1982, n. 5946, in *Dir. Fam.* 1983, 448.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2013 n. 7041 in *Fam e dir.*, 8- 9/2013 e App. Brescia, sez. min.17 maggio 2013, *ibidem*, 8 – 9/2013.

minore (sulla base della normativa precedente alla legge sull'affidamento condiviso), e data al padre la possibilità avere con quest'ultimo rapporti significativi da sviluppare intensificare nel tempo. L'attuazione di questi accordi si rivela presto difficoltosa, a causa degli ostacoli frapposti dalla madre, mentre i rapporti fra il minore e suo padre sono soggetti ad ingravescente involuzione, a causa dello stile influenza della madre, al punto che il tribunale per i minorenni, già nel 2009, l'aveva dichiarata decaduta della potestà genitoriale e, pur affidando il minore servizi sociali, aveva anche disposto che continuasse ad abitare con la madre. Il padre contestava tale collocazione, con ricorso proposto nel luglio 2010 al tribunale minorile, che confermava il collocamento del minore presso la madre, limitandosi ad affidarlo a un nuovo servizio sociale, per favorirne il riavvicinamento al padre.

Tale decreto veniva reclamato davanti alla corte d'appello minorile, che, sulla scorta delle risultanze peritali, da cui risultava che l'equilibrio psicofisico del minore era minato ed esposto a grave pericolo in relazione alla condizione patogenetica in cui versava a causa di un forte conflitto di fedeltà nei confronti della madre, disponeva che il minore fosse affidato al padre ed inserito in una struttura residenziale educativa da individuarsi a cura del medesimo, prescrivendo la programmazione di incontri con entrambi i genitori, sulla base uno specifico e dettagliato programma psicoterapeutico. Come non mancava di rilevare la Suprema Corte, il termine PAS (sindrome di alienazione parentale), che costituisce la diagnosi formulata nella CTU, non viene utilizzato nel provvedimento della Corte d'appello, che tuttavia fa integralmente propria impostazione peritale e la soluzione proposta.

Contro il decreto della Corte d'appello, la madre del minore proponeva ricorso per cassazione, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione, per non avere il giudice del provvedimento impugnato adeguatamente motivato sulla propria scelta di recepire le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, a proposito della sindrome di alienazione parentale. Nell'accogliere il ricorso, la Cassazione rilevava preliminarmente una violazione delle regole di competenza, non più rilevabile per mancato rispetto del termine di preclusione della prima udienza del giudizio di primo grado, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., consistente nel fatto che davanti al giudice minorile si era instaurata non già una domanda *de potestate*, ma un ricorso per la revisione del regime dell'affidamento stabilito in sede di separazione consensuale, e dunque di competenza del tribunale ordinario, ai sensi degli artt. 710 e 711 c.p.c.

Nel merito, la Cassazione individuava il vizio di motivazione nell'aver il giudice fondato la propria decisione sulla totale condivisione dei risultati della consulenza tecnica d'ufficio, senza tenere conto delle contestazioni e delle censure proposte da una delle parti (la madre) sulla sua validità scientifica. In particolare, detta consulenza, nel formulare una diagnosi relativa alla sussistenza di PAS, cui attribuiva connotazione psicopatologica, concludeva che dovesse essere al più presto delimitata e interrotta, al fine di tutelare il processo evolutivo del minore in attenzione, attualmente compromesso e prodromico di ulteriori evoluzioni negative. Invero, la Cassazione censurava il provvedimento impugnato, in quanto intimamente correlato alla diagnosi di PAS, con conseguente statuizione di natura terapeutica, senza dar conto, al di là del recepimento delle conclusioni del consulente, del percorso motivazionale a fondamento della stessa. Si evidenziava che il provvedimento impugnato, pur attestando le critiche mosse sul piano scientifico alla diagnosi PAS, non le avesse puntualmente esaminate, non potendo adottarsi in sede giudiziaria soluzioni prive del necessario conforto scientifico. Veniva dunque censurata l'adesione acritica del giudice

d'appello alle indicazioni del consulente, che hanno influito in modo determinante sul contenuto del dispositivo di un provvedimento fortemente orientato in senso terapeutico. La corte suggeriva di affidare ulteriori risposte sulla correttezza scientifica della diagnosi di PAS ad altra consulenza tecnica, o di ricorrere alla comparazione statistica dei casi clinici.

La corte d'appello di Brescia, adita come giudice di rinvio, argomenta che il fatto che sia controverso il fondamento scientifico della sindrome di alienazione parentale, non significa che essa non possa essere utilizzata quantomeno per individuare un problema relazionale molto frequente in situazioni di separazione tra i genitori, pur senza argomentarne il carattere patologico. In particolare, è stato sovente ritenuto delle decisioni giurisprudenziali che l'atteggiamento del bambino di rifiuto dell'altro genitore, per patto di lealtà con il genitore ritenuto più debole, può condurre ad una forma di "invischiamento", capace di produrre nella sua crescita non solo una situazione di sofferenza, ma anche una serie di problemi psicologici alienanti. La corte di rinvio compie poi un'accurata disamina della riconducibilità ai disturbi rilevati dal consulente nei confronti del minore, al comportamento alienante della madre nei verso il padre, atteso che la medesima ha anche violato la disciplina delle visite stabilita dal tribunale. Inoltre, argomenta che non emerge alcuna colpa, neppure al medesimo addebitata alla controparte, e che invece si è manifestato un atteggiamento pervicace, e addirittura violento, del minore nel rifiutare si voglia contatto con il genitore. Si dà quindi atto che la situazione si è radicalmente modificata quando, a seguito del provvedimento cassato, comportante l'allontanamento del bambino dall'ambiente materno, il minore si è liberato della sua condizione di avversione nei confronti del padre, accettandone la compagnia e finanche il trascorrere la notte con lui attraverso graduale riavvicinamento, a dimostrazione dell'alto grado di resilienza dei soggetti in età evolutiva. Peraltro, a seguito della sentenza della Cassazione, nel momento in cui si è ripristinato il collocamento del minore presso la madre, questa ha ricominciato a porre in essere i consueti comportamenti ostruzionistici nei confronti del padre, disattendendo il programma del servizio sociale affidatario e impedendo al figlio di trascorrere parte dei giorni festivi presso il padre.

La corte conclude che, a fronte della pervicacia del comportamento materno, non si ravvisano le garanzie che la stessa sappia far proseguire il figlio nel rapporto con il padre, sussistendo invece il pericolo di far regredire il minore in una posizione di rischio disturbi della personalità, indipendentemente dalla loro qualificazione sul piano scientifico. Per tale ragioni, la corte conferma l'affidamento del minore al servizio sociale per la predisposizione di un progetto di sostegno psicologico del minore e di aiuto alla genitorialità, disponendo il collocamento del minore presso il padre, con possibilità di frequentazione di permanenza presso l'ambiente materno. Declina invece la domanda proposta dalla madre di reintegra della potestà, ritenendola di competenza della corte veneziana originariamente adita.

Altra interessante pronuncia su una complessa vicenda di conflittualità familiare è stata emessa, nell'ambito di un procedimento ex art. 709 *ter* c.p.c., dal tribunale di Messina, in una tormentata vicenda, originata dalla condotta ostruzionistica della madre rispetto alla relazione del figlio con l'altro genitore, iniziata davanti al tribunale per i minorenni in un procedimento di decadenza dalla potestà della madre, che comunque manteneva il collocamento presso di sé del figlio, e proseguita nel giudizio di separazione, con espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, che diagnosticava una PAS medio grave e consigliava l'allontanamento del minore dalla madre. Tale suggerimento veniva recepito da un'ordinanza del giudice istruttore, che disponeva il

temporaneo collocamento del minore in una struttura comunitaria e il successivo passaggio presso l'abitazione paterna<sup>24</sup>. Essa non veniva eseguita per l'intervenuta sospensione in sede di reclamo, in quanto, alla luce di una nuova consulenza, che si esprimeva in senso dubitativo, si ritornava al provvedimento di collocamento presso la madre, con previsione di incontri in luogo neutro con il padre, incontri che non sortivano esito positivo. È interessante il passaggio del provvedimento, relativo al contrasto fra le c.t.u. espletate in primo grado e in sede di reclamo, nel quale si osserva che non appare dirimente la questione se la PAS costituisca o meno un disturbo di tipo psichiatrico riconosciuto, ma ciò che rileva è la situazione di grave disagio in cui versa minore, essendo indiscutibile che il medesimo manifesti un atteggiamento di immotivata ostilità nei confronti della figura paterna. Inoltre, il giudice riconduce la vicenda alle categorie fondanti l'art. 709 *ter* c.p.c., soffermandosi sulla natura sanzionatoria o compensativa di tale strumento. Il tribunale conclude per l'applicazione alla madre delle sanzioni previste dalla predetta norma, condannandola, data la ripetitività del comportamento e l'indifferenza alle prescrizioni giudiziali, al pagamento di una sanzione pecuniaria in € 2500 in favore della cassa delle ammende, oltre ad un risarcimento del danno in favore del minore, quantificato in € 10.000, da versarsi su un libretto bancario a lui intestato. Inoltre, sul versante dell'affidamento, disponeva l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori, con domiciliazione privilegiata presso la madre e determinazione dei tempi di permanenza presso il padre, ritenendo difficoltoso un brusco distacco del minore dalla stessa, e con adeguate prescrizioni, tra le quali la previsione di un programma terapeutico nei confronti del minore e degli stessi genitori.

Tali vicende processuali appaiono particolarmente interessanti, laddove si affronta la delicata problematica del rapporto tra il convincimento del giudice e la CTU. Questo è uno strumento ausiliario fondamentale in una materia così delicata, e che garantisce una maggiore terzietà rispetto alle valutazioni psicodiagnostiche del servizio consultoriale, nonché la possibilità di assicurare il vaglio del contraddittorio. Invero, nella vicenda di Cittadella, la Cassazione sottolinea che, pur potendo il giudice utilizzare la tecnica motivazionale del riferimento *per relationem* al contenuto della consulenza tecnica, deve comunque prestarsi un'adeguata motivazione in ordine alle censure mosse dalle parti e far emergere l'*iter* logico per ricondurre la diagnosi del consulente all'attenta disamina del merito della controversia, valutando attentamente e sulla base delle risultanze fattuali la condotta di entrambi i genitori e le responsabilità ad essi riconducibili, in ordine agli anomali comportamenti del minore e ai disturbi relazionali manifestati. L'ordinanza del tribunale di Messina poi, si fa carico di ricondurre le valutazioni dei consulenti tecnici alle risultanze fattuali, applicando ai comportamenti riscontrati categorie di rilevanza giuridica, ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c.<sup>25</sup>.

In definitiva, da queste vicende emerge che il giudice, pur dovendosi necessariamente avvalere di conoscenze appartenenti ad altri rami del sapere vicende così delicate, che coinvolgono

<sup>24</sup> Trib. Messina, 20 marzo 2007, in *www.il caso.it*.

<sup>25</sup> Nel senso dell'applicazione di ufficio della sanzione dell'ammonizione nei confronti della madre, a seguito di violazione dei provvedimenti regolatori del diritto di visita del padre, cfr. Trib. Varese, 5 luglio 2012, in *Fam. e dir.* 4/2013, 373.



profili psicologici relazionali attinenti ai minori, non deve mai di applicare al proprio ruolo di ricondurre tali valutazioni un'accurata disamina dei fatti e all'applicazione di categorie giuridicamente rilevanti.

### 8. La controversa problematica della sindrome di alienazione parentale.

Sullo sfondo di questa complessa vicenda, si pone la questione della validità sul piano scientifico della **Sindrome di alienazione parentale**, che costituisce una dinamica psicologica disadattiva che, secondo Gardner, si attiva in situazioni di separazione e divorzio conflittuali, sulla base di due elementi: 1) un genitore ("alienatore") pone in essere un vero e proprio programma di denigrazione contro l'altro genitore ("alienato"), fino ad allontanarlo totalmente, ad alienarlo, appunto, dalla vita del figlio; 2) il minore si coinvolge attivamente nella campagna di denigrazione, priva di giustificazione e non sostenuta da elementi realistici, nei confronti dell'altro genitore, che viene platealmente odiato e denigrato<sup>26</sup>. L'alienazione parentale viene qualificata anche come una forma di abuso emotivo, che può cagionare gravissime conseguenze psicopatologiche sia nei bambini coinvolti che negli adulti.

Gardner ne identifica tre gradi: una forma lieve, per cui l'avversione si manifesta in atteggiamenti ipercritici nei confronti dell'altro genitore, una forma moderata in cui figli sono più aggressivi, irrispettosi della campagna denigratoria può essere quasi continua; una forma grave, in cui le visite al genitore alienato possono essere impedita da intense manifestazioni di persecuzione e di ostilità da parte dei figli, sino ad arrivare alle false accuse di abusi. La soluzione proposta da questa corrente di pensiero, è quella di intervenire in sede giudiziale sul regime di affidamento, per interrompere il circuito patologico e patogeno dell'alienazione. Orbene, la qualificazione della PAS come vera e propria patologia psichiatrica è oggetto di vivaci discussioni nel mondo scientifico, atteso che altra corrente di pensiero esclude che vi sia un'evidenza scientifica di tale problematica, e al più la qualifica come disturbo relazionale di tipo collusivo. Nell'attuale DSM 5, tale condizione viene fatta rientrare nell'ambito dei disturbi d'ansia da separazione.

Esistono, peraltro, recenti studi che la problematica può essere risolta in tempi brevi attraverso una inversione del regime dell'affidamento, come si è verificato nella fattispecie esaminata, in cui la sera stessa dell'allontanamento forzoso il minore cenava tranquillamente col padre. Peraltro, in casi di difficoltà di convincere minore ad andare a vivere quel padre, può rivelarsi talvolta opportuna una collocazione breve del minore luogo neutro, ovvero presso un terzo da individuarsi tra le amicizie e le parentele non schierate. A questa impostazione si contrappone, tuttavia, un'altra corrente di pensiero secondo cui occorrono anni di psicoterapia per ristabilire il rapporto tra il minore il genitore alienato, e che bisogna necessariamente ricorrere a un soggiorno in casa famiglia per gestire la transizione.

---

<sup>26</sup> Cfr. CASONATI M., *Conflitti familiari e sindrome da alienazione parentale: note su una discussa patologia*, in *Fam. e dir.*, 8 – 9/2013.

Un provvedimento frequentemente utilizzato nella prassi giudiziaria è costituito dalla **predisposizione di incontri protetti** tra il minore ed il genitore presunto abusante, in uno spazio neutro e con la supervisione di personale specializzato. Spesso però questo percorso viene ostacolato dalle forti resistenze opposte dall'altro genitore, che in casi di forte conflittualità, oppone delle motivazioni spesso pretestuose (stati di indisposizione del minore o altri impedimenti contingenti) alla realizzazione di tali incontri, così determinando una situazione di profonda impotenza e mortificazione nell'altro genitore, che vede frustrato il proprio desiderio di recuperare un rapporto significativo con il figlio, e pregiudicando irrimediabilmente il diritto del minore ad avere come importante punto di riferimento esistenziale entrambi i genitori.

Nella maggior parte dei casi il genitore escluso finisce con l'abbandonare ogni speranza di poter mantenere il rapporto con il proprio figlio, e dunque si ritira con rassegnazione. In altri casi, il genitore continua ad avanzare le proprie rivendicazioni, in modo sempre più rabbioso ed esacerbato, con una pregiudizievole e allarmante esasperazione del conflitto. In entrambi i casi, il figlio subirà danni irrimediabili nel proprio processo di crescita di formazione.

Invero, al di là delle complesse diatribe specialistiche sulla configurabilità della PAS, la realtà giudiziaria dimostra come il problema esista, qualunque ne sia la causa e che occorre con esso confrontarsi nello stabilire i provvedimenti di affidamento e regime di frequentazione dell'altro genitore, in sede di separazione e di divorzio.

### 9. L'ascolto del minore. Modalità e rapporti con la testimonianza.

E' oggi unanimemente condiviso il principio dell'ascolto del minore, che costituisce materia di due campi del sapere: psicologia e diritto. La psicologia descrive l'ascolto come un'esigenza profonda del bambino; in ambito giuridico, si configura come diritto<sup>27</sup>. L'audizione giudiziaria del bambino è un contenitore in cui confluiscono tre diversi istituti:

- la denuncia, come atto con cui il minore ricorre al giudice segnalando una propria situazione meritevole di tutela. Essa ha un ambito limitato, in quanto il bambino non può direttamente adire il giudice, ma solo per il tramite dei genitori, parenti o pubblico ministero. Il legislatore prevede solo in via residuale la possibilità per il minore di rivolgersi direttamente all'autorità giudiziaria, nei casi di interruzione volontaria della gravidanza, autorizzazione ad anticipare il matrimonio di cui all'art. 84 c.c., autorizzazione all'impugnazione del riconosciuto ultrasedicenne ex art. 264 cpv c.c., mentre nella generalità dei casi il minore può esercitare il proprio diritto mediante la nomina del curatore speciale con funzioni processuali;
- la testimonianza, ovvero il resoconto di un bambino relativo ad un fatto da lui osservato, per contribuire alla ricostruzione storica degli accadimenti. Invero, il bambino può sempre essere interrogato sui fatti cui ha assistito indipendentemente dalla sua età, nel processo penale e

<sup>27</sup> Cfr. P. PAZE', *L'audizione del minore: presupposti, modalità, tecniche e finalità*, relazione ad un incontro di studi del CSM tenuto a Roma il 21 – 25 ottobre 2002.

civile. Nel processo civile, la capacità a testimoniare del minore non è esclusa, ma la minore età incide solo sulla valutazione di attendibilità del teste<sup>28</sup>. Invero, la Corte costituzionale, con sentenza del 24 luglio 1974 n. 278, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.c., sulla base della considerazione che il criterio di una aprioristica esclusione del valore probatorio della testimonianza di alcuni soggetti fondata soltanto su motivi di sospetto e di non sincerità secondo indici di probabilità, non solo contrasta con siffatta evoluzione giuridica, ma viola, per quanto sopra si è detto, l'art. 24 Cost., limitando ingiustificatamente il diritto alla prova; inoltre, l'art. 248 c.p.c., in analogia con la disciplina della capacità a testimoniare dell'infraquattordicenne nel processo penale, è stato dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 1975, n. 139, laddove stabiliva delle limitazioni alla testimonianza del medesimo, consentendola solo ove fosse resa necessaria da 'particolari circostanze'.

- l'ascolto del minore è lo strumento attraverso cui il medesimo partecipa alle decisioni che lo riguardano. L'ascolto si differenzia dalla testimonianza, in quanto non è rivolto all'accertamento dei fatti, ma alla persona del minore. Esso costituisce una manifestazione di opinioni e di emozioni. Se l'ambito della denuncia del minore è molto ristretto, assai ampio è diventato quello dell'ascolto del minore, che rappresenta il presupposto fondamentale per l'eventuale espletamento di una CTU psicologica. Il termine 'ascolto' è nuovo nel mondo giuridico, essendovi entrato a pieno titolo solo in forza delle convenzioni internazionali fondamentali, la cui ratifica impone ora la comunicazione e l'ascolto come diritto fondamentale del bambino, in ogni procedura che lo riguarda.

L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione è stato introdotto la legge sull'affidamento condiviso, attraverso l'art. 155 *sexies* c.c., che ha di fatto elevato a regola l'audizione del minore nei procedimenti separazione.<sup>29</sup>

Particolarmente delicata appare la questione relativa all'ammissibilità della testimonianza del figlio minore, in ordine alle questioni che attengono all'addebito della separazione a uno dei genitori. Sul punto si segnala un'ordinanza del tribunale di Catania, che ha argomentato nel senso dell'inammissibilità della prova, ritenendo sussistente un'incapacità a testimoniare del minore, ai

<sup>28</sup> [Cass. civ., sez. III, 19 giugno 1997, n. 5485.](#)

<sup>29</sup> Un ampio riconoscimento al diritto all'ascolto del minore è stato sancito da Cass. civ., Sez. Un., la 21 ottobre 2009 n. 22238, in *Dir. Fam.* 2010, 4, 1565, che ha affermato l'obbligatorietà dell'audizione dei figli minori nel procedimento di modifica delle condizioni della separazione riguardante il loro affidamento, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l'omesso ascolto, sanzionando a pena di nullità l'omesso ingiustificato ascolto. Il diritto del minore di essere ascoltato in le procedure che lo riguardano, è stato di recente ribadito da Cass. civ. sez. I, 15 maggio 2013, n. 11687, anche con riferimento ai procedimenti di revisione delle condizioni di separazione, laddove implicino valutazioni statuizione direttamente incidenti sugli aspetti relativi all'affidamento e sulle scelte che attengono alla valutazione dell'interesse del minore. Anche in questo caso la Cassazione sanziona l'omesso ingiustificato ascolto con la nullità ai sensi dell'art. 261 c.p.c., dunque deducibile in grado d'appello.

sensi dell'art. 246 c.p.c., a norma del quale, “non possono essere sentiti come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio”. Il giudicante fondava il proprio convincimento sull'evoluzione normativa giurisprudenziale verso la configurazione del minore come soggetto di diritti autonomamente azionabili, nonché la valorizzazione, introdotta dalla legge n. 54/2006, del preminente interesse del minore a mantenere un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi i genitori, che ha condotto all'attribuzione al medesimo della sola veste di parte sostanziale del procedimento, essendo pacificamente esclusa la sua partecipazione processuale<sup>30</sup>.

In senso diverso si è orientato il tribunale di Bari, sulla base della menzionata declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 247 e 248 c.p.c., sicché non sussiste alcuna incompatibilità tra la disciplina della testimonianza e la previsione dell'ascolto del minore disciplinato dall'art. 155 *sexies* c.c., attesa la sussistenza del potere del giudice di assumere su istanza di parte ovvero d'ufficio mezzi di prova, ai fini della valutazione dell'effettivo interesse del minore, e ferma restando la possibilità di adottare le cautele necessarie per garantire la tutela del minore, e dunque l'assunzione della prova con modalità protette<sup>31</sup>.

Quanto alle modalità di ascolto del minore, maggiori dettagli e compiute specificazioni sulla corretta attuazione del diritto suddetto sono poi previste dai **protocolli sull'ascolto del minore** elaborati con la collaborazione di professionisti ed esperti nel settore. Essi, pur senza assumere alcuna valenza precettiva, codificano prassi virtuose, per far sì che l'audizione nel processo costituisca per il minore un'effettiva opportunità di esprimere propri bisogni e desideri<sup>32</sup>. Nell'anno 2012 è stato elaborato il rapporto Unicef sull'ascolto giudiziario del minore”, in cui è stata operata una sintesi dei protocolli sull'ascolto del minore in area civile<sup>33</sup>. Da quest'elaborato emerge quanto segue:

1. L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio viene attuato da tutti i tribunali, salvo nei casi in cui sussista un accordo tra i genitori che sfoci in una separazione consensuale o in un divorzio congiunto, o comunque in un accordo sulla disciplina dell'affidamento, o che il minore debitamente informato non voglia esercitare tale diritto, o che esso si svolga in modo ripetitivo, ovvero quando particolari circostanze indicano che l'ascolto possa comportare lesione dell'interesse del minore a un equilibrato sviluppo psicofisico, salvo che non appaia sufficiente l'adozione di modalità di protezione opportune.

<sup>30</sup> Cfr. Trib. Catania, 4 aprile 2008, in [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it).

<sup>31</sup> Cfr. Trib. Bari, 13 marzo 2012, inedita.

<sup>32</sup> Anche in questo ambito, in ordine alle modalità dell'ascolto, sono stati elaborati protocolli per l'ascolto del minore, tra i quali si ricordano il protocollo sull'applicazione della legge n. 54/06 elaborato dall'osservatorio per la Giustizia civile di Milano ed il protocollo per l'audizione del minore del 7/5/07 firmato a Roma.

<sup>33</sup> Cfr. RUSSO R. (A cura di), “*Il punto sull'ascolto del minore. Sintesi dei lavori del gruppo di area civile*”, in “*Rapporto Unicef sull'ascolto giudiziario del minore*”, in [www.unicef.it](http://www.unicef.it).

2. Principio fondamentale, acquisito nelle prassi, è il diritto all'informazione del minore, che viene reso effettivo sia attraverso l'informazione veicolata da genitori ritenuti idonei, ovvero con mandato al servizio sociale. Il minore dovrà essere informato sulla tipologia del procedimento, e sul fatto che le sue opinioni saranno debitamente ascoltate, pur non essendo determinanti della decisione e che le stesse saranno verbalizzate e conosciute dalle parti del procedimento.

3. Relativamente al minore di età inferiore ai 12 anni, se in età prescolare, non viene attuato un ascolto in senso tecnico, ma potrà disporsi una consulenza tecnica d'ufficio, mentre per il minore di età compresa tra i 7 e i 12 anni saranno i genitori a fornire ogni elemento utile a valutare la capacità di discernimento del minore e il giudice procederà all'ascolto qualora il vaglio sia positivo.

4. Quanto alle modalità dell'ascolto, esso si ritiene attuabile sia in forma diretta che in forma indiretta. È ritenuto preferibile il modello dell'ascolto diretto da parte del giudice, anche con l'assistenza di un ausiliario *ex art. 68 c.p.c.* L'ascolto avverrà in udienza, con le formalità proprie della stessa, e la presenza del cancelliere, nonché con una partecipazione modulabile della difesa nei diversi momenti dell'udienza. Quanto all'ascolto indiretto, potrà essere attuato da un rappresentante del minore, o totalmente delegato a un ausiliario dei servizi pubblici o privati, espletabile anche al di fuori del palazzo di giustizia, e i cui contenuti vengano riferiti al giudice con una relazione scritta o un verbale redatto in udienza. Al fine di garantire il contraddittorio, potrà procedersi alla raccolta preventiva delle indicazioni delle parti dei difensori, nonché ad una successiva udienza alla quale parteciperà l'esperto, munito di relazione scritta, nel contraddittorio delle parti. L'ascolto a seguito nel corso di una consulenza tecnica d'ufficio non costituisce una modalità ordinaria di ascolto, ma un approfondimento sulla personalità dei componenti del nucleo familiare e le loro relazioni.

5. Quanto alla garanzia del diritto di difesa, si conviene sulla necessità di concordare nel caso concreto le modalità di partecipazione della difesa, tramite protocolli o intese specifiche, essendo possibile escludere i difensori dalla presenza le singole attività di ascolto, valutato l'interesse del minore e purché si assicuri in ogni caso il contraddittorio in un momento preventivo o successivo. Viene ritenuto opportuno che essi sottopongano in anticipo al giudice le loro osservazioni e istanze sui temi su cui indirizzare l'ascolto, e riservino di formulare le loro osservazioni ulteriori dopo che il minore abbia terminato il colloquio con il giudice; può anche ipotizzarsi la presenza dei difensori, in assenza dei genitori, in modo che i predetti possano restituire a questi ultimi i contenuti del colloquio.

6. Si concorda sul fatto che la verbalizzazione debba essere più dettagliata possibile e più aderente possibile al linguaggio utilizzato dal minore, registrando possibilmente anche le domande. La verbalizzazione dei comportamenti non verbali deve essere quanto più oggettiva, e possibilmente essi devono formare oggetto di ascolto del minore;

7. La registrazione dell'udienza o di parte di essa appare possibile, in quanto menzionata anche nelle Linee Guida del consiglio d'Europa, pur se non si concorda unanimemente sull'opportunità di videoregistrare l'udienza, al fine di non interferire nella spontaneità del colloquio con il minore;

8. Quanto alle conseguenze dell'omesso ascolto ingiustificato, si ritiene che la sanzione della nullità prevista dalla Cassazione, non si estenda all'omesso ascolto in fase presidenziale, sulla

base del principio dell'unitarietà del procedimento, e di applicare la sanzione solo nel caso in cui l'ascolto non intervenga entro la decisione finale.

*De iure condendo*, una dettagliata disciplina dell'**ascolto del minore** che abbia adeguata capacità di discernimento è prevista nella legge delega, in attuazione della l.n. 219/2012 dall'art. 2 lett. i). L'art. 53 della proposta di decreto delegato introduce nel nostro ordinamento l'articolo 336-*bis* c.c. Il nuovo articolo, dando attuazione al principio contenuto nella lett. i) del 1° comma art. 2 legge delega, disciplina l'ascolto del minore. La norma, in aderenza al richiamato principio, prevede che all'ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni e anche di età inferiore, se capace di discernimento, provveda il presidente del tribunale o un giudice da questi delegato nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano. Applicando un principio espresso oltre che dalla Suprema Corte, anche dalle Corti sovranazionali, la norma chiarisce che l'ascolto è un diritto del minore, dal quale non deriva un "obbligo" del giudice di procedervi, poiché in ogni caso occorrerà valutare oltre all'età ed alla capacità di discernimento del minore stesso, anche che l'audizione non possa nuocere, alla luce delle circostanze del caso concreto, al suo superiore interesse. Per questo, l'ultima parte del 1° comma dell'art. 336-*bis* c.c. prevede che qualora l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore, il giudice non procederà all'adempimento, dandone atto con provvedimento motivato. Nel 2° comma è previsto che l'ascolto possa essere condotto dal giudice anche avvalendosi di esperti e ausiliari; infatti potrebbe essere necessario avvalersi di specifiche competenze (psicologiche, neuropsichiatriche, etc.) qualora, in ragione delle circostanze del caso concreto, si ravvisi l'opportunità di un'assistenza qualificata che integri le competenze del magistrato procedente. Tale previsione appare eccessivamente rigida, nella parte in cui esclude altre modalità di ascolto indiretto. La seconda parte del 2° comma prevede che i genitori (anche quando sono parti del procedimento e come tali legittimati a partecipare ad ogni fase e udienza dello stesso), i difensori delle parti, il curatore speciale del minore se già nominato ed il pubblico ministero (parte necessaria nella quasi totalità dei procedimenti che riguardano i minori) potranno partecipare all'ascolto solo se autorizzati dal giudice. La disposizione recepisce gli orientamenti dominanti emersi nei richiamati corsi tematici organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, durante i quali sono stati analizzati molti dei protocolli stipulati a livello locale tra organi giurisdizionali (tribunali ordinari e per i minorenni) e consigli dell'ordine degli avvocati, sulla base dei quali si ritiene che la contemporanea presenza nel medesimo locale di tutte le parti processuali può recare nocimento alla genuinità dell'ascolto, potendo il minore essere indotto a tacere ovvero a privare di spontaneità comportamenti e risposte, a causa della eccessiva "formalità" di tale adempimento, qualora questo si strutturi come un'ordinaria udienza civile.

Il diritto al contraddittorio è assicurato dalla possibilità per le parti del procedimento di proporre argomenti e temi di approfondimento al giudice prima dell'inizio dell'adempimento, nonché di prendere visione del verbale che, ai sensi dell'ultimo comma della norma, deve essere redatto, fatta salva la possibilità di procedere alla registrazione audio - video dell'adempimento. Per contemperare l'interesse del minore a essere ascoltato in un ambiente protetto e privo di troppe "presenze" e l'interesse delle parti ad essere presenti, è stata introdotta, nelle disposizioni di attuazione al c.c., una norma (cfr. art. 96 della bozza di decreto attuativo, nella parte in cui introduce l'articolo 38-*bis* disp. att. c.c.) che prevede che l'autorizzazione del giudice non sia necessaria, qualora la salvaguardia del minore sia assicurata da idonei mezzi tecnici, quali l'uso di vetro specchio e di impianti citofonici.

In conclusione, occorre un approccio integrato che richiede giudici specializzati, classe forense specializzata, possibilità di disporre di ausiliari e di operatori sociosanitari, creazione di una banca dati e valutazione delle buone prassi diffuse sul territorio.