

LA POSIZIONE DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI DI  
SEPARAZIONE

*THE POSITION OF THE CHILD IN SEPARATION PROCEEDINGS*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1378-1399*



Adriana NERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

**RESUMEN:** L'indagine del presente saggio è quella di verificare se ,e in che misura , l'ordinamento processuale offre strumenti adeguati per dare attuazione al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale del fanciullo, coinvolto nel processo della crisi familiare,in particolare nel giudizio di separazione , e quale sia la sua corretta collocazione all'interno di tale processo.

**PALABRAS CLAVE:** Minore; tutela; separazione.

**ABSTRACT:** *The investigation of this essay is to verify whether, and to what extent, the procedural system offers adequate tools to implement the principle of the effectiveness of the judicial protection of the child, involved in the process of the family crisis, in particular in the judgment of separation, and what is its correct place within this process.*

**KEY WORDS:** *Child; protection; separation.*

**SUMARIO.- I.TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MINORE E GIUSTO PROCESSO.- II. LA POSIZIONE DEL MINORE NEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE: PROFILI PROBLEMATICI.- I. Il variegato panorama dei procedimenti in cui sono coinvolti i diritti del minore.- III. IL RUOLO DEL MINORE NEI PROCESSI CONCERNENTI LA CRISI DEL RAPPORTO CONIUGALE.- I. Strumenti di tutela.- IV. IL MINORE QUALE PARTE PROCESSUALE DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE.- V. LA NOMINA D'UFFICIO DEL CURATORE SPECIALE IN CASO DI CONFLITTO DI INTERESSI.- VI. LA RAPPRESENTANZA TECNICA DEL MINORE.- VII. LA LEGITTIMAZIONE DEL MINORE A PROMUOVERE IL PROCEDIMENTO PER LA REVISIONE DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE**

---

## I. TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MINORE E GIUSTO PROCESSO.

Il principio del “superiore interesse del minore”, declinato in ambito processuale, indirizza l'indagine sulle forme e le modalità attraverso le quali è possibile assicurare al minore una tutela giurisdizionale effettiva nel rispetto dei parametri del giusto processo che, adattati alla peculiare situazione del fanciullo, appaiono funzionali a garantire a quest'ultimo l'adozione di provvedimenti giurisdizionali idonei a preservarne gli interessi e le legittime aspirazioni.

Vi è pur da osservare, in via preliminare, come il concetto di giustizia minorile, inteso in senso lato, quale apparato di strumenti giurisdizionali attraverso i quali si attua la tutela del minore, si caratterizza tuttora per un ampio margine di indeterminatezza, dovuto essenzialmente all'impossibilità di individuare un modello processuale tipico applicabile in tutti i casi in cui venga in rilievo la posizione del minore<sup>2</sup>.

- 1 La clausola in questione è ormai da tempo invalsa nel lessico del diritto di famiglia, a seguito della sua prima enunciazione formale nell'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, il quale testualmente si riferisce al «best interest of the child», senza tuttavia chiarirne il significato. Tale formula, peraltro, è stata variamente tradotta, ora come interesse “preminente” o “prevalente” ora come interesse “superiore” del minore, restando comunque indubbia la sua valenza semantica, nel senso che l'interesse del minore – in ogni procedimento in cui venga in rilievo – esige tutela e protezione prioritaria e prevalente rispetto ad altri valori pur aventi pari dignità costituzionale. In verità una prima definizione di tale concetto in linea con le traduzioni appena descritte si ritrova nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959 che, al principio 2, sancisce che «the best interest of the child shall be the paramount consideration».
- 2 L'eterogeneità dei modelli processuali attraverso i quali nel nostro ordinamento si attua la tutela del minore a vari livelli è tale, infatti, da aver indotto sovente gli interpreti a parlare di un “contenitore ampio” nel quale far confluire tutti i procedimenti destinati ad incidere su diritti personali e patrimoniali del minore: così DANOVÌ, F.: “Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile”, *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1470, il quale osserva correttamente come si riscontri un gradazione crescente sul piano della idoneità del procedimento di incidere sulla sfera del minore, passandosi da forme embrionali, ove la funzione giurisdizionale si concreta in una mera attività di controllo o autorizzativa (come accade nel caso di rilascio del passaporto necessario per l'espatrio) a forme di tutela ben più incisive, rinvenibili nei procedimenti de potestate o nei procedimenti concernenti lo status filiationis. Analoga difficoltà nel delineare con esattezza il perimetro della giustizia minorile si riscontra peraltro sul piano delle fonti sovranazionali, le quali per lo più fanno riferimento in via assai generale alle decisioni o ai procedimenti che riguardano il minore (V. per tutti, art. 3 § 1 Convenzione di New York del 1989 e art. 1

• **Adriana Neri**  
Avvocato. E-mail: [adriana.neri@virgilio.it](mailto:adriana.neri@virgilio.it)

È altrettanto vero, però, che – quale che sia la specificità del procedimento considerato – il preminente interesse del minore nei procedimenti che lo riguardano funge non solo da regola di giudizio<sup>3</sup> che informa i poteri del giudice nel corso della dinamica processuale, ma anche da misura specifica per calibrare la giustizia della decisione finale.

Si tratta di un interesse che dal punto di vista contenutistico è stato qualificato – a partire dalla interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale nella nota pronuncia n. 341/1990 – come interesse “a conservare e raggiungere appropriati equilibri affettivi, all’educazione e ad una idonea collocazione sociale”, un interesse, dunque, che ha una connotazione preminentemente esistenziale e che necessita di protezione e attuazione in tutti i procedimenti destinati ad incidere sulla sfera personale del minore<sup>4</sup>, specie in quelli che riguardano la crisi familiare, come il procedimento di separazione personale dei coniugi (sia esso consensuale o giudiziale)<sup>5</sup>.

Continuare a parlare di interesse del minore può apparire peraltro riduttivo in un momento storico in cui il vecchio modello di famiglia patriarcale, costruito sulla *patria potestas*, è stato integralmente soppiantato da nuovi paradigmi che vedono le relazioni familiari incentrate sulla tutela dei diritti dei singoli membri che la compongono e *in primis* del minore.

Il minore è divenuto, infatti, progressivamente, grazie e soprattutto agli interventi attuati nell’ordinamento giuridico internazionale, titolare di posizioni giuridiche soggettive autonome<sup>6</sup> emancipandosi definitivamente da quella

---

della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996). Sembra il caso di osservare come la frammentarietà dei procedimenti che hanno ad oggetto la tutela dei diritti dei minori permane pur dopo le modifiche più recenti apportate dalla legge n. 219/2012, che ha unificato le competenze concernenti la filiazione (sia nata nel matrimonio che fuori da esso) in capo al tribunale ordinario, lasciando poche residue competenze in capo al tribunale per i minorenni. In argomento se vuoi v. NERI, A.: “Aspetti processuali dei recenti interventi legislativi in tema di filiazione”, *Riv. dir. proc.* 2014, p. 1095 ss.

- 3 In questo senso testualmente TOMMASEO, F.: “Osservazioni sulle forme della partecipazione del minore al processo civile”, [www.udai.it](http://www.udai.it)
- 4 Per una connotazione pubblica di tale interesse, attesa la centralità attribuita sul piano giurisdizionale alla posizione del fanciullo, sia nel diritto interno che sovranazionale, v. TOMMASEO, F.: “Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile”, *Fam. e dir.*, 2007, p. 410.
- 5 Benché i procedimenti generati dalla crisi tra coppie non unite da vincolo matrimoniale restino estranei alla disciplina di tale procedimento (nella duplice forma della separazione giudiziale ex art. 706 ss., e consensuale ex art. 711, commi 1° e 2° c.p.c.), per essi valgono comunque le medesime considerazioni svolte nel testo, atteso che la questione della posizione dei minori si pone in modo assolutamente identico anche in tali procedimenti, volti a dichiarare la cessazione della convivenza tra le coppie di fatto.
- 6 Si v. per tutti la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo sopra richiamata, considerata tradizionalmente come il manifesto universale dei diritti del minore. Tra i diritti del fanciullo in essa enunciati, si ricordano, a mero titolo esemplificativo, il diritto a conoscere i propri genitori e ad essere allevati da essi, per quanto possibile (art. 7); il diritto a non essere separato da essi, a meno che la separazione non sia giustificata dal suo preminente interesse (art. 9), nonché il diritto a preservare le proprie relazioni familiari (art. 8). In argomento v. per tutti, RUFFINI, G.: “Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore”, *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1258, nonché CARRATTA, A.: “Per i diritti processuali del fanciullo a vent’anni dalla Convenzione di New York del 1989” [www.Treccani.it](http://www.Treccani.it).

tradizionale posizione che lo raffigurava come soggetto incapace, esclusivamente bisognoso di cura e di protezione<sup>7</sup>.

In questa direzione, al tradizionale approccio paternalistico nell'affrontare le questioni che riguardano il minore, se ne è sostituito uno più maturo ed evoluto, volto a promuovere la tutela dei diritti di cui egli è titolare, con la conseguenza che la sua posizione, in tutti i contesti che ne implicano un coinvolgimento (diretto o indiretto), deve essere necessariamente riguardata alla luce di tale raggiunta consapevolezza.

In tale mutato contesto, l'interesse del minore va pertanto correttamente ricondotto alla sfera dei diritti soggettivi che riguardano il fanciullo e che rendono la sua posizione analoga – dal punto di vista della tutela esigibile – a quella delle parti adulte, protagoniste del processo.

## II. LA POSIZIONE DEL MINORE NEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE : PROFILI PROBLEMATICI.

Impostato in questi termini il tema dell'indagine si tratta dunque di verificare se – e in che misura – l'ordinamento processuale offra strumenti adeguati per dare attuazione al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale del fanciullo che sia coinvolto nel processo della crisi familiare – e in particolare nel giudizio di separazione – e alla verifica di quale sia la sua corretta collocazione all'interno di tale processo.

L'esame che ci accingiamo a compiere, peraltro, presuppone inevitabilmente che si sia sciolto il dubbio circa la possibilità che al minore sia riconosciuta la qualità di parte nel procedimento considerato, in quanto idoneo ad incidere su uno o più dei suoi fondamentali diritti.

Per comprendere appieno il significato di questa affermazione, che rinvia alle categorie generali del processo civile, sembra utile premettere che la capacità di essere parte<sup>8</sup> spetta a chiunque goda di capacità giuridica (art. 1 c.c.) e possa quindi essere titolare di diritti soggettivi. In questo senso, parte del processo in senso sostanziale è colui nella cui sfera giuridica debbono prodursi gli effetti del provvedimento giurisdizionale. La capacità processuale – tecnicamente la capacità

7 DOSI ,G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni" ,*Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1607 ss.; POLISENO ,B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli 2017, p. 3 ss. In giurisprudenza v. Cass. 21 ottobre 2009, n. 22238, nella quale si afferma limpidamente che il minore non è più oggetto di tutela ma soggetto e titolare di diritti autonomi e perfetti.

8 Gli studi sul concetto di parte nel processo sono molteplici, sicché sarebbe quasi impossibile darne conto in questa sede in modo completo. Sia consentito rinviare, per tutti, a SATTI, S.: "Il concetto di parte", *Riv. dir. civ.*, p.1957, p. 68 ss.; PROTO PISANI , A.: "Voce Parte nel processo, (dir. proc.civ.) ." *Enc. dir.*, XXXXI, Milano 1981, p. 917 ss.; MANDRIOLI ,C.: *La rappresentanza nel processo civile*, Milano 1959, p. 144.

di stare in giudizio o di essere autore degli atti processuali, nonché destinatario degli effetti che da tali atti derivano<sup>9</sup> – spetta invece soltanto a chi abbia la capacità di agire (art. 2 c.c.) e dunque possa divenire parte in senso formale del processo<sup>10</sup>. Pur verificandosi, nella generalità dei casi, la coincidenza in capo al medesimo soggetto della qualità di parte in senso sostanziale e processuale, può ben verificarsi una scissione tra le due qualifiche, come accade appunto nel caso del minore.

Al minore di età, infatti, proprio perché privo della capacità di agire, è negata *ex lege* la qualifica di parte in senso processuale (o formale), non potendo egli essere soggetto degli atti del processo, in quanto incapace di stare in giudizio se non legalmente rappresentato da un altro soggetto al quale la legge attribuisce la c.d. “rappresentanza legale”. Essa, di norma, spetta ai genitori che esercitano la responsabilità genitoriale o al tutore<sup>11</sup>, a meno che non si tratti di minore emancipato o di azioni che derivino dal contratto di lavoro, in tutti i casi in cui il minore sia considerato, in base alla legislazione speciale, capace di prestare il proprio lavoro (art. 2 c.c.), o infine di azioni che derivino dall’opera dell’ingegno, secondo quanto disposto dalla legge sul diritto di autore (art. 108, l. 22 aprile 1941, n. 633)

Al rappresentante legale (genitore o tutore) spetta di regola la rappresentanza del minore, sia sul piano sostanziale che processuale, salva l’ipotesi in cui manchi tale figura e vi siano ragioni di urgenza o, infine, ricorra l’ipotesi di conflitto d’interessi, nel qual caso la legge prevede la nomina di un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.*

La circostanza che il minore non abbia la capacità di stare in giudizio se non per mezzo dei suoi rappresentanti non implica, peraltro, che a tale soggetto non possa essere riconosciuta la qualifica di parte (necessaria) nei procedimenti destinati ad incidere su uno dei suoi fondamentali diritti, con la conseguenza che, in tale ipotesi, egli dovrebbe partecipare al processo, sin dalla sua introduzione.

Ora, mentre non desta particolari perplessità all’interprete il riconoscimento in capo al minore della qualità di parte del processo in senso sostanziale, in tutti quei procedimenti che abbiano ad oggetto uno dei diritti che afferiscono alla sua sfera patrimoniale o esistenziale sulla quale è destinato a ripercuotersi il provvedimento giurisdizionale, assai più problematica si configura la possibilità di riconoscere al minore la qualità di necessario contraddittore in tutti gli anzidetti procedimenti, sia

9 V. in tal senso Luiso, P.: *Diritto processuale*, I, *I principi generali*, Milano, 2009, p. 194

10 L’art. 75 c.p.c. qualifica come incapaci di stare in giudizio coloro che non hanno il libero esercizio dei diritti che si fanno valere: il minore, in quanto legalmente incapace di agire non ha il libero esercizio dei diritti di cui è titolare.

11 La rappresentanza legale c.d. “naturale” spetta, ai sensi dell’art. 320 c.c., ai genitori congiuntamente o a quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale. Solo in via subordinata, in assenza delle figure appena menzionate, la legge attribuisce la rappresentanza legale ad un tutore o, nel caso in cui questi sia in conflitto di interessi con il minore, al protutore (art. 360 c.c.).

pure attraverso l'interposizione soggettiva dei suoi rappresentanti legali (genitori, tutore o eventualmente curatore).

La soluzione positiva della questione, infatti, non costituisce la necessaria conseguenza del riconoscimento in capo al minore della qualità di parte in senso sostanziale, posto che è ben possibile, sulla base dei principi generali che governano il processo, che un determinato soggetto possa essere destinatario degli effetti del provvedimento giurisdizionale finale senza per questo divenire parte del relativo procedimento<sup>12</sup>.

### 1. Il variegato panorama dei procedimenti in cui sono coinvolti i diritti del minore.

La complessità del problema che si affronta deriva, invero, dalla circostanza che il legislatore non ha adottato soluzioni omogenee per tutte le ipotesi in cui nel processo siano implicati i diritti del minore. E così, mentre non vi è dubbio che nei procedimenti che riguardano i suoi diritti soggettivi patrimoniali, il minore, quale titolare del diritto controverso, partecipa al giudizio in qualità di parte, mediante l'interposizione soggettiva dei suoi rappresentanti legali<sup>13</sup>, la soluzione non è così pacifica per quei procedimenti che attengono alla sua sfera esistenziale, come quelli concernenti la crisi della famiglia, ed in particolare il giudizio di separazione, oggetto della presente indagine.

Su questo versante, infatti, è dato osservare come, solo con riferimento a pochi procedimenti, il legislatore ha espressamente riconosciuto al minore la qualità di parte necessaria. Si tratta, in particolare, dei procedimenti c.d. "*de potestate*", finalizzati all'adozione di provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale (artt. 330 ss. c.c.), di quelli concernenti lo status filiationis e infine di quelli di adozione (disciplinati dalla l. n. 184/1983, come modificata dalla l. n. 149/2001), tutti procedimenti, questi, destinati ad incidere, con una gradualità progressivamente crescente, sulla sfera esistenziale del minore<sup>14</sup>.

12 Si pensi all'ipotesi di legittimazione straordinaria di cui all'art. 111 c.p.c. in cui la legge eccezionalmente prevede che il titolare del diritto sostanziale controverso sia soggetto agli effetti (diretti) della sentenza pur senza aver preso parte al processo e quindi senza mai divenire parte in senso processuale. In argomento v. PROTO PISANI, A.: *Voce Parte*, cit., p. 162

13 In tal senso rimane esclusa, pur nella ipotesi considerata, la possibilità che al minore possa essere attribuita la qualifica di parte processuale in quanto soggetto degli atti processuali, i quali sono necessariamente posti in essere dai suoi rappresentanti legali.

14 Non essendo certo possibile soffermarsi in maniera diffusa nella trattazione dei menzionati procedimenti che esulano dall'oggetto specifico della presente indagine, basterà semplicemente osservare, per quanto qui di interesse, che per i procedimenti *de potestate* l'art. 336 comma 4° cc. (introdotto dall'art. 37, l. 149/2001) prevede che il minore sia assistito da un difensore al pari dei suoi genitori. La Corte Costituzionale, peraltro, con la sentenza interpretativa di rigetto 3 gennaio 2002, n.1, *Foro it.*, 2002, I, c. p.3302, con nota di PROTO PISANI, A.: "Battute di arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile", ha chiarito come dal citato art. 336, comma 4° c.c. si evince l'attribuzione al minore della qualità di parte necessaria del processo, accanto ai suoi genitori, sottolineando conseguentemente la esigenza che il contraddittorio sia garantito anche nei confronti di quest'ultimo, previa eventuale nomina di un curatore speciale. In senso analogo si sono espresse anche Corte Cost. 12 giugno 2009, n. 179, *Fam. e dir.*, 2009, p. 869, con nota di

Giova osservare, ai fini di quanto si dirà più avanti con riferimento al procedimento di separazione, che in ciascuno dei procedimenti sopra menzionati la partecipazione del minore in qualità di parte postula l'esistenza di un conflitto immanente tra interesse del figlio e interessi dei genitori, anche solo potenziale<sup>15</sup>.

### III. IL RUOLO DEL MINORE NEI PROCESSI CONCERNENTI LA CRISI DEL RAPPORTO CONIUGALE.

Il discorso condotto sin qui merita un ulteriore approfondimento per quanto concerne i procedimenti che hanno ad oggetto, in via principale, la crisi del rapporto coniugale – tra i quali il procedimento di separazione personale dei coniugi – per i quali generalmente si esclude che il figlio minore possa acquisire la qualità di litisconsorte necessario, sul presupposto che per tali giudizi vige il principio dell'esclusività della legittimazione attiva dei coniugi (art. 155 c.c.)<sup>16</sup>. Tale conclusione, oltre che indirettamente suggerita dal dato normativo, sembrerebbe discendere

---

ARCELI, A.: " Il minore ed i processi che lo riguardano, una normativa disapplicata"; Corte Cost. 11 marzo 2011, n. 83, *Foro it.*, 2011, I, p.1289. La qualità di parte necessaria del minore nel procedimento ablativo della potestà genitoriale è stata di recente riconosciuta da Cass. 6 marzo 2018, n. 5256. Il minore è poi qualificato espressamente come litisconsorte necessario nei procedimenti concernenti lo status filiationis: si pensi, a titolo esemplificativo all'art. 247, comma 1° c.c., in tema di disconoscimento della paternità naturale, o all'art. 248 comma 2° c.c., in tema di azione di contestazione dello stato di figlio, o infine all'art. 249 c.c. che regola il procedimento di reclamo dello stato di figlio. Le due disposizioni da ultimo menzionate, per l'ipotesi in cui la azione sia proposta nei confronti di persone divenute incapaci, rinviano a quanto stabilito nel precedente art. 247 c.c. il quale testualmente dispone che: «il presunto padre, la madre e il figlio sono litisconsorti necessari». La stessa Consulta, peraltro, ha riconosciuto al minore la qualifica di parte necessaria nei procedimenti diretti al riconoscimento del figlio naturale (ora figlio nato fuori dal matrimonio secondo la nuova nomenclatura introdotta dalla l. n. 219/2012):Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, *Guida dir.*, 2011, p. 28. Infine, di analogo tenore appaiono talune disposizioni contenute nella legge che disciplina i procedimenti sullo stato di adottabilità (si v. in particolare l'art. 8, comma 4° l. n. 184/1983, come modificata dalla l. n. 149/2011, secondo il quale «il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore, oltre che dei genitori e degli altri parenti»)

15 Per i procedimenti concernenti la dichiarazione dello stato di adottabilità la giurisprudenza ormai da tempo afferma che tale conflitto è in re ipsa, con la conseguenza che il minore deve essere necessariamente rappresentato da un curatore speciale dovendosi, in caso contrario, ritenere l'intero giudizio affetto da nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità (Cass. 8 giugno 2016, n. 11782, Cass. 19 maggio 2010, n. 1229, n. 12290, *Pluris*).

A conclusioni analoghe si perviene anche in relazione all'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio per difetto di veridicità (art. 263 c.c.) per la quale si ritiene necessaria la nomina di un curatore speciale che rappresenti il minore in luogo di questi ultimi, in quanto in potenziale conflitto con l'interesse del minore.

Un panorama più articolato e non sempre univoco si riscontra invece per i procedimenti di potestà, per i quali, accanto all'orientamento consolidato secondo il quale l'art. 336 ult comma c.c. (che prevede la nomina di un difensore al minore) troverebbe applicazione solo in presenza di un concreto conflitto di interessi tra genitori e minore (Cass. 31 marzo 2014, n. 7478; Cass. 21 aprile 2015, n. 8100; Cass. 14 marzo 2018, n. 6384), si riscontra qualche pronuncia in cui si afferma che la posizione del minore in tali giudizi risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori anche nel caso in cui il provvedimento ablativo o limitativo venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, in ragione della sostanziale impossibilità di stabilire, ex ante, la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore, il quale potrebbe, in ipotesi, presentare il ricorso solo per meri interessi personali. Ne discende, pertanto, che il minore, in quanto litisconsorte necessario, deve essere rappresentato in giudizio da un curatore speciale: Cass. 6 marzo 2018, n. 5256.

16 L'art. 155, comma 3° cc. dispone che il diritto di chiedere la separazione giudiziale (o la omologazione di quella consensuale) spetta esclusivamente ai coniugi. In senso analogo si v. anche l'art. 1 l. div. In dottrina, sulla scorta del citato dato normativo, pur negandosi che il figlio possa acquisire la qualità di litisconsorte necessario nei giudizi di separazione o divorzio, si ritiene che a questi debba essere attribuito il potere di intervenire, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., e/o di impugnare le statuizioni che incidono sui suoi diritti



dalla diffusa convinzione che tali giudizi, in quanto attinenti principalmente alla stretta vicenda matrimoniale, da un canto non sarebbero destinati ad incidere con effetti pregiudizievoli sulla sfera esistenziale del minore, dall'altro non implicherebbero una situazione di conflitto *ex ante* che richieda la partecipazione del minore come parte processuale autonoma, accanto ai suoi genitori<sup>17</sup>. In questa direzione, la tutela dell'interesse del minore risulterebbe principalmente affidata al comportamento processuale (*id est* alle domande ed eccezioni) dei coniugi/genitori, restando di fatto rimessa al loro senso di responsabilità, oltre che alle eventuali deduzioni del PM – interveniente necessario in tali giudizi – e in ultima analisi agli ampi poteri attribuiti al giudice<sup>18</sup>.

Sicuramente vi è da osservare che, a seguito delle recenti riforme in tema di filiazione – e segnatamente della l. n. 219/2012 e del successivo d.lgs. n. 154/2013, di attuazione della delega contenuta nell'art. 2, comma lett. i) della citata legge – la posizione del minore all'interno di tutti i procedimenti nei quali sia coinvolto il suo interesse appare sicuramente più rafforzata, nel senso che la sua audizione – ove lo stesso abbia compiuto i dodici anni o sia anche di età inferiore, purché capace di discernimento – viene configurata come un diritto del minore ed un adempimento ineludibile per il giudice, il quale può ometterlo solo se lo ritenga superfluo o contrario all'interesse del minore stesso, offrendo, sul punto, adeguata motivazione<sup>19</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale che ha fatto seguito alle richiamate innovazioni legislative, in linea con le inequivocche indicazioni emergenti nel panorama delle fonti internazionali<sup>20</sup>, si è mossa in modo deciso nella direzione di valorizzare

---

patrimoniali o sui suoi rapporti personali con entrambi i genitori: RUFFINI, G.: " Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore", *Dir. fam.*, 2006, p. 1270.

- 17 Si v., in particolare, Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 185, *Giur.it.*, 1988, I, I, p. 1112, la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 5, comma 1, l. div., e dell'art. 708 c.p.c. (in relazione all'art. 155 c.c.) nella parte in cui, rispettivamente, nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio e nel giudizio di separazione personale dei coniugi, non prevedono la nomina di un curatore speciale che rappresenti in giudizio il minore, figlio delle parti, quanto ai provvedimenti sul mantenimento e sull'affidamento, ritenendo che i giudizi in questione non attengono, né si riflettono sullo *status* dei figli.
- 18 In tal senso, espressamente Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 185 cit., Cass. 13 luglio 1992, n. 8475. In dottrina v. DOGLIOTTI, M. e FIGONE, A. in M. DOGLIOTTI, (a cura di), *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano 2011, p. 47, DANOVÌ, F.: *Orientamenti e disorientamenti* cit., p. 1478. Sulla necessità di potenziare il ruolo del P.M. in funzione di una maggiore tutela dell'interesse del minore, v. SERGIO, G.: "Il ruolo del Pubblico Ministero minorile tra amministrazione e giurisdizione e le funzioni del garante dell'infanzia", *Fam. e dir.*, 2009, p. 67 ss.
- 19 Così l'art. 336 bis, comma 3 c.c., introdotto dal d.lgs. n.154/2013, che in tal modo circoscrive l'ampia e generale previsione contenuta nell'art. 315 bis c.c. secondo cui il figlio dodicenne o anche infradodicesimo, ove capace di discernimento ha «il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni o le procedure che lo riguardano». Giova inoltre ricordare che nel successivo art. 337 octies c.c., rubricato «Poteri del giudice e ascolto del minore», il legislatore del 2013 ha ulteriormente specificato 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».
- 20 Si veda per tutti l'art. 3 della citata Convenzione di Strasburgo del 1996, rubricato «Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti» il quale dispone che «al minore che è considerato dal diritto interno avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato

l'audizione del minore, configurandolo come uno strumento processuale che, pur non potendosi qualificare come un mezzo di prova in senso tecnico<sup>21</sup>, consente al giudice di acquisire informazioni significative e rilevanti sui bisogni e le esigenze del minore per una migliore valutazione del suo effettivo interesse, al punto che la sua pretermissione, in assenza di adeguata motivazione in relazione all'esistenza di un contrario interesse o alla sua manifesta superfluità, costituisce violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo, cui consegue la nullità del procedimento<sup>22</sup>.

## I. Strumenti di tutela.

Vi è tuttavia da domandarsi se lo strumento dell'audizione del minore, unitamente alla presenza del PM nel processo di separazione e ai poteri officiosi di direzione e controllo che indubbiamente spettano al giudice anche in tale giudizio, possano considerarsi sufficienti per consentire al minore una partecipazione al processo in condizioni di parità con le altre parti e quindi garantirgli, in definitiva, una tutela che possa dirsi davvero effettiva.

E' evidente, infatti, che negare al minore la possibilità di partecipare al processo della crisi familiare assumendo il ruolo di parte accanto a quello dei genitori vuol dire di fatto disconoscere che lo stesso sia titolare di posizioni soggettive autonome e diverse da quelle di questi ultimi – malgrado di ciò oggi nessuno invero dubiti – relegandolo ai margini della vicenda processuale come soggetto destinatario di una tutela solo riflessa e indiretta<sup>23</sup>.

In questa prospettiva la sola audizione del minore, benché certamente strumento "qualificato" di acquisizione di informazioni rilevanti per il giudice, non può certamente costituire l'unica forma di partecipazione del minore al processo.

---

ed esprimere la propria opinione; C) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione».

- 21 In argomento v. per tutti QUERZOLA, L.: *L'ascolto del minore*, in: M. A. LUPOI, (a cura di), *Trattato della separazione e del divorzio*, II, p. 278
- 22 Così, tra le più recenti, Cass. 13 febbraio 2019, n. 4246, Cass. 7 marzo 2017, n. 5656, *Fam e dir.*, 2018, p.352, con nota di NASCOSI, A.: "Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicenne", Cass. 24 maggio 2018, n. 12957, *Foro it.*, 2018, n. I, c. p.2364, in relazione ad un giudizio di separazione giudiziale. Già nella vigenza dell'art. 155 *sexies* c.c. le sezioni unite avevano affermato il medesimo principio, con la pronuncia 21 ottobre 2009, n. 22238, *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di DANOVÌ, F.: "L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice", *Fam e dir.*, 2010, p. 364, con nota di GRAZIOSI, A.: "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 652, con nota di IANNONE, T.: "Le sezioni unite danno voce ai figli contesi fra genitori separati", resa proprio in un procedimento di modifica delle condizioni di separazione tra i genitori.
- 23 V. in senso critico DANOVÌ, F.: "Il processo di separazione e divorzio, IV, La crisi della famiglia", in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2015, p. 148. secondo il quale minore nella prassi risulta «relegato al ruolo di spettatore del processo, lasciando ai genitori il dominio attivo dei temi della controversia e confidando nell'intervento equilibratore del giudice o del p.m., soggetti istituzionali deputati al controllo e alla salvaguardia del suo interesse».

Infatti, da un lato, non sempre l'audizione del minore, pur capace di discernimento, consente una valutazione obiettiva dei suoi interessi; dall'altro è dato osservare come nella prassi l'ascolto del minore si svolge sovente in forma indiretta, ossia non davanti al giudice, bensì ad un consulente specializzato da questi nominato, venendo così a mancare quel contatto diretto con l'organo deputato ad assumere la decisione finale, tenendo in debito conto anche l'interesse del minore<sup>24</sup>. E ciò a prescindere da ogni considerazione sul fatto che l'ascolto è comunque precluso al minore che sia incapace di discernimento o giudicato in concreto tale dal giudice.

Quanto alla presenza del PM nei procedimenti di separazione personale dei coniugi, come in tutti le cause matrimoniali per le quali il suo intervento è obbligatorio a pena di nullità del procedimento (ex art. 70, comma 1, n. 2 c.p.c.), il riscontro della prassi rivela, in realtà, come il ruolo di questo organo si risolva nella maggior parte dei casi in una mera presa visione di atti<sup>25</sup>, sicché non può certo ritenersi che tale soggetto possa fungere da garante per l'attuazione della tutela globale del minore<sup>26</sup>. La stessa Corte Costituzionale, del resto, ha riconosciuto che gli interessi del minore non sono adeguatamente tutelati dal PM in sede di intervento obbligatorio, per la fondamentale ragione che i poteri attribuiti a quest'organo non si ricollegano a specifici interessi del minore, ma a quello dell'attuazione della legge in generale.<sup>27</sup>

#### IV. IL MINORE QUALE PARTE PROCESSUALE DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE.

Sulla scorta dello scenario appena delineato non può ragionevolmente negarsi che la posizione del minore resti ancora assai fragile nel procedimento che riguarda la crisi del rapporto coniugale.

E' evidente, peraltro, che un incremento significativo dello spessore di tutela giurisdizionale assicurabile al minore in tale sede potrebbe ottenersi solo quando

24 Al riguardo la Corte di Cassazione, con la ordinanza 24 maggio 2018 n. 32309 cit., ha chiarito come l'ascolto «è una relazione tendenzialmente diretta che da spazio, all'interno del processo, alla partecipazione attiva del minore mentre la consulenza, se pur si avvale preferibilmente di un ascolto diretto del minore da parte di uno specialista, è un'indagine che prende in considerazione una serie di fattori quali, in primo luogo, la personalità, la capacità di accudimento e di educazione dei genitori, la relazione in essere con il figlio», giungendo alla conclusione che il giudice, non soltanto deve motivare le ragioni per cui ritiene di non dover eventualmente disporre l'ascolto del minore, ma deve altresì esplicitare i motivi per i quali ritiene preferibile l'ascolto effettuato nel corso delle indagini peritali a quello diretto che avviene dinanzi a lui.

25 Cfr. CIPRIANI, F.: "L'agonia del pubblico ministero nel processo civile", *Foro it.*, 1993, V, p.14; TOMMASEO, F.: Il P.m. e la tutela del minore, davanti al tribunale ordinario e per i minorenni", *Fam.e dir.*, 2016, p. 1198.

26 Si ricorda, peraltro, che solo nel procedimento di divorzio è riconosciuto al PM il potere di impugnare la sentenza limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori e legalmente incapaci (art. 5 l. div.), con esclusione dunque, delle statuizioni attinenti l'affidamento, mentre analoga legittimazione non si rinviene nel procedimento di separazione, né si ritiene possibile applicare estensivamente a tale giudizio la disposizione prevista dalla legge sul divorzio (cfr. Cass. 14 maggio 2002, n. 6965, *Giust. civ. Mass.*, 2002, p.1143).

27 Corte Cost. 15 novembre 2000, n. 528, cit.

allo stesso venga riconosciuta la qualità di parte (processuale) a pieno titolo, alla quale garantire sia la rappresentanza quanto la difesa tecnica.

Si tratta, in fondo, di un risultato che sembra scaturire naturalmente dalla premessa, posta alla base della presente indagine, secondo la quale il minore è soggetto di diritti alla stregua dei suoi genitori. Se infatti si conviene con tale assunto deve coerentemente riconoscersi al minore uno spazio autonomo all'interno di ogni procedimento che, investendo la crisi della famiglia, incida anche sui suoi personali interessi e diritti. In questa prospettiva, al minore non può essere negata la qualifica di parte processuale anche nel procedimento di separazione e la conseguente possibilità di esercitare all'interno di tale giudizio tutti i poteri processuali funzionali alla tutela della sua posizione.

Come si è detto in precedenza, infatti, il giudizio di separazione, pur se tradizionalmente concepito come procedimento che ha ad oggetto in via principale il rapporto tra i genitori – in presenza di prole – coinvolge a pieno titolo anche la posizione del minore, figlio dei coniugi protagonisti del processo, sia sul piano economico/ patrimoniale che personale/esistenziale. E' infatti innegabile che il provvedimento conclusivo di tale giudizio, pur diretto precipuamente a dichiarare la separazione dei coniugi, è destinato anche ad incidere anche su uno dei suoi fondamentali diritti, con la conseguenza che, mentre egli rimane sicuramente estraneo alle domande dei genitori destinate a regolare in via esclusiva i rapporti fra coniugi, deve invece considerarsi parte del processo con riferimento a quelle domande dei genitori, concernenti il suo affidamento e il suo mantenimento, che incidano su tali diritti<sup>28</sup>. In tal senso il dato normativo che sancisce l'esclusività della legittimazione attiva dei coniugi non costituisce un ostacolo insuperabile all'ammissibilità della ipotesi ricostruttiva appena prospettata, essendo evidente che esso si presti ad essere (correttamente) interpretato pure nel senso che nessun soggetto, al di fuori dei coniugi, potrebbe agire in luogo di questi ultimi per domandare la separazione, non anche come necessariamente diretto ad escludere la partecipazione nel processo, in qualità di parte, di qualsiasi altro soggetto diverso dai coniugi.

Una simile interpretazione parrebbe ricevere indiretta conferma dalla constatazione che il giudizio di separazione (come del resto quello di divorzio), accanto alla domanda volta ad ottenere la separazione dei coniugi ha come oggetto (nell'eventualità in cui vi siano figli minori) anche le domande concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli.

28 In questi termini v. POISENO, B.: *Profili di*, cit., p.118 ss., la quale ritiene che il ruolo del minore nei procedimenti di separazione e divorzio sia un ruolo sui generis in quanto egli deve considerarsi parte in senso processuale solo quando la tutela giurisdizionale richiesta sia diretta ad incidere sui suoi diritti soggettivi, non anche quando le domande proposte siano dirette solo a regolare i rapporti fra i coniugi, rispetto alle quali il minore vanta un mero interesse al processo.

A confutare la soluzione secondo la quale il minore deve essere considerato parte del giudizio di separazione, sia pure con le necessarie specificazioni sopra effettuate, non varrebbe obiettare che in tal modo il minore verrebbe indebitamente trascinato nel contenzioso che riguarda i suoi genitori, anche contro la sua volontà, finendo così per istituzionalizzarsi il conflitto in essere tra i coniugi<sup>29</sup>.

Per un verso, infatti, occorre realisticamente riconoscere che il minore, a prescindere da ogni cautela adottabile, non resta mai del tutto estraneo alla crisi che travolge la famiglia e della quale il giudizio è la manifestazione più evidente ed immediata, per la semplice constatazione che, ove possibile (e dunque in presenza dei requisiti richiesti dalla legge), egli deve essere ascoltato “in tutti i procedimenti che lo riguardano”.

Per altro verso deve osservarsi che la partecipazione del minore in qualità di parte fin dall'inizio del processo non inciderebbe comunque sotto il profilo evidenziato, giacché non renderebbe la posizione del minore più gravosa rispetto a quanto si verificherebbe per effetto di una sua partecipazione esclusivamente finalizzata a consentire la sua audizione, in quanto la sua presenza nel processo, in qualità di parte, avverrebbe pur sempre attraverso i suoi rappresentanti legali.

Essendo, infatti, egli privo della capacità processuale in ragione della sua età, la sua partecipazione al processo, anche se da protagonista, dovrebbe pur sempre avvenire attraverso lo strumento della rappresentanza legale affidata, di norma, ai suoi genitori.

Invero, come si è visto, al di fuori delle ipotesi in cui manchi il rappresentante legale o vi siano ragioni di urgenza, l'art. 78 c.p.c. contempla la nomina di un curatore speciale *ad hoc*, anche in presenza di un conflitto di interessi tra il rappresentante legale e il rappresentato. Tale conflitto – da intendersi in ogni caso nella sua accezione più lata e non dunque limitato alla sola sfera patrimoniale del minore, secondo la tradizionale interpretazione che ricollega l'azionabilità dell'art. 78 c.p.c. alla sussistenza di un conflitto di interessi di carattere esclusivamente patrimoniale<sup>30</sup> – nella prospettiva della giurisprudenza prevalente è ravvisabile tra il minore – incapace di stare in giudizio personalmente – e i suoi genitori – suoi rappresentanti legali (naturali) – ogni qualvolta sia dedotta in giudizio una

29 In questo senso Corte Cost. 14 luglio 1986 n. 185 cit., la quale, proprio sulla scorta di questa valutazione di opportunità, ha negato che possa considerarsi costituzionalmente illegittima l'omessa previsione da parte del legislatore della nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio del figlio minore nei procedimenti contenziosi relativi alla cessazione degli effetti civili del matrimonio ed alla separazione dei coniugi, affermando che il minore non è parte in tali giudizi, pur riconoscendo, non senza contraddizione, la possibilità di nomina di un curatore speciale per le ipotesi di concreto conflitto tra genitori e figlio. E' evidente, infatti, che la nomina di un curatore speciale, sia che avvenga in presenza di un conflitto valutato *ex ante*, perché ritenuto in *re ipsa* – come accade con riferimento ai procedimenti di potestà – che di un conflitto che invece si manifesta in concreto nel corso del processo, postula la partecipazione del minore al processo in qualità di parte. In questo senso v. TOMMASEO, F.: *Rappresentanza e*, cit., p. 414.

30 Sul punto cfr. TOMMASEO, F.: *Osservazioni sulle*, cit.

situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal rappresentante in contrasto con l'interesse del rappresentato, quindi anche se detto conflitto si configuri come solo potenziale. Ne discende che la relativa verifica va condotta ex ante, tenendo conto della oggettiva materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto e a posteriori, sulla base degli atteggiamenti assunti dalle parti nel giudizio<sup>31</sup>.

Tale approdo, peraltro, merita di essere adeguatamente misurato in relazione al giudizio di separazione ove invece la Suprema Corte, nelle sporadiche pronunce in cui ha avuto modo di occuparsi della questione, ha chiarito come la pendenza di un giudizio di separazione e le eventuali divergenze tra i genitori su ciò che in effetti risulti più conveniente all'interesse del minore, non creerebbero di per sé l'insorgenza di un conflitto di interessi che rende opportuna la nomina di un curatore speciale<sup>32</sup>. È interessante tuttavia osservare come nello stesso tempo la Corte riconosca che tale conflitto può determinarsi in concreto in relazione a comportamenti processuali delle parti che tendano a impedire al giudice una adeguata valutazione dell'interesse del minore ovvero a fraporsi alla libera prospettazione del punto di vista del minore in sede di ascolto da parte del giudice. Si tratta, in questi casi, di una situazione di conflitto che richiede la nomina di un curatore speciale, la cui individuazione è rimessa alla valutazione del giudice di merito».

Secondo tale prospettazione, sembrerebbe dunque da escludersi che nel giudizio di separazione dei coniugi il conflitto tra genitori e figlio minore possa essere ritenuto immanente e quindi accertato ex ante anche solo nel suo potenziale verificarsi, dovendosi avere riguardo alla singola vicenda processuale e al suo concreto dipanarsi.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che a mio avviso non può trovare accoglimento in via generale ed assoluta, non potendosi invero escludere che talvolta il conflitto tra genitori e figli meriti di essere valutato e considerato anche quando ancora non si è manifestato in concreto.

Deve infatti osservarsi che nel giudizio di separazione (come del resto in ogni giudizio avente ad oggetto la crisi del rapporto coniugale) i coniugi-genitori sono sempre parti necessarie che agiscono a tutela di posizioni soggettive che, quanto meno nelle ipotesi in cui la separazione assuma le forme del giudizio contenzioso,

31 Cfr. Cass. 6 agosto 2001, n. 10822; Cass. 16 settembre 2002, n. 13507; Cass. 30 maggio 2003, n. 8803, nelle quali si afferma conseguentemente che l'omessa nomina del curatore speciale, nei casi anzidetti, determina la nullità del giudizio per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio, rilevabile in ogni stato e grado del processo, anche d'ufficio.

32 Cass. 24 maggio 2018 n. 12957.

sono inevitabilmente contrapposte<sup>33</sup>. In tale contesto, in cui normalmente la conflittualità è piuttosto elevata, non appare così peregrino ipotizzare che il conflitto nei confronti del minore debba essere valutato in astratto, specie in quei casi in cui esso rimane latente e strisciante, e quindi non facilmente percepibile al di fuori del contesto familiare, privando i genitori della necessaria imparzialità per valutare con occhi obiettivi l'interesse del figlio rispetto alle vicende che lo riguardano direttamente.

In questi casi, lo strumento "fisiologico" della rappresentanza legale dei genitori si rivela in realtà inadeguato a preservare l'interesse del minore<sup>34</sup>, sicchè l'unico modo per garantire allo stesso una tutela giurisdizionale effettiva sembra quello di fare ricorso alla nomina di un rappresentante legale *ad hoc* (*id est* di un curatore speciale) nominato su richiesta del PM (come avviene nella generalità dei casi), del minore stesso o dei prossimi congiunti di questi, compresi gli stessi rappresentanti (naturali) in conflitto di interessi, così come consentito dall'art. 79 c.p.c.

Sulla base di quanto ipotizzato discende che nel giudizio di separazione, al quale partecipi sin dall'inizio il minore in qualità di parte, potrà prefigurarsi una duplice scenario a seconda che sia stata rilevata o meno la sussistenza del conflitto tra questi e i suoi genitori. In quest'ultimo caso, infatti, la posizione del minore, pur presente come posizione soggettiva ontologicamente e concettualmente distinta da quella dei suoi genitori, non sarà apprezzabile esteriormente, data la convergenza, nelle medesime persone fisiche, della posizione del minore e di quella dei genitori, i quali dunque agiranno in giudizio sia *iure proprio* che a tutela del minore. Per contro, la presenza del minore nella anzidetta qualità risulterà manifesta quando, rilevato il conflitto, sia stato nominato un curatore speciale in luogo dei rappresentanti naturali.

## V. LA NOMINA D'UFFICIO DEL CURATORE SPECIALE IN CASO DI CONFLITTO DI INTERESSI.

Nulla peraltro è previsto quando, malgrado l'esistenza di tale conflitto, non si proceda alla nomina del curatore, in difetto di una istanza in tal senso da parte dei soggetti legittimati. Poiché, peraltro, come si è detto, l'omessa nomina del curatore costituisce una carenza in grado di determinare la nullità assoluta ed insanabile dell'intero procedimento, ci si è inevitabilmente interrogati sulla possibilità

33 Da questo punto di vista diversa sarebbe la posizione del tutore, eventualmente nominato in mancanza di rappresentanti legali naturali, atteso che tale soggetto rappresenterebbe il minore nel processo, agendo in suo nome e per suo conto, senza con ciò far valere in giudizio alcuna posizione personale. Non a caso, infatti, la giurisprudenza generalmente esclude che il tutore, pur se nominato nel corso del procedimento, possa ritenersi in conflitto potenziale con il minore, essendo invece necessaria, per provare la sussistenza del conflitto, la deduzione di concrete circostanze. Cass. 19 ottobre 2011, n. 21651, *Foro it.*, 2012, I, p. 821, Cass. 19 maggio 2010, n. 12290.

34 In tal senso, POLISENO ,B.: *Profili di* , cit., p. 288.

che il giudice proceda alla nomina d'ufficio del curatore, pur in assenza di una normativa specifica sul punto. Pochi, infatti sono i casi in cui lo stesso legislatore ha espressamente previsto tale possibilità, giudicando immanente il conflitto con i suoi genitori<sup>35</sup>.

La soluzione positiva di tale questione sembra peraltro aver trovato definitivo accoglimento nella giurisprudenza di merito, ove si riconosce che la disposizione dettata dall'art. 78 c.p.c. non deve considerarsi di eccezionale applicazione, essendo espressione di una regola generale destinata ad operare ogni qualvolta sia necessaria la nomina di un rappresentante all'incapace<sup>36</sup>.

Si tratta di una interpretazione senza dubbio condivisibile, sia in quanto costituzionalmente orientata, nel rispetto dei parametri di cui agli artt. 2, 30 e 31 Cost., volti anche a preservare i fondamentali diritti del minore ad essere mantenuto, istruito ed educato, oltre che dei principi del diritto di difesa e del giusto processo (artt. 24 e 111 Cost.), sia perfettamente in linea con le indicazioni emergenti dal diritto convenzionale, ed in particolare dalla Convenzione di Strasburgo del 1996, la quale prevede che, ove sorga conflitto di interessi tra il minore e i detentori della responsabilità genitoriale, questi sono privati del potere di rappresentare il minore il quale, pertanto, ha il diritto di ottenere la nomina di un rappresentante speciale che può anche essere disposta d'ufficio da giudice (artt. 3 e 9).

La possibilità di nomina *ex officio* ivi contemplata, benché certamente non cogente per lo Stato italiano il quale, nello strumento di ratifica, non ha incluso i procedimenti sulla crisi della famiglia tra quelli ai quali si applica la citata disposizione<sup>37</sup>, rappresenta una misura fondamentale per consentire al giudice di poter individuare con maggiore libertà gli strumenti processuali più idonei a tutelare l'interesse del minore, tenendo conto della sua reale condizione all'interno della famiglia.

---

35 E' quanto accade, ad esempio, nel procedimento per il disconoscimento della paternità ex art. 244 comma 4° c.c., ove si prevede che l'azione possa essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice. La stessa possibilità, peraltro, è riconosciuta dalla giurisprudenza nei procedimenti di potestà, per i quali si ritiene che il conflitto investa sempre entrambi i genitori. Su tali questioni v. supra nota 15.

36 V. Trib. Milano, 19 giugno 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), con riferimento ad un procedimento ex art. 709 *ter* c.p.c. nel quale il tribunale, in presenza di una conflittualità molto accesa, ha ritenuto opportuno nominare *ex officio* un curatore speciale ad una minore «affinchè la rappresenti in questo momento di scontro genitoriale preservandola dalle conseguenze di sfavore che il conflitto genitoriale può determinare». In senso analogo Tribunale Varese 12 febbraio 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Sulla stessa linea, sia pure con differenti sfumature, Tribunale di Genova 9 agosto 2017 che, relativamente ad un procedimento di separazione, ha ritenuto necessaria la nomina di un curatore speciale del minore all'esito della udienza presidenziale, alla luce della condotta processuale – giudicata scorretta e lesiva degli interessi del minori – tenuta in tale sede dai genitori.

37 Si tratta per lo più dei procedimenti sullo *status filiationis* ex 244 ult. comma c.c., 247 ult. comma c.c., 264 comma 2° c.c. e 274 c.c. In argomento v. RUFFINI, G.: *Il processo*, cit., p. 1263, il quale appare piuttosto scettico sulla possibilità di invocare la citata Convenzione per postulare un potere officioso generale del giudice di nominare un curatore speciale al minore in presenza di un conflitto di interessi tra questi e i suoi genitori.



## VI. LA RAPPRESENTANZA TECNICA DEL MINORE.

Ulteriore profilo da considerare è quello della possibilità di assicurare la rappresentanza tecnica al minore nel processo di separazione dei coniugi/genitori. Invero, nel diritto interno, la necessaria assistenza del difensore per il minore è prevista solo con riferimento a due ipotesi specifiche, e cioè nei procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità e in quelli de potestate. Per i primi, infatti, poiché il procedimento deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore (oltre che dei genitori e degli altri parenti: art. 8 ult. comma, l. n. 184/1983, come modificato dalla l. n. 149/2001), si prevede che, su invito del presidente del tribunale, i genitori e i parenti del minore che hanno mantenuto con questi rapporti significativi, nominino un difensore e che, nell'inerzia di tali soggetti, a ciò provveda il giudice (art. 10, comma 2° della citata legge). Per i secondi, il nuovo comma 4° dell'art. 336 c.c. (introdotto dalla l. n. 149/2001) dispone che i genitori e il minore debbono essere assistiti da un difensore<sup>38</sup>. Nel diritto convenzionale internazionale, peraltro, la difesa tecnica è qualificata come un diritto del minore che deve poter trovare attuazione in tutti i procedimenti che lo riguardano<sup>39</sup>.

Con specifico riferimento al procedimento di separazione la questione trova una soluzione necessariamente positiva, una volta che sia stata riconosciuta al minore la qualità di parte in senso sostanziale e processuale in tale giudizio. Infatti, sia che il minore venga rappresentato nel processo dai genitori sia che, in presenza di un conflitto di interessi, sia rappresentato da un curatore speciale, il riconoscimento della qualità di parte implica necessariamente l'attribuzione al minore del diritto ad essere assistito dal difensore tecnico<sup>40</sup>.

E' evidente, peraltro, che il difensore del minore potrà coincidere con la stessa persona fisica che svolge tale ministero nell'interesse dei suoi genitori e che sia stata da questi nominati anche per assistere in giudizio il minore, oltre che per assumere la loro personale difesa<sup>41</sup>.

Ciò comporta che il difensore, in questa duplice veste, dovrà esercitare il suo ministero in favore del minore con riferimento alle domande sul mantenimento e sull'affidamento proposte nel giudizio di separazione dai suoi genitori, dovendosi in tal caso ritenere investito dell'obbligo specifico di assumere "un comportamento

38 Sulla interpretazione, non sempre agevole, di tali norme, v. POLISENO, B.: *Profili di*, cit., p. 297 ss.

39 Cfr. art. 5 Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996.

40 Nel senso che la difesa tecnica costituisca un vero e proprio obbligo discendente dalla riconosciuta qualità di parte al minore v. TOMMASEO, F.: *Rappresentanza e*, cit., p. 415; POLISENO, B.: *Profili di*, cit., p. 297 ss. Sulla imprescindibile esigenza che il minore sia assistito da un difensore in tutti i procedimenti che lo riguardano v. anche QUERZOLA, L.: *Il processo minorile in dimensione europea*, p. 113 ss.

41 DANONI, F.: "L'avvocato del minore nel processo civile", *Fam e dir.*, 2012, p. 263, BOCCAGNA, S.: "L'avvocato del minore", *Dir e giur.*, 2010, p. 170.

protettivo” nei confronti del minore coinvolto, in ragione della peculiare funzione che il rappresentante tecnico è chiamato a svolgere nelle cause familiari<sup>42</sup>.

Ove invece dovesse riscontrarsi un conflitto di interessi che renda necessaria la nomina di un curatore speciale, sarà quest'ultimo a nominare un difensore personale al minore, qualora non sia egli direttamente provvisto di *ius postulandi*<sup>43</sup>.

Un profilo problematico che semmai viene in rilievo in tale contesto è quello che concerne le conseguenze discendenti dalla mancata nomina di un difensore di fiducia da parte dei genitori che rappresentano il minore o del suo curatore speciale. Partendo dal presupposto che una parte del processo non può restare priva di difesa tecnica, una tale evenienza potrebbe essere agevolmente risolta in favore del minore riconoscendo al giudice il potere di nominare un difensore, così come accade con riferimento ai procedimenti relativi alla dichiarazione dello stato di adottabilità nei quali il giudice nell'inerzia delle parti, provvede alla nomina del difensore d'ufficio<sup>44</sup>.

Va peraltro osservato che nella prassi si tende generalmente a concentrare nell'unica figura dell'avvocato le funzioni di difensore tecnico e di curatore, nell'ottica di assicurare al minore una maggiore protezione<sup>45</sup>. Non essendoci peraltro ragioni formali che impediscano la concentrazione in un unico soggetto dei ruoli di rappresentante legale *ad hoc* e di difensore, si pone semmai il problema di garantire al minore una assistenza idonea attraverso soggetti formati in modo adeguato, specie in considerazione del fatto che, al momento attuale, la selezione di tali soggetti non avviene attraverso canali che ne garantiscano una formazione specifica, come potrebbe essere l'albo degli avvocati specializzati per il processo civile di famiglia, ancora oggi non istituito, malgrado l'esistenza di un albo dei difensori d'ufficio per il processo penale a carico di imputati minorenni<sup>46</sup>.

42 Cfr. Trib. Milano 23 marzo 2016, *Fam dir.*, 2016, p. 1152, con nota di DANOVÌ, F.: “I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense”.

43 Si ritiene, infatti, che nelle ipotesi in cui sia stato nominato un avvocato quale rappresentante legale del minore, questi possa stare in giudizio in rappresentanza e difesa di quest'ultimo, anche senza il ministero di altro difensore, ai sensi dell'art. 86 c.p.c.: Cass. 22 luglio 2015 n. 15363; Cass. 26 marzo 2010, n. 7281; Cass. 19 maggio 2010, n. 12290; Cass. 14 luglio 2010 n. 16553; Trib. Catania, 14 dicembre 1992, *Foro it.* 1993, I, c. 1636.

44 Per una soluzione analoga, se bene intendo, TOMMASEO, F.: *Rappresentanza e difesa*, cit., p. 415, il quale, postulando l'esistenza di un obbligo di difesa del minore nella sua qualità di parte, ritiene impossibile ipotizzarne la contumacia in senso tecnico, con la conseguenza che il giudice deve attribuire al minore un difensore, in applicazione delle regole sulla difesa d'ufficio. In alternativa, potrebbe ipotizzarsi il ricorso al meccanismo di cui all'art. 182, comma 2° c.p.c. che attribuisce al giudice, anche in presenza di un difetto assoluto della procura, il potere di assegnare alle parti un termine per provvedere al suo rilascio, senza tuttavia alcuna garanzia che il problema dell'inerzia delle parti venga superato.

45 In tali termini v. DOSI, G.: *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005, p. 34 ss, nonché DANOVÌ, F.: *Orientamenti (e disorientamenti)*, cit., p. 1487 il quale evidenzia come la soluzione ottimale per una migliore tutela dell'interesse del minore dovrebbe essere quella di assegnare all'avvocato di quest'ultimo sia la rappresentanza tecnica e che quella processuale, anche al fine di evitare il rischio di disallineamenti tra curatore e difensore che potrebbero compromettere la stessa strategia difensiva.

46 Cfr. l'art. 11, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Codice del processo penale minorile) ove si stabilisce che, ferma la disciplina dettata dal codice di rito, il consiglio dell'ordine forense predispone gli elenchi dei

## VII. LA LEGITTIMAZIONE DEL MINORE A PROMUOVERE IL PROCEDIMENTO PER LA REVISIONE DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE .

Infine, e per concludere, giova osservare come il riconoscimento della qualità di parte del minore nel processo di separazione debba condurre a riconoscere a quest'ultimo, previa eventuale nomina di un curatore speciale, anche la legittimazione attiva a promuovere il procedimento di revisione delle condizioni di separazione che incidono direttamente sui suoi diritti, ex art. 710 c.p.c.

Si tratta di una possibilità che la giurisprudenza già da tempo ha riconosciuto ai figli maggiorenni non ancora autosufficienti sul piano economico, sia pure limitatamente alle condizioni relative al loro mantenimento<sup>47</sup>.

Al riguardo si è evidenziato in dottrina come in tali ipotesi il figlio divenuto maggiorenne non acquista un nuovo ed autonomo diritto al mantenimento di cui precedentemente non era titolare, ma semplicemente, avendo raggiunto *medio tempore* la maggiore età, è in grado di agire personalmente in giudizio, essendo venuto meno l'ostacolo della sua incapacità processuale che in precedenza gli imponeva di partecipare al processo per mezzo del suo rappresentante legale<sup>48</sup>.

---

difensori con specifica preparazione nel diritto minorile. Analoga previsione si rinviene nell'art. 15, d.lgs. 28/07/1989, n. 272, recante le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del processo penale a carico di imputati minorenni, a mente del quale, «Ciascun consiglio dell'ordine forense predispone e aggiorna almeno ogni tre mesi l'elenco alfabetico degli iscritti nell'albo idonei e disponibili ad assumere le difese d'ufficio e lo comunica al presidente del tribunale per i minorenni, il quale ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto».

47 Cass. 10 gennaio 2014, n. 359, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Cass. 26 settembre 2011, n. 19607, *Fam e dir.*, 2012, p. 903, con nota critica di ALLIGO, F.: *Mantenimento del figlio maggiorenne in regime di separazione e divorzio; profili sostanziali e riflessi processuali*.

48 RUFFINI, G.: *Il processo*, cit., p. 1271.

## BIBLIOGRAFIA

ARCERI, A.: "Il minore ed i processi che lo riguardano, una normativa disapplicata"; *Fam. e dir.*, 2009, p. 869.

CARRATTA, A.: "Per i diritti processuali del fanciullo a vent'anni dalla Convenzione di New York del 1989", *www.Treccani.it*.

CIPRIANI, F.: "L'agonia del pubblico ministero nel processo civile", *Foro it.*, 1993, V, p. 14.

DANOVI, F.: "Il processo di separazione e divorzio, IV, La crisi della famiglia", in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2015, p. 148.

DANOVI, F.: "Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile", *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1470.

DANOVI, F.: "L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice", *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415.

DOGLIOTTI, M.-FIGONE A.: *I procedimenti di separazione e divorzio*, in M. DOGLIOTTI, (a cura di), Milano 2011, p. 47.

DOSI, G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1607 ss.

GRAZIOSI, A.: "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", *Fam e dir.*, 2010, p. 364.

IANNONE, T.: "Le sezioni unite danno voce ai figli contesi fra genitori separati", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 652.

LUISO, P.: *Diritto processuale, I, I principi generali*, Milano, 2009, p. 194.

MANDRIOLI, C.: *La rappresentanza nel processo civile*, Milano 1959, p. 144.

NASCOSI, A.: "Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicesime", *Fam e dir.*, 2018, p. 352.

NERI, A.: "Aspetti processuali dei recenti interventi legislativi in tema di filiazione", *Riv. dir. proc.* 2014, p. 1095 ss.

POLISENO, B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, p. 3 ss.

PROTO PISANI, A.: "Voce Parte nel processo, (dir. proc.civ.)", *Enc. dir.*, XXXXI, Milano 1981, p. 917 ss.

QUERZOLA, L.: *L'ascolto del minore*, in. M. A. LUPOI, (a cura di), *Trattato della separazione e del divorzio*, II, p. 278.

RUFFINI, G.: "Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore", *Dir. fam pers.*, 2006, p. 1258.

SATTA, S.: "Il concetto di parte", *Riv. dir. civ.*, p.1957, p. 68 ss.

SERGIO, G.: "Il ruolo del Pubblico Ministero minorile tra amministrazione e giurisdizione e le funzioni del garante dell'infanzia", *Fam. e dir.*, 2009, p. 67 ss.

TOMMASEO, F.: "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", *Fam. e dir.*, 2007, p. 410.

TOMMASEO, F.: "Il P.m. e la tutela del minore, davanti al tribunale ordinario e per i minorenni", *Fam.e dir.*, 2016, p. 1198.

TOMMASEO, F.: "Osservazioni sulle forme della partecipazione del minore al processo civile", [www.udai.it](http://www.udai.it).

