

Audizione del minore

Cassazione Civile, Sez. I, 7 marzo 2023, n. 6802, ord. - Pres. Genovese - Rel. Campese - A.A. c. B.B.

I provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 337-ter, comma 3, c.c. dalla corte d'appello in sede di reclamo, al fine di risolvere il contrasto tra coniugi separati sull'esercizio della responsabilità genitoriale, per quanto destinati ad avere un'efficacia circoscritta nel tempo sono tendenzialmente stabili e avendo, per tale ragione, carattere decisorio nei loro confronti è ammesso ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost.

L'audizione del minore capace di discernimento è strumento necessario ogni qual volta il confronto con il minore è utile per conformare la decisione alla migliore tutela del suo interesse: a tal fine, nel caso di fanciulli in tenera età (nella specie una bambina di sei anni), il giudice deve procedere a un'osservazione del minore, anche con l'ausilio di un consulente psicologico, al fine di meglio individuare le sue effettive esigenze. Il giudice ha l'obbligo di motivare in modo specifico le ragioni dell'omessa audizione, quando ritenga l'infradodicenne incapace di discernimento o il suo esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, mentre non soddisfa l'onere di motivazione il solo riferimento alla sua età, la quale non implica necessariamente l'incapacità di discernimento.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass. Civ. 21 febbraio 2023, n. 5402; Cass. Civ. 4 gennaio 2022, n. 82; Cass. Civ. 27 luglio 2021, n. 21553; Cass. Civ. 17 aprile 2019, n. 10777. Per la seconda massima: Cass. Civ. 10 maggio 2022, n. 16071.
Difforni	Cass. Civ. 31 gennaio 2022, n. 2816; Cass. Civ. 27 gennaio 2022, n. 2484; Cass. Civ. 19 gennaio 2022, n. 1568. Per la seconda massima Cass. Civ. 7 marzo 2017, n. 5676; Cass. Civ. 19 gennaio 2015, n. 752.

Svolgimento del processo

La Corte d'appello di Venezia, (*Omissis*) ha parzialmente riformato il decreto, ex art. 316 c.c., del Tribunale di Vicenza dell'ottobre 2021, secondo cui la decisione relativa all'iscrizione all'ora di religione, nella scuola elementare frequentata, della minore C.C. (*Omissis*), dall'unione coniugale tra A.A. e B.B., minore collocata, a seguito di separazione dei genitori nel 2019, prevalentemente presso la madre, doveva essere assunta dal padre, con conseguente iscrizione immediata della minore.

I giudici di appello hanno, invece, ritenuto, senza condizionamenti su scelte future dell'adolescente C.C. e tenuto conto del contesto familiare e del percorso seguito già dalla figlia primogenita D.D., di dovere lasciare la scelta alla madre sulla decisione rispondente al miglior interesse per C.C., rilevando che: a) il diritto alla libertà religiosa non assume concreta rilevanza in quanto sull'educazione religiosa i genitori hanno diverse opinioni e la figlia, in considerazione della giovane età (sei anni), non è ancora in grado di esprimere una propria posizione autonoma rispetto a quella del padre e della madre e "il diritto del padre di educare la figlia secondo le proprie convinzioni non prevale sul diritto della madre a non impartire un'educazione religiosa sino a quando la figlia non potrà compiere una propria scelta"; b) in relazione alla prima figlia della coppia, D.D., (*Omissis*), pure battezzata, in altro procedimento, si era già rilevato che la famiglia, precedentemente alla crisi coniugale, non aveva mai ritenuto di impartire un'educazione religiosa cattolica, non emergendo dalle relazioni dei Servizi Sociali che la bambina avesse frequentato l'ambiente parrocchiale o la Santa Messa, e le posizioni di D.D. e C.C., che vivono nella

stessa famiglia, non potevano essere differenziate, non risultando che per C.C. i genitori avessero compiuto una differente scelta educativa e risultando un trattamento diverso tra D.D. e C.C. "motivo di disorientamento per le figlie"; c) la madre aveva spiegato per quali ragioni la stessa aveva chiesto che la figlia C.C. frequentasse l'ora di religione nella scuola dell'infanzia, ma con il cambio del ciclo scolastico, nella scuola elementare, l'insegnamento della religione era destinato ad adeguarsi alla diversa età della minore ed a divenire di contenuto più complesso e non vi erano ragioni per ritenere che "C.C. debba avere un'educazione religiosa a scuola fin dall'età di sei anni"; d) l'ascolto diretto della minore, attesa l'età (sei anni) che esclude una sua capacità di discernimento, "la coinvolgerebbe inutilmente nella lite fra i genitori e costituirebbe solo un motivo di turbamento"; e) non spetta al giudice sostituirsi ai genitori nello stabilire se un'educazione religiosa possa garantire, come sostiene il padre sulla base delle sue convinzioni, "una crescita sana ed equilibrata", potendo il giudice al più ricostruire "un'eventuale scelta già compiuta dai genitori e di cui uno negasse ingiustificatamente l'esistenza".

Avverso la suddetta pronuncia A.A. propone ricorso per cassazione (*Omissis*) affidato a tre motivi, nei confronti di B.B. che resiste con controricorso (*Omissis*).

Motivi della decisione

1. Il ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art. 132 nn. 3 e 4 c.p.c., dell'art. 12 della Convenzione di New York per i diritti del fanciullo, degli artt. 6 della convenzione di Strasburgo del 25/1/1996, 23 Regolamento CE n. 2001/2003, nonché 315

bis, 336 bis e 337 octies c.c., nonché dei principi del contraddittorio e del giusto processo e dell'art. 132 n. 4 c.p.c., per motivazione apparente, in punto di mancato ascolto, né direttamente né tramite consulente tecnico, della minore C.C., infortunata ma capace di discernimento; b) con il secondo motivo, sia la violazione della libertà religiosa, della Cost., artt. 3,7,8,9,10,19 e 30, 8,9,14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 337 ter c.c., sia l'omesso esame, ex art. 360 c.p.c., n. 5, di fatto decisivo, in relazione al diritto del A.A., attualmente professante la religione cattolica di tramandare le proprie credenze sulla figlia minore, anche attraverso la scelta dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola primaria, avendo la Corte territoriale affidato la scelta sull'educazione religiosa della minore solo alla madre, senza indicare perché la scelta del padre, di permettere alla figlia di seguire l'ora di religione a scuola, potesse "compromettere la salute psico-fisica o lo sviluppo dei figli minori" e senza verificare le aspirazioni della minore; c) con il terzo motivo, l'omesso esame di fatto decisivo, ex art. 360 c.p.c., n. 5, rappresentato dalla posizione attuale e specifica del A.A. e della figlia C.C. e dal fatto che la ripresa da parte della piccola della frequentazione dell'insegnamento della religione cattolica l'aveva resa felice, cosicché l'eventuale interruzione avrebbe rappresentato un trauma per la stessa.

2. La controricorrente eccepisce l'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso decisione resa in sede di reclamo ex art. 709 ter c.p.c., concernente le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, stante la natura non decisoria né la definitività delle relative statuizioni. L'eccezione della controricorrente è infondata. Questa Corte ha affermato (*Omissis*) in tema di provvedimenti previsti dall'art. 709 ter c.p.c. per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o alle modalità dell'affidamento, che, al pari di quanto accade per quelli in tema di affidamento dei figli, aventi attitudine al giudicato, sia pure *rebus sic stantibus*, in quanto modificabili e revocabili soltanto a fronte della sopravvenienza di fatti nuovi, l'efficacia intrinsecamente temporanea delle disposizioni adottate ai sensi di tale articolo non consente di escluderne la natura decisoria e l'idoneità ad assumere un carattere tendenzialmente stabile (cfr. Cass., n. 21553/2021, in relazione alla soluzione, da adottare ai sensi dell'art. 337 ter, comma 3, c.p.c., del contrasto insorto tra genitori, legalmente separati, entrambi esercenti la responsabilità genitoriale, su "questione di particolare importanza", la scuola "religiosa" o "laica" presso cui iscrivere i figli).

In ordine, poi, all'ammonimento di uno dei genitori, - adottato ai sensi dell'art. 709 ter, comma 2, n. 1 c.p.c. dalla corte d'appello in sede di reclamo -, si è di recente ritenuto (Cass. n. 143/2023) che, stante il carattere "tutt'altro che esortativo del provvedimento, nel quale è implicita la minaccia di più gravi misure per l'ipotesi di persistente inadempimento delle condizioni riguardanti l'esercizio della responsabilità genitoriale o l'affidamento dei minori" e la

portata immediatamente affittiva del provvedimento, in quanto incide sul diritto-dovere dei genitori di intrattenere rapporti con i figli e di collaborare all'assistenza, educazione e istruzione degli stessi, è giustificata l'impugnabilità con il ricorso straordinario per cassazione.

In sostanza, la ricorribilità o meno in cassazione non deriva tanto e soltanto dall'adozione del provvedimento nell'ambito dell'art. 709 ter c.p.c., ma "dalla natura dei provvedimenti emessi dal giudice di merito". Ora, in rapporto al carattere di decisorietà, incidente sull'educazione del minore, ed alla tendenziale stabilità del provvedimento relativo alla frequenza dell'insegnamento della religione cattolica, pur nell'efficacia temporale circoscritta allo svolgimento dei cicli scolastici, si deve ritenere ammissibile il ricorso per cassazione.

3. Tanto premesso, le censure del ricorso, da trattare unitariamente in quanto connesse, sono fondate.

3.1. Venendo al tema centrale della scelta in ordine alla frequentazione o meno dell'ora di religione da parte della minore, nella specie il Tribunale di Vicenza aveva fatto applicazione dell'art. 316 c.c. e la Corte d'appello ha ritenuto che "non spetta a un giudice sostituirsi ai genitori nello stabilire se un'educazione religiosa possa garantire - come ritiene il padre secondo le sue convinzioni - una crescita 'sana ed equilibrata' scelta già compiuta dai genitori e di cui uno negasse ingiustificatamente l'esistenza", essendo le scelte in materia di religione "insindacabili".

Recita l'art. 316 c.c., (Responsabilità genitoriale) (nel testo applicabile ai procedimenti pendenti al 30 giugno 2023): "Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio".

Nelle ipotesi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, opera, invece, l'art. 337-ter, (Provvedimenti riguardo ai figli) nel testo applicabile ai procedimenti pendenti al 30 giugno 2023, che dispone: "La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice".

Il giudice quindi, come soggetto *super partes*, è chiamato espressamente, in via del tutto eccezionale, a ingerirsi nella vita privata della famiglia, adottando i provvedimenti relativi alla prole, in luogo dei genitori che non siano stati in

grado di comporre i propri dissidi ideologici e le correlate convinzioni e di stabilire, di comune accordo, le linee educative. La decisione non resta arbitraria ma deve essere assunta secondo un criterio stabilito dalla legge, quello dell'esclusivo riferimento al superiore interesse, morale e materiale, del minore coinvolto, nel caso concreto in esame. Questa Corte, con sentenza n. 21553-2021, ha affermato che "il contrasto insorto tra genitori legalmente separati, entrambi esercenti la responsabilità genitoriale, sulla scuola 'religiosa' o 'laica' presso cui iscrivere i figli, deve essere risolto in considerazione dell'esigenza di tutelare il preminente interesse dei minori ad una crescita sana ed equilibrata, ed importa una valutazione di fatto, non sindacabile nel giudizio di legittimità, che può ben essere fondata sull'esigenza, in una fase esistenziale già caratterizzata dalle difficoltà conseguenti alla separazione dei genitori, di non introdurre fratture e discontinuità ulteriori, come facilmente conseguenti alla frequentazione di una nuova scuola, assicurando ai figli minori la continuità ambientale nel campo in cui si svolge propriamente la loro sfera sociale ed educativa" (cfr., altresì, sempre in tema di educazione religiosa, Cass., n. 21916-2019; 24683-2013) (*omissis*).

In sostanza, la giurisprudenza di questa Corte ritiene che, in materia di scelte riguardo ai figli, criterio guida, informante delle decisioni sia necessariamente quello del preminente interesse del minore a una crescita sana ed equilibrata (cfr., tra le altre pronunce, Cass., 11 novembre 2020, n. 25310; Cass., 24 maggio 2018; Cass., 1 febbraio 2005, n. 1996) e, dando corso e attuazione a detto principio, questa Corte ha stabilito che, in caso di conflitto genitoriale, il perseguimento dell'interesse del minore può comportare anche l'adozione di provvedimenti, relativi all'educazione religiosa, contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà religiosa dei genitori, operando come limite alla libertà religiosa dei genitori.

Nella pronuncia n. 21553, si è evidenziato come dipendesse "dall'acuito bisogno dei minori di avere - nel frangente - una continuità ambientale nel campo in cui si svolge propriamente la loro sfera sociale ed educativa" e che comunque costituiva apprezzamento di fatto, non sindacabile nel giudizio di legittimità, quello relativo alla valutazione della negatività dell'impatto, che avrebbe potenzialmente avuto sui minori, un repentino mutamento di scuola all'interno di un contesto temporale già contrassegnato da una vicenda di forte importanza per il loro equilibrato sviluppo, qual è quello della sopravvenuta rottura del nucleo genitoriale.

La Corte Europea diritti dell'uomo, sez. I, con sentenza 19/05/2022, n. 54032, intervenendo su una nuova questione relativa alle scelte dei genitori circa l'educazione religiosa dei figli, con riguardo alla composizione di divergenze tra i due genitori, in relazione a un caso che aveva portato anche all'intervento dei giudici nazionali (denunciandosi che le autorità giudiziarie italiane che avessero impedito ad un uomo - che dopo la separazione, si era convertito ai Testimoni di Geova - di coinvolgere la propria figlia nelle iniziative religiose), ha precisato che va assicurato l'interesse superiore del minore e che talune limitazioni su alcune modalità di coinvolgimento del minore in un credo scelto

da un genitore non costituiscono una discriminazione se funzionali a garantire e a preservare la libertà di scelta del minore, di conseguenza la decisione dei giudici nazionali di precludere al padre di una bambina la presenza della minore a manifestazioni pubbliche collegate al credo seguito dal padre non è in contrasto con la CEDU se la decisione è adottata al fine di consentire la libertà di scelta della bambina e assicurare l'interesse superiore del minore; nella specie, le autorità nazionali, nell'adottare un provvedimento limitativo, avevano assicurato il rapporto continuativo padre-figlia e, quindi, non era stato leso il diritto al rispetto della vita familiare del padre. La Corte EDU ha, in passato, sottolineato che le modalità pratiche per l'esercizio della potestà genitoriale sui minori definite dai tribunali nazionali non possono, in quanto tali, violare la libertà di un ricorrente di manifestare la propria religione (Deschomets c. Francia (dec.), 16 maggio 2006, n. 31956 /02) e che l'obiettivo prioritario di tener conto dell'interesse superiore dei minori consiste nel conciliare le scelte educative di ciascun genitore e nel cercare di trovare un equilibrio soddisfacente tra le concezioni individuali dei genitori, precludendo qualsiasi giudizio di valore e, ove necessario, stabilendo norme minime sulle pratiche religiose personali (F.L. c. Francia (dec.), 3 novembre 2005, n. 61162/00).

3.2. Ora, la Corte d'appello ha errato, anzitutto, nell'impostazione della presente controversia, in quanto, nelle ipotesi di crisi familiare e di contrasto tra i genitori sul percorso scolastico dei figli (e, nella specie, sull'iscrizione o meno all'ora di religione nella scuola pubblica frequentata dalla figlia minore), operando non l'art. 316 *bis*, norma che presuppone un contrasto in un nucleo familiare unito, ma l'art. 337 *ter* c.c., ove si fa riferimento ad un contrasto insorto dopo l'avvenuta separazione fra i genitori, la scelta spettava proprio al giudice e non ai genitori, sulla base del preminente interesse del minore ad una crescita sana ed equilibrata, il che poteva comportare anche l'adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà religiosa dei genitori, ove la loro esplicitazione determinerebbe conseguenze pregiudizievoli per il figlio, compromettendone la salute psichica e lo sviluppo. La scelta del giudice doveva essere indirizzata non da personali convinzioni ma esclusivamente dal criterio-guida dell'interesse della minore, con necessità di verificare quale fosse l'impegno richiesto dall'iscrizione all'ora di religione (in rapporto alla programmazione scolastica specifica della scuola primaria, pubblica, frequentata) e quali fossero i bisogni della minore, non sulla base di pregresse scelte riguardanti la sorella maggiore, ma in rapporto all'interesse della piccola ad avere una continuità socio-ambientale nel campo scolastico, in cui si svolge, per la gran parte del tempo quotidiano, la sua sfera sociale ed educativa.

3.3. E, al riguardo, in punto di ascolto della minore, la Corte d'appello ha osservato che la stessa per la giovane età (sei anni all'epoca, essendo nata nel giugno 2015) non era ancora in grado di esprimere una posizione autonoma e quindi non disponeva della necessaria capacità di discernimento e che comunque l'ascolto diretto l'avrebbe "inutilmente" coinvolta nella lite tra i genitori, con conseguente turbamento.

Ora, la capacità di discernimento non è una nozione fissa ed è tendenzialmente ricollegata all'acquisizione di competenze intellettuali e concettuali che aiutino il minore a riconoscere e valutare razionalmente i dati provenienti al di fuori della propria dimensione personale. La stessa è dunque considerata sussistente in tutte le ipotesi in cui il minore sia in grado di cogliere dati, informazioni e stimoli provenienti dall'esterno, riguardanti la propria sfera esistenziale ed elaborarli secondo il proprio personale sentire, formandosi un proprio convincimento riguardo ad essi, le sue esigenze e i suoi bisogni.

Il limite individuato dalla legge di dodici anni è chiaramente soltanto tendenziale, come dato che rispecchia l'*id quod plerumque accidit* in base alle conoscenze acquisite dalle scienze pedagogiche e dell'evoluzione, ma che ben può essere oggetto di differente valutazione anche per minori di età inferiore. L'audizione è necessaria in tutte le ipotesi in cui il confronto con il minore può offrire al giudice idonei elementi per meglio comprendere quali siano i provvedimenti più opportuni nel suo interesse. La disciplina vigente richiede che sul mancato ascolto del minore infradodicesimo che il giudice provveda con specifica motivazione.

Questa Corte (Cass. n. 1474-2021) ha affermato che "in tema di provvedimenti in ordine alla convivenza dei figli con uno dei genitori, l'audizione del minore infradodicesimo capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, in relazione al quale incombe sul giudice che ritenga di ometterlo un obbligo di specifica motivazione, non solo se ritenga il minore infradodicesimo incapace di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora opti, in luogo dell'ascolto diretto, per quello effettuato nel corso di indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che solo l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda".

Da rilevare che, il nuovo art. 473 bis.4 c.p.c., introdotto con il D.Lgs. n. 149-2022 (operante per i procedimenti instaurati dopo il 28/2/2023), ha apportato miglioramenti nella disciplina in senso di maggiore chiarezza, tipizzando i casi di esclusione motivata dell'audizione, nel comma 2 dell'art. 473-bis c.p.c.

(1) l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore; 2) l'ascolto è manifestamente superfluo; 3) sussiste una ipotesi di impossibilità fisica o psichica del minore; 4) il minore manifesta la volontà di non essere ascoltato), mentre il comma 3, introduce, poi, una disposizione ad hoc per le ipotesi di accordo dei genitori, stabilendo che in questi casi, "il giudice procede all'ascolto soltanto se necessario", con l'obiettivo di tutelare l'interesse del minore a non essere ulteriormente esposto a possibili pregiudizi derivanti dal rinnovato coinvolgimento emotivo nelle questioni relative alla rottura del nucleo familiare, qualora il giudice prenda atto dell'accordo tra i genitori e ritenga non indispensabile procedere all'ascolto.

La Corte d'appello ha ritenuto non capace di discernimento la minore di anni sei, in rapporto alla questione controversa, la scelta di frequentare o meno nella scuola elementare l'ora di religione, rilevando la possibile e verosimile ragione di turbamento della stessa derivante dall'audizione su problematica educativa che divideva i genitori.

Inoltre, la Corte d'appello ha rilevato che il padre, non affermando che la bimba pregasse o fosse solita frequentare la messa o associazioni religiose, si limitava a sostenere "che la figlia di sei anni 'desidera ardentemente coltivare' l'insegnamento della religione", senza spiegare su quali basi poggiasse tale personale convinzione.

Ma, nella specie, era comunque necessario procedere ad un'osservazione della minore, proprio al fine di meglio individuare "l'inclinazione naturale e le aspirazioni dei figli", cui si richiama l'art. 337 ter c.c., eventualmente attraverso anche l'intervento di consulente psicologico, al fine di meglio comprendere quali fossero le effettive esigenze della bambina: ad es., se le mancava la frequentazione dell'ora di religione insieme alla classe (che Ella aveva inizialmente avviato, sulla base della decisione del giudice di primo grado) e cosa Ella facesse nel (e come visse) il tempo in cui non era impegnata in tale attività scolastica.

3.3. La Corte d'appello ha ritenuto che l'accoglimento della richiesta della madre fosse più rispondente all'interesse concreto della minore, avuto riguardo essenzialmente al suo passato, non provenendo C.C. da una famiglia effettivamente praticante la religione cattolica, con conseguente insussistenza del rischio di trasmissione di messaggi contraddittori educativi, ed anche al trattamento già assunto nei riguardi della sorella maggiore D.D., aggiungendo che la scelta attuale non risultava idonea a condizionare le scelte future che C.C. nel momento dell'adolescenza sarà in grado autonomamente di maturare, "eventualmente anche grazie agli insegnamenti paterni". Tale decisione non tiene, tuttavia, conto, oltre di quanto già espresso nei pregressi paragrafi, pienamente della storia di C.C., avendo la piccola (battezzata alla nascita) frequentato già per tre anni una scuola d'infanzia che comprendeva l'insegnamento anche della religione cattolica. Inoltre, la Corte territoriale mostra di ignorare quello che è lo statuto pedagogico della c.d. "ora di religione", sempre più orientato non già all'adesione ad un credo religioso specifico ma al confronto con il momento spirituale della religiosità, al punto che qualcuno, al riguardo, parla dell'"ora delle religioni". Del resto, la crescita del multiculturalismo nelle scuole spinge proprio nella direzione di un esame complessivo del fenomeno religioso, senza particolari gerarchie, alla comune ricerca di premesse per una dimensione spirituale da coltivare nei modi che matureranno, singolarmente.

3. Per tutto quanto sopra esposto, va accolto il ricorso e il decreto impugnato va cassato, con rinvio alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione per nuovo esame. Il giudice del rinvio provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità (*Omissis*).

Una giurisprudenza evolutiva in tema di decisorietà e di audizione dell'infradodocenne

di Ferruccio Tommaseo

Diversi i motivi d'interesse per questa ordinanza della Prima Sezione pronunciata in una controversia sorta fra coniugi separati in merito all'esercizio della responsabilità genitoriale e, in particolare, sull'opportunità di iscrivere la propria figlia di sei anni all'ora di religione impartita nella scuola elementare da lei frequentata. In essa la Corte non soltanto conferma quel suo recente e innovativo orientamento che ha esteso l'ambito della decisorietà, ai fini del ricorso ex art. 111 Cost., a provvedimenti giurisdizionali non definitivi, ma offre anche una lettura nuova delle regole sull'audizione dei minori e, in particolare, dei minori infradodocenni.

There are several reasons of interest for this order of the First Chamber pronounced in a dispute between separated spouses concerning the exercise of parental responsibility and, in particular, on the advisability of enrolling one's six-year-old daughter in the hour of religion taught in the elementary school she attended. In it, the Court not only confirms its recent and innovative orientation that has extended the scope of decision-making, for the purposes of the appeal pursuant to art. 111 of the Constitution, to non-final judicial measures, but also offers a new reading of the rules on the hearing of minors and, in particular, of minors under twelve.

Ricorso straordinario e decisorietà del provvedimento impugnato

Nella prima parte di questa sua ordinanza la Corte riconduce nell'ambito della nozione costituzionale di sentenza, come oggetto della garanzia del giudizio di legittimità voluta dall'art. 111 Cost., provvedimenti anche temporanei i cui effetti incidono su diritti fondamentali della persona (1): nel caso di specie un decreto pronunciato in sede di reclamo in una controversia insorta tra coniugi separati a proposito dell'educazione religiosa della figlia.

Viene così attribuito determinante rilievo al contenuto di un determinato provvedimento e non più anche al dato formale d'una definitività che ha titolo nella cosa giudicata (2), anticipando, sul tema dell'ammissibilità del ricorso, soluzioni che la recente riforma del processo civile ha codificato nell'estendere la garanzia del ricorso straordinario per cassazione ai provvedimenti temporanei e urgenti previsti dall'art. 473-bis.22, comma 1, c.p.c. che abbiano, per

il loro contenuto, quel grado di decisorietà che la stessa legge ha cura di specificare. Infatti, come precisa l'art. 473-bis.24, si tratta dei provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che incidono con sostanziali limitazioni sulla responsabilità genitoriale, nonché quelli che dispongono sostanziali modifiche all'affidamento e alla collocazione dei minori (3).

Si tratta di regole che non valgono a limitare l'ambito della portata precettiva ora attribuita a quanto dispone l'art. 111 Cost., un ambito che le nuove indicazioni della giurisprudenza della Cassazione riescono anzi ad ampliare con l'attribuire il crisma della decisorietà dando prevalente rilievo al contenuto di un determinato provvedimento al punto di ricondurre alla nozione di sentenza sostanziale provvedimenti anche temporanei poiché, come specifica l'annotata ordinanza, la ricorribilità in cassazione deriva "dalla natura dei provvedimenti emessi dal giudice di merito" così svalutando il concorrente

(1) Per un significativo precedente, riguardante l'ammissibilità del ricorso straordinario nei confronti dei provvedimenti temporanei pronunciati nell'interesse del minore nei giudizi *de potestate* a norma del testo originario dell'art. 336 c.c., Cass. Civ. 4 gennaio 2022, n. 82, in questa *Rivista*, 2022, 929 ss., con nota di Frassinetti, *Sui provvedimenti de potestate, decisorietà e sistema delle garanzie*.

(2) Sulla definitività e sulla decisorietà come requisiti della sentenza in senso sostanziale e sulla difficoltà di delinearne i rispettivi presupposti, Tiscini, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 101 ss.

(3) Palese il riferimento ai provvedimenti immediati pronunciati nei giudizi *de potestate*. Si veda anche quanto prevede l'art.

473-bis.58 che, in materia di amministrazione di sostegno, estende la garanzia del ricorso per cassazione a tutti i provvedimenti pronunciati in sede di reclamo dal tribunale in composizione collegiale con esclusione quindi dei soli provvedimenti a contenuto patrimoniale e gestorio come vuole l'art. 739 c.p.c. nel testo modificato dall'art. 3, comma 50, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, una soluzione che risolve i ricorrenti problemi posti dal testo, ora abrogato, dell'ultimo comma dell'art. 720-bis c.p.c., sui quali Tommaseo, *Amministrazione di sostegno e decreti del giudice tutelare: ancora incertezze sul sistema del reclamo*, in questa *Rivista*, 2020, 708 ss.

criterio del carattere definitivo del provvedimento impugnato.

L'aver ricondotto anche provvedimenti temporanei nell'ambito di applicazione dell'art. 111 Cost., fa venir meno il principio, finora ribadito da una costante giurisprudenza, della necessaria correlazione tra funzione giurisdizionale decisoria e giudicato per la quale solo provvedimenti idonei ad acquistare l'autorità della cosa giudicata possono essere considerati "decisori" e quindi necessariamente aperti al giudizio di legittimità (4). Diventano decisori e quindi garantiti dall'accesso al ricorso straordinario anche provvedimenti i cui effetti incidano su diritti soggettivi avendo soltanto una stabilità "tendenziale", come ricorda questa ordinanza, una stabilità quindi ben diversa da quella assicurata dall'autorità della cosa giudicata.

È questa un'interpretazione che, come si è detto, trova conforto anche nel testo della recente riforma del processo civile, ma che può dare i presupposti per aprire l'accesso al giudizio di legittimità a settori finora pacificamente esclusi dell'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost.: mi riferisco, ad esempio, ai provvedimenti di giurisdizione volontaria o ancora a quelli cautelari specie considerandone la tendenziale stabilità assicurata ai provvedimenti cautelari anticipatori dalle regole che ne garantiscono l'ultrattività anche se il giudizio di merito non viene instaurato o si estingue (5).

Come è noto la giurisprudenza ha costantemente negato l'ammissibilità del ricorso straordinario contro le ordinanze cautelari pronunciate in sede di reclamo (6), ma la questione potrebbe essere rivisitata considerando come l'accesso al giudizio della Cassazione conosca oggi diversi canali. Mi riferisco

a quanto prevede l'art. 363 c.p.c. che attribuisce al procuratore generale di chiedere alla Corte di enunciare "nell'interesse della legge" il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi e questo anche quando il provvedimento non è ricorribile per cassazione, ma ora specialmente al rinvio pregiudiziale previsto dal nuovo art. 363-bis c.p.c. che consente al giudice di merito di chiedere *omisso medio* alla Corte la risoluzione di questioni di diritto che presentano gravi difficoltà interpretative (7). Né sembrano essere un ostacolo determinante ragioni di politica legislativa volte ad evitare che un ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 111 Cost. aumenti il carico di lavoro della Corte, specie considerando come la recente riforma abbia costruito "filtri" che sembrano di notevole efficacia (8).

L'audizione dell'infradodice: un adempimento necessario

Un ulteriore motivo d'interesse di questa ordinanza è dato dall'aver cassato con rinvio una decisione della corte d'appello a causa del mancato ascolto d'una minore infradodice (una bambina di sei anni) ritenuta incapace di discernimento soltanto in ragione della sua età.

Nel caso di specie era sorta controversia tra i genitori della fanciulla - due coniugi separati - sull'opportunità di farle frequentare, nella scuola dell'obbligo, l'ora di religione. Il tribunale prima e la corte d'appello poi decidono nel merito senza procedere all'audizione della minore, un'audizione ritenuta superflua dal giudice, adito a norma dell'art. 337-ter, comma 3, c.c. (9), sul presupposto che la tenera età della bimba

(4) È stato anche sostenuto, in quest'ottica, che l'art. 111 Cost. protegge il valore più alto della funzione giurisdizionale assicurando l'autorità della cosa giudicata ai provvedimenti che statuiscono su diritti e *status*: in questi termini, Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111 Cost.)*, ora negli *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 31 ss.

(5) Si veda l'art. 669-*octies* c.p.c. come modificato dalla L. 24 maggio 2005, n. 80 che ha convertito il D.L. 14 marzo 2005, n. 80. Su questa speciale efficacia dei provvedimenti cautelari anticipatori, Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, V ed., a cura di Tarzia - Saletti, Milano, 2015, 283 ss.

(6) Mi limito a ricordare Cass. Civ., SS.UU., 24 gennaio 1995, n. 824 in *Corr. giur.*, 1995, 564 ss., con la mia nota *Ordinanza sul reclamo cautelare e inammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost.* e, per altre citazioni, Tiscini, *Il ricorso straordinario*, cit., 141 ss.

(7) La norma si applica a tutti i procedimenti civili pendenti al 1° gennaio 2023.

(8) Si veda quanto ora dispone il nuovo testo dell'art. 380-bis c.p.c. per cui il presidente della sezione a cui è stata assegnato il ricorso può formulare una sintetica "proposta di definizione del

giudizio" da rivolgere ai difensori delle parti quando ravvisi ragioni di inammissibilità, improcedibilità o la manifesta infondatezza del ricorso: se la proposta non viene accolta e il giudizio viene definito in conformità di quanto proposto, trovano applicazione le sanzioni pecuniarie previste dalla regola sulla responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. La norma è applicabile ai ricorsi per cassazione notificati dopo il 1° gennaio 2023 per i quali non è stato ancora fissata l'udienza o l'adunanza in camera di consiglio: così l'art. 35, commi 5 e 6, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

(9) La domanda era stata proposta dal padre a norma dell'art. 316 c.c., nel testo ancor oggi applicabile ai processi pendenti al 28 febbraio 2023. Tuttavia, trattandosi d'una controversia sull'esercizio della responsabilità genitoriale insorta tra coniugi separati trova applicazione, come rileva l'annotata ordinanza, l'art. 337-ter c.c. per cui, se i coniugi non trovano un accordo, la decisione è rimessa al giudice a differenza di quanto previsto dal testo originario dell'art. 316 per cui il giudice si limitava ad attribuire la decisione al genitore ritenuto, nel singolo caso, più idoneo a curare l'interesse del figlio, una regola quest'ultima abrogata dalla recente riforma là dove stabilisce, modificando il testo originario dell'art. 316, che spetta al giudice adottare la soluzione più adeguata all'interesse del figlio.

non le aveva fatto acquistare quella capacità di discernimento che l'avrebbe resa necessaria, come vuole l'art. 315-bis c.c. con una norma che recepisce quanto già prescritto dal diritto convenzionale (10). È noto che, secondo la costante giurisprudenza dei giudici di legittimità, l'omessa audizione di un minore è causa di nullità del procedimento quando del mancato ascolto non sia data adeguata motivazione sull'assenza della capacità di discernimento, una nullità fatta derivare dalla lesione del principio del contraddittorio e del diritto del minore ad essere ascoltato (11). La legge, neppure nel testo della recente riforma dei giudizi familiari, sancisce espressamente con la nullità il mancato ascolto del minore per quanto tale sanzione emerga dall'art. 1, comma 23, lett. t) della legge delega per la riforma del processo civile e familiare là dove fa intendere, sia pure indirettamente, che la partecipazione del minore, nelle forme dell'audizione, è strumento connesso al contraddittorio, un contraddittorio da salvaguardare tra le parti "a pena di nullità del provvedimento".

La partecipazione del minore, nelle forme della sua necessaria audizione, è richiesta soltanto quando abbia "capacità di discernimento": così, l'art. 316, comma 3, ma anche l'abrogato art. 337-octies c.c., così, nel rito unificato dei giudizi familiari, il nuovo artt. 473-bis.4, una capacità che la legge presume esistere nei minori che abbiano compiuto i dodici anni (12).

La legge non specifica cosa intenda per capacità di discernimento così ponendo, quando si tratta di

stabilire se l'infradodicesimo abbia tale capacità, un problema interpretativo da risolvere con argomenti che debbono essere enunciati nella motivazione. Le preleggi ci dicono che nell'interpretare una norma occorre considerare "il significato proprio delle parole", "la connessione di esse" e "l'intenzione del legislatore", ma poco ausilio deriva dal significato da dare alla parola "discernimento" che, nei migliori dizionari, indica la facoltà di discernere e quindi di compiere valutazioni che portano a una scelta consapevole (13) e, per quanto riguarda i minori tendenzialmente ricollegata, come è stato detto, "all'acquisizione di competenze intellettuali e concettuali che aiutino il minore a riconoscere e valutare razionalmente i dati provenienti al di fuori della propria dimensione personale" e la capacità di "elaborarli secondo il proprio personale sentire, formandosi un proprio convincimento riguardo ad essi, le sue esigenze e i suoi bisogni" (14).

Ora, queste definizioni si attagliano ad una capacità di discernimento matura, mentre il legislatore dà espressamente rilevanza alla capacità di discernimento propria d'un dodicesimo e quindi ancora lontana dall'essere matura e in grado di compiere quelle razionali valutazioni evocate dal significato proprio attribuito alla parola "discernimento". In effetti, un'indicazione preziosa che manifesta quale sia stata l'intenzione del legislatore nel dare il diritto all'ascolto anche ai minori di dodici anni "capaci di discernimento" può trovare formale riscontro nella legge delega e, in particolare, nel comma 23, lett. t),

(10) Sul diritto d'essere ascoltato in ogni procedura giurisdizionale o amministrativa, l'art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo e l'art. 3 della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996. È un diritto che trova ulteriore riconoscimento nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 18 dicembre 2000 e ora anche nel Reg. UE 2019/1111 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale, dove nel suo art. 21 è ancora espressamente riconosciuto il diritto del minore d'esprimere la propria opinione in sede giurisdizionale: cfr. Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, 54 ss.; Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 13 ss., 256 ss.

(11) Si veda la giurisprudenza citata dall'annotata ordinanza, ma anche Cass. Civ. 23 gennaio 2023, n. 2001, per cui l'audizione del minore infradodicesimo capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, in relazione al quale incombe sul giudice che ritenga di ometterlo un obbligo di specifica motivazione, se ritenga il minore incapace di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con il suo interesse. Si veda anche Cass. Civ. 18 maggio 2022, n. 16071, in questa *Rivista*, 2022, 993 ss., con nota di Danovi, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione tra presente e futuro* e già, dello stesso Autore, *L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso*

sostanziale, in questa *Rivista*, 2021, 713 ss., in nota a Cass. Civ. 25 gennaio 2021, n. 1474. Per altri riferimenti, Polisenò, *Profili di tutela del minore*, cit., 304 ss., 328 s.

(12) In modo opportuno, il nuovo art. 473-bis.8 c.c. precisa che non si procede all'ascolto del minore non solo quando sia manifestamente superfluo o contrario al suo interesse (così anche l'abrogato art. 336-bis, comma 1, c.c.) ma anche "in caso di impossibilità fisica o psichica" e quindi, in quest'ultimo caso, quando non abbia capacità di discernimento. Così è manifestamente superfluo l'ascolto del minore nelle controversie di carattere meramente patrimoniale: Danovi, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della legge delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in questa *Rivista*, 2014, 535 ss.; Buffonè, *L'ascolto del minore*, in *Il civilista. Le novità del decreto filiazione*, 2014, 73 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano 20 marzo 2014, secondo cui il giudice potrà non procedere all'ascolto laddove il *thema decidendum* sia rappresentato da questioni di scarsa importanza per la vita del fanciullo o verta su questioni esclusivamente economiche mentre deve essere disposto in tutti i procedimenti idonei a incidere sui suoi diritti esistenziali: Tommaseo, *I profili processuali della riforma della filiazione*, in questa *Rivista*, 2014, 526 ss.

(13) Si veda Battaglia, *Grande dizionario della lingua italiana*, IV, Torino, 1966, 596, ma si vedano anche le definizioni citate da Polisenò, *Profili di tutela del minore*, cit., nt. 300, 328 s.

(14) Danovi, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione*, cit., 996.

dell'art. 1, là dove prevede l'ascolto dell'infradodicescenne "ove capace di esprimere la propria volontà" e quindi in uno stato delle sue capacità intellettive che l'esperienza mostra raggiungibile anche molto precocemente ed è evidente che saper volere è diverso dal saper discernere. Se questo è vero l'audizione del minore infradodicescenne acquista un significato diverso di quella di un adolescente che possiede una maturità di giudizio che gli consente anche, se ha compiuto i quattordici anni, di chiedere la nomina di un curatore speciale o la sua revoca (artt. 473-bis.5, 473-bis.8) e se frequenta le scuole superiori di liberamente scegliere se seguire o no l'insegnamento della religione cattolica (15).

Il giudice deve quindi incontrare ogni minore capace di esprimere la propria volontà, un incontro che si svolge con le modalità previste dall'art. 473-bis.5, in quanto applicabili, ed è evidente che fare riferimento soltanto all'età è sufficiente motivazione per escludere l'audizione solo quando si tratta di infanti ancora incapaci di manifestare la propria volontà.

Giustamente la Corte, nella sua ordinanza, ha stabilito che il giudice di merito avrebbe dovuto disporre l'incontro per procedere "ad un'osservazione della minore" al fine di comprendere quali fossero le sue

effettive esigenze. È questa un'osservazione che può valutare l'apporto dei minori di dodici anni tenendo conto non soltanto della loro età, ma anche - come emerge da un'accurata indagine del Garante per l'infanzia - considerando il contesto in cui vivono, la loro capacità cognitiva intesa come capacità di comprensione e di espressione linguistica, lo sviluppo emotivo e affettivo, il livello di suggestionabilità, la capacità di concentrazione e quella di distinguere la fantasia dalla realtà (16).

In definitiva, l'ascolto del minore non può mai essere considerato superfluo essendo una fonte reputata dal legislatore necessaria per una compiuta valutazione dell'interesse del minore e risponde in tal modo a una funzione cognitiva in quanto può utilmente contribuire alla formazione del convincimento del giudice che abbia saputo valutarne la capacità di discernimento da intendere, quando si tratta di minori di dodici anni, non come capacità di compiere scelte consapevoli ma nel più limitato significato della capacità di esprimere la propria volontà, un contributo che può essere escluso soltanto da una doverosa motivazione sulla mancanza di siffatta capacità, necessario presupposto del diritto del minore al suo ascolto.

(15) Così l'art. 1, L. 18 giugno 1986, n. 281 sulla capacità di scelte scolastiche e di iscrizione nelle scuole superiori.

(16) Per questi interessanti rilievi si veda *Il diritto all'ascolto del minore di età in sede giurisdizionale* a cura dell'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2020, 25 ss.