

L'ASCOLTO DEL MINORE ALLA LUCE DELLA LEGGE N.219/2012

Veronica Malfa*

SOMMARIO: 1.- L'ascolto del minore nella normativa internazionale ed europea; 2.- L'ascolto del minore nella normativa nazionale; 3.- L'ascolto come diritto soggettivo assoluto del minore; 4.- Le situazioni giuridiche passive; 5.- Età anagrafica e capacità di discernimento del minore; 6.- Profili giuridici della capacità di discernimento; 7.- Diritto all'ascolto, modalità di esercizio e implicazioni procedurali; 8.- I protocolli di intesa; 9.- Articolo 38-bis disposizioni di attuazione Codice Civile; 10.- Profili psicologici dell'ascolto

Presentazione del lavoro

La riforma di recente approvata in Parlamento sul riconoscimento dei figli naturali (l. 10 dicembre 2012, n°219, entrata in vigore il 1° gennaio 2013)¹, tra le altre disposizioni, assegna un ruolo di rilievo all'ascolto del minore, prevedendo all'art.1, 2° comma, lettera b) l'introduzione nel codice civile di una nuova norma, l'art.315-bis, rubricata "Diritti e doveri del figlio", che attribuisce al figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Il decreto delegato sulla filiazione n. 154 del 28 dicembre 2013 provvede ad armonizzare e ad integrare le disposizioni codicistiche con i nuovi parametri previsti in materia di ascolto del minore innovando profondamente al contempo la disciplina previgente sia dal punto di vista sostanziale che procedurale. Il testo dell'art.315 bis c.c. si fa espressione delle esigenze sorte dai recenti cambiamenti sociali che hanno coinvolto la famiglia e hanno progressivamente accresciuto l'importanza del ruolo del minore nel processo, già riconosciuta dalla normativa internazionale che da tempo ha valorizzato la volontà del figlio minore nel conflitto familiare. Da soggetto passivo egli è divenuto, come vedremo, soggetto attivo del giudizio, titolare del diritto di esprimere personalmente bisogni, aspirazioni e interessi che devono trovare considerazione oltre e contro, se occorre, le dichiarazioni dei genitori, spesso legate ad interpretazioni soggettive e individualistiche del volere dei figli.

1.-L'ascolto del minore nella normativa internazionale ed europea

Non vi è dubbio che il quadro complessivo della disciplina internazionale² e comunitaria³ costituisca oggi, al di là della diretta applicabilità o meno di alcune norme o della diversa valenza

*Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Siena, laureata presso l'Università degli Studi di Napoli Federico Secondo

¹ Per un commento alla legge si faccia riferimento a Aa. Vv., *La riforma del diritto della filiazione in Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, 437 ss., inoltre le riflessioni dei vari Autori che hanno partecipato alla redazione del fascicolo monografico di *Famiglia e diritto*, 2013, 225 ss, si vedano altresì C.M. Bianca., *La legge italiana conosce soltanto figli*, in *Rivista diritto civile*, 2013, 1 ss; G. Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali in Jus civile* (rivista on line), 2013, 2, 132 ss., L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione in Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 201 ss., in riferimento ai lavori preparatori V. Carbone, *Le nuove proposte su filiazione e rapporti di parentela in Corriere giuridico*, 2011, 1314 ss.

² M.R. Saulle, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994, A.C. Moro, *L'attuazione della Convenzione dell'ONU nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Documenti giustizia*, 1995, 442, 1995, G. Finocchiaro, *L'audizione del minore e la Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita Notarile*, 1991, 834 ss., J. Long, *L'impatto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore nell'ordinamento giuridico italiano*, *Fam.*, 2008, 4/5, 24 ss.

³ R. Pacia, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 227 ss. e 242 ss. con specifico riferimento all'ascolto al superiore interesse dei minori nel confronto con le responsabilità genitoriali; S. Patti, *Un linguaggio condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia*, in *Famiglia persone e successioni*, 2008, 97 ss.; M. C. Baruffi, in Bariatti (a cura di) *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 175

attribuita alle norme stesse dagli strumenti di ratifica, un importante e necessario riferimento soprattutto perché vi sono indicati principi generali, largamente condivisi in quanto frutto di dibattito e confronto tra diverse Nazioni, che consentono di interpretare in modo coerente la normativa nazionale laddove si presenti carente o contraddittoria. Emerge chiaramente da quanto previsto dal diritto internazionale ed europeo la tendenza alla valorizzazione dell'autonomia del minore e della sua capacità di discernimento.

La Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata con legge n. 176 del 27 maggio 1991, all'art. 12 riconosce al minore il diritto all'ascolto ed alla completa partecipazione ai processi che lo riguardano a seconda della capacità di discernimento dello stesso⁴. La portata normativa e self-executing di tale Convenzione è stata affermata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 1 del 16 gennaio 2002 con la quale la Corte ha dichiarato la diretta applicabilità nel nostro ordinamento della Convenzione ed in particolare dell'art. 12. La Corte ha precisato che il minore deve considerarsi "parte" del procedimento, con la necessità del contraddittorio anche nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.⁵

La Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli), ratificata con Legge 20 marzo 2003 n. 77, prevede inoltre che al minore vadano riconosciuti il diritto di ricevere tutte le informazioni, il diritto ad essere consultato e ad esprimere la propria opinione nel corso della procedura, di essere informato sulle possibili conseguenze delle aspirazioni dal medesimo manifestate e delle sue decisioni; il diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano ogni qualvolta sussiste un conflitto d'interessi con i genitori. L'art. 6 della Convenzione prevede, poi, un vero e proprio "ascolto informato" del minore, con la specificazione di dettagliati criteri guida di esaustività dell'ascolto. Più precisamente, il giudice deve informare preventivamente i minori delle istanze dei genitori nei loro riguardi e, dopo averli consultati personalmente sulle eventuali statuizioni da emettere, deve indicare nella propria decisione le fonti delle informazioni sulla base delle quali è pervenuto alle conclusioni che hanno giustificato il provvedimento adottato, anche in forma di decreto, tenendo conto dell'opinione espressa dai minori, salvo che l'ascolto o l'audizione siano dannosi per i loro interessi superiori⁶.

Analoghi contenuti li ritroviamo nella Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 relativa alla sottrazione internazionale di minori. L'art. 13, 2° comma prevede che l'autorità giudiziaria possa rifiutare di disporre il rientro del minore (pur in presenza dei relativi presupposti) "se accerta che questi vi si oppone e che egli ha raggiunto un'età e una maturità in cui si ritiene opportuno tenere

⁴ Convenzione di New York, «Art. 12 - 1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.»

⁵ Corte Costituzionale, sent. 16 gennaio 2002 n.1, in Famiglia e Diritto, 2002, 230-233

⁶ Convenzione di Strasburgo, «Art. 3 (Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti) - Nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come 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 ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione. ... Art. 6 (Processo decisionale) - Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: - assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa».

conto di questa opinione". L'opinione del minore deve dunque essere tenuta in debita considerazione, il giudice non è evidentemente vincolato ad essa ma, qualora verifichi la sussistenza di un grado di maturità che consenta al minore di esprimere un'opinione libera e non condizionata, dovrà congruamente motivare una decisione contraria. Trattandosi di decisioni che incidono sui diritti dei minori ed anche degli adulti e, poiché l'opinione del minore può avere un peso determinante nella decisione, più delicato è il problema della modalità con cui le opinioni del minore vengono raccolte e, quindi, del rispetto del principio del contraddittorio. La legge di ratifica che rende esecutiva in Italia la predetta convenzione (L. 15 gennaio 1994 n. 64) non fa più riferimento alla possibilità che il minore opponga un rifiuto e che detto rifiuto possa essere preso in considerazione dalla autorità giudiziaria. L'art. 7 della L. 64/1994 stabilisce infatti che il tribunale decide con decreto sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero e, "se del caso" il minore. Così la pronuncia della Cassazione n. 13657/1999, in un caso di mancato ascolto della minore eccepito dal padre ricorrente in procedimento di sottrazione internazionale di minore ai sensi della convenzione dell' Aja del 1980, ha evidenziato che tale ascolto è discrezionale, dovendo compiere il giudice una valutazione di opportunità caso per caso. La Suprema Corte (Cass. n. 597/1997) ha poi ricondotto in modo rigido la capacità di discernimento all'età, escludendo che possa essere tenuta in considerazione l'opinione di un bambino di sei anni. Va tuttavia sottolineato che successive pronunzie della Suprema Corte hanno via via prestato maggiore attenzione alla natura dell'ascolto nell'ambito dei giudizi di sottrazione internazionale di minori e alla necessità di adeguate motivazioni da parte dei giudici sul punto. Pur ribadendo che l'audizione del minore in tali tipi di giudizi "è frutto di una meditata ma non obbligatoria scelta del giudice" (così Cass. n. 9094/2007, che richiama Cass. 19544/2003; Cass. 15145/2003; 746/1999), da ultimo un' importante ordinanza della Suprema Corte ha affermato il principio per cui, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 77 del 2003 di ratifica ed esecuzione della convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo, il giudice, nelle procedure che interessano il minore (nella specie si trattava di procedimento di sottrazione internazionale di minore ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980) deve, quando lo stesso presenti discernimento sufficiente alla stregua del diritto interno, consultarlo personalmente e può escludere tale audizione solo ove essa sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso. "Pertanto - prosegue la Corte - la prevista audizione del minore riceve una consacrazione normativa indiscutibile e la sua esclusione, oltre che per la valutazione di non idoneità del minore a renderla (per età o stati psichici particolari) deve essere correlata soltanto al rischio che la stessa audizione per quanto protetta, rechi danni gravi alla serenità del destinatario". In applicazione di detto principio la Corte, accogliendo il ricorso, cassava l'ordinanza del tribunale per i minorenni di Genova che aveva ommesso l'ascolto del minore, rinviando al medesimo tribunale in diversa composizione.

La Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata dalla l. 28 marzo 2001 n. 145, prescrive di prendere in considerazione il parere del minore per ogni intervento biomedico sulla sua persona "come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità" così come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adeguata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, riconosce ai minori il "diritto di esprimere la propria opinione" sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità⁷. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse del minore deve essere considerato preminente. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo ciò sia contrario al suo interesse. Tale norma viene anche richiamata dal considerando n. 33 del Regolamento CE 2201/2003 che afferma che il Regolamento stesso "riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti

⁷ La Carta di Nizza (7 dicembre 2000) diviene vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009. L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 24, ribadisce la regola secondo cui «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

fondamentali dell'Unione europea. In particolare mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.”

L'obbligo dell'ascolto del minore è poi divenuto ineludibile con l'entrata in vigore del Regolamento CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 (c.d. Bruxelles II bis), relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. L'art. 23 prevede, infatti, tra i motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale da parte di uno Stato membro (decisioni che, viceversa, ai sensi dell'art. 21, sono riconosciute senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento), la circostanza che la decisione stessa sia stata resa “senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato”.

L'importanza dell'audizione è stata peraltro ribadita nelle “Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di bambino”, adottate dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010, laddove, nella sezione III, lettera A, è rimarcato il diritto del minore ad avere la possibilità di esprimere la propria opinione nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano. Nella sezione IV, lettera D è, poi, sancito, al punto 3, in modo particolarmente cogente, il diritto del minore di essere ascoltato: “i giudici dovrebbero rispettare il diritto dei minori ad essere ascoltati in tutte le questioni che li riguardano”⁸.

2.-L'ascolto del minore nella normativa nazionale

L'ascolto del minore nel nostro ordinamento affonda le sue radici nei principi costituzionali espressi dall'art. 2 della Costituzione (sotto il profilo dell'affermazione del primato della dignità della persona) ed in quelli in tema di relazioni familiari e tutela della filiazione (artt. 29 e 30 della Costituzione).

Prima dell'introduzione della legge n. 54/2006 che in Italia ha istituito l'affidamento condiviso, l'audizione dei figli minori era prevista in termini di “possibilità” e comunque sottoposta alla valutazione del giudice dall'art. 6, 9° comma della legge sul divorzio “qualora strettamente necessario anche in considerazione della loro età”⁹.

L'art. 155 sexies c.c, introdotto dalla legge 54/2006 e oggi abrogato, ha rappresentato il primo passo verso la codificazione del diritto sostanziale del minore a partecipare ai procedimenti che lo vedono coinvolto. Si prescrive infatti che, in riferimento alle procedure relative alla crisi coniugale dei genitori, il giudice disponga l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento prima di adottare i provvedimenti relativi ai figli.

¹⁰ Dalla stessa formulazione letterale della norma, oltre che dai principi ispiratori della normativa internazionale sopra richiamata, deve dedursi l'obbligatorietà dell'ascolto del minore. Obbligatorietà dell'ascolto non significa però che vi si debba ricorrere sempre e comunque in quanto vi è a monte una valutazione discrezionale del giudice in riferimento alla “capacità di

⁸ A differenza delle convenzioni internazionali e degli atti normativi dell'Unione Europea, le citate “Linee guida” non hanno un'efficacia direttamente vincolante, ma svolgono una funzione sia ricognitiva delle norme vigenti in materia, sia promozionale in vista di una più completa tutela del minore.

⁹ Sulla posizione del minore nel processo civile anteriormente alla L. n. 54/2006 v. F. Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 50; P. Martinelli, *Il diritto del minore all'ascolto come diritto fondamentale eventuale*, in *Minori e giustizia*, 2003, 16.

¹⁰ O. Caleo, *Il diritto di ascolto del minore nella crisi familiare*, in *Famiglia persone e successioni*, 2011, 776 ss.; G. Campese, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 958 ss.; M.A. Iannicelli, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione personale dei coniugi*, in *Famiglia persone e successioni*, 2009, 250 ss.; G. Cesaro, *L'ascolto del minore nella separazione dei genitori: dalle convenzioni internazionali alla legge sull'affido condiviso*, in *Legalità e giustizia*, 2006, 267 ss.; A. Graziosi, *Profili processuali della L. n. 54/2006 sull'affidamento condiviso dei figli*, in *Famiglia e matrimonio*, 2a ed., Torino, 2007, 726; F. Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 e 2006*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 11; G. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Diritto famiglia e persone*, 2006, 1257 ss.

discernimento” che il minore deve possedere¹¹. Il giudice ha in ogni caso l’obbligo di motivare qualora ritenga di non procedere all’ascolto. Inoltre non appare necessario né rispondente agli interessi del minore procedere all’ascolto nel caso in cui i genitori raggiungano un accordo e in tutti i casi in cui si discuta esclusivamente di questioni di carattere economico.

Emerge quindi chiaramente la portata generale dell’art. 315 bis, introdotto nel nostro ordinamento dalla l. 219. Il diritto del minore ad essere ascoltato non risulta più circoscritto unicamente alle decisioni relative all’affidamento della prole nella crisi della convivenza genitoriale ma il disposto si pone a garanzia del superiore interesse del minore in ogni relazione familiare¹². Con l’art. 315 bis l’ordinamento riconosce una maggiore “centralità” al ruolo del minore sia all’interno del processo, estendendo le possibilità di ascolto del minore a tutti i procedimenti che lo riguardano, sia nelle relazioni genitoriali, introducendo e, al contempo, rafforzando il concetto di “responsabilità genitoriale”¹³. La portata generale dello stesso articolo è confermata dalla sua collocazione tra le norme di apertura del Titolo IX del Libro I del codice civile sulla potestà dei genitori e sui diritti e doveri del figlio.

L’art. 2, comma 1, della l. 219/2012, contiene la delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione. Alla lettera i) impone di disciplinare le modalità di esercizio del diritto all’ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, qualora l’ascolto sia previsto nell’ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso debba provvedere il presidente del tribunale o il giudice delegato.

Il decreto legislativo sulla filiazione è quindi intervenuto riformando la normativa previgente nello specifico relativamente agli articoli:

- 273 c.c., in tema di azione giudiziale di paternità o maternità, con riguardo all’azione nell’interesse del minore o dell’interdetto, riduce a quattordici anni l’età richiesta al figlio per il consenso a promuovere o a proseguire l’azione;
- 336 c.c., introduce al secondo comma l’ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento;
- 348 c.c., sulla scelta del tutore, impone l’ascolto del minore alle medesime condizioni;
- 371 c.c., con riferimento ai provvedimenti circa l’educazione e l’amministrazione, prevede al n.1 del primo comma che, compiuto l’inventario, il giudice tutelare, nel deliberare relativamente al luogo dove il minore debba essere cresciuto e sul suo avviamento agli studi

¹¹ La capacità del minore dovrà essere valutata dal giudice in concreto sul punto, G. Scardacciaone, *La capacità di discernimento del minore*, in *Diritto famiglia e persone*, 2006, 1319. Il concetto di “capacità di discernimento” è stato mutuato dal nostro legislatore dal testo dell’art. 12 della Convenzione di New York del 1989. Il testo ufficiale in lingua francese utilizza la locuzione *enfant qui est capable de discernement*, mentre il testo in lingua inglese impiega la più significativa perifrasi *the child who is capable of forming his or her own views*. Sul tema, Cassazione. *Sezioni Unite*, 21 novembre 2009, n. 22238, in *Famiglia persone e successioni*, 2010, 4, 254, con nota di F. R. Fantetti, *La facoltà dell’ascolto del minore e la convenzione europea di Strasburgo*, in *Persona e Mercato*, 2010, 10, 652, con nota di R. F. Iannone, *Le Sezioni Unite danno voce ai figli contesi tra genitori separati*, qui la Corte accoglie la censura di omessa immotivata audizione dei due figli minori prima della modifica degli accordi di separazione in punto di affidamento. Il minore, infatti, continua la Suprema Corte, in qualità di parte sostanziale di ogni procedimento che lo riguarda, deve essere sentito se ha capacità di discernimento. La mancata audizione deve essere motivata con il perseguimento di interessi superiori del minore stesso.

¹² C. M. Bianca, *Il diritto del minore all’ascolto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 546 ss.; M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; A. Figone, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014.

¹³ Già in Cassazione, 26 marzo 2010, n. 7282, e in Cassazione 19 maggio 2010, n. 12290, in *Guida al diritto*, 2010, 29, 60, emerge che il legislatore non considera più il minore come mero oggetto della potestà dei genitori e/o del dovere officioso del giudice di individuarne e tutelarne gli interessi preminenti, ma quale soggetto di diritto, titolare di un ruolo sostanziale e di uno spazio processuale autonomi e quindi riconosciuto sia come parte necessaria e sostanziale, in quanto titolare del rapporto sostanziale oggetto del processo, sia processuale, in quanto svolge un ruolo nella dinamica del processo in funzione del suo risultato giuridico e ne subisce gli effetti diretti e indiretti. Anche Corte Costituzionale 12 giugno 2009, n. 179, in *Famiglia e diritto*, 2009, 10, 869, con nota di A. Arceri, *Il minore e i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata, ha riconosciuto al minore la natura di parte nel procedimento di cui all’art. 336 c.c. riguardante la modificazione o l’ablazione della potestà genitoriale*.

o professionale, disponga l'ascolto del medesimo che abbia compiuto gli anni dieci e anche di età inferiore laddove capace di discernimento e richieda, quando opportuno, l'avviso dei parenti prossimi.

E' stata dal medesimo decreto introdotta una revisione integrale della disciplina codicistica in materia di affidamento della prole in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, inserendo nell'impianto normativo gli articoli dal 337-*bis* al 337-*octies*. Con particolare riferimento a quest'ultima disposizione va fatto cenno ad una specificazione in materia di ascolto rispetto alla formulazione dell'articolo 155-*sexies* con correlata inversione procedurale rispetto alla regola generale di cui al nuovo articolo 336-*bis*. L'articolo 337-*octies*, nel ribadire il diritto all'ascolto del minore, dispone che nei procedimenti in cui si omologhi o si prenda atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli il minore sia ascoltato solo qualora il giudice lo ritenga necessario.

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

E' importante sottolineare la stessa evoluzione dei lessemi legislativi che nel tempo è venuta a determinare un'indubbia estensione del campo semantico delle disposizioni. Vediamo infatti come nella formulazione letterale dell'art. 315 bis comma 3 il legislatore abbia per la prima volta preferito al sintagma "sentire" utilizzato nelle fonti più risalenti, l'espressione "ascolto del minore"¹⁴. E' questa una differenza terminologica non trascurabile poiché sottende una differenza di significato altrettanto importante. Il termine "audizione" richiama l'idea di un atto processuale ben preciso, in cui il minore si presenta al giudice che lo interroga liberamente, prendendo nota di ciò che egli spontaneamente afferma e traendo, quindi, le proprie conclusioni. Il "sentire" è un recepire asettico, funzionale alla raccolta di informazioni utili per il procedimento, utilizzabili in esso e sottolinea, per l'appunto, l'aspetto tecnico- processuale¹⁵. "Ascoltare" significa invece prestare attenzione alle esigenze del minore, alle sue idee, ai suoi desideri ed all'interesse partecipativo che questi ha alla vicenda dei genitori, disponibilità da parte di chi ascolta anche di modificare le proprie opinioni a seguito dell'ascolto, che deve poter avvenire in un contesto adeguato. Tale evoluzione è il segno della trasformazione normativa dell'ascolto "da opportunità in obbligo". La dizione attuale dei costrutti normativi di diritto interno si allinea alla funzione prioritaria dell'ascolto che emerge dalla Convenzione di New York. L'ascolto è inteso quindi come lo strumento in grado di porre il minore al centro del processo senza turbarlo e senza che questo costituisca per lui un momento traumatico¹⁶. Si può quindi osservare come, nell'attuale sistema ordinamentale, il riconoscimento del diritto di ascolto, punto di arrivo di un lungo percorso di emancipazione del minore da oggetto

¹⁴ F. Parente, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, 459 ss.

¹⁵ G. Cesaro, *L'ascolto, l'assistenza e la rappresentanza del minore*, in www.cameraminorilemilano.it; P. Pazè, *L'ascolto del minore* in Cagnazzo e Preite (a cura di), *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014.

¹⁶ T. Auletta in *Commento al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, II, art. 74-176, Torino, 2010, 775, condivide "le preoccupazioni di evitare al minore traumi derivanti da un improprio coinvolgimento nel giudizio"

di protezione a soggetto di diritti e protagonista delle proprie scelte esistenziali, rappresenti nell'evoluzione normativa una tappa fondamentale dalla specifica rilevanza sostanziale.

3.-L'ascolto come diritto soggettivo assoluto del minore

Prendendo le mosse dalla tradizionale definizione di diritto soggettivo quale fondamentale posizione di vantaggio accordata dall'ordinamento ad un soggetto in ordine ad un bene e consistente nella attribuzione dei relativi poteri, pretese e facoltà atti a consentirgli la piena realizzazione dell'interesse che quel bene per lui rappresenta, risulta sicuramente opportuno inquadrare l'ascolto quale diritto soggettivo assoluto riconosciuto oggi al minore. Il bene in parola è da rintracciarsi nell'affermazione della personalità e dell'identità del minore attraverso l'espressione delle proprie opinioni in ordine a scelte che incideranno sulla sua sfera esistenziale e di relazione. Al pari, l'interesse, connesso al sano e armonico sviluppo psichico, fisico e relazionale del minore, si sostanzia nella possibilità che le opinioni da lui espresse siano tenute in considerazione ed eventualmente accolte in ogni procedimento che, seppur non lo vede coinvolto quale parte sostanziale o processuale, possa riverberare i suoi effetti, diretti o riflessi, sulla sua sfera esistenziale e di relazione¹⁷. Connotare il diritto in parola in termini di assolutezza si traduce non solo nella sua opponibilità erga omnes ma riflette anche l'immediatezza del rapporto tra il soggetto e il bene. Questo da un lato consente una libera ed esclusiva attuazione del diritto e dall'altro di escludere la scindibilità della titolarità dall'esercizio concreto delle facoltà ad esso riconducibili. Nello stesso concetto di diritto soggettivo è però insita la facoltà discrezionale nell'esercizio dello stesso. Questo consente di affermare che se l'ascolto è una facoltà legata al libero esercizio del diritto, questo non può non comprendere in sé anche la facoltà del minore a non esercitarlo¹⁸. Troviamo conferma di questo se consideriamo tutte le ipotesi in cui dall'ascolto possa derivare un *vulnus* al minore medesimo (es. in ragione del suo stato psichico, ecc.) nonché in quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁹.

4.-Le situazioni giuridiche passive

Inquadrata la situazione giuridica dell'ascolto entro i paradigmi del diritto soggettivo assoluto della personalità del minore declinato tanto in positivo quanto in negativo si può passare ora a considerare le contrapposte situazioni giuridiche passive, individuandone i titolari e i doveri ad essi corrispondenti. Tra questi si ricordi il dovere di rendere realizzabile il diritto del minore all'ascolto dando ad esso attuazione, il dovere di non impedire al minore di essere ascoltato, il dovere di rispettare l'eventuale volontà del minore di non essere ascoltato, il dovere di segnalare in opportune sedi eventuali ragioni impeditive o situazioni soggettive che sconsigliano l'ascolto in quanto potenzialmente pregiudizievoli in capo al minore e quindi contrarie al suo interesse. Soggetti obbligati al rispetto di tali circostanze saranno in primo luogo i genitori, i parenti e i terzi (pubblico ministero, ausiliari del giudice, periti, operatori del servizio sociale, curatore speciale, ecc.) che seguono il minore e ne curano gli interessi. In capo al giudice graverà inoltre l'obbligo di disporre l'ascolto o eventualmente di escluderlo rendendo specifica motivazione e di verificare la capacità di discernimento del minore di anni dodici, salvo quanto previsto dall'art. 371 c.c.

5.-Età anagrafica e capacità di discernimento del minore

Se l'esame della condizione giuridica del minore si arrestasse all'interpretazione dell'art. 2 commi 1 e 2 c.c., si dovrebbe concludere che l'incapacità dello stesso riguardi non soltanto l'attività contrattuale (artt. 320, 357, 374 e 375 c.c.), ma anche l'esercizio dei diritti personali. Questa impostazione è smentita da disposizioni di diritto interno, da fonti sovranazionali oltre che da pronunce della Cassazione che valorizzano la volontà del minore sancendone il diritto all'ascolto e

¹⁷G. Ballarani, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, 38 ss.

¹⁸Sull'omissione dell'ascolto giustificata nell'interesse del minore, G. Ballarani, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Diritto famiglia e persone* 2011, II, 1807 ss.

¹⁹In particolare sent. 22 dicembre 2010, proc. C-491/10 PPU Zarraga c. Pelz.

il diritto ad esprimere la propria opinione relativamente a questioni di interesse personale²⁰. Se il criterio che impone l'ascolto è la capacità di comprendere fatti, provvedimenti giudiziari e conseguenze, risultava necessario slegare l'ascolto dal criterio dell'età fissato in modo rigido, a priori, dal legislatore. Criterio in base al quale il minore doveva essere sempre considerato un semplice destinatario della decisione giudiziaria assunta da altri nel suo interesse. Questa scelta di cristallizzare la valutazione della maturità ancorandola all'età si è rivelata nel tempo non del tutto appagante, a maggior ragione tenuto conto del progressivo dilatarsi dei diritti riconosciuti al minore. Accanto alle tradizionali categorie della "capacità giuridica" e della "capacità di agire" si è venuto a sviluppare il concetto di "capacità di discernimento" che negli ultimi anni ha ricevuto un progressivo arricchimento anche grazie al sempre più frequente ricorso che dottrina e giurisprudenza vi hanno fatto prima ancora di ricevere una definitiva consacrazione normativa²¹. E' stato dunque previsto, come già ricordato, un criterio elastico, capace di correggere la presunzione di immaturità legata ad una certa età, valorizzando la persona del minore, nonostante l'incapacità legale. La capacità di discernimento, così intesa, si distingue dalle capacità formalizzate dal legislatore che trovano dei sicuri punti di riferimento temporali (la nascita per l'una e il raggiungimento della maggiore età per l'altra). Con essa si fa riferimento ad uno stato di cosciente valutazione della realtà da parte della persona che, in quanto tale, non può che essere variabile da individuo a individuo e che, di regola, è rapportabile a quella che viene indicata come "capacità naturale". Attraverso il criterio del discernimento, il minore, parte principale del processo, diviene protagonista attivo nell'esercizio dei propri diritti²². Per comprendere appieno, però, il concetto di discernimento, entità psico-giuridica oggi priva di una specifica definizione e per la quale non esistono corrispettivi in ambito clinico, appare opportuno prendere le mosse da una definizione fondata sul senso comune. Nel linguaggio comune il discernere è inteso come la "capacità di vedere o comprendere con sufficiente chiarezza", "di distinguere al fine di valutare". Detta capacità di comprensione sarà valutata non soltanto in relazione al livello di maturazione cognitivo del minore ma anche in base alle sue esperienze relazionali e sociali, all'ambiente di crescita emotivo e affettivo²³. La capacità di discernimento è quindi categoria complessa e svariati sono i fattori che possono mutevolmente qualificarla. Essa appartiene, prima ancora che alla sfera giuridica, al mondo dello sviluppo psicologico e mentale e come tale "non ha confini prestabiliti" e proprio per questo può risultare labile il confine con la differente categoria della "maturità del minore"²⁴. La nozione di maturità è indubbiamente correlata "alla capacità del minore di comprendere il significato anche morale dei propri atti" e di autodeterminarsi. Il concetto di discernimento invece "va ancorato ai vissuti e ai bisogni effettivi ed emotivi del minore e alla sua capacità di comprenderli e rappresentarli" nelle questioni della vita quotidiana. La capacità di discernimento è, quindi, più che una categoria dogmatica, una valutazione "della situazione globale del minore in relazione al singolo atto" e "alla singola scelta esistenziale" che va effettuata alla luce del suo effettivo "grado di consapevolezza"²⁵. Inteso in questa prospettiva, l'ascolto va inteso come momento significativo e qualificato di conoscenza del minore e dei suoi bisogni, che porta a superare "la concezione paternalistica che vede il minore come un soggetto debole" la cui tutela coinciderebbe con la

²⁰ A. Gorgoni, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, in *Persona e mercato*, 2014, 49 ss.

²¹ F. Ruscello, *Minore di età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a supernorme*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 404 ss.

²² G. Cesaro, *L'ascolto, l'assistenza e le rappresentanza del minore*, in www.cameraminorilemilano.it; La capacità di discernimento, correlata in dottrina alla gradualità dello sviluppo della persona, si ritiene non commisurabile in assoluto bensì su base individuale in relazione alle concrete situazioni e agli specifici interessi. Inoltre, sul punto, G. Callero, *L'ascolto indiretto del minore da parte della psicologa ausiliaria del giudice nei procedimenti di separazione e divorzio: l'esperienza genovese*, in www.avvocatidifamiglia.net

²³ M. C. Campagnoli, *L'ascolto del minore*, Milano, 2014, 28 ss.

²⁴ G. Cesaro, *L'ascolto, l'assistenza e le rappresentanza del minore*, in www.cameraminorilemilano.it

²⁵ P. Perlingieri, *Sui rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 24; P. Stanzione, *Capacità I) Diritto privato in Enciclopedia giuridica Treccani*, V, Roma, 1988, 24.

protezione e la prevenzione dal contatto giudiziario²⁶. E' altresì interessante cogliere la differenza tra "discernimento" e "capacità di intendere e volere" che la giurisprudenza ha identificato con la maturità, con lo sviluppo intellettuale e la forza di carattere, l'attitudine a distinguere il bene dal male, il lecito dall'illecito e a determinare se stesso nell'uno o nell'altro senso. La capacità di discernimento sembra presiedere all'area delle relazioni familiari del diritto privato laddove la capacità di intendere e volere risulta più vicina all'ambito penale, manifestandosi però non prima del quattordicesimo anno e verificata caso per caso tra i quattordici e i diciotto anni qualora al minore sia ascritto un reato. Il ricorso alla capacità di discernimento mira ad eliminare i dubbi che per il passato avevano sollevato quegli orientamenti che individuavano nel raggiungimento di un preciso limite d'età il momento a partire dal quale il minore è legittimato a porre in essere atti formalmente vietatigli dall'art. 2 c.c. Il legislatore, come detto, nella consapevolezza delle diversità esistenti fra minore e minore, sposta l'angolo di osservazione sulla capacità di discernimento che, per sua stessa definizione, non può essere astratta dalle concrete circostanze oggettive e soggettive. Preferire un criterio "mobile", ipoteticamente variabile a seconda delle circostanze, consente di valutare la personalità del minore nella specificità del suo essere in formazione, laddove un collegamento stringente all'età precluderebbe il concreto accertamento delle capacità del minore andando a svuotare di contenuti il disposto normativo che, per contro, impone di tutelare il minore nella propria individualità.

6.-Profili giuridici della capacità di discernimento

In ambito giuridico la capacità di discernimento è, come già ricordato, indispensabile per poter dedurre l'attendibilità delle affermazioni del minore e, conseguentemente, la possibilità per il giudice di tenerne conto nel provvedimento conclusivo. Allo stato attuale la giurisprudenza, specie civile, non ne ha ancora elaborato una vera e propria definizione limitandosi a confermare la letteratura psicologica secondo la quale il bambino possiede competenze emotivo-relazionali fin dalla nascita e destinate ad evolversi e ad affinarsi gradualmente grazie alle stimolazioni offerte dal contesto familiare e sociale nel quale cresce. Le figure genitoriali, anche nell'ottica giuridica in questa sede in esame, risultano di fondamentale importanza in quanto l'autonomia del minore risulta strettamente connessa alle dinamiche parentali e di coppia²⁷. Indubbiamente le norme sulla capacità di discernimento e alcuni orientamenti giurisprudenziali hanno attribuito una sempre maggiore rilevanza alla volontà del minore. L'opinione di quest'ultimo non è più mero dato di fatto che il giudice raccoglie per assumere una decisione basata esclusivamente sulla propria convinzione di quale sia il miglior interesse dell'infradiciotenne il quale, in questa superata prospettiva, è considerato mera fonte d'informazioni e destinatario di un generico favor concesso dall'alto. Nel nuovo quadro normativo e giurisprudenziale il minore è invece "soggetto di diritto, titolare in concreto di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili". La sua manifestazione di volontà è tanto più decisiva nella pronuncia giudiziale quanto più egli sia ritenuto maturo. Allo sviluppo della capacità di discernimento si lega, quindi, in un rapporto di proporzionalità diretta, il grado di vincolatività che per il giudice assume l'opinione del minore²⁸. Va ricordato che il concetto in

²⁶ F. Parente, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, 467; R. Pane, *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Napoli, 2003, 125 ss.; F. Di Marzio, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Diritto famiglia e persone*, 2011, 366 ss.; J. Long, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, 313.

²⁷ M. C. Campagnoli, *L'ascolto del minore*, Milano, 2014, 29 ss.

²⁸ Sul tema, F. Tommaso, *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 39; G. Casaburi, *L'ascolto del minore tra criticità processuali ed effettività della tutela*, in *Corriere merito*, 2012, 32; E. Vullo, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di Chiaroloni, Bologna, 2011, I, 152; P. Di Marzio, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Diritto famiglia e persone*, 2011, 366; G. Campese, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 958; L. Carleo, *Il diritto di ascolto del minore nella crisi familiare*, in *Famiglia persone e successioni* 2011, 776; M. G. Ruo, *Tutela dei figli e procedimenti*

esame è stato mutuato nella legislazione italiana dal testo francese della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo laddove si rimette agli Stati il compito di stabilire liberamente quali siano i criteri in base ai quali valutare l'attendibilità delle dichiarazioni del minore.

7.-Diritto all'ascolto, modalità di esercizio e implicazioni procedurali

Indagata sotto l'ottica procedurale, la l. 219/2012 scioglie alcuni dei nodi che in dottrina erano stati posti in luce con riferimento all'art. 155-sexies, oggi abrogato. L'art. 336-bis risolve l'oscillazione tra l'ascolto diretto ad opera del giudice e quello indiretto effettuato da esperti a favore del primo, specificando al secondo comma che sia il giudice a condurre l'ascolto, anche avvalendosi di esperti che egli potrà chiamare ad affiancarlo²⁹. In passato, in assenza di previsioni di carattere generale, le modalità di ascolto erano rimesse alla discrezionalità del giudice che poteva tanto avvalersi della procedura dell'ascolto diretto, ossia effettuato personalmente e in grado di assicurare un'immediata presa di coscienza delle opinioni e delle aspettative del minore da parte di chi è chiamato ad emettere i provvedimenti che lo riguardano, quanto del metodo dell'ascolto indiretto³⁰. In questo caso, qualora l'età o la personalità del minore o altre particolari circostanze lo avessero reso opportuno il giudice poteva delegare l'audizione ad un "organo appropriato", come previsto dall'art. 12 della Convenzione di New York. Era quindi prevista per il giudice la possibilità di nominare uno psicologo o di avvalersi del personale specializzato dei servizi sociali. Va precisato che non si tratta di una vera e propria consulenza tecnica d'ufficio, quanto piuttosto dell'impegno di un ausiliario del giudice ai sensi dell'art. 68 c.p.c. A differenza della consulenza tecnica di ufficio che costituisce atto processuale specifico di natura istruttoria con contenuto valutativo e disciplinata dal codice di rito, l' "organo appropriato" delegato dal giudice per l'ascolto del minore si limita ad un'attività meramente acquisitiva delle sue dichiarazioni che, in presenza di particolari circostanze, può essere svolta anche senza l'osservanza delle regole procedurali della conseguenza tecnica. In dottrina, ancor prima della novella legislativa del 2012, si era sottolineata da un lato l'equivalenza delle modalità di ascolto diretto e indiretto, considerate entrambe giuridicamente lecite, dall'altro si era manifestata la preferenza per l'ascolto diretto, quale unico mezzo per conoscere il minore come tale, al di là delle rappresentazioni che ne sono offerte. Una modalità dell'ascolto realmente rispettosa degli interessi e dei bisogni del minore, è stato sottolineato, non può prevedere la presenza di altri soggetti al di là del giudice che influenzerebbero le sue dichiarazioni³¹. Il momento in cui è previsto l'ascolto deve essere preparato dal giudice con le parti e, prima di fissare l'ascolto medesimo, occorre che questo illustri in modo completo ai genitori e ai difensori, in una apposita precedente udienza, le finalità dell'ascolto e le modalità con cui si svolgerà l'incontro tra il minore e il giudice. Altro nodo processuale sciolto dalla l. 219/2012 riguarda la partecipazione della parti, del difensore, del curatore e del pubblico ministero e dei poteri riconosciuti al giudice. Al giudice è concesso ampio potere discrezionale nel valutare l'opportunità della partecipazione di tali soggetti all'ascolto. Non viene quindi a configurarsi una lesione del principio del contraddittorio nel caso in cui le dichiarazioni del minore vengano raccolte dal giudice senza la presenza delle parti proprio perché l'ascolto del minore deve rispondere esclusivamente alla necessità di rendere effettivo il suo diritto ad esprimere liberamente e direttamente al giudice le proprie opinioni, ad essere informato sulla natura del procedimento che lo coinvolge e sulle conseguenze delle decisioni che possono essere assunte. I generali principi del processo civile saranno, come osservato dalla stessa Cassazione, osservati e interpretati alla luce del superiore interesse del minore. D'altro canto, l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo consente che l'ascolto abbia luogo anche in privato legittimando

relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Diritto famiglia e persone*, 2011, 1004.

²⁹ M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; M. Dogliotti, *Nuova filiazione: delega al governo*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 279 ss.

³⁰ G. Campese, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo.*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 966.

³¹ M. Togliatti, *L'ascolto del minore. Linee guida*. www.minori.it

la prassi relativa allo svolgimento dell'ascolto in assenza dei genitori e/o dei difensori che, come sottolineato, potrebbero interferire sulle finalità e sul buon esito dell'ascolto. La riforma interviene facendo luce anche sulla verbalizzazione dell'incontro con il minore. L'art. 336-bis prevede infatti che di quanto emerso dall'ascolto sia redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero sia effettuata registrazione audio video. Dall'ascolto il giudice sicuramente trarrà elementi per la formazione del proprio convincimento in ordine a fatti rilevanti per la causa ma questo non è sufficiente alla sua qualificazione come mezzo istruttorio. Se l'ascolto fosse qualificato come mezzo istruttorio effettivamente diventerebbe problematico escludere le parti processuali dalla sua assunzione. Sembra allora da condividere l'opinione di coloro che sostengono che l'audizione sia da considerarsi mezzo indirettamente strumentale all'acquisizione di elementi di decisione che va a realizzare il diritto del minore a far sentire la propria voce e che consente al giudice di stesso di conoscere il diretto destinatario delle sue decisioni. Queste saranno assunte nel rispetto delle emozioni espresse dal minore, tenendo conto delle sue opinioni, e dando così corpo e spessore concreto al preminente interesse del minore, criterio guida di ogni decisione che lo riguarda. L'audizione diventa quindi oggi condizione di procedibilità del giudizio e può essere omessa solo con espressa motivazione per le ragioni di cui all'art. 336-bis, salva l'ipotesi prevista dall'art. 337-octies, qualora il giudice non ne ravvisi l'opportunità o la necessità, ritenendolo contrario all'interesse del minore o manifestamente superfluo, come sottolineato dalla stessa Cassazione. L'eventuale omissione immotivata dell'audizione è stata dalla già per il passato ritenuta causa di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, in quanto vizio insanabile (Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238). Successivamente la Cassazione è tornata sul tema stabilendo che costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali (Cass., 17 maggio 2012, n. 7773). Altra recente sentenza della Cassazione, la n. 5847 dell'8 marzo 2013, ha affermato che l'ascolto dei figli minori, che abbiano compiuto i 12 anni e anche di età inferiore ove capaci di discernimento, costituisce un adempimento necessario nelle procedure relative al loro affidamento, con la conseguenza che la violazione di tale obbligo nel primo grado del giudizio è causa di nullità della sentenza, che può essere fatta valere nei limiti e secondo le regole fissate dall'art. 161 c.p.c. e, dunque, è deducibile con l'appello. Pertanto, ove il minore non sia stato ascoltato dal Giudice istruttore nel corso del procedimento di primo grado, la relativa nullità può essere fatta valere o dal Collegio, dopo la rimessione della causa in decisione, ovvero in sede di impugnazione della sentenza, in base ai principi generali. Nella prima ipotesi, pertanto, la causa sarà rimessa sul ruolo avanti al Giudice istruttore per l'espletamento dell'incombente; nella seconda ipotesi, non ricorrendo alcuna delle ipotesi tassative di rimessione dalla causa in primo grado, la Corte di Appello dovrà annullare il provvedimento impugnato e procedere essa stessa all'ascolto della prole minore. Con successiva sentenza, la n. 6645 del 15 marzo 2013, la Cassazione ha ribadito che, in una causa di separazione dei coniugi, quando si debba decidere in ordine all'affidamento del figlio minore, quest'ultimo non possa e non debba essere ascoltato quando, tenuto conto dell'età, delle condizioni e dei disagi già manifestati dallo stesso, sussista il rischio di coinvolgimento emotivo nella controversia dei genitori, con inevitabili e conseguenti ripercussioni emotive ulteriormente perturbanti per il minore. Per ragioni di economia processuale, si ritiene che il giudice debba fornire motivazione anche dell'eventuale diniego alla partecipazione all'ascolto dei parenti, dei difensori e del curatore, al fine di evitare impugnazioni per difetto di motivazione. Anche in queste ipotesi appare necessaria, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, l'adozione di modalità procedurali che salvaguardino in senso atecnico il contraddittorio e il diritto di difesa delle parti, anche perché il compimento di qualsiasi atto processuale è soggetto in ogni caso ai principi del giusto processo enunciati dall'art. 111 Cost. Il contraddittorio tra le parti e i rispettivi difensori, qualora non abbia luogo all'atto dell'ascolto, verrà recuperato in un momento precedente o successivo all'ascolto stesso. E' possibile che il giudice in un'apposita udienza o in un momento anteriore al colloquio con il minore inviti le parti a indicare le tematiche più rilevanti sulle quali

esse chiedono che venga sentito il minore. In questa sede vengono definite le modalità di ascolto del minore in modo tale da individuare una procedura quanto più possibile condivisa e adeguata alla peculiarità del caso concreto. Anche anteriormente alla riforma, prima dell'ascolto del minore veniva individuata la forma di documentazione dell'incombente. Questa può consistere normalmente in una verbalizzazione riassuntiva, ma in casi di particolare delicatezza e complessità il giudice può disporre modalità specifiche di documentazione (fonoregistrazione e videoregistrazione in particolare). E' ovviamente di importanza fondamentale che, in qualsiasi forma si concretizzi, la verbalizzazione avvenga in maniera più possibile oggettiva e scevra di valutazioni. Il pieno esercizio del diritto di difesa deve essere assicurato alle parti, oltre che anteriormente al colloquio con il minore, anche successivamente al suo svolgimento. Il contraddittorio posticipato viene realizzato mettendo tempestivamente a disposizione delle parti la documentazione relativa all'ascolto e riconoscendo a ciascuna parte il diritto di formulare deduzioni, osservazioni e richieste istruttorie a riguardo.

8.-I protocolli d'intesa

A fronte della laconicità della normativa, si è andata sempre più diffondendo presso gli uffici giudiziari la prassi dei cd. protocolli, funzionali alla individuazione di una disciplina organica ed omogenea delle modalità di ascolto. Si tratta di intese che definiscono a livello di singolo tribunale o distretto un insieme di regole concordate tra avvocati e magistrati con il supporto di organismi e associazioni forensi nonché con l'apporto di esperti della materia³². Va chiarito che i protocolli non alcuna rilevanza giuridica. Si tratta piuttosto di documenti informativi di fonte meramente privata la cui osservanza è unicamente volontaria sì che la loro violazione non comporta né vizi processuali né conseguenze disciplinari sia per i magistrati che per gli stessi avvocati che li hanno disattesi. Tali protocolli costituiscono individuazione di prassi applicative condivise tra i firmatari e da loro indicate agli appartenenti alle rispettive categorie come paradigmatiche e virtuose. Se sottoscritti da istituzioni con potere disciplinare nei confronti di aderenti o iscritti (come ad es. i Consigli dell'Ordine degli Avvocati), costituiscono interpretazione autentica di comportamenti conformi (o difformi) al codice deontologico. I protocolli non possono, inoltre, risultare in contrasto con i principi di legge come interpretati dalla giurisprudenza: quindi, ad es., non possono prevedere in via astratta e generale limitazioni al diritto di ascolto del minore, o disporre sempre e solo l'ascolto indiretto oppure ancora escludere in via generale, astratta e preventiva, i difensori dall'ascolto con limitazione del contraddittorio e dei diritti di difesa, fermo restando che il giudice può prevedere specifiche modalità di ascolto in ragione delle esigenze di quello specifico minore (che può avere anche quasi 18 anni). E' indubbia la valenza persuasiva dei protocolli nei contesti nei quali questi sono adottati: i difensori, di fatto, a fronte di un protocollo seppur non condiviso, finiranno per sentirsi indotti ad adottare comportamenti conformi; altrettanto si dica per i giudici che tenderanno ad osservare quanto previsto seppur privo di una effettiva vincolatività normativa. E' naturale chiedersi se ciò sia conforme ai principi del giusto processo e se questa frammentazione della prassi non risulti inopportuna e scorretta. Non è un caso, infatti, che molti uffici giudiziari, tra cui quello di Napoli, abbiano preferito non adottare alcun protocollo in materia, lasciando alla discrezionalità del singolo magistrato l'individuazione delle modalità di ascolto del minore. Sulla questione, tutt'ora aperta, della rilevanza dei protocolli adottati per disciplinare l'ascolto del minore è intervenuta, seppure in un obiter dictum, la Cassazione (Sent. 11687/12) che richiama tali atti mostrando di darne una valutazione essenzialmente positiva, finendo così per legittimarne il ricorso. Il fenomeno dei protocolli si inserisce indubbiamente nell'ambito del generale favore mostrato dalla Corte e dallo stesso C.S.M. nei confronti di prassi uniformi e virtuose in tema di giustizia civile adottate di concerto con l'avvocatura e con gli operatori del settore (in particolare psicologi, assistenti sociali, ecc.). Si tratta in molti casi di lavori pregevoli nati con l'intento di colmare lacune

³² G. Campese, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 966; sul tema anche Cassazione, 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 1839, con nota di G. Casaburi

normative (in specie, l'art. 155 sexies, oggi abrogato e del tutto deficitario relativamente alle modalità di ascolto del minore). Non mancano però rilevanti aspetti di criticità che la stessa Corte sembra aver trascurato. La maggior parte delle disposizioni contenute nei protocolli risultano generiche e di scarso rilievo operativo: sono frequenti gli inviti alla "collaborazione", alla "buona volontà", alla conoscenza degli atti. Non mancano disposizioni volte a garantire la serenità e la riservatezza del minore, anche se in molti casi queste si traducono in minuziose descrizioni dell'arredamento dell'aula d'ascolto, degli orari di svolgimento dello stesso, ecc. Sono inoltre frequenti, malgrado le intenzioni degli autori, previsioni giuridicamente pericolose che possono comportare gravi vizi processuali determinando una vera e propria violazione dell'autonomia decisionale del magistrato. Ne consegue un giudizio fatto di luci ed ombre; da un lato si riconosce l'utilità dei protocolli e dei loro contenuti in un'ottica suppletiva della normativa e di necessaria, o quanto meno auspicabile, omogeneità nelle modalità di ascolto del minore, dall'altro se ne sottolineano i limiti contenutistici e ancor di più la contrarietà al principio costituzionale secondo cui il giudice è sottoposto soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Gli aspetti ai quali si è fatto riferimento nella stesura dei singoli protocolli delle diverse sedi di giudizio sono i seguenti:

- Tipologia dei procedimenti nei quali è obbligatoria l'audizione
- Audizione del minore dodicenne ed infradodicenne
- Soggetti dell'audizione (Giudice, ausiliario, consulente, giudice onorario)
- Tempi, modalità e luogo dell'audizione
- Presenza delle parti, difensori e curatore speciale
- Diritto all'informazione del minore
- Verbalizzazione
- Ascolto del minore in sede di CTU
- Esclusione dell'audizione
- Doveri degli avvocati dei genitori.

9.-Articolo 38-bis disposizioni di attuazione del Codice Civile

Prendendo atto di quanto generalmente previsto nei numerosi protocolli d'intesa e invalso nella prassi dei Tribunali, l'art. 336-bis ha, come già osservato, dettato delle seppur minime norme procedurali per lo svolgimento dell'ascolto. Il principio generale che emerge è che solo il giudice, ed eventualmente il suo ausiliario se nominato, vi partecipino di diritto, mentre parti, difensori, curatore del minore e genitori soltanto se vengono espressamente autorizzati al fine di garantire la massima spontaneità all'adempimento e tutelare il minore da possibili condizionamenti³³. Il legislatore, dando una veste giuridica alle frequenti prassi applicative e alle numerose esperienze dei Tribunali, è intervenuto sull'argomento introducendo l'art. 38-bis disp. att. c.c. nel quale si prevede che "quando la salvaguardia del minore è assicurata con idonei mezzi tecnici, quali l'uso di un vetro specchio unitamente ad impianto citofonico, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero possono seguire l'ascolto del minore in luogo diverso da quello in cui egli si trova, senza chiedere l'autorizzazione del giudice prevista dall'articolo 336-bis secondo comma del codice civile." In molti Tribunali, nel silenzio della normativa previgente, erano già state create numerose "aule di ascolto" al fine di contemperare i contrapposti interessi del minore a che l'ascolto avvenisse in un contesto sereno e protetto e laddove le dichiarazioni potessero essere rese in modo quanto più possibile spontaneo e privo di influenze esterne, e d'altro canto che fosse garantito il rispetto del principio del contraddittorio non soltanto differito. L'aula di ascolto è solitamente divisa in due locali: un primo dove si svolge l'ascolto del minore alla presenza del giudice ed eventualmente dell'ausiliario da lui nominato, e un secondo dove sono presenti gli altri attori del procedimento (difensori, pubblico ministero, curatore del minore e lo stesso giudice qualora egli ritenga preferibile che il colloquio con il minore sia condotto esclusivamente

³³ M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014

dall'ausiliario in ragione dell'età o delle particolari condizioni psico-fisiche dello stesso). Le due aule sono separate da un vetro specchio e fornite di un impianto citofonico in modo tale da permettere a chi si trova nella stanza attigua di seguire il colloquio con il minore senza che questi possa vedere chi si trova al di là del vetro. L'art. 38-bis disp. att. prevede quindi che, laddove tali accorgimenti tecnici siano presenti e, quindi, sussista una necessaria separazione fisica tra il minore e gli altri attori del procedimento, i difensori, il pubblico ministero e il curatore del minore possano assistere senza previa autorizzazione all'ascolto. Tale presenza, per quanto silenziosa, sarà comunque utile al fine di rendere edotte le parti non solo delle dichiarazioni del minore, delle risposte date alle sollecitazioni dell'ausiliario o del giudice, ma anche e soprattutto di poter prendere visione degli atteggiamenti, del linguaggio non verbale, delle reazioni e del contegno del bambino che difficilmente può essere trasfuso fedelmente nelle verbalizzazioni. E' significativo che tra i soggetti ammessi a prendere visione dell'adempimento il legislatore non abbia incluso i genitori: tale scelta appare condivisibile per il diverso ruolo rivestito dal genitore nella vita del minore rispetto alle altre figure processuali dei difensori, del pubblico ministero e del curatore. La presenza dei genitori, in quanto potenziale fonte di pressione sul bambino, dovrà sempre essere vagliata caso per caso dal giudice e sarà espressamente autorizzata solo laddove non vada ad inficiare il sereno svolgimento del colloquio. E' comunque riconosciuto al giudice un ampio potere di direzione dell'udienza, tale che egli, anche in presenza di adeguati strumenti tecnici, possa escludere con un apposito provvedimento adeguatamente motivato la possibilità che i vari attori del procedimento possano parteciparvi seppur in forma filtrata. Dal confronto tra l'art. 336-bis e 38 disp. att. emerge chiaro il mutamento di prospettiva: qualora manchino idonei accorgimenti tecnici la partecipazione di altri soggetti al colloquio deve ritenersi esclusa, salvo autorizzazione espressa del giudice. L'art. 38-bis disp. att. fa riferimento in maniera generica agli "adeguati mezzi tecnici" per garantire l'ascolto protetto del minore: accanto alle già presenti in molti contesti "aule per l'ascolto" fornite di vetro specchio e spesso arredate in modo da risultare più accoglienti e familiari per il bambino, non si esclude che possano essere adottate anche altre modalità altrettanto idonee alla salvaguardia del minore e in grado di assicurare una separazione fisica tra il minore e gli altri soggetti del procedimento. Il legislatore non è parimenti intervenuto sulla possibilità di videoregistrazione del colloquio. Alcuni Tribunali sono forniti di impianti che la consentono e rientra nei poteri del giudice di direzione dell'udienza la possibilità che questa sia autorizzata e conservata. Non sarebbe sicuramente ipotizzabile una possibile violazione della legge sulla tutela dei dati personali, trattandosi in questo caso di un adempimento processuale destinato ad un utilizzo esclusivamente giudiziale. Il rendere edotto, come necessariamente previsto dalla legge, il minore della videoregistrazione delle proprie dichiarazioni, potrebbe comportare una perdita di spontaneità delle stesse. Tale rischio è però bilanciato dall'indubbio vantaggio di conservare memoria dell'adempimento e dell'effettiva portata delle dichiarazioni in misura sicuramente più veritiera di quanto accadrebbe con una semplice verbalizzazione. Inoltre vi sarebbe l'ulteriore vantaggio di garantire la percezione diretta delle affermazioni del minore anche nel caso in cui vi sia un mutamento del giudice nel corso del processo, così come, qualora il procedimento si articoli in più gradi, la presenza della videoregistrazione del colloquio permetterebbe di valutare l'evoluzione della situazione del minore. Da quanto fin qui evidenziato, emerge la necessità di interventi normativi più specifici sul tema, accompagnati e supportati da un'adeguata riflessione interdisciplinare che veda coinvolti tutti gli operatori del settore, dai magistrati, ai difensori, ai consulenti, al fine di assicurare un utilizzo ottimale delle dichiarazioni rese dal minore, garantendogli sempre la massima serenità e protezione

10.-Profili psicologici dell'ascolto

La specificità del settore del diritto minorile e la complessità delle modalità di ascolto del minore, richiamano lo specialista alla necessità di ricordare che la psiche e l'organizzazione cognitiva di un minore non possono essere sovrapposte con quelle di un adulto. Infatti, l'organizzazione spazio temporale e mnemonica del minore, le modalità di esprimersi e la formazione dei ricordi, in

riferimento alla prima e seconda infanzia, sono specifiche della fase evolutiva in cui il minore si trova e l'osservazione diretta diventa prioritaria per comprendere e cogliere il senso delle emozioni, dei sentimenti e degli affetti oltre che la qualità del funzionamento (organizzato o disorganizzato) dei meccanismi di difesa dell'Io. Nell'incontro con il minore è necessario instaurare una relazione empatica che permetta di comprendere l'espressività e il linguaggio del bambino, il suo modo di entrare in rapporto con le cose e le persone, il livello di integrazione fra realtà e fantasia, avendo consapevolezza che, specie se in età prescolare, possono attivarsi profondi processi transferali e controtransferali. Sarà necessario ascoltare il minore tenendo conto della sua personalità, del suo sviluppo psichico ed evolutivo, della qualità affettiva e dei meccanismi difensivi che utilizza, delle eventuali alterazioni cognitive e affettive e dell'esame di realtà, naturalmente in riferimento all'età di appartenenza con particolare attenzione a evidenziare la sussistenza di eventuali situazioni cliniche di disagio e di malessere psicologico eventualmente correlabile con la problematica giudiziaria che ha portato al suo ascolto, come per esempio una separazione dei genitori fortemente conflittuale, maltrattamenti o abusi sessuali. In mancanza di un quadro normativo esaustivo di riferimento, è possibile in questa sede ricordare schematicamente una serie di raccomandazioni messe a punto dall'Associazione Italiana di Psicologia Giuridica e riprese in molti protocolli elaborati dagli uffici giudiziari italiani³⁴:

- il minore deve essere informato (preferibilmente dai genitori o dal suo curatore/tutore) in precedenza dell'incontro con il giudice e delle condizioni del suo svolgimento;
- il minore non deve subire, quando convocato, lunghe attese (bisogna in tal senso rispettare orari e tempi che non devono essere troppo prolissi in relazione alle sue capacità attentive, che non sono di lunga tenuta);
- il minore non deve essere incontrato in luoghi spersonalizzati o a lui non adatti (in quanto spesso o troppo affollati o al contrario desolati);
- il minore deve essere messo a proprio agio, pertanto è necessario lavorare accuratamente sulla sua accoglienza. Il giudice deve presentarsi puntualmente e adeguatamente nonché informarlo sulle motivazioni per cui ha richiesto l'incontro;
- è preferibile che il minore interagisca con un unico interlocutore, che possa essere chiaramente identificato (giudice o suo delegato) e che possibilmente rimanga suo referente nel tempo;
- il minore non deve essere ingannato in relazione alla possibilità che il giudice possa mantenere il segreto sul suo ascolto, in quanto parte integrante del giudizio;
- il minore deve avere spazio/tempo per potere raccontare, e in tal senso il giudice deve mettersi in una posizione di "ascolto attivo" e formulare le sue domande solo dopo aver instaurato con lui un rapporto fiduciario;
- il minore deve essere approcciato attraverso un linguaggio semplice e il più possibile adeguato alla sua età, evitando termini giuridici/psicologici da parte di chi lo ascolta che creano distanza;
- il minore non va in alcun modo pressato, ossia non bisogna tentare di far dire al bambino qualcosa che possa confermare ciò che chi ascolta già crede, conosce, o desidera;
- al minore deve essere spiegato, alla fine del suo ascolto, il significato che ha avuto l'incontro con chi l'ha sentito e per quanto possibile, che la natura e il contenuto delle decisioni che lo riguarderanno, terranno conto di quanto da lui detto, ma potranno essere diverse.

Abstract: Il presente scritto intende fornire una panoramica sugli aspetti di maggiore rilievo relativi al tema dell'ascolto del minore. In particolare, dopo un breve cenno introduttivo sullo stato attuale della normativa internazionale, comunitaria e nazionale in materia, ci si soffermerà sul tema dell'ascolto inteso come diritto soggettivo riconosciuto in capo al minore e sui profili giuridici attinenti alla capacità di discernimento. Si porrà l'attenzione, inoltre, su quelle che sono, ad oggi, le modalità con cui nei tribunali si procede all'audizione del minore e sulle implicazioni procedurali

³⁴ P. Pazè, *L'ascolto del bambino*. Convegno Nazionale sull'ascolto del minore, CSM, Roma, 20-24 giugno 2011. Sul punto anche R. Maltese, *L'ascolto del minore: diritto e opportunità*. In Aa. Vv. (a cura di), *L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, CSM, UNICEF, Roma, 2011

che ad essa si accompagnano. Si farà un breve cenno ai protocolli di intesa che, già prima della riforma, sono stati da molti tribunali adottati al fine di chiarire quelle che erano già prassi consolidate ed infine si farà cenno a quelli che sono i profili psicologici e le raccomandazioni poste dall'Associazione Italiana di Psicologia Giuridica al fine di garantire al minore la massima tutela.

The aim of the work above is to provide a survey of the most prominent aspects concerning the hearing of minors. After a short introduction to state of art of the national, international and European law concerning the issue above, the hearing will be dealt with as a subjective right acknowledged to the minor, along with the judicial features related to his/her capacity of discernment. The procedures so far used in courts for the auditions of minors and the related procedural implications will be examined. The memoranda of understanding which were adopted by many courts even before the reform will be briefly described in order to point out how the customary procedures were subsequently incorporated in the reform. The psychological outlines and the recommendations of the Italian Association of Legal Psychology whose aim is to provide the minor with the best care and protection will be finally taken into account.