

## **L'ASCOLTO DEL MINORE DOPO IL D.LGS. N. 154/2013: ANCORA PROBLEMI.**

### **PREMESSA.**

Il **decreto legislativo n. 154 del 2013**, entrato in vigore il 7 febbraio scorso, ha introdotto varie modifiche in materia di ascolto del minore. In particolare:

- l'art. 53 ha introdotto nel codice civile **l'art. 336 bis**, avente a oggetto le modalità di ascolto del minore, cui si collega **l'art. 38 bis delle disposizioni di attuazione del codice civile**, anch'esso introdotto dall'art. 96 del d.lgs. n. 154/2013;

- l'art. 106 ha abrogato gli articoli da 155 bis a 155 sexies del codice civile e l'art. 55 li ha sostituiti con gli **articoli da 337 bis a 337 octies**, che formano il **nuovo Capo II** (intitolato **“esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito dei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”**) del **Titolo IX**, di cui pure è stata sostituita la rubrica (prima **“Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio”**, ora **“Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio”**) e in cui è stato inserito anche il **Capo I**, intitolato **“Dei diritti e doveri del figlio”**; di questi nuovi articoli, **l'art. 337**

**octies** riproduce l'art. 155 sexies in tema di ascolto del minore, aggiungendo però un periodo nel finire primo comma.

Queste disposizioni in tema di ascolto del minore non sono del tutto nuove, poiché il legislatore era già intervenuto in precedenza sull'argomento in due occasioni.

La prima occasione è stata con **la legge n. 54/2006**, meglio nota come "legge sull'affido condiviso", che appunto aveva inserito il poi abrogato **art. 155 sexies**, rubricato "**Poteri del giudice e ascolto del minore**", ai sensi del quale, 1° comma, il giudice "Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria", dei provvedimenti in materia di affidamento, poteva "assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova" e disporre l'audizione del figlio minore che avesse compiuto "gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento". La norma, già all'epoca, per effetto **dell'art. 4, secondo comma, legge n. 54/2006**, era applicabile non solo ai procedimenti di separazione, ma anche a quelli di scioglimento, di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati (il caso non previsto era quello dell'annullamento del matrimonio, che invece adesso ritroviamo nella rubrica del Capo II del Titolo IX, nonché nell'art. 337 bis, che ridisegna il campo di applicazione del Capo II).

La seconda occasione è stata con la **legge di revisione della filiazione, la n. 219/2012**, che ha introdotto **l'art. 315 bis**, il quale prevede il diritto del minore, che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di di-

scernimento, “di essere ascoltato in tutte le procedure e le questioni che lo riguardano”.

Ora, volendo analizzare queste norme, conviene partire da un punto fermo, che è il seguente: l’obbligo dell’ascolto del minore nelle procedure in cui si deve decidere sull’affidamento dei figli affonda le sue radici non tanto nell’art. 155 sexies, che l’art. 4 della legge n. 54/2006 dichiarava applicabile alle varie ipotesi di rottura dell’unità familiare (per separazione, divorzio, cessazione della convivenza di fatto, per nullità del matrimonio), quanto nella normativa internazionale ed europea. Precisamente:

1) la **Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo**, ratificata con **legge n. 176 del 27 maggio 1991**;

Art. 3.

1. **In tutte le decisioni relative ai fanciulli**, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, **dei tribunali**, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, **l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.**

.....

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.**

2) la **Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull’esercizio dei diritti da parte dei minori**, ratificata con **legge 20 marzo 2003 n. 77**;

Articolo 3

Ad un fanciullo che e' considerato dal diritto interno come **avente un discernimento sufficiente**, sono conferiti nelle procedure dinnanzi ad una autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare:

- a) **ricevere ogni formazione pertinente;**
- b) **essere consultato ed esprimere la sua opinione;**
- c) **essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle sue eventuali conseguenze di ogni decisione.**

#### Articolo 6

Nelle procedure che interessano un fanciullo, l'autorità giudiziaria, prima di adottare qualsiasi decisione deve:

- a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti in vista di prendere una decisione **nell'interesse superiore del fanciullo** e se del caso, ottenere informazioni supplementari in particolare da parte di coloro che hanno responsabilità di genitore;
- b) quando il fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, l'autorità giudiziaria:
  - si accerta che il fanciullo abbia ricevuto ogni informazione pertinente;
  - **consulta personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso;**
  - consente al fanciullo di esprimere la sua opinione;
- c) **tenere debitamente conto dell'opinione espressa da quest'ultimo.**

3) il **Regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale**, c.d. Bruxelles 2 bis, che ha abrogato il regolamento CE n. 1347/2000;

#### ARTICOLO N.23

Motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale

**Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti:**

- a) se, tenuto conto dell'**interesse superiore del minore**, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;
- b) **se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto;**

.....

4) la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000**, detta anche **Carta di Nizza**;

Articolo 24  
Diritti del bambino

1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. **Essi possono esprimere liberamente la propria opinione**; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano **in funzione della loro età e della loro maturità**.  
2. 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**.

Dall'attenta lettura della normativa sovranazionale elencata si ricavano almeno sei principi fondamentali in tema di ascolto del minore:

**1° principio:** il diritto del minore, capace di discernimento, di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda, anche all'interno di ogni procedura giudiziaria o amministrativa ➤ v.si tutti gli articoli sopra riportati;

**2° principio:** il diritto del minore di essere ascoltato direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato ➤ art. 12, comma 2, Convenzione New York;

**3° principio:** il diritto del minore di essere informato su ciò che sta accadendo e sulle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e di ogni decisione ➤ art. 3 Convenzione di Strasburgo;

**4° principio:** l'obbligo dell'autorità giudiziaria di ascoltare personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata ➤ art. 6 Convenzione di Strasburgo;

**5° principio:** l'obbligo dell'autorità giudiziaria di non procedere all'ascolto del fanciullo quando ciò sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso ➤ art. 6 Convenzione di Strasburgo;

**6° principio:** l'obbligo dell'autorità giudiziaria di tenere debitamente conto dell'opinione espressa dal minore ➤ v.si tutti gli articoli sopra riportati.

Queste norme erano e sono immediatamente precettive e non meramente programmatiche. A sostenere questo era non soltanto la maggioranza degli interpreti, ma anche la **Corte Costituzionale con la sentenza 30 gennaio 2002 n. 1**, che ha integrato, in via esegetica, la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c. La Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 336, secondo comma, c.c., agli artt. 2, 3, 31 e 111 Cost., nella parte in cui la norma non prevedeva che, nei procedimenti modificativi o ablativi della potestà genitoriale, fosse sentito il minore ultradodicesenne, o, qualora ritenuto opportuno, anche di età inferiore. La questione di costituzionalità fu rigettata ma la Corte fornì importanti indicazioni su quello che era da considerarsi l'assetto normativo interno a fronte del recepimento da parte dello Stato Italiano dei provvedimenti soprannazionali elencati sopra. In particolare, dopo aver affermato che le norme dettate dalla Convenzione di New York del 1989, recepite dallo Stato con legge n. 176/1991, erano da ritenersi dotate di efficacia imperativa nell'ordinamento interno, la Corte statui chiaramente che l'art. 12 della citata Convenzione era idoneo ad "integrare" il disposto dell'art. 336 c.c., non soltanto in termini d'obbligo di audizione del minore da parte del giudice, ma ad-

dirittura riconoscendo al bambino la qualità di “parte” del procedimento, conseguendone la necessità di contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di curatore speciale a norma dell’art. 78 c.p.c..

Successivamente, anche le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 21 ottobre 2009 n. 22238**, affermarono, in relazione all'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, ratificata dalla legge n. 77 del 2003, e all'art. 155 sexies c.c., introdotto dalla Legge 8 febbraio 2006 n. 54, che era necessaria l'audizione del minore del cui affidamento doveva disporsi, salvo che tale ascolto potesse essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori tale da giustificare l'omesso ascolto, e che l'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardavano, e in ordine al loro affidamento ai genitori, era divenuta obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003 (così anche Cass. 16-4-2007 n. 9094 e 18-3-2006 n. 6081).

Nonostante questo, i nostri giudici hanno continuato a percepire l'ascolto del minore, nelle cause di separazione e divorzio, o nelle procedure di modifica delle condizioni, come mera facoltà, e non certo come obbligo (perlopiù disponendolo nei casi di assoluta necessità, o qualora vi fosse stata motivata richiesta da parte dei genitori o del minore stesso). Ciò in ossequio a quanto previsto dall'**art. 4, comma 8, legge n. 898/1970 sul divorzio**, il quale, nel disciplinare la comparizione dei coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale,

prevedeva che all'*audizione* dei figli minori si dovesse in tale sede procedere solo se *strettamente necessario anche in considerazione della loro età* (e così anche nel successivo **art. 6 , comma 9**, riguardante più specificatamente l'affidamento della prole). Di fatto, però, oltre al dato formale delle incertezze interpretative generate dalla coesistenza di queste disposizioni di diritto interno e la normativa internazionale, vi era, da una parte, un atteggiamento protezionistico verso i minori, ritenuto che il loro coinvolgimento nel processo fosse traumatico, e, dall'altra, la convinzione che non vi fosse la necessità, riguardo a decisioni che si prendevano sulla vita dei minori, di ascoltare le loro opinioni e che il tutto rientrasse nelle facoltà discrezionali, e insindacabili, del giudice, unico baluardo, nel processo, a tutela dei diritti del bambino.

### **L'ART. 155 SEXIES C.C..**

A fronte della normativa sovranazionale indicata, l'introduzione dell'art. 155 sexies per opera della legge sull'affido condiviso non aveva altro pregio se non quello di porre fine all'atteggiamento di chiusura verso l'ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio. A parte questo, infatti, la norma si presentava sibillina e lacunosa.

Sibillina in considerazione della formula resa dal legislatore, il quale, utilizzando l'indicativo presente per attribuire al giudice il compito di disporre l'audizione del minore (*Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore* ...), poneva un problema interpretativo là dove, per un verso, sembrava sot-



tendere un obbligo per il giudice di disporre l'ascolto del minore, ma, per un altro verso, pareva accordare al giudice una mera facoltà di disporlo o meno.

A favore di quest'ultima interpretazione, più liberale, era chi riteneva che imporre come obbligatoria l'audizione del minore comportasse unicamente un'ingiustificata sofferenza per lo stesso, oltre che un inutile dispendio di energie processuali, soprattutto in presenza di un accordo tra genitori e non rilevando il giudice un motivo per discostarsi da esso (F. Danovi, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Diritto di Famiglia*, 2007, 4, 1883).

**Questa tesi, però, non convinceva e non doveva convincere perché non in linea, formalmente, con la funzione dell'ascolto del minore quale risulta(va) dalla normativa sovranazionale e, sostanzialmente, col fatto che la moderna psicologia riconosce invece il bambino come soggetto competente.**

Tuttavia, anche intendere la norma in modo rigido, come indicativa dell'obbligo del giudice di ascoltare il minore ultradodocenne e anche il minore infradodocenne se capace di discernimento, appariva non soddisfacente per due ragioni.

In primo luogo, perché era illogico ritenere che la presunzione della sussistenza della capacità di discernimento in capo al minore ultradodocenne fosse una presunzione iuris et de iure, considerato che vi possono essere dei casi di minore ultradodocenne che non ha una capacità di discernimento consona

all'età (pensiamo, ad esempio, al minore affetto da un grave deficit cerebrale, o in stato vegetativo per una grave malattia).

In secondo luogo, perché potevano sussistere controindicazioni all'audizione del minore capace di discernimento (ad es., in presenza di elementi tali da far ritenere che l'ascolto avrebbe rappresentato per il minore un momento di destabilizzazione e sofferenza). In questi casi, invero, considerato che la finalità ultima della norma era di tutelare il superiore interesse del minore a un sano e armonico sviluppo psicofisico, sarebbe stato paradossale che proprio una norma del genere potesse trasformarsi in un possibile strumento di lesione allo sviluppo psichico del medesimo soggetto che mirava a proteggere.

Ecco quindi che parve più opportuno -del resto in linea con la normativa sovranazionale, che pone l'ascolto del minore come momento processuale necessario, derogabile solo in considerazione dell'interesse superiore dello stesso- interpretare la norma al pari di un monito per il giudice: non omettesse il giudice di disporre l'ascolto, salvo motivare che l'ascolto non sarebbe stato possibile per mancanza di capacità di discernimento (anche con riferimento al il minore ultradodicesimo) o sarebbe stato di pregiudizio per il minore. La norma, dunque, fu intesa nel senso di prevedere l'obbligo per il giudice di disporre l'audizione del minore anche ex officio, salvo che l'audizione non fosse stata possibile per mancanza di discernimento o per contrarietà al superiore interesse del minore (anche ultradodicesimo) e ciò fosse stato motiva-

to (data la qualifica del minore come parte in senso sostanziale, come già aveva affermato anche la Corte Cost. con la sentenza n. 1/2002).

Quest'ultima interpretazione fu fatta propria in tutte le sue affermazioni dalle

**Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 22238 del 21-**

**10-2009:**

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

⇒ ***È obbligatoria l'audizione del minore, dotato di discernimento nelle procedure giudiziarie aventi a oggetto il suo affidamento, salvo che la stessa possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali.***

Esauriva è anche **Cass. n. 6645 del 15-3-2013:**

*In una causa di separazione dei coniugi, quando si debba decidere in ordine all'affidamento del figlio minore, **quest'ultimo non deve essere ascoltato quando, tenuto conto dell'età, delle condizioni e dei disagi già manifestati dallo stesso, sussiste il rischio di coinvolgimento emotivo nella controversia dei genitori, con inevitabili e conseguenti ripercussioni emotive ulteriormente perturbanti per il minore.***

In conclusione, anche per la Cassazione era la tutela del superiore interesse del minore a dover guidare i Giudici nel valutare l'opportunità del suo ascolto: quest'orientamento è costante sin dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 22238 del 21-10-2009.

Ciò chiarito, rimanevano comunque numerose lacune della norma, che non indicava:

1) la **funzione dell'ascolto**, questione non di poco conto in considerazione del dover capire se si trattava di un mezzo istruttorio oppure no, nel primo caso dovendosi garantire il contraddittorio delle parti;

☞ il punto trovò una soluzione grazie all'intervento della giurisprudenza di merito e di legittimità; a titolo esemplificativo si citano:

- **Tribunale di Messina, Sezione I, 10-2-2009:**

*L'ascolto del minore non serve a raccogliere esternazioni anche estemporanee di volontà, né a indirizzare il provvedimento secondo il momento, ma **ad assumere elementi di valutazione, nel contesto di tutti gli atti di causa, dei reali bisogni del minore e dei suoi interessi;***

- Cass. 15-5-2013 n. 11687:

*Il giudice ha l'obbligo di sentire i minori in tutti i procedimenti che li concernono, al fine di **raccogliarne le opinioni, le esigenze e la volontà ....***

2) **le conseguenze del mancato ascolto**, per tale intendendo non solo l'omissione tout court dell'incombente, ma anche la sua esclusione sulla base di una motivazione inconferente o apparente, vale a dire quando il giudice avesse affermato, senza aver proceduto ad alcun vaglio e approfondimento, che il minore era privo della necessaria capacità di discernimento, o che l'audizione potesse rivelarsi controproducente;

✎ il punto trovò una soluzione grazie all'intervento della giurisprudenza di legittimità, in particolare:

- Cass. Sez. Unite n. 22238 del 21-10-2009:

*La mancanza di motivata giustificazione produce la nullità del procedimento per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 cost., essendo il minore parte sostanziale del procedimento in quanto portatore di interessi contrapposti o, comunque, diversi da quelli dei genitori;*

- Cass. n. 7773 del 17-5-2012;

*il **mancato ascolto** del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali, costituisce **violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo;***

- **Cass. n. 5847 dell'8-3-2013;**

*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..***

Dunque, per la Cassazione, il mancato ascolto, cui era da equiparare la mancanza di una motivata giustificazione, violava i principi del contraddittorio e del giusto processo e tale vizio era causa di nullità della sentenza deducibile ai sensi dell'art. 161 c.p.c..

Pertanto, ove il minore non fosse stato ascoltato dal Giudice istruttore nel corso del procedimento di primo grado, la relativa nullità poteva 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, la causa sarà stata 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 doveva annullare il provvedimento impugnato e procedere essa stessa all'ascolto della prole minorenni.

**3) il diritto del minore ad essere informato sul procedimento, sul significato del suo ascolto e sulle conseguenze che ne potessero deriva-**

re, e comunque, ritenuto tale diritto sussistente in virtù della normativa sovranazionale, **le conseguenze della mancata informazione**;

☞ anche questo punto, però, trovò una soluzione grazie all'intervento della giurisprudenza di legittimità, in particolare da **Cass. 27-7-2007 n. 16753**:

***L'audizione, intesa come strumento per raccogliere le opinioni del minore avente un discernimento sufficiente, e a dare forma al diritto dello stesso a partecipare alla sua tutela attraverso un interlocutore che lo ascolta e che lo considera in ciò che dice, postula che il minore riceva le informazioni pertinenti ed appropriate con riferimento alla sua età ed al suo grado di sviluppo, a meno che tali informazioni non noccano al suo benessere.***

**4) l'obbligo del giudice di tenere conto degli esiti dell'ascolto del minore**

(obbligo in linea con la normativa sovranazionale);

☞ una soluzione, però, arrivo di nuovo dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare da **Cass. 15-5-2013 n. 11687**:

***L'imprescindibilità dell'audizione del minore, nei procedimenti che lo riguardano, non solo consente di realizzare la presenza nel giudizio del minore stesso, in quanto parte sostanziale del procedimento, ma impone anche che degli esiti di tale ascolto si tenga conto. Naturalmente le valutazioni del giudice, giacché doverosamente orientate a realizzare l'interesse del minore - che possono non coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate - potranno in tale caso essere difformi. Al riguardo l'onere della***

***motivazione - da parte del giudice - è direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al minore.***

- 5) la definizione di capacità di discernimento;
- 6) i criteri per accertare la capacità di discernimento;
- 7) con quali modalità accertare la capacità di discernimento;
- 8) la natura della presunzione operata dal legislatore in ordine alla sussistenza della capacità di discernimento in capo al minore ultradodicienne;
- 9) come procedere all'ascolto del minore, se in modo diretto o in modo indiretto;

☞ anche in questo caso una soluzione arriva dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare cito Cass. 15-5-2013 n. 11687:

*... siffatto obbligo - qualora particolari circostanze lo richiedano - può essere assolto anche indirettamente, attraverso una delega specifica a soggetti terzi esperti, inerente al dovere di informare il minore di tutte le istanze o scelte che lo concernono, al fine di acquisirne compiutamente la volontà;*

#### **10) quando ascoltare il minore.**

Queste lacune non erano certamente colmabili con l'applicazione analogica di altre norme interne, essendo l'ascolto del minore previsto in modo frammentario, laconico e altrettanto lacunoso.

A tal fine si ricordano:



- l'art. 145, comma 1, c.c. ✎ INTERVENTO DEL GIUDICE, che, nei casi di disaccordo dei genitori sull'indirizzo della vita familiare e sulla residenza della famiglia, prevede di sentire le opinioni dei figli ultrasedicenni;
- l'art. 147 c.c. ante d.lgs. n. 154/2013 ✎ DOVERI VERSO I FIGLI, che accanto ai doveri tradizionali dei genitori, discendenti dal matrimonio, di mantenere, istruire ed educare i figli, contemplava il dovere di *tenere conto dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*; la norma è stata poi modificata dall'art. 3 d.lgs. n. 154/2013, che ha aggiunto, tra i doveri dei genitori, anche quello di *assistere moralmente i figli* e di tenere conto anche *delle loro capacità*;
- l'art. 316, comma 5, c.c. ante d.lgs. n. 154/2013 ✎ ESERCIZIO DELLA POTESTÀ DEI GENITORI, che contemplava l'ascolto del minore ultraquattordicenne nei casi di contrasto tra i genitori nell'esercizio della potestà; la norma è stata poi modificata dall'art. 39 d.lgs. n. 154/2013, che ha modificato la rubrica in **RESPONSABILITÀ GENITORIALE** e previsto, per il medesimo caso, l'ascolto del figlio minore *che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*;
- l'art. 371 c.c. ante d.lgs. n. 154/2013 ✎ PROVVEDIMENTI CIRCA L'EDUCAZIONE E L'AMMINISTRAZIONE, prevedeva l'ascolto del minore che avesse compiuto gli anni 10 riguardo al luogo in cui doveva essere allevato o avviato agli studi e al lavoro; la norma è stata poi modificata dall'art. 60 d.lgs. n.

154/2013, che ha aggiunto l'ascolto del minore anche **di età inferiore [ad anni 10] ove capace di discernimento**;

Si tratta di alcune disposizioni codicistiche, richiamate a titolo esemplificativo, ma ve ne sono altre, per esempio in materia di adozione. In vari momenti della procedura di adozione, infatti, la volontà del minore quattordicenne è considerata decisiva, particolarmente in conseguenza delle modifiche apportate dalla legge n. 149/2001 alla legge n. 184/1983 (rubricata *Diritto del minore ad una famiglia*); inoltre, in diversi punti novellati sempre dalla legge n. 149/2001, la legge sull'adozione prevede che il minore che abbia compiuto 12 anni o anche di età inferiore, se abbia capacità di discernimento sufficiente, debba essere sentito (ad es., in ipotesi di affidamento familiare ex art. 4; in ipotesi di affidamento preadottivo ex art. 22; ecc.). Tuttavia, anche in questa normativa non si rivengono norme capaci di rappresentare una sorta di "statuto dell'ascolto del minore nelle procedure giudiziarie", tali da poter essere applicate per analogia.

Vediamo adesso come la nuova normativa ha posto rimedio alle lacune dell'art. 155 sexies c.c. e, quindi, la legge n. 219/2012, che ha introdotto l'**art. 315 bis c.c. (DIRITTI E DOVERI DEL FIGLIO)**, e poi dal d.lgs. n. 154/2013, che ha abrogato l'art. 155 sexies c.c., sostituendolo con **l'art. 337 octies c.c. (POTERI DEL GIUDICE E ASCOLTO DEL MINORE)** e in più introducendo, sempre in tema di ascolto del minore, **l'art. 336 bis c.c. (ASCOLTO DEL MINORE)** e **l'art. 38 bis disp att. c.c.**. Si ricorda che il d.lgs. n. 154/2013 è stato adottato dal Governo

su delega conferitagli dal legislatore con **l'art. 2 della legge n. 219/2012**, la quale prevedeva che il Governo, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, adottasse uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, attenendosi, tra l'altro, ai principi e criteri espressamente indicati nella delega, tra cui la **disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato** (art. 2, comma 1, lett. i), legge n. 219/2012).

### **L'ART. 315 BIS C.C..**

Questa norma, introdotta dalla legge n. 219/12, si inserisce nel solco tracciato dalle **Linee guida del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di bambino**, adottate il 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per il miglioramento della qualità dei sistemi giudiziari cui partecipano i bambini.

La norma va accolta con favore per due motivi, pur non avendo risolto le problematiche poste dall'art. 155 sexies, c.c..

Va accolta con favore, in primo luogo, perché per la prima volta il Legislatore nazionale ha riconosciuto al minore che **abbia compiuto gli anni dodici anni, e anche di età inferiore ove capace di discernimento**, il diritto di essere

ascoltato *in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*. Invero, il riferimento a *tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*, senza alcuna specificazione quanto all'oggetto, attribuisce sicuramente alla norma una valenza generale, con il duplice effetto di rendere di fatto superflue, e pertanto abrogate, le disposizioni preesistenti e di rendere operativo l'ascolto del minore anche in tutti quei casi in cui l'ascolto del minore non è espressamente previsto.

In secondo luogo, perché ha chiarito la funzione dell'ascolto, utilizzando il Legislatore per la prima volta la parola **ascolto** non solo nella rubrica della norma (come già aveva fatto per l'art. 155 sexies c.c.), ma anche nel testo, anziché il termine **audizione**, che invece era stato utilizzato nel testo dell'art. 155 sexies c.c.. La differenza terminologica è importante, poiché sottende una relazione giudice-bambino meno formale e più autentica, vera.

Invero, il termine **audizione** deriva da audire, che letteralmente significa il percepire suoni o rumori con l'orecchio e, dunque, è un recepire asettico. L'audizione, pertanto, richiama l'idea di un atto processuale in cui il Giudice pone domande al minore, prende nota delle risposte e poi ne trae le sue conclusioni.

Altro, invece, è ascoltare, che letteralmente significa stare a sentire con attenzione. Dunque, ascoltare richiede attenzione verso l'altro, e non solo a ciò che dice ma anche a come si comporta (la c.d. comunicazione non verbale); inoltre, richiede desiderio e intenzione di capire l'altro e la disponibilità a mo-

dificare le proprie opinioni. Tutto questo, nella relazione giudice-bambino, significa prestare attenzione alle esigenze del minore, alle sue idee, ai suoi desideri, con la disponibilità del giudice anche a modificare le proprie opinioni.

Il cambio del termine, poi, riflettendo questa differente impostazione della relazione di ascolto giudice-bambino, conferma che l'ascolto del minore non costituisce un mezzo istruttorio, in quanto non è rivolto all'accertamento dei fatti, come la testimonianza, bensì realizza il diritto del minore a far sentire la propria voce, a manifestare le proprie opinioni ed emozioni, consentendo al Giudice di conoscere il destinatario delle proprie decisioni e di modulare tali decisioni tenendo conto delle opinioni del minore.

Dunque, l'introduzione dell'art. 315 bis c.c. è sicuramente da accogliere con favore ma non si conforma pienamente ai principi della normativa sovranazionale, la quale, oltre al diritto all'ascolto di minore, prevede altresì il diritto del minore di essere informato su ciò che sta accadendo e sulle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e di ogni decisione. Ora, è vero che questo diritto è stato poi introdotto (in verità sotto forma di obbligo per il giudice) con l'art. 336 bis, comma 3, c.c., ma sarebbe stato più opportuno, visto che l'art. 315 bis c.c. è dedicato ai diritti e ai doveri del figlio mentre l'art. 336 bis c.c. disciplina le modalità di ascolto del minore, inserire il diritto in questione nell'art. 315 bis c.c..

## **L'ART. 336 BIS C.C. E L'ART. 38 BIS DISP. ATT. C.C..**

Queste norme, introdotte dal d.lgs. n. 154/2013, insieme all'art. 315 bis c.c., sicuramente rappresentano un tentativo di avvicinare la disciplina dell'ascolto del minore ai principi ricavabili dalle norme sovranazionali e dalla giurisprudenza intervenuta nella vigenza dell'art. 155 sexies c.c.. Ciò si può affermare con riferimento:

- alla previsione dell'ascolto come adempimento processuale necessario, ricavabile dall'affermazione del diritto del minore a essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (art. 315 bis c.c.), prevedendone l'esclusione **con provvedimento motivato** nei soli casi che l'ascolto sia **in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo** (art. 336 bis, comma 1, c.c.), motivo, quest'ultimo, che però non compare nella normativa sovranazionale;
- alle previsioni sulle modalità dell'ascolto (art. 336 bis c.c. e art. 38 bis disp. att. c.c.);
- alla previsione dell'obbligo del giudice, prima di procedere all'ascolto, di informare il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto (art. 336 bis, comma 3, c.c.).

Per il resto, la normativa non risolve molte delle altre questioni che già si ponevano con l'abrogato art. 155 sexies c.c., dimostrando altresì di non aver tenuto in conto neppure le soluzioni giurisprudenziali offerte:

- **le conseguenze del mancato ascolto;**
- **le conseguenze della mancata informazione al minore;**

- **l'obbligo del giudice di tenere conto degli esiti dell'ascolto;**
- **la definizione di capacità di discernimento;**
- **i criteri per accertare la capacità di discernimento;**
- **con quali modalità accertare la capacità di discernimento;**
- **la natura della presunzione operata dal legislatore in ordine alla sussistenza della capacità di discernimento in capo al minore ultradodicienne;**
- **quando ascoltare il minore**, e ciò soprattutto con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio, in quanto articolati in una prima fase c.d. presidenziale e in una fase successiva di merito.

È indubbio, poi, che la norma pone nuove questioni:

- **l'individuazione dell'interesse del minore che giustifichi il mancato ascolto;**
- **quali siano i casi di manifesta superfluità dell'ascolto.**

#### LE CONSEGUENZE DELLA MANCATA INFORMAZIONE AL MINORE.

Secondo la psicologia, l'ascolto del minore va preparato con un'informazione conveniente per far sì che non diventi un esercizio formale, bensì un'azione sostanziale che renda il bambino effettivo attore all'interno della procedura giudiziaria.

Al riguardo, si consideri, ad esempio, che il minore, nella maggior parte dei casi, non è consapevole del funzionamento delle istituzioni giudiziarie con cui dovrà rapportarsi; inoltre, in certi casi (si pensi ai procedimenti di separazione

e divorzio) neppure è consapevole di parti importanti della realtà familiare che stanno cambiando la sua esistenza: azioni, conflitti, opinioni, prese di posizione delle persone che più contano nella sua vita, le quali gli vengono tenute nascoste, spesso a fin di bene. Il giudice, invece, non solo conosce il funzionamento delle istituzioni giudiziarie, ma è altresì al corrente di quelle parti della realtà familiare che il minore non conosce. Questa disparità di posizione tra giudice e bambino genera inquietudine al bambino e deve pertanto essere eliminata proprio per far sì che il bambino si esprima liberamente e serenamente.

Si consideri, poi, che i bambini spesso sentano, vedono e intuiscono più di quanto gli adulti possano immaginare; così si trovano esposti a una quantità d'informazioni che poi non sanno organizzare e che sentono di non poter manifestare per non tradire le persone che più amano: da qui ancora inquietudine per non vederci chiaro.

Dunque, per evitare che il bambino rimanga di fronte al giudice con questo profondo senso d'inquietudine, in parte dovuta alla posizione di disparità e in parte al suo vissuto, l'unica via percorribile è quella di informarlo sul significato di quel procedimento in cui sono coinvolti lui e/o i suoi genitori, sulla persona che vuole ascoltarlo, sulla possibilità di parlare liberamente e dire ciò che sente, su che cosa il giudice potrà decidere per lui, su come potrà cambiare la sua vita per effetto di quella decisione. Per definire questa attività viene anche usata la locuzione "accompagnamento giudiziario", la quale, pur non



figurando nella legge, evoca una maggiore vicinanza al minore e ne individua i contenuti in modo più generale e onnicomprensivo.

Molto opportunamente, perciò, l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo ha previsto il diritto del minore di ricevere *ogni informazione pertinente*. Non solo, ma l'art. 10 prevede che il *rappresentante speciale* del minore nelle procedure giudiziarie, qualora sia stato nominato dall'autorità giudiziaria perché sussistete un conflitto d'interessi tra minore e genitori (art. 9), deve fornire al minore non solo ogni *informazione pertinente*, ma altresì ogni *spiegazione in merito alle eventuali conseguenze dell'attuazione pratica della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni azioni del rappresentante*. Questo sta a significare sia l'importanza dell'informazione, sia che il rendere l'informazione è un compito tutt'altro che facile e intuitivo.

Ora, sebbene tale normativa sia immediatamente applicabile anche nelle procedure giudiziarie interne, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse previsto anche il diritto del minore di ricevere ogni più opportuna spiegazione sulla procedura giudiziaria in cui è coinvolto, sui possibili esiti della stessa e sulle possibili conseguenze dell'attuazione pratica della sua opinione, con una disposizione di portata generale come quella inserita nell'art. 315 bis c.c. per codificare il diritto del minore di essere ascoltato. Invece, ha preferito stabilire soltanto l'obbligo del giudice di informare il minore (*il giudice informa il minore*), per giunta non prevedendo alcuna conseguenza per la sua violazione. Anche in questo caso, pertanto, analogamente a quanto avvenuto

in sede di applicazione dell'art. 155 sexies con riferimento all'allora obbligo di ascolto del minore da parte del giudice, ovvero che fu l'interprete a ragionare sulle conseguenze della violazione dell'obbligo, sarà ancora una volta l'interprete a ragionare sulle possibili conseguenze della violazione dell'obbligo in commento.

Al riguardo, però, c'è da dire che la Cassazione qualcosa ha già affermato. Mi riferisco a **Cass. 27-7-2007 n. 16753**, per la quale ***l'audizione postula che il minore riceva le informazioni pertinenti e appropriate con riferimento alla sua età e al suo grado di sviluppo, a meno che tali informazioni non noccano al suo benessere.***

Ebbene, da questa pronuncia parrebbe che sia diritto del minore anche quello di essere informato, al pari del diritto all'ascolto, per cui se ne potrebbe dedurre che il mancato riconoscimento di questo diritto, al pari del mancato ascolto, costituisca una violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo.

#### LA CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO.

Spetta agli interpreti dare una definizione stipulativa della capacità di discernimento, mancando una definizione normativa.

A mio avviso la definizione deve essere individuata tenendo presente la funzione dell'ascolto, che è quella di far sì che il minore manifesti le sue opinioni, le sue emozioni e i suoi desideri in merito alla vicenda in cui è coinvolto (e che per questo non è una testimonianza, la quale è rivolta all'accertamento

dei fatti). Per far ciò, è evidente che il minore deve essere in grado di comprendere le sue emozioni, d'individuare ciò che vuole e, di conseguenza, di fare delle scelte. Dunque, si potrebbe definire la capacità di discernimento come la capacità del minore di esprimere un giudizio su situazioni esistenziali.