

L'ASCOLTO DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI CIVILI*

di Maria Grazia Domanico

1) PREMESSE METODOLOGICHE – LE DIVERSE FORME DI PARTECIPAZIONE DEI MINORI AI PROCEDIMENTI CHE LI RIGUARDANO

Il tema dell'ascolto del minore è dibattuto da circa un ventennio e vi sono ormai numerosi contributi da parte della dottrina e della giurisprudenza su questo argomento. Peraltro in Italia, Paese che "...ama molto parlare di minori ma poco che siano i minori a parlare"¹, questo tema è divenuto attuale solo dopo l'entrata in vigore della L. 54/2006 sull'affidamento condiviso che ha disposto, all'art. 155 sexies (intitolato poteri del giudice e *ascolto* del minore) che "prima della emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155, il giudice *può* assumere, a istanza di parte o di ufficio, mezzi di prova. Il giudice *dispone*, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento."

Per quanto riguarda i procedimenti di separazione dei genitori (coniugati o conviventi *more uxorio*) sono dunque state finalmente recepite le indicazioni delle convenzioni internazionali sulla necessità che si proceda all'ascolto dei minori prima che siano assunte decisioni che li riguardano.

L'argomento si presta a suggestioni e fraintendimenti di vario genere che spesso determinano prese di posizione (da parte di giuristi, ma anche di psicologi) non sempre coerenti con i dati normativi, nazionali e sovranazionali, e con la migliore interpretazione che ne è stata data.

Per questo occorre, preliminarmente e per evitare equivoci, precisare di cosa si sta parlando.

Nelle diverse norme che implicano in qualche modo una partecipazione attiva del minore capace di discernimento rispetto ai procedimenti giudiziari, e che nel nostro ordinamento compaiono un po' a macchia di leopardo, vi è anzitutto una diversa terminologia utilizzata dal legislatore che può anch'essa aiutare a definire i diversi significati e le diverse implicazioni, anche di carattere processuale, della partecipazione del minore ai procedimenti che lo riguardano, pur se le parole non sempre sembrano utilizzate in modo coerente con la *ratio* e il significato complessivo della norma in cui sono inserite.

* Relazione al seminario della Camera Minorile di Milano del 24 giugno 2008

¹ Così MARTINELLI – MAZZA GALANTI *L'ascolto del minore* in Affidamento condiviso e diritti dei minori a cura di Dogliotti, Giappichelli 2008, p.

Infatti il minore può essere “sentito”, “ascoltato”, “esaminato” da parte del giudice, direttamente o indirettamente, cioè tramite un ausiliario. Può procedersi ad una *audizione protetta* del minore vittima di reati (termini che pur non ricorrendo espressamente in alcuna disposizione di legge sono pacificamente entrati a far parte del comune bagaglio culturale), a salvaguardia soprattutto della sua personalità ed integrità psicofisica e non solo della genuinità della prova².

I diversi significati semantici dei verbi utilizzati possono determinare la costruzione di diversi modelli di partecipazione del minore ai procedimenti che lo riguardano.

▪ Nel procedimento penale a suo carico l'imputato minorenni viene *esaminato*. Con tutte le garanzie processuali proprie del processo penale, viene cioè interrogato perché devono essere chiariti i fatti ed il suo grado di responsabilità. Il processo si svolge a porte chiuse, nel rispetto e a tutela della sua personalità, più fragile in quanto in evoluzione; inoltre il giudice, nel rapporto con il minore, è tenuto sempre ad osservare il criterio della minima offensività.

Il minore imputato ha diritto di essere informato per poter comprendere quando accade attorno a lui, nella fase dell'udienza preliminare ma anche del dibattimento; l'art. 1 del DPR 448/88 sancisce infatti, al secondo comma, che “il giudice illustra all'imputato il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza nonché il contenuto e le ragioni anche etico-sociali delle decisioni”. Il minore deve quindi essere posto nella condizione di poter interagire in ogni momento con il giudice, poiché, in caso contrario, il precetto di cui all'art. 1 sarebbe formale e vuoto. Inoltre, ai sensi dell'art. 12, viene assicurata la assistenza affettiva e psicologica all'imputato minorenni dalla presenza dei genitori o di altra persona idonea *indicata dal minorenni* e ammessa dalla autorità giudiziaria. Il processo minorile prevede dunque una partecipazione attiva e autonoma dell'imputato.

▪ Per quanto riguarda il minore testimone-vittima di reato, in particolare di natura sessuale, si parla ormai diffusamente, come sopra detto, di *audizione protetta* proprio in quanto si intende garantire la tutela della integrità psicofisica del minore e costruire in modo particolare la relazione tra autorità giudiziaria ed il minore stesso, che deve essere messo a proprio agio per poter essere in grado di ricostruire il più fedelmente possibile quanto accaduto, evitando l'impatto traumatico che potrebbe avere l'ingresso nell'aula giudiziaria e l'incontro con l'imputato; l'audizione protetta tende inoltre ad evitare che siano poste domande che possano creare al minore difficoltà emotiva o che siano semplicemente inopportune, di fatto inducendo risposte non genuine. Si tratta di un esame che si svolge alla presenza delle parti processuali ma con l'utilizzazione di stanze apposite con specchi unidirezionali e videoregistrazione. Dunque il giudice, o l'esperto a ciò designato, nell'audizione protetta deve porsi in una posizione di ascolto piuttosto che nella posizione di colui che conduce un esame testimoniale. Nella esperienza concreta vi sono audizioni protette di bambini che si svolgono anche per un tempo lungo, fatto di

² v. sent. Corte Cost. 9 luglio 1998 n. 262

giochi, di storie raccontate che nulla hanno a che fare con il processo, perchè poi si possa cogliere solo qualche frase significativa o processualmente rilevante.

▪ Nei procedimenti civili il minore può essere “sentito” o “ascoltato”.

Credo sia utile mettere a confronto il significato dei verbi *sentire* e *ascoltare* per poi verificare quando nelle diverse norme viene utilizzato l’uno piuttosto che l’altro.

Il verbo sentire implica che siano raccolte informazioni, da parte di chi compie l’attività, utili per il procedimento e utilizzabili in esso.

L’attività con cui si sente il minore costituisce pertanto un *atto istruttorio* con tutte le implicazioni in termini di rispetto del contraddittorio e di modalità di verbalizzazione; si pone quindi il problema delle garanzie processuali ed anche della rappresentanza processuale del minore in caso di conflitto di interessi con gli esercenti la potestà.

Il verbo ascoltare mette invece in risalto la posizione del minore nei procedimenti che lo riguardano, nel senso che rende effettivi i suoi diritti: ad essere informato, ad esprimere liberamente la sua opinione.³

L’ascolto⁴ implica quindi che non siano poste, da parte di chi compie questa attività, domande al minore dirette a raccogliere informazioni utilizzabili nel procedimento quali mezzi di prova, ma che vengano fornite al minore che sia capace di discernimento tutte le informazioni necessarie per fargli comprendere quanto sta accadendo. L’ascolto mira inoltre a raccogliere tutto ciò che spontaneamente il minore intende dire sulle questioni che lo riguardano. Efficace e chiaro è quanto scrive PAZE’ a proposito di ascolto e di assunzione di testimonianza: “L’ascolto è prestare orecchie e attenzione a ciò che il minore vuole esprimere; la testimonianza è il racconto indotto su fatti che interessano al giudice per decidere. L’ascolto ha come soggetto attivo il minore; la testimonianza vede come protagonista il giudice. L’ascolto costituisce manifestazione specialmente di opinioni e di emozioni; la testimonianza ha come contenuto il racconto di fatti. Qualche volta la testimonianza può essere traumatica, invece l’ascolto è in qualche modo liberatorio. Nella testimonianza non è rilevante ciò che il testimone vuole o desidera; l’ascolto è invece uno strumento per raccogliere le opinioni del minore, con obbligo di prenderle debitamente in considerazione nel momento della decisione e di esplicitare anche tale considerazione nella relativa motivazione...”⁵.

Ma anche quando si parla di “ascolto” del minore se ne parla con una valenza diversa a seconda dell’ambito in cui viene svolto e del soggetto che si pone ad ascoltare il minore. Una cosa è l’ascolto del minore da parte del giudice, altra è l’ascolto in ambito di CTU, altra è l’ascolto indiretto da parte di un ausiliario-psicologo su incarico del giudice (così

³ per MARTINELLI e MAZZA GALANTI, *L’ascolto del minore*, op.cit. p. 249 ss, è il minore che dà contenuto all’ascolto, anche con il silenzio, e non il giudice in quanto “audizione” è concetto contrario ad “interrogazione”.

⁴ PAZE’, *L’ascolto del bambino*, sul sito www.minoriefamiglia.it, parla di ascolto come bisogno psicologico e ascolto come diritto del bambino.

⁵ PAZE’ *L’ascolto del bambino* cit. p. 3

come sperimentato dal TO di Genova⁶), altro l'ascolto da parte del giudice onorario presso il tribunale per i minorenni, che non sia il giudice delegato del procedimento, altro, infine, l'ascolto da parte di un rappresentante del minore stesso, quale il curatore speciale.

Dunque anche le forme di ascolto possono essere diverse, con diversa valenza processuale. Le osservazioni che seguono pongono l'attenzione sull'ascolto diretto del minore da parte del giudice nell'ambito dei procedimenti civili che lo riguardano.

2) L'ASCOLTO DEL MINORE NELLA NORMATIVA INTERNAZIONALE

Non vi è dubbio che il quadro complessivo della normativa internazionale costituisca oggi, al di là della diretta applicabilità o meno di alcune norme o della diversa valenza 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.

Del resto ciò è stato affermato con forza dalla importante sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2002 allorchè ha dichiarato la diretta applicabilità nel nostro ordinamento della Convenzione sui diritto del fanciullo (New York, 1989), ed in particolare dell'art. 12, con la conseguenza che non si pone un problema di costituzionalità per i procedimenti di volontaria giurisdizione che si svolgono davanti al tribunale per i minorenni per il fatto che l'art. 336 c.c. non prevede espressamente l'obbligo dell'ascolto del minore. E' una affermazione, questa della Corte Costituzionale, di estrema importanza, tanto più che si dibatteva se la Convenzione di New York fosse o meno normativa *self-executing*.

▪ E' con la **Convenzione di New York (ratificata e resa esecutiva con L. n. 176/1991)** che viene sancito, all'art. 12, il diritto del fanciullo capace di discernimento di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa; le sue opinioni devono essere prese in debita considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, deve darsi al minore 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.

▪ La **Carta Europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza, del dicembre 2000)** all'art. 24 stabilisce che "I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure

⁶ V. CALLERO – SPADA *L'ascolto indiretto della psicologa ausiliaria del giudice*, in *Minorigiustizia* 2003, 4, p. 26; MARTINELLI *Il diritto del minore all'ascolto come diritto fondamentale eventuale*, in *Minorigiustizia* 2003, 4, p. 16; MARTINELLI – MAZZA GALANTI *L'ascolto del minore*, op. cit. p. 254 e ss

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. 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. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora 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 "riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti 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.

▪ **La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (Strasburgo, 1996; ratificata e resa esecutiva, per taluni procedimenti, con L. n. 77/2003)** mira a rendere effettiva la tutela dei diritti del minore ad essere ascoltato, informato e rappresentato. In particolare gli artt. 3, 4 e 5 trattano dei diritti azionabili da parte del minore; il minore capace di discernimento nei procedimenti che lo riguardano ha diritto di ricevere ogni informazione pertinente; di essere consultato e di esprimere la sua opinione; di essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione. Il minore ha inoltre diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone o organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi ad una autorità giudiziaria. Ha inoltre diritto di chiedere di essere *assistito* da una persona appropriata; diritto di chiedere la designazione di un rappresentante distinto e, nei casi opportuni, di un avvocato. L'autorità giudiziaria deve poi (art. 6) consultare il minore personalmente e tenere in debito conto le opinioni da lui espresse⁷.

▪ Analoga natura sembra avere l'audizione del minore prevista dalla **Convenzione Aja 25 ottobre 1980** relativa alla sottrazione internazionale di minori (ovvero viene sancito

⁷ Interessanti le osservazioni di TURRI, *Ascolto, rappresentanza, difesa del minore in giudizio in quanto parte*, sul sito www.minoriefamiglia.it, per il quale fonte di criticità delle richiamate convenzioni è l'aver previsto come alternativa all'ascolto diretto del minore l'ascolto tramite un rappresentante o un organo appropriato, criticità che la convenzione di Strasburgo non risolverebbe ma anzi accentuerebbe, con una regressione della rivoluzionaria innovazione del principio dell'ascolto del minore capace di discernimento introdotta dalla convenzione di New York, riconsegnando la parola agli adulti "rappresentanti" del minore.

Se il tema dell'ascolto è oggi molto dibattuto e l'obbligatorietà dell'ascolto del minore non è (incredibilmente) ancora pienamente recepito nell'ordinamento italiano, nonostante la precettività di quanto chiaramente indicato dalla convenzione di New York e nonostante non siano riconoscibili all'estero le decisioni che non abbiano previsto l'ascolto del minore, come stabilisce l'art. 23 del regolamento CE 2201/2003, c'è da dire che ancor più complesso (ma anche poco definito) è il tema della rappresentanza e della difesa del minore e della sua qualità o meno di parte in determinati procedimenti che lo coinvolgono, come ad esempio i procedimenti *de potestate*, temi che certamente si intrecciano strettamente con quello dell'ascolto ma che, a mio giudizio, devono restarne ben distinti, per evitare che le condivisibili preoccupazioni di TURRI divengano realtà, con un nuovo e diverso allontanamento dei minori dai tribunali in nome di una nuova forma di tutela che non rispetta in realtà il diritto fondamentale del minore di esprimere *liberamente e direttamente* al giudice le proprie opinioni.

il diritto del minore ad esprimere liberamente la propria opinione); l'art. 13, 2° comma prevede che l'autorità giudiziaria possa rifiutare di disporre il rientro del minore (pur in presenza dei presupposti per il rientro) "se accerta che questi vi si oppone e che egli ha raggiunto un'età e una maturità in cui si ritiene opportuno tenere conto di questa opinione"; l'opinione del minore deve dunque essere tenuta in debita considerazione e il giudice deve darne atto nella motivazione; non è evidentemente vincolato ad essa ma, ove verifichi la sussistenza di un grado di maturità che consenta al minore di esprimere una 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; peraltro la struttura specializzata dei tribunali per i minorenni, con la presenza dei giudici onorari che possono ascoltare il minore assieme al giudice delegato, può consentire di prescegliere soluzioni che tutelino adeguatamente il minore preservando anche il contraddittorio tra le parti giacché nella prassi una sola udienza viene divisa in più fasi (anche per la necessità di decisioni celeri) in cui le parti prestano il consenso a che il minore venga sentito da solo e quindi, dopo l'ascolto, l'udienza prosegue alla presenza delle parti stesse con immediata restituzione del contenuto dell'ascolto medesimo.

Peraltro la legge di ratifica che rende esecutiva in Italia la predetta convenzione (L. 15.1.1994 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 sentito la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero e, "se del caso" il minore.⁸ 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 Aja 80, ha evidenziato come tale ascolto sia discrezionale, dovendo compiere il giudice una valutazione di opportunità caso per caso. In relazione alla valutazione della capacità di discernimento del minore la Suprema Corte (Cass. n. 597/1997) lo ha poi ricondotto in modo rigido all'età, escludendo che possa essere tenuta in considerazione l'opinione di un bambino di sei anni. Peraltro 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

⁸ v. LIUZZI, *Il diritto del bambino di esprimere liberamente la sua opinione in giudizio su ogni questione che lo interessa*, in *Minorigiustizia*, 2000, 3 p.68 e seg., secondo cui tale limitazione posta dalla legge di ratifica non è giustificabile, tanto più "...se si considera che la legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1980 è stata promulgata tre anni dopo quella contenente le norme di attuazione della convenzione di New York, nel ratificare la quale l'Italia si è obbligata ad adeguare l'ordinamento interno sì da garantire al fanciullo il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda".

scelta del giudice” (così Cass. 16.4.2007 n. 9094, che richiama Cass. 19544/2003; Cass. 15145/2003; 746/1999), da ultimo una 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 25.1.1996 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 Conv. Aja 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.

▪ L’obbligo dell’ascolto del minore è poi divenuto davvero ineludibile con l’entrata in vigore del **Regolamento CE n. 2201/2003 del 27.11.2003 (c.d. Bruxelles II bis)**, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Infatti l’art. 23, 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), vi è la circostanza che la decisione stessa sia stata resa “senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato”.

In Italia la giurisprudenza sembra dunque adeguarsi molto lentamente ai principi ed alle precise indicazioni della normativa internazionale in tema di ascolto del minore; del resto, ad oltre due anni dall’entrata in vigore della L. 54/06, non risulta che l’ascolto sia abitualmente praticato presso i tribunali ordinari, con disapplicazione e violazione anche della normativa nazionale, oltre che internazionale.⁹ L’avvocatura, e soprattutto quella specializzata, credo che possa e debba dare un importante contributo per promuovere un cambiamento di rotta, richiedendo che i minori vengano ascoltati e rilevando le conseguenti irregolarità delle procedure in caso la autorità giudiziaria non vi provveda.

3) L’ASCOLTO DEL MINORE NELLA NORMATIVA NAZIONALE

Il rispetto dei principi posti dalla normativa internazionale si è avuta esclusivamente nella materia della adozione e delle cause di separazione. Non è invece previsto

⁹ MARTINELLI e MAZZA GALANTI in *L’ascolto del minore*, op. cit. p. 233 e seg., rilevano come in parte ciò sia dovuto a problemi culturali, legati alle ideologie sulla famiglia, e in parte alla organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari che non prevedono una specializzazione in questa materia.

espressamente l'obbligo dell'ascolto nei procedimenti *de potestate* che si svolgono avanti al tribunale per i minorenni (artt. 330 – 333 c.c.), anche se, di fatto, da tempo è l'ambito nel quale l'ascolto viene più praticato, anche prima dell'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza del 2002, credo soprattutto perchè l'organo giudiziario è specializzato e quindi vi è una particolare sensibilità rispetto al diritto minorile e della famiglia.

La legge 149 del 2001 ha innovato profondamente la legge adozione n. 184/83 e, con particolare riferimento all'ascolto, sono state introdotte significative modifiche:

- l'art. 4 prevede che, terminato il periodo di affidamento consensuale, il giudice tutelare debba sentire il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento qualora ritenga di dover chiedere al tribunale per i minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore. Nella previgente norma era previsto che fosse sentito il minore dodicenne, e anche di età inferiore "se opportuno", solo nella fase iniziale di avvio dell'affidamento consensuale.

- L'art. 7, comma 2, prevede che il minore che abbia compiuto gli anni 14, anche nel corso della procedura, non possa essere adottato "se non presta personalmente il proprio consenso". Inoltre se l'adottando ha compiuto gli anni 12 "deve essere personalmente sentito"; se ha un'età inferiore *deve* essere sentito in considerazione della sua capacità di discernimento. La legge 184/83 prevedeva, con riferimento all'infradodicesimo, che poteva, se opportuno, essere sentito, salvo che l'audizione non comportasse pregiudizio per il minore.

- Il 5° comma dell'art. 10 ribadisce la necessità che sia sentito il minore dodicenne e anche di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento quando il tribunale confermi, modifichi o revochi i provvedimenti urgenti assunti ai sensi del 4° comma; nel previgente art. 10 si prevedeva che fosse sentito il minore degli anni 12 "se opportuno".

- Il 6° comma dell'art. 22 prevede che il quattordicesimo debba manifestare espresso consenso all'affidamento preadottivo alla coppia prescelta e che debba essere sentito il minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento, mentre in precedenza solo se opportuno. Negli stessi termini sono stati modificati gli art. 23, con riferimento alla revoca dell'affidamento preadottivo, e 25, con riferimento alla dichiarazione di adozione. Il 2° comma dell'art. 25 prevede altresì che siano sentiti i figli legittimi o legittimati della coppia adottiva che abbiano compiuto i 14 anni. Analogamente è stato modificato l'art. 45 con riferimento alle adozioni speciali di cui all'art. 44.

Nella legge adozione il minore non viene "ascoltato" ma sempre "sentito".

Come nei procedimenti contenziosi relativi allo *status*, credo che anche per i procedimenti di adottabilità si presenti in modo serio il problema delle garanzie processuali e, data la drammaticità del tipo di procedimento, il contraddittorio debba essere sempre garantito in modo pieno. Non ritengo quindi si possa oggi più configurare,

come spesso invece avveniva in passato, un ascolto del minore, da solo, da parte del giudice che, senza neppure l'assistenza del Cancelliere, trasponga nel verbale le dichiarazioni del minore. Certamente le dichiarazioni del minore debbono essere raccolte con la cautela e la protezione massima per il minore stesso; pertanto il modello della audizione protetta sperimentata in sede penale per i minori vittime di reati di natura sessuale penso si debba utilizzare per i procedimenti di adottabilità, nel rispetto anche della nuova formulazione dell'art. 10 che al 2° comma prevede che i genitori o i parenti, assistiti da un difensore, “possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale...”.

Con la **legge n. 54/2006** sull'affido condiviso viene data piena attuazione alle indicazioni delle convenzioni internazionali laddove viene previsto l'*ascolto* del minore, come indicato nella rubrica dell'art. 155 sexies. Dopo aver previsto la possibilità, per il giudice, di assumere, anche di ufficio, mezzi di prova, si prevede che “il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”. Dalla stessa formulazione letterale della norma, oltre che in applicazione dei principi di cui alla normativa internazionale sopra richiamata, deve dedursi l'obbligatorietà dell'ascolto del minore, attività che non costituisce un mezzo di prova, come anche indica la cesura che l'avverbio “inoltre” pone rispetto alla proposizione precedente.¹⁰

Obbligatorietà dell'ascolto non vuol comunque dire che si debba procedere sempre e comunque all'ascolto¹¹, giacchè vi è anzitutto una valutazione discrezionale del giudice con riferimento alla “capacità di discernimento” che il minore deve avere, valutazione che va fatta in concreto anche se vi sono parametri astratti di riferimento peraltro oggetto di discussione tra gli psicologi. Il giudice ha comunque 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 economico¹².

La necessità che venga ascoltato il minore nei procedimenti che lo riguardano viene poi prevista in diverse norme del codice civile, peraltro in modo un pò confuso e apparentemente casuale, con diverse indicazioni delle età in cui è previsto che il minore sia sentito, indicazioni che oggi appaiono anacronistiche e non coerenti con la normativa internazionale. Così, ad esempio:

¹⁰ Così MARTINELLI – MAZZA GALANTI *L'ascolto del minore*, op. cit. pag. 249; v. anche CECCARELLI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in www.minoriefamiglia.it

¹¹ Molto efficacemente MARTINELLI parla del diritto del minore all'ascolto come diritto fondamentale eventuale, dovendo il giudice procedere all'ascolto quando colga nella coppia genitoriale il superamento di quella soglia di conflitto che ne infici la capacità di rappresentare in modo corretto la posizione dei figli (*Il diritto del minore all'ascolto come diritto fondamentale eventuale*” in *Minorigiustizia*, 2003, 4, p. 20)

¹² In tal senso si è orientato il gruppo famiglia e minori dell'Osservatorio Civile di Milano nell'approvare, nel febbraio 2007, il “Protocollo sull'interpretazione e applicazione della legge 8 febbraio 2006 n. 54 in tema di ascolto del minore”

- **l'art. 145 del cod. civ.** prevede l'intervento del giudice (tribunale ordinario) cui possono rivolgersi, senza formalità, i coniugi in caso di disaccordo su talune questioni, anche di particolare rilevanza, quali la fissazione della residenza o "altri affari essenziali". L'intervento della autorità giudiziaria ha come finalità quella di salvaguardare l'unità della famiglia. Il giudice tenta quindi una soluzione concordata, "sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età."

- Analogo è l'intervento (questa volta del tribunale per i minorenni) previsto dall'**art. 316 c.c.**, che disciplina l'esercizio della potestà dei genitori, in caso di contrasto su questioni di particolare rilevanza. Il giudice, "sentiti i genitori e il figlio se maggiore degli anni quattordici" suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio o dell'unità familiare.

Al di là del fatto che si tratta di norme in disuso e con una incongrua diversa indicazione dell'età dei minori, sembra comunque si possa parlare di "ascolto", nel senso che non devono essere acquisite dichiarazioni da parte del minore nel contraddittorio delle parti e utilizzabili quali mezzi di prova.

- **L'art. 348 c.c.**, relativo alla scelta del tutore, prevede che il giudice tutelare, prima di procedere alla nomina del tutore, "deve anche sentire il minore che abbia raggiunto l'età di anni 16". Si tratta evidentemente di raccogliere l'opinione del minore su decisioni importanti che lo riguardano e appare davvero anacronistica l'indicazione della età di 16 anni, oltre che in contrasto con la normativa internazionale.

- **L'art. 371 c.c.** (provvedimenti circa l'educazione e l'istruzione) prevede che il giudice tutelare debba sentire il minore che abbia compiuto gli anni 10 quando debba decidere sul luogo dove il minore deve essere allevato e sul suo avviamento agli studi o all'esercizio di un'arte, mestiere o professione; limite di età più basso previsto dal legislatore.

L'art. 250 c.c. prevede che il riconoscimento del figlio che ha compiuto i 16 anni non produce effetto senza il suo assenso. Qualora vi sia opposizione al riconoscimento, su ricorso del genitore che voglia effettuare il riconoscimento del figlio, il tribunale per i minorenni decide con sentenza "sentito il minore in contraddittorio con il genitore che si oppone e con l'intervento del pubblico ministero". Non si tratta quindi di "ascolto" in senso stretto, e le garanzie processuali devono essere piene, poiché nelle azioni di *status* il minore acquista certamente la qualifica di parte. E' pertanto evidente che debba essere sentito, essendo appunto parte processuale, anche laddove non sia espressamente previsto, come nelle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale.

L'art. 284 c.c., che disciplina l'azione di legittimazione, prevede che sia manifestato il consenso del figlio legittimando se abbia compiuto gli anni 16. La legittimazione può essere chiesta anche in presenza di figli legittimi o legittimati che, se di età superiore ai 16 anni, devono essere "ascoltati".

Dunque vi sono procedimenti civili, di natura contenziosa, nei quali le dichiarazioni del

minore hanno rilevanza sul piano processuale. Ciò avviene nelle azioni di *status*, e anche nel procedimento di adozione. In tali casi le modalità di assunzione delle dichiarazioni del minore, pur con le necessarie cautele che il caso concreto suggerisca, devono avvenire nel contraddittorio delle parti ed il processo verbale che viene redatto deve avere i requisiti indicati dall'art. 126 e 180 c.p.c., 44 e 46 disp. att. c.p.c.

Vi sono invece altri tipi di procedimenti, e tra questi i procedimenti che si svolgono avanti al giudice tutelare, i procedimenti di volontaria giurisdizione che si svolgono avanti al tribunale per i minorenni di intervento sulla potestà genitoriale ed anche i procedimenti di separazione e divorzio, in cui le dichiarazioni dei minori, pur dovendo essere prese in debita considerazione dal giudice che ne deve dare atto nel percorso motivazionale, non sono utilizzabili dalle parti nel procedimento quale mezzo di prova, avendo tutt'altra finalità, ovvero quella di garantire l'esercizio di un diritto fondamentale da parte del minore, ovvero il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e di essere informato rispetto al procedimento che lo riguarda.

4) L'ASCOLTO DEL MINORE COME DIRITTO: IMPLICAZIONI SUL PIANO PROCESSUALE

Quando l'ascolto del minore risponda 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, l'implicazione, sul piano processuale, è che non si configura una violazione del principio del contraddittorio ove le dichiarazioni del minore vengano raccolte dal giudice senza la presenza delle parti a condizione, peraltro, che vengano osservate particolari modalità dell'ascolto medesimo¹³.

Questa affermazione non trova un generale consenso e soprattutto la dottrina processualista ha espresso preoccupazioni che devono essere tenute in considerazione e che, a mio parere, devono portare a definire le modalità dell'ascolto medesimo in modo puntuale, trasparente, ma anche duttile, modalità che ritengo debbano trovare il consenso delle parti.

Dall'ascolto indubbiamente il giudice potrà trarre anche elementi utili per la formazione del proprio convincimento in ordine a fatti rilevanti per la causa (si pensi alle modalità di rapporti tra genitori e figli nelle cause di separazione); è stato quindi evidenziato

¹³ Questo punto è stato oggetto di un approfondito dibattito da parte del Gruppo famiglia e minori dell'Osservatorio civile di Milano, giacché la delicatezza del tema è comunque evidente. Il confronto proficuo tra avvocati e magistrati ha quindi portato alla approvazione del Protocollo citato che, all'art. 5, ha espressamente previsto che le parti e i loro difensori presteranno il consenso ad allontanarsi dal luogo in cui il giudice procederà all'ascolto del minore per non assistere all'incombente.

come da ciò ne consegue che l'audizione del minore costituisce un *mezzo istruttorio* fondamentale e non uno strumento per garantire al minore la partecipazione ai giudizi ai quali è interessato¹⁴.

Se l'ascolto viene qualificato come mezzo istruttorio effettivamente diventa allora problematico escludere le parti processuali dalla sua assunzione. Peraltro non ritengo che l'ascolto debba qualificarsi come mezzo istruttorio. Condivido l'opinione di chi sostiene che l'ascolto costituisca "qualcosa di distinto dalla attività di raccolta degli elementi di fatto che confortano, o meno, le assunzioni di fatto sulle quali le parti fondano le proprie domande"¹⁵.

Quando un minore viene convocato per essere ascoltato dal giudice arriva sempre con emozioni ed aspettative particolari perché ciò che nel suo immaginario riveste un valore simbolico molto forte viene finalmente conosciuto ed incontrato. L'ascolto non ha mai una valenza traumatica per il minore, naturalmente se il giudice acquisisce una sensibilità particolare nel porsi in relazione con il minore stesso. L'ascolto è sempre molto impegnativo per il giudice ma per il minore è un momento importante e molto spesso vissuto anche con curiosità, incontro con il giudice che, nella esperienza concreta, vedo che sempre più spesso è lui a richiedere; è il momento in cui può liberamente dire ciò che pensa o anche solo, se imbarazzato o silenzioso, ascoltare a sua volta le spiegazioni su quanto sta accadendo attorno a lui che il giudice dovrà fornirgli in modo adeguato all'età.¹⁶

L'ascolto non è quindi, per sua natura, un mezzo istruttorio ma realizza il diritto del minore a far sentire la sua voce, a conoscere il giudice che egli sa dovrà assumere decisioni che lo riguardano; consente inoltre al giudice di conoscere il diretto destinatario delle sue decisioni e modulare quindi le decisioni medesime o anche solo la terminologia usata nei provvedimenti, nel rispetto delle emozioni espresse dal minore, tenendo conto delle sue opinioni, dando così corpo e spessore concreto al preminente interesse del minore cui deve orientare ogni decisione che lo riguardi, nel rispetto dell'art. 3 della convenzione di New York, dell'art. 1 della convenzione di Strasburgo, dell'art. 24 della Carta di Nizza.

5) MODALITA' DELL'ASCOLTO DIRETTO DA PARTE DEL GIUDICE E

¹⁴ V. TOMMASEO *La Cassazione sull'audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in *Famiglia e Diritto* n. 10/2007 p. 886

¹⁵ MARTINELLI – MAZZA GALANTI *L'ascolto del minore*, cit. p. 249. In tal senso v. anche CECCARELLI *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio* cit. p. 2-3. secondo cui l'ascolto non è un mezzo di prova; da ciò "ne consegue che non solo la presenza dei genitori e dei loro difensori all'audizione deve essere esclusa, per garantire la spontaneità delle dichiarazioni, ma anche che la loro conoscenza mediata da modalità di riproduzione (verbalizzazione, videoregistrazione) non può essere ritenuta necessaria a fini processuali, poiché esse non possono costituire fondamento probatorio della decisione del giudice, ma solo mezzo per conoscere il minore e perché il giudice possa meglio valutare l'adeguatezza della decisione ai suoi bisogni affettivo-relazionali".

¹⁶ Sulle modalità e tecniche dell'ascolto è esaustivo ed efficace quanto scrive PAZE' *L'ascolto del bambino*, cit. p. 9-11; *L'audizione del minore: presupposti, modalità, tecniche, finalità*, relazione all'incontro di studi del CSM 15-19 ottobre 2001

DELLA RACCOLTA DELLE DICHIARAZIONI DEL MINORE

Dunque una modalità dell'ascolto che sia rispettosa dei bisogni e degli interessi del minore non può prevedere la presenza di altre persone oltre il giudice (neppure del Cancelliere, che, per la verità, nella prassi da tempo non è più presente per redigere il processo verbale, cui spesso nelle udienze civili provvedono direttamente, utilizzando il computer, i giudici ovvero gli stessi avvocati). La presenza di altri soggetti non metterebbero a suo agio il minore, di fatto condizionando le sue dichiarazioni. Il momento in cui è previsto l'incontro del minore con il giudice, nel rispetto dei suoi tempi e della sua sensibilità (per questo dovrà essere convocato fuori dall'orario scolastico e quindi nel pomeriggio, quando anche il tribunale appare più accogliente, nel rispetto dei suoi impegni e in accordo con i genitori) deve essere preparato dal giudice con le parti e prima di fissare l'ascolto medesimo occorre che il giudice illustri in modo completo ai genitori e ai difensori, in una apposita precedente udienza, finalità dell'ascolto e modalità con cui si svolgerà l'incontro tra il minore e il giudice. Ritengo sia necessario¹⁷ ottenere il consenso delle parti sui tempi e le modalità dell'ascolto. Potrà anche capitare che venga dato il consenso per un ascolto indiretto e non per l'ascolto diretto. Ogni aspetto dovrà essere discusso oralmente in udienza e, nella personale esperienza di quasi quindici anni di pratica di ascolto, devo dire che non ricordo mi sia mai stato manifestato dissenso sul modo di procedere.

Il giorno stabilito per l'incontro tra il minore e il giudice è opportuno intervengano anche le parti e i difensori e questo perché l'udienza si snoda in più fasi, in genere molto duttili e adeguate al caso concreto: così il giudice (che è sempre opportuno vada incontro al minore non accogliendolo dietro la sua scrivania) potrà in una prima fase incontrare il minore assieme ai genitori, cominciare a illustrargli i motivi della sua convocazione alla presenza dei genitori e dei difensori, accoglierlo quindi da solo nella sua stanza o in altro luogo del tribunale idoneo, ed iniziare quindi, con pazienza, ad ascoltare tutto ciò che il minore manifesta di voler esprimere con riferimento alla sua vita, alle amicizie, alla scuola alla sua famiglia ecc. In una prima fase è opportuno che il colloquio si svolga senza che venga trascritto dal giudice contestualmente. Viene quindi spiegato al minore che insieme si dovrà scrivere qualcosa con riferimento alle cose dette. Non si tratta di un processo verbale in senso tecnico, proprio perché l'attività non viene svolta nel contraddittorio delle parti. Da tempo la pagina che compongo al computer assieme al minore viene intitolata semplicemente "ascolto del minore" e non processo verbale, non trattandosi di un verbale in senso tecnico ai sensi dell'articolo 126 c.p.c.. Al minore deve essere spiegato che ciò che verrà scritto sarà poi letto dai suoi genitori. Anche questa fase della scrittura, che può essere delicata e faticosa, non è opportuno che si svolga in un momento successivo, alla presenza delle parti. Anche nella fase della scrittura infatti la relazione tra il giudice e il minore si svolge in modo particolare, spesso creativo,

¹⁷ come anche indicato dall'articolo 5 del Protocollo milanese sull'ascolto citato.

ripercorrendo le cose dette, in parte con discorso indiretto e in parte diretto, sempre con grande partecipazione da parte del minore, che spesso arricchisce anche di nuovi particolari ciò che ha già esposto o correggere quanto affermato ripensando alle cose dette.¹⁸

L'ultima fase, che riveste particolare importanza, è quella in cui il giudice restituisce sia il contenuto dell'ascolto che di quanto trascritto ai genitori e ai difensori, alla presenza o meno del minore, con una valutazione di opportunità caso per caso, o con una presenza parziale del minore. È un momento molto importante, anche perché "a caldo" il giudice è in grado di riportare anche le proprie impressioni e le proprie valutazioni, come è giusto che sia perché è opportuno dare atto con la massima trasparenza della fase di assenza di contraddittorio, o meglio, di contraddittorio "sospeso", proprio perché le opinioni espresse dal minore devono essere tenute in considerazione dal giudice. È anche un'occasione per restituire responsabilità ai genitori che, pur in conflitto, in quel momento quasi sempre riescono a cogliere la centralità degli interessi del figlio.

6) ASCOLTO DEL MINORE E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO: POSSIBILITA' DI CONFIGURARE UN CONTRADDITTORIO IN ITINERE O DIFFERITO

In conclusione, l'ascolto diretto del minore da parte del giudice, non costituendo un mezzo istruttorio, anche per le modalità con cui deve essere effettuato, non viola di per sé il principio del contraddittorio a condizione però che il contraddittorio medesimo sia recuperato *in itinere*. Credo debba essere molto valorizzata l'oralità di queste particolari udienze, ove la parte scritta, infatti, quasi mai dà conto realmente di quanto accaduto.

È una attività molto impegnativa per il giudice e viene da chiedersi quanto sia compatibile con gli attuali carichi di lavoro e carenze di mezzi. È però una modalità di condurre le udienze che, proprio perché costruita con il consenso delle parti, dà risultati molto soddisfacenti in termini di riduzione del conflitto quando non di risoluzione del conflitto medesimo.

Potranno peraltro esservi casi particolarmente complessi o conflittuali in cui non sia possibile procedere subito con le modalità descritte, in cui potrà essere necessario disporre consulenza tecnica ovvero altri mezzi istruttori.

Il modello di ascolto proposto viene praticato dal tribunale per i minorenni di Milano nelle cause di separazione delle coppie di fatto così come nei procedimenti *de potestate*, che dal 1° luglio 2007 si svolgono con l'obbligo della difesa tecnica. La specializzazione

¹⁸ Non concordo pertanto con quanto suggerito da MARTINELLI e MAZZA GALANTI in *L'ascolto del minore*, cit p. 253, con riferimento alla redazione del verbale, ritenendo gli autori che il verbale debba essere redatto in un momento temporalmente successivo ma alla presenza dei difensori, con la presenza eventuale dei genitori, verbale redatto con il consenso del minore rispetto alle dichiarazioni da trascrivere e sotto la direzione del giudice nel rispetto dell'articolo 126 c.p.c.. In questo modo, attraverso il verbale, l'ascolto del minore farebbe ingresso nel meccanismo processuale del contraddittorio davanti al giudice.

del tribunale e la presenza dei giudici onorari consente di essere particolarmente duttili nella scelta dei tempi, delle modalità e delle tecniche di ascolto dei minori, poiché l'esperienza insegna che non vi sono modelli teorici validi per tutti i casi e per tutti i luoghi ma, nel rispetto dei principi generali posti dalle norme internazionali richiamate e della normativa nazionale che detti principi ha recepito, va comunque affermato con forza e convinzione che l'ascolto del minore capace di discernimento deve essere obbligatoriamente praticato dai tribunali. Forse solo una specializzazione dei tribunali che trattano la materia della famiglia e dei minori ed una unificazione delle competenze potrà far sì che cresca e si sviluppi una sensibilità culturale comune nella materia della famiglia e di minori che sia al passo con l'evoluzione della società e con l'Europa.

Maria Grazia Domanico