

L'AUDIZIONE DEL MINORE

Sommaio: 1. Il diritto all'ascolto, mezzo di tutela del minore nel panorama legislativo internazionale; 2. Libertà di espressione del minore e diritto all'ascolto; 3. Le dichiarazioni non verbalizzate;4 Il diritto del minore a non essere ascoltato

1. Il diritto all'ascolto, mezzo di tutela del minore nel panorama legislativo internazionale

Molto spesso in occasione della giornata che ricorda la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dei diritti del Fanciullo, nel mese di novembre 1991, gli studiosi provano a soffermarsi e a fare sintesi sullo stato di evoluzione degli strumenti di diritto internazionale, comunitario e interni volti a realizzare una protezione specifica e qualificata dell'infanzia e dell'adolescenza .

A far data dal 1924 anno in cui fu adottata la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo, la comunità internazionale ha manifestato un interesse crescente per il mondo dei bambini e degli adolescenti, ritenendo opportuno che godesse di un'attenzione particolare e specifica rispetto al mondo degli adulti¹.

¹ La Carta africana sui diritti ed il benessere del fanciullo, adottata il 24 9 1990 dall'Unità Africana; la Convenzione sull'esercizio dei diritti del minore, aperto a Strasburgo il 25.1.1996, hanno rappresentano la

Nel contesto della protezione dei diritti dell'uomo, questo microcosmo sui minori, rappresenta in assoluto il maggiore esempio di specializzazione. A livello di circuiti internazionali, si procede alla individuazione di microsistemi dedicati all'espansione e al consolidamento delle garanzie previste a livello generale, dando così vita a strumenti di specialità tra i singoli stati internazionali, che non escludono nella applicazione la norma generale, ma invece adottano il criterio della complementarità aggiuntiva: cioè l'operatività delle norme rimane intatta, accanto alla valenza specifica del micro-sistema.

Il sistema dei diritti del fanciullo in particolare, ha così potuto mantenere una effettiva rete di garanzia, che diversamente avrebbe incontrato difficoltà ad elaborare *standards* di tutela, suscettibili di adattarsi in maniera costante e uniforme a diversi bacini culturali, pur risentendo della pluralità e mancanza di omogeneità di fonti internazionali, ciascuna dotata di una destinazione geografica ed efficacia applicativa peculiare.

Si parla sempre più spesso di uno statuto dei diritti del minore le cui norme vanno rintracciate in :a) dichiarazioni di principi a livello universale e regionale;b) trattati internazionali a livello universale e regionale, destinati genericamente alla protezione dei diritti fondamentali di ogni persona, ed anche contenenti norme speciali ,dirette a realizzare una protezione qualificata dei minori; c) trattati internazionali interamente

proiezione di un livello di cooperazione internazionale tra Stati membri , culturalmente omogenei che sono confluiti nella Convenzione del 1989.

dedicati alla protezione dell'infanzia e dell'adolescenza². Sul piano costituzionale interno il diritto all'ascolto, si presta ad essere ricondotto all'art.2 della Costituzione, e in particolare all'art.21, I co. quanto alla libera manifestazione di pensiero, all'art.32 sul diritto alla salute, e dunque all'integrità psico-fisica, nonché all'art.111 sul giusto processo. A livello internazionale l'ascolto è stato riconosciuto e sancito nell'art.12 della Convenzione dei diritti dell'infanzia,dagli articoli 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, ratificata in Italia e resa esecutiva con l. 20.3.2003 n.77 , firmata a Strasburgo nel gennaio 1996.

Altro passaggio importante in questa ricostruzione è rappresentata dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale e alle Nazioni Unite nel 1959 in cui si precisano e si ampliano gli obblighi degli Stati nei confronti dei bambini prima e dopo la nascita. Così il diritto alla cura, a non essere separato dalla madre; il diritto al sostegno e al soccorso; il diritto ad essere protetto da ogni forma di trascuratezza o abbandono. Al pari della Dichiarazione universale del 1948 questo impegno programmatico rappresenta la piattaforma per la successiva elaborazione di strumenti convenzionali a carattere

² In questo rapporto può essere letta la dichiarazione universale dei diritti umani e le dichiarazioni dei fanciulli che ha posto le basi iniziali per individuare diritti generali e particolari che interessano specificamente i minori e che pur avendo una portata generale assumono una rilevanza distinta nei loro confronti: così il divieto ad interferenze arbitrarie (art12), il diritto a condizioni di salute e di benessere; il diritto all'istruzione(art 26) .

obbligatorio, come i patti di New York del 1966, che hanno tradotto in previsioni vincolanti sia i principi enunciati nella Dichiarazione universale, che in quella dei diritti del Fanciullo³. La Convenzione di New York del 20.11.1989 rappresenta perciò un passo avanti importante e segna il passaggio normante del minore, da oggetto a soggetto titolare di posizioni giuridiche autonome, nei confronti dello Stato e dei genitori. La linea di privatizzazione dei rapporti familiari consente di far emergere anzitutto gli interessi delle persone che compongono il gruppo famiglia, con la limitazione per quanto possibile degli interessi pubblici. Circostanza questa cui se ne è via via affiancata un'altra, apparentemente in contrasto: un aumento di interventi pubblici in ambito familiare, con particolare attenzione al diritto minorile. I poteri dei genitori vengono così limitati dagli interventi dei servizi sociali e dei giudici minorili, e sono volti a predisporre eventuali prescrizioni o sanzioni, ove occorra, che incidano sui rapporti genitori/ figli nella linea di considerare preminente l'interesse del bambino e dunque a dare attuazione ai diritti dei bambini. La protezione dei soggetti deboli cioè dei figli minori, giustifica l'intervento pubblico, da un lato, ma ne costituisce anche il limite⁴.

³ Il riferimento è agli articoli 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16.12.1966 e all'art.10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16.12. 1966.

⁴Cfr .sul punto la giurisprudenza :*Il diritto al rispetto della vita familiare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), fa parte dei diritti*

Dal punto di vista sostanziale la Convenzione di New York del 1989 crea un insieme di previsioni che finiscono con il sovrapporsi per quanto riguarda i minori a quelle contenute nei Patti Internazionali, ma si rivolgono specificamente ai minori di età da zero a 18 anni. In tal modo le esigenze della giovane età restano quali elementi peculiari e ricevono una specifica tutela. Nella Convenzione vengono riaffermati i diritti alla vita, alla salute, al rispetto della persona, della sua vita privata, ed emerge anche il diritto all'ascolto (art 12)⁵. Ciò che invece sembra mancare è la previsione di un adeguato regime di pubblicità e di coordinamento delle attività che consenta di mettere in contatto il Comitato degli esperti con i Parlamenti nazionali, al fine di promuovere le necessarie iniziative legislative, sulla base delle considerazioni espresse nei rapporti; nonchè di istituire momenti di raccordo con altri strumenti giuridici, relativi alla promozione e alla tutela dei diritti umani, in modo da rendere il sistema più efficace nella sua globalità⁶. La tutela dei minori conosce un altro significativo momento nella sua specialità con riferimento alla ricerca e alla

fondamentali che sono protetti nell'ordinamento giuridico comunitario (C. giust. 27.6.2006 c540-03).

⁵ Numerosi i contributi offerti dalla dottrina sull'argomento:

⁶ Il punto debole della Convenzione è la mancanza di meccanismi di controllo che svolgono una funzione preventiva cercando di instaurare un dialogo costruttivo con ciascuno stato. E infatti l'organo di garanzia previsto è il Comitato composto da dieci esperti, che sono eletti ogni quattro anni e hanno una funzione di elaborazione di provvedimenti e sottolineature di eventuali difficoltà. La funzione migliore esercitata dal comitato è l'instaurazione di un dialogo costruttivo con ciascuno stato per ottenere l'adempimento degli obblighi da assumere. E sul piano della cooperazione internazionale specialmente quella umanitaria, consegue la predisposizione di procedure di tipo contenzioso non sempre garantisce i risultati migliori in termini di effettività della tutela.

individuazione di strumenti internazionali, adottati in seno a comunità di Stati più omogenei fra loro, in grado di sviluppare forme di collaborazione più intense⁷.

In particolare la Convenzione contiene solo due norme riferite esclusivamente ai minori (art.5e 6), che attengono alla privazione della libertà personale e al regime dei pubblici processi. Vi sono tuttavia dei diritti, come la libertà di espressione (art.10) che acquistano una valenza specifica e del tutto peculiare con riferimento al minore.

2. Libertà di espressione del minore e diritto all'ascolto

Le convenzioni internazionali infatti dispongono circa l'audizione, come di un momento qualificante nei procedimenti che riguardano il minore (Convenzione New York sui diritti del fanciullo art.12)⁸. In generale si può

⁷ Il riferimento principale va individuato nelle decisioni del Consiglio di Europa affermatosi nel corso degli anni come il principale strumento della cooperazione europea, in materia di diritti umani, cui si deve la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, adottata il 4.1.1950 entrata in vigore nel 1953 e ratificata in Italia il 4.8.1953. Altro strumento la Carta sociale europea, adottata il 18.10.1961 e ratificata in Italia con legge del 3.7. 1965 n.929. Entrambi gli strumenti rappresentano la traduzione in precetti dei principi sanciti dalla Dichiarazione universale

⁸ L'art.12 così recita: *Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la propria 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. A tal fine si darà in particolare al fanciullo, la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura amministrativa giudiziaria, che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.*

osservare – ed è questo un elemento comune al diritto penale e agli strumenti propri del diritto civile - che da una lettura attenta dell'art 12 della Convenzione si ricavi, come sia garantito al minore l'ascolto in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda. La diversa natura e funzione dei vari procedimenti civili e penali fanno infatti ritenere che l'audizione del minore abbia una portata diversa a seconda dei vari procedimenti, e che la stessa non sia sempre obbligatoria, necessaria e ineludibile

Sull'interpretazione da dare a questo articolo si è discusso a lungo poiché la molteplicità e la varietà delle situazioni e delle norme che possono esservi ricomprese, consente di ritenere che l'ascolto del minore, pur avendo in comune il fatto materiale della sua audizione da parte dei vari organi cui la legge demanda questo compito, assume una natura profondamente diversa, nei vari istituti che lo contemplano .

Così ad esempio in Italia, all'interno dell'istituto della adozione, l'ascolto del minore, nelle ipotesi contemplate produce effetti profondamente diversi: mentre il consenso del minore quattordicenne all'adozione negli articoli 7, comma II; 22 comma IV; 25, comma I rappresenta la manifestazione di volontà di un minore già adolescente ed è perciò indispensabile, per potersi far luogo all'adozione; l'ascolto del minore dodicenne, o di età inferiore (se opportuno) non ha valore di elemento essenziale costitutivo dell'adozione, ma ha finalità meramente probatoria, mirando all'acquisizione di tutti

gli elementi utili per stabilire se il minore versi o meno in stato di abbandono.

Ancora l'audizione dei minori nei procedimenti di separazione o divorzio⁹ si connota in modo proprio: poiché i minori non sono né abbandonati, né trascurati dai genitori, (spesso anzi strumentalmente iperprotetti), ma risentono comunque della crisi familiare. In tali situazioni il giudice deve far sì che vi siano le garanzie più opportune, che consentano loro di evitare il danno derivante dalla disgregazione del nucleo familiare. I minori vanno dunque doverosamente sentiti, perché il giudice possa scegliere la soluzione più conveniente per il minore tenendo conto della sua opinione, delle necessità e giustificazioni. Con l'introduzione nel codice civile dell'art. 155 sexies I co., di cui alla legge 54 del 2006, il diritto soggettivo del minore all'audizione è divenuto obbligatorio, sia nei procedimenti di separazione personale, che in quelli di divorzio⁹, se il minore è dodicenne, ma recita l'articolo anche di età inferiore, purché capace di discernimento. Questo principio ora recepito anche in Italia, era già stato espresso in numerose convenzioni internazionali, regolamenti comunitari e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. E' evidente e si discute in dottrina su quali siano le modalità di ascolto del minore, come vengano derubricate e quali risultati

⁹ La medesima regola è applicabile anche nei procedimenti di divorzio, tenuto conto che ai sensi dell'art.4 comma 2 della legge di riforma le nove disposizioni si applicano anche in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Sul punto cfr C.PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli 2006,192.

utili nell'interesse del minore si possano raggiungere¹⁰. Una parte della dottrina ha ritenuto che l'affidamento dei minori nella crisi delle convivenze non sia stato espressamente ricompreso tra i procedimenti in materia familiare e dunque che era compito di ciascuno Stato in sede di applicazione e accettazione del testo convenzionale, individuarne la tipologia¹¹.

Altro esempio significativo si ha nei procedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, artt. 330 e 333 c.c. Questi procedimenti hanno natura composita e sanzionatoria degli abusi della potestà del minore già commessi, o preventivi e protettivi., perché tendono ad evitare la ripetizione di danni già causati o il protrarsi dei loro effetti in materia.

Tali misure possono essere adottate anche di ufficio e contro la volontà dei genitori che sono in qualche misura parti. In particolare il giudice, dotato di poteri officiosi e inquisitori, può per il carattere pubblicistico della tutela dello sviluppo della personalità del minore (artt. 2 e 3 Cost.) assumere tutte le informazioni che reputa opportune, ivi compresa la l'audizione del minore quando necessaria, o utile per far luce su abusi o condotte pregiudizievoli da parte degli adulti sui minori. Diversamente la Suprema Corte ritiene che la Convenzione di Strasburgo abbia un carattere universale e che dovendosi attribuire alle norme sull'ascolto valore di principio

¹⁰

¹¹ Con particolare riferimento al tema della sottrazione dei minori, quanto agli accordi fra Stati terzi o membri della Conferenza, cfr. da ultimo M. DiStefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Cedam 2012., 43.

e senso promozionale, queste debbano intendersi applicabili anche al procedimento e si collocano fuori delle categorie delle controversie. Queste norme sanciscono il diritto del minore ad essere informato e ad esprimere la propria opinione in ogni procedimento che possa incidere sulla sfera esistenziale.

Completamente diversa è la natura della audizione del minore con riferimento alla tutela in materia patrimoniale, (artt.321, 348 e 371 c.c.) in cui il legislatore pone l'accento sul l'interesse patrimoniale del minore e dunque l'ascolto mira ad accertare una situazione patrimoniale per evitargli danni, anche se non mancano provvedimenti circa la educazione dei minori, una volta compiuto l'inventario (art. 321 c.c.).

Sempre nell'art 12 della Convenzione si legge poi che è garantito al minore l'ascolto in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda. La diversa natura e funzione dei vari procedimenti civili e penali, fanno ritenere che l'audizione del minore ha una portata diversa a seconda dei vari procedimenti, e che la stessa non sia sempre obbligatoria, necessaria e ineludibile ,ma che sia sempre di più attendibile.

La tesi sostenuta da illustri autori (Thomas Bruno tra gli altri), secondo cui l'ascolto del minore sarebbe sempre obbligatorio non appare condivisibile. Infatti se l'interpretazione dell'art 12 fosse in tal senso, non sarebbero necessarie le norme speciali ricordate, che finirebbero con l' apparire superflue¹². Il

¹² L'art 12 cioè ha una portata generale, e deve ritenersi derogata dalle disposizioni ricordate aventi carattere speciale, in base al principio secondo cui *lex specialis derogat lex generali*.

carattere generale di tale articolo indica una linea direttiva o una tendenza, o un criterio guida, concretando una norma programmatica e non una disposizione precettiva, assoluta cogente o *self executing*.

Questa interpretazione sembra trovare conferma anche con riferimento ad altra norma patrizia (Convenzione di Strasburgo 1967, in tema di adozione) che è stata ritenuta norma programmatica avente per destinatari gli Stati parti, obbligati ad attuare in concreto, con disposizioni minute e particolareggiate, le linee direttive e programmatiche, astratte e generali della Convenzione¹³. Altra sottolineatura importante, desumibile dall'art 12 della Convenzione afferma che non tutti i minori vanno sentiti, ma solo quelli che abbiano capacità di discernimento tenendo conto della età e maturità¹⁴.

La regola e l'importanza dell'ascolto è stata ribadita da ultimo nel regolamento del Consiglio di Europa del 27.11.2003, che ha introdotto la responsabilità genitoriale¹⁵. In particolare l'art. 23 dispone che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non devono essere riconosciute

¹³ La convenzione di Strasburgo è datata 25.1.1996, ratificata dall'Italia nel maggio 2003. La portata palliativa dell'art 12 della Convenzione di New York non trova concreta corrispondenza. Infatti ci si interroga se l'art 12 abbia o meno una portata precettiva: la dottrina si è a lungo interrogata se il comma secondo dell'art.12 citato abbia un'efficacia recettiva immediata.

Si esclude che la previsione introduca un vero e proprio diritto soggettivo e anzi si auspica un intervento del legislatore in tal senso.

¹⁴ Su questo argomento la giurisprudenza europea non ha espresso pareri unanimi e concordanti: basti pensare *English & Wales Court of Appeal, Cv.C (Minor Abduction: Rights of Custody Abroad 1989)* divenuto il *leading case in common law*. Il riferimento è richiamato in dottrina con un ampio commento da ultimo cfr. M. Distefano, *op.cit.*, 97.

¹⁵ Reg. CE 2201/2003 *sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*.

dagli Stati membri qualora rese *senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato*.

Viene comunque interpretata restrittivamente l'ipotesi in cui il giudice non ritenga utile l'audizione, ipotesi residuale in cui è di assoluta evidenza la impossibilità di trarre notizie utili dalla audizione del minore ed anzi di creare turbamento e disagio al momento della disposta comparizione in giudizio.

In alcune ipotesi la giurisprudenza segnala con una precisazione importante, come l'audizione vada disposta se necessaria e possibile, incontrando il limite della incapacità del minore a rendere dichiarazioni per ragioni di età, o per altre cause; in questi casi il giudice è tenuto a motivare le ragioni che impediscono l'audizione del minore ¹⁶. La lettura dell'art 13 della Convenzione Aja del 25.10.1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, resa esecutiva in Italia con L.15.1.1994 n. 64, che subordina l'audizione all'accertamento della completa maturità del minore al compimento di un'età, in mancanza della quale le nozioni di comune esperienza sconsigliano la audizione onde evitare traumi psichici che la tenera età può rendere pericolosi ed ingiustificati¹⁷, conferma l'orientamento giurisprudenziale su riportato.

¹⁶ Cass.24.5.2000 n.6784; Cass.6093/1990.

¹⁷ Così il Trib.per i min. di Bari con decreto del 7.10.1995 ,in *Dir.e fam.* 1996,641 e Trib. per i min. Campobasso decr. 2.01.2003.

Una interessante pronuncia della Suprema Corte¹⁸ applicativa dell'art 13 della convenzione Aja riguarda un'ipotesi di esclusione di rimpatrio, per essersi opposto il minore, sempre che costui abbia raggiunto, recita la massima della sentenza-*un'età ed un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione*: nell'indagine sul raggiungimento da parte del minore di un'adeguata capacità di discernimento, il giudice non è tenuto a procedere all'audizione del minore, secondo modalità particolari, ad esempio attraverso l'esperienza di una consulenza tecnica di ufficio, purché le ragioni del rifiuto siano adeguatamente motivate¹⁹.

Tra i motivi della decisione il ricorrente indicava come la verifica della *capacità di discernimento del minore ai sensi dell'art 13 vada considerata un atto dovuto e propedeutico alla decisione di avviare la procedura di ascolto; e pertanto può essere omessa solo quando in concreto il minore non sia in grado di distinguere il bene dal male per sé stesso*.

Il Tribunale, nel caso di specie, secondo il ricorrente non avrebbe motivato in ordine alle ragioni per cui non era stata accolta la richiesta che il minore venisse sentito alla presenza di personale qualificato. Oggi la situazione è resa più complessa dalla presenza dell'avvocato del minore²⁰.

¹⁸ Corte Cass. del 15.2.2008 n. 3798, pubblicata con ampio commento in *Riv. dir.internaz. priv. e proc.* 2011, 484.

¹⁹ Cass. 10.10.2003 n15145; Cass. 19.12.2003 n. 19544.

²⁰ Si inserisce a tale proposito la tematica del giusto processo e della realizzazione della difesa minorile.

Altri i motivi che sono stati evidenziati, di cui non ritenendolo giuridicamente rilevante non si sarebbe tenuto adeguatamente conto tra questi: la residenza affettiva (nove anni a Milano, otto mesi a Bruxelles), l'utilizzo di dichiarazioni non verbalizzate rese dal minore, ma di cui poi si può tenere conto in sede di giudizio, omissione di valutazione di elementi probatori, quali le lettere del minore al padre che esprimevano solitudine ,paura, nostalgia ecc.

Nel decidere rigettando l'eccezione sulla non completezza dell'indagine, è interessante rilevare il richiamo ad una interpretazione dell'art 13, secondo cui l'indagine sulla volontà del minore è subordinata al raggiungimento di una età capace di discernimento²¹. Le modalità però per accertare la sussistenza della capacità di discernimento non sono preordinate dalla Convenzione ,ma affidate alla valutazione del giudice, che nel caso in esame ha escluso di procedere a consulenza legale tecnico- medica.

Nell' articolata decisione l'art. 12 della Convenzione di New York e l'art. della Convenzione di Strasburgo per cui: *Nel caso di minore con un discernimento sufficiente, si deve... consulter dans le cas appropriés l'enfant personnellement, si nécessaire en privé ,elle meme ou par l'intermediare d'autres personnes ou organes, sous un forme appropriée a son*

²¹ Se non è ancora raggiunta questa età è sconsigliabile dar peso alla espressione di volontà del minore .Tra le altre cfr. Cass. 27.7.2007 n.16753.

discernement , a moins que ce ne soit manifestement contraires aux interets superieurs de l'enfant.

Si respinge la richiesta sottolineando come anche la non ammissione di consulenza sia stata adeguatamente motivata, rientrando comunque nell'ambito dei poteri discrezionali del giudice²².

E' proprio su una prassi applicativa che si registra ancora molta confusione ad es. la divisione di competenze fra tribunale per i minorenni e tribunale civile non facilita uniformazione di disciplina, ma indica le sostanziali differenze procedurali in tema di affido.

SI è proceduto a una unificazione di competenze perciò che attiene agli aspetti personali e patrimoniali della prole dei conviventi nel giudizio minorile, tuttavia la unificazione completa delle procedure non si realizza, e permane la necessità del rispetto della persona per quanto riguarda l'assunzione di informazioni o la trasmissione delle stesse. Si indicano perciò i servizi sociali, i quali dovrebbero poi relazionare sulla avvenuta comunicazione. Il condizionale è d'obbligo. E' evidente che il minore deve essere accompagnato e supportato da persona di sua fiducia, che il tempo e il luogo appare opportuno sia stabilito ad ora fissa, in un luogo che garantisca la riservatezza e la tranquillità del minore (anche sede giudiziaria o domicilio del minore), in orari

²² La sentenza è interessante perché richiama tutta la normativa esistente sul punto: così oltre all'art 12, l'art.9 della Convenzione, secondo cui gli Stati debbono vigilare perché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano sotto riserva di revisione giudiziaria che la separazione sia necessaria e in questo caso tutte le parti devono conoscere le opinioni.

diversi dagli impegni scolastici: così secondo la dottrina giuridica più sensibile, l'ascolto del minore sarebbe da effettuarsi direttamente da parte del giudice, ovvero su delega di quest'ultimo da persona tecnicamente qualificata a parlare con il minore.

Si profilano così due distinte opzioni. L'ascolto diretto da parte del giudice e l'ascolto indiretto da parte di un consulente tecnico di ufficio o da parte di uno psicologo, esperto del Trib. per i minorenni, (mentre è ancora aperta la questione se fare assistere o meno gli avvocati e/o i genitori, per il rischio di interferenze. In effetti il discorso relativo alla presenza di altre figure è poi affidato caso per caso a valutazioni che dovrebbero essere in qualche misura risolte attraverso i protocolli proposti dagli osservatori sul diritto minorile e sulle Camere minorili.

Viene comunque rilevata la possibilità che il giudice nomini un esperto di scienze psicologiche, pedagogiche, o medio psichiatriche, che ai sensi dell'art 68 c.p.c., possono affiancare nell'audizione il giudice o il minore, se in tenera età.

Nelle prassi dei Tribunali ordinari si è preferito consolidare un orientamento interpretativo che tende a preferire l'ascolto indiretto, specie al fine di potere avere agli atti una relazione; per contro i giudici minorili hanno preferito privilegiare l'ascolto diretto, ancorchè supportati da giudici onorari non togati esperti della comunicazione.

La omissione comporterebbe sia la nullità della udienza presidenziale e dell'ordinanza che la conclude e che potrà essere fatta valere con il reclamo ex art. 708 c.p.c., sia la nullità della sentenza se il giudice istruttore non vi abbia provveduto.

Infatti nonostante vi sia flessibilità appare non sufficientemente elastica la norma e dunque tale da non consentire al giudice di omettere la audizione del minore, anche perchè, di là delle prassi applicative la norma 155 sexies c.c.esprime un diritto del minore e pertanto deve intendersi da applicare in ogni procedimento ,contenzioso o no, di affidamento dei minori, o di modifica delle condizioni di affido, nella separazione,come nel divorzio, di revisione delle condizioni ,nonché nei procedimenti ex art 709 ter c.p.c. E' preferibile accogliere l'interpretazione secondo cui la norma rivolga la propria prescrizione tanto al presidente del Tribunale, nella fase presidenziale, quanto al giudice istruttore nella fase di cognizione piena.

. Il diritto all'ascolto viene anche segnato dalla Convenzione dell'Aja del 1980 ratificata in Italia nel 1994 al'art 13 secondo cui l'autorità giudiziaria o amministrativa può rifiutarsi di ordinare al minore il ritorno quando lo stesso si opponga e abbia raggiunto un grado di maturità tale da tenere conto del suo parere. La Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 ratificata in Italia nel maggio 2003 n. 77 rafforza forme e modalità di esercizio dei diritti del minore, riconoscendo al

fanciullo il diritto di ricevere ogni informazione pertinente ,di essere consultato e di esprimere il suo parere.

Non bisogna poi dimenticare che l'art. 7 co. III della legge di ratifica della Convenzione Aja limita l'ascolto nelle procedure di sottrazione internazionale,statuendo che *il tribunale decide con decreto sentiti il pm .la persona offesa e se del caso il minore medesimo*²³.

Torna dunque ancora una volta il rapporto fra norma generale e norma speciale .

3. Le dichiarazioni non verbalizzate.

Anche la non verbalizzazione di alcune dichiarazioni che spesso costituisce uno dei motivi di ricorso, offre lo spunto per alcune osservazioni. Già all'inizio si era detto che la verbalizzazione appare inutile quanto meno in forma analitica, tenuto conto che l'autorità giudiziaria è libera nell'esercizio del suo potere discrezionale, di adottare le soluzioni più adeguate nell'interesse dei figli: la verbalizzazione infatti finirebbe con il frustrare le finalità di questo libero ascolto. La questione assume oggi maggiore vigore, ove si pensi alla introduzione dell'art 54 /06 per cui è prevista espressamente la possibilità di procedere all'ascolto del minore all'udienza presidenziale nel procedimento relativo alla separazione e al divorzio.

²³ Nel caso di audizione di un minore che esprime parere negativo espresso al rientro, la Corte di Cassazione ha precisato che all'opinione espressa dal minore si deve attribuire efficacia non di causa esclusiva di rigetto dell'istanza bensì di *elemento corroborante il convincimento in ordine alla sussistenza del pregiudizio psichico quale causa autonoma e sufficiente di deroga la principio generale di rientro immediato*. Cass. 18.03.2006 n. 6081.

Tale ascolto è atto processuale dunque ,inserito nell'ambito un processo civile formalmente e normativamente strutturato, nel quale è prevista (secondo l'art 707 c.pc.) la presenza dei difensori sin dall'inizio :pertanto è chiaro che ove il cancelliere nel rispetto delle formalità procederà a verbalizzare quanto dicono i coniugi,altrettanto farà con riferimento ai minori. La verbalizzazione appare opportuna pertanto anche in considerazione delle finalità dell'ascolto: se l'audizione del minore è stata introdotta al fine di offrire al giudice elementi di valutazione per meglio decidere cosa risponde all'interesse dei minori, allora solo la verbalizzazione delle dichiarazioni rese consentirà di comprendere il ragionamento seguito dal tribunale e le conseguenti decisioni da adottate.

La mancanza del rispetto di tale incumbente tuttavia non produce una nullità rilevabile di ufficio,, ma deve essere espressamente dedotto dalle parti trattandosi di prescrizione volta a soddisfare unicamente l'esigenza istruttoria di accertare se il rifiuto del consenso risponda o meno all'interesse del figlio ²⁴.La Convenzione europea in materia di adozione dei minori(Strasburgo 2008) che è stata approvata dal Consiglio di Europa ed aperta alla firma a novembre 2008 ,contiene una disciplina dettagliata dell'adozione dei minori e sostituisce la Convenzione di Strasburgo del 1967.

La revisione si è resa necessaria per i cambiamenti di natura sociale e giuridica, intervenuti in Europa dall'epoca della

²⁴ Cass. 29.12.1994 n. 11263.

prima convenzione di Strasburgo, soprattutto in materia di adozione. Quanto all'audizione del minore, la Convenzione prevede che sia necessario il consenso dello stesso minore, che abbia compiuto i 14 anni, o un'età minore prevista dalla legge.

In ogni caso l'ascolto del minore è opportuno anche quando il suo consenso non sia necessario: ovviamente se ha un'età che renda tale ascolto opportuno, e sempre che ciò non sia in contrasto, per qualunque motivo, con il suo preminente interesse alla serenità e alla crescita armoniosa in senso lato²⁵.

1.5 Il diritto del minore a non essere ascoltato

Un passaggio che mi sembra importante da segnalare riguarda quell'alea non semplice del diritto del minore a non essere ascoltato. Si tratta di un argomento che ha un peso sostanziale, sia per i difensori, che per i giudici, in generale cioè per gli operatori del diritto²⁶.

La dottrina più attenta riflette su come sia preferibile ritenere che l'audizione debba essere disposta soltanto quando *sia funzionale*, per una migliore tutela del figlio, al fine di

²⁵ Sull'interesse del minore esiste un'ampia e copiosa produzione di dottrina. In particolare da ultimo cfr. M. Distefano, *op. cit.*, 24 ss.

²⁶ E' noto come nessuno di noi si avvicina a un minore con facilità, quando si tratta anche semplicemente di ascoltarne un momento di sfogo, o di turbamento, ancora di più quando si tratta di coinvolgerlo, anche semplicemente per chiederne la disponibilità, nel giudizio. A maggior ragione nel momento dell'assistenza in giudizio (e qui si apre tutta la discussione sulla difesa del minore, l'avvocato che deve avere una specializzazione particolare e una esperienza di almeno sei anni, requisiti minimi, ma non sufficienti).

comprendere meglio le sue relazioni con ciascuno dei genitori. Di fatto in genere il minore che esce da un'aula di tribunale, per quanto possa essere stato attenzionato, e il giudice si sia rivolto ad esso con cautela, osservando e chiedendo il rispetto che si riserva a *un ospite inatteso e speciale*, (chiudere la porta, non interrompere, domande leggere senza pressione), ogni persona minore (e non uso a caso le parole) ha le sue lacrime, i suoi silenzi, la sua rabbia, la sua strafottenza a volte poche per la verità, che noi adulti non possiamo cogliere nella totalità e nella ricchezza di ciò che esprimono²⁷. Così intesa la norma riconosce certo al giudice il potere di disporre l'audizione *ex officio*, a prescindere da un'istanza di parte e gli impone di disporla, fatto salva qualora ritenga magari sulla

²⁷ In alcune ipotesi la giurisprudenza prima della l. 54 /2006 segnalava come l'audizione andasse disposta se necessaria e possibile, incontrando il limite della incapacità del minore a rendere dichiarazioni per ragioni di età, o per altre cause; in questi casi il giudice è tenuto a motivare le ragioni che impediscono l'audizione del minore. (Cass.24.5.2000 n.6784; Cass.6093/1990). Con alcune varianti come (Trib Na 20.1.2003) *Il giudice della separazione nella individuazione del genitore affidatario dei figli minori e nella determinazione delle modalità di incontro con l'altro genitore, deve tener conto, pur non essendone vincolato- della volontà del minore, se seriamente e consapevolmente espressa, specie se si tratta di adolescente*. Oggi dopo la introduzione della L.54 del 2006 a fronte di una serie di pronunce anche contrastanti la Suprema Corte a Sez.Unite, con la sentenza del 21.10.2009 n.22238 (Pres.Carbone, rel. Fabrizio Forte) ha introdotto una nuova lettura dell'ascolto del minore, suggerendo interessanti ipotesi di ricostruzione, legate ai principi costituzionali e internazionali, che trascendono le singole norme di origine nazionale eventualmente prescriventi l'obbligo di ascolto (posto residuale nella sentenza è dato ad es. all'art.155 sexies c.c), senza distinzione fra i procedimenti civili in cui l'ascolto è espressamente previsto da una fonte normativa di origine nazionale e quelli su cui la legge tace. la Corte ha ricostruito l'ascolto, come espressione del diritto dei minori di manifestare la propria opinione, in quanto parte sostanziale del procedimento e qualificandolo (l'ascolto), così si legge, quale *requisito per la corretta instaurazione del contraddittorio, anche nei procedimenti di volontaria*. Logica conseguenza è che la mancata audizione determina una nullità insanabile e rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento per violazione del principio del contraddittorio (anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione). Sulle garanzie costituzionali del processo minorile cfr.F. DANOVI, *cit.*,

scorta di rilievi di uno solo dei genitori, o di entrambi (consulenza tecnica, perizia medico-psichiatrica, o insufficiente capacità di discernimento di un infradodicenne), che vi siano ragioni oggettive ostative che ne escludano l'opportunità, in quanto dall'ascolto può discendere anche un pregiudizio al minore. Si richiama qui alla memoria la formula secondo cui l'interesse del minore è dato da una pluralità di diritti a volte anche tra loro contrapposti (diritto alla bigenitorialità/monogenitorialità; mantenimento diritto/mantenimento indiretto; diritto all'ascolto /diritto a non essere ascoltato). Le Sezioni Unite della Corte hanno sottolineato come se vi è una richiesta di audizione dei minori, occorre dare sfogo alla stessa, diversamente motivando, in merito alla possibilità che sia meglio un non ascolto del minore.

Due le sottolineature importanti dunque: l'andare in controtendenza rispetto alla dottrina e alla giurisprudenza nella ricostruzione del vizio quale violazione del contraddittorio, ma anche nella scelta di non distinguere fra il fratello che ha compiuto i dodici anni nel periodo tra la riserva della decisione e la pubblicazione del decreto impugnato e quello di dieci anni, dettando così principi unitari applicabili a tutti i minorenni, indipendentemente dalla loro condizione di ultra o infradodicenne.

Il diritto a non essere ascoltato nasce invece da un'interpretazione prospettata in dottrina, ma anche confortata dalla ragionevolezza: una prima lettura formale dell'art.155

sexies c.c lascia alla discrezionalità del giudice la valutazione sul disporlo o meno. L'altro indirizzo ha riguardo alla finalità primaria che la legge 54/2006 tende a perseguire ,cioè la massima tutela del superiore interesse del minore a un sano e armonico sviluppo psicofisico. Dunque sempre l'ascolto del minore deve essere considerato funzionale ad una maggiore aderenza del procedimento al perseguimento di tale interesse,essendo l'ascolto un elemento dal quale l'interprete può trarre ulteriori motivazioni, per fondare i provvedimenti che andrà assumendo in corso di giudizio. In linea di prima analisi se si accedesse alla obbligatorietà in capo al giudice di disporre o meno l'audizione, unico garante terzo nel caso della L.54, non così nel procedimento dinanzi ai Tribunali per i minorenni cui si affianca comunque la funzione svolta dal P.M., si finirebbe con il contravvenire a quel principio generale di tutela dell'interesse del minore che contraddistingue e qualifica soprattutto la normativa sull'affido condiviso. Potrebbe cioè diventare uno strumento di lesione dell'interesse allo sviluppo psico -fisico di quel minore che la legge ha inteso proteggere.

In questo caso è fondamentale l'altra interpretazione secondo cui non necessario disporre l'ascolto del minore, qualora si ravvisi che questo possa divenire di pregiudizio per il minore stesso.

Si parla in generale di valorizzazione della personalità del minore : il minore va ascoltato perchè è una persona e non una

cosa. Perché è il principale interessato a determinate vicende processuali (affido a genitori adottivi, o ad uno o ad entrambi i genitori nella separazione e divorzio), perché è credibile; perché essendo a conoscenza di determinati fatti può aiutare l'autorità giudiziaria nella realtà della situazione e sulle decisioni più opportune, da prendere per raggiungere una sua crescita armoniosa e completa.