

L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio su accordo delle parti tra fonti sovranazionali e diritto interno

Rita Lombardi

SOMMARIO: 1. Premessa. 2 La tutela del minore nelle fonti internazionali e in quelle dell'Unione europea. 3. L'ascolto del minore nel diritto positivo italiano e nella giurisprudenza. 4. L'ascolto del minore nei procedimenti giurisdizionali su accordo delle parti. - 5. Il "non ascolto" del minore nel procedimento di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni attraverso la negoziazione assistita. - 6. Conclusioni: cenni alla soluzione francese.

1. Premessa

L'ascolto del minore è attività che si svolge nei processi i cui esiti sono destinati ad incidere sulla vita del minore stesso - *recte* a produrre effetti nella sua sfera sostanziale - in una specifica proiezione di protezione del suo interesse "morale e materiale".

L'evoluzione della società civile a livello internazionale, e segnatamente la metamorfosi del soggetto di età inferiore ai diciotto anni da "oggetto" di tutela - *id est* soggetto a tutela indiretta a mezzo degli esercenti la potestà genitoriale - a "soggetto" della tutela - *id est* soggetto "titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili"¹ - e segnatamente - a motivo della rilevanza della sua personalità rispetto all'intero ordine sociale - a soggetto da tutelare in via prioritaria, ha comportato una graduale, ma via via sempre più marcata, accentuazione della valenza della sua posizione nel bilanciamento dei valori di riferimento e dei diritti delle parti nelle vicende processuali. Sicché "*the best interests of the child*" è divenuto obiettivo centrale dei vigenti sistemi giuridici progrediti e, in area europea, la Corte europea dei diritti dell'uomo ne ha sancito la priorità raccordandola al comma 1° dell' art. 8 della Convenzione europea dei diritto dell'uomo, ossia al "diritto al rispetto della vita privata e familiare"².

E però l'indeterminatezza del concetto di "interesse del minore", propriamente del "superiore" (*best*, nei testi inglesi, *supérieur* in quelli francesi) interesse del minore³, e la varietà dei procedimenti che vedono coinvolto il minore, inducono ancora ad indagare sulla concreta esternazione di siffatto interesse e, di conseguenza, pongono la questione dell'indispensabilità o meno dell'ascolto del minore per la valutazione del pieno rispetto di esso.

Quantunque sui temi dell'interesse del minore e dell'ascolto dello stesso si registri un'ampia ed accurata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sia a livello interno che a livello europeo, è agevole constatare che si tratta di temi ancora in fase di determinazione a livello normativo.

Occorre infatti segnalare che il legislatore italiano con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con significativi emendamenti, nella l. 10 novembre 2014, n. 162, con cui, nella specifica prospettiva di operare una degiurisdizionalizzazione della tutela dei diritti⁴, è stata riconosciuta ai coniugi la possibilità di addivenire alla separazione personale, al divorzio e alle modificazioni delle relative condizioni attraverso un procedimento che si svolge dinanzi agli avvocati, a cui - per aggiunta operata in sede di conversione - segue il controllo del pubblico ministero, ha coniato un procedimento che coinvolge il minore ma non ne contempla l'ascolto.

E se il considerevole impiego pratico della negoziazione assistita anche in presenza di figli minori o bisognosi di protezione attribuisce piena legittimità a tale modello procedimentale, le indicazioni contenute nelle fonti sovranazionali inducono a più attente riflessioni sul punto.

¹ Così Cass. 11 febbraio 2010, n. 7282, in *Fam. dir.* 2011, 268, con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; v. anche Cass., 27 marzo 2017, n. 7762; negli stessi termini nella giurisprudenza di merito v. Trib. Varese 24 gennaio 2013, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Separazione di coniugi*, n.183.

² Cfr. Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2011, ric. 14737/09, *Sneerson e Kampanella c. Italia*; in argomento v. L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova, giur. civ. comm.*, 2016, 1, 149. Cfr. anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni del 15 febbraio 2011 in cui la tutela del minore viene indicata come "obiettivo dell'Unione messo in primo piano dal Trattato di Lisbona".

³ Cfr. l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a mente del quale "in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente". Sull' "ambiguità e l'indeterminatezza dell'interesse del minore", v., tra gli altri, B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 145 ss.; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 148 ss. Sul principio del superiore interesse del minore v., *ex multis*, MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell' "interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1141 ss., ed altresì F. DANOVÌ, *Il D.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. e dir.*, 2014, 536; A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno uguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, *ivi*, 2013, 264. Evidenzia la centralità della valutazione dell'interesse del minore per le scelte che lo riguardano nell'ambito del quadro europeo ed internazionale Corte cost., 18 dicembre 2017 n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 21, con nota di CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*. Nella dottrina straniera, tra gli altri, v. FREEMAN, *Article 3. The best interests of the Child*, in *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Niihoff, 2007, *passim.*; FOTTRELL, *Revisiting Children's Rights: Ten years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Bruxelles, 2000, *passim.* Per un primo confronto sulla tutela del minore nel processo civile v. gli atti del convegno di Venezia del 1987 su "*Le procedure civili a tutela dell'interesse del minore*", a cura di P. DUSI, Milano, 1990, e del convegno di Cagliari del 1997 su "*Quale processo per la famiglia e i minori*", a cura di L. FANNI, Milano 1999, nonché A. PROTO PISANI "*Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*", in *Foro it.*, 2002, I, 3302.

⁴ Il citato decreto dispone "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*". V., tra i numerosi contributi, AA.VV. *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, Torino, 2015.

2. La tutela del minore nelle fonti internazionali e in quelle dell'Unione europea.

Il profilo d'indagine si delimitato impone di considerare le principali tappe del cammino compiuto sul piano internazionale per il riconoscimento della valenza dell'ascolto del minore, propriamente per il riconoscimento del principio della libera espressione del minore.

Si tratta invero di un cammino lento che può farsi risalire all'art. 5 della Convenzione europea dell'Aja del 28 maggio 1970, relativa al rimpatrio dei minori⁵, norma che aveva sancito la necessità dell'ascolto del minore stabilendo che “nessuna decisione su una richiesta di rimpatrio dovrà essere presa prima che il minore sia stato sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono, da un' autorità competente dello Stato richiesto”.

L'indicazione veniva riportata successivamente nella convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, relativa ai (soli) aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori⁶, che all'art. 7, co. 3, disponeva che riguardo alla richiesta di ritorno del minore dall'estero illecitamente sottratto, il tribunale decide “sentiti la persona presso cui si trova il minore, il Pubblico ministero, e, se del caso, il minore medesimo”, e all'art. 13 stabiliva che l'autorità giudiziaria o amministrativa può rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore anche “qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere”.

Parimenti la poco precedente convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980⁷, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, disponeva che prima di decidere sul riconoscimento e sull'esecuzione delle predette decisioni l'autorità “che dipende dallo Stato richiesto: a) deve rendersi edotta del punto di vista del minore, a meno che non vi sia impossibilità pratica, avuto riguardo, in particolare, all'età ed alla capacità di discernimento di quest'ultimo”.

Ma è con la convenzione Onu di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989⁸, quale “manifesto dei diritti dei minori”⁹, che si registra un più incisivo riconoscimento “dell'opinione del fanciullo”. L' art. 12, 1° comma, disponeva infatti che gli Stati “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”. Il 2° comma della medesima disposizione prefigurava poi la possibilità per il minore “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”.

Ad essa ha fatto seguito la Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993 in materia di adozioni internazionali¹⁰ ove si stabiliva che ai fini dell'adozione occorre valutare i desideri e le opinioni del minore.

E' però con la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 25 gennaio 1996¹¹, che l'ascolto “diventa un vero e proprio diritto processuale, cui corrisponde un obbligo per il giudice”¹².

⁵ Ratificata con legge del 30 giugno 1975, n. 396.

⁶ Ratificata con la legge del 15 gennaio 1994, n. 64.

⁷ Ratificata in Italia con la legge del 15 gennaio 1994, n. 64.

⁸ Ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge del 27 maggio 1991, n. 176.

⁹ Così L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, in *Trattato della separazione e divorzio*, II, a cura di M. A. Lupoi, Santarcangelo di Romagna, 2015, 270.

¹⁰ Ratificata in Italia con la legge del 31 dicembre 1998, n. 476.

¹¹ Ratificata con la legge del 20 marzo 2003, n. 77.

¹² Così, B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 311 s.

L' art. 3 rubricato "Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti", infatti, disponeva che nei procedimenti un' autorità giudiziaria che lo riguardano "al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione"¹³.

Di seguito la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000¹⁴ individuava i "diritti del minore", sì prevedendo al 1° comma dell'art. 24 che i minori "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".

Anche la successiva Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali all'art. 6, rubricato "Diritto del minore di essere informato, consultato ed esprimere la propria opinione", al 1° comma stabiliva che un minore, che secondo il diritto interno è ritenuto capace di discernimento, ha il diritto, a meno che ciò non sia manifestamente contrario al suo interesse superiore, di ricevere tutte le informazioni pertinenti, di essere consultato e di esprimere la sua opinione, e al 2° comma che si deve dare la dovuta importanza a tali opinioni e ai desideri e sentimenti del minore.

E ancora il Regolamento CE n. 2201 del 27 novembre 2003, cosiddetto "*Bruxelles II bis*", relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale¹⁵, all'art. 23 lett. b) disponeva che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute, salvo i casi d'urgenza, se "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"¹⁶, di talché si assumeva che il mancato ascolto del minore non consente la circolazione della decisione negli Stati membri dell'Unione Europea.

¹³ Va tenuto conto anche dell'art. 4 della citata convenzione a mente del quale: "Salvo quanto previsto dall'articolo 9, quando il diritto interno priva i detentori delle responsabilità genitoriali della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interesse, il minore ha il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi ad un' autorità giudiziaria. 2. Gli Stati sono liberi di prevedere che il diritto di cui al paragrafo 1. venga applicato solo ai minori che il diritto interno ritiene abbiano una capacità di discernimento sufficiente", ed altresì dell'art. 5 a mente del quale "Le Parti esaminano l'opportunità di riconoscere ai minori ulteriori diritti azionabili nei procedimenti che li riguardano dinanzi ad un' autorità giudiziaria, in particolare: a) il diritto di chiedere di essere assistiti da una persona appropriata, di loro scelta, che li aiuti ad esprimere la loro opinione; b) il diritto di chiedere essi stessi, o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante distinto, nei casi opportuni, di un avvocato; c) il diritto di designare il proprio rappresentante; d) il diritto di esercitare completamente o parzialmente le prerogative di una parte in tali procedimenti".

¹⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nota come Carta di Nizza, è stata incorporata nel Trattato di Lisbona del 7 dicembre 2007, ed è entrata in vigore l'1 dicembre 2009.

¹⁵ Tale regolamento abrogava quello n. 1347/2000. In materia si tenga conto anche del regolamento CE n.1259/2010 sull'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. In argomento v. M.G. CUBEDDU, in Patti-Cubeddu, *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008,

¹⁶ Ascolto ritenuto necessario anche ai fini del rilascio del certificato relativo al diritto di visita (art. 41) e per quello relativo al ritorno del minore (art. 42).

Altresì le linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minori del 17 novembre 2010¹⁷ hanno esplicitato il diritto del minore “di essere ascoltato e di esprimere la propria opinione”¹⁸, propriamente sottolineando che l'ascolto attiene alla valutazione dell'interesse superiore dei minori e che il diritto del minore di essere ascoltato si combina con il diritto di essere informato.

In particolare si legge in tali linee guida che la valutazione dell'interesse superiore dei minori implica: a) il riconoscimento del “dovuto peso” dei loro “punti di vista e alle loro opinioni”; b) il rispetto di tutti gli altri diritti del minore “quali il diritto alla dignità, alla libertà e alla parità di trattamento”; c) la considerazione di “tutti gli interessi in gioco tra cui il benessere psico-fisico nonché gli interessi legali, sociali ed economici del minore”.

Da ultimo va segnalato che la proposta del Consiglio dell'Unione europea del dicembre 2018 relativa al regolamento *Bruxelles II bis* (rifusione), concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori, rimarca (art. 20) l'esigenza di dare al minore “la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione”, e specifica che “l'autorità giurisdizionale tiene debito conto dell'opinione del minore in funzione della sua età e del suo grado di maturità”.

Orbene la breve analisi delle fonti sovranazionali, propriamente internazionali ed europee, fa emergere che: a) l'ascolto del minore, *id est* della sua opinione, è funzionale alla valutazione dell'interesse del minore, quale interesse “superiore”; b) il diritto all'ascolto si combina con il diritto all'informazione; c) gli ambiti dell'ascolto del minore sono di vario tipo sicché esso può avere la valenza di consenso; d) l'attività di ascolto non è elemento imprescindibile dei procedimenti aventi influenza sulla posizione del minore dovendo essa ricollegarsi a criteri di età e maturità.

Dunque la valorizzazione dell'ascolto del minore rientra nell'obiettivo perseguito nello spazio giudiziario europeo di assicurare una piena tutela ai minori, sicché per gli ordinamenti europei è divenuta esigenza prioritaria costruire un sistema giustizia che attribuisce prevalenza ai bisogni e alle esigenze del minore¹⁹.

Ad ogni modo va puntualizzato che, mentre le Convenzioni internazionali assolvono alla precipua funzione di orientamento degli ordinamenti verso un'adequata tutela del minore diversamente, il regolamento CE n. 2201/2003 è vincolante per gli Stati membri, sicché il difetto di ascolto del minore incide in modo diretto sulla libera circolazione del provvedimento nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

3. *L'ascolto del minore nel diritto positivo italiano e nella giurisprudenza.*

Nell'ordinamento italiano il primo passo per il riconoscimento della rilevanza dell'ascolto del minore nel processo civile, sia pur come attività rimessa alla discrezionalità del giudice, è da rintracciare in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale.

La legge n. 898/70, la c.d. la legge sul divorzio, all'art. 4, infatti, aveva stabilito che il presidente del tribunale emette l'ordinanza relativa ai provvedimenti temporanei ed urgenti opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole “sentiti, se lo ritenga opportuno, i figli minori”.

Con la l. n. 74 del 1987 il legislatore riscriveva tale norma e stabiliva che il presidente del tribunale pronuncia i predetti provvedimenti “sentiti, qualora lo ritenga strettamente necessario, anche in considerazione della loro età, i figli minori” (comma 8). Anche l'art. 6 della legge n. 898/70 veniva ritoccato ivi stabilendosi che per i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento il giudice procede

¹⁷ Su cui v. F. TOMMASEO, *Il processo familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1265.

¹⁸ Par. 106 della relazione esplicativa delle linee guida.

¹⁹ Cfr. il Programma di Stoccolma 2010-2014 relativo alla giustizia, libertà e sicurezza nell'Unione europea consultabile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)&from=IT).

“qualora sia strettamente necessario anche in considerazione della loro età” all’ “audizione dei figli minori” (comma 9). Dipoi il legislatore disponeva che le regole di cui all’art. 4 l. div. si applicano anche al giudizio di separazione (art. 23 l. cit.).

Ma è con l’introduzione dell’art. 155 *sexies* c.c. operata con la legge n. 54 del 2006, che viene delineato nell’ordinamento italiano il “diritto” del minore all’ascolto²⁰. Propriamente in ordine all’affidamento condiviso dei figli nei procedimenti di separazione personale dei coniugi, in quelli di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio ed altresì nei procedimenti relativi all’affidamento di figli di genitori non sposati, l’ascolto del minore viene configurato come attività imprescindibile e non più rimessa al potere discrezionale del giudice²¹: la citata norma rubricata “Poteri del giudice e ascolto del minore” al 1° comma stabiliva infatti che il giudice per l’emanazione dei provvedimenti relativi alla prole “dispone” l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Le successive riforme in materia di filiazione erano destinate a completarne la regolamentazione. Così la l. 10 dicembre 2012 n. 219 abrogava il menzionato art. 155 *sexies* e introduceva l’art. 315 *bis* c.c. sui “diritti e doveri del figlio” (così la rubrica della norma) al 3° comma attribuendo al figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento “il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano”. Dipoi il d.lgs. 154/2013, in attuazione della delega di cui all’art. 2 comma 1 lett. i) della l. n. 219/2012, introduceva gli artt. 336 *bis*, 337 *octies* c.c. e 38 *bis* disp. att. c.c. e modificava (ancora) l’art. 4, co. 8, l. 898/70.

Orbene con l’art. 336 *bis* c.c. il legislatore ha previsto che l’ “ascolto del minore” (così la rubrica della norma) che abbia compiuto i dodici anni o più piccolo se capace di discernimento nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, ma ha rimesso al presidente o al giudice delegato il compito di verificare che siffatta attività non sia “in contrasto con l’interesse del minore, o manifestamente superfluo”. Con l’art. 337 *octies*, rubricato “Poteri del giudice e ascolto del minore”, poi, il legislatore, per un verso, ha rimarcato che ai fini dei provvedimenti di cui all’art. 337 *ter* il giudice dispone l’ascolto del minore che abbia compiuto i dodici anni o infradodicesime se capace di discernimento e, per altro verso, ha disposto che “nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all’ascolto se in contrasto con l’interesse del minore o manifestamente superfluo”. Infine all’art. 4 comma 8 l. 898/70 ha previsto che il presidente “dispone” l’ascolto del minore che abbia compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento”, e non più ove lo “ritenga strettamente necessario”.

²⁰ Va però dato conto anche della previsione di cui all’art. 15 della legge n. 184 del 1983 poi sostituito dall’art. 14 della l. n. 149 del 28 marzo 2001, relativo alla disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori, a mente del quale la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore implica l’ascolto del “minore che abbia compiuto i dodici anni e, se opportuno, anche il minore di età inferiore”.

²¹ V., tra gli altri, F. DANOVI, *L’affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1921; M. DOGLIOTTI, *I procedimenti: la separazione personale*, in *Il nuovo diritto di famiglia I*, diretto da Ferrando, Bologna, 2007, 1052; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 cd. sull’affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1865; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 371; F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull’affidamento condiviso: profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 397.

La dottrina ha ravvisato con immediatezza un contrasto tra l'ampia - e pienamente garantista - previsione di cui all'art. 315 *bis*, comma 2, c.c., che attribuisce al figlio dodicenne o all'infradodicenne dotato di capacità di discernimento il diritto di essere ascoltato "in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano", e le successive e restrittive previsioni di cui agli artt. 336 *bis* e 337 *octies* c.c., che rimettono al giudice la valutazione della non superfluità dell'ascolto e della non contrarietà con l'interesse del minore stesso, sì ravvisandosi un eccesso di delega nelle predette norme, in quanto la legge n. 219/2012 demandava al Governo esclusivamente la prefigurazione delle modalità di ascolto del minore senza porvi limite alcuno²².

La Corte di cassazione, dal canto suo, nella vigenza dell'art. 155 *sexies* c.c., ha affermato che il riconoscimento normativo dell'ascolto del minore è espressione delle Convenzioni di New York del 1989 e di Strasburgo del 2003, onde esso costituisce adempimento obbligatorio in tutti i procedimenti in cui si assumono provvedimenti che riguardano il minore, salvo che sia manifestamente superfluo o si ponga in contrasto con l'interesse del minore stesso, nel qual caso il giudice deve darne atto con provvedimento motivato²³.

Va specificato che nella sentenza 7282/2010²⁴, resa in un caso di stato di adottabilità, i giudici di legittimità avevano rimarcato la valenza della ²⁵posizione del minore come soggetto titolare di diritti soggettivi e ricondotto il suo ascolto all'esercizio di un diritto della personalità, sicché i bisogni e gli interessi da lui manifestato "pur non vincolando il giudice, non possono essere ignorati".

Successivamente la medesima Corte, parimenti riconducendosi alle menzionate fonti internazionali e ad esse collegando le modifiche dell'ordinamento interno, ha ribadito che in ragione della previsione del novello art. 336 *bis* c.c. (che sostituisce l'art. 155 *sexies* c.c.) il giudice è obbligato ad ascoltare il minore ultradodicenne o comunque capace di discernimento nel procedimento di separazione giudiziale e, in generale, in ogni processo la cui decisione lo riguardi, specificando che le uniche deroghe consentite a tale attività sono quelle di cui all'art. 336 *bis* c.c., giustificando l'omesso ascolto la contrarietà con l'interesse del minore o la superfluità dello stesso, condizioni da valutarsi, evidentemente, caso per caso.

In particolare, le sezioni unite della Corte di cassazione con la pronuncia n. 22238/2009,²⁶ resa in un procedimento di modifica delle condizioni della separazione personale tra coniugi di diversa nazionalità, hanno affermato che il mancato ascolto del minore che ha compiuto dodici anni o di età inferiore ma capace di discernimento del cui affidamento deve disporsi costituisce violazione dei principi del contraddittorio e del principio del giusto processo.

²² Sul punto si rinvia a A. NASCOSI, *Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicenne*, in *Fam. e dir.*, 2018, 355, ed ivi richiami di dottrina sul punto.

²³ V. Cass.(ord.) 14 aprile 2007, n. 9094, in *Guida dir.*, 2007, 18, 50, con nota di S. GALLUZZO, *L'adempimento può essere escluso in presenza di forti rischi per l'interessato?*; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1128, con nota di R. TISCINI, *La relazione nel procedimento camerale in casazione e i manifestamente infondati sospetti di incostituzionalità per violazione delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice*; v. anche Cass., 27 luglio 2007, n. 16753. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Terni, 31 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 1142; Trib. Genova (ord.), 23 marzo 2007, in *Foro it.*, I, 1601.

²⁴ cit., di cui L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, cit., 273 s., ne esalta la valenza sistematica.

²⁵ Sulla natura (*lato sensu* istruttoria) dell'ascolto del minore e sulle modalità di assunzione di esso v., tra gli altri, v. F. DANОВI, *L'ascolto del minore*, cit., 1599 ss.; L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, cit., 278 ss. Sul vizio della sentenza priva di motivazione in ordine alla capacità di discernimento del minore o riguardo al mancato rispetto dell'opinione dello stesso minore da parte del giudice, da far valere attraverso il ricorso per cassazione, v. G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1257 ss.

²⁶ Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 48, 36, con nota di G. FINOCCHIARO, *Un adempimento ritenuto inderogabile da assolvere con le modalità più convenienti*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1415, con nota di F. DANОВI, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice*; in *Fam. dir.*, 2010, 364, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di esser ascoltato nel processo*; in *Fam. pers. succ.*, 2010, 652, con nota di T. IANNONE, *Le sezioni unite danno voce ai figli contesi fra genitori separati*.

La giurisprudenza più recente è dunque ferma sulla considerazione che “l’articolo 336 bis (...) sancisce il generale obbligo dell’ascolto del minore” e che “l’opinione del minore, nei procedimenti che lo riguardano, costituisce un elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse anche alla luce dell’articolo 12 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, dell’articolo 7 della Convenzione di Strasburgo del 1996 relativa all’esercizio dei diritti dei minori, ratificata con L. n. 77 del 2003; dell’articolo 24, p. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”²⁷. L’ascolto del minore hanno spiegato i giudici di legittimità “costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse”²⁸. Pertanto l’omissione dell’audizione della prole minore, se non considerata dal giudice superflua o contraria all’interesse del minore, determina la nullità del processo e del relativo provvedimento decisorio²⁹.

La Corte ha poi chiarito che dal dato normativo emerge esclusivamente una diversa modulazione dell’obbligo di ascolto del minore dodicenne rispetto a quello di età inferiore: solo “per la prima ipotesi la presunzione della capacità di discernimento, fissata in via legislativa, impone al giudice di primo grado di prevedere, anche officiosamente, (...) una scansione procedimentale dedicata all’ascolto stesso, (...) da svolgersi secondo le modalità stabilite dell’articolo 336 bis, commi 2 e 3, all’interno delle quali spiccano l’obbligatorietà della conduzione da parte del giudice e la preventiva informazione del minore sulla natura del procedimento e sugli effetti dell’ascolto, salvo che motivatamente non si ritenga l’ascolto superfluo o contrario all’interesse del minore”³⁰.

Inoltre la Suprema Corte ha puntualizzato che l’ascolto del minore “è una relazione tendenzialmente diretta fra il giudice e il minore che dà spazio, all’interno del processo, alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda” e pertanto si differenzia dalla consulenza che, pure se si avvale preferibilmente di un ascolto diretto del minore da parte di uno specialista, si risolve in un’indagine che considera “una serie di fattori quali in primo luogo la personalità, la capacità di accudimento e di educazione”³¹.

Da ultimo si segnala che la Corte di cassazione, in un caso di riconoscimento di paternità, ha affermato che “le valutazioni del giudice, in quanto doverosamente orientate a realizzare l’interesse del minore, che può non coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate, potranno in tal caso essere difformi”³², e di seguito, in un giudizio di separazione con addebito, ha specificato che “qualora il giudice intende disattendere le dichiarazioni di volontà che emergono dall’ascolto ha l’obbligo di motivare la decisione “con particolare rigore e pertinenza”³³.

²⁷ Cass., (ord.) 13 dicembre 2018, n. 32309.

²⁸ Così la recentissima Cass., (ord.) 13 febbraio 2019, n. 4246, che richiama Cass., 26 marzo 2015, n. 6129, ed altresì Cass., 7 marzo 2017, n. 5656, in *Fam. e dir.*, 2018, 352, con nota di A. NASCOSI, *Nuove direttive*, cit. Anche Cass., (ord.) 13 dicembre 2018, n. 32309, reputa che l’opinione del minore costituisce “elemento di primaria importanza” per valutare l’interesse del minore.

²⁹ V. Cass., (ord.) 13 dicembre 2018, n. 32309.

³⁰ Così Cass., (ord.) 13 dicembre 2018, n. 32309, che richiama Cass. 26 marzo 2015, n. 6129, in *Foro it.*, 2015, I, 1543, con nota di G. CASABURI; Cass. 11 settembre 2014, n. 19202, *ivi*, I, 3077, con nota di G. CASABURI, e Cass., 24 gennaio 2013, n. 1687, ove si specifica che rispetto al minore infradodicenne il giudice dispone del potere discrezionale di ascolto, “salvo che egli debba disporre l’ascolto o motivarne l’omissione se vi sia un’istanza di parte che indichi gli argomenti e i temi di approfondimento sui quali ritenga necessario l’ascolto” *ex art.* 336, co. 2, c.c.

³¹ Così Cass., (ord.) 24 maggio 2018 n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, 2364.

³² Così Cass., 27 marzo 2017, n. 7762, che richiama anche la decisione della Corte eur. dir. uomo, 9 agosto 2006, ric. 18249/02, *C.c. Finlandia*.

³³ Cass., (ord.) 24 maggio 2018, n. 12957, cit.,

Ebbene dal quadro normativo vigente e dagli interventi della Corte di cassazione innanzi illustrati sono da trarsi le seguenti conclusioni: a) l'ascolto del minore è attività obbligatoria solo se costui ha compiuto i dodici anni, altrimenti il giudice ne valuta le capacità di discernimento; b) il giudice può negare l'ascolto se lo reputa contrario all'interesse del minore o manifestamente superfluo; c) in tale evenienza il giudice deve motivare espressamente la scelta di negazione dell'ascolto; d) l'ascolto è demandato al giudice in osservanza delle modalità di cui all'art. 336 *bis* c.c.; e) il giudice non è tenuto ad uniformarsi alle dichiarazioni rese dal minore dovendo effettuare una valutazione complessiva del suo interesse.

Va però evidenziato che la Corte costituzionale nel 2002³⁴, aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell' (allora vigente) art. 336, 2° comma, c.c. - con riferimento agli art. 3, 1° e 2° comma, 24, 2° comma, 30, 1° comma, 31, 2° comma, e 111, 1° e 2° comma, Cost. - nella parte in cui non prevede nei procedimenti camerali ablativi o modificativi della potestà genitoriale che sia sentito anche il figlio minore, se cresciuto, direttamente da parte del giudice e tramite un rappresentante, se si tratti di un bambino più piccolo e, in ogni caso a pena di nullità rilevabile d'ufficio, che sia sentito il minore che abbia compiuto i dodici anni, a motivo della previsione di cui all' art. 12 della Convenzione di New York, da ritenersi pienamente integrativa della disciplina di cui all'art. 336, comma, 2 c.c. (che nella formulazione originaria non conteneva riferimento alcuno all'ascolto del minore), sì riconoscendo al minore la possibilità di essere ascoltato in ogni procedimento che lo riguardasse.

In sintesi la legislazione italiana si è allineata alle indicazioni internazionali ed europee ma ha posto un preciso limite di età per il minore da ascoltare e ha indicato le ragioni di deroga all'obbligo di ascolto, tanto allo scopo di consentire un pieno bilanciamento tra il diritto del minore "ad essere ascoltato" e il diritto del minore "a non essere ascoltato", a cagione delle conseguenze che sul piano psicologico pur sempre scaturiscono dal porlo in rapporto con la realtà giudiziaria.

Nella delineata prospettiva l'ascolto del minore si pone come uno strumento processuale che consente al giudice di compiere una "migliore" valutazione del suo "superiore" interesse; uno strumento necessario ma non indispensabile sicché ad esso non è dato far ricorso allorché - all'esito della valutazione del giudice - arrechi un pregiudizio per il minore o sia manifestamente superfluo.

Ad ogni modo occorre puntualizzare che i suindicati interventi della Suprema Corte attengono a procedimenti di diverso tipo, dichiarazioni giudiziali di paternità e domande di cambio cognome del minore, adottabilità, separazioni e divorzi giudiziali, sottrazione internazionale, e che la valutazione della necessità dell'ascolto del minore emerge pienamente allorché sussista uno stato di conflittualità tra i genitori o tra i minori e i genitori³⁵.

4. L'ascolto del minore nei procedimenti giurisdizionali su accordo delle parti

L'ultimo rilievo effettuato induce a verificare quali posizioni sono state assunte con riguardo all'ascolto del minore rispetto alle evenienze in cui alcun rapporto di conflitto si registri tra i genitori della prole minore.

Invero fin dall' introduzione dell'art. 155 *sexies* c.c. (l. n. 54/2006) la dottrina si è interrogata sul se nella separazione consensuale *ex art. 711 c.p.c.*, nel divorzio su domanda congiunta *ex art. 4 co. 16 l. div.*, e nei procedimenti congiunti *ex art. 710 c.c.* dovesse procedersi all'ascolto della prole minore.

³⁴ Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Fam. dir.*, 2002, 229, con nota di F. TOMMASEO, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*.

³⁵ Così ad es. nella specie di cui a Cass., 24 maggio 2018, n. 12957, e Cass., 24 maggio 2018, n. 12954, l'ascolto del minore è stato ricondotto al "diritto fondamentale alla fratellanza e alla sorellanza" quale espressione dell'interesse del minore stesso.

In particolare, considerata la portata generale della citata norma e dell'art. 315 *bis* c.c., e osservato che non è giustificabile una modalità di tutela del minore che si differenzia a seconda della varietà dei moduli procedurali prefigurati dall'ordinamento, una parte della dottrina ha concluso per l'ascolto del minore che ha compiuto i dodici anni anche nell'ambito dei procedimenti consensuali e congiunti³⁶. E poiché in tale ambito il giudice assolve al precipuo compito di vagliare la conformità delle pattuizioni assunte dai genitori all'interesse del minore³⁷, si è ritenuto nullo il provvedimento di chiusura del procedimento di separazione o divorzio in cui il minore non è stato ascoltato, sì configurandosi l'obbligo di ascolto del minore alla stregua di una condizione di procedibilità³⁸.

Si è altresì evidenziato che l'argomento per il quale se i genitori sono d'accordo "è inutile dare la parola al figlio" contrasta con l'art. 337 *ter*, 2° comma, c.c. e che "assoggettare totalmente il figlio alla volontà dei genitori significa negargli la principale conquista del 2006, ovvero diventare soggetto di diritti da oggetto di decisioni"³⁹.

Altra parte della dottrina, però, considerato che l'audizione del minore potrebbe sacrificare proprio il suo interesse, ha escluso l'automatismo dell'ascolto del minore⁴⁰: costui verrebbe coinvolto nella vicenda giudiziaria mentre i genitori potrebbero aver optato per la via consensuale proprio per alleviare il nocimento che subisce dalla frattura tra i genitori. Il disagio al quale il minore andrebbe incontro, nonostante l'eventuale presenza di uno psicologo e l'adozione di altre cautele, sarebbe ingiustificato al cospetto di un accordo tra i genitori sulla sua posizione, accordo sottoposto *ex art.* 158 c.c. al controllo dell'autorità giudiziaria ed altresì a quello del pubblico ministero.

La questione è ancora aperta e certamente alimentata dal dettato, poco lineare, di cui al 1° comma dell'art. 337 *octies* c.c., il quale dapprima stabilisce che "il giudice *dispone* (...) *l'ascolto* del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore se capace di discernimento" e di seguito aggiunge che "nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, il giudice *non procede all'ascolto* se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo". La disposizione - è evidente - per un verso pare segnare una distinzione tra procedimento contenzioso e non contenzioso ("si dispone" l'ascolto nel primo caso, "non si dispone" l'ascolto nel secondo caso) e per altro verso riconduce le condizioni del "non ascolto" a quanto già sancito in linea generale all'art. 336 *bis* c.c.

³⁶ A. NASCOSI, *La separazione consensuale e il divorzio su ricorso congiunto*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, 307 ss.; A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di esser ascoltato nel processo*, cit., 371; ID., *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1866.

³⁷ A. NASCOSI, *La separazione consensuale*, cit., 324, nota 49.

³⁸ V., A. NASCOSI, *Nuove direttive*, cit., 356 n. 7; A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam e dir.*, 2013, 276; F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, ivi, 2006, 397.

³⁹ Così M. MAGLIETTA, *Le linee guida del Tribunale di Brindisi in materia di affidamento condiviso dei figli nella separazione: una diversa lettura*, in *Foro it.*, 2017, I, 2505.

⁴⁰ R. LOMBARDI, *I procedimenti fondati sull'accordo tra le parti*, in *Trattato della separazione e divorzio*, cura di M.A. Lupoi, II, Ravenna, 2015, II, 523 ss.; L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, ivi, 274 ss., spec. 281 ss.; F. DANOVÌ, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1614 ss.; ID., *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1923 ss.; G. REALI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 747; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 371.

5. Il “non ascolto” del minore nel procedimento di separazione, divorzio e modificazione delle relative condizioni attraverso la negoziazione assistita.

Il quadro delineato consente ora di soffermarsi sul d.l. n. 132, del 12 settembre 2014, convertito con significativi emendamenti, nella l. n. 162 del 10 novembre 2014, con cui, come si è già accennato, sono stati introdotti nel sistema italiano due nuovi procedimenti diretti al conseguimento della separazione, del divorzio ed altresì delle modificazioni delle condizioni stabilite con la separazione o il divorzio, segnatamente la “convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio” (art. 6 del d.l. 132/2014) e il procedimento di “separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all’ufficiale dello stato civile” (art.12 del medesimo decreto).

Ambedue i procedimenti sono stati concepiti dal legislatore affinché la soluzione consensuale tra coniugi di separazione, divorzio - nei soli casi di cui all’articolo 3, 1° comma, 2, lett. b), l. n. 898/1970 - e modificazioni delle relative condizioni operi fuori dalla sfera giurisdizionale, quindi fruibili esclusivamente laddove i coniugi raggiungono una piena intesa sulla modifica del proprio *status*, sul contenuto delle condizioni di separazione o di divorzio o delle relative modifiche, e sulla scelta del modello procedimentale da utilizzare.

Il citato decreto legge ne prefigurava l’accesso alla sola evenienza in cui la coppia non avesse figli minorenni, maggiorenni non autosufficienti, maggiorenni incapaci, portatori di handicap, quindi senza figli o con figli autonomi. Le critiche ai limiti di praticabilità di tali vie hanno spinto il legislatore ad apportare rilevanti modifiche al testo normativo in sede di conversione, sicché il procedimento di negoziazione assistita è risultato sostanzialmente riscritto.

Segnatamente ne è ampliato l’ambito applicativo anche alle coppie con figli minorenni o bisognosi di protezione (figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti). Contestualmente si è introdotto il controllo del pubblico ministero sull’accordo siglato dai coniugi dinanzi agli avvocati, controllo d’intensità variabile in base all’assenza di figli minori o bisognosi di protezione, nulla osta – vaglio della regolarità formale dell’accordo, o alla loro presenza, autorizzazione – vaglio della regolarità formale dell’accordo e della rispondenza all’interesse dei figli.

Propriamente art. 6 della citata legge dispone che “in presenza figli maggiorenni incapaci o portatori di economicamente non autosufficienti, l’accordo convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che *l’accordo risponde all’interesse dei figli*, lo autorizza”; se invece reputa che *l’accordo non risponde all’interesse dei figli*”, entro cinque giorni, trasmette gli atti al presidente del tribunale competente il quale, entro trenta giorni, fissa la comparizione delle parti dinanzi a sé.

Dunque il pubblico ministero in presenza di un figlio minore assolve al precipuo compito di vagliare la corrispondenza dell’accordo all’interesse del minore stesso, e tanto senza che costui manifesti la propria opinione, i propri bisogni, le proprie esigenze: se reputa l’accordo conforme a detto interesse lo autorizza; se invece non lo reputa conforme trasmette il fascicolo al presidente del tribunale.

L’oscurità normativa sulla fase dinanzi al presidente ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a prefigurare soluzioni diverse in ordine al contenuto del parere del pubblico ministero, al ruolo del presidente del tribunale, alle attività da compiersi dinanzi a costui, agli esiti di siffatta battuta procedimentale.

I limiti di questa trattazione non consentono di dar conto del complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale al riguardo e neppure dei contenuti delle numerose circolari interpretative del Ministero dell’interno e della giustizia e delle linee guida degli uffici giudiziari sui vari profili critici emersi nelle prassi applicative. Esclusivamente è da osservare il meccanismo di valutazione dell’interesse del minore in questo ambito procedimentale ed indagare sull’individuazione di uno spazio per il suo ascolto.

Ebbene va anzitutto puntualizzato che l'invio del fascicolo al presidente per diniego dell'autorizzazione all'accordo implica un'illustrazione, pur sintetica, delle ragioni della mancata autorizzazione. Tanto per un verso consente ai coniugi di adattare il loro accordo all'indicazione ricevuta, sì da rendere la fase dinanzi al presidente battuta celere e destinata a concludersi senza indugio con l'autorizzazione del presidente del tribunale a conseguire la separazione, il divorzio o la modificazione delle relative condizioni, sia di rendere edotto lo stesso presidente dei profili di incompatibilità della posizione del minore rispetto all'accordo siglato dai genitori.

Diffusa è però l'opinione che il presidente del tribunale non sia vincolato al parere espresso dall'organo requirente (necessario ma non vincolante), onde nel caso in cui le parti non aderiscono alle indicazioni da questo date, il presidente potrebbe egualmente autorizzare la negoziazione⁴¹. Questo evidentemente implica il ritenere che la valutazione dell'interesse del minore avvenga necessariamente ad opera di due diversi organi, il pubblico ministero e il presidente del tribunale, e che al riguardo i due organi possano avere punti di vista differenti, con una prevalenza della valutazione di "idoneità" (art. 158, co. 2, c.c.) del tribunale rispetto a quella del pubblico ministero⁴².

Si è altresì opinato che il presidente possa dar riscontro di ulteriori profili di contrasto dell'accordo rispetto all'interesse del minore e sì sollecitare un diverso accordo; tanto quantunque i coniugi si siano presentati in udienza con un diverso accordo pienamente rispettoso delle indicazioni del pubblico ministero⁴³. Si è ancora opinato che i coniugi possono presentarsi in detta udienza finanche con nuove condizioni relative alla posizione del minore.

E' evidente che se si apre tale battuta alle "novità", siano esse sollecitate dai rilievi del giudice, siano esse rimesse all'iniziativa dei coniugi, si rischia di vanificare la funzione del pubblico ministero; si spiega allora perché la dottrina ha prospettato un ritorno degli atti all'organo requirente per un "nuovo" parere⁴⁴.

L'ampliamento della procedura ad una sorta di istruttoria inerente alla posizione del minore indubbiamente consentirebbe di aprire la via all'ascolto dello stesso minore: il presidente, non convinto delle osservazioni del pubblico ministero in punto di interesse del minore lo misurerebbe attraverso l'opinione da costui espressa. Senza contare che potrebbe verificarsi che i minori siano più di uno, nella quale evenienza l'obbligo di ascolto aprirebbe la prospettiva di una trasformazione del modulo procedimentale degiurisdizionalizzato in modulo giurisdizionale.

Il punto diventa assai delicato: il presidente all'esito dell'ascolto potrebbe chiedere alle parti di uniformarsi a quanto da esso emerso, per cui occorrerà verificare se le parti rispettano l'indicazione ricevuta e, di conseguenza, quali siano gli esiti prefigurabili in caso di mancata osservanza di essa. Si tratta poi d'intendere quale provvedimento assume il presidente nell'una e nell'altra evenienza, spostandosi così il discorso sul piano della natura della battuta procedimentale che ha luogo davanti all'autorità giudiziaria.

⁴¹ Cfr. F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 669 ss.; F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Fam. e dir.*, 2015, IV, 394 ss.; A. RONCO, *Negoziazione assistita e accordi tra i coniugi per la gestione del matrimonio in crisi: riflessioni sul ruolo del pubblico ministero e del presidente del tribunale*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, 2232 ss.

⁴² Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 27; F. P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 670.

⁴³ Cfr. Trib. Termini Imerese, 24 marzo 2015, in *Giur. it.*, 2015, 1879, con nota di F. TIZI, e in *Fam. e dir.*, 2017, 267, con nota di M. TRINCHI; Trib. Torino 13 maggio 2016, *ivi*, 2016, 2162, con nota di F. TIZI; Trib. Torino (decr.), 29 maggio 2017, in www.osservatoriofamiglia.it.

⁴⁴ M. CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *Quest. giust.* 2015, 9; A. RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del Tribunale*, in *Giur. it.*, 2015, 1406.

Ed invero parte della dottrina ha ritenuto che a seguito della trasmissione del fascicolo al presidente del tribunale il procedimento s'immette sul binario tradizionale della separazione consensuale, del divorzio congiunto o della modifica congiunta delle relative condizioni⁴⁵, onde il profilo dell'ascolto del minore sarebbe risolto alla stregua della previsione di cui all'art. 337 *octies*, comma 1, c.c.⁴⁶. Non manca chi configura la fase dinanzi al presidente del tribunale quale fase di giurisdizione volontaria⁴⁷, sì demandando a costui il compimento degli atti istruttori indispensabili e, dunque, anche l'ascolto il minore.

Diversamente altra opinione ha ravvisato un'incompatibilità nella scelta dei modelli procedurali: propriamente la scelta della via della negoziazione assistita non darebbe riscontro della domanda delle parti di adire l'autorità giudiziaria, e tanto pur se la relativa istanza potrebbe avanzarsi dinanzi al presidente e dipoi iscriversi il procedimento a ruolo⁴⁸.

E però va dato conto della circolare del Ministero dell'interno del 9 dicembre 2014 con cui si è affermato che il presidente del tribunale nel contraddittorio con le parti può solo rendere o negare l'autorizzazione, ed altresì della circolare del Ministero della giustizia del 29 luglio 2015 con cui si è fissato il principio della gratuità del procedimento di negoziazione assistita, ed in particolare si è chiarito che non è dovuto il contributo unificato neppure per la fase dinanzi al presidente, specificandosi che "il Procuratore della Repubblica svolge un'attività di controllo e verifica con carattere di natura amministrativa in sintonia con lo spirito e la ratio della legge che ha "degiurisdizionalizzato" la materia in oggetto" e che l'esenzione si estende "anche alla parte relativa alla prosecuzione del procedimento davanti al Presidente del tribunale", fase che "non ha una propria autonomia, ma costituisce una prosecuzione del tutto eventuale dello stesso procedimento che per definizione legislativa è "degiurisdizionalizzato"⁴⁹.

Negli stessi termini si è espressa la circolare del medesimo ministero del 14 giugno 2018 in cui si è soggiunto che il contributo unificato va versato "solo se e quando vi sia una effettiva attività di impulso delle parti volta a promuovere consensualmente o congiuntamente procedimenti, diversi da quelli in esame, di separazione *ex art.* 711 c.p.c., di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio *ex art.* 4, comma 6, l. n. 898 del 1970 oppure di modifica delle condizioni di separazione/divorzio *ex art.* 710 c.p.c., 9 legge 898 del 1970", sì sancendosi una netta differenza tra i vari modelli procedurali. Conseguentemente non pare consentito far riferimento all'art. 337 *octies* c.c. nella fase dinanzi al presidente del tribunale, propriamente alla valutazione del se l'ascolto del minore sia superfluo o contrario al suo interesse.

⁴⁵ M. A. LUPOI, *Strumenti degiurisdizionalizzati per la soluzione delle crisi coniugali o post-coniugali*, in *Le tutele legali nelle crisi di famiglia*, II, a cura di M.A. Lupoi, Santarcangelo di Romagna, 2018, 471; C. PUNZI, *Le recenti riforme e attuali prospettive del processo civile in Italia*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia*, Roma, 2015, 61. V. anche la circolare del tribunale di Bologna del 25 febbraio 2015.

⁴⁶ V. F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. dir.*, 2015, 162.

⁴⁷ F. DANOVÌ, *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. e dir.*, 2017, 1, 81.

⁴⁸ M. A. LUPOI, *op. ult. cit.*, 472.

⁴⁹ Si è inoltre evidenziata la necessità di istituire "un registro di comodo" in attesa di quello informatico" evidenziandosi che "l'eventuale iscrizione nel registro informatico della volontaria giurisdizione verrebbe a falsare il dato statistico relativo a questo tipo di procedimenti".

Al di là dei possibili sbocchi del procedimento di negoziazione assistita confluito dinanzi al giudice, è indubbio che alcuno spazio è prefigurabile per l'ascolto del minore nel procedimento in cui l'accordo di negoziazione riceve l'immediata autorizzazione del pubblico ministero; a meno che non si voglia ritenere, come pur si è ritenuto, in contrasto con la "funzione amministrativa" da costui esercitata, che tale organo ai fini dell'emanazione dell'autorizzazione possa ascoltare la prole minore.

6. Conclusioni: cenni alla soluzione francese

Le distorsioni e le forzature interpretative sul possibile innesto dell'ascolto del minore nel modulo della negoziazione assistita familiare sono evidenti. L'istituto così com'è concepito dalla normativa vigente esclude detta attività, quantomeno nella conclusione da essa "auspicata". Pertanto, alla luce delle indicazioni internazionali ed europee in ordine alla tutela del minore e al suo ascolto nei procedimenti che lo riguardano, si evidenzia nel nostro sistema giuridico un tassello distonico.

Si tratta allora d'intendere se nell'ambito della negoziazione assistita la valutazione dell'interesse del minore possa ritenersi sufficientemente effettuata nel doppio controllo degli avvocati e del pubblico ministero (e talvolta nel triplo controllo degli avvocati, del pubblico ministero e del presidente del tribunale) e se, dunque, i margini della "superfluità" dell'ascolto del minore siano insiti in siffatto meccanismo procedimentale, o se il rispetto dell'interesse del minore, già passato al doppio controllo del pubblico ministero o anche del presidente, debba ulteriormente e necessariamente essere misurato al cospetto dell'opinione espressa dal minore.

Se però, come indicano le fonti sovranazionali, a cui si riconducono sistematicamente la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, è diritto fondamentale del minore quello di essere informato ed esprimere la propria opinione in tutti i procedimenti che lo riguardano, non può concepirsi un procedimento, pur su accordo dei genitori, che non contempra quantomeno la valutazione della "necessità" dell'ascolto - *recte* del contrasto dell'ascolto con l'interesse del minore o la manifesta superfluità dello stesso (art. 337 *octies* c.c.).

D'altronde è da considerare che ai sensi degli artt. 23 e 46 del regolamento CE n. 2201/2003 "relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale" (che sostituisce il regolamento CE n. 1347/2000) le decisioni in materia possono circolare - *id est* sono riconoscibili - in ambito giudiziario europeo esclusivamente se il minore è stato ascoltato⁵⁰, sicché alla parte interessata a far riconoscere o a far eseguire l'atto contenente l'accordo di negoziazione assistita in un altro Stato membro dell'Unione Europea si prospetta un'evidente difficoltà.

⁵⁰ Per un approfondimento sul punto si rinvia a E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale civile europeo*, in *Separarsi e divorziare senza giudice?*, a cura di C. Besso - M. Lupano, Milano 2018, 109 ss., sp. 114 ss. V. anche C. CECHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, 160. Sul punto già F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, cit., 148. Riguardo al certificato previsto dall'art. 39 dell'indicato regolamento, da rilasciarsi da parte dell'autorità giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro d'origine, la circolare del Ministero della giustizia del 23 maggio 2018 ha chiarito che, poiché è solo l'atto del pubblico ministero a rendere l'accordo valido ed efficace, e dunque riconoscibile ed eseguibile all'estero, detto certificato deve essere rilasciato dalla Procura della Repubblica che ha emesso il nulla osta o l'autorizzazione all'accordo di negoziazione assistita. L'avvocato difatti non è qualificabile come "autorità" ai fini del regolamento n. 2201/2003. Diversamente nel caso in cui il pubblico ministero non ha autorizzato l'accordo e invece l'autorizzazione è stata data dal presidente del tribunale (ex art. 6, comma 2, del d.l.), è tenuto dover rilasciare il certificato il tribunale.

Il sempre maggiore impiego della negoziazione assistita, in materia di famiglia, ma anche la prospettiva dell'apertura del sistema alle adozioni per le coppie in unione civile (cui si applicano gli artt. 6 e 12 l. 162/2014 ex art. 1, co. 25, l. n. 76/2016), sollecitano un immediato intervento legislativo sul punto.

Ebbene, considerata pure la previsione di cui all'art. 56 del codice deontologico forense che impedisce all'avvocato di raccogliere le dichiarazioni del minore, si può suggerire al legislatore del futuro di prendere come riferimento il modello di divorzio su accordo delle parti con atto notarile ed assistenza di almeno un avvocato previsto dal *code civil* francese agli art. 229 (come nella formulazione di cui alla legge n. 2016/1547⁵¹ in vigore dal 1° gennaio 2017) e 229-2, a mente dei quali i genitori devono informare il minore del suo diritto ad essere ascoltato dal giudice (e di tanto devono dar garanzia l'avvocato e il notaio).

⁵¹ L'art. 229 dispone che: *“Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. Le divorce peut être prononcé en cas: -soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2; soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage; soit d'altération définitive du lien conjugal;- soit de faute”*, mentre l'art. 229.2 dispone che: *“Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque: 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 338, demande son audition par le juge”*.