

# La crisi della coppia genitoriale e il «diritto» del figlio minore di essere ascoltato<sup>\*</sup>

**SOMMARIO:** 1. Il «diritto» del minore di essere ascoltato – 2. L'ascolto del minore nella crisi familiare – 3. La capacità di discernimento del minore in sede di ascolto – 4. L'omissione dell'ascolto.

*The Italian law no. 219/2012 has first of all the merit of recognizing the uniqueness of the status of filiation, with the consequence of same rights for children, apart from the circumstance of being born of married or unmarried parents, but we cannot overlook the reformatory significance of the law about the minor's role in the proceedings concerning him. In fact, the new law of filiation expressly includes the hearing among the rights of the children. The minor – in proceedings in which measures about him must be taken – has become the effective holder of a right and no longer only of a superior but generic interest. The present paper analyses in detail the new rules provided for in articles 315 bis, paragraph 3, and 336 of the Italian Civil Code about the hearing of the minor (with particular reference to the proceedings related to the family crisis), focusing also on the minor's capacity of discernment and on the omission of the hearing.*

## 1. Il «diritto» del minore di essere ascoltato.

La l. 10 dicembre 2012, n. 219<sup>1</sup> ha anzitutto il pregio di aver previsto il riconoscimento dell'unicità dello stato giuridico della filiazione, con la conseguente affermazione della totale parità di trattamento tra i figli, a prescindere dal fatto che siano nati da genitori coniugati o non coniugati, ma non può trascurarsi la portata riformatrice della legge rispetto al ruolo del minore nei procedimenti in cui è coinvolto.

<sup>\*</sup> Il contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima.

<sup>1</sup> Rubricata «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», in *Gazz. Uff.*, 17 dicembre 2012, n. 293.

La nuova disciplina in materia di filiazione ha infatti contemplato espressamente l'ascolto del minore tra i diritti del figlio<sup>2</sup>.

Il minore dunque, nell'ambito dei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, è diventato titolare "effettivo" di un diritto soggettivo e non è più soltanto portatore di un superiore, ma pur sempre generico, interesse<sup>3</sup>.

Il codice civile – avendo recepito i principi sanciti, sul piano internazionale, dall'art. 12 della Convenzione di New York del 1989<sup>4</sup> e dagli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996<sup>5</sup> nonché, in ambito europeo, le prescrizioni dell'art. 24, comma 1°, della Carta

<sup>2</sup> Afferma che l'ascolto è ora riconosciuto in termini generali dal codice civile «quale diritto che concorre a formare lo statuto dei diritti del figlio», C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546.

<sup>3</sup> Secondo 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, il principio del superiore interesse del minore «malgrado la rilevanza pubblicistica, di fatto lasciava all'organo giudicante spazi di discrezionalità a volte troppo estesi e con essi responsabilità anche inopportune». In senso analogo, v. A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno uguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, 264.

Sul "superiore interesse del minore", v. E. 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.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 235 ss. In argomento, nella dottrina più risalente, v. E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir.*, 1999, 80 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 167 ss.; G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 1604 ss.

<sup>4</sup> Ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, in *Gazz. Uff.*, 11 giugno 1991, n. 135.

Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989: «1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

Tra i numerosi commenti alla Convenzione di New York, v. A. DELL'ANTONIO, *La convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato di sua attuazione in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 246 ss.; A. BEGHÈ LORETI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995; M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 301 ss.; A. FINOCCHIARO, *L'audizione del minore e la Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita not.*, 1991, 834 ss.; T. LONGOBARDO, *La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989)*, in *Dir. fam. pers.*, 1991, 370.

<sup>5</sup> Ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, in *Gazz. Uff.*, 18 aprile 2003, n. 91.

Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996, rubricato «Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti»: «Nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione». Il successivo art. 6, rubricato «Processo decisionale», prevede che: «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa».

A commento della Convenzione di Strasburgo v., *ex multis*, G. MANERA, *Prime impressioni e valutazioni della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, in *Giur. merito*, 2004, 166; A. LIUZZI, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. e dir.*, 2003, 287; C. FIORAVANTI, *I diritti del bambino dopo la ratifica della Convenzione di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 2003, 812.

dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000<sup>6</sup> ed il Regolamento CE n. 2201/2003<sup>7</sup> – sancisce ora «il diritto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (art. 315 *bis*, comma 3, c.c.)<sup>8</sup>.

La previsione di una norma generale in tema di ascolto è meritevole del più ampio apprezzamento, giacché il richiamo in senso lato a «questioni» e «procedure» concernenti il minore sottrae il diritto di essere ascoltato ad un rilievo squisitamente settoriale<sup>9</sup>. Anzi, secondo una corretta interpretazione della norma, l'ascolto – quando si tratta di questioni che riguardano il minore – dovrebbe esplicarsi prima ancora che in ambito giurisdizionale, nel contesto delle relazioni familiari<sup>10</sup>, identificandosi così nella modalità attraverso la quale si realizza l'assistenza morale del figlio in ambito familiare e in momento fondamentale del processo educativo in termini di estrinsecazione della personalità del minore<sup>11</sup>.

## 2. L'ascolto del minore nella crisi familiare.

La norma di cui all'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. sancisce il diritto di ascolto in «tutte le questioni e le procedure» che interessano la prole minorenni, a prescindere dalla fase pa-

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 24, comma 1°, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza), rubricato «Diritti del bambino»: «1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità; 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente; 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

<sup>7</sup> Il Regolamento CE, 27 novembre 2003, n. 2201, prevede, tra i motivi per non riconoscere negli altri Stati dell'Unione le decisioni pronunciate in uno Stato membro, il fatto che la sentenza sia stata emessa senza aver ascoltato il minore interessato alla procedura (art. 23, lett. b). Stabilisce, inoltre, che il diritto di visita possa essere eseguito in un altro Stato, nel caso in cui la decisione sia stata certificata nello Stato di origine; la decisione è certificabile soltanto nell'ipotesi in cui il minore sia stato ascoltato, salvo che ciò sia precluso in considerazione dell'età o del grado di maturità dello stesso (art. 41, comma 2, lett. c). La medesima prescrizione è dettata per l'ordine di ritorno del minore, emesso in seguito ad una decisione esecutiva in uno Stato membro ed eseguibile in un altro Stato (art. 42, comma 2, lett. a).

<sup>8</sup> Inserito dall'1, comma 8, l. n. 219/2012.

<sup>9</sup> L'intento del legislatore è già intuibile dalla collocazione della norma di cui all'art. 315 *bis* nel titolo IX del libro I del codice civile, rubricato «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio».

<sup>10</sup> In questo senso, C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546. V. anche G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione: Profili sostanziali*, in *Corriere giur.*, 2013, 529.

Secondo G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1475 ss.: «forse preliminarmente sarebbe stato opportuno fissare ... il diritto del minore ad essere ascoltato in famiglia e in ogni altra formazione sociale ove svolge la sua personalità, quali luoghi fisiologici e naturali di manifestazione dei suoi bisogni, delle sue capacità, delle sue istanze».

<sup>11</sup> La norma conferisce al figlio minore quel ruolo partecipativo alle decisioni dei genitori già riconosciuto dalla dottrina. In argomento v., tra gli altri, M. A. URQUIOLI, *Rapporti familiari tra libertà e strumenti di controllo*, Napoli, 2010, 77.

tologica del rapporto genitoriale<sup>12</sup>. Tuttavia, proprio con riferimento alla crisi familiare<sup>13</sup> si coglie – ad avviso di chi scrive – la portata riformatrice della legge.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2012, l'ascolto – nell'accezione propria dell'art. 315 *bis* c.c. ossia scevra da rigidi formalismi e tecnicità processuali ed evocativa di profili di carattere psicologico – era espressamente previsto dall'art. 155 *sexies* c.c.<sup>14</sup>, introdotto dalla nota l. n. 54/2006<sup>15</sup> in materia di affidamento condiviso<sup>16</sup> con riferimento ai procedimenti di separazione personale dei coniugi e applicabile, per espressa previsione legislativa<sup>17</sup>, anche alle ipotesi di scioglimento, cessazione degli effetti civili e nullità del matrimonio, oltre che nei procedimenti concernenti l'affidamento di figli di genitori non coniugati.

Anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 54/2006, la normativa in materia di separazione personale dei coniugi non contemplava l'ascolto del minore.

Soltanto nei giudizi di divorzio, ai sensi dell'art. 4, comma 8, l. 1° dicembre 1970, n. 898<sup>18</sup>, il legislatore aveva previsto il potere del giudice di «sentire»<sup>19</sup> i figli minori nei casi in cui lo avesse

<sup>12</sup> Si pensi, ad esempio, ai procedimenti di dichiarazione dello stato di adottabilità (ex art. 10, comma 5, l. n. 184/1983) e a quelli di adozione (ex art. 25, comma 1°, l. n. 184/1983).

La riforma riguarderebbe, altresì, i procedimenti amministrativi in cui devono assumersi scelte concernenti propriamente la vita del minore ovvero inerenti alla salute (è il caso dei procedimenti autorizzativi dell'interruzione volontaria di gravidanza relativi a minorenni) nonché a diritti connessi all'identità (come nell'ipotesi di acquisto di ulteriore cittadinanza, laddove ne ricorrano i presupposti). In tal senso, v. 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.

<sup>13</sup> E dunque, nell'ambito dei procedimenti di separazione personale dei coniugi, nei procedimenti di divorzio e in quelli – anch'essi attribuiti alla competenza del Tribunale ordinario, ai sensi del nuovo art. 38 disp. att. c.c. – concernenti l'affidamento di figli di genitori non coniugati e la regolamentazione degli oneri economici per il mantenimento degli stessi.

Per una disamina in materia di ascolto del minore nei procedimenti di separazione personale dei coniugi *ante* riforma, mi sia consentito rinviare a M. A. IANNICELLI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione personale dei coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 250 ss. In argomento v., *ex multis*, O. CALEO, *Il diritto di ascolto del minore nella crisi familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 776 ss.; F. DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 366 ss.; M. ROMANO, *sub art. 155 sexies*, in *Provvedimenti riguardo ai figli. Artt. 155 - 155 sexies*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 2010, 365 ss.; P. PAZÈ, *L'ascolto del bambino nel procedimento civile minorile*, in *Fam. e dir.*, 2006, 1334 ss.

<sup>14</sup> Rubricato «Poteri del giudice e ascolto del minore».

<sup>15</sup> L. 8 febbraio 2006, n. 54, rubricata «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli», in *Gazz. Uff.*, 1° marzo 2006, n. 54.

Ai sensi dell'art. 155 *sexies* c.c. (inserito dall'art. 1, comma 2, l. 8 febbraio 2006, n. 54, e successivamente abrogato dall'art. 106, comma 1°, lett. a), D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154): «1. Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. 2. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

<sup>16</sup> Sull'affidamento condiviso dei figli, v. C. M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 676 ss.; G. DOSI, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio*, Milano, 2006; S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam., pers. succ.*, 2006, 300 ss.; S. PATTI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006; M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*, in *Fam. e dir.*, 2006, 377 ss.; F. TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2006, 296 ss.

<sup>17</sup> Ex art. 4, comma 2, l. n. 54/2006.

<sup>18</sup> Come modificato dalla l. 6 marzo 1987, n. 74, ed infelicemente ribadito dall'art. 2, l. 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>19</sup> Il «sentire» di cui all'art. 4, comma 8, l. n. 898/1970, è tuttavia espressione di un concetto ben diverso dall'ascolto. «Sentire» non richiede un atto di volontà poiché si risolve in un semplice fenomeno di fisica acustica per effetto del quale l'orecchio recepisce naturalmente le onde sonore. «Ascoltare» richiede, invece, un *quid pluris* ossia impone l'accettazione di comunicare con l'altro e, di conseguenza, di comprendere ciò che l'altro vuole esprimere. Proprio siffatta differente accezione terminologica ha giustificato la

ritenuto «strettamente necessario, anche in considerazione della loro età». E comunque, la norma era scarsamente applicata dai giudici di merito, nonostante la Corte costituzionale – nella nota sentenza del 30 gennaio 2002<sup>20</sup> – avesse espressamente riconosciuto l'immediata efficacia operativa nell'ordinamento italiano dell'art. 12 della Convenzione di New York.

La norma di cui all'art. 315 *bis* c.c. si differenzia profondamente dalla previsione di cui all'abrogato art. 155 *sexies* c.c. giacché non individua il potere - dovere del giudice di ascoltare il minore ma riconosce in capo al minore stesso il «diritto» di essere ascoltato dal giudice, così «guardando al fanciullo non più come semplice oggetto di protezione, ma come vero e proprio soggetto di diritto a cui va data voce nel momento conflittuale della crisi familiare»<sup>21</sup>.

Le modalità di esercizio di siffatto «diritto» sono ora disciplinate dall'art. 336 *bis* c.c., espressamente rubricato «Ascolto del minore»<sup>22</sup>, introdotto nel codice civile dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154<sup>23</sup>, in attuazione della delega prevista dall'art. 2, comma 1°, lett. i), l. n. 219/2012<sup>24</sup>.

scelta di valore posta in essere dal legislatore del 2006.

<sup>20</sup> Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2003, I, 423; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1468, con nota di A. G. CIANCI; *ibidem*, 1476, con nota di G. TOTA. A commento della sentenza, v. anche A. PROTO PISANI, *La tutela civile del minore e le cosiddette prassi distorsive della giustizia minorile*, in *Fam. e dir.*, 2002, 229 ss.; F. TOMMASEO, *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*, in *Fam. e dir.*, 2002, 233 ss.; A. ODINO, N. PASCHETTI, *La Corte costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?*, in *Fam. e dir.*, 2002, 237 ss.

<sup>21</sup> Si è correttamente espresso in questi termini Trib. Varese, (decreto) 24 gennaio 2013, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Separazione di coniugi*, n. 183, e in *Corr. merito*, 2013, 619, con nota di B. PAPARO, nell'ambito di un procedimento di separazione personale di una coppia di coniugi con un figlio quattordicenne. Al fine di giungere ad una determinazione riguardo al collocamento del figlio presso uno dei genitori – trattandosi di questione concernente gli interessi del minore e considerato che la moglie riteneva il marito responsabile dell'allontanamento del figlio dalla madre a mezzo di indebiti condizionamenti – il Presidente del Tribunale, in considerazione dell'età del figlio e tenuto conto degli elementi offerti dalle parti, ha ritenuto imprescindibile procedere all'ascolto del minore. Nella fattispecie in esame, l'elemento di novità evidenziato dal Presidente del Tribunale è costituito proprio dalla qualificazione dell'ascolto che, ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c., deve ritenersi «non più solo ed esclusivamente un dovere del giudice ma altresì e soprattutto un diritto soggettivo del minore».

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 336 *bis* c.c., introdotto dall'art. 53, D.lgs. n. 154/2013: «1. Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato. 2. L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero sono ammessi a partecipare se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. 3. Prima di procedere all'ascolto, il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video».

<sup>23</sup> D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione», in *Gazz. Uff.*, 8 gennaio 2014, n. 5.

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 1°, lett. i), l. 10 dicembre 2012, n. 219: «Il Governo è delegato ad adottare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 della Costituzione, osservando, oltre ai principi di cui agli articoli 315 e 315 *bis* c.c., come rispettivamente sostituito e introdotto dall'art. 1 della presente legge, i seguenti principi e criteri direttivi: ... i) disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato; ...».

Invero, in attuazione della delega, la previsione dell'esercizio del diritto del minore di essere ascoltato è stata contemplata in numerose norme: oltre al suindicato art. 336 *bis* c.c., il D.lgs. n. 154/2013 ha introdotto gli artt. 337 *octies* c.c. e 38 *bis* disp. att. c.c.; all'art. 252 c.c. è stato aggiunto un quinto comma; sono stati modificati gli artt. 262, ultimo comma, 316, 336, 348 comma 3, e 371, n.

Dopo la precisazione del comma 1°, secondo cui il minore «è ascoltato dal Presidente del Tribunale o dal giudice delegato», l'art. 336 *bis* c.c. risolve l'oscillazione tra ascolto diretto (ad opera del giudice) o indiretto (da parte di esperti), specificando che «l'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari» (comma 2).

La *ratio* della previsione normativa è individuabile nella circostanza che il giudice, essendo a contatto diretto con il minore, possa riuscire a coglierne a pieno l'opinione "autentica": la possibilità di vedere fisicamente il bambino e di ascoltarlo consente, infatti, all'organo giudicante di conoscere la condizione del minore e le dinamiche relazionali in cui è coinvolto, nonché di verificarne gli orientamenti e l'adesione ad un progetto di vita che lo riguarda, al fine di formulare – all'esito dell'ascolto – un giudizio che tenga nel debito conto la sua volontà.

Il giudice può avvalersi «di esperti» (psicologi) o di «altri ausiliari», ma questa rimane pur sempre una facoltà<sup>25</sup>, non un obbligo.

Anteriormente all'entrata in vigore della norma di cui all'art. 336 *bis* c.c., le modalità dell'ascolto erano rimesse alla prudente valutazione del giudice con prassi diversificate a seconda del foro adito. E così, in base ai protocolli sottoscritti presso alcuni tribunali italiani per l'interpretazione ed applicazione della l. n. 54/2006, con particolare riferimento alla previsione di cui all'art. 155 *sexies* c.c., mentre nei fori di Roma e Milano il minore veniva per lo più ascoltato dal giudice titolare della procedura<sup>26</sup>, a Firenze, l'ascolto diretto da parte del giudice, senza l'ausilio del consulente tecnico d'ufficio, era previsto esclusivamente per i minori che avessero compiuto dodici anni. Presso il Tribunale ordinario di Genova, invece, era invalsa una prassi peculiare mediante il ricorso alla c.d. "forma protetta"; pertanto, l'ascolto non era effettuato dal giudice, bensì da psicologi dell'età evolutiva, nominati nella veste di ausiliari *ex art.* 68 c.p.c.<sup>27</sup>.

Le prassi in questione negavano l'immediatezza del rapporto tra giudice e minore che invece caratterizza la previsione di cui all'art. 336 *bis* c.c., individuando nel giudice la figura più opportunamente in grado di interagire con il minore anche per spiegargli la situazione in cui è coinvolto ed informarlo sul luogo in cui si trova. Ai sensi dell'art. 336 *bis*, comma 3, infatti, «prima di procedere all'ascolto, il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto».

1, c.c., nonché l'art. 4, comma 8, l. n. 898/1970. Con riferimento a tale ultima disposizione normativa, modificata dall'art. 98, D.lgs. n. 154/2013: se prima il Presidente del Tribunale poteva sentire i figli minori qualora lo avesse ritenuto «strettamente necessario, anche in considerazione della loro età», oggi adotta con ordinanza i provvedimenti opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole «disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento».

<sup>25</sup> «Anche avvalendosi», si legge nella norma.

<sup>26</sup> Unitamente al giudice onorario ove previsto o, in mancanza, avvalendosi in qualsiasi momento, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., della competenza di un ausiliario esperto in scienze psicologiche o pedagogiche oppure di una consulenza tecnica d'ufficio al fine di valutare la capacità di discernimento del minore o l'eventuale pregiudizio che l'adempimento dell'ascolto avrebbe potuto arrecare al bambino.

<sup>27</sup> Gli incontri si svolgevano nello studio del professionista, il quale si avvaleva di strumenti come il gioco, il disegno, i test psicologici. Dopo il primo incontro venivano coinvolti direttamente i genitori, chiamati ad accompagnare il figlio minore prima separatamente e poi, se necessario, congiuntamente. Al termine del percorso, si svolgeva il c.d. "incontro di restituzione dell'ascolto", davanti al giudice, allo psicologo e alle parti. Tale udienza aveva il merito di stemperare la conflittualità dei genitori e di sensibilizzarli rispetto alle esigenze profonde manifestate dal figlio.

Ovviamente, nulla prevede la norma in ordine al linguaggio che il giudice deve adottare al cospetto del minore, essendo rimessa al suo libero apprezzamento l'adozione di un lessico accessibile, con vocaboli semplici e periodare non aulico, nel pieno rispetto dei tempi del bambino e, dunque, senza la proposizione di domande secche ed incalzanti che aumenterebbero soltanto l'ansia del minore rispetto a "cosa" dire al giudice e "come".

La norma di cui all'art. 336 *bis* c.c. è indubbiamente meritevole di apprezzamento per aver concesso al giudice – ai sensi del comma 2 – ampio potere discrezionale nel valutare e sindacare l'opportunità di autorizzare la partecipazione dei genitori (anche quando parti processuali del procedimento), dei difensori delle parti, del curatore speciale e del pubblico ministero all'ascolto del minore, al fine di evitare possibili condizionamenti del bambino<sup>28</sup>. I soggetti autorizzati possono proporre al giudice «argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento»<sup>29</sup>. Rispetto a tale circostanza, è da condividersi l'opinione secondo cui sarebbe stata opportuna la precisazione legislativa che argomenti e temi di approfondimento fossero sottoposti al vaglio del giudice "alcuni giorni prima"<sup>30</sup> e non "subito" «prima dell'inizio dell'adempimento», quando manca il tempo necessario per una esaustiva ponderazione delle istanze provenienti da una o più parti e quando, magari, il minore è già presente<sup>31</sup>.

La previsione di cui all'art. 336 *bis*, comma 2, c.c. è in ogni caso applicabile alle sole ipotesi in cui non possa procedersi a registrazione audio-video.

L'art. 96, comma 1°, lett. d), D.lgs. n. 154/2013 ha, infatti, previsto l'introduzione dell'art. 38 bis, disp. att. c.c., ai sensi del quale: «quando la salvaguardia del minore è assicurata con idonei mezzi tecnici, quali l'uso di un vetro specchio unitamente ad impianto citofonico, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero possono seguire l'ascolto del minore, in luogo diverso da quello in cui egli si trova, senza chiedere l'autorizzazione del giudice prevista dall'art. 336 bis, comma 2, c.c.».

Se riguardo ai profili sopra esaminati la norma di cui all'art. 336 *bis* c.c. è degna della più ampia approvazione, tuttavia essa non risolve alcune questioni "delicate" che restano affidate alla discrezionalità e sensibilità del giudice e che, invece, sarebbe stato più opportuno disciplinare dettagliatamente.

In primo luogo, restano irrisolte la questione attinente al luogo dell'ascolto, che taluni sconsigliano di individuare esclusivamente nelle aule di tribunale<sup>32</sup>, nonché quella della verbalizza-

<sup>28</sup> Ovviamente, quando le parti sono ammesse dal giudice ad assistere all'udienza, non possono rivolgere domande dirette al minore.

<sup>29</sup> Con riferimento al difensore del genitore che è parte processuale del procedimento, è bene precisare che il nuovo Codice deontologico forense (in *Gazz. Uff.*, 16 ottobre 2014, n. 241) prevede, ai sensi dell'art. 56, espressamente rubricato «Ascolto del minore» che: «L'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse» (comma 2). ... In caso di violazione del divieto suindicato, è prevista l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno (comma 4). Sul punto, seppur sotto il vigore del testo precedente, cfr. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2637, in *Giust. civ.*, 2009, I, 860, che conferma la sanzione disciplinare della sospensione.

<sup>30</sup> Mediante deposito (ora "in via telematica") di una memoria informale.

<sup>31</sup> In tal senso, L. QUERZOLA, *La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 181 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, v. già A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile* (a cura di L. Fadiga), Bologna - Roma, 2008, 332; M. MALAGOLI TOGLIATTI, A. LUBRANO LAVADERA, R. DI BENEDETTO, *Ascoltare il minore: una proposta operativa*, in M. Malagoli Togliatti, A. Lubrano Lavadera (a cura

zione – sommaria o integrale – del colloquio tra giudice e minore, ove non sia effettuata registrazione audio video<sup>33</sup>. La norma, infatti, nulla prevede in ordine al luogo dell'adempimento dell'ascolto e, ai sensi del comma 3, si limita a disporre che di esso «è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video».

Ad avviso di chi scrive, in mancanza di videoregistrazione, dovrebbe preferirsi la verbalizzazione integrale. E comunque, anche nell'ipotesi in cui si procedesse a registrazione audio video, dovrebbe effettuarsi una registrazione integrale a tutela del contraddittorio.

In ogni caso, deve rilevarsi che registrazione audio video e verbalizzazione non sono forme equipollenti. La videoregistrazione, ove sia resa possibile, riferisce – infatti – in maniera molto più fedele ciò che il minore ha comunicato al giudice, poiché il bambino può esprimersi anche in forma non verbale attraverso il linguaggio del corpo ovvero ricorrere a forme espressive come il pianto, il silenzio, la gestualità.

La norma di cui all'art. 336 *bis* c.c. non risolve, poi, la questione relativa al momento dell'adempimento dell'ascolto.

Con riferimento ai procedimenti di separazione personale giudiziale, pur se in un certo numero di casi è opportuno disporre l'ascolto del minore prima dell'adozione dei provvedimenti provvisori, questa valutazione deve effettuarsi – a mio avviso – con molta cautela, considerando il caso concreto e tenendo conto dell'età del bambino, del livello di conflittualità tra i genitori e di ogni altra circostanza rilevante. Poiché la fase presidenziale è comunque prodromica all'instaurazione del giudizio vero e proprio, laddove non vi siano criticità e il giudice ritenga che sussistano le condizioni per disporre l'affidamento condiviso del minore, sarebbe opportuno evitare al bambino lo stress emotivo di varcare la soglia di un tribunale.

Diversamente, casi di elevata conflittualità genitoriale rendono preferibile l'adempimento dell'ascolto in fase presidenziale, mediante apposita udienza dedicata al minore, successiva alla comparizione personale dei coniugi e, possibilmente, in orario pomeridiano al fine di consentire al bambino la partecipazione alle attività scolastiche.

Se disposto in sede presidenziale e prima dell'adozione dei provvedimenti provvisori, potrebbe tuttavia rendersi opportuno rinnovare l'ascolto nella successiva fase istruttoria, giacché la sentenza definitiva potrebbe essere pronunciata a distanza di un lungo lasso di tempo dall'adempimento del primo ascolto e, dunque, in un momento in cui le situazioni personali e relazionali possono risultare modificate anche profondamente.

L'ascolto nella fase istruttoria potrebbe essere utilmente disposto dal giudice anche quando l'ordinanza presidenziale non sia rispettata da uno dei genitori: è il caso, ad esempio, del genitore non collocatario che non osserva il diritto di visita del figlio secondo le modalità indicate dal giudice e/o non provvede economicamente al mantenimento dello

di), *Bambini in Tribunale. L'ascolto dei figli contesi*, Milano, 2011, 211 ss.

<sup>33</sup> In argomento, nei protocolli al tempo sottoscritti dai fori di Roma e Firenze con riferimento all'interpretazione dell'abrogato art. 155 *sexies* c.c., si optava per una verbalizzazione integrale e fedele. Secondo il protocollo del tribunale di Milano, invece, era sufficiente una verbalizzazione sommaria.

stesso ovvero dell'ipotesi in cui uno dei genitori ostacola il diritto di visita dell'altro, non consentendo al minore di mantenere un rapporto significativo con entrambi<sup>34</sup>.

In questi casi, per meglio sondare i profili psicologici più delicati, sarebbe preferibile che il giudice conducesse l'ascolto «avvalendosi di esperti o di altri ausiliari», ai sensi dell'art. 336 *bis*, comma 2, c.c.

### 3. La capacità di discernimento del minore in sede di ascolto.

Il giudice dispone l'ascolto del «figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento».

È, dunque, rimesso al libero e prudente apprezzamento dell'organo giudicante l'accertamento della capacità di discernimento del minore infradodicesceno, da intendersi – pur nell'ambiguità della locuzione – come capacità del bambino di esprimere consapevolmente la propria volontà e le proprie aspirazioni con un apprezzabile margine di autonomia<sup>35</sup>.

Il richiamo operato dal legislatore alla capacità di discernimento per gli infradodicesceni è condivisibile ma pericolosamente svincolato dalla necessità di una valutazione del giudice in base al reale livello di comprensione del minore e a tutte le circostanze del caso concreto<sup>36</sup>. E infatti, in una delle prime pronunce giurisprudenziali che evocano sul punto la l. n. 219/2012<sup>37</sup>, con riferimento all'eventuale adempimento dell'ascolto del minore, si discorre genericamente di “accertata capacità di discernimento” che – a ben vedere – non è sinonimo di “accertata e specifica maturità del minore interessato”<sup>38</sup>.

Al contrario – ad avviso di chi scrive – è proprio la particolare attenzione al caso concreto che consente di affermare come la migliore attuazione dell'interesse del minore non possa tradursi nell'accordare un rilievo aprioristicamente prevalente alla volontà espressa in sede di ascolto, soprattutto qualora emergano eventuali manipolazioni subite dal bam-

<sup>34</sup> È evidente che le risultanze più incisive dell'ascolto del minore riguardano l'esercizio della responsabilità genitoriale poiché gli esiti dell'adempimento possono meglio orientare il giudice nella scelta tra affidamento condiviso o esclusivo.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione del concetto di capacità di discernimento, v. F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Giustizia minore?*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, suppl. n. 3, 100 ss.

Definisce la capacità di discernimento come «la consapevolezza in concreto raggiunta nell'ambito delle relazioni personali del minore e l'attitudine ad orientarsi e determinarsi in ordine alle conseguenti scelte esistenziali», G. SERGIO, *La ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in *Psicologia e Giustizia*, 2003, 2, 2.

<sup>36</sup> Ritiene che nell'art. 315 *bis* c.c. sarebbe stato più opportuno sostituire le presunzioni basate sull'età con l'unica nozione di capacità di discernimento, da accertare caso per caso, A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 262.

<sup>37</sup> Trib. Varese, (decreto) 24 gennaio 2013, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Separazione di coniugi*, n. 183, e in *Corr. merito*, 2013, 619.

<sup>38</sup> Sulla capacità di discernimento correlata alla gradualità dello sviluppo della persona e ritenuta dalla dottrina non commisurabile in assoluto, bensì su base individuale, in relazione alle concrete situazioni e agli specifici interessi, v. P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 725 ss.; G. SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1327 ss.

bino e, quindi, un impedimento effettivo al libero esercizio del diritto ad esprimere le proprie opinioni<sup>39</sup>.

È comunque opportuno distinguere le ipotesi di un'età effettivamente incompatibile con la capacità di discernimento da quelle in cui tale capacità deve essere verificata in concreto. Se nelle prime ipotesi, infatti, può essere sufficiente il riferimento del giudice unicamente all'età del minore per esprimere la contrarietà dell'ascolto in giudizio al superiore interesse del bambino, per quei minori che hanno un'età prossima ai dodici anni è necessaria una motivazione puntuale in ordine al mancato adempimento dell'ascolto<sup>40</sup>.

La capacità di discernimento del minore infradodicesimo – che non necessita di specifico accertamento positivo di tale indole tecnica specialistica, anticipato rispetto all'adempimento dell'ascolto – non può essere esclusa con mero riferimento al dato anagrafico del minore, se esso non sia di per sé solo univocamente indicativo in tal senso. Essa può presumersi in genere ricorrente, anche considerati i temi e le funzioni dell'ascolto, nei minori soggetti ad obblighi scolastici e, quindi, normalmente in grado di comprendere l'oggetto del loro ascolto e di esprimersi in modo consapevole<sup>41</sup>.

Ne consegue che se il minore ha compiuto dieci anni, il giudice non può presumere che esso non abbia capacità di discernimento. La presunzione è, anzi, nel senso che il minore decenne abbia tale capacità poiché dieci anni è l'età per l'iscrizione alla scuola media<sup>42</sup>.

In linea di massima, soltanto quando il minore sia in età prescolare o comunque abbia un'età inferiore agli otto anni – fermo restando che i limiti temporali sono ovviamente suscettibili di oscillazioni –, il giudice può presumere che il bambino non abbia capacità di discernimento. In età successiva, non appare opportuno escludere l'ascolto sulla base della capacità di discernimento, da valutarsi solo dopo avere ascoltato il minore, con la conseguenza che l'esclusione preventiva dell'ascolto deve essere prevalentemente ancorata a parametri oggettivi<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Ad ogni modo, soltanto il riferimento alle effettive esigenze e caratteristiche di "quel determinato" minore può arginare un ricorso indiscriminato ed incontrollato all'ascolto. In questo senso, v. Cass. 15 marzo 2013, n. 6645, in *Dir. fam.*, 2013, 851, ove si prospetta l'esclusione dell'ascolto sulla base di una valutazione dell'età e delle condizioni e dei disagi manifestati dal minore nel caso concreto, e quindi nell'ottica di assicurare una tutela adeguata al suo superiore interesse.

<sup>40</sup> Sul punto v. Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Foro it.*, 2013, I, 1839, con nota di G. CASABURI; e in *Guida dir.*, 2013, 1, 63, ove si afferma che il giudice ha «un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio». Di conseguenza, tanto più il figlio sarà vicino alla maggiore età, tanto più il giudice dovrà motivare le ragioni per cui decide di ignorare i desideri del minore riguardo all'organizzazione della sua vita familiare.

<sup>41</sup> Cass., 19 gennaio 2015, n. 752, in *Guida dir.*, 2015, 14, 69.

<sup>42</sup> In questi termini si esprime C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 547.

La presunzione è confermata dalla disposizione che in tema di tutela prevede l'ascolto del minore che abbia compiuto dieci anni. Infatti, ai sensi dell'art. 371, comma 1°, n. 1, c.c.: «Il minore sotto tutela che abbia compiuto dieci anni dev'essere ascoltato dal giudice tutelare che decide sul luogo in cui il minore stesso deve crescere e sul suo avviamento agli studi e all'esercizio di un'arte, mestiere o professione».

Sull'età dell'ascolto nei paesi europei e nelle decisioni della Corte di Strasburgo, v. M. VELLETTI, *L'ascolto del minore nel Regolamento Bruxelles II bis*, in M. CAVALLO (a cura di), *Le mille facce dell'ascolto del minore*, Roma, 2012, 87.

<sup>43</sup> Così, M. ACIERNO, *Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D.lgs. n. 154/2013*, in *Giur. it.*, 2014, 5, 1274 ss.

## 4. L'omissione dell'ascolto.

L'ascolto — non riconducibile a mezzo di prova volto ad acclarare fatti di causa<sup>44</sup>, bensì configurabile quale mezzo indirettamente strumentale alla maggiore acquisizione di elementi valutativi attraverso cui il giudice vuol conoscere l'opinione del minore<sup>45</sup> — è condizione di procedibilità del giudizio<sup>46</sup> e può essere omissa dal giudice soltanto per le ragioni di cui all'art. 336 bis, comma 1°, c.c. ossia quando risulti «in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo», «dandone atto con provvedimento motivato»<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> In tal senso Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Foro it.*, 2012, I, 821 ss. e in *Fam. pers. succ.*, 2012, 426 ss., con nota di M. GORINI; Cass., 10 giugno 2011, n. 12739, in *Fam. e dir.*, 2012, 37 ss., con nota di F. TOMMASEO; Cass., 26 gennaio 2011, n. 1838, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1483 ss.; Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, 268 ss., con nota di L. QUERZOLA; Cass., 5 giugno 2009, n. 12984, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1442 ss.

Sul punto, vi è unanimità di consensi anche in dottrina: cfr., *ex multis*, M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. e dir.*, 2013, 285; G. BUFFONE, *Le novità del "decreto filiazione"*, Milano, 2014, 79; F. DANOVÌ, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1921.

Peraltro, già la scelta del legislatore di esprimersi nelle nuove disposizioni normative sempre in termini di «ascolto», abbandonando — così — ogni richiamo all'audizione del minore, rimarca come l'istituto in esame non sia riconducibile ad altri istituti tipici del sistema probatorio, quali la testimonianza, l'interrogatorio libero delle parti, l'assunzione di sommarie informazioni. In questo senso, v. 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, 537.

<sup>45</sup> L'unica funzione *lato sensu* istruttoria dell'ascolto — di certo non agevolmente riconducibile ai tradizionali mezzi istruttori — è quella di contribuire a far emergere nel giudizio il punto di vista del minore per consentire al giudice di delineare le scelte esistenziali e le modalità organizzative di vita più opportune per il fanciullo ai fini dell'adottando provvedimento.

<sup>46</sup> In questo senso si registra un consolidato orientamento giurisprudenziale: da ultimo, v. Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, 1839, con nota di G. CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1026 ss., con nota di V. DI GREGORIO; in *Giur. it.*, 2014, 294 ss., con nota di L. AIROLA TAVAN, ove si afferma che «alla mancata ottemperanza del dovere di ascolto da parte del giudice segue, in linea generale, l'invalidità dell'intero iter processuale».

<sup>47</sup> La norma è chiara nel prevedere ed esigere che il provvedimento con cui il giudice omette l'ascolto debba essere adeguatamente motivato: dunque, non mediante un generico e standardizzato rinvio alla manifesta superfluità o contrarietà dell'adempimento all'interesse del minore, bensì con riferimenti puntuali alla concreta situazione di fatto e ai motivi per cui l'ascolto potrebbe compromettere l'integrità psicologica del minore.

In argomento, v. Cass. 2 luglio 2014, n. 15143 (non massimata), la quale ha confermato la decisione della Corte di Appello di Roma che aveva disposto l'affidamento del minore senza ascoltarlo, correttamente motivando sul punto (nel caso di specie, il minore era stato ascoltato già più volte dal consulente tecnico d'ufficio nel corso del procedimento di primo grado).

Con riferimento alla omissione immotivata dell'ascolto che determina la nullità del procedimento, v. da ultimo Cass., 29 settembre 2015, n. 19327, in *C.E.D. Cass.*, rv. 63729, secondo cui: «In tema di separazione personale tra coniugi, l'audizione del minore infradodicenne capace di discernimento — direttamente da parte del giudice ovvero, su mandato di questi, di un consulente o del personale dei servizi sociali — costituisce adempimento previsto a pena di nullità ove si assumano provvedimenti che lo riguardino, salvo che il giudice non ritenga, con specifica e circostanziata motivazione, l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore». Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata in quanto il giudice d'appello, confermando l'affidamento della minore ai servizi sociali, non aveva provveduto al suo ascolto, nonostante la stessa, all'epoca dei fatti di anni dieci, ne avesse fatto richiesta e fosse da ritenersi capace di discernimento, come da certificazione medica e relazione scolastica in atti.

V., altresì, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839; e Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, 903, con nota di DE SANTI; in *Dir. fam. pers.*, 2010, 106, con nota di M. G. RUO; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1468 ss., con nota di F. DANOVÌ; in *Fam. e dir.*, 2010, 364, con nota di A. GRAZIOSI, secondo cui «l'eventuale omissione immotivata dell'ascolto è ritenuta causa di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, in quanto vizio insanabile». Cfr. Cass. 8 marzo 2013, n. 5847, in *C.E.D. Cass.*, rv. 625627, che ha ritenuto non integrante una nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del giudizio il vizio procedurale del mancato ascolto, bensì rilevabile esclusivamente nel grado successivo a quello in cui l'omissione ingiustificata si è consumata. In argomento, v. in dottrina M. ACIERNO, *Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D.lgs. n. 154/2013?*, in *Giur. it.*, 2014, 5, 1274 ss.

Con specifico riguardo all'ascolto dei minori «ultradodicenni» nei procedimenti che li concernono, secondo Cass., 10 settembre 2014, n. 19007, in *Foro it.*, 2014, I, 3077, con nota di G. CASABURI, «l'omissione immotivata di tale adempimento comporta la nullità della

Con espresso riferimento ai procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, la norma di cui all'art. 337 *octies*, comma 1°, c.c.<sup>48</sup> circoscrive l'adempimento dell'ascolto ai casi in cui sia ritenuto necessario, considerato che «il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo»<sup>49</sup>.

Ricorrendo alcune circostanze, l'adempimento può rivelarsi attività non solo di scarso rilievo per il giudice ma addirittura dannosa per il minore e tale da rendere vana la finalità stessa dell'ascolto.

In questi casi, il diritto del minore di essere ascoltato è derogabile; di conseguenza, il giudice non sarà obbligato ad adempiere, anzi l'ascolto sarà ritenuto sconsigliato se non espressamente vietato.

L'ascolto, dunque, non viene disposto ogniqualvolta sia valutato inopportuno, in ragione dell'età, del grado di maturità, delle condizioni e dei disagi del bambino o per altre circostanze, dalle quali emerga che l'adempimento sarebbe piuttosto pregiudizievole per l'interesse ad un equilibrato sviluppo psicologico del minore, secondo la specifica motivazione che il giudice dovrà enunciare<sup>50</sup>.

La “contrarietà all'interesse del minore”, richiamata dagli artt. 336 *bis*, comma 1°, e 337 *octies*, comma 1°, c.c., si ravvisa soprattutto quando il bambino versa in condizioni di fragilità emotiva o fisica tali da esporlo ad un pregiudizio (seppure non grave) o qualora dall'ascolto possano derivare ripercussioni negative nel rapporto con i genitori<sup>51</sup>.

A parere di chi scrive, deve ritenersi che siffatto limite possa comunque configurarsi soltanto in ipotesi tali da giustificare realmente l'omissione dell'adempimento dell'ascolto,

---

sentenza, che può essere fatta valere nei limiti e secondo i principi fissati dall'art. 161 c.p.c., ed è quindi deducibile con l'appello».

<sup>48</sup> L'art. 337 *octies* c.c., rubricato «Poteri del giudice e ascolto del minore», è stato inserito dall'art. 55, D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. La norma può considerarsi sostitutiva di quella di cui all'abrogato art. 155 *sexies* c.c. ma opera evidentemente una specificazione con riferimento ai procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, nell'ambito dei quali il minore viene ascoltato solo quando il giudice lo ritenga strettamente necessario.

<sup>49</sup> La norma di cui all'art. 337 *octies* c.c. deve coordinarsi con la regola generale *ex* art. 336 *bis* c.c. di cui costituisce un'evidente eccezione, giustificata dal circoscritto ambito in cui il giudice deve valutare la conformità dell'accordo dei genitori sulle condizioni di affidamento della prole al superiore interesse del minore.

<sup>50</sup> In questi termini, da ultimo, Cass., 2 luglio 2014, n. 15143 (non massimata), ove si afferma che: «il giudice ha l'obbligo di sentire i minori in tutti i procedimenti che li concernono, al fine di raccogliergli le opinioni, le esigenze e la volontà, salvo che egli motivi espressamente la non corrispondenza dell'ascolto alle esigenze del minore stesso, che quell'ascolto sconsigliano». Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso di un genitore contro la decisione dei giudici di merito che, in sede di controversia circa l'affidamento della figlia minore in seguito alla separazione personale dei genitori, aveva omesso di ascoltare la bambina, atteso che ciò avrebbe comportato un ulteriore aggravio per lo stato d'animo della stessa.

In argomento, v. altresì Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, 1839 ss., con nota di G. CASABURI; Cass., 15 marzo 2013, n. 6645, in *Fam. e dir.*, 2013, 718 ss., secondo cui «il minore non può essere ascoltato se questo lo espone ad un negativo coinvolgimento emotivo»; Cass., 11 agosto 2011, n. 17201, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, 690 ss.; Cass., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, 903, con nota di DE SANTI; in *Dir. fam. pers.*, 2010, 106, con nota di M. G. RUO; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1468 ss., con nota di F. DANOVÌ; in *Fam e dir.*, 2010, 364, con nota di A. GRAZIOSI.

<sup>51</sup> Secondo L. QUERZOLA, *La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 181 ss., «a ben riflettere è difficilmente configurabile un “ascolto contrario all'interesse del minore”; è il provvedimento adottato dal giudice, e i cambiamenti esistenziali nella vita del minore che potranno essere contrari al suo interesse, non l'ascolto, che rimane in sé un procedimento, uno strumento, un mezzo».

che non deve essere considerato *a priori* esperienza potenzialmente traumatica per il minore bensì occasione per lo stesso di esprimersi senza costrizioni.

La “manifesta superfluità”, di cui ai suindicati articoli, va intesa, invece, come una specificazione della più ampia clausola del contrasto con l’interesse del minore. L’espressione fa riferimento alle ipotesi in cui l’ascolto del minore sia ritenuto ininfluenza nell’ambito del procedimento: ad esempio, qualora verta su circostanze note, acclarate o non contestate; quando il minore sia stato già ascoltato in altro procedimento<sup>52</sup>; quando si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alla condizioni di affidamento dei figli<sup>53</sup>; qualora il procedimento, pur riguardando formalmente il minore, abbia ad oggetto questioni che non lo interessano strettamente<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> In questo caso, rilevano l’oggetto del procedimento in cui il minore è stato ascoltato e la vicinanza temporale tra ultimo ascolto e nuovo procedimento. In genere, si ritiene superfluo l’adempimento dell’ascolto nel procedimento di divorzio, nel caso in cui il minore sia stato già ascoltato nel procedimento di separazione.

In argomento, v. Cass., 26 marzo 2015, n. 6129, in *Foro it.*, 2015, I, 1543, con nota di G. CASABURI, ove si afferma che: «in tema di ascolto dei minori, nei procedimenti che li concernono (nella specie, di modifica dell’affidamento di figlio nato fuori dal matrimonio) il giudice di appello, qualora il minore stesso sia stato già sentito nel precedente grado di giudizio, non è tenuto a reiterarne l’ascolto, né è vincolato dalle indicazioni che il minore aveva dato; qualora intenda disattenderle, tanto più se in riforma del procedimento di prime cure, deve motivare sul perché da un lato abbia ritenuto non necessaria una nuova audizione, dall’altro abbia individuato il genitore affidatario o collocatario in contrasto con la volontà espressa dal minore, dovendo altrimenti disporre nuovamente l’ascolto». Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la pronuncia di merito che, in riforma della pronuncia di primo grado, aveva disposto l’affido condiviso di un minore, collocandolo presso la madre, senza operare alcun riferimento all’esito dell’ascolto effettuato in primo grado allorché il minore, conformemente alla sua volontà, era stato affidato al padre in via esclusiva.

V. anche Cass. 2 luglio 2014, n. 15143 (non massimata); nonché Trib. Milano, 20 marzo 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1122, che ha ritenuto manifestamente superfluo l’ascolto del minore (in ambito di un procedimento di modifica delle condizioni di separazione) in quanto vertente su una condizione di vita abitudinaria accettata dal bambino ormai da lungo tempo.

<sup>53</sup> A patto che l’accordo sia pienamente rispettoso del principio della bigenitorialità e sia tale da garantire al minore ogni diritto riconosciutogli dall’ordinamento. In queste ipotesi, la *ratio* della previsione normativa di cui all’art. 336 *bis*, comma 1°, c.c., andrebbe ricercata nella finalità di evitare che possano essere promossi procedimenti in cui si contestino i provvedimenti di omologazione o quelli che hanno recepito gli accordi tra i genitori, facendo valere quale unico vizio la strumentale argomentazione del “mancato ascolto del minore”.

In ipotesi di accordi che realizzano l’affidamento dei figli nel rispetto del principio della bigenitorialità nonché un adeguato assetto economico, l’ascolto diventerebbe un adempimento addirittura in contrasto con l’interesse del minore, coinvolto in un “processo senza processo”. In argomento, v. P. VIRGADAMO, *L’ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1656, ss.

In giurisprudenza, con particolare riferimento ai procedimenti di modifica delle condizioni di separazione, v. Trib. Modena, 25 marzo 2015, in *Giurisprudenza locale, Modena*, 2015, ove si afferma che: «in tema di modifica delle condizioni di separazione (ex art. 710 c.p.c.), è manifestamente superfluo l’ascolto della prole minorenni ai sensi dell’art. 336 *bis* c.c., quando gli accordi omologati di separazione prevedono un regime di frequentazione ampio e di facile attuazione pratica, in modo che l’eventuale ampliamento del tempo da trascorrere con il padre, di cui la prole esprima desiderio, è interamente compreso nelle facoltà già consentite ai genitori dall’accordo omologato e pienamente compatibile con il disposto attualmente vigente, attesa anche la non opposizione della madre». V. anche Trib. min. Trieste, 28 marzo 2012, in *Guida dir.*, Dossier, 2012, 25, 15 ss., che già – prima dell’entrata in vigore della l. n. 219/2012 – metteva in rilievo il possibile documento che sarebbe potuto derivare al minore dall’adempimento dell’ascolto nelle situazioni in cui tra i genitori non vi fossero contrasti in ordine all’affidamento della prole.

<sup>54</sup> Rientrano in questa fattispecie i procedimenti di natura economica, rispetto ai quali si paventa il rischio di strumentalizzazione del minore. Peraltro, la scelta di escludere il minore da ogni questione di carattere economico e patrimoniale è stata adottata proprio dal legislatore della riforma. Il D.lgs. n. 154/2013 ha modificato, infatti, l’art. 371 c.c., concernente il minore sottoposto a tutela, prevedendo che sia il giudice tutelare, d’intesa con il tutore, a dover assumere provvedimenti circa l’educazione del minore e la gestione del suo eventuale patrimonio.

In giurisprudenza, v. App. Catania, 17 aprile 2015, ove si afferma espressamente che «l’ascolto del minore è un momento di esercizio del diritto del fanciullo ad esprimere le proprie opinioni ed esigenze, liberamente e senza condizionamenti, e qualora venga strumentalmente chiesto al fine di dirimere la controversia economica tra i genitori non solo si snatura, deviando dalle finalità sue

Appare, inoltre, assolutamente superfluo, o addirittura dannoso, l'ascolto del minore che lo rifiuta. Qualora, infatti, il minore comunichi espressamente la sua intenzione di non essere ascoltato dal giudice, oppure tale volontà si evinca da comportamenti concludenti, è poco utile cercare ostinatamente di assumere l'opinione del bambino<sup>55</sup>.

In certi casi, infatti, il superiore interesse del minore coincide con il diritto a non essere ascoltato. E se l'ascolto è una facoltà legata al libero esercizio del diritto, questo non può non comprendere in sé la contrapposta facoltà del minore di non esercitarlo<sup>56</sup>.

A fronte degli ottimi intenti delle nuove norme in tema di ascolto – che indubbiamente hanno rafforzato la posizione del minore attraverso il riconoscimento di un diritto soggettivo assoluto in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano – non si può ignorare come la buona riuscita degli stessi non dipenda unicamente da previsioni normative.

Nessuna norma potrà mai impedire un ascolto burocratico e routinario<sup>57</sup>, condotto da un giudice che si limiti ad essere mero esecutore di formule legislative ed imponere – invece – l'adempimento di un ascolto partecipe, empatico, tranquillizzante, ad opera di un giudice attento, sensibile, capace di interpretare correttamente la delicatezza del contesto e delle implicazioni del proprio ruolo; né tantomeno disciplinare il momento dell'accoglienza del minore e le modalità più adatte affinché “quel” bambino possa sentirsi a proprio agio ed esprimersi serenamente e senza timori, consentendo così all'organo giudicante di percepirne i reali interessi in relazione al suo futuro percorso di vita.

In definitiva, non si dovrebbe mai trascurare che quando la giurisdizione civile prevede il coinvolgimento di un minore, assume per ciò stesso carattere teleologico: essa viene investita, infatti, di un fine ben preciso che riguarda ogni suo momento e che si identifica nella tutela del superiore interesse del minore. Pertanto, al fine di rendere effettiva tale tutela, non può prescindersi da profili “umani” di così pregnante rilievo.

---

proprie, ma diviene anche fonte di pregiudizio per il minore stesso».

Cfr., già prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2012, Trib. min. Trieste, (decreto) 18 maggio 2011, in *Fam. e min.*, 2011, 8, 67 ss.

<sup>55</sup> In giurisprudenza, Trib. Milano, sez. IX, (ordinanza) 21 febbraio 2014, ha espressamente escluso l'adempimento dell'ascolto dei minori cosiddetti “*grands enfants*” (ovvero prossimi alla maggiore età) in presenza di un loro rifiuto, perché contrario al loro interesse. V. anche App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. merito*, 2012, 32 ss., secondo cui si può prescindere dall'ascolto qualora il minore abbia in precedenza manifestato stragiudizialmente il desiderio di non essere coinvolto nella controversia che pure lo riguarda.

<sup>56</sup> In questi termini si esprime, condivisibilmente, G. BALLARANI, *Contenuto e limiti dell'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 841 ss., il quale, configurando l'ascolto come diritto assoluto del minore, ritiene che esso comprenda la facoltà di non esercitarlo. Secondo l'A., la connotazione in termini di assolutezza del diritto del minore di essere ascoltato riflette – giustamente – oltre l'opponibilità *erga omnes*, il rapporto immediato tra il soggetto e il bene: «ciò che, per un verso, consente una piena, libera ed esclusiva attuazione del diritto e realizzazione dell'interesse, prescindendo dall'intervento di terzi soggetti e, per altro verso, in quanto incluso nel novero delle situazioni giuridiche essenziali a contenuto esistenziale, consente di escludere la scindibilità della titolarità dall'esercizio concreto delle facoltà ad esso riconnesse». In argomento, v. altresì G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1807 ss.

<sup>57</sup> In tal senso, v. anche C.V. GIABARDO, *Il minore e il suo diritto ad essere ascoltato nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2014, 2362.