

IL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE

ISSN 0390-1862

RIVISTA TRIMESTRALE

Vol. XXXIX - Ottobre-Dicembre 2010

4

DIRETTA DA

V. LO IACONO - G. GIACOBBE - S. CICCARELLO - G. FREZZA

Si segnalano all'attenzione del lettore

Cass. 2 ottobre 2009 n. 21094

Falso riconoscimento di figlio naturale e cancellazione dai registri di nascita e di cittadinanza (n. Morozzo d. Rocca)

Cass. 16 ottobre 2009 n. 22081

Carenza di legittimazione processuale attiva dei nonni nei rapporti con i nipoti (n. F. Danovi)

Cass. 10 marzo 2010 n. 5856

Trib. min. Milano decreto 11 gennaio 2010

Trib. min. Milano decreto 1 aprile 2010

Su la natura e la rilevanza dell'interesse di un minore straniero a permanere in Italia

Cass. 19 marzo 2010 n. 6686

Normativa processuale canonica sul diritto di difesa e delibazione di sentenza di nullità matrimoniale

Trib. Arezzo 9 febbraio 2010

Cognome familiare e successione dinastica: una commistione strumentale? (n. S. Bordonali)

L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche (L. d'Avack)

Consultori familiari e legge n. 194/1978 (C. Casini)

Il diritto del minore a non essere ascoltato (G. Ballarani)



GIUFFRÈ EDITORE

Parte II
STUDI — NOTE — DOCUMENTI — SEGNALAZIONI

Studi

D'AVACK L., <i>L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche</i>	1737
LILLO P., <i>Obiezioni di coscienza ed esperienza giuridica</i>	1761
CASINI C., <i>Consultori familiari e legge n. 194/1978</i>	1777
GRAZIOSO G., <i>Affidamento e tutela del minore e fattore religioso</i>	1786
BALLARANI G., <i>Il diritto del minore a non essere ascoltato</i>	1807
CASSANO G., <i>Google v. Vividown: responsabilità "assolute" e fine di Internet?</i>	1826
RIONDINO M., <i>Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di diritto comparato</i>	1845
MORETÓN SANZ F., <i>Aspetti civilistici di un nuovo diritto di cittadinanza: la legge spagnola sull'autonomia personale e sull'assistenza alle persone en situación de dependencia</i>	1871

Note

SANTANERA F., <i>Anziani cronici non autosufficienti e malati di Alzheimer: diritti esigibili spesso negati</i>	1905
---	------

Documenti

SENATO DELLA REPUBBLICA — XV Legislatura — Disegno di legge (di iniziativa del sen. Fuda) n. 1399, comunicato alla presidenza il 14 marzo 2007: <i>Nuove disposizioni in materia di affidamento condiviso</i>	1915
---	------

Segnalazioni

AA.VV., <i>L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto</i> (a cura di L. Palazzani), Quaderni della Libera Università "Maria SS. Assunta", Sezione Centro Studi Biogiuridici, Edizioni Studium, Roma, 2010, pp. 226 (L. Palazzani)	1925
---	------

IL DIRITTO DEL MINORE A NON ESSERE ASCOLTATO

SOMMARIO: 1. Premessa: interesse del minore e audizione. — 2. Capacità e volontà del minore. — 3. Il diritto del minore a non essere ascoltato. — 4. Le modalità dell'ascolto. — 5. Rilievi procedurali e conseguenze della omessa audizione.

1. Con riferimento all'audizione del minore in genere, e nei procedimenti di affidamento a seguito della sospensione o della cessazione della convivenza genitoriale nello specifico, al fine di poter inquadrarne al meglio sul piano giuridico gli aspetti problematici, si ritiene opportuno precisare, in linea di prima analisi, che l'ordinamento riconosce in capo al minore un vero e proprio diritto nei confronti dell'ascolto, o meglio dell'essere ascoltato, a cui corrisponde in capo al giudice il *dovere* di disporre l'audizione.

Sul piano costituzionale, il diritto in parola si presta ad essere ricondotto, in termini generali, al principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., ma, in particolare, va ricollegato all'art. 21, I comma, Cost. sulla libera manifestazione del pensiero, all'art. 32, I comma, Cost. sul diritto alla salute e, dunque, all'integrità psicofisica, nonché all'art. 111, I comma, sul giusto processo; mentre, a livello internazionale, l'ascolto è stato, in primo luogo, affermato e riconosciuto dall'art. 12 della Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (1), e dagli artt. 3 e 6 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori (2), firmata a Strasburgo il 25

(1) Ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 27 maggio 1991 n. 176, su cui vedi SAULLE, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994, *passim*; MORO, *L'attuazione della Convenzione dell'ONU nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Doc. giust.*, 1995, 442 ss.; FINOCCHIARO, *L'audizione del minore e la Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Vita not.*, 1991, 834 ss.

(2) Ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 20 marzo 2003 n. 77. Parte della dottrina ha, peraltro, posto in evidenza come l'affidamento dei minori nella crisi delle convivenze non sia stato espressamente ricompreso tra i procedimenti in materia familiare che era compito di ciascuno Stato contraente, in sede di ratifica, indicare per

gennaio 1996: norme, queste, che sanciscono il diritto del minore ad essere informato e di esprimere la propria opinione in ogni procedimento che abbia ad incidere sulla sua sfera esistenziale (3). La regola è stata, peraltro, ribadita, da ultimo, dal Regolamento del Consiglio d'Europa del 27 novembre 2003, che introduce la c.d. responsabilità genitoriale (4) (Reg. CE 2201/2003 sulla *competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*), ove l'art. 23 dispone che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non siano riconosciute dagli Stati Membri qualora siano rese senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato.

Orbene, dal punto di vista interno, consolidando quella tendenza normativa del settore minorile (5), anche la legge 8 febbraio 2006 n. 54,

l'applicabilità della Convenzione di Strasburgo, pur precisando come la S.C. ritenga, per converso, che la Convenzione di Strasburgo abbia valenza universale e che quindi, dovendosi attribuire alle norme sull'ascolto valore di principio e senso promozionale, queste debbano intendersi applicabili anche ai procedimenti che si collocano al di fuori dell'elenco delle categorie delle controversie (Cass. 27 luglio 2007 n. 16573, in *Fam. min.*, 2007, 10, 54 ss.): ci si vuol riferire a quanto espresso da LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*, nota a Cass. sez. un. 21 ottobre 2009 n. 22238, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 307 ss., spec. 313.

(3) DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1549 ss., spec. 1550; DANOVÌ, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in questa *Rivista*, 2007, II, 1883 ss., spec. 1921 ss.; TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, 7 ss., spec. 10 ss.

(4) In tema, v. LONG, *L'impatto del regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Fam.*, 2006, 1127 ss., spec. 1154 s., secondo cui "l'ascolto del minore rappresenta l'esplicazione di un principio di ordine pubblico processuale materialmente orientato alla tutela del minore"; da ultimo, cfr. BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155 - 155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCIALOJA e BRANCA, ora a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2010, 20 ss., spec. 95 ss.

(5) Già gli artt. 4, VIII comma, e 6, IX comma, della legge sul divorzio (l. n. 898 del 1970) avevano, infatti, previsto il diritto di ascolto dei minori nel corso del processo, nel caso in cui sia "strettamente necessario anche in considerazione della loro età"; ed ancora, l'art. 4 della legge 28 marzo 2001 n. 149, di modifica alla legge 4 maggio 1983 n. 184 in tema di adozione di minori; l'art. 12, II comma, ultima parte, della legge 22 maggio 1978 n. 184, sulla interruzione volontaria della gravidanza; e anche il codice civile contiene una serie di norme che riconoscono rilevanza alla volontà del minore e al suo consenso legittimamente manifestato. Così, ad esempio, cfr. artt. 84, 90, 145, 165, 244, IV comma, 250, II comma, 264, 273, II comma, 284, 316, V comma, c.c.,

sull'affidamento dei figli nella crisi della convivenza genitoriale (6), ha previsto l'audizione del minore nel corso dei relativi procedimenti, purché questo abbia compiuto i dodici anni, ovvero, se di età inferiore, ove capace di discernimento — art. 155 *sexies* c.c. (7) —, sicché l'ascolto potrà essere disposto su richiesta di una o di entrambe le parti, ovvero anche d'ufficio dal giudice.

Il quadro normativo nazionale e internazionale così delineato, valorizzando la posizione del minore come soggetto di diritto, consente, ad oggi, di non considerarlo più come un soggetto estraneo al giudizio di separazione (in senso generale) dei genitori, sul quale si riversano solo gli effetti di decisioni che passivamente deve subire, bensì lo investe di un nuovo ruolo, determinante, anche se non sostanziale, specie considerando come la nuova prospettiva delineata dal legislatore del 2006 chiami entrambi i genitori a traghettare quel “progetto educativo della prole” (8), ideato nella fase fisiologica del loro rapporto, verso i nuovi approdi che si delineano con la crisi della convivenza, rimodellandolo e rimodulandolo in ragione di questa e sulla base del superiore interesse del minore e delle sue nuove esigenze (9).

Del resto, il fondamentale ruolo che il minore svolge anche attraverso l'audizione emerge già che si consideri solamente l'attuale veste residuale del rimedio monoparentale in una ottica di preferenza gene-

senza voler considerare le disposizioni del processo penale in materia; sul tema, sia consentito un rinvio a BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, 53 ss. Si veda, inoltre, in materia, BUGETTI, *Poteri del giudice e ascolto del minore. Art. 155 sexies c.c.*, in *Commento alla l. 8 febbraio 2006, n. 54*, a cura di MANTOVANI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 183 ss., spec. 186.

(6) *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155 - 155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., *passim*.

(7) ROMANO, Sub *art. 155-sexies*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155 - 155-sexies*, a cura di PATTI ROSSI CARLEO, cit., 365 ss.

(8) A voler mutuare l'attenta espressione coniata da GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di FREZZA, Milano, 2005, 113 ss.

(9) Sul punto si vedano le attente osservazioni svolte da BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in questa *Rivista*, 2006, II, 676; v., inoltre, BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, Milano, 2006, 29 ss.; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, II ed., Padova, 2007, 63.

rale per l'affidamento condiviso della prole, che impone al giudice una valutazione esattamente opposta rispetto a quella che la legge richiedeva quando la regola era l'esclusività, dovendo questo valutare non più, in positivo, la maggiore idoneità ai compiti educativi e di cura di uno dei genitori, bensì, al contrario, in negativo, la inidoneità educativa del genitore che si pretende di escludere dal pari esercizio della potestà, potendosi solo per tal via non ammettere l'opportunità della condivisione nell'affidamento (10). In tal senso, infatti, se l'interprete è chiamato ad optare per l'affidamento esclusivo solo qualora l'affidamento condiviso risulti oggettivamente pregiudizievole per il sano e armonico sviluppo della prole (artt. 155 e 155 *bis* c.c.), sufficientemente motivata risulta la rilevanza che la legge accorda all'ascolto del minore, giusta la sua utilità al fine della completezza degli elementi a disposizione dell'interprete per una valutazione quanto più conforme all'oggettivo interesse della prole: l'assunzione dell'ascolto in termini di diritto del minore trova, dunque, giustificazione nella posizione di preminenza accordata dall'ordinamento all'interesse del minore e nella correlata esigenza di tutela. Il rilievo riceve conforto considerando come il tratto maggiormente peculiare della Novella del 2006 non sia tanto da individuarsi nella esaltazione della bigenitorialità in sé considerata come coincidente con l'interesse del minore, bensì nella esaltazione dell'interesse medesimo che si concretizza, sì, prevalentemente con la condivisione nell'affido, essendo la bigenitorialità *in primis* un portato dell'art. 30 Cost. (11), ma non si esaurisce necessariamente in ciò, potendo realizzarsi, a seconda delle circostanze, anche con la monogenitorialità, ovvero nell'affidamento extrafamiliare (12). In tal senso, infatti, il suddetto interesse si traduce nel veder garantita al minore una possibilità di crescita sana ed armonica sia a livello fisico, sia a livello

(10) Questa linea interpretativa, anticipata in BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, cit., 52, è stata accolta di recente dalla S.C.: cfr. Cass. 18 giugno 2008 n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 68, con nota di MANTOVANI, *(Presunta) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento*; ed in *Fam.*, 2008, n. 4/5, 103, con nota di CANATA, *Affidamento condiviso e conflittualità coniugale: primo intervento della Cassazione*; da ultimo, v. Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587.

(11) GIACOBBE, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, vol. VII, Aggiornamenti (gennaio 2003-giugno 2006), Milano, 2006, 202; DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di DOGLIOTTI, Torino, 2008, 39.

(12) Cfr. BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155 - 155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 20 ss.

psichico, e non nell'averne accanto a sé, *comunque*, entrambe le figure genitoriali: situazione, quest'ultima, che tendenzialmente e in astratto può considerarsi da privilegiare, in quanto il minore continuerà, per tal via, non solo ad avere un rapporto con entrambi i genitori, bensì ne riceverà l'apporto; ma ciò non esclude il potersi configurare l'ipotesi opposta, in cui la scelta bigenitoriale sia assolutamente sconsigliabile; e basti porre mente alle situazioni di abuso sulla persona del minore, ovvero di accesa conflittualità nei rapporti endofamiliari, ovvero, come precisato dalla S.C., nel caso di anomala condizione di vita di un genitore, di insanabile contrasto con i figli, di obiettiva lontananza (13), e su come ciò possa avere un impatto dirompente sulla psiche in via di sviluppo del minore.

Se è l'interesse morale e materiale della prole (14), inteso come metro di valutazione comparativa e trasversale dell'intera normativa in ordine alla relazione genitori-figli nella fase patologica del rapporto genitoriale, il paradigma su cui edificare un programma concordato di affidamento valutato conforme all'interesse del minore (15) e la promozione di una comunità parentale che sorga sulle ceneri di quella coniugale o paraconiugale (16), ovvero in base al quale escludere, quantomeno temporaneamente, la percorribilità della scelta condivisa, il compito affidato all'interprete ben potrà ricevere il supporto dell'ascolto delle opinioni e delle ragioni del minore, avendo ad oggetto l'indagine sulle capacità dei genitori di pervenire a decisioni condivise, la valutazione delle circostanze oggettive, ostative e favorevoli, per l'esercizio dei compiti di cura della prole e per l'assunzione delle relative responsabilità (17), e il rapporto con la prole.

Proprio sulla scorta di queste considerazioni, si è andato gradualmente mitigando nel tempo, attraverso l'opera congiunta degli studiosi del diritto (18) e della giurisprudenza, quell'atteggiamento ordinamen-

(13) Così, Cass. 18 giugno 2008 n. 16593, cit.

(14) Cfr. AA.VV., *La tutela del minore e la legge in Italia e nel mondo*, Milano, 2000, 13 ss.; AA.VV., *Codice della mediazione familiare*, Milano, 2002, *passim*.

(15) D'AVACK, *Affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Fam.*, 2006, 610 s.

(16) QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Fam.*, 2006, I, 395 ss., spec. 396.

(17) In tal senso, v. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 301.

(18) Gli studi si sono orientati *in primis* sul riconoscimento della capacità processuale del minore: così, senza pretesa di completezza alcuna, si leggano i

tale che guardava con sospetto alla possibilità di una audizione del minore temendo possibili traumi per lo sviluppo della personalità *in fieri* di questo (19), anche perché, seppur vero è che “i giudizi di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di separazione personale non attengono, né si riflettono, quale che sia il loro esito, sullo stato dei figli” (20), non è “l’ascolto da parte del giudice a coinvolgere il minore nella separazione, ma la realtà dei fatti” (21).

Del resto, la giurisprudenza più sensibile ha sovente segnato, a più riprese, aperture in tal senso (22), ferme restando, comunque, le non poche perplessità, sollevate specialmente dalla Corte Costituzionale, in ordine al considerare *sic et simpliciter* il minore come “parte” del giudizio di separazione tra i genitori, per timore di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli (23).

Questo percorso di apertura, dapprima orientato a considerare l’ascolto del minore come utile strumento, per il giudice, per inquadrare meglio realtà celate nelle pieghe delle memorie, ovvero non chiaramente espresse o immediatamente emergenti, e poi inteso come mezzo specifico di tutela forte degli interessi del minore, ha di recente raggiunto un solido approdo con una importante pronuncia della Suprema Corte, resa a Sezioni Unite, con cui si è giunti a considerare,

contributi di FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 41; SATTÀ, voce *Capacità processuale (diritto processuale civile)*, *ibidem*, 131; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 374, testo e nota 532; SATTÀ e PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 997; JANNUZZI e LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002, 375.

(19) Secondo quanto già da tempo affermato da ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia*, t. I, Torino, 1999, 230.

(20) Ci si vuol riferire a Corte cost. 14 luglio 1986 n. 185, in questa *Rivista*, 1986, I, 883 ss.; in *Foro it.*, 1986, I, 2679 ss.; in *Giust. civ.*, 1986, I, 2321 ss., e ancora *ibidem*, 1987, I, 2188 ss., con nota critica di BOCCACCIO, *La Corte Costituzionale e l’interesse del minore: un’occasione mancata*. Sul punto cfr., altresì, Corte cost. 13 maggio 1998 n. 166, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1783 ss., con nota di COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*; ed in *Fam. dir.*, 1998, 205, con nota di CARBONE, *La Consulta non riconosce la famiglia di fatto, ma tutela il diritto dei figli all’abitazione*; nonché in *Giust. civ.*, 1998, I, 1759.

(21) DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., 202.

(22) Ci si vuol riferire, *ex multis*, a Cass. 23 luglio 1997 n. 6899, in *Fam. dir.*, 1997, 523 ss.

(23) Ancora Corte cost. 14 luglio 1986 n. 185, cit.

con specifico riguardo all'audizione, il minore parte in senso sostanziale nei procedimenti riguardanti l'affidamento dei figli (24).

2. In materia va considerato come, nel corso del procedimento, l'unico soggetto che possa erigersi a garante terzo dell'interesse del minore, oltre al P.M., sia proprio il giudice, alla cui sola sensibilità sarà affidato il discernimento di ciò che, nel caso alla sua attenzione sottoposto, risponda maggiormente al massimo grado di tutela del soggetto debole (25).

Al riguardo, tenuto conto della finalità della previsione sull'audizione del minore, nonché del silenzio normativo in materia, un aspetto di estremo rilievo attiene alla valutazione della capacità del minore, della sua volontà e delle sue opinioni, nonché al valore da attribuire a queste ai fini della emanazione del provvedimento.

La delicatezza della questione emerge, del resto, già considerando i presupposti soggettivi specificati nella norma, là dove questa precisa che può essere ascoltato il minore purché abbia compiuto i dodici anni, ovvero anche di età inferiore se capace di discernimento; data l'ampia flessibilità del criterio della capacità di discernimento, è agevole ritenerlo un utile strumento che consente al giudice di operare una valutazione caso per caso che, nella specie, pare imporsi fortemente (26).

Considerando il tenore letterale dell'art. 155-*sexies*, la valutazione del concreto grado di percezione del minore riguardo la situazione potrà essere limitata esclusivamente dalla soglia minima della (presunta) capacità di discernimento, che il legislatore del 2006 dà per acquisita al compimento del dodicesimo anno (27), ovvero dalla rilevata concreta incapacità di discernimento anche al di là del dato temporale, ovvero ancora dal pregiudizio che dall'ascolto potrebbe

(24) Cass. sez. un. 21 ottobre 2009 n. 22238, in questa *Rivista*, 2010, 106, con nota di RUO, "The long, long way" del processo minorile verso il giusto processo; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 307 ss., con nota di LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*; ed in *Fam. pers. succ.*, 2010, 254, con nota di FANETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*.

(25) Non volendo considerare questa la sede per valutare la possibile opportunità, nello specifico ambito che ci occupa, di garantire a livello ordinamentale al minore una precipua assistenza legale autonoma rispetto a quella dei genitori.

(26) Vedi, in tal senso, ROMANO, Sub art. 155-*sexies*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-*sexies**, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 365 ss.

(27) ROMANO, *L'ascolto dei minori*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 211 ss., spec. 226.

discendere in capo al minore. In tal senso, in dottrina non è mancato chi, riflettendo proprio sul rapporto tra ascolto e autodeterminazione del minore in relazione alla valenza da attribuire alle dichiarazioni di quest'ultimo, non ha ommesso di porre in evidenza quanto possa incidere su detta valenza il rendere facoltativa e discrezionale l'audizione (28). Ed in effetti, l'ascolto è il solo mezzo con cui il giudice può conoscere il minore in quanto tale, distinto, dunque, dalla rappresentazione che di questo possono effettuare i genitori (29).

Con riguardo al rilievo che deve darsi alla volontà espressa dal minore, pare potersi affermare che, se il procedimento ha di mira la tutela del superiore interesse del minore, allora questo potrà realizzarsi anche disattendendo le opinioni espresse dall'interessato (30). Sebbene il concetto giuridico di interesse del minore sia anche comprensivo del tendenziale rispetto della sua volontà, accordandogli l'ordinamento spazi nei quali esprimere le proprie opinioni, la legge sull'affido, tuttavia, non riconosce la piena rilevanza della sua volontà, non prevedendo, ad esempio, una manifestazione, ancorché indiretta, di consenso all'affido per l'adolescente (magari ultraquattordicenne), come avviene per l'adozione e l'affidamento familiare. Ma, "comunque, la prassi ormai consolidata dei Tribunali è quella di tenere nel debito conto le aspirazioni dell'adolescente, specie se vicino alla maggiore età" (31), e non mancano i casi in cui una forte e motivata manifestazione di volontà potrà esser presa in debita considerazione e gettare nuova luce sugli esiti dei provvedimenti.

Già da tempo, infatti, parte della giurisprudenza tende a valorizzare le opinioni espresse dal minore, ad esempio considerando il fermo convincimento di un dodicenne di voler convivere con un genitore in quanto sorretto da apprezzabile motivazione (32), ovvero tenendo conto della volontà della prole nel decidere in ordine alle modalità del

(28) POCAR e RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Bari, 2004, 75; sul punto, v. BUGETTI, *Poteri del giudice e ascolto del minore*, cit., 190.

(29) Trib. Genova 23 marzo 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1601; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., 202.

(30) La giurisprudenza di legittimità ha, peraltro, da tempo precisato che il giudice non può attribuire valore decisivo alle scelte manifestate dai minori: cfr., *ex pluribus*, Cass. 11 giugno 1991 n. 6621, in *Foro it.*, 1992, I, 1247.

(31) DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e individuale*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, cit., 47 ss., spec. 58 s.

(32) Trib. Napoli 10 dicembre 1981, in *Giur. merito*, 1983, 360.

diritto di visita del non affidatario (33), ovvero, ancora, accordando rilievo alla chiara espressione di un sentimento di avversione e di ripulsa di un adolescente nei confronti del non affidatario e alla dimostrazione di un distacco affettivo e psicologico accompagnato da una motivazione seria e consapevole, al fine di sospendere totalmente o a tempo determinato il diritto di visita del genitore rifiutato dal figlio (34).

Orbene, in via di prima approssimazione, si ritiene utile precisare che, quantunque la dichiarazione del minore debba essere tenuta in considerazione dall'interprete, essa, a detta della dottrina dominante, non sembra essere elemento sui cui il giudice possa con esclusività fondare il giudizio e le proprie determinazioni, facendo discendere dagli esiti dell'audizione la decisione; bensì, pur senza svolgine il portato, l'audizione è da ritenersi coelemento di cui il giudice deve tener conto e valutare al fine di formarsi nella sua volontà di provvedere in un senso, piuttosto che nell'altro. Si tratta, invero, di uno strumento per mezzo del quale, instaurandosi un rapporto diretto tra minore e procedimento, vengono accolte in esso le opinioni del minore e, per tal via, viene a garantirsi l'interesse e il diritto di colui che è "principale destinatario degli effetti del provvedimento" (35). In tal senso, non può che esser condivisa l'idea di chi ha sottolineato come l'audizione, lungi dall'esser solo strumento di cognizione per il giudice, è bensì "fondamentale veicolo per far sì che i desideri e le aspirazioni del minore facciano ingresso nel processo che lo riguarda" (36), potendosi rilevare nella previsione dell'ascolto un richiamo specifico al, e una attuazione piena del disposto di cui all'art. 147 c.c., nella parte in cui segna il limite della potestà genitoriale nel rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni della prole, garantendosi, per tal via, la valenza della capacità autodeterminativa del minore (37).

(33) Trib. Catania 17 aprile 1996, in questa *Rivista*, 1998, I, 104 ss.

(34) Cass. 15 gennaio 1998 n. 317, in questa *Rivista*, 1998, I, 561 ss.

(35) ROMANO, *L'ascolto dei minori*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 212; BUGETTI, *Poteri del giudice e ascolto del minore*, cit., 187; TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, nota a Trib. Firenze 22 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 297.

(36) ARCERI, *L'affidamento dei figli. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, 209.

(37) Sull'approfondimento della quale si rinvia a quanto in altra sede espresso: cfr. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa*, cit., 40 ss.

Peraltro, così come precisato in dottrina (38), in materia si impone fortemente la massima prudenza da parte dei giudici, non potendo tradursi l'ascolto in una richiesta al minore di scegliere la soluzione che ritiene più opportuna, dovendo il giudice decidere e non il minore, anche perché "il parere espresso dal minore non sempre rappresenta il suo più autentico pensiero e le sue reali esigenze" (39).

Il compito dell'interprete in materia è, infatti, quello di comprendere le esigenze dei minori e le modalità con le quali questi si rapportano agli eventi che li coinvolgono, dovendo tendere l'ascolto a far emergere i problemi, le aspettative e le reali esigenze, in ossequio al disposto di cui al surrichiamato art. 147 c.c.

A supporto di quanto testè affermato, basti soffermare l'attenzione sulla funzione che l'ascolto è chiamato ad assolvere, in quanto il fondamento giuridico dell'audizione è da rinvenirsi nel riconoscimento in capo al minore di una autonoma posizione giuridica soggettiva, perfetta e distinta rispetto a quelle dei genitori "ed anzi potenzialmente in conflitto con esse" (40). Del resto, che l'intenzione del legislatore del 2006 sia stata quella di accogliere il minore nel giudizio in senso partecipativo, emerge già considerando come la norma di cui all'art. 155 *sexies*, accordando al giudice la facoltà di disporre l'ascolto prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c., sia lo specchio su cui si riflette la rilevata opportunità che il giudice entri in diretto contatto con il minore, comprendendone le esigenze ed indagandone la volontà, sin dalle prime fasi del procedimento, dovendo questi decidere nell'interesse morale e materiale del minore.

3. Se il percorso logico della ricostruzione ha una sua struttura, il nocciolo fondamentale della questione sull'audizione del minore è costituito dalla sibillina formula adoperata dal legislatore del 2006 all'art. 155 *sexies* c.c., là dove, rendendo all'indicativo presente in capo al giudice il compito di disporre l'ascolto (*il giudice dispone l'audizione*), pone un problema interpretativo: è da chiarire, infatti, se la norma esprima l'obbligo per giudice di disporre l'ascolto del minore, ovvero, per converso, intenda accordargli una mera facoltà di disporlo

(38) MORO, *Manuale di diritto minorile*, IV ed., a cura di FADIGA, Bologna-Roma, 2008, 329 ss., spec. 334.

(39) MORO, *op. loc. ult. cit.*

(40) ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., 200.

o meno, sottintendendo una valutazione di opportunità da parte di questo (41).

Sull'obbligatorietà dell'ascolto qualche dubbio residua per due distinti motivi: il primo attiene proprio alla formula dell'art. 155-*sexies*, in quanto questa non indica espressamente l'obbligatorietà dell'ascolto, e ciò può essere indice della precisa scelta del legislatore di rimettere alla discrezionalità del giudice la valutazione sulla opportunità di disporlo; il secondo, ben più fondante, ha riguardo alla finalità primaria che la legge tende a perseguire, ossia la massima tutela del superiore interesse del minore a un sano e armonico sviluppo psicofisico (42). In tal senso, l'ascolto del minore deve considerarsi pur sempre funzionale ad una maggiore aderenza del procedimento al perseguimento di questo interesse, ravvedendosi nell'ascolto quell'elemento in più dal quale l'interprete può trarre ragioni ulteriori, ancorché non uniche, per fondare i provvedimenti che andrà assumendo (43).

In linea di prima analisi, infatti, qualora si intenda la lettera dell'art. 155-*sexies* come impositiva di un obbligo in capo al giudice, senza lasciare ad esso — unico garante terzo, nel caso di specie, del suddetto interesse del minore, al quale si affianca la funzione svolta dal P.M. (44)

(41) Sul punto si vedano le riflessioni di PALADINI, *Affidamento condiviso*, in *Enc. giur. de Il Sole 24 Ore*, I, Milano, 2007, 169 ss., spec. 178 s., ove l'A. riflette su come sia preferibile ritenere che l'audizione debba essere disposta soltanto quando sia funzionale, per la migliore tutela del figlio, alla più approfondita comprensione delle sue relazioni con ciascuno dei genitori.

(42) BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 28 ss.

(43) In ordine alla derogabilità del disposto, parte della dottrina ritiene che la regola imponga un vero e proprio obbligo in capo al giudice, fondando il convincimento, da un canto, sul tenore letterale della norma e, dall'altro, sull'analisi dei lavori preparatori, ove si decise la sostituzione della formula "può assumere" con "dispone" e fu espunta dal testo la formula "salvo che particolari ragioni lo consiglino". Ricostruisce le varie ipotesi ARCERI, *L'affidamento dei figli*, cit., 196 ss.

(44) Con riguardo all'intervento obbligatorio del P.M. nella materia minorile in genere, la Corte Costituzionale ha precisato che quest'ultimo, pur non agendo in veste di sostituto processuale dei minori, nell'assicurare la legalità della decisione della controversia, è chiamato a curare la tutela degli interessi dei minori nell'esercizio di tutte le attività processuali a lui consentite (deduzione di prove, conclusioni, impugnazioni della sentenza): ci si vuol riferire a quanto espresso da Corte cost. 14 luglio 1986 n. 185, cit. Con altra pronuncia, la medesima Corte ha affermato l'incostituzionalità dell'art. 70 c.p.c. nella parte in cui non prescrive l'intervento obbligatorio del P.M. nei giudizi tra genitori naturali che comportino provvedimenti relativi ai figli minori, anche solo economici, per assicurare la tutela degli interessi di questi (Corte cost. 25 giugno

— margine per valutare le determinate cautele richieste dal singolo caso di specie, pare potersi affermare che questa interpretazione sembri contravvenire a quel principio generale di tutela dell'interesse del minore che, ad un tempo, contraddistingue e qualifica la normativa sull'affidamento condiviso. E sarebbe, del resto, paradossale che proprio una norma che tenda a questo proposito si trasformi poi, nel concreto, in uno strumento di possibile lesione dell'interesse allo sviluppo psichico del soggetto che vuole proteggere (45).

È proprio sulla scorta di quest'ultimo rilievo che si è ritenuto maggiormente opportuno valutare il disposto *de quo* in senso non assolutamente tassativo, bensì al pari di un monito per il giudice: non ometta l'interprete di disporre l'ascolto, se non ravvede situazioni di oggettivo impedimento, ossia salvo qualora rilevi motivatamente che questo possa essere di pregiudizio per il minore (46); così intesa, la norma riconosce per certo al giudice il potere di disporre l'audizione *ex officio*, a prescindere da una istanza di parte, e gli impone di disporla, presumendone l'opportunità, salvo, appunto, qualora ritenga (motivatamente, magari sulla scorta dei rilievi di un genitore o di entrambi, che supporti la richiesta di omettere l'ascolto allegando, ad esempio, agli atti una perizia medico-psichiatrica o psicologica, ovvero quando non rilevi una sufficiente capacità di discernimento in capo all'infradodicienne) che vi siano oggettive ragioni ostative che ne escludono l'op-

1996 n. 214, in questa *Rivista* 1996, I, 1341). Il P.M. è, infatti, organo non solo di giustizia, svolgendo una funzione di controllo sull'operato del giudice, "ma anche di promozione e tutela dei diritti del minore", attraverso il diritto di impugnazione, la partecipazione attiva al giudizio, il potere di impulso processuale e i pareri resi nella varie fasi del giudizio: cfr., in tal senso, MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 126.

(45) Con riguardo alla possibile imposizione normativa in capo al giudice di disporre l'ascolto, oltre a quanti non ammettono altra possibile interpretazione della norma (VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati (Prima parte)*, in *Studium Juris*, 2006, 519 ss., spec. 525), altra dottrina ravvisa nel "diretto e automatico coinvolgimento del minore" il rischio di una possibile strumentalizzazione di questo nel processo, specie se in tenera età: ci si vuol riferire a quanto espresso da DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, I, 90 ss., spec. 92. Al riguardo, ferme le critiche mosse dalla dottrina in commento alla (presunta) automaticità del meccanismo di ascolto, rimane però al fondo il rilievo interpretativo difforme, secondo cui la norma attribuisce al giudice il compito di valutarne l'opportunità.

(46) BALLARANI, *Affidamento condiviso e audizione del minore*, in *Fam.*, 2008, 6, 22 ss., spec. 29.

portunità, in quanto dall'ascolto può discendere un pregiudizio (non necessariamente grave, bensì anche lieve) per il minore (47).

Il superiore interesse del minore si compone, infatti, di una pluralità di diritti anche tra loro contrapposti (48): il diritto alla bigenitorialità, che può cedere il passo al diritto alla monogenitorialità o alla "extragenitorialità"; il diritto al mantenimento diretto, che può tradursi nel mantenimento indiretto; e, del pari, il diritto all'ascolto, che può (*rectius*: deve poter) cedere innanzi al diritto a non essere ascoltato, qualora l'audizione possa trasformarsi in un *vulnus* per l'equilibrio del minore.

Questa linea argomentativa è stata, peraltro, confermata anche dalle Sezioni Unite della S.C. (49), allorché hanno affermato che i minori debbono considerarsi parte in senso sostanziale nei procedi-

(47) In tal senso pare propendere anche la dottrina più sensibile: MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 230 s., ove si ritiene che la norma debba essere letta nel senso di imposizione al giudice di un obbligo, sicché ogni immotivata omissione deve ritenersi causa di nullità del procedimento, in ciò argomentando sulla base di quanto affermato dalla Corte Costituzionale: il riferimento è a Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3303, con nota di PROTO PISANI, *Battute di arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*; e, *ibidem*, 2003, I, 423, con nota di SERGIO, *La tutela civile del minore e le cosiddette prassi discorsive della giustizia minorile*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 551 e 1476, con nota di TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*; in *Fam. dir.*, 2002, 230, con note di TOMMASEO, *Giudizi camerale di protestate e giusto processo*, e di ODINO e PASCHETTI, *La Corte Costituzionale non risponde: un'occasione perduta; sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?* Ma qualche dubbio, come riferito, residua sul voler elevare l'affermazione a regola generale: il delicato equilibrio psichico di una personalità in formazione, che varia non soltanto con il corso della crescita, ma anche, a pari età, da soggetto a soggetto, non può ritenersi oggetto di una valutazione aprioristica; sul punto, v., altresì, MARTINELLI e SPALLAROSSA, *Gli effetti relativi ai figli nella separazione e nel divorzio*, in *Il Nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna 2007, 801 ss., spec. 811 s.; VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso*, cit., 525; BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Fam.*, 2006, I, 655 ss., spec. 658 ss.

(48) BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 40 ss.

(49) Cass. s.u. 21 ottobre 2009 n. 22238, cit.; la medesima S.C. consolida, così, l'orientamento seguito, da ultimo, in due distinte pronunce rese in materia di sottrazione internazionale di minori, secondo cui l'audizione del minore riceve una consacrazione normativa indiscutibile nell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, e la sua esclusione, oltre che per la valutazione di non idoneità del minore a renderla (per età o stati psichici particolari), deve essere correlata soltanto al rischio che la stessa audizione, per quanto protetta, rechi danni gravi alla serenità del destinatario (Cass. 27 luglio 2007 n. 16753, in *Fam. min.*, 2007, 10, 54 ss.; Cass. 16 aprile 2007 n. 9094).

menti riguardanti l'affidamento dei figli, dando seguito a quell'orientamento internazionale e della Corte Costituzionale secondo cui questi sono sovente portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori (50), cosicché il mancato ascolto costituisce violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo. Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno, infatti, precisato che, in presenza di una richiesta di audizione dei figli, il giudice della separazione o del divorzio (anche nella fase presidenziale) dovrà procedere all'ascolto dei minori, a meno che non fornisca idonea motivazione in ordine al fatto che tale ascolto si ponga in contrasto con gli interessi fondamentali dei figli, ovvero che manchi il necessario discernimento dei minori infra-dodicenni, che può giustificare l'omesso ascolto.

Del resto, questa interpretazione non limitata al solo senso letterale, bensì condotta in chiave sistematica, che tiene conto, cioè, dell'insieme di disposizioni ove trova collocazione e della finalità dell'intera architettura normativa, contribuisce a comporre quel quadro ben più ampio che tratteggia, nel suo insieme, la complessa figura dell'interesse del minore.

4. Con riferimento alle modalità dell'ascolto, pare giusto il caso di premettere come il riparto di competenza tra il Tribunale ordinario e il Tribunale per i minorenni determini delle sostanziali differenze procedurali in tema di affido. Nonostante, infatti, la Suprema Corte abbia risolto una annosa questione e unificato le competenze sugli aspetti personali e patrimoniali della prole di conviventi nel giudice minorile, chiarendo il rapporto tra l'art. 38 disp. att. del codice civile e l'art. 317 *bis* c.c. alla luce dei nuovi paradigmi imposti dalla legge sull'affidamento condiviso (51), in dottrina non si omette di sottolineare come ciò non determini l'unificazione delle procedure di affidamento conseguente alla cessazione della convivenza genitoriale, che, se coniugale, rimane di competenza del Tribunale ordinario, mentre, se non coniugale, è conosciuta dal Tribunale per i minorenni, che procede

(50) Cfr., in tal senso, Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, cit., con cui la Corte, affermando la diretta applicabilità nell'ordinamento italiano dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ha ritenuto che il minore debba essere considerato parte in senso tecnico di ogni procedimento che lo riguarda, distinguendo tra parte in senso sostanziale e processuale, con conseguente diritto, specie nei giudizi *de potestate*, alla nomina di un avvocato, ovvero di un curatore speciale ex art. 79 c.p.c.

(51) Cass. 22 marzo 2007 n. 8362, in questa *Rivista*, 2007, I, 1168 ss., ed in *Foro it.*, 2007, I, 2049, con nota di CASABURI.

con rito camerale, “e quindi con le scarse norme dettate dall’art. 336 c.c. e dagli artt. 737 ss. c.p.c.” (52); e non può non osservarsi, in armonia con quanto da tempo sostenuto dalla Corte Costituzionale (53), come sarebbe preferibile che le questioni direttamente concernenti il minore fossero direttamente conosciute dal Tribunale per i minorenni, per la specificità delle competenze sue proprie e per la particolare composizione dell’organo.

Orbene, chiusa questa parentesi, è bene precisare che, secondo il S.C., pur involgendo l’aspetto delle modalità dell’ascolto del minore profili inevitabilmente rimessi alla discrezionalità del giudice del merito (54), l’audizione, intesa come strumento per raccogliere le opinioni del minore avente un discernimento sufficiente e per dare forma al diritto dello stesso di partecipare alla sua tutela attraverso un interlocutore che lo ascolta e che lo considera in ciò che dice, postula che il minore riceva le informazioni pertinenti ed appropriate con riferimento alla sua età e al suo grado di sviluppo, a meno che tali informazioni nuocciano al suo benessere (55); pertanto, si ritiene che l’informazione al minore riguardo la necessità che questi venga ascoltato dovrebbe essergli fornita dai Servizi sociali, su delega del giudice, al quale i Servizi relazioneranno gli esiti della avvenuta comunicazione.

Avuto specifico riguardo alle modalità dell’audizione, fermo restando che il minore dovrebbe poter essere assistito da una sua persona di fiducia e che, in relazione al tempo e al luogo dell’audizione, pare opportuno che questa venga disposta ad udienza fissa da stabilirsi fuori dell’orario scolastico ed effettuata a porte chiuse in un ambiente che garantisca la riservatezza e la tranquillità del minore (sede giudiziaria, ovvero anche domicilio del minore), secondo la dottrina giuridica più sensibile (56) l’ascolto sarebbe da effettuarsi direttamente da parte del giudice, ovvero, su delega di quest’ultimo, da persona tecnicamente qualificata a parlare con il minore.

Si profilano, dunque, due distinte opzioni: l’ascolto diretto da parte del giudice e l’ascolto indiretto da parte di un consulente tecnico d’ufficio, ovvero di uno psicologo, o di un esperto dell’infanzia, o di un magistrato onorario del Tribunale dei minori, psicologo o sociologo

(52) MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 233.

(53) Corte cost. 15 luglio 1983 n. 222, in *Foro it.*, 1983, I, 2062.

(54) Cass. 4 aprile 2007 n. 8481.

(55) Cass. 27 luglio 2007 n. 16753, cit.

(56) MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 332 s.

(mentre tuttora aperta appare la questione relativa alla presenza o meno degli avvocati e/o dei genitori, in ragione del rischio di interferenze e del diritto di difesa).

Per quanto concerne l'ascolto diretto, effettuato direttamente dal giudice, si discute se all'audizione debba essere presente esclusivamente il giudice e il cancelliere verbalizzante (audizione a due), ovvero sia necessaria la presenza degli avvocati e dei genitori, nonché, in caso di nomina, del difensore o del curatore del minore.

A ben vedere, pur precisandosi che non può indicarsi una strada univoca, in quanto ogni caso deve considerarsi a sé stante, pare a chi scrive che, quand'anche si disponga l'audizione a due, non possa ravvisarsi una compressione del diritto di difesa, né del minore, né dei genitori, in ragione della finalità dell'ascolto e in quanto il giudice è e rimane soggetto terzo rispetto a tutte le parti, a cui è affidata la tutela del superiore interesse del minore. Del pari, qualche perplessità suscita la possibile presenza dei genitori che potrebbero, volontariamente o involontariamente, influire sulla autenticità e spontaneità delle opinioni espresse e sulla attendibilità delle risposte fornite. Nell'ipotesi in cui sia il minore stesso a richiedere la presenza di uno o di entrambi i genitori, questa dovrà essere valutata dal giudice, tenendo conto del diritto del minore ad una assistenza affettiva e psicologica, così come evidenziato nei protocolli proposti da diversi Osservatori sul diritto minorile e Camere Minorili.

E ancora, qualora si opti per l'audizione a due, si renderà necessario richiedere sempre il consenso delle parti e dei legali a non prendere parte all'audizione, mentre, là dove si ritenga opportuna la presenza degli avvocati e/o dei genitori si dovrà imporre loro di non interferire con l'audizione, evitando possibili suggestioni e induzioni, e di limitarsi a presentare al giudice gli argomenti sui quali ritengono opportuno che verterà l'audizione, tenendo in debito conto l'età e la maturità del minore.

Peraltro, si concorda con la rilevata opportunità che il giudice possa nominare *ex art. 68 c.p.c.* un ausiliario, esperto in scienze psicologiche, pedagogiche, o medico-psichiatriche, ovvero dei Servizi sociali, che possa affiancare nell'audizione il giudice, ma anche il minore, specie se in tenera età, come, del resto, risulta da taluni protocolli d'intesa redatti dalle Camere Minorili (57). Nel medesimo

(57) Cfr. Russo, *Modalità e tecniche di ascolto del minore*, rel. all'incontro di Studi "I diversi riti della famiglia e dei minori" organizzato dal C.S.M., Roma 14-16 gennaio 2008 (consultabile in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/15241.pdf>).

contesto, ossia a fronte di un minore di anni dodici, ai fini della valutazione della capacità di discernimento richiesta dalla legge, ovvero per accertare l'eventuale pregiudizio che dall'audizione potrebbe verificarsi sul minore, si renderà necessario disporre una CTU a scopo valutativo per potersi procedere all'audizione.

L'ascolto indiretto è, per converso, eseguito da un CTU e poi trasmesso al giudice in una relazione scritta, ovvero svolto da uno psicologo del servizio pubblico (consultori, servizi di neuropsichiatria infantile della ASL), individuato per il tramite dei Servizi sociali, che trasmette poi la relazione conclusiva, con conseguente abbattimento dei costi per le parti. Anche in questo caso, pare auspicabile che l'ascolto avvenga in assenza dei genitori e degli avvocati.

Orbene, se nelle prassi dei Tribunali ordinari si è andato consolidando un orientamento interpretativo che tende a preferire l'ascolto indiretto, specie al fine di poter avere agli atti una relazione, i giudici minorili hanno sovente privilegiato l'ascolto diretto, ancorché supportato da componenti non togati esperti. Ma è proprio il silenzio normativo a far propendere, anche in quest'ambito, per una interpretazione flessibile che tenga conto del singolo caso di specie, lasciando libero l'interprete di decidere secondo le risultanze specifiche, fermo restando che pare, comunque, il caso di dar sempre luogo ad udienze riservate, da svolgersi in un ambiente favorevole ad instaurare il miglior canale di comunicazione con il minore.

5. Da ultimo, un seppur breve cenno agli aspetti più specificamente tecnici della questione dell'audizione si impone, specie in quanto l'art. 155-*sexies* c.c. non precisa quali regole debbano seguirsi sul piano procedurale.

In primo luogo, va precisato che l'audizione del minore è figura *sui generis* (58), considerata mezzo "indirettamente strumentale all'acquisizione, da parte del giudice, di elementi di decisione", ma non mezzo di prova (59), né strumento equiparabile agli ordinari mezzi istruttori, distinguendosi dall'interrogatorio libero e dalla testimonianza (60). Inoltre, si concorda con quanti hanno inteso l'ascolto del minore come

(58) DANOVÌ, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, cit., 1921.

(59) ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., 200; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063 ss., spec. 1074.

(60) DANOVÌ, *op. loc. cit.*

condizione di procedibilità del giudizio (61), “la cui omissione comporterebbe sia la nullità dell’udienza presidenziale e dell’ordinanza che la conclude, che potrà essere fatta valere con il reclamo *ex art.* 708, VI comma, c.p.c.; sia la nullità della sentenza conclusiva del giudizio, se il giudice istruttore non vi ha provveduto” (62). Nonostante, infatti, si convenga che la formula adoperata dal legislatore possa essere considerata sufficientemente elastica da consentire al giudice di omettere l’audizione del minore, purché motivatamente, a detta della dottrina e della giurisprudenza di legittimità ad oggi dominante, l’omissione non motivata dell’audizione deve importare la nullità assoluta del procedimento (63) e non quella relativa, integrando un vizio procedurale insanabile, in ragione degli interessi protetti, rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio (64).

In dottrina non si omette di sottolineare il carattere eminentemente generale e la valenza prevalentemente sostanziale della disposizione, considerando come la norma trovi collocazione nel codice civile e non in quello di rito (65). È, del pari, da condividersi pienamente la posizione di chi ha avuto il pregio di sottolineare l’importanza della collocazione dell’ascolto nel procedimento: la norma, infatti, è posta nel contesto dei mezzi istruttori da assumersi prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti concernenti il minore, e, quindi, “in una fase del procedimento [...] le cui determinazioni risultano spesso decisive” (66).

Peraltro, se la norma esprime un diritto del minore, questa (al di là delle attuali prassi) deve allora intendersi da applicare in ogni procedimento, contenzioso o non, di affidamento dei minori o di modifica delle condizioni di affido e, dunque, anche nei procedimenti di sepa-

(61) GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in questa *Rivista*, 2006, II, 1866 ss.

(62) Così ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 371 s.; Cass. s.u. 21 ottobre 2009 n. 22238, cit.

(63) ARCERI, *L'affidamento condiviso*, cit., 211; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, cit., 1866 ss.; cfr., inoltre, sul punto, Cass. 27 luglio 2007 n. 16573, cit.

(64) BUGETTI, *Poteri del giudice e ascolto del minore*, cit., 188.

(65) MARTINELLI, *Spunti di aggiornamento sugli ascolti del minore*, in *Min. giust.*, 2006, 152 ss.; ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 365 ss.

(66) QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, cit., 420 s.

razione consensuale, di divorzio su ricorso congiunto, di revisione delle condizioni di separazione o di divorzio, nonché nei procedimenti *ex art. 709-ter c.p.c.* Parimenti, si deve ritenere che questa rivolga la propria prescrizione tanto al Presidente del Tribunale nella fase presidenziale, quanto al giudice istruttore nella fase di cognizione piena. Del resto, sembra preferibile aderire a quanti prospettano una lettura meno rigida del disposto che limiti l'ascolto alla sola fase di cognizione piena, salva l'ipotesi in cui nella fase presidenziale si rilevi una stretta necessità di ascoltare il minore a tutela del suo attuale interesse, imponendosi, nel caso, al Presidente di disporlo (67). In tale ultimo caso, interessante è la prassi adoperata dal Trib. di Messina, là dove, il giorno in cui si fissa l'udienza di comparizione dei coniugi, si invia una lettera ai Servizi sociali in cui si chiede di procedere all'ascolto del minore e di riferirne prima della comparizione dei coniugi, di modo che, qualora i Servizi non evadano, ovvero non evadano in modo sufficiente la richiesta, si renderà necessaria l'audizione da parte del giudice (68).

GIANNI BALLARANI

*Professore a contratto di Diritto della famiglia
presso l'Università di Siena*

(67) Cfr., in tal senso, ARCERI, *L'affidamento dei figli*, cit., 202; ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, in *Provvedimenti riguardo ai figli, art. 155-155-sexies*, a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, cit., 365 ss.

(68) Secondo quanto riferito da RUSSO, *Modalità e tecniche di ascolto del minore*, *op. loc. cit.*