

Gianni Ballarani

**CONTENUTO E LIMITI DEL DIRITTO
ALL'ASCOLTO NEL NUOVO ART.
336-BIS C.C.: IL LEGISLATORE
RICONOSCE IL DIRITTO DEL
MINORE A NON ESSERE
ASCOLTATO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CONTENUTO E LIMITI DEL DIRITTO ALL'ASCOLTO NEL NUOVO ART. 336-BIS C.C.: IL LEGISLATORE RICONOSCE IL DIRITTO DEL MINORE A NON ESSERE ASCOLTATO

SOMMARIO: 1. Premessa: l'ascolto nella riforma della filiazione. — 2. Il diritto all'ascolto e il superiore interesse del minore. — 3. L'ascolto nel quadro dei diritti inviolabili del minore. — 4. L'ascolto come diritto soggettivo assoluto del minore. — 5. Conseguenze dell'ascolto come diritto soggettivo assoluto della personalità del minore: il diritto del minore a non essere ascoltato. — 6. Le contrapposte situazioni giuridiche passive. — 7. Gli effetti e i nodi procedurali. — 8. La revisione normativa operata dal decreto delegato n. 154 del 28 dicembre 2013.

1. In ossequio a quanto previsto dalla legge di riforma dello stato dei figli (l. 10 dicembre 2012 n. 219) (1), il decreto delegato sulla filiazione n. 154 del 28 dicembre 2013 provvede ad adeguare e integrare le disposizioni codicistiche che rinviano all'ascolto del minore con i nuovi parametri indicati in materia dal legislatore, e, al contempo, innova profondamente la disciplina, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto dal punto di vista procedurale (2).

Il nuovo art. 315-*bis* c.c., introdotto dalla legge n. 219 del 2012, infatti, recependo ciò che sul piano internazionale è disposto dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (3) del 20

(1) Per un primo commento integrale alla legge, si legga AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 437 ss.; cfr., inoltre, le riflessioni dei vari Autori che hanno partecipato alla redazione del fascicolo monografico di *Fam. dir.*, 2013, 225 ss. e che saranno nel prosieguo citati specificatamente; si vedano, altresì, C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus civile (Riv. on-line)*, 2013, 2, 132 ss.; LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 201 ss.; mentre, con riferimento ai lavori preparatori, CARBONE, *Le nuove proposte su filiazione e rapporti di parentela*, in *Corr. giur.*, 2011, 1314 ss.

(2) In tema, DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. dir.*, 2013, 279 ss.

(3) Proprio con riferimento all'art. 12 della Convenzione di New York, la Corte Costituzionale, chiamata a vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 336, II comma, c.c., nella parte in cui non prevede l'ascolto del minore nelle procedure ablativo

novembre 1989 e, nel contesto europeo (4), il contenuto degli artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (5), firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, le prescrizioni di cui all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea (Carta di Nizza, del 18 dicembre 2000) (6), nonché quanto previsto dal Reg. CE 2201/2003 (Bruxelles II *bis*) (7), ribadisce il diritto del figlio minore che

modificative della potestà, ha precisato il carattere precettivo e non meramente programmatico della norma, ritenendo la Convenzione idonea ad integrare, in sede interpretativa, le disposizioni codicistiche interne; ciò ha reso possibile considerare il minore parte del procedimento con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti: Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, *ex pluribus* in *Foro it.*, 2002, I, 3303, con nota di PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*. Più in generale, sulla Convenzione, cfr., *ex multis*, 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.; al riguardo, si legga, altresì, LONG, *L'impatto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore sull'ordinamento giuridico italiano*, in *Fam.*, 2008, 4/5, 24 ss.

(4) Sui lavori della *Commission on European Family Law* (CEFL) verso la individuazione del c.d. *common core* negli ordinamenti degli Stati Membri in materia e verso la elaborazione dei principi del diritto europeo della famiglia, cfr. PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 227 ss. e 242 ss., con specifico riferimento all'ascolto e al superiore interesse del minore nel confronto con le responsabilità genitoriali; in tema, si legga, inoltre, PATTI, *Un linguaggio condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 97 ss.

(5) Secondo quanto stabilito dalla S.C., dovendosi riconoscere alla Convenzione di Strasburgo valenza universale, le norme sull'ascolto debbono intendersi applicabili anche ai procedimenti che si collocano al di fuori dell'elenco delle categorie delle controversie, avendo queste valore di principio e senso promozionale: così, Cass. 27 luglio 2007 n. 16573, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 373 ss., con nota di PAZÈ, *Le garanzie processuali nel procedimento civile per la sottrazione internazionale dei minori* ed in *Fam. min.*, 2007, 10, 54 ss.; sulla portata interna dell'art. 6 della Convenzione, cfr. Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238, 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*; in *Fam. pers. succ.*, 2010, 254, con nota di FANETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*; in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; e in questa *Rivista*, 2010, 106 ss., con nota di RUO, *"The long, long way" del processo minorile verso il giusto processo*.

(6) Al riguardo, si legga il contributo di DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in questa *Rivista*, 2012, 461 ss., spec. 467 ss.

(7) In tema, LONG, *L'impatto del regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Fam.*, 2006,

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 (8).

A differenza della previsione sull'ascolto del minore dettata dall'art. 155-*sexies* c.c. in tema di affidamento della prole nella crisi della convivenza genitoriale (9), appare *ictu oculi* la portata generale dell'art. 315-*bis*, già a volerne considerare la collocazione tra le norme di apertura del titolo IX del libro I del codice civile sulla potestà dei genitori e sui diritti e doveri del figlio: in questi termini, il disposto, ponendosi a garanzia del superiore interesse del minore in ogni relazione familiare, si ritiene applicabile a prescindere dalla fase fisiologica o patologica del rapporto genitoriale (10).

L'art. 2, I comma, della legge n. 219 del 2012, contenente la delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, alla lett. *z*) impone di disciplinare le 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 proce-

1127 ss., spec. 1154 ss.; ID., *Il diritto internazionale privato e processuale dell'UE nel diritto di famiglia*, *ivi*, 2008, 1, 9 ss., spec. 21 ss.; MARINO, *I regolamenti comunitari: Bruxelles II-bis e Roma III*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di PATTI e CUBEDDU, Milano, 2008, 57 ss. e 80 con specifico riferimento all'ascolto; RIMINI, *La responsabilità genitoriale nel Reg. CE n. 2201/2003*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 542 ss., spec. 548.

(8) A tal proposito, si leggano le note di C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546 ss., nonché BALLARANI e SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, *ivi*, 534 ss.

(9) Su cui, *ex multis*, ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, 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, 365 ss.; CALEO, *Il diritto di ascolto del minore nella crisi familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 776 ss. In tema di ascolto si leggano, altresì, le riflessioni di PAZÈ, *L'ascolto del bambino nel procedimento civile minorile*, in *Fam. dir.*, 2006, 1334 ss.; DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in questa *Rivista*, 2011, 366 ss.; RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, *ivi*, 2006, 1257 ss.; QUERZOLA, *L'audizione del minore alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali e del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1335 ss.; GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato*, *ivi*, 1992, 1281 ss.

(10) La S.C. considera l'ascolto funzionale alla acquisizione delle opinioni e delle esigenze del minore in ordine alla vicenda processuale che lo coinvolge direttamente o in via riflessa: Cass. 26 marzo 2010 n. 7282, in *Fam. dir.*, 2011, 268 ss.

dimenti giurisdizionali, ad esso debba provvedere il Presidente del Tribunale o il giudice delegato (11).

In conseguenza di ciò, il decreto legislativo sulla filiazione ha proceduto a riformare:

— l'art. 252 c.c., in materia di affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e suo inserimento nella famiglia del genitore, introducendo nella norma il quinto comma, a mente del quale, la decisione è rimessa al giudice per il caso di disaccordo tra i genitori, ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, questi prima dell'adozione del provvedimento (che sarà assunto tenendo conto dell'interesse dei minori), disporrà l'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capaci di discernimento;

— l'art. 262 c.c., in materia di cognome del figlio, disponendo al terzo comma che, nel caso di minore età del figlio, il giudice deciderà circa l'assunzione del cognome del genitore, previo ascolto del figlio minore, alle medesime condizioni dianzi indicate con riguardo all'art. 252 c.c.;

— l'art. 273 c.c., in tema di azione giudiziale di paternità o maternità, con riguardo all'azione nell'interesse del minore o dell'interdetto, riducendo ai quattordici anni l'età richiesta al figlio per il consenso a promuovere o a proseguire l'azione;

— l'art. 316 c.c., ora rubricato "responsabilità genitoriale", prevedendo che, qualora ciascun genitore, a fronte di un contrasto su questioni di particolare importanza, rimetta al giudice il suggerimento delle determinazioni che questi riterrà più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare, lo stesso dovrà sentire i genitori e disporre l'ascolto del figlio minore, secondo la regola suindicata con riferimento all'art. 252;

— l'art. 336 c.c., introducendo, al II comma, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento;

— l'art. 348 c.c., sulla scelta del tutore, imponendo al giudice di disporre l'ascolto del minore alle medesime condizioni surriferite;

— l'art. 371 c.c., con riferimento ai provvedimenti circa l'educazione e l'amministrazione, prevedendo al n. 1 del I comma che,

(11) PAZÈ, *L'ascolto del minore*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, a cura di CAGNAZZO e PREITE, Napoli, 2014, 133 ss.; BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, in *Filiazione. Commento al Decreto attuativo*, a cura di BIANCA, Milano, 2014, 127 ss.

compiuto l'inventario, il giudice tutelare, nel deliberare sul luogo ove il minore debba essere cresciuto e sul suo avviamento agli studi o professionale, disponga l'ascolto del medesimo che abbia compiuto gli anni dieci e anche di età inferiore ove capace di discernimento e richieda, quando opportuno, l'avviso dei parenti prossimi.

Del pari, il medesimo decreto ha provveduto ad introdurre una revisione integrale della disciplina codicistica in tema di affidamento della prole (12) in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e di procedimenti relativi ai figli nati al di fuori del matrimonio, inserendo nell'impianto codicistico gli artt. dal 337-*bis* al 337-*octies*; con particolare riferimento a quest'ultima disposizione e per quanto in questa sede ci occupa, deve segnalarsi una specificazione in materia di ascolto rispetto alla formulazione dell'art. 155-*sexies* con correlata inversione procedurale rispetto alla regola generale di cui al nuovo art. 336-*bis*: l'art. 337-*octies*, infatti, nel ribadire il diritto all'ascolto del minore, dispone che, nei procedimenti in cui si omologhi o si prenda atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il minore sia ascoltato solo qualora il giudice lo ritenga necessario.

Da ultimo, il decreto sulla filiazione ha finalmente introdotto una disposizione di carattere generale — l'art. 336-*bis* c.c., rubricato "ascolto del minore" — contenente una disciplina organica sull'ascolto e sulle modalità con cui questo deve essere attuato, a mente del quale:

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 nei quali 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.

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 all'ascolto se

(12) Su cui, *ex multis*, PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155 - 155-sexies*, in *Commentario al codice civile*, diretto da SCIALOJA e BRANCA, ora a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2010, *passim*; da ultimo, cfr. ROSSI CARLEO, *Affidamento condiviso: bilanci e prospettive*, in *www.comparazioneDirittocivile.it (Riv. on-line)*, 2013, 2 ss.

autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento.

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.

2. Prima di procedere alla disamina delle singole disposizioni, ma già anticipando che le novità di maggior momento sono da individuarsi, per un verso, nell'accoglimento definitivo dell'ascolto tra le regole fondamentali e generali sul superiore interesse del minore e, per altro verso, nel riconoscimento formale del *diritto del minore a non essere ascoltato*, si ritiene opportuno procedere alla riconduzione dell'ascolto entro il quadro del *superiore interesse del minore* (13).

La suddetta formula, giusta sintesi della posizione che al minore è riconosciuta a livello interno, europeo ed internazionale, considerata nella sua veste precettiva è, ad un tempo, clausola generale di tutela del minore nei confronti dei terzi (familiari, privati, Stato), elemento centrale attorno al quale ruota l'intera disciplina giuridica delle relazioni tra genitori e figli (14), nonché espressione di precipue situazioni giuridiche afferenti al minore: la specificazione della sua superiorità è,

(13) In generale, sul concetto di interesse del minore, si vedano STANZIONE, voce *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 725 ss., spec. 726 ss.; ID., *Lo statuto del minore (commento al disegno di legge 12 gennaio 1994 n. 1792)*, in *Fam. dir.*, 1994, 351 ss.; ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 260 ss. e 346 ss.; AUTORINO STANZIONE, *I figli nella crisi della famiglia: esperienze europee a confronto*, in *Vita not.*, 1995, 26 ss.; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1996, 78 ss.; SPECCHIO, *Interesse del minore nella duplice accezione morale-materiale*, nota a Cass. 29 maggio 1999 n. 5259, in *Giur. it.*, 2000, 473 ss.; QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, 80 ss.; DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, diretto da MENGONI e continuato da SCHLESINGER, VI, t. 2, Milano, 2007, 93 ss.; ID., *Che cos'è l'interesse del minore?*, nota a Trib. min. Torino 26 febbraio 1992, in questa *Rivista*, 1992, I, 1093 ss.; BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, 38 ss. Si leggano, altresì, in argomento, le chiare note di PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 95 ss.

(14) Sul rapporto tra lo sviluppo della personalità del minore e la potestà genitoriale, cfr. NICOLUSSI, *La filiazione nella cultura giuridica europea*, in ID. (a cura di), *Diritto civile della famiglia*, Milano, 2012, 341 ss., con specifico riferimento alla parte II del saggio: Talitha Kum. *Potestà genitoriale e sviluppo della persona umana*, 372 ss.

infatti, la cifra di un ordine gerarchico che viene in rilievo qualora l'interesse del minore si confronti con interessi di soggetti terzi, pubblici e privati (15) (art. 24, II comma, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Nizza, 18 dicembre 2000).

Non è un caso, infatti, che — in accordo con quanto già previsto agli artt. 147 (secondo la nuova formulazione introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013) e 155, III comma, c.c. — il nuovo art. 315-*bis*, I comma, c.c. ribadisca i confini entro i quali l'ordinamento accordi ai genitori il dovere e il diritto di istruire, educare (16), mantenere ed assistere moralmente i figli, individuandoli nel rispetto delle capacità (ossia delle attitudini psicofisiche), della inclinazione naturale (ossia delle propensioni in rapporto alla capacità) e delle aspirazioni dei figli (intese come fattore soggettivo determinante le scelte di vita) (17); ciò consente di inquadrare e valutare l'esercizio delle funzioni genitoriali come un *munus* volto alla realizzazione dei superiori interessi della prole: di tal che il dovere genitoriale si considera *prius* rispetto al diritto e i poteri riconnessi alla potestà divengono *strumenti* per l'adempimento del summenzionato dovere (18). L'esaltazione del dovere genitoriale, relazionata alla situazione giuridica che investe la prole, comporta una rideterminazione del correlato rapporto tra diritti e doveri della prole, che porta a considerare in posizione preminente i diritti di questa, con conseguente apertura verso le

(15) Sul fondamento della superiorità dell'interesse del minore, sia consentito un rinvio a BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio Giuridico Internazionale, a cura di FALCHI e IACCARINO, Città del Vaticano, 2012, 465 ss., spec. 468 ss.; il concetto in parola, nella specificità della crisi della convivenza, è oggetto di analisi in BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., 20 ss.; da ultimo, cfr. BALLARANI e SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, cit., 536.

(16) Sul diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni, cfr. Corte EDU, 3 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1246 ss.; al riguardo, v., altresì, l'ampio contributo di OBERTO, *Modelli educativi ideologici, culturali e religiosi rispetto al minore di genitori in crisi*, pt. I, in *Fam. dir.*, 2010, 506 ss. e pt. II, *ivi*, 611 ss.

(17) In argomento, GIACOBBE e FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, t. 2, *Separazione e divorzio*, Milano, 2002, 1325.

(18) BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, cit., 470; G. GIACOBBE, *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di FREZZA, Milano, 2005, 113 ss.

riflessioni sulle responsabilità (19) che dall'esercizio delle funzioni genitoriali derivano (20).

Il concetto di superiore interesse del minore è, del resto, volto a considerare il minore, ad un tempo, come soggetto di diritto (artt. 2 e 3 Cost., art. 1 c.c.) e come oggetto di specifica protezione ordinamentale in rapporto ai decrescenti gradi di incapacità che connotano questa peculiare fase di sviluppo della persona umana (21). Ed è su queste basi che poggiano, tanto le previsioni normative volte alla protezione patrimoniale e personale del minore, quanto le tendenze di apertura verso gli spazi di capacità autodeterminativa — entro i quali l'ascolto si colloca — che la crescita comporta e verso il conseguente e progressivo riconoscimento di sfere di autonomia del minore, specie sul terreno esistenziale, in quanto referente primo, in senso partecipativo, delle scelte genitoriali (22).

3. Orbene, dal punto di vista dell'inquadramento generale, l'ascolto è, in primo luogo, accolto nel novero dei diritti fondamentali della persona umana dall'art. 24 della Carta di Nizza.

Nel confronto con quanto disposto dalla Carta di Nizza, sul piano costituzionale interno, il quadro unitario dell'ascolto trova ancoraggio in diversi referenti che vengono in rilievo a seconda dell'ottica attraverso la quale lo si osservi: considerando l'ascolto nella sua veste di diritto inviolabile della persona umana minore di età; ovvero inquadrandolo nel contenuto suo proprio; ovvero ancora indagandone la finalità in relazione al superiore interesse del minore.

Sotto il primo punto di vista, il diritto ad essere ascoltato è riconducibile a quell'insieme di situazioni giuridiche di natura esistenziale afferenti alla persona umana (art. 2 Cost.) e per le quali l'ordinamento non ammette deroghe, né scarti sulla base delle condizioni personali (art. 3 Cost. e art. 21 Carta di Nizza, che contempla l'età nel novero dei divieti di discriminazione).

(19) Con riferimento alle responsabilità genitoriali, la necessità di ricorrere al plurale è ben posta in luce da PATTI, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, 231 ss., spec. 242 ss.

(20) BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, cit., 470.

(21) BALLARANI, *op. ult. cit., passim*.

(22) BALLARANI, *op. ult. cit.*, 472; TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, 40 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 346 ss.

Sotto il secondo punto di vista, individuare il contenuto del diritto all'ascolto nella libertà di ciascuno di esprimere la propria opinione consente di ricondurlo alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost. e art. 11 Carta di Nizza).

Sotto il terzo punto di vista, considerare l'ascolto funzionale a garantire il sano e armonico sviluppo psicofisico del minore, permette di ricondurlo all'art. 32 Cost. e all'art. 3 della Carta di Nizza.

4. Quanto sinora affermato consente di rivolgere l'analisi alla disciplina dell'ascolto.

Al riguardo, si rende opportuno, innanzitutto, considerare l'ascolto come diritto soggettivo assoluto del minore, al fine di individuarne il contenuto e le prerogative e, al contempo, al fine di segnare i doveri e i limiti in capo ai soggetti terzi, volti a consentirne l'effettività e l'attuazione.

In questa prospettiva, occorre prendere le mosse dalla tradizionale definizione di diritto soggettivo che lo descrive come fondamentale posizione di vantaggio accordata dall'ordinamento ad un soggetto in ordine ad un *bene* e consistente nella attribuzione dei relativi poteri, pretese e facoltà — connessi all'esercizio concreto — atti a consentirgli la piena realizzazione dell'*interesse* che quel bene rappresenta per lui (23).

Il *bene* in parola è da individuarsi nell'affermazione della personalità e dell'identità del minore attraverso l'espressione delle proprie opinioni in ordine a scelte (peraltro sovente assunte da terzi) che incideranno sulla sua sfera esistenziale e di relazione (24).

Del pari, l'*interesse*, direttamente connesso al sano e armonico sviluppo psichico, fisico e relazionale del minore, si individua nel fatto che quelle opinioni che riflettono la sua visione siano, innanzitutto,

(23) Ci si vuol riferire alla esauriente sintesi definitoria proposta dal NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 87 ss. In tema, *ex pluribus*, sia sufficiente un rinvio alle chiare pagine di BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, 121 ss. e di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 128 ss.

(24) In proposito si rinvia agli approfonditi studi di STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 29 ss.; ID., voce *Minori (condizione giuridica dei)*, cit., 729 ss. e, più in generale, ID., voce *Capacità (Diritto privato)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 1 ss.; sia consentito, altresì, un richiamo a BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., 22 ss. e 66 ss.

conosciute, nonché tenute in considerazione ed eventualmente accolte in ogni procedimento che, pur se non lo vede parte in senso sostanziale o processuale, riverbererà i suoi effetti, diretti o riflessi, sulla sua sfera esistenziale e sul suo sano e armonico sviluppo (25).

Orbene, la connotazione del diritto in parola in termini di *assolutezza* riflette, oltre l'opponibilità *erga omnes*, il rapporto immediato e diretto tra il soggetto e il bene: ciò che, per un verso, consente una piena e 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.

5. Svolta l'indagine sotto questa ottica, emerge, con ogni evidenza, come insita nel concetto stesso di diritto soggettivo assoluto, vieppiù della personalità, sia la facoltà discrezionale dell'esercizio dello stesso. Ciò consente di affermare che, 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, che si traduce nel *diritto del minore a non essere ascoltato* (26).

Se si dovesse ammettere, infatti, il potere in capo al giudice di imporre l'ascolto, il diritto all'ascolto in capo al minore degraderebbe ad obbligo di esprimersi, di essere ascoltato.

Così, in sintesi, come in altra sede anticipato, se l'ascolto del minore si inquadra nella — ed è funzionale alla — tutela del superiore interesse del minore, allora a garanzia di questo interesse deve com-

(25) In questo senso, Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238, cit.; con la citata pronuncia, la S.C. ha consolidato quell'orientamento volto a considerare il minore parte in senso sostanziale nei procedimenti riguardanti l'affidamento dei figli, anticipato da quella dottrina più sensibile che ha reso possibile il superamento di quell'atteggiamento ordinamentale che vedeva con disfavore l'audizione dei minori: STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 374, testo e nt. 532. In tema di ascolto nei procedimenti di riconoscimento del figlio naturale, cfr. Corte cost. 11 marzo 2011 n. 83, in *Fam. dir.*, 2011, 545 ss., con nota di TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; cfr., altresì, Cass. 13 aprile 2012 n. 5884, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 804 ss., con nota di GIABARDO, *L'obbligo dell'ascolto del minore infrasedicenne nel procedimento di opposizione al secondo riconoscimento: la Cassazione muta le ragioni del suo orientamento*.

(26) BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in questa *Rivista*, 2010, II, 1807 ss.

prenderli, ad un tempo, *in positivo, il diritto ad essere ascoltato, e in negativo, l'opposto diritto a non essere ascoltato.*

Che la surriferita impostazione sia conforme al concetto stesso di superiore interesse del minore, trova, del resto, conferma solo a considerare le ipotesi in cui dall'ascolto possa derivare un *vulnus* al minore medesimo (ad es., in ragione del suo stato psichico, ecc.), così come, del resto, confermato dal formante giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione Europea (27).

6. Inquadrata la situazione giuridica dell'ascolto entro i paradigmi descrittivi del diritto soggettivo assoluto della personalità del minore e precisato il contenuto in positivo ed in negativo, si può ora considerare, nella matrice delle situazioni giuridiche soggettive, il contrapposto lato passivo, valutando i doveri ad esso corrispondenti ed individuandone i relativi titolari.

Nella contrapposta posizione passiva confluiscono una serie di doveri specifici: il dovere di rendere realizzabile il diritto del minore all'ascolto dando ad esso attuazione; il dovere di non impedire al minore di essere ascoltato; il dovere di rispettare l'eventuale volontà del minore di non essere ascoltato; ed ancora, il dovere di segnalare nelle opportune sedi le eventuali ragioni impeditive o le situazioni oggettive che sconsigliano l'ascolto, in quanto da esso potrebbe derivare un pregiudizio in capo al minore e, dunque, potrebbe essere contrario al suo interesse (conoscenza, ad esempio per ragioni cliniche o professionali, di fattori di rischio che dall'ascolto possono discendere sul sano e armonico sviluppo psicofisico del minore).

La contrapposta situazione passiva consisterà, pertanto, nel: rendere realizzabile il diritto all'ascolto; non impedire al minore di essere ascoltato; garantire al minore il diritto a non essere ascoltato; non obbligare il minore ad essere ascoltato.

In essa, come titolari di queste situazioni giuridiche, troveranno collocazione, in primo luogo, i genitori, i parenti e i terzi (Pubblico ministero, professionisti, ausiliari del giudice, periti, operatori del Servizio sociale, curatore speciale, ecc.) che seguono il minore e che ne curano gli interessi, in capo ai quali graverà: il dovere di informare il minore della possibilità di essere ascoltato e degli effetti che questo produrrà; il dovere di non impedire al minore di essere ascoltato; il

(27) Corte giust. EU, I sez., sent. 22 dicembre 2010, proc. C-491/10 PPU - Zarraga c. Pelz.

dovere di — e la legittimazione a — segnalare in ogni sede le eventuali ragioni di pregiudizio che dall'ascolto potrebbero prodursi in capo al minore. In secondo luogo, il giudice, in capo al quale graverà: l'obbligo di disporre l'ascolto; l'obbligo di escludere l'ascolto, rendendo specifica motivazione; l'obbligo di verificare la capacità di discernimento del minore di anni dodici (salvo quanto previsto all'art. 371 c.c.).

7. Indagata sotto l'ottica procedurale, la norma scioglie alcuni nodi che in dottrina erano stati posti in luce con riferimento all'art. 155-sexies.

In modo dettagliato, infatti, l'art. 336-bis, dopo aver precisato al I comma che il minore deve essere ascoltato dal Presidente del Tribunale o dal giudice delegato (28), risolve l'oscillazione tra ascolto diretto (ad opera del giudice) o indiretto (29) (da parte di esperti), specificando, al II comma, che sia il giudice a condurre l'ascolto, anche avvalendosi di esperti che, evidentemente, potrà chiamare ad affiancarlo (30).

Altro argomento risolto riguarda la partecipazione delle parti, dei difensori, del curatore e del Pubblico ministero, i loro ruoli e i poteri del giudice (31). Al riguardo, al giudice è concesso ampio potere discrezionale nel valutare e sindacare l'opportunità della partecipazione dei suddetti soggetti all'ascolto.

La disposizione provvede poi, da ultimo, a risolvere altre due questioni di rilievo: la prima attiene all'informazione da fornire al minore riguardo l'ascolto e gli effetti di questo (in altra sede si rifletteva sulla opportunità di demandare il compito ai Servizi sociali (32)). La seconda attiene alla verbalizzazione e alla registrazione *audio/video* dell'audizione (33), in quanto il contegno e i silenzi possono riflettere,

(28) In senso critico, LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., 214; nonché TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2013, 251 ss., spec. 261 ss.

(29) In argomento, cfr. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al Governo*, cit., 285.

(30) C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, cit., 548; BALLARANI, *L'ascolto del minore nella disciplina sull'affidamento condiviso*, in *Bambini in Tribunale. L'ascolto dei figli contesi*, a cura di MALAGOLI TOGLIATTI e LUBRANO LAVERDA, Milano, 2011, 43 ss., spec. 48 ss.; ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, cit., 374 ss.

(31) C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, cit., 548; ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, cit., 374 ss.; BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., 1816 ss.

(32) BALLARANI, *op. ult. cit.*, 1821.

(33) Sul punto, cfr. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., 214.

svelare e manifestare sentimenti e stati d'animo non altrimenti percepibili attraverso una mera trascrizione tradizionale (34).

Non risolve, per converso, la legge, la questione, a più riprese sollevata in dottrina, attinente al luogo dell'audizione, che taluni sconsigliano di individuare univocamente ed esclusivamente nel Tribunale (35).

Ulteriore argomento concerne l'inquadramento dal punto di vista del diritto processuale civile dell'ascolto e gli effetti che nel processo ad esso sono da attribuirsi (36); valgono, al riguardo, le riflessioni svolte a margine dell'art. 155-*sexies* (37): l'audizione — che non è un mezzo di prova (38), ma è mezzo indirettamente strumentale all'acquisizione di elementi di decisione (39) — è condizione di procedibilità del giudizio (40) e può essere omessa solo con espressa motivazione per le ragioni di cui all'art. 336-*bis* (salva l'ipotesi prevista all'art. 337-*octies*), qualora il giudice non ne ravvisi l'opportunità o la necessità, ritenendolo contrario all'interesse del minore, ovvero manifestamente superfluo.

L'eventuale omissione immotivata dell'audizione è stata, del resto, ritenuta causa di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, in quanto vizio insanabile (41).

(34) 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>).

(35) MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di FADIGA, Bologna-Roma, 2008, 332; MALAGOLI TOGLIATTI, LUBRANO LAVERDA, DI BENEDETTO, *Ascoltare il minore: una proposta operativa*, in *Bambini in tribunale*, cit., 211 ss.

(36) Cfr., al riguardo, QUADRI, *I figli nel conflitto familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 539 ss., spec., 545 ss.

(37) ROMANO, Sub art. 155-*sexies*, cit., 374 ss.; BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., 1816 ss.

(38) In questi termini, Cass. 26 marzo 2010 n. 7282, cit.

(39) La natura meramente istruttoria dell'atto di ascolto è affermata, *ex multis*, da Cass. 5 giugno 2009 n. 12984, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1442 ss.; cfr., inoltre, Cass. 26 gennaio 2011 n. 1838, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1483 ss.

(40) Con riferimento all'audizione del minore nei giudizi di adottabilità, cfr. Cass. 27 gennaio 2012 n. 1251, in *Fam. dir.*, 2012, 888 ss., con nota di ASTIGGIANO, *Ascolto del minore (infra)dodicesime nel procedimento di adozione in appello*.

(41) Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238, cit.; aveva ritenuto non integrante una nullità rilevabile d'ufficio il vizio procedurale della mancata audizione del minore Cass. 5 maggio 2001 n. 6470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 294 ss.; cfr., inoltre, in argomento, GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, 263 ss., spec. 276.

Inoltre, essendo la norma applicabile in generale, *expressis verbis*, “nell’ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che (lo) riguardano” (il minore), l’ascolto si ritiene dovrà essere disposto in *ogni* procedimento (42), contenzioso o non, i cui effetti diretti o riflessi si producano sul minore, a prescindere se di questi procedimenti sia o meno parte (salvo quanto disposto all’art. 337-*octies*).

Da ultimo, peso diverso si ritiene debba essere attribuito agli esiti dell’audizione a seconda dell’età e del grado di maturità del minore, in conformità con l’esigenza di rispettare la sua volontà tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni di questo (43).

Per ragioni di “economia processuale”, si potrebbe ritenere opportuno, inoltre, che il giudice fornisca motivazione anche sull’eventuale diniego alla partecipazione all’ascolto dei parenti, dei difensori e del curatore, al fine di evitare impugnazioni (anche pretestuose con effetto dilatorio del giudizio) per difetto di motivazione.

8. Sulla scorta di quanto sinora riferito, avuto riguardo alla revisione del quadro normativo operata in tema di ascolto del minore dal decreto delegato, va in primo luogo segnalata la generale coerenza degli interventi con il quadro delinato nel nuovo art. 336-*bis* c.c., in combinato disposto con il nuovo art. 315-*bis* c.c.

Il decreto si limita, infatti, ad un adeguamento dei parametri richiesti per l’ascolto, con le sole eccezioni rappresentate dall’art. 273 c.c., in tema di azione giudiziale di paternità o maternità; dall’art. 337-*octies* c.c. in ambito di affidamento della prole nella crisi delle convivenze genitoriali; e dall’art. 371 c.c., in relazione ai provvedimenti circa l’educazione e l’amministrazione.

La prima norma, ove, con riferimento all’azione nell’interesse del minore o dell’interdetto, si riduce ai quattordici anni l’età richiesta al figlio per il consenso a promuovere o a proseguire l’azione, registra una

(42) In tema, cfr. ancora GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit., 275 ss.

(43) Valgano, al riguardo, le riflessioni compiute in BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., 1814 ss., sulla esigenza di commisurare al caso specifico il rilievo che deve darsi alle opinioni e alla volontà del minore, fermo rimanendo il fatto che il giudice non possa attribuire valore decisivo alle opinioni espresse dal minore: sul punto, cfr. Cass. 11 giugno 1991 n. 6621, in *Foro it.*, 1992, I, 1247.

tendenza, da più parti segnalata, a considerare sufficiente, al riguardo, la capacità di intendere e di volere, che l'ordinamento ritiene presuntivamente acquisita al compimento del quattordicesimo anno di età; momento, questo, a partire dal quale può ritenersi raggiunto, da parte del minore, un grado di consapevolezza tale da consentirgli di avere una corretta percezione degli effetti di una scelta che inciderà in modo pieno sulla sua persona (44).

Avuto riguardo all'art. 337-*octies* c.c., in coerenza con quanto previsto all'art. 336-*bis* c.c. e per quanto sinora argomentato in ordine al diritto del minore di non essere ascoltato, il decreto, nell'introdurre una revisione integrale della disciplina codicistica in tema di affidamento della prole (artt. dal 337-*bis* al 337-*octies*), opera una specificazione in materia di ascolto all'art. 337-*octies* c.c. rispetto a quanto previsto dall'art. 155-*sexies* c.c.: la norma, infatti, nel ribadire il diritto all'ascolto del minore, dispone che, nei procedimenti in cui si omologhi o si prenda atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il minore sia ascoltato solo qualora il giudice lo ritenga necessario.

La norma deve coordinarsi, in punto di interpretazione e di applicazione, con la regola generale segnata all'art. 336-*bis* c.c. In tal senso, infatti, quest'ultima accorda la facoltà al giudice di escludere motivatamente l'ascolto qualora lo ritenga contrario all'interesse del minore o manifestamente superfluo; per converso, l'art. 337-*octies* c.c. limita l'ascolto, nei casi di omologazione o di presa d'atto di un accordo dei genitori, alla sola ipotesi in cui il giudice lo ritenga necessario, creando con ciò canone inverso rispetto alla prima. La norma in parola è, pertanto, da ritenersi di stretta interpretazione, generando una eccezione evidente rispetto alla regola generale, giustificata dal circoscritto ambito in cui il giudice debba valutare la conformità di un accordo intercorso tra i genitori con il superiore interesse del minore (45).

(44) TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, 40 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 346 ss.; BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, cit., 56 ss.

(45) BALLARANI, *Sub art. 155*, in *Provvedimenti riguardo ai figli*, cit., 110 ss. Sulla individuazione, nell'interesse superiore del minore, del limite all'autonomia privata in materia familiare, v. PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, cit., 242 ss.; sia consentito, inoltre, un rinvio a BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, 495 ss.

Dal combinato disposto delle norme in analisi emerge che la regola generale di diritto sostanziale e procedurale segnata dall'art. 336-*bis* c.c. trova applicazione in ogni procedimento, compresi quelli previsti agli artt. dal 337-*bis* al 337-*octies* c.c., con esclusione dei soli casi contemplati da quest'ultima ed entro gli stretti limiti in essa segnati.

Sebbene non si possa omettere di segnalare il rischio che, nella prassi, il disposto degli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c. si presti ad aprire la strada verso una strumentale omissione dell'ascolto, la *ratio* al fondo delle previsioni appare essenzialmente in linea con la volontà di salvaguardia dell'interesse del minore ad essere tenuto, per quanto possibile, al di fuori dei giudizi sulla crisi delle convivenze, specie qualora l'ascoltare il minore possa, per un verso, reputarsi pregiudizievole al suo interesse (46) e, per altro verso, ritenersi non essenziale alla composizione degli elementi su cui fondare la decisione.

Da ultimo, in relazione all'art. 371 c.c., con riferimento ai provvedimenti circa l'educazione e l'amministrazione, la norma prevede al n. 1 del I comma che, compiuto l'inventario, il giudice tutelare, nel deliberare sul luogo ove il minore debba essere cresciuto e sul suo avviamento agli studi o professionale, disponga l'ascolto del medesimo che abbia compiuto gli anni dieci e anche di età inferiore ove capace di discernimento e richieda, quando opportuno, l'avviso dei parenti prossimi.

Il legislatore delegato ha ritenuto, al riguardo, di mantenere l'età per l'ascolto inalterata rispetto alla previgente formulazione, aggiungendo, però, alla disposizione la specificazione che il medesimo può essere richiesto anche al minore di anni dieci, purché capace di discernimento (47).

(46) Come in altra sede si osservava, rilevando il rischio che dall'obbligo in capo al giudice di disporre l'ascolto potesse derivare l'obbligo in capo al minore ad essere ascoltato, se l'intera disciplina sull'affidamento della prole nella crisi delle convivenze genitoriali è volta a garantire massimamente e prioritariamente il superiore interesse del minore, sarebbe paradossale che una norma come l'art. 155-*sexies* c.c. si traducesse, in punto di interpretazione e di applicazione, in strumento di possibile lesione al sano e armonico sviluppo psicofisico di colui che intende proteggere: BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., 1818 ss.

(47) La capacità di discernimento, correlata in dottrina alla gradualità dello sviluppo della persona, si ritiene non commisurabile in assoluto, bensì su base individuale, in relazione alle concrete situazioni e agli specifici interessi: STANZIONE, voce *Minori (condizione giuridica dei)*, cit., 728 ss.; ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., 315; TAFARO, *L'età per l'attività*, cit., 48, testo e nt. 97; ciò ha indotto, da tempo, la dottrina a ritenere il criterio dotato di ampio grado

La previsione genera una oggettiva eccezione rispetto alla regola generale sull'ascolto segnata agli artt. 315-*bis* e 336-*bis* c.c., che merita di essere segnalata, determinando un abbassamento della soglia della presunzione legale di acquisizione di capacità di discernimento al compimento del decimo anno di età (48).

Sebbene la normativa europea rimetta al legislatore di ciascuno Stato Membro la facoltà di stabilire da quando possa dirsi acquisita la capacità di discernimento (49), il legislatore italiano, sin dal 2006 con la legge sull'affidamento condiviso della prole, ha individuato tale età nei dodici anni.

Come in altra sede anticipato (50), la normativa interna induce a ritenere presuntivamente acquisita la capacità di discernimento al compimento del dodicesimo anno di vita; la presunzione in parola poggia sul fatto che, prima di questo momento, essa va, di volta in volta, appurata al fine di consentire al giudice di disporre l'ascolto (artt. 155-*sexies*, 315-*bis* e 336-*bis* c.c.).

In proposito, pare potersi osservare come la scelta legislativa in ordine all'art. 371 c.c. possa fondarsi sulla specificità della materia e, più in particolare, sul peculiare ambito ove la disposizione trova accoglimento.

Se il contesto normativo è quello dei provvedimenti del giudice della tutela in ordine all'educazione e all'amministrazione, l'ambito circoscritto dalla previsione in oggetto è ben più specifico ed attiene ai soli provvedimenti aventi ad oggetto la scelta del luogo ove il minore dovrà essere allevato e le determinazioni in ordine al suo avviamento agli studi o all'esercizio di un'arte, mestiere o professione.

L'eccezione alla regola trova, allora, giustificazione nell'esigenza di ascoltare comunque il minore al riguardo, dovendosi, per quanto possibile, tenere in considerazione le capacità, le inclinazioni naturali e

di elasticità: ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia*, t. 1, Torino, 1999, 980; ROMANO, *Sub art. 155-sexies*, cit., 370; in tema, cfr., altresì, SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento*, in questa *Rivista*, 2006, 1327 ss.

(48) Al riguardo, l'autorevole dottrina che ha ispirato e determinato nel concreto la riforma della filiazione, ritiene che il giudice non possa non presumere che esso abbia capacità di discernimento in quanto l'età di dieci anni corrisponde all'età per l'iscrizione alla scuola media: C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, cit., 547.

(49) In tema, VELLETTI, *L'ascolto del minore nel Regolamento Bruxelles II bis*, in *Le mille facce dell'ascolto del minore*, a cura di CAVALLO, Roma, 2012, 87.

(50) BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., 1813 ss.

le aspirazioni di questo (artt. 147, 155, III comma, e 315-*bis* c.c.): e non è chi non veda come i provvedimenti in parola abbiano una diretta incidenza sulla rete di relazioni sociali e sulle catene di affetti legate al contesto ove il minore sta crescendo, nonché sullo sviluppo della personalità del minore e sulla formazione della propria identità personale (51).

Ritenere la norma eccezionale, peraltro, risolve *in radice* gli eventuali problemi di coordinamento con la disciplina generale: il ritenerla di stretta interpretazione, infatti, consente di circoscriverne l'ambito applicativo entro i confini suoi propri, evitando, così, che in sede interpretativa si possa, per un verso, innalzare ai dodici anni la soglia per l'ascolto su tematiche di tale incidenza sul futuro sviluppo della personalità e della identità del minore e, del pari, per altro verso, applicare il precetto in via analogica agli altri casi per i quali si richieda la capacità di discernimento.

Del resto, la capacità di discernimento, intesa come capacità di formarsi e di esprimere una propria opinione (52), è richiesta ai fini dell'ascolto, specie in relazione alle scelte di natura esistenziale, riguardo alle quali non è dato ipotizzare una surrogazione decisionale piena che possa prescindere completamente dalle inclinazioni naturali e dalle aspirazioni del minore (53): sebbene queste possano anche essere disattese in ragione del perseguimento del superiore interesse del minore, allo stesso deve darsi modo di esprimerle.

GIANNI BALLARANI
Prof. inc. di Ist. dir. priv.
Pontificia Univ. Lateranense

(51) *Ex multis*, FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2003, 103 ss.; è, del resto, risalente l'orientamento volto a considerare fondamentale per l'armonico sviluppo psicofisico della prole l'*habitat* domestico: *ex pluribus*, Cass. 2 marzo 1976 n. 692, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Separazione dei coniugi*, n. 57.

(52) C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, cit., 547.

(53) BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, cit., 472 ss.