

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XLVI

a cura di
MARCO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI

4-5/2023

> edicolaprofessionale.com/NLC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Redattore capo:

A. Finessi

LA NUOVA GIUSTIZIA FAMILIARE E MINORILE

a cura di Mirzia Bianca e Filippo Danovi

Legge 26 novembre 2021, n. 206
D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149



Wolters Kluwer

GIANNI BALLARANI (*)

Professore nella Pontificia Università Lateranense

IL DIRITTO A NON ESSERE ASCOLTATO

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento normativo del diritto del minore a non essere ascoltato. – 2. Il fondamento dell’ascolto del minore nel quadro dei principi costituzionali ed europei. – 3. L’ascolto come diritto della personalità del minore: il diritto del minore a non essere ascoltato. – 4. Le contrapposte situazioni giuridiche passive.

1. *Il riconoscimento normativo del diritto del minore a non essere ascoltato.*

Nel contesto della disciplina *processuale* dell’istituto dell’ascolto del minore di cui ai nuovi artt. 473-*bis*.4, 473-*bis*.5 e 473-*bis*.6 c.p.c. (al cui commento si rimanda), il secondo comma dell’art. 473-*bis*.4 c.p.c. dispone che il giudice non procede all’ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, se esso è in contrasto con l’interesse del minore o manifestazione superfluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore *o se il minore manifesta la volontà di non essere ascoltato.*

Sebbene il riconoscimento formale del *diritto del minore a non essere ascoltato* rappresenti una importante novità introdotta dalla Riforma “Cartabia” in materia di ascolto, a ben vedere, in via interpretativa deponessa in tal senso già il disposto di cui all’art. 336-*bis* c.c. introdotto dalla riforma della filiazione⁽¹⁾, se non anche, prima ancora, una interpretazione teleologica dell’art. 155-*sexies* c.c., introdotto con la l. n. 54 del 2006.

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole di un esperto esterno al *Comitato scientifico*.

(1) Al riguardo, si leggano C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.; AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione*, in questa *Rivista*, 2013, *passim*; gli AA.VV. che hanno partecipato alla redazione del fascicolo monografico di *Fam. dir.*, 2013, p. 225 ss. Con riguardo al decreto delegato, cfr. M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, *passim*; AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, *passim*; SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss., spec. p. 239 ss.

In proposto, infatti, come si ebbe modo di argomentare in sede di primo commento alla normativa sull'affidamento condiviso⁽²⁾, il riconosciuto diritto all'ascolto del minore non poteva leggersi se non nella prospettiva del superiore interesse del minore⁽³⁾: con la previsione dell'ascolto si intendeva, infatti, non soltanto fornire al giudice uno strumento per meglio inquadrare realtà celate nelle pieghe delle memorie non chiaramente espresse o immediatamente emergenti⁽⁴⁾, quanto piuttosto garantire al minore la possibilità di esprimere la propria opinione nel contesto di procedimenti che avrebbero spiegato comunque effetti diretti o riflessi sulla sua vita⁽⁵⁾ e, dunque, sul suo sano e armonico sviluppo psico-fisi-

(2) BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in PATTI e ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, p. 29 ss., spec. p. 50 s., a cui seguirono le riflessioni svolte in ID., *Commento all'art. 155 c.c. in Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155 sexies*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2010, p. 19 ss. e da ultimo riprese in ID., *Commento all'art. 337-ter c.c. in Esercizio della responsabilità genitoriale. Art. 337 bis - 337 octies*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, ancora nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2021, p. 13 ss.

(3) Il principio del superiore interesse del minore è volto a considerare il minore come persona umana (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. In questa prospettiva, tanto nel contesto interno, quanto in quello europeo e internazionale, la formula si accoglie come sintesi delle situazioni giuridiche esistenziali ad esso afferenti. Considerata nella sua veste precettiva, la specificazione della sua superiorità è, 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. Si veda, al riguardo, da ultimo, BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in PERLINGIERI e GIOVA (A CURA DI), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità. Atti del XIII Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (SISDIC) - Napoli 3-5 maggio 2018*, Napoli, 2019, p. 317 ss. In generale, sul concetto di interesse del minore, si vedano STANZIONE, voce *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 725 ss., spec. 726 ss.; ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, pp. 260 ss. e 346 ss.; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 78 ss.; in argomento, si leggano, altresì, le chiare note di PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 95 ss.

(4) BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, cit., p. 50.

(5) La necessità di impedire (per quanto possibile) che la crisi del rapporto della coppia genitoriale, già di per sé fatto traumatico per la psiche di un minore, possa sortire, per effetto di legge, conseguenze negative – dirette o riflesse – su di esso è da considerarsi principio di diritto vivente. Cfr., in proposito, Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 185, *ex multis* in *Foro it.*, 1986, I, c. 2679 ss., secondo cui “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”, nonché, la consolidata linea del S.C., secondo cui nei provvedimenti di affidamento della prole il giudice deve tener presenti esclusivamente gli interessi

co⁽⁶⁾. Conseguentemente, il diritto all’ascolto del minore, da intendersi funzionale al suo superiore interesse ed espressione della sua personalità, non poteva “degradare” ad obbligo di dire la sua.

Non a caso si propose un contributo espressamente dedicato a “Il diritto del minore a non essere ascoltato”⁽⁷⁾ ove, in modo più argomentato, se ne indicò il fondamento, in armonia con le principali Convenzioni internazionali⁽⁸⁾ richiamate oggi dalla relazione che ha accompagnato il decreto attuativo n. 149 del 2022 che si commenta⁽⁹⁾.

morali e materiali di essa, al fine di mettere in condizione i figli di ricevere il minor danno possibile dalla disgregazione familiare: *ex pluribus*, Cass. civ. 9 giugno 1972, n. 1796. Sul punto, v. BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, cit., spec. p. 29 s.

⁽⁶⁾ Secondo quanto sostenuto dal S.C., in tema di ascolto del minore, ancorché in ambito di adozione, l’esigenza di ascoltare il minore costituisce una costante intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del minore in relazione a provvedimenti che nel suo interesse trovano la loro ragione d’essere. I provvedimenti in parola, pertanto, non vanno presi a priori sulla base di un generico criterio di adeguatezza, ma vanno rapportati alle reali esigenze del caso concreto, che non possono non emergere da un diretto colloquio con il soggetto interessato: così, Cass. civ. 23 luglio 1997, n. 6899, *ex multis* in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2295 ss.

⁽⁷⁾ BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, (fasc. 4 – ott.-dic.), II, p. 1807 ss. La tesi sul diritto del minore a non essere ascoltato trovò riscontro poco dopo nelle indicazioni adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa il 17 novembre 2010 (Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa per una giustizia a misura di minore: <https://rm.coe.int/16804bd220>), ove al n. 46 si specificò che “L’essere ascoltato è un diritto del minore, non un dovere da imporgli”. La disposizione in parola si colloca nella Parte IV (*Una giustizia a misura di minore prima, durante e dopo il procedimento giudiziario*), sez. D. (*Una giustizia a misura di minore durante il procedimento giudiziario*), al Punto 3. (*Diritto di essere ascoltato e di esprimere la propria opinione*); sul punto, cfr. BUFFONE, *Le nuove norme processuali in materia di persone, minorenni e famiglia (d.lgs. n. 149/2022): prime letture sintetiche*, in *Giustizia insieme*: <https://www.giustiziainsieme.it/riforma-cartabia-civile/2646-le-nuove-norme-processuali-in-materia-di-persone-minorenni-e-famiglia-dlgs-n-149-2022-prime-letture-sintetiche>.

⁽⁸⁾ Ci si vuol riferire all’art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e, nel contesto europeo, agli artt. 3, 4 e 6 della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei minori firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, nonché all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea (Carta di Nizza, del 18 dicembre 2000) e a quanto previsto dal Reg. CE 2201/2003 (Bruxelles II *bis*) prima, ed ora dall’art. 21, Reg. UE 1111/2019 del 25 giugno 2019 sulla competenza, il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori.

⁽⁹⁾ Di contrario avviso DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal Decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia” (d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in questa *Rivista*, 2022, p. 1407 ss., spec. 1454, il quale ravvisa nella odierna previsione del diritto del minore a non essere ascoltato un contrasto con la Carta dei diritti della U.E., il Reg. UE 1111/2019 e con le convenzioni internazionali richiamate alla nt. che precede.

Che questa fosse l'ottica corretta sotto la quale inquadrare il diritto all'ascolto trovò poi conferma con la riforma c.d. "Bianca" del 2012 e, in particolare, nel nuovo art. 315-*bis* c.c.⁽¹⁰⁾ (che ancora ad oggi ne rappresenta il fondamento sostanziale, nonostante la Riforma "Cartabia" abbia trasposto sul piano processuale la disciplina⁽¹¹⁾); del resto, l'art. 336-*bis* c.c. (oggi abrogato) – rubricato "ascolto del minore" e contenente la disciplina organica dell'ascolto – legava *expressis verbis* l'ascolto all'interesse del minore, disponendo, in chiusura del primo comma, che "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'entrata in vigore dell'art. 336-*bis* c.c. consentì di argomentare nuovamente, così, la tesi sul diritto del minore a non essere ascoltato⁽¹²⁾.

2. *Il fondamento dell'ascolto del minore nel quadro dei principi costituzionali ed europei.*

Volendo in questa sede sinteticamente illustrare i principali passaggi argomentativi per dimostrare il fondamento della tesi allora proposta e dell'odierno riconoscimento normativo, viene in primo rilievo il piano dei principi costituzionali ed europei, nel cui quadro il diritto all'ascolto trova ancoraggio in diversi referenti a seconda dell'ottica attraverso la quale lo si osservi:

– accogliendolo come diritto inviolabile della persona umana minore di età, siccome 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; art. 4 Carta di Nizza);

– inquadrandolo nel contenuto suo proprio, ossia entro l'alveo della libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost. e art. 11 Carta di Nizza), posto che l'ascolto garantisce al minore la facoltà di esprimere la propria opinione;

⁽¹⁰⁾ 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*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 3, p. 534 ss.

⁽¹¹⁾ In proposito, cfr. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal Decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia"*, cit., p. 1450 ss.

⁽¹²⁾ 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*, in *Dir. fam. pers.*, 2014 (fasc. 2), II, p. 841 ss.

– indagandone la finalità in relazione al superiore interesse del minore, con ciò riconducendo l'ascolto all'art. 32 Cost. e all'art. 3 della Carta di Nizza, siccome funzionale a garantire il sano e armonico sviluppo psico-fisico del minore.

3. *L'ascolto come diritto della personalità del minore: il diritto del minore a non essere ascoltato.*

Accolto l'ascolto come diritto della personalità del minore, si rende agevole coglierne il contenuto e le caratteristiche e, correlatamente, individuare i contrapposti doveri in capo ai soggetti terzi, volti a consentirne l'effettività e l'attuazione.

Inteso l'ascolto come diritto della personalità, questo si inquadra, *in primis*, nella tradizionale definizione di diritto soggettivo assoluto del minore.

Come diritto soggettivo assoluto della personalità, lo si accoglie in termini di fondamentale posizione di vantaggio (non accordata, bensì) riconosciuta (art. 2 Cost.) dall'ordinamento a ciascuna persona (art. 3 Cost.) in ordine ad un *bene* (di natura *esistenziale*) 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⁽¹³⁾. In questa prospettiva, il *bene* e l'*interesse* sono direttamente connessi al sano e armonico sviluppo psichico, fisico e relazionale del minore: il *bene* si individua nell'affermazione della personalità, dell'identità e della salute del minore attraverso l'espressione delle proprie opinioni in ordine a scelte che incideranno sulla sua sfera esistenziale e di relazione⁽¹⁴⁾; l'*interesse* si coglie nell'esigenza sua propria di rendere quelle opinioni che riflettono la sua visione a che queste siano conosciute e (oggi anche normativamente⁽¹⁵⁾) tenute in considerazione ed eventualmente accolte⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Si richiama, in questa sede, l'esauriente sintesi definitoria proposta dal NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 87 s. In tema, *ex pluribus*, sia sufficiente un rinvio alle chiare pagine di BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, p. 121 ss., di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 128 ss. e di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, rist. 2002, p. 69 s.

⁽¹⁴⁾ In proposito si rinvia agli approfonditi studi di STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 29 ss.; ID., voce *Minori (condizione giuridica dei)*, cit., p. 729 ss. e, più in generale, ID., voce *Capacità (Diritto privato)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.

⁽¹⁵⁾ Tratto, questo, di rilevante novità, ancorché già desumibile dal quadro regolatorio convenzionale, come osservato da DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal Decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia"*, cit., p. 1453.

⁽¹⁶⁾ In questo senso, Cass. civ., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit.; con la

La connotazione del diritto in parola in termini di *assolutezza* riflette, peraltro, non la sola opponibilità *erga omnes*, quant'anche quel rapporto immediato e diretto tra la persona e il bene che consente la piena, libera, diretta ed esclusiva attuazione del diritto e la correlata realizzazione dell'interesse.

La connotazione del diritto in parola in termini di situazione giuridica essenziale a contenuto esistenziale della personalità, impone di escludere la scindibilità della titolarità dall'esercizio concreto delle facoltà ad esso ricollegate, se non a costo di negarne *in radice* ogni fondamento⁽¹⁷⁾; e ciò giustifica pienamente la riconosciuta capacità speciale del minore a manifestare la volontà di essere o non essere ascoltato⁽¹⁸⁾.

Indagato l'ascolto sotto quest'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. Sicché l'esprimersi deve intendersi come *una* tra le facoltà legata al libero esercizio del medesimo diritto; facoltà tra le quali non può non ricomprendersi quella contrapposta di non esercitarlo. Così, in sintesi, il diritto del minore ad essere ascoltato deve comprendere *in positivo, la facoltà esprimersi, e in negativo, l'opposta facoltà di astenersi dall'esprimersi*. In altri termini, il diritto del minore ad essere ascoltato non può non comprendere il *diritto del minore a non essere ascoltato*⁽¹⁹⁾. Del resto, se si dovesse ammettere il potere in capo al giudice di imporre l'ascolto, il diritto all'ascolto in capo al minore degraderebbe ad obbligo di esprimersi.

pronuncia in parola, la S.C. ha consolidato quell'orientamento volto a considerare il minore parte in senso sostanziale nei procedimenti riguardanti l'affidamento dei figli, anticipato dalla 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., p. 374, testo e nt. 532. In tema di ascolto, cfr. altresì, IANNICELLI, *La crisi della coppia genitoriale e il «diritto» del figlio minore di essere ascoltato*, in *Famiglia*, 2016, p. 87 ss.; ID., *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione personale dei coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 250 ss.

⁽¹⁷⁾ BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, p. 22 ss. e 66 ss.

⁽¹⁸⁾ *Contra*, DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal Decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia"*, cit., p. 1454 s., in chiusura della nt. 63.

⁽¹⁹⁾ BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, cit., p. 1807 ss. 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: Corte giust. EU, I sez., Sent. 22 dicembre 2010, proc. C-491/10 PPU – Zarraga c. Pelz.

4. *Le contrapposte situazioni giuridiche passive.*

Inquadrata la situazione giuridica dell'ascolto entro i paradigmi descrittivi del diritto soggettivo assoluto della personalità del minore e precisato il contenuto in positivo e in negativo, agevolmente si individuano, nel quadro delle contrapposte posizioni giuridiche passive, i doveri ad esso corrispondenti e i relativi titolari, posto che le disposizioni sull'ascolto del minore debbono intendersi volte a dare attuazione concreta al libero esercizio del diritto di cui il minore è titolare.

In tal senso, si colgono, in chiave preliminare, il dovere di rendere realizzabile il diritto del minore all'ascolto dando ad esso attuazione, quello di non impedire al minore di essere ascoltato e di rispettare l'eventuale volontà del minore di non essere ascoltato; correlatamente si pone il dovere di segnalare nelle opportune sedi le eventuali ragioni impeditive o le situazioni oggettive che sconsigliano l'ascolto, nelle ipotesi in cui da esso potrebbe derivare un pregiudizio in capo al minore (conoscenza, ad esempio per ragioni cliniche o professionali, di fattori di rischio per il sano e armonico sviluppo psicofisico del minore).

Titolari di queste situazioni giuridiche passive saranno, in primo luogo, i genitori e i parenti (posto che il diritto all'ascolto deve in primo luogo rendersi effettivo nel contesto fisiologico delle relazioni familiari, giusto l'imprescindibile profilo sostanziale espresso dall'art. 315-*bis* c.c.); nonché i terzi che a vario titolo seguono il minore e che ne curano gli interessi (pubblico ministero, professionisti, ausiliari del giudice, periti, operatori del servizio sociale, curatore, curatore speciale, ecc.); e, da ultimo, il giudice, in capo al quale grava l'obbligo di disporre l'ascolto, di ricevere le eventuali osservazioni, o di escluderlo rendendo specifica motivazione, nonché quello di tenere in conto le opinioni del minore, oltre all'obbligo di verificare la capacità di discernimento del minore di anni dodici.