

L'ASCOLTO DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI IN MATERIA DI SEPARAZIONE E DIVORZIO<sup>1</sup>

L'Ascolto del Minore - nella vigente disciplina - è adempimento processuale obbligatorio in tutti i procedimenti che lo riguardano, come stabilito dall'art 315 bis cc. novellato dal D. L.vo 154/2013 (art 155 ss cc, Legge 54/2006).

Le disposizioni contenute negli artt. 315 bis, 336 bis e 337 oct cc, così come novellati dal D L.vo citato, introducono e disciplinano l'ascolto del minore che abbia compiuto gli anni 12 ovvero anche di età inferiore, se capace di discernimento, in tutte le questioni e procedure che lo riguardano.

Non v'è dubbio che la novella legislativa sia meritevole di plauso e ampio consenso, per aver affermato e riconosciuto il diritto del minore a manifestare liberamente il proprio pensiero in vista dell'adozione di provvedimenti che abbiano un effetto immediato e diretto sulla sua vita; l'evoluzione normativa, sicuro indice di elevato grado di civiltà giuridica, è stata originata anche dalla necessità e urgenza di recepire nel nostro ordinamento, e segnatamente nel sistema processuale, le norme di diritto internazionale in materia di tutela dei minorenni in ambito giudiziario.

Le intenzioni del legislatore, compiutamente esplicitate anche nei lavori preparatori alla stesura delle leggi di cui trattasi, incontrovertibilmente tese al riconoscimento del diritto del minore, si rivelano solo parzialmente tradotte nella lettera della legge, ulteriormente tradite nella complessiva disciplina apprestata e, di seguito, trascurate nella prassi applicativa.

A ben vedere, raffrontando l'attuale dettato normativo con quello vigente in precedenza (54/2006), si annota la differente formulazione letterale laddove in luogo del termine "audizione", il legislatore del 2013 ha impiegato il termine "ascolto".

Pur non volendo addentrarci in questa sede in speculazioni di semeiotica giuridica, è quanto meno opportuno sottolineare che la attuale enunciazione avrebbe voluto costituire preludio di un differente approccio con la persona minore di età in ambito giudiziario.

L'audizione, evocatrice dell'atto di imperio processuale, cede posto all'ascolto, per rimarcare i connotati dell'accoglienza e ricezione a fronte del diritto, ora affermato, a manifestare il proprio pensiero.

Di fatto, resta immutata la natura dell'atto che era imperativo e diviene obbligatorio, con il seguito degli ulteriori effetti che ne derivano, soprattutto se osservati in relazione alla persona minore di età.

Per vero, sebbene non dichiarato nel corpo normativo, l'ascolto del minore è atto processuale obbligatorio, come emerge dalla complessiva disciplina all'uopo dettata dalla legge oltre alle pronunce della Suprema Corte, il cui orientamento è ormai consolidato sul punto.

Pur trattandosi di un obbligo formalmente unilaterale, incombente sul Giudice procedente, la obbligatorietà si ripercuote -sia pure in forma attenuata- sul minore invitato a rendere dichiarazioni di volontà nel procedimento che lo riguarda, anche ove non costituito nella qualità di parte processuale.

---

<sup>1</sup> Relazione per il Convegno dell'Osservatorio tenutosi a Trani il 10/07/2015

All'esito di queste considerazioni poi, non rileva la clausola di esclusione prevista dalle norme de qua agli artt 336 bis cc co I, ult cap e 337 oct cc co I ult cap; si tratta infatti di ipotesi residuali per le quali si deduce la inderogabilità dell'ascolto come è confermato anche dall'obbligo di motivazione gravante sul Giudice solo nel caso in cui non vi dia luogo, ritenendolo contrastante con l'interesse del minore o manifestamente superfluo in relazione al corredo processuale.

La tutela impugnatoria, infatti, è accordata per la sola ipotesi in cui non si è proceduto all'ascolto del minore, omettendo l'espletamento di un atto processuale ineludibile, tanto da generare un vizio che determina la nullità dell'intero procedimento (ex plur. Cass civ. n. 11687 e n. 28645 del 2013), e non anche per tutti gli altri casi in cui sia stato disposto l'ascolto del minore pur quando manifestamente contrastante (in presenza di concomitanti e plurime evidenze processuali) con il suo preminente interesse. (conforme in tal senso Cass, I Civ, n. 6645 del 2013)

Dunque, in ordine logico, si può concludere affermando che la obbligatorietà dell'atto ha assicurato al processo l'ascolto del minore ma non ha altrettanto assicurato – nel processo – la concreta realizzazione del suo preminente interesse, non necessariamente coincidente con la diretta partecipazione al giudizio.

Sull'impulso ricevuto dalle sollecitazioni normative promanate dall'Ordinamento Internazionale, il legislatore del 2012 conferiva delega per la redazione di una disciplina riguardante le sole modalità di esercizio dell'ascolto del minore", già introdotto con "l'audizione" prevista dall'art 155 sexies cc, ex L 54/2006, integrando con l'ulteriore indicazione di un ascolto preferenzialmente "diretto e togato".

Il risultato ottenuto con il D lvo 154 /2013 pare molto distante da quelle originarie intenzioni, e infatti dall'esame delle norme in questione si annota

- Che l'ascolto è sempre ineludibile, tanto da poter esser disposto anche di ufficio, mentre non è parimenti prevista alcuna forma di rappresentanza processuale o di assistenza del minore nell'atto di essere ascoltato, né può essere dirimente la alterna qualificazione di parte sostanziale o processuale: il minore infatti è in ogni caso titolare di autonomi diritti e interessi, fisiologicamente antagonisti rispetto a quelli dei genitori (o quantomeno di uno solo di essi) nella veste di coniugi in contesa, dunque la nomina di un curatore speciale avrebbe dovuto trovare opportuna collocazione. (contra Cass I Civ n.7478 del 2014)
- Che l'ascolto è diretto, la nomina di esperti e ausiliari resta in ogni caso riservata alla discrezionalità e a beneficio esclusivo del Giudice procedente che può "anche" avvalersene a mente dell'art 336 bis cc, e non invece del minore, del quale si trascura il diritto di essere assistito e rappresentato nel compimento di un atto indubbiamente incisivo nella fase aurorale di formazione della personalità.

Il carattere obbligatorio dell'ascolto riduce il raggio di azionabilità dei diritti soggettivi della persona che accede al processo per esercitare la facoltà in cui il diritto all'ascolto si esplica, limitando la piena realizzazione del suo preminente interesse in ambito giudiziario. "L'interesse superiore" diviene uno stereotipo, un simulacro, l'etichetta ingiallita di un contenitore vuoto, anche in riferimento ai diritti fondamentali della persona, sanciti dalla nostra Carta Costituzionale, quali il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 e il diritto alla salute, art. 32.

Non si trascuri infatti che ove il minore alla presenza del Giudice decidesse di non rendere alcuna dichiarazione, sarà stato comunque ascoltato, poiché anche il silenzio tiene luogo all'ascolto e in tal modo

la partecipazione al procedimento può assumere le sembianze di un obbligo, e non di libero esercizio del diritto. La libertà di manifestazione del pensiero, come il più comprende il meno, si esplica anche nella facoltà di non manifestarlo e in tal modo risulta profondamente sacrificata e compressa.

La partecipazione e l'ascolto del minore nel procedimento che lo riguarda può essere contrastante anche con il preminente interesse alla tutela della sua salute, nell'accezione di integrità dell'equilibrio psico-affettivo, profilo di essenziale importanza nel più ampio diritto sancito dall'art 32 Cost., anche rispetto a questo la obbligatorietà dell'atto si colloca in posizione di geometrico disallineamento.

Le criticità, già endogene all'impianto normativo vigente, si pongono in ulteriore contrasto con la ratio sottesa alle fonti sovranazionali e, segnatamente, con le disposizioni introdotte dalle convenzioni internazionali recepite nel nostro ordinamento mediante leggi di ratifica, dalle quali hanno avuto incipit la legge 54 del 2006, la legge delega 219 del 2012 e, da ultimo, il DLvo 154/2013

- Conv. New York 1989 Legge di ratifica n. 176 del 1991, artt 3-12-13-14 (sulla libertà di manifestazione del pensiero - la possibilità di essere ascoltato)
- Conv. Strasburgo, art 3 (ascolto del minore come facoltà, possibilità)
- Carta di Nizza del 2000, art 7 (ex art 6 CEDU) art 24 (sulla libertà di opinione)
- Conv. Europea per l'Esercizio dei Diritti dei Minori (STRASBURGO 96), Legge di ratifica n. 77 del 2003, artt. 3-5 (sul diritto del minore a ricevere informazioni, essere consultato e informato - sul diritto di essere assistito da persona appropriata anche per esprimere opinioni)
- Linee Guida Consiglio d'Europa sulla "Giustizia a misura di Minore" novembre 2010

In tutte le disposizioni sopra elencate predomina, su ogni altro enunciato, il diritto del minore ad essere informato, rappresentato e assistito (Conv. Strasburgo 96); l'ascolto invece, è atto destinato ad uno spazio residuo ed eventuale, in nessun caso obbligatorio e ineludibile, quale mezzo per conseguire e attuare il preminente interesse della persona minore in ambito giudiziario; comunque una facoltà, il cui esercizio resta subordinato alla sussistenza delle condizioni e all'adozione di tutte le più opportune cautele a protezione del minore.

Nel solco tracciato dalle disposizioni sopra richiamate, gli Stati membri dell'U.E. hanno dato corso all'iter di riforma delle norme di diritto interno, sostanziale e processuale, allineando i propri sistemi normativi a quello sovranazionale strutturato dalle Convenzioni.

Pur annotando il rigore garantista del sistema Tedesco che attraverso lo Jugendamt (simile ai nostri Servizi Sociali) affianca i minorenni sin dall'esordio della crisi familiare e per tutta la durata del processo cui quella approda, merita particolare menzione il modello Francese. L'art 388 del codice civile francese\*, in combinato disposto con l'art. 338\* del codice di procedura civile, novellati rispettivamente con Legge n.308/2007 e Legge n. 293/2007, prevede che il minore "possa essere ascoltato" solo previa puntuale verifica della capacità di discernimento e comunque sempre con la necessaria assistenza di persona idonea.

Tanto basta, come si evince, a promettere puntuale attuazione alle disposizioni introdotte dalle fonti di diritto internazionale assicurando che sia effettiva - perlomeno nella lettera della legge- la tutela della persona minore di età. Stando al modello richiamato infatti, l'ascolto non costituisce un adempimento

processuale obbligatorio , ma piuttosto onere del Giudice per favorire e promuovere l'esercizio del diritto del minore, diritto di essere ascoltato ogni qualvolta ne faccia richiesta e ciò sia conforme al suo preminente interesse.

La lacunosità delle disposizioni normative vigenti nel nostro ordinamento si ripercuote in modo incisivo sulla prassi applicativa, tanto da rendere necessario il ricorso a rimedi palliativi, ampiamente diffusi su tutto il territorio nazionale.

E' pur vero , per un verso, che la disconnessione tra le originarie intenzioni del legislatore e la loro traduzione nel dettato normativo è causata dalla prassi della legiferazione per Decreto, strumento preferenziale per la riforma della Legge in modo velocizzato e semplificato, con gli effetti che in questa sede constatiamo.

Per altro profilo, è doveroso riconoscere che la legge costituisce solo pilastro di fondazione di un apparato giudiziario in cui mancano mezzi, luoghi, strutture, assistenti e strumenti idonei a ricevere un bambino in un contesto che, per sua natura, non gli è consono.

Su questo, poco o nulla possono gli operatori del diritto, salvo a proporre protocolli di intesa e attenersi scrupolosamente ad un codice etico universalmente condivisibile, tale da poter superare il vuoto normativo e al contempo impedire che la lacunosità della legge offra spazio a ciò che per ragione non può e per diritto non deve averne.

#### Giurisprudenza di riferimento

- Cass Civ. n. 11687/2013
- Cass Civ n. 28645/2013
- Cass I Civ n. 6645/2013
- Cass I Civ n.7478/2014
- Cass I Civ n.15143/2014
- \*art 388 , code civile francais, Legge n. 308 del 05/03/2007, in vigore il 01/01/2009
- \*art 338 code procedure civile francais, Legge n. 293/2007, Decreto di Att. n. 572 del 2009

Trani, 10/07/2015

Avv Olga Mascolo