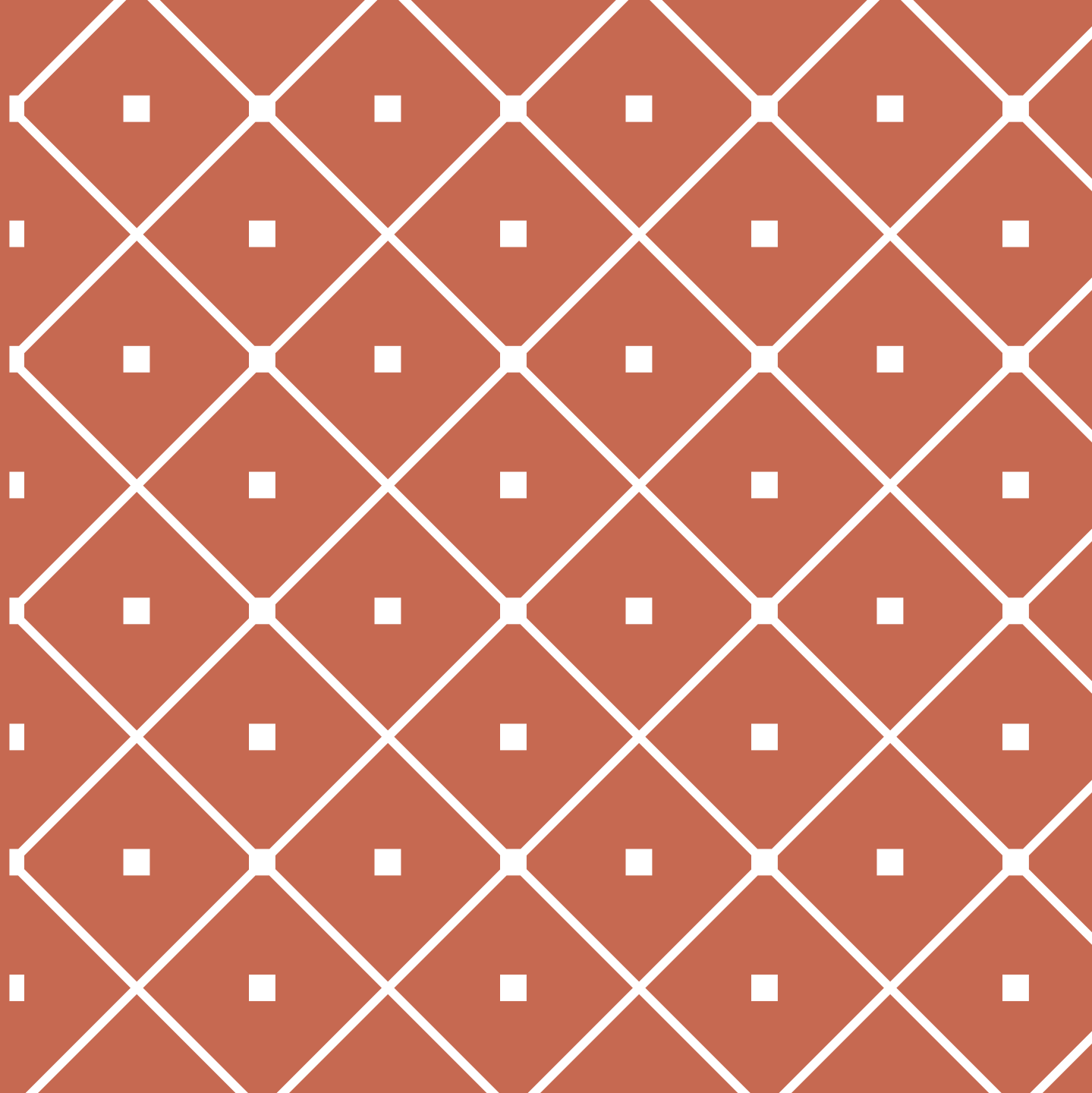


L'ASCOLTO DEL MINORE

16.11.2023

Dott.ssa Francesca Varesano



LE FONTI SOVRANAZIONALI

Il "Diritto del minore di esprimere la propria opinione"

Convenzione di New York sui diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989 (art. 12), ratificata con legge 27 maggio 1991 n. 176

Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del Fanciullo 25 gennaio 1996 (art. 6), ratificata in Italia con legge 20 marzo 2003 n. 77

Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza, proclamata il 7 dicembre 2000) si occupa, all'art. 24, del diritto dei minori ad "esprimere la loro opinione", che le Autorità pubbliche debbono in ogni caso "prendere in considerazione"

Regolamento UE 2201/2003 (art. 23 lett b) subordinava il riconoscimento dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale da parte degli Stati membri alla possibilità data al minore di essere sentito nelle procedure che lo riguardano, condizione che ha rafforzato notevolmente la diffusione della pratica di ascolto, pena **l'inutilizzabilità delle decisioni all'interno dello spazio europeo**

Regolamento UE 1111/2019 del Consiglio (c.d. Bruxelles II ter), che si applica ai procedimenti transfrontalieri in materia di responsabilità genitoriale a far data da 1° agosto 2022 (si vedano in particolare il "considerando" 53 e gli artt. 21 e 39 n. 2)

- Art. 21 "Le autorità giurisdizionali degli Stati membri danno al minore capace di discernimento, conformemente al diritto e alle procedure nazionali, la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione, direttamente o tramite un rappresentante o un organismo appropriato"

LE REGOLE GIURIDICHE CONSOLIDATESI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

- 1) l'audizione del minore infradodicenne capace di discernimento costituisce **adempimento obbligatorio** (Cass. civ. n. 16410/2020);
- 2) l'adempimento è svolto a **tutela dei principi del contraddittorio** e del **giusto processo**, in relazione al quale incombe sul giudice che ritenga di ometterlo un obbligo di **specificata motivazione** (Cass. civ. n. 1474/2021);
- 3) in caso di **omessa audizione del minore**, il procedimento è viziato da **nullità** (Cass. civ. n. 23804/2021).
- 4) L'ascolto deve essere disposto **rebus sic stantibus** ossia "per ogni procedimento" che coinvolga il bambino (essendo pertanto irrilevante che il minore sia stato sentito in altri precedenti procedimenti: v. Cass. civ. n. 9691/2022).

ART. 473 BIS.4 C.P.C.

I CASI DELL'ASCOLTO

Comma 1

*Il minore che ha compiuto gli **anni dodici** e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Le opinioni del minore devono essere **tenute in considerazione** avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità*

- 12 anni: **presunzione di capacità di discernimento (capacità cognitiva e maturità, "capacità di operare scelte autonome senza subire la volontà di altri soggetti")** - l'onere di motivazione, qualora il giudice decida di soprassedere all'audizione, si presenta via via più incisivo quanto più l'età del minore si approssima al 18° anno. (Cass. 16349/2022 e Cass. 24.3.2022 n. 9691).

- forma di **partecipazione** al procedimento da parte del minore, un contributo all'**iter decisionale**, con l'ulteriore precisazione che attraverso questo strumento il minore contribuisce personalmente al percorso **della propria tutela**

- **ascolto come diritto**

- non si debbono sottovalutare il notevole **impegno emotivo** e la **responsabilità** cui il minore stesso può andare incontro nel compiere tale atto, soprattutto nelle vicende altamente conflittuali

- evitare di "caricare" il figlio minore di tutto il **peso della decisione**

ART. 473 BIS.4 C.P.C.

I CASI DELL'ASCOLTO

Comma 2

*Il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, se esso è in **contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo**, in caso di **impossibilità fisica o psichica del minore** o se quest'ultimo **manifesta la volontà di non essere ascoltato**.*

- la tipizzazione dei casi di esclusione dell'ascolto costituisce una novità!

- Quando l'ascolto è **manifestamente superfluo**: questioni meramente economiche o aspetti relazionali del tutto marginali, decisione di carattere puramente processuale che definisce il procedimento, minore è già stato sentito in altro procedimento o avanti ad altro giudice (**473-bis.45** c.p.c., con riferimento alle situazioni di violenza familiare, a condizione che le risultanze sul punto siano "sufficienti ed esaustive), cause di separazione consensuale e divorzio a domanda congiunta laddove le condizioni concordate tra le parti si attengano agli schemi abitualmente praticati;

Prassi seguite nei tribunali, i **casi più ricorrenti di ascolto** si verificano in vista delle seguenti decisioni: soluzione più adeguata di affidamento del minore, scelta del genitore collocatario, quello con cui vi è una relazione più intensa o comunque più consolidata, determinazione del regime di visita con l'altro genitore, trasferimento di residenza di un genitore, scelta della scuola, dell'orientamento degli studi, trattamenti sanitari importanti in presenza di un conflitto (esempio recente in tema di COVID).

ART. 473 BIS.4 C.P.C.

I CASI DELL'ASCOLTO

- **disagio psicologico o una marcata fragilità**: elementi che potrebbero rendere troppo onerosa emotivamente l'esperienza del coinvolgimento diretto nel processo – meglio optare per un coinvolgimento indiretto in sede di CTU o con l'intervento dei Servizi Sociali
- L'esclusione dell'ascolto in caso di **rifiuto** del bambino costituisce l'adesione all'orientamento che era stato espresso sul punto dalla giurisprudenza di merito. Si era affermato, infatti, che *"l'audizione del minore deve essere esclusa dove il fanciullo, prossimo a divenire maggiorenne (cd. grand enfants) comunichi, anche tramite i suoi rappresentanti (i genitori) il proprio rifiuto all'ascolto. Accertato che il rifiuto è pacifico (dovendosi altrimenti accertarne la veridicità), è contrario all'interesse del fanciullo ricercare ostinatamente di assumere la sua opinione: come tutti i diritti, ferma la titolarità, il concreto esercizio passa anche per un atto di volontà del fanciullo. Peraltro, non rispettare il rifiuto del minore rappresenterebbe un'aporia logica prima che giuridica: si dispone l'audizione per ascoltare il minore, ma non lo si ascolta nella dichiarazione più importante (cioè che non vuole essere ascoltato)"* (Trib. Milano, sez. IX civ., 21 febbraio 2014) – il rifiuto deve risultare in **termini sicuri** non potendo il giudice accontentarsi di una mera allegazione di uno dei genitori
- trattasi di sbarramenti per il caso in cui l'ascolto si risolva in un **"pregiudizio per il minore"** o, come recita ora il decreto attuativo, sia **"in contrasto con l'interesse del minore"**

ART. 473 BIS.4 C.P.C.

I CASI DELL'ASCOLTO

Comma 3

*Nei procedimenti in cui si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice procede all'ascolto **soltanto se necessario***

- Questa norma mira a tutelare l'**interesse del minore a non essere ulteriormente esposto a possibili pregiudizi** derivanti dal rinnovato coinvolgimento emotivo nelle questioni relative alla rottura del nucleo familiare, qualora il giudice prenda atto dell'accordo tra i genitori e ritenga non indispensabile procedere all'ascolto.

- **ABROGA** articolo 337-octies cc secondo cui nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo all'affidamento dei figli, il giudice deve sempre procedere all'ascolto, salvo che ciò appaia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo" (Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 in Gazz. Uff. 19.10.2022, serie gen. n. 245, suppl. ord. n. 5)

CONSEGUENZE DEL MANCATO ASCOLTO

NULLITÀ della decisione per violazione del contraddittorio, come è stato ripetutamente sancito dalla Suprema Corte, per lo più in procedimenti minorili o relativi all'affidamento del minore con effetti sul piano sovranazionale.

Si vedano, in particolare, Cass. SS. UU. 21.10.2009 n. 22238 21; Cass. 6.02.2014 n. 21101.

Più di recente la Suprema Corte ha ribadito in modo **chiaro l'imprescindibilità dell'ascolto del minore in ogni procedura che riguarda il suo affidamento e la nullità che colpisce la decisione in assenza di tale adempimento**: vedi Cass. 24.3.2022 n. 9691; Cass. 2.9.2021 n. 23804.

La nullità va fatta valere attraverso l'impugnazione del provvedimento.

ART. 473 BIS.5 C.P.C.

MODALITA' DELL'ASCOLTO

comma 1

*L'ascolto del minore è **condotto dal giudice**, il quale può farsi **assistere** da esperti e altri ausiliari. Se il procedimento riguarda più minori, di regola il giudice li ascolta **separatamente***

- Il legislatore privilegia in modo netto **l'ascolto diretto da parte del giudice – ascolto indiretto è un'eccezione e necessita di motivazione**
- in casi di coinvolgimento o, addirittura di strumentalizzazione, talvolta grave, del figlio nel conflitto coniugale, potrebbe risultare più adatto un ascolto di tipo specialistico (clinico)

ART. 473 BIS.5 C.P.C.

MODALITA' DELL'ASCOLTO

Comma 2

L'udienza è fissata in orari compatibili con gli impegni scolastici del minore, ove possibile in locali idonei e adeguati alla sua età, anche in luoghi diversi dal tribunale.

- il Giudice può e deve, laddove lo ritenga necessario, procedere all'ascolto in **luoghi diversi dal tribunale**
- con quali **modalità** si procede all'ascolto? **fuori dagli orari** di maggior affollamento dell'ufficio e senza pregiudicare gli impegni scolastici (meglio il **pomeriggio**, verificato che non vi sia un rientro scolastico); nella stanza il giudice può posizionarsi opportunamente **a fianco o vicino al minore**, in modo più informale, evitando la parte opposta del tavolo (ove starà il **cancelliere** che verbalizza le dichiarazioni: evitare di procedere senza la presenza di un terzo, per i rischi di contestazione della risultanza probatoria); porsi in un atteggiamento di "apertura" e di pazienza" - **non avere fretta!**
- spiegare che il parere del minore è importante ma **non vincolante** e che la decisione spetta al giudice e verrà adottata sulla base del complesso delle informazioni di cui il magistrato dispone

ART. 473 BIS.5 C.P.C.

MODALITA' DELL'ASCOLTO

Comma 3

*Prima di procedere all'ascolto, il giudice **indica i temi** oggetto dell'adempimento ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, i quali possono proporre argomenti e temi di approfondimento e, su **autorizzazione** del giudice, **partecipare all'ascolto**.*

- **assistenza** dei genitori e dei loro difensori al compimento dell'atto? vi è una certa tensione tra garanzia del diritto di difesa e tutela della spontaneità delle dichiarazioni
- tale problematica non sussisterà nel momento in cui il Ministero avrà emanato la disciplina regolamentare (regole tecniche per la registrazione audiovisiva) e vi saranno appositi locali
- buona prassi quella di informare le parti, non appena effettuata l'audizione del minore, degli **esiti di tale incombenza**

ART. 473 BIS.5 C.P.C.

MODALITA' DELL'ASCOLTO

Comma 4

Il giudice, tenuto conto dell'età e del grado di maturità del minore, lo informa della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto, e procede all'adempimento con modalità che ne garantiscono la serenità e la riservatezza. Il minore che ha compiuto quattordici anni è informato altresì della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 473 bis 8

- L'audizione dev'essere preceduta da un'informativa preliminare - (c.d. **ascolto informato**). Il minore deve quindi ricevere alcune informazioni in ordine alle ragioni per cui è stato convocato e viene sentito, alle decisioni che si profilano nel processo, alla libertà di esprimersi senza che il giudice sia vincolato a quanto verrà riferito.
- informativa sulla **nomina del curatore**: disposizione, fortemente innovativa, mira a dare concreta attuazione a quanto stabilito dall'art. **473 bis.8 c.p.c.** ove prevede la nomina da parte del giudice del curatore speciale qualora sia il minore quattordicenne a richiederlo.

ART. 473 BIS.5 C.P.C. MODALITA' DELL'ASCOLTO

Comma 5

*Dell'ascolto del minore è effettuata **registrazione audiovisiva**. Se per motivi tecnici non è possibile procedere alla registrazione, il processo verbale **descrive dettagliatamente il contegno del minore***

- Per quanto riguarda il luogo ove effettuare l'audizione del minore, provvedeva l'art. 38 bis disp. att. c.c. (abrogato dalla Riforma Cartabia), ipotizzando come ottimale la soluzione del centro attrezzato con **vetro-specchio unidirezionale** – in pratica le forme dell'audizione protetta in sede penale – consentendo, in questo caso, l'assistenza, seppur discreta, dei difensori delle parti, del curatore del minore e del P.M.
- come si ricava **dall'art. 152 quinquies disp. att. c.p.c.**, occorrerà attendere “le regole tecniche per la registrazione audiovisiva” e per la gestione della relativa documentazione da parte del Ministero della Giustizia, oltre all'allestimento dei locali atti alla **registrazione audiovisiva**

*Ci preoccupiamo di ciò che un bambino
diventerà domani, ma dimentichiamo che
è qualcuno oggi*

Stacia Tauscher