

Procedimenti civili e partecipazione dei minori

Maria Ferrara

Chiunque si occupi di diritto minorile e/o di famiglia sa bene che ogni provvedimento che coinvolge un minore deve essere assunto tenendo conto di un principio fondamentale: la tutela del primario interesse del minore. Ciò, ovviamente sia nel caso dei procedimenti civili che penali. Nell'ambito dei procedimenti civili va notato come, a partire dal 1970, anno in cui venne introdotto anche in Italia l'istituto del divorzio¹, il numero dei divorzi e delle separazioni sia cresciuto aumentando, di conseguenza, il numero dei minori coinvolti in tali procedimenti. Secondo il demografo G.C. Blangiardo: «negli ultimi 3-4 decenni la frequenza di separazioni è cresciuta sino agli attuali oltre 80 mila casi annui e, in parallelo, si è incrementato anche il numero di rotture definitive: i circa 50 mila divorzi riportati nelle statistiche più recenti segnano l'ultimo gradino di una tendenza che ha portato il fenomeno quasi a raddoppiarsi nell'arco di un solo decennio (+74% tra il 1995 e il 2005)»². A tale dato corrisponde l'incremento dei minori coinvolti nella separazione dei genitori così che, nel 1991, il numero di figli minorenni di coppie separate tocca un totale di circa 35mila soggetti, numero che sale fino ad un totale di 59.480 nel 2002³. Ancora secondo i dati ISTAT diffusi il 07 aprile 2008⁴, relativi alle indagini compiute nel periodo 2000/2005, il numero di "Figli minori affidati in scioglimenti e cessazioni degli effetti civili del matrimonio" nel 2005 ammontava ad un totale di 6549. Ciò a cui si assiste è dunque quello che il sociologo Zigmund Bauman descrive nei termini di liquefazione dei legami affettivi⁵ riferendosi al crescente individualismo tipico della postmodernità per cui gli interessi egoistici e 'solitari' prendano il sopravvento su quelli di coppia in relazioni in cui «il disimpegno è unilaterale»⁶.

Dunque sempre più minori, sempre più bambini e bambine, assistono alla separazione dei propri genitori e se si vuole, in qualche modo la subiscono; proprio per questo appare allora fondamentale interrogarsi circa la locuzione 'tutela del minore'.

Cosa vuol dire tutelare l'interesse di qualcuno? E, ancora, che significato occorre ascrivere al termine "tutela" e al termine "interesse" lì dove si parla di minori?

Tali quesiti, ad uno sguardo sommario possono apparire banali e di semplice soluzione, tuttavia, a ben guardare, rimandano a questioni ben più complesse di ordine linguistico, comunicativo, ma anche giuridico e, *latu sensu*, etico-morale.

¹ Il divorzio fu introdotto in Italia con la legge 898/70.

² Gian Carlo Blangiardo, Separazioni e divorzi in cifre, in «FamigliaOggi», n.4/2008, pag.1.

³ ISTAT, *Separazioni, divorzi e affidamento dei minori*, 2 luglio 2004.

⁴ www.istat.it

⁵ cfr. Zygmunt Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002, e dello stesso autore: *Amore liquido*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁶ Zygmunt Bauman, *op. cit.*, 2002, p. 172.

Nel linguaggio comune, quando ci si riferisce alla tutela si suole indicare una sorta di protezione, di difesa, posta in essere nei confronti di uno o più soggetti incapaci di provvedere a sé stessi autonomamente, d'altronde l'etimologia stessa del termine rinvia al termine latino *tūtus –tūtus* participio passato del verbo *tuèri* ovvero 'guardare' o, in senso figurato, 'difendere', 'proteggere', 'curare'⁷. Alcuni tra i più diffusi dizionari della lingua italiana connettono, immediatamente il termine 'tutela' all'ambito giuridico. Così nel dizionario di G. Devoto e G. Oli si legge: «Tutela: funzione protettiva o difensiva, salvaguardia. Difesa di un diritto»⁸ e successivamente si cita la tutela quale istituto giuridico; nel dizionario della lingua italiana di Aldo Gabrielli, invece, l'istituto giuridico compare come voce principale: «Tutela: 1 DIR Istituto giuridico per il quale una persona viene incaricata di proteggere e rappresentare un minore o un incapace o un interdetto, esercitando su di esso la patria potestà nei limiti e nelle forme stabilite dalla legge»⁹.

Sembra dunque che il termine tutela rimandi, immediatamente, all'ambito giuridico, ove 'guardare', 'curare' un individuo implica nominare un tutore che possa sostituirlo nel compimento di atti giuridici; si tutela, in tal senso, un minore, un interdetto, un incapace. Nell'enciclopedia del diritto, infatti, come prima definizione del termine 'tutela', si legge: «l'espressione *tutela*, che deriva dal latino *tueor*, richiama già in sé l'idea di un ufficio destinato alla protezione e difesa di soggetti inidonei a provvedere da soli ai propri interessi»¹⁰. Posto, dunque, che il diritto previgente tutela tutti quei soggetti non in grado di perseguire autonomamente i propri interessi, siano essi interdetti, inabilitati e minori, allora va da sé che parlare di tutela dei minori implica circoscrivere o, quantomeno, specificare il concetto di tutela, e la sua applicazione giuridica. È innegabile, certo, che il minore sia, per antonomasia, colui il quale necessita di protezione, il suo essere indifeso è parte della sua stessa natura, si tratta di un soggetto che non ha ancora raggiunto la completa formazione di capacità fisiche, psichiche, morali, tuttavia ciò non può far pensare a lui semplicemente come un soggetto mancante, carente di qualcosa, incapace perché non ancora pienamente autosufficiente. Attorno a tali considerazioni ruota il complesso ed animato dibattito sulla tutela del minore che si basa essenzialmente su due differenti modi di considerare il minore: 1) al pari di ogni altro privato cittadino, in linea con quanto affermato negli artt. 2¹¹ e 3¹² della Costituzione; oppure 2) individuo non ancora in grado di auto legittimarsi che, proprio in quanto

⁷ Ottorino Pianigiani, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, www.etimo.it.

⁸ Giacomo Devoto, Gian Carlo Oli, *Il dizionario della lingua Italiana*, Le Monnier, Firenze, 2002.

⁹ Aldo Gabrielli, *Grande dizionario italiano*, Hoepli, Milano, 2008.

¹⁰ Pierluigi Zannini, *Tutela, A) Diritto Romano*, in AA.VV, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 305 vol. XLV.

¹¹ Riconoscendosi i diritti inviolabili di ogni cittadino «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», si riconoscono anche i diritti inviolabili del minore all'interno della propria famiglia e di tutte le altre formazioni sociali in cui la sua personalità si sviluppa. Cfr. Gaetano Assante, Paolo Giannino, Fabio Mazziotti, *Manuale di diritto minorile*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

¹² Nel garantire i diritti inviolabili dell'uomo nella Costituzione non si fa alcun riferimento alla maggiore età.

tale, necessita di un terzo che, agendo per lui, tuteli il suo interesse¹³. Tale dibattito è riassunto in maniera assai chiara da Paola Ronfani secondo cui: «la nozione dei diritti dei minori e della minore età, e il significato del principio dell'interesse del minore – e dunque della sua tutela- sottolineano come nell'idea dei diritti dei bambini e delle bambine, prevalente fra gli studiosi e gli operatori dei paesi occidentali, sia rinvenibile una tensione fra due modelli di regolazione sociale e giuridica dei soggetti minorenni improntati l'uno alla prospettiva dell'eguaglianza e dell'autonomia, che è sostenuta nelle sue enunciazioni più radicali dai liberazionisti, e l'altro a quella della differenza e della protezione, ricollegabile, nella sua articolazione più tradizionale, al paternalismo liberale»¹⁴.

Indipendentemente da tali considerazioni e dalla adesione ad un modello più o meno 'liberazionista' o paternalista, resta la certezza che il minore, comunque, vada tutelato attraverso una serie di principi e precetti che la società in generale¹⁵, ed il diritto, in particolare, si sono dati o sono tenuti a darsi. Nonostante la semplicità dell'affermazione si tratta di una consapevolezza acquisita dal diritto da relativamente pochi anni e che porta a considerare quello del minore il superiore interesse da tutelare. Il principio del superiore interesse del minore, infatti, trova la sua esplicita enunciazione nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo proclamata dall'ONU nel 1959 in cui è chiaramente detto: «Il superiore interesse del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento»¹⁶. Principio questo ribadito anche nella successiva Convenzione Internazionale sui diritti dell'Infanzia, stipulata dall'ONU nel 1989, dove, all'art. 3, è stabilito: «In tutte le decisioni riguardanti i fanciulli che scaturiscano da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, tribunali, autorità amministrative o organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve costituire oggetto di primaria considerazione»¹⁷. Tuttavia va chiarito che tutelare l'interesse del minore non significa, né può significare, semplicemente rendere il minore oggetto di tutela, guardare a lui come ad un soggetto incapace, *minus*, ma riconoscerlo soggetto di diritti, al pari di ogni altro membro, adulto e non, della comunità sociale. Il fondamento dei diritti del fanciullo si ritrovano, a livello nazionale, in primo luogo nella nostra Carta Costituzionale che, paradossalmente, non dando alcuno spazio alla nozione di minore o minore età, esprime chiaramente la volontà di porre su un medesimo piano i diritti del minore e quelli di ogni altro cittadino¹⁸. Ma è solo da poco più di un ventennio che si comincia concretamente a pensare al bambino come ad una persona. Come, tra gli altri, osserva, non senza spirito critico, Carlo Alfredo Moro: «L'ordinamento giuridico - e il costume - hanno

¹³ Con questo non si deve intendere che il minore non sia titolare di diritti, ma si riconosce la necessità che l'adulto, genitore o tutore che sia, si faccia portavoce dell'interesse del minore quando questi non sia in grado di esprimerli.

¹⁴ Paola Ronfani, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Guerini e Ass.ti, Milano, 2001, p. 8.

¹⁵ Sulla necessità di iniziative che coinvolgano la comunità locale nella tutela del minore si veda: Maurizio Bruno, Roberto Thomas, *Provvedimenti a tutela dei minori*, Giuffrè, Milano, 1998.

¹⁶ Dichiarazione dei diritti del fanciullo, ONU, 1959, principio 7°.

¹⁷ Convenzione Internazionale sui diritti dell'Infanzia, ONU, 1989 art. 3.

¹⁸ Massimo Dogliotti, *Affidamento e adozione*, Giuffrè, Milano, 1990.

riconosciuto, con una certa difficoltà e solo in questi ultimi decenni, che il ragazzo non è solo una speranza d'uomo ma è già una persona anche se sta percorrendo un complesso cammino verso una compiutezza umana; che egli non è un mero figlio di famiglia in proprietà dei genitori (scorta viva dell'unità poderale familiare, come icasticamente è stato detto), ma un essere autonomo con una propria dignità ed identità che deve essere rispettata; che non può essere solo oggetto d'attenzione da parte del diritto ma è titolare e portatore di diritti - che danno copertura giuridica a suoi bisogni fondamentali - che devono non solo essergli riconosciuti ma anche compiutamente attuati»¹⁹.

Quella che comincia a diffondersi è l'idea di un minore come individuo e non solo quale uomo (adulto) *in fieri*, una rinnovata idea di minore e di minore età che vede nel Ventunesimo secolo la sua massima affermazione attraverso il riconoscimento del minore come titolare di diritti inalienabili: diritto alla vita, all'educazione e all'istruzione, all'identità individuale, etnica, linguistica. Diritti questi che vengono sanciti nelle Convenzioni Internazionali che vedono la luce proprio in tale periodo. Mi riferisco, nella fattispecie, alla Convenzione Internazionale sui diritti dell'Infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1989²⁰, che riconosce al minore il diritto alla vita (art. 6), la libertà di pensiero, la libertà di coscienza e di culto (art. 14), la libertà di formarsi e di esprimere liberamente la propria opinione (artt. 12, 13) e gli riconosce la dignità di soggetto politico al pari di ogni altro membro della comunità sociale²¹ così come alla Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore²², approvata nel 1996, ratificata in Italia con la l.77/03. Quest'ultima Convenzione rende effettivo il riconoscimento dei diritti del fanciullo già operato dalla Convenzione ONU di New York del 1989 ed in particolare pone l'accento sul riconoscimento dei diritti processuali del minore²³ (artt. 3 e 4) e, nello specifico, del suo diritto ad essere informato e ad esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano (art.2) Inutile ricordare che il fondamento di tali convenzioni è rappresentato dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo²⁴, sancita nel 1948, che, aprendosi con la seguente affermazione di principio: «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»²⁵, ha già in embrione l'idea della equiparazione dei diritti del minore a quelli di ogni altro membro della "famiglia umana".

¹⁹ Carlo Alfredo Moro, *I diritti di cittadinanza delle persone di minore età*, in Anna Baldoni, Antonella Busetto, Anna Rosa Fava, Alessandro Finelli, Luciana Torricelli (cura di), *Future città, nuovi cittadini*, La Mandragora, Imola, 2004.

²⁰ Approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge del 27 maggio 1991, n. 176, depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991.

²¹ Cfr. Domenico Rubinacci, *Per una cultura della tutela dei minori*, in «Famiglia e minori», n. 16/96, pp. 81/88.

²² Adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996.

²³ Nel preambolo della Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori, è scritto: «[...] Convinti che i diritti e gli interessi superiori dei minori debbano essere promossi e che a tal fine i minori dovrebbero avere la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano, [...]».

²⁴ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948.

²⁵ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, *Preambolo*.

Con ciò non si intende, ovviamente, trattare adulti e minori alla stessa stregua, ma tutelare entrambi in maniera consona all'individuale sviluppo di ognuno, nel rispetto della individualità di ogni essere umano e, comunque, nella consapevolezza delle difformi potenzialità e difficoltà connesse ad ogni fase della vita. In effetti, quando si parla di minore età, bisogna sempre ben tenere presente che è proprio lo sviluppo fisico, mentale e spirituale del soggetto il bene fondamentale da tutelare²⁶.

Ricorrendo ancora una volta alle parole di Carlo Alfredo Moro, va, dunque, considerato che: «Guardare al bambino come ad un adulto non significa rispettarlo di più e difenderlo meglio, significa solo disconoscere la sua peculiarità e la sua autonomia. Se i diritti riconosciuti ai minori di età fossero ritagliati e appiattiti sui diritti riconosciuti agli adulti essi sarebbero sostanzialmente formali ed inautentici e gli effettivi peculiari bisogni del soggetto in formazione sarebbero sostanzialmente elusi»²⁷.

Ritornando alla delicata questione delle separazioni coniugali va detto che un'ampia letteratura dimostra come in caso di riorganizzazione delle relazioni familiari sia soprattutto il minore a vivere una situazione di disagio se non di abbandono, in particolare se tali situazioni sono dovute ad un evento esterno quali la separazione dei genitori o il decadimento della *patria potestà* di questi ultimi. È innegabile che quello separativo sia un evento di esclusiva pertinenza dei genitori, ma è altrettanto innegabile che l'esito di tale evento ricada in maniera determinante sulla vita futura del minore, spettatore inerme della vicenda e fruitore impotente dei suoi esiti. Per i figli il distacco da figure genitoriali comporta sempre la perdita di figure di riferimento per la definizione della propria identità e della propria realtà (Wallerstein J.S. e Kelly J.B. in USA e Dell'Antonio, Guidetti e Mayer in Italia) come osserva, infatti A.M. Dell'Antonio: «della separazione essi colgono soprattutto l'aspetto di perdita di un legame che, se pur frustrante, garantisce loro una collocazione ed un riferimento»²⁸.

Nella delicata fase della separazione dei genitori, quindi, sarebbe fondamentale garantire al minore la possibilità di partecipare, in qualche modo, al lungo cammino che lo porterà necessariamente alla rielaborazione della propria realtà quotidiana onde rendergli più facile comprendere ed accettare quanto sta accadendo. .

Se, dunque, come poch'anzi affermato, per tutela del superiore interesse del minore si intende il riconoscimento della sua stessa personalità in quanto individuo, allo stesso modo di qualsiasi altro cittadino (art. 3 Cost.), e non come mera tutela di un soggetto che, in quanto minore, sia in qualche modo carente di qualcosa, allora, va da sé che al minore dovrebbe essere riconosciuto il medesimo diritto di partecipazione a quei procedimenti civili che lo vedono soggetto e/o oggetto

²⁶ Cfr. Domenico Rubinacci, *op. cit.*, pp. 75, 76.

²⁷ Carlo Alfredo Moro, *op. cit.*, 2004.

²⁸ Anna Maria Dell'Antonio, *Il bambino conteso: il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati*, Giuffrè, Milano, 1993, p. xv.

della contesa. Vanno, cioè riconosciuti anche a lui i medesimi “spazi” che vengono riconosciuti agli altri attori maggiorenni. È in questa direzione che si muove ancora una volta la Convenzione dei Diritti dell’Infanzia lì dove, all’art. 12, afferma: «Gli Stati parte della presente Convenzione devono assicurare al bambino capace di formarsi una propria opinione il diritto di esprimerla liberamente e in qualsiasi materia dovendosi dare alle opinioni del bambino il giusto peso relativamente alla sua età e maturità»²⁹. Principio questo del diritto del minore alla partecipazione ed all’informazione successivamente ripreso e specificato dalla Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti del minore che, al capo II, Misure di ordine procedurale per promuovere l’esercizio dei diritti dei minori, agli artt. 3 e 6, ribadisce il diritto del minore «di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti»³⁰. L’art. 3 della Convenzione prevede, infatti che «nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione»³¹.

Il diritto a ricevere informazioni è in linea con il diritto del minore a formarsi una propria opinione in merito al fatto in oggetto ed alle conseguenze che le decisioni del magistrato potranno avere sul suo stesso futuro. Ma, l’art. 3 della Convenzione Europea, stabilisce anche il diritto del minore, e conseguentemente il dovere del giudice, ad essere ascoltato ed è questo, probabilmente, uno dei punti maggiormente innovativi della Convenzione. I diritti sanciti per il minore all’art. 3 pongono in essere i relativi doveri del giudice che vengono esplicitati nell’art. 6 della Convenzione qui, in particolare, l’accento è posto sul processo decisionale, ed è previsto che il magistrato, nei procedimenti che riguardano un minore, debba, nei casi in cui il minore abbia una sufficiente capacità di discernimento: «assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, [...], con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l’opinione da lui espressa»³². Affermare che il giudice debba tenere in debito conto l’opinione espressa dal minore, ovviamente non vuol dire affermare che la decisione assunta dal magistrato non possa poi

²⁹ La Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo, art. 12 c.1

³⁰ Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei minori, Strasburgo 25 gennaio 1996, art. 3.

³¹ *ivi*.

³² Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei minori, Strasburgo 25 gennaio 1996, art. 6

discostarsi da quest'ultima, ma che quanto espresso dal minore va, in ogni caso, preso in considerazione e motivatamente valutato³³.

Nonostante le innovazioni in fatto di partecipazione del minore ai procedimenti giudiziari introdotte anche nel nostro ordinamento con la ratifica della Convenzione di New York, nel 1991, e con quella della Convenzione di Strasburgo, nel 2003, Roberta Lombardi e Mimma Tafà, nel 1998 esprimevano notevoli dubbi sul reale stato di adattamento dell'ordinamento nazionale alle convenzioni internazionali³⁴. Pochi anni dopo, tuttavia, l'obbligo dell'ascolto del minore sembra divenire realmente ineludibile con l'entrata in vigore del così detto Regolamento Bruxelles II bis, ossia il Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27/11/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000. Il Regolamento, all'art. 23, prevede tra i motivi del mancato riconoscimento di decisioni assunte da parte di uno Stato membro relativamente alla responsabilità genitoriale, la circostanza che la decisione sia stata presa «senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato»³⁵. Successivamente, sempre in ambito comunitario, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata e proclamata, in via definitiva³⁶, il 12/12/2007 all'art. 24 dispone che i minori: «[...] possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità»³⁷. Al di là delle Convenzioni e delle Raccomandazioni internazionali, sembra che, con l'entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n.54³⁸, sembra che anche nel nostro paese si sia arrivati alla definizione di una via univoca circa la possibilità di ascolto del minore. Precedentemente, infatti, la legislazione italiana lasciava ampia discrezionalità al giudice nella decisione di "ascoltare" o meno il minore nel procedimento civile. Ciò ovviamente si concretava in una prassi per cui la scelta di ascoltare o meno la voce del minore spettava di volta in volta alla decisione del magistrato e, dunque, in ultima analisi dipendeva in tutto dalla sensibilità di quest'ultimo, cagionando, così, enormi difformità di trattamento³⁹. La l. 54/2006 che modifica

³³ Luigi Fadiga, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli e la legge di ratifica (l. 20 marzo 2003 n. 77)*, Incontro di formazione decentrato "L'ascolto del minore e la convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, Corte d'Appello di Roma, 6 Febbraio 2004

³⁴ Roberta Lombardi, Mimma Tafà, *Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione*, in «Minori e Giustizia» n°4 del 1998.

³⁵ Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, art. 23 lettera b).

³⁶ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata per la prima volta in forma solenne a Nizza il 7 dicembre 2000, e, solo, successivamente è stata firmata e proclamata solennemente dai *Presidenti della Commissione europea, del Parlamento e del Consiglio* in versione adattata, a Strasburgo 12 dicembre 2007.

³⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 24 punto 1.

³⁸ Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli entrata in vigore il 16 marzo 2006

³⁹ Cfr. Annamaria Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 5

l'articolo 155 del Codice Civile sancisce, invece, una maggiore apertura dei tribunali ai minori lì dove prevede il loro ascolto tra gli adempimenti del giudice che, in caso di separazione, «dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento»⁴⁰, limitandosi così la possibilità della libera scelta dell'ascolto ai soli minori infradodicesenni.

Rimanendo in tema di partecipazione del minore ai procedimenti civili quale pieno riconoscimento dei suoi diritti soggettivi, va altresì detto che, per quel che concerne la stesura del nuovo art. 155 c.c., molti autori sono concordi nell'affermare che il termine più corretto da utilizzare al posto di quello molto tecnico 'audizione' dovrebbe essere 'ascolto', intendendo con tale termine la presa in carico dei *desiderata*, del vissuto, dei sentimenti del minore, nel pieno riconoscimento della sua stessa personalità. In tale direzione muovono, ad esempio, le parole di Maria Grazia Domanico secondo cui: «Il verbo ascoltare mette invece in risalto la posizione del minore nei procedimenti che lo riguardano, nel senso che rende effettivi i suoi diritti: ad essere informato, ad esprimere liberamente la sua opinione»⁴¹; così come la posizione di Piercarlo Pazè che, distinguendo tra testimonianza e ascolto, parla di quest'ultimo come di un diritto e di un bisogno del minore. Secondo Pazè, infatti, l'ascolto del minore, è il suo diritto ad esprimere la propria opinione ad un interlocutore che gli presti attenzione e che cerchi di comprenderlo, «di essere considerato in ciò che dice»⁴². Su tale posizione anche Elisa Ceccarelli, secondo cui l'ascolto è finalizzato «a garantire al minore il suo diritto ad esprimere i suoi bisogni e i suoi desideri ed insieme il suo diritto ad essere informato dal giudice sui termini della controversia in cui è coinvolto»⁴³.

Tuttavia, se in teoria è comunque riscontrabile un certo accordo sulla esigenza di rendere partecipe, anche a mezzo della audizione, il minore ai procedimenti civili che lo riguardano, le stesse norme e raccomandazioni che regolano tale ascolto sembrano porre alcuni problemi fondamentali ancora insoluti non ponendo né limiti riguardo all'età in cui il giudice deve sentire il bambino, né circa le modalità con cui tale ascolto debba essere effettuato lasciando, così, ancora una volta, un enorme margine di discrezionalità al magistrato⁴⁴. La normativa nazionale, così come le Convenzioni internazionali, infatti, non pongono obblighi precisi, ma si limitano a parlare di «bambino capace di formarsi la propria opinione»⁴⁵ o di «bambino con sufficiente discernimento»⁴⁶, oppure come nel

⁴⁰ L. 54/2006.

⁴¹ Maria Grazia Domanico, *L'ascolto dei minori nei procedimenti civili*, 19/08/08, www.minoriefamiglia.it.

⁴² Piercarlo Pazè, *L'ascolto del bambino*, Relazione tenuta all'incontro di studio del CSM " I provvedimenti giurisdizionali per il minore nella crisi della famiglia e nella crisi del rapporto genitore/prole" - Roma, 17-19 novembre 2003

⁴³ Elisa Ceccarelli, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione divorzio*, 15/06/06, www.minoriefamiglia.it.

⁴⁴ Sui rischi derivanti sulla posizione di principi eccessivamente generali e su un eccesso di discrezionalità del magistrato per quanto concerne le relazioni familiari si veda: Valerio Pocar, Paola Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp.170/175.

⁴⁵ La Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo, art. 12.

⁴⁶ Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori.

caso della l. 54/2006 si prevede l'ascolto del minore infradodicesimo nel caso questo sia capace di discernimento.

Ciò impegna fondamentalmente la questione dell'audizione di minori su due punti distinti: 1) *quali* le competenze richieste al bambino per poter esprimere il proprio pensiero: si tratta di competenze linguistiche o comunicative? 2) *quando* il bambino raggiunge la capacità di discernimento, ossia quando egli possa dirsi in grado di perseguire i propri interessi.

Già da parecchi anni la psicologia ha messo in risalto come il bambino, fin da neonato, possiede un'organizzazione sensoriale altamente strutturata capace di organizzare in modo selettivo gli stimoli provenienti dall'ambiente circostante ossia la capacità di organizzare e di ordinare le informazioni, di discriminare e scegliere autonomamente gli stimoli attivanti che provengono dall'ambiente; insomma, gli psicologi dell'età evolutiva hanno dimostrato che già il neonato è in grado di partecipare all'interazione attraverso il canale visivo, vocale, tattile, olfattivo, ecc.⁴⁷. Nel corso del primo anno di vita il bambino comincia ad acquisire un repertorio di segnali che è in grado di usare selettivamente in relazione a specifici individui o situazioni e con la crescita e l'autonomia motoria tale bagaglio di segni *pre-verbali* si accresce consentendo al bambino di comunicare con l'adulto in maniera sempre più completa e complessa⁴⁸.

Occorre a questo punto ricordare che molti dei segnali comunicativi usati dal bambino nella fase della comunicazione pre-verbale, come per esempio il sorriso (espressione condivisa di emozioni positive) hanno un valore semantico socialmente condiviso; ciò fa sì che il messaggio del bambino sia egualmente interpretabile da più soggetti e non solo dunque dall'adulto che di lui si prende cura. Già prima dei quattro anni⁴⁹, il bambino apprende il c. d. linguaggio simbolico acquisendo, così, capacità relazionali e personali più raffinate ed articolate e cessando di essere completamente dipendente dall'*hic et nunc* del contesto immediato della sua esperienza. Per quel che concerne lo sviluppo del vocabolario, gli studi condotti da John B. Carroll dimostrano che «in un bambino è dapprima piuttosto lento [...]. Quindi sopraggiunge una fase in cui l'acquisizione del vocabolario è straordinariamente rapida[...]. Al tempo in cui il bambino arriva alla scuola l'ampiezza del suo vocabolario è spesso veramente impressionante[...]. Una stima del vocabolario medio di un bambino di prima elementare può facilmente raggiungere la cifra di 7500 morfemi»⁵⁰.

⁴⁷ Per approfondimenti: Pio E. Ricci Bitti, Bruna Zani, *La comunicazione come processo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1983.

⁴⁸ Maria Luisa Morra Pellegrino, Alda Scopesi, *Dal dialogo preverbale alla conversazione. Lo sviluppo in età prescolare della comunicazione tra bambini e con l'adulto*, Franco Angeli, Milano, 1993.

⁴⁹ Sull'argomento si vedano gli studi di Berkoe Gleason (1973). Jean Berko Gleason, *The development of language*, Macmillan Publishing Company, New York, 1973, in Pio E. Ricci Bitti, Bruna Zani, *op. cit.*, p. 220

⁵⁰ John B. Carroll, *Psicologia del linguaggio*, Aldo Martello, Milano, 1966, p. 51.

Dunque, tra i 4/6 anni il bambino, non solo è in grado di assumere un comportamento adeguato al ruolo ricoperto nell'interazione comunicativa, ma possiede anche la capacità di comprendere ed usare correttamente un ingente quantitativo di morfemi.

Se nel valutare il *quando* un bambino debba essere ascoltato dal giudice si guardasse solo alla sua competenza comunicativa, intendendo quest'ultima come «un insieme di precondizioni, conoscenze e regole che rendono possibile ed attuabile per ogni individuo il significare e il comunicare»⁵¹, sarebbe, dunque, paradossalmente, possibile ammettere anche l'audizione del neonato che, pur non avendo competenze linguistiche, ha una propria competenza comunicativa. Come potrebbe il giudice non ritenere che un neonato, conteso tra i due coniugi, piangendo con uno e sorridendo con l'altro non abbia espresso il proprio parere sul genitore con cui vuole stare? Ma la norma, nazionale o internazionale che sia, prevede l'ascolto di quel minore che abbia "capacità di discernimento". Quella relativa alla capacità di discernimento, però, è una questione assai complessa per il significato differente che il lemma assume in ambito psicologico o in ambito giuridico. Da un punto di vista specificamente giuridico, parlare di capacità di discernimento implica fare espressamente riferimento sia alla la capacità del minore di capire ciò che è utile per lui, sia a quella di decidere autonomamente. In ambito psicologico, invece, i due aspetti vanno necessariamente scissi: il primo implica una valutazione delle proprie esigenze e l'elaborazione di adeguate strategie per soddisfarle, implica cioè una capacità che il bambino possiede già da piccolissimo nel periodo prelinguistico. Il secondo aspetto presume, invece, la capacità di formulare opinioni e scelte personali senza essere condizionati da altri, senza, tuttavia, garantire la possibilità di realizzare gli obiettivi formulati in base a tali opinioni. La psicoanalista francese Françoise Dolto, individua l'età in cui il bambino dovrebbe essere in grado di parlare con il giudice circa le questioni matrimoniali dei genitori a partire dagli otto anni⁵², escludendosi così la possibilità di partecipazione dei bambini più piccoli.

Un ulteriore problema in fatto di ascolto dei minori riguarda ancora il 'come' tali minori vadano ascoltati. Se è infatti vero, come fin qui affermato che garantire la partecipazione del minore ai procedimenti vuol dire tutelare il suo superiore interesse, va altresì detto che il minore, il fanciullo, in quanto soggetto in divenire, possiede alcune sue peculiarità non assimilabili a quelle dell'adulto, peculiarità che, nell'ottica della tutela, necessariamente vanno tenute in considerazione per la piena attuazione del diritto del bambino. Il problema centrale dell'audizione del minore, dunque, non sembra più essere il *quando* ascoltarlo ma il *come*. Cioè come rendere il più neutrale possibile lo scambio comunicativo tra giudice e minore, ma anche come far sì che il giudice, o chi per esso, interpreti al meglio i messaggi verbali e non del minore cercando di comprendere le sue

⁵¹ Elisabetta Zuanelli Sonnino in Pio E. Ricci Bitti, Bruna Zani, *op. cit.*, p. 17.

⁵² Françoise Dolto, *Quando i genitori si separano*, Mondadori, Milano, 1995.

esigenze e, nel contempo, cercando di chiarirgli la situazione che lo riguarda. Si tratta, cioè, di un momento molto complesso in cui convergono sì il diritto del minore ad essere ascoltato ed informato, ma anche il suo diritto «di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale, in condizioni di libertà e di dignità»⁵³.

In vero ogni minore, adolescente o bambino che sia, è diverso da tutti gli altri per il suo vissuto, per le interpretazioni che gli dà dello stesso, per i suoi sentimenti, per le sue conoscenze ecc., ciò rende unica anche la situazione in giudicato. Diventa così complesso anche per il legislatore fornire indicazioni specifiche applicabili ad ogni circostanza. Da ciò, probabilmente, la mancanza di informazioni chiare nella norma vigente circa il ‘come’ e il ‘quando’ ascoltare. Una carenza di informazioni che, però, pur muovendo nella direzione della garanzia della tutela del minore, non prevedendosi fattispecie e modalità rigide di partecipazione, infatti, si lascia spazio alla unicità emotiva di ogni singolo fanciullo, rischia ancora una volta di tramutarsi in un motivo di esclusione del minore dal procedimento. Come afferma l’avvocato francese Andrée Milliet il quale afferma: «Possiamo renderci conto che l’assenza di una definizione <precisa> della capacità di discernimento rende l’applicazione di tale articolo in larga parte dipendente dalla visione che ne avrà l’adulto, nel caso specifico il giudice, e che si tratta di una porta aperta alla possibile esclusione in pratica dall’esercizio di questo diritto [...]. In tale contesto, la partecipazione del bambino è indebolita e questa nuova nozione di “capacità di discernimento”, indeterminata e fluida, rischia di manifestarsi, nella pratica, come un *jolly*, che apre o chiude la porta dei diritti dei bambini sulla base della decisione di un adulto[...]. Il bambino è, così, sottomesso alle regole del gioco fissate dall’adulto»⁵⁴.

La norma, dunque, sancisce il diritto di partecipazione del minore garantendo in tal modo al bambino la possibilità di tutelarsi e di divenire attore consapevole di una situazione, quella della fine della sua famiglia di origine, della quale non può e non deve essere partecipe, ma della quale subirà gli esiti, anche se sembra che nella prassi numerose restino le possibilità per i bambini di vedersi esclusi. La separazione e il divorzio non sono e non possono essere considerati meri atti giuridici: per gli ex coniugi la scelta di recedere dal contratto matrimoniale, certo, vorrà dire non essere più partner, non condividere più l’idea di una vita di coppia⁵⁵, ma i figli non possono avere una ex mamma e un ex papà, essi per un corretto sviluppo necessitano di entrambi i genitori, di mantenere un rapporto con entrambi⁵⁶. Ciò ovviamente, a fronte della rottura della relazione

⁵³ Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo 1959 principio 2 e Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo art. 4.

⁵⁴ Andrée Milliet, *Le droit de parler sous condition – La capacité de discernement*, Intervento tenuto al XVII Congresso dell’Associazione Internazionale dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia (Belfast 2006), www.minoriefamiglia.it. Traduzione a cura dello scrivente.

⁵⁵ Si parla in tal senso di Divorzio fallimento intendendosi, con tale locuzione, il riferimento allo scioglimento del vincolo matrimoniale quale riconoscimento, da parte di entrambi i coniugi, di un fallimento nel progetto di vita comune.

⁵⁶ All’idea della necessità di rapporti costanti con entrambi i genitori anche successivamente all’evento separativo si rifà anche l’istituto dell’affidamento condiviso così come espresso dalle l. 54/2006.

matrimoniale comporterà per il fanciullo la rielaborazione della propria realtà quotidiana. È, infatti, la perdita l'aspetto della separazione che più di ogni altro colpisce i bambini, la perdita di un genitore, certo, ma anche e soprattutto la perdita del precedente modo di vivere, ma anche della propria identità che è ancora strettamente collegata con quella identità familiare che sta scomparendo. Partecipare al lungo cammino della separazione trovando spazio per esprimere la propria voce, per cercare di comprendere una decisione assunta da altri potrebbe allora significare per il minore comprendere il perché di queste decisioni evitandogli così frustrazioni e sensi di colpa che potrebbero influire negativamente sulla sua vita futura. L'allontanamento di un genitore dal nucleo familiare, soprattutto per i bambini più piccoli, infatti, difficilmente potrà essere imputato a cose diverse dalle proprie colpe⁵⁷. Essere ascoltati, ma anche essere debitamente informati, così come previsto dalla Convenzioni Internazionali, allora potrebbe voler dire non solo essere considerati e riconosciuti nella propria dignità di persona e cittadino al pari degli adulti, ma anche riuscire a comprendere e ad accettare con maggiore consapevolezza le decisioni che, prese da terzi, necessariamente dovranno essere subite; ma vuol dire anche separare dal dolore della perdita il dolore di non ascoltati, compresi, riconosciuti.

Come osserva Fulvi D'Elia, d'altronde, «Ascoltare, dunque, significa dare la possibilità al bambino di esprimere se stesso, di tutelarsi partecipando attivamente e facendo sentire la sua voce, troppo spesso soffocata»⁵⁸.

⁵⁷Giovanni Bollea, *I rischi della separazione familiare*, appendice a Giovanni Bollea, *Le madri non sbagliano mai*, Feltrinelli, Milano, 2003; Jocelyne Dahan, Evangeline De Schonen-Desarnauts, *Se séparer sans se déchirer*, Ed. Robert Laffont SA, Parigi, 2000.

⁵⁸ Fulvia d'Elia, *Riflessioni a margine del forum*, in «Mediaries», n. 9/2007, p. 163.