

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

L'autodeterminazione del minore nella
contemporaneità

Tomo II

a cura di Maria Teresa Nurra e Margot Musson

Carlo Attanasio, Federica Chironi, Ilaria Garaci,
Roberta Guainella, Blandine Mallevaey,
Maria Teresa Nurra, Ludovic Pailler
Jean-Pierre Rosenczveig, Maria Luisa Serra,
Christian Giuseppe Comito, Aldo Petrucci.

XXIX

2024-2

Luglio - Dicembre

INSCHIBBOLETH

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università di Venezia Ca’ Foscari)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Uni-

versità statale di Milano); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Maria Teresa NURRA (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università statale di Milano); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILIO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Volume finanziato nell'ambito del "Secondo bando mobilità giovani ricercatori"
dalla Regione Autonoma della Sardegna (Legge regionale 7 agosto 2007, n. 7
"Promozione della Ricerca Scientifica e dell'Innovazione Tecnologica in Sardegna")

Tutti i contributi in materia di autodeterminazione del minore rientrano nel progetto di cui è responsabile scientifica la Dottoressa Maria Teresa Nurra, finanziato nell'ambito del "Secondo bando mobilità giovani ricercatori" dalla Regione Autonoma della Sardegna (Legge regionale 7 agosto 2007, n. 7 "Promozione della Ricerca Scientifica e dell'Innovazione Tecnologica in Sardegna") e sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato di Direzione della Rivista.

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-578-9

© 2024, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2024, luglio-dicembre, pubblicato online il 31 marzo 2025.

INDICE

L'autodeterminazione del minore nella contemporaneità

Tomo II

a cura di

Maria Teresa Nurra e Margot Musson

- CARLO ATTANASIO, *Transizione sessuale e autodeterminazione del minore* p. 11
- FEDERICA CHIRONI, *L'investimento dei capitali del minore: profili di (in)compatibilità tra la MiFID II e l'art. 372 c.c.* p. 41
- ILARIA GARACI, *L'autodeterminazione digitale del minore e i confini della responsabilità genitoriale* p. 55
- ROBERTA GUAINELLA, *L'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano: uno sguardo alla disciplina in tema di adozione* p. 73
- BLANDINE MALLEVAEY, *Autodétermination, autonomie personnelle et participation de l'enfant mineur aux décisions* p. 91
- MARIA TERESA NURRA, *Il consenso del minore alla diffusione della propria immagine* p. 111
- LUDOVIC PAILLER, *Le mirage de l'autodétermination informationnelle du mineur* p. 133
- JEAN-PIERRE ROSENCZVEIG, *En France, l'enfant mineur d'âge dispose-t-il de la capacité à décider pour son bien ?* p. 149
- MARIA LUISA SERRA, *La revocazione del giudicato civile per contrarietà alla CEDU e brevi note in tema di tutela dello status di filiazione* p. 169

CHRISTIAN GIUSEPPE COMITO, *La tutela del consumatore nella Direttiva 93/13/CEE. Analisi dell'evoluzione giurisprudenziale dei tre concetti di: chiarezza, informazione e significativo squilibrio* p. 193

ALDO PETRUCCI, *Note a margine del legame tra diritto romano e ordinamento privatistico cinese* p. 215

L'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano: uno sguardo alla disciplina in tema di adozione

Roberta Guainella

Sommario: 1. L'autodeterminazione del minore nel panorama costituzionale e sovranazionale. – 2. Ascolto e audizione del minore. – 3. Ascolto e consenso del minore in materia di adozione. – 3.1. Consenso e ascolto nella dichiarazione di adozione. – 3.2. Consenso e ascolto nella dichiarazione di adottabilità. – 3.3. Consenso e ascolto nell'affidamento preadottivo. – 4. Modalità dell'ascolto. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *L'autodeterminazione del minore nel panorama costituzionale e sovranazionale*

Dall'avvento della Costituzione e di numerose convenzioni internazionali, il minore è stato protagonista di un processo di progressiva valorizzazione, sfociato nel riconoscimento di un'ampia gamma di diritti in suo favore. Tutto ciò nell'ottica del c.d. *best interest of the child*¹, teso a garantire il pieno ed armonioso sviluppo della personalità del fanciullo.

¹ Tale espressione riviene le proprie origini nel sistema di *common law* anglo-americano che, all'epoca della rivoluzione industriale, nel contesto dell'affermazione della nuova famiglia borghese, determinò una forte valorizzazione dell'infanzia, intesa quale bene della comunità da promuovere e perseguire, ed apprestò gli opportuni strumenti giuridici di tutela e di promozione dei minori, quali ad esempio le leggi a tutela del lavoro minorile e tese a garantire l'istruzione e il benessere dei fanciulli. V.L. GIACOMELLI, *(Re)Interpretando i Best Interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del convegno dell'associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, 2014, p. 467 ss.; in tema v. anche L.A. SCARANO, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, in *The best interest of the child*, M. Bianca (a cura di), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, 101 ss.

Il contenuto del *best interest of the child*, ovvero sia dell'interesse superiore del minore, ha carattere indefinito ed eterogeneo, configurandosi alla stregua di un contenitore vuoto che i giudici minorili hanno il compito di riempire di volta in volta, alla luce delle specificità del caso concreto, passando attraverso un attento bilanciamento dei diritti del minore ed operando, se necessario, anche una compressione di alcuni suoi diritti a vantaggio di altri. Ciò sempre nell'ottica di una maggior tutela degli interessi del fanciullo, inteso non già quale oggetto di diritto, bensì quale soggetto di diritto. C. GARLATTI, *Autorità giudiziaria e interesse superiore del minore*, in *The best interest of the child*, cit., 49 ss.; sul carattere indefinito e polivalente del concetto di *best interest of the child*, v. anche L.A. SCARANO, cit., 107 ss.; V. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 89 ss.; V. R. RIVIELLO,

Quest'ultimo ha acquisito un ruolo centrale nell'ambito dei rapporti di diritto di famiglia, avuto particolare riguardo al c.d. *status filiationis*, al suo diritto di essere ascoltato e di prestare il proprio consenso – e perciò di autodeterminarsi – nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano.

L'autodeterminazione del minore ha assunto rilevanza in settori eterogenei, tra i quali spicca la disciplina in materia di adozione, tematica centrale della presente trattazione che, prima di essere analizzata, rende doveroso un, seppur succinto, approfondimento dei principi costituzionali e sovranazionali concernenti i diritti del minore d'età.

L'affermazione del diritto di autodeterminazione del minore nell'ambito del diritto di famiglia si innesta nel più ampio processo di riconoscimento del minore quale autonomo soggetto di diritto, avviato con la riforma del diritto di famiglia del 1975 e culminato con la riforma dello *status filiationis*, la quale ha sancito l'unicità dello *status* di figlio, eliminando l'ormai desueta distinzione tra figli legittimi, naturali e adottivi².

Le radici di questa evoluzione sono da rinvenire nel contesto di un progressivo riconoscimento di una sfera di autonomia in capo al minore, dipanatosi in tappe legislative intermedie di carattere sovranazionale e costituzionale³.

Secondo autorevole dottrina⁴, la Costituzione ha impresso un mutamento di prospettiva nell'ambito dei diritti del minore e della sua soggettività, passando attraverso la definizione di uno «*statuto dell'infanzia e della gioventù*»⁵ teso alla salvaguardia dei diritti del minore, tanto nei rapporti con i terzi estranei al nucleo familiare, quanto e soprattutto nei rapporti con i genitori. Ciò al preminente fine di garantire un pieno e armonioso sviluppo della personalità del minore all'interno del nucleo familiare di appartenenza⁶.

A simili conclusioni si perviene, anzitutto, guardando al dato letterale delle norme contenute nella Carta costituzionale (artt. 30, 31, 34 e 37 Cost.), che consacrano l'ampia sfera dei diritti del minore⁷, e procedendo a una lettura

L'interesse del minore tra diritto internazionale e multiculturalità, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 21 ss.

² S. SILEONI, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, p. 606.

³ La presa di coscienza del minore come soggetto di diritto si è registrata, a livello internazionale, all'inizio del XX secolo con la Dichiarazione dei diritti del fanciullo di Ginevra del 1924, la Dichiarazione delle Nazioni Unite dei diritti del fanciullo del 1959, i Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, per poi confluire, tale tematica, nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, che, nel riconoscere il principio dell'interesse superiore del fanciullo (c.d. *best interest of the child*), ha di fatto determinato una svolta nel panorama dei diritti del minore. S. SILEONI, cit., p. 612 ss.

⁴ M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, art. 29-31, in G. BRANCA (cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1976, p. 86.

⁵ M. BESSONE, op. cit., *ibidem*.

⁶ Originario ovvero successivo, qualora derivante dal procedimento di adozione.

⁷ Nel dettaglio, l'art. 30 Cost. enuncia il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire, educare i figli (anche se nati fuori dal matrimonio), regola l'assolvimento di tali doveri nell'ipotesi di incapacità dei genitori e accorda, infine, tutela giuridica e sociale ai figli nati fuori dal matrimo-

sistematica di tali disposizioni alla luce del più ampio ventaglio di principi costituzionali, concernenti l'individuo in quanto tale. Questi ultimi, difatti, assolvono la funzione di riconoscere a ciascun soggetto⁸ un'ampia sfera di autonomia e di diritti, allo scopo di un pieno e compiuto sviluppo della persona umana.

Il fanciullo è dunque posto sullo stesso piano giuridico di ogni altro consociato⁹.

Tra i principi che assumono una maggior rilevanza sul piano sistematico (oltre che assiologico), spiccano, evidentemente, gli artt. 2 e 3 Cost, che fungono da vero e proprio pilastro dell'intero impianto costituzionale, da un lato riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, e dall'altro lato imponendo allo Stato di rimuovere tutti gli ostacoli che, in concreto, precludano al soggetto il pieno sviluppo della propria personalità.

Ebbene, atteso il ruolo preminente dello sviluppo della personalità individuale, i principi in parola si attagliano perfettamente alla vulnerabilità e alla sensibilità che caratterizzano il minore d'età, in un periodo della vita in cui lo sviluppo della propria personalità è fisiologico e ontologicamente connaturato alla sua stessa essenza¹⁰.

Emerge, dunque, la centralità della tutela dei diritti fondamentali del minore, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui è inserito, nell'ambito delle quali spicca tra tutte la famiglia, intesa quale principale e primigenia formazione sociale, in cui il minore può armoniosamente svilupparsi e crescere¹¹.

Si coglie così l'importanza della famiglia per il fanciullo, che viene tutelata non solo nella sua formazione originaria (c.d. famiglia nucleare), ma anche in quella derivante da procedimento di adozione, posto che l'art. 1 della L. 184/1983 sancisce il diritto del minore ad avere una famiglia.

Sulla stessa lunghezza d'onda è altresì l'impianto normativo sovranazionale.

Nel diritto internazionale ed europeo, difatti, si rinvencono numerose Convenzioni e Trattati tesi alla cura e alla tutela dei diritti del fanciullo, nell'ottica del c.d. *best interest of the child*.

nio; l'art. 31 Cost. prevede forme di aiuto e sostegno alle famiglie numerose per il compimento dei relativi compiti, nonché protezione alla maternità, all'infanzia e alla gioventù; l'art. 34 Cost., concernente il diritto all'istruzione inferiore obbligatoria e gratuita, nonché il diritto dei soggetti più capaci e meritevoli ad accedere ai più alti gradi di studio, ancorché privi dei necessari mezzi economici; l'art. 37 Cost., contenente una riserva di legge in merito alla fissazione di un limite minimo di età per il lavoro salariato, definendo coi forme di tutela del lavoro minorile e del diritto alla parità di retribuzione rispetto ai maggiorenni. Sul punto v. M. DOGLIOTTI, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia, Filiazione, adozione, alimenti*, T. Auletta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, 404; ID, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 1977, p. 1488 ss.; M. BESSONE – G. ALPA – A. D'ANGELO – G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 18 ss.; A.C. MORO, *Il diritto dei minori*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 368 ss.; G. GIACOBBE, *Interesse del minore: problematiche interpretative*, in *The best interest of the child*, cit., p. 63 ss.

⁸ Maggiore o minore d'età.

⁹ M. DOGLIOTTI, *Trattato di diritto privato*, cit., p. 405.

¹⁰ M. DOGLIOTTI, *ibidem*.

¹¹ G. GIACOBBE, *ibidem*.

Quest'ultimo costituisce un elemento cardine dell'intero impianto sovranazionale, che assume rilevanza nell'ambito del diritto di famiglia e, segnatamente, in tema di adozione del minore, passando attraverso l'istituto dell'ascolto del bambino nei procedimenti che lo riguardano.

Nello specifico, tra le numerose convenzioni internazionali a protezione del minore¹² spicca tra tutte la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, approvata dall'Onu il 20.11.1989 e ratificata dall'Italia con la Legge 27 maggio 1991, n. 179, da intendersi alla stregua di uno "*statuto internazionale dei diritti dell'infanzia*"¹³.

A mente della citata Convenzione, il minore non solo deve essere protetto, ma deve anche essere ascoltato e rispettato con riguardo a qualunque decisione concernente la sua personalità¹⁴.

In ottica europea, assume particolare rilievo la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, firmata a Strasburgo il 25.1.1996 e ratificata ed eseguita dall'Italia con la Legge 20 marzo 2003, n. 77, che enuclea in termini specifici e disciplina il diritto del minore di essere informato ed ascoltato in tutti i procedimenti che lo coinvolgono¹⁵.

Sempre a livello europeo e in materia di adozione, occorre menzionare la nuova Convenzione europea sull'adozione dei minori, siglata a Strasburgo il 27 novembre 2008, che all'art. 5 par. 1 b) ribadisce la necessità del consenso del minore dotato di adeguata capacità di discernimento.

¹² Tra le altre, occorre indubbiamente considerare: la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, approvata dall'assemblea dell'Onu il 20.11.1959, che, con particolare riguardo al principio n. 6, evidenzia la necessità per il bambino di crescere in un ambiente familiare idoneo, al fine di un armonioso sviluppo della sua personalità; la Convenzione internazionale sui diritti del bambino, approvata dall'Onu il 20.11.1989, che ancorché priva di efficacia vincolante per gli Stati, è da intendersi quale paradigma interpretativo per i legislatori nazionali nella definizione dei principi generali in materia di minori; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York il 16.12.1966, che, analogamente al nostrano art. 31 Cost., sancisce l'obbligo per gli Stati aderenti di garantire alle famiglie un adeguato sostegno per la cura dei figli. P. MOROZZO DELLA ROCCA, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia – leggi collegate, sub art. 1 L. 4 maggio 1983, n. 184*, (a cura di) L. Balestra, Utet, Milano, 2010, p. 15.

¹³ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *ibidem*.

¹⁴ Segnatamente, gli artt. 10 e 11 si occupano dell'adozione, sancendo i criteri fondamentali da rispettare nell'ambito di tale procedimento, al fine di accordare massima tutela e protezione al fanciullo ivi coinvolto (P. MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 16.); viceversa, l'art. 12 vincola gli Stati firmatari a garantire al minore capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su qualsivoglia questione che lo riguardi e, al contempo, impone al giudice di vagliare, caso per caso, la capacità di discernimento del fanciullo, in base alla sua età e al suo grado di maturità (L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. II, *Filiazione*, G. Collura – L. Lenti – M. Mantovani (a cura di), II ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 846).

¹⁵ Nello specifico, all'art. 3 è sancito il diritto del minore a essere ascoltato, qualora sia dotato di un sufficiente grado di discernimento, nonché il diritto a essere adeguatamente informato nelle more dei procedimenti che lo coinvolgono, a essere consultato, a esprimere la propria opinione e a essere informato sulle eventuali conseguenze derivanti dall'esternazione della propria volontà. L. FADIGA, *ibidem*.

2. Ascolto e audizione del minore: ratio e finalità dell'istituto

Alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali in tema di diritti del fanciullo, emerge la centralità del suo ascolto nell'ambito del diritto minorile.

L'ascolto del minore è, anzitutto, da qualificarsi alla stregua di un diritto soggettivo assoluto, posto a presidio dell'affermazione della personalità e dell'identità del minore, mediante l'espressione delle proprie opinioni su qualsivoglia scelta in grado di condizionare la sua sfera esistenziale e relazionale¹⁶. Esso, invero, è lo strumento mediante il quale il fanciullo può partecipare ai procedimenti che lo riguardano, valorizzandone la sensibilità e la sfera personale ed emotiva.

Le peculiarità della figura in analisi si rinvencono, *in primis*, passando attraverso un'analisi semantica del termine *ascolto* in contrapposizione al termine *audizione*, anche alla luce delle scienze psicologiche che, in tale materia, offrono un importante apporto dal quale prendere le mosse, per un'efficace ricostruzione della sfera dei diritti in capo al minore.

Nella radice del termine *ascolto* si rinviene il verbo *cogliere*, o per meglio dire il verbo *accogliere*, per cui la frase «ti ascolto» andrebbe quasi interpretata come «ti ho accolto», con conseguente valorizzazione di tutti i profili di personalità e di empatia che connotano l'atto di ascoltare.

Profili, questi ultimi, che viceversa difettano nel termine *audizione*, nel quale si rintraccia la radice del verbo *udire*, e dunque *sentire*, con conseguente maggior estraneità e terzietà dell'uditore rispetto all'ascoltatore.

¹⁶ L'ascolto e la partecipazione del minore nei procedimenti che lo riguardano sono strumenti tesi a favorire la realizzazione del *best interest of the child*, passando attraverso un bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, allo scopo di evitare che l'interesse del minore possa essere piegato alla realizzazione dell'interesse degli adulti. V.V. SCALISI, *Superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.* 2018, I, p. 406 ss.

Sul diritto all'ascolto del minore, si rinvia a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Roma-Napoli, 1975, p. 29 ss.; ID., voce *Capacità (Diritto privato)*, in *Enc. giur.*, 5, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. MANERA, *Brevi osservazioni sulla pretesa necessità dell'audizione del minore nella procedura di adottabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 3, p. 1383 ss.; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, 2, p. 590 ss.; G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 22 ss.; ID., *Il diritto all'ascolto*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 129 ss.; F.R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione di Strasburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 2, p. 353 ss.; F. ASTIGGIANO, *Ascolto del minore (infra)dodicenne nel procedimento di adozione in appello*, in *Fam. dir.*, 2012, 3, p. 888 ss.; F. TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2012, 1, p. 37 ss.; C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Leggi civ. comm.*, 2013, 3, p. 546 ss.; P. VIRGADAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Dir. fam.*, 2014, 4, p. 1656 ss.; L.A. ANTONUCCI – R. CASSIBBA – G. CASTORO, *La mitezza: saper parlare con un bambino*, in *Minorigiustizia*, 2015, 1, p. 166 ss.; R. PESCE, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Fam. dir.*, 2015, 3, p. 252 ss.; I. BITONTI, *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 1069 ss.

Già a livello meramente letterale intercorre un'importante differenza tra l'audizione e l'ascolto, atteso che mentre la prima serba un sé un profilo di estraneità e di passività dell'uditore, il secondo è invece connotato da maggior empatia e coinvolgimento attivo dell'ascoltatore.

Icasticamente, può dirsi che «*si sente e si ode con le orecchie, si ascolta col cuore*»¹⁷.

Attraverso l'ascolto, il bambino entra nel procedimento e vi partecipa in maniera consapevole e informata, al fine di compartecipare alla formazione della decisione che lo riguarda e che andrà a incidere sulle sorti della propria vita¹⁸.

Così, il minore da un lato partecipa alla propria tutela, senza tuttavia costituire un vero e proprio strumento di autodifesa; dall'altro lato, egli ha la possibilità di comunicare direttamente ciascuna sua sensazione e preferenza al giudice, che non potrà non tenerne conto nell'adottare importanti decisioni per la vita del minore¹⁹. Il minore, invero, è soltanto ascoltato nei procedimenti che lo riguardano, ma è privo di un autonomo potere di scelta, rimessa alla discrezionalità del giudice, alla luce delle specificità del caso concreto.

Ebbene, come sostenuto da parte della dottrina²⁰, il diritto del minore ad essere ascoltato «*assurge a clausola generale alla quale bisogna dare piena attuazione ogni qualvolta lo richieda l'interesse del minore*».

A un simile approccio metodologico si è pervenuti a seguito di un'evoluzione dell'interpretazione del ruolo ricoperto dal minore nei procedimenti che lo coinvolgono – concernenti, ben inteso, esclusivamente questioni di natura personale e non anche patrimoniale del fanciullo – passando dall'originaria idea che la sua opinione ricoprisse un ruolo marginale e secondario, all'attuale impostazione secondo cui l'ascolto del minore assurge a elemento imprescindibile di qualunque procedimento.

L'ascolto non si arresta al piano della mera audizione, ma costituisce un *quid pluris*, e benché lo stesso costituisca – almeno *latu sensu* – un atto istruttorio, non è comunque assimilabile a nessun'altro istituto processuale.

Esso fa parte dell'istruttoria in quanto consente al giudice un'adeguata e completa cognizione del *thema decidendum*²¹, ma ad ogni modo la sua unica funzione è quella di orientare il giudice nell'assunzione delle decisioni necessarie e maggiormente conformi alla necessità del bambino.

Ne consegue che la figura in analisi assume una connotazione *sui generis*, non potendosi assimilare ad alcuno dei mezzi di prova tipici, quali l'interro-

¹⁷ L. QUERZOLA, *L'audizione del minore alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali e del legislatore*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, p.1136.

¹⁸ A. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*; P. PAZÈ, *L'ascolto del bambino nel procedimento civile minorile*, in *Dir. famiglia*, 3, 2006, p. 1334 ss.

¹⁹ P. PAZÈ, *ibidem*.

²⁰ V. BARELA, *L'affidamento familiare*, in G. AUTORINO STANZIONE, cit., p. 347.

²¹ Sull'ascolto quale vero e proprio mezzo di prova, cfr. G. SERGIO, cit., p. 597.

gatorio libero della parte ovvero la testimonianza²². Questi ultimi si sostanziano nel racconto e nella descrizione di fatti da parte della persona che viene sentita nel corso del giudizio, e costituiscono strumenti processuali miranti alla ricostruzione della realtà fattuale e alla raccolta di fatti decisivi per l'esito finale del giudizio²³.

L'ascolto del minore non è certamente testimonianza atteso che, nell'ambito del procedimento che lo riguarda, il fanciullo non può considerarsi un terzo estraneo al processo e depone su temi che attengono alla sua sfera personale, esprimendo le proprie sensazioni e valutazioni; né, tanto meno, è paragonabile all'interrogatorio libero, in quanto sotto il profilo dei presupposti, non sempre il minore è parte del processo²⁴.

In ragione di tali differenze, si comprende come l'ascolto del minore non si fermi alla sua mera audizione, alla stregua di un ordinario mezzo di prova, ma rappresenta un istituto tipizzato e, secondo autorevole dottrina²⁵, un vero e proprio «*momento formale del procedimento*».

Il minore, invero, è sentito in quanto soggetto di diritto, allo scopo di raccogliere qualunque sua opinione, sensazione e desiderio, assumendo così un ruolo centrale e, al contempo, relegando a una posizione marginale e subordinata la ricostruzione fattuale della vicenda e la ricerca delle prove, a tutto vantaggio della sfera personale, emotiva e psicologica del bambino.

²² Per un'attenta analisi sul punto v. A. DELL'ANTONIO, cit., pp. 148-152.

²³ Sul punto, è opportuno evidenziare che tali mezzi di prova sollevano alcune questioni problematiche qualora il soggetto esaminato sia un minore d'età, in ordine sia alle modalità con le quali svolgere l'intervista, sia ai criteri di valutazione delle informazioni acquisite, che richiedono la previa analisi delle capacità cognitive e della condizione psicologica del minore interrogato (in tema v. A. MESTITZ (a cura di), *Chiedere, rispondere e ricordare. Interviste con minorenni vittime o testimoni in ambito giudiziario*, Carocci, Roma, 2003, *passim*). In quest'ottica, vanno interpretate le numerose norme di diritto processuale minorile che, nel disciplinare l'esame dei fanciulli allo scopo di garantirne la genuinità e non falsarne in alcun modo il risultato, affermano la necessità di un adeguato contraddittorio processuale. Nell'ambito dell'interrogatorio e della testimonianza, inoltre, i fatti narrati e descritti dal minore durante la sua audizione vertono non già su circostanze relative alla propria sfera personale e perciò poste nel suo esclusivo e preminente interesse, bensì su elementi che interessano in via esclusiva i soggetti che pongono le domande al minore, ovvero sia il giudice, il PM, il poliziotto o il difensore. P. PAZÈ, cit., p. 1341.

²⁴ F. DANOVÌ, L'ascolto del minore nel processo civile, in *dir. fam.*, 4, 2014, p. 1592 ss. Sulla distinzione tra ascolto del minore e comuni mezzi di prova, in giurisprudenza v. Cass. 26 marzo 2010 n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 268 ss., con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; Cass. 10 giugno 2011 n. 12739, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 37 ss., con nota di F. TOMMASEO, cit., p. 39 ss. In dottrina, v. P. PAZÈ, *ibidem*; A. DELL'ANTONIO, *ibidem*; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, vol. 6, n. 4, 2006, p. 1074; M. DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Fam. e dir.*, 3, 2013, p. 285; F. DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. e dir.*, 5, 2014, p. 535 ss.

²⁵ V. CARBONE, *L'audizione è obbligatoria, come ribadito dalla recente legge 219/2012 sulla filiazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1029.

In questo ambito, quindi, a differenza dell'interrogatorio e della testimonianza, rileva non già l'attendibilità del minore, bensì la sua persona, con ogni sentimento ed emozione che lo connotano in quanto tale²⁶.

3. *Ascolto e consenso del minore in materia di adozione*

L'ascolto del minore e il suo consenso assumono particolare rilievo nell'ambito del procedimento di adozione e di affidamento preadottivo, di cui alla L. 184/1983.

L'intero impianto normativo tracciato dalla suddetta legge è finalisticamente orientato ad assicurare al minore una famiglia in cui crescere e sviluppare la propria personalità, come espressamente sancito dall'art. 1 della legge in esame, che consacra il diritto del fanciullo a una famiglia²⁷.

L'interesse primario ed esclusivo presidiato dalla disciplina sull'adozione è soltanto quello del minore, affinché riceva un'educazione in un ambiente ido-

²⁶ R. LOMBARDI - M. TAFÀ, *Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione*, in *Minorigiustizia*, 4, 1998, p. 85.

²⁷ Il diritto in parola viene garantito passando attraverso il procedimento di adozione, qualora il minore sia sprovvisto di un ambiente familiare idoneo a garantirgli un'educazione adeguata e una piena e armoniosa crescita personale, non soltanto nel caso di totale stato di abbandono, ma anche nel caso in cui la sua permanenza nel nucleo familiare originario – di matrice biologica – possa addirittura pregiudicare le sue naturali inclinazioni. P. MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 8.

Quanto alla natura del diritto in esame, esso è qualificabile alla stregua di un diritto assoluto del minore, opponibile non solo alla generalità dei consociati, che devono astenersi dal compimento di condotte dolose o colpose idonee a sottrarre il bambino dal proprio nucleo familiare, ma anche nei confronti dello Stato, che è chiamato, da un lato, a rispettare i rapporti familiari e relazionali che si instaurano tra il minore e la propria famiglia, e dall'altro lato, ad accordare al minore l'assistenza necessaria per realizzare l'interesse a restare in famiglia. C. M. BIANCA, *L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in *The best interest of the child*, cit., p. 255 ss.; sul punto v. anche E. QUADRI, *Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia"*, in *The best interest of the child*, cit., p. 263.

Occorre evidenziare un apparente contrasto normativo tra la rubrica della legge sull'adozione che sancisce, in generale, il diritto del minore a una famiglia, e l'art. 1 della citata legge che, viceversa, prevede il diritto del fanciullo di crescere ed essere educato nella propria famiglia. Il contrasto, secondo autorevole dottrina, è solo apparente, atteso che il minore ha, primariamente, diritto alla propria famiglia e, soltanto in subordine, laddove tale diritto sia irrealizzabile, ha diritto a una famiglia, ovvero sia all'instaurazione di un nuovo nucleo familiare, per ritrovare ciò che non ha potuto trovare nella famiglia originaria. Per questo, la normativa sull'adozione prescrive, come requisito necessario degli adottanti ovvero degli affidatari, la capacità affettiva, in quanto ciò che il minore deve ritrovare nel nuovo nucleo familiare è proprio l'affetto dei suoi genitori. L'allontanamento del minore dalla propria famiglia è un'*extrema ratio*, praticabile soltanto nei casi in cui la sua permanenza nel nucleo familiare originario risulti controproducente. C. M. BIANCA, *Il diritto alla famiglia*, in *La convenzione della Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, p. 241.

neo allo sviluppo della sua personalità, al pari di quanto normalmente accade nell'ambito della famiglia naturale²⁸.

In quest'ottica di massima cura e attenzione alla sfera del minore al fine di un pieno e armonioso sviluppo della propria personalità, il suo ascolto e il suo consenso assumono un ruolo centrale nell'ambito del procedimento di adozione e di affidamento preadottivo.

La Suprema Corte, nel pronunciarsi sull'argomento, con un arresto ormai risalente²⁹ ha tracciato le linee essenziali e peculiari degli istituti in analisi, evidenziando che: «*nella disciplina dell'adozione dettata dalla l. n. 184 del 1983, l'esigenza di ascoltare il minore — nella duplice previsione, obbligatoria per gli ultradodocenni e facoltativa per gli infradodocenni — costituisce una costante (vedi artt.: 7 e 25 per la dichiarazione di adozione, 10 e 15 in tema di adottabilità, 22 e 23 in tema di affidamento preadottivo) intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del minore in relazione a provvedimento che nel suo interesse trovano la loro ragione d'essere. I provvedimenti nell'interesse del minore, pertanto, non vanno stabiliti 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 col soggetto interessato*».

Ebbene, da tale massima è possibile desumere che le figure dell'ascolto e del consenso del fanciullo fungono da criterio fondamentale per orientare la discrezionalità del giudice nell'adozione della soluzione del caso concreto.

Ciò è tuttavia possibile purché il minore sia dotato di un'adeguata maturità psichica, da valutarsi caso per caso da parte del giudice, che si esplica nella c.d. *capacità di discernimento*, ovvero sia nella «*idoneità (del minore, ndr.) a vagliare quelle situazioni giuridiche soggettive di natura strettamente personale ed esistenziale, nelle quali si appalesa indispensabile riconoscere al minore una propria autonomia di giudizio*»³⁰.

Tale locuzione è stata introdotta con la riforma in materia di adozione operata dalla L. 28 marzo 2001, n. 149, ancorché già ampiamente tratteggiata e fatta propria da un'attenta dottrina³¹, secondo cui la «capacità di discernimento» andava interpretata non già alla stregua di una nuova categoria dogmatica, bensì del riconoscimento in capo al fanciullo di un'autonoma capacità di giudizio in ordine alle scelte di vita che lo coinvolgono³².

²⁸ D. APICELLA, *Il procedimento di adozione*, in G. AUTORINO STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza – Trattato teorico pratico vol. IV – La filiazione, la potestà dei genitori, gli istituti di protezione del minore*, II ed., Giappichelli, Torino, p. 439.

²⁹ Cass. Civ., 23 luglio 1997, n. 6899, *FD*, 1997, p. 523; nello stesso senso, Cass. Civ., 21 marzo 2003, n. 4124, *FD* 2004, p. 25.

³⁰ V. BARELA, *ibidem*.

³¹ Sul punto v. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Roma-Napoli, 1975, *passim*; ID., *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1157 ss.

³² Peraltro, pare opportuno evidenziare che per cogliere appieno l'essenza della capacità in analisi è necessario superare la rigida distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, in favore di un'interpretazione più elastica delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo

Ciò posto, le norme della legge sull'adozione che espressamente contemplano l'ascolto e il consenso del minore sono gli artt. 7, 10, 15, 22, 23 e 25, i quali, relativamente ad ambiti diversi – ovvero sia l'adottabilità (artt. 10 e 15), la dichiarazione di adozione (artt. 7 e 25) e l'affidamento preadottivo (artt. 22 e 23) – sanciscono le modalità attraverso cui, nelle more del procedimento, il giudice deve provvedere all'ascolto ovvero alla ricezione del consenso del minore.

Si rende dunque doverosa una breve disamina delle citate norme.

3.1. *Consenso e ascolto nella dichiarazione di adozione*

L'adozione del minore, a mente del citato art. 7, è consentita in favore di minori dichiarati in stato di adottabilità, ma presuppone – ai sensi del comma secondo e terzo – il *consenso* del minore quattordicenne, ovvero la sua *audizione* se dodicenne o di età inferiore, purché in tal caso abbia sufficiente capacità di discernimento.

Le citate previsioni normative danno, così, piena attuazione al diritto del fanciullo ad essere ascoltato e, crescendo, di poter esprimere le proprie preferenze circa la sua sfera di interessi personali; esse definiscono altresì una regola giuridica, da intendersi alla stregua di una massima di esperienza, secondo cui non sempre alla mancanza della famiglia d'origine può ovviarsi mediante l'inserimento del minore nella famiglia adottiva, laddove il fanciullo stesso manifesti i segnali dell'eventuale pregiudizio che patirebbe nel dover instaurare nuovi legami affettivi con i genitori adottivi³³.

Dall'analisi dei commi 2 e 3 del citato art. 7 è possibile distinguere tre ipotesi eterogenee.

Prima tra tutte quella delineata dal comma 2, che concerne il consenso del minore che abbia compiuto i quattordici anni – anche nelle more del procedimento di adozione, così avvalorando maggiormente il suo ruolo attivo nel corso dell'intera fase giurisdizionale, sostanzandosi dapprima nella sua mera audizione e successivamente nella prestazione del proprio consenso –, da intendersi quale atto personalissimo, liberamente revocabile fino alla pronuncia sull'adozione, che benché non presupponga particolari requisiti formali è comunque necessario ai fini della validità della sentenza di adozione, altrimenti censurabile in sede di impugnazione³⁴.

La seconda fattispecie è quella tracciata dalla prima parte del comma 3 dell'art. 7, che prevede l'audizione personale del minore dodicenne, mentre la terza ipotesi è desumibile dal prosieguo del medesimo comma 3 e consente

al minore, alla luce dei sopra esaminati principi costituzionali ed internazionali. V. BARELA, *ibidem*.

³³ Sul punto, v. P. STANZIONE, *Adozione e capacità di discernimento, Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, F. Ruscello (a cura di), Cedam, Padova, 2005, p. 113.

³⁴ M. DOGLIOTTI, *Trattato di diritto privato*, cit., p. 425 ss.; L. ORSINGHER, *L'adozione, in Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali, La filiazione e l'adozione*, G. Cassano (a cura di), IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 412.

l'ascolto del minore infradodicesenne, purché munito di adeguata capacità di discernimento.

Quest'ultima fattispecie costituisce, invero, l'esito della Novella del 2001 (Legge 28 marzo 2001, n.149), che ha riformato l'originario dettato normativo di cui alla legge del 1983.

Originariamente, infatti, l'età minima prevista per procedere all'ascolto del minore era fissata con il compimento del dodicesimo anno di età e, nel caso di bambino di età inferiore, era rimessa alla discrezionalità del giudice la decisione se procedere o meno all'ascolto, sulla scorta di una valutazione di opportunità, e purché l'ascolto non pregiudicasse il minore; viceversa, la riforma del 2001 ha modificato il criterio in base al quale procedere all'ascolto del minore infradodicesenne, introducendo la figura della capacità di discernimento e rendendo obbligatorio tale ascolto, qualora il minore sia ritenuto munito di detta capacità, senza più alcun riferimento all'opportunità dell'audizione e all'eventuale carattere pregiudizievole della medesima³⁵.

Pare inoltre opportuno evidenziare che nel caso del minore dodicesenne il suo ascolto è condizione di validità del provvedimento di adozione – di talché la sua mancata audizione sarà censurabile come motivo di impugnazione della sentenza di adozione, analogamente a quanto visto in relazione al consenso del quattordicesenne –, viceversa, l'ascolto del fanciullo di età inferiore ai dodici anni ha carattere eventuale, posto che la valutazione sulla sua capacità di discernimento è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, alla luce delle specificità del caso concreto³⁶, per cui, in tal caso, la mancata audizione del minore sarà censurabile in termini diversi – non già meramente procedurali, bensì e più marcatamente sostanziali e fattuali – rispetto all'analogia ipotesi del mancato consenso, ovvero, ascolto del minore interessato.

Sul punto, è bene segnalare le perplessità sollevate da parte della dottrina³⁷ in merito al mancato coordinamento tra il secondo comma e il terzo comma parte II dell'art. 7, nella misura in cui il Legislatore non si sarebbe occupato dell'ipotesi del consenso vincolante del minore infraquattordicesenne capace di autodeterminarsi.

A simile critica, altra dottrina ha replicato evidenziando che sono insite nel prudente apprezzamento del giudice sia la valutazione circa la sufficiente capacità di autodeterminazione del minore non ancora quattordicesenne, sia la decisione di non rendere dirimente il consenso prestato dal quattordicesenne che si mostri non sufficientemente maturo, andando così a colmare in via ermeneutica le eventuali lacune normative³⁸.

³⁵ L. FADIGA, cit., p. 845 ss.

³⁶ P. STANZIONE, *Adozione e capacità di discernimento*, cit., p. 120; P. MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 55.

³⁷ L. ROSSI CARLEO, *La nuova legge sul diritto del minore alla propria famiglia: i traguardi mancati*, in *Famiglia*, 3, 2001, p. 545.

³⁸ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *ibidem*.

Sempre in tema di sentenza di adozione, il consenso del minore rileva ai sensi del primo comma dell'art. 25 L. 184/1983, a mente del quale, trascorso un anno dall'affidamento preadottivo, il giudice deve procedere all'audizione sia degli adottanti sia del minore dodicenne o di età inferiore, qualora capace di discernimento, nonché acquisire il consenso espresso del minore quattordicenne all'adozione in favore della coppia prescelta. In particolare, il consenso del minore di età superiore ai 14 anni, che deve essere prestato personalmente al presidente del Tribunale e raccolto in apposto verbale, si presenta come elemento costitutivo di una fattispecie complessa e non richiede, al pari del suo dinego, una motivazione espressa³⁹.

3.2. *Consenso e ascolto nella dichiarazione di adottabilità*

Considerazioni analoghe a quelle sopra svolte in merito alla rilevanza del consenso e dell'ascolto del minore nell'ambito del procedimento di adozione possono spendersi con riguardo alla dichiarazione di adottabilità, di cui agli artt. 10 e 15 della Legge in esame.

Invero, le figure in analisi, alla luce dei principi nazionali e sovranazionali esaminati nella parte introduttiva della presente trattazione, permeano qualsivoglia procedimento che involga l'interesse del minore e incida sullo sviluppo della sua personalità.

Nello specifico, ai sensi del quinto comma dell'art. 10, il Tribunale, a seguito dei provvedimenti temporanei e urgenti adottati nell'interesse del minore, per confermarli, modificarli o revocarli deve provvedere all'audizione di tutte le parti interessate, tra cui evidentemente il minore che abbia compiuto di dodici anni, ovvero di età inferiore purché capace di discernimento. L'audizione, in tale contesto, funge da strumento di preventiva informazione del minore, circa il fatto che sarà adottato un provvedimento che lo riguarda, nonché relativamente alle conseguenze e alla rilevanza delle opinioni che andrà a manifestare in seno a tale procedimento⁴⁰.

Parimenti, il comma secondo dell'art. 15 contempla l'audizione del minore dodicenne, ovvero infradodicenne in considerazione della sua capacità di discernimento, quale presupposto necessario ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità. Pure in tal caso, l'approccio valutativo che il giudice deve adottare per vagliare la capacità di discernimento del minore è il medesimo rispetto a quanto esaminato con riguardo al terzo comma dell'art. 7.

L'audizione del minore ultradodicenne assume, dunque, il carattere della necessità e di presupposto di validità della sentenza dichiarativa dello stato di adottabilità, a pena di nullità di quest'ultima, deducibile esclusivamente

³⁹ J. C. BARCATI, in *Diritto di famiglia – Formulario commentato – Profili sostanziali e processuali*, sub art. 25 L. 4 maggio 1983, n. 184, P. Corder - G.M. Uda (a cura di), 4 ed., Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 1989.

⁴⁰ M. A. IANNICELLI, in *Diritto di famiglia – Formulario commentato*, cit., sub art. 10 L. 4 maggio 1983, n. 184, p. 1852.

dalle parti e non anche rilevabile d'ufficio; viceversa, l'ascolto del minore infradodicesimo si connota come facoltativo ed eventuale, alla luce della valutazione operata dal Tribunale in merito alla capacità di discernimento del fanciullo; è bene precisare che simile valutazione pone uno specifico onere di motivazione in capo al giudice, soprattutto nel caso di omissione dell'ascolto del minore, previsto a pena di nullità della declaratoria dello stato di adottabilità per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo⁴¹.

3.3. *Consenso e ascolto nell'affidamento preadottivo*

L'audizione del minore rileva altresì in materia di affidamento preadottivo, come si evince dall'esame degli artt. 22 comma 6 e 23 comma 1 della Legge sull'adozione.

Segnatamente, la prima delle citate norme prevede che, compiuta l'istruttoria tesa all'individuazione della coppia di coniugi più adatta a soddisfare le esigenze del minore, il Tribunale procede in camera di consiglio all'audizione del fanciullo, oltre che delle altre parti del procedimento – ovverosia PM e ascendenti degli adottanti – al fine di una più compiuta e ponderata valutazione della fattispecie⁴².

Il criterio dell'ascolto del minore è il medesimo che ispira l'intera disciplina in materia di adozione, ovverosia la capacità di discernimento del fanciullo, per la cui disamina si rinvia alle considerazioni precedentemente svolte.

Il Tribunale deve, difatti, procedere all'audizione del minore ultradodicesimo ovvero di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento, da valutarsi caso per caso; laddove il minore sia ultraquattordicesimo è altresì necessario il suo consenso – peraltro non motivato, al pari del suo dissenso –, il quale è da intendersi non già alla stregua di un negozio familiare costitutivo del rapporto di affidamento, bensì quale mero atto autorizzativo che consente la costituzione di detto rapporto ad opera del Giudice⁴³.

L'ascolto del minore rileva, infine, in materia di revoca dell'affidamento preadottivo, che avviene d'ufficio o su istanza del PM, del tutore o dei servizi sociali preposti alla vigilanza del minore ed è disposto con decreto motivato del Tribunale per i minorenni.

L'emissione di tale decreto richiede, ad ogni modo, la previa audizione delle parti del procedimento, tra cui figura anzitutto il minore ultradodicesimo, ovvero infradodicesimo qualora il Giudice lo consideri capace di discernimento, così come previsto dal primo comma dell'art. 23 L. 184/1983.

Ciò, evidentemente, in piena coerenza con l'intero impianto normativo delineato dalla legge sull'adozione, che sancisce l'opportunità di un costante e

⁴¹ J. C. BARCATI, cit., *sub art. 15 L. 4 maggio 1983, n. 184*, p. 1897.

⁴² L. ORSINGER, *L'affidamento familiare*, in *Il diritto di famiglia*, cit., p. 439.

⁴³ F. CHIRONI, in *Diritto di famiglia – Formulario commentato*, cit., *sub art. 22 L. 4 maggio 1983, n. 184*, p. 1967.

non trascurabile coinvolgimento del minore nei procedimenti che riguardino, in via primaria ed esclusiva, la sfera dei suoi interessi.

Tutto ciò allo scopo di consentire al fanciullo di esprimere la propria volontà e le proprie preferenze in relazione alla sua condizione psicologica, derivante sia dall'originario stato di abbandono e di assenza di un nucleo familiare dal quale ricevere l'affetto e le cure necessarie a un armonioso sviluppo della propria personalità, sia dai rapporti con la coppia di coniugi ritenuta più adatta alle sue esigenze.

4. Modalità dell'ascolto

I delicati e intimi aspetti emotivi e personali del minore, sui quali i procedimenti di adozione e di affidamento preadottivo vanno a incidere, impongono una particolare attenzione con riguardo alle modalità dell'ascolto.

Il minore, invero, è un soggetto fragile sotto il profilo psicologico, soprattutto in ragione dell'assenza di quel punto di riferimento – quale la famiglia – che costituisce la sua stella polare durante gli anni di crescita e di sviluppo della personalità.

L'ascolto e il consenso del minore se, da un lato, assumono carattere obbligatorio e doveroso per il Tribunale – specie nell'ipotesi dell'ultradodicesimo e del quattordicesimo, atteso che nel caso di minore di dodici anni è necessaria una previa valutazione della sua capacità di discernimento –, dall'altro lato è opportuno che passino attraverso modalità non già ordinarie⁴⁴, bensì particolari, che tengano conto della particolare vulnerabilità e sensibilità del minore.

Il dato normativo non conforta, tuttavia, tale impostazione, tacendo sul punto.

A tale silenzio occorre quindi ovviare sotto il profilo pratico-applicativo, rimettendo alla discrezionalità – o per meglio dire alla sensibilità – del giudice la prudente valutazione circa le modalità di ascolto più adeguate al caso concreto, al fine di evitare turbamenti e condizionamenti del minore⁴⁵.

Attese la sensibilità e la vulnerabilità del fanciullo, è possibile comunque tracciare dei criteri di massima, per orientare le modalità dell'ascolto, valevoli non soltanto per il procedimento di adozione, ma, in generale, per qualsiasi procedimento che veda coinvolto un minore.

Pare, infatti, preferibile che il fanciullo venga sentito da un giudice, togato od onorario, disgiuntamente o congiuntamente, secondo la prudente valuta-

⁴⁴ Sulle peculiarità dell'ascolto del minore e sulle sue differenze rispetto ai comuni mezzi di prova, tra cui la testimonianza e l'interrogatorio, si rinvia a quanto evidenziato nel precedente paragrafo 2 della presente disamina.

⁴⁵ Sul punto, cfr. Cass. Civ. ord. 24 luglio 2013, n. 17992, in M. A. IANNICELLI, cit., pp. 1863 ss.; Cass. Civ., 27 agosto 2004, n. 17110, *GD* 2004, pp. 37, 52; Cass. Civ., 19 dicembre 2002, n. 18123, M. A. IANNICELLI, *ibidem*.

zione del collegio, in un ambiente confidenziale e sufficientemente informale, tale da non intimidire il minore e da non precludergli ogni forma di dialogo con il proprio interlocutore. Ciò al precipuo fine di non trasformare un momento centrale del procedimento di adozione in una mera formalità, ininfluyente ai fini dell'esito del giudizio.

In tale contesto, si ravvisa l'opportunità di un'assistenza da parte di un operatore sociale, esperto in psicologia, o di una persona di cui il minore si fidi, purché terza rispetto agli adottanti⁴⁶.

Rientra, invero, nella discrezionalità del giudice la facoltà di disporre un'audizione protetta ed indiretta del minore a un'opera di uno psicologo, ai sensi dell'articolo 68 c.p.c.⁴⁷.

L'ascolto del minore può passare attraverso modalità eterogenee, tra le quali spiccano l'*ascolto diretto* e l'*ascolto indiretto*, così come previsto dall'art. 12 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989.

La principale differenza tra le due figure risiede nel fatto che mentre l'ascolto diretto è svolto dal titolare della procedura, e quindi dal giudice, quello indiretto avviene mediante un rappresentante del minore ovvero tramite un organo a ciò preposto, che poi riferiscono al giudice l'opinione del minore. Il risultato a cui pervengono le due modalità di ascolto è, ad ogni modo, il medesimo: far pervenire al giudice le opinioni e le preferenze del fanciullo, al fine di orientarne la decisione finale⁴⁸.

Sul punto, è bene precisare che, normalmente, vale la seguente distinzione: laddove la legge dispone espressamente la necessità dell'ascolto del minore – come peraltro avviene nell'ambito dell'adozione e dell'affidamento preadottivo – si ritiene preferibile passare attraverso la modalità dell'ascolto diretto, mentre negli altri settori del diritto minorile, in difetto di una norma *ad hoc*, trova applicazione l'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, che sancisce un'equipollenza tra le due esaminate modalità di ascolto⁴⁹.

Ciò non toglie che il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, ritenga maggiormente conforme alle esigenze del minore e al suo stato psicologico procedere alla sua audizione mediante le forme dell'ascolto indiretto.

La figura dell'ascolto diretto è tuttavia spesso preferita nella prassi, attesa la sua attitudine a consentire al giudice una più completa presa di coscienza delle peculiarità caratteriali ed emotive del minore, delle sue relazioni sociali e delle sue particolarità sotto il profilo psicologico, con l'obiettivo di addivenire a una decisione che si attagli maggiormente alle specificità caso concreto.

Con l'ascolto, invero, si evitano «*decisioni zoppe*»⁵⁰, poiché il giudice, attraverso questo strumento, ha una visione completa e dettagliata della fattispe-

⁴⁶ L. FADIGA, cit., p. 847.

⁴⁷ M. A. IANNICELLI, cit., p. 1852.

⁴⁸ P. PAZÈ, cit., p. 1341.

⁴⁹ P. PAZÈ, *ibidem*.

⁵⁰ P. PAZÈ, *ibidem*

cie, potendo così decidere circa la rescissione ovvero il risanamento di legami affettivi deboli o patologici, ancorché di matrice familiare, prima di optare per l'adozione ovvero per l'affidamento preadottivo.

Quanto agli aspetti psicologici delle modalità dell'ascolto del minore, è da segnalare un silenzio tanto sul piano normativo, quanto su quello della psicologia giuridica.

Vi sono però alcune regole basilari che chi ascolta il fanciullo deve rispettare⁵¹, al fine di mettersi in relazione con quest'ultimo.

Attingendo dalle scienze psicologiche è possibile desumere alcune tecniche relazionali ed emotive per approcciarsi al minore, come mettere quest'ultimo nella condizione di esprimere liberamente e senza alcun timore le proprie opinioni e preferenze sul procedimento che lo riguarda.

L'antecedente logico di un simile approccio si sostanzia nell'informare il minore, in modo completo ed adeguato, sul significato e sull'importanza dell'incontro, al fine di trarne i massimi vantaggi e addivenire a un dialogo costruttivo con il bambino.

In tale prospettiva, anche il contesto nel quale avviene l'ascolto assume massima importanza, in quanto un ambiente come una stanza allegra, colorata e con dei giochi, rappresenta il miglior luogo in cui il giudice può instaurare un dialogo paritario e senza timori con il minore. Laddove la predisposizione di un simile ambiente non sia concretamente possibile e il giudice proceda all'ascolto nella propria stanza, è ad ogni modo opportuno che egli adotti modalità confidenziali, ad esempio sedendosi accanto al minore e mettendolo a proprio agio.

Peraltro, è opportuno evidenziare come, sebbene l'ascolto a due sia la modalità preferibile, in quanto maggiormente idoneo a instaurare un dialogo sereno con il minore, esso può frizionare con il diritto di difesa; per evitare la compressione di quest'ultimo diritto, è ormai nella prassi che il giudice, prima di procedere a tale forma di ascolto, sottoponga alle altre parti (l'avvocato ovvero i genitori del minore) una richiesta debitamente motivata circa l'opportunità di un simile ascolto, al fine di ottenerne il previo consenso, e metta poi a disposizione delle medesime gli esiti dell'audizione⁵².

Posto, infine, che ascoltare significa mettersi dal punto di vista dell'altro, è necessario che il giudice ovvero un suo ausiliario, accordino spazio al racconto del minore, che dovrà sentirsi libero di parlare e di esprimere le proprie emozioni, senza alcuna barriera preclusiva o forma di condizionamento o di manipolazione da parte degli altri soggetti coinvolti nel procedimento, che abbiano di mira non già la tutela dell'interesse del bambino, bensì dei propri interessi personali.

⁵¹ Sulle regole di comunicazione con il minore, specie nel processo penale, cfr. G. TURRI, *L'audizione nel processo penale del minore indagato*, in *Minorigiustizia*, 4, 1998, pp. 38-54.

⁵² P. PAZÈ, cit., p. 1344.

5. Conclusioni

Obiettivo del presente lavoro è stato quello di delineare il complessivo quadro che concerne il diritto all'ascolto del minore e la necessità del suo consenso nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, con particolare riferimento alle procedure di adozione e di affidamento preadottivo.

La questione minorile, invero, rende doverosa una maggiore cura e attenzione, tanto da parte del legislatore, quanto e soprattutto da parte dell'interprete, in ragione della vulnerabilità e della sensibilità che caratterizzano il minore.

Quest'ultimo, invero, a seguito di un'ampia e progressiva evoluzione normativa, tanto sul piano internazionale, quanto sul piano del diritto interno, è considerato come un vero e proprio soggetto di diritto, in grado di manifestare le proprie opinioni, preferenze e sentimenti in ordine alle scelte di vita che lo riguardano.

Per tale ragione, il giudice, nei procedimenti che coinvolgono un minore (purché capace di discernimento), non può prescindere dal previo ascolto di quest'ultimo, e talvolta anche dalla manifestazione del suo consenso, al fine di cogliere ogni più intimo e profondo desiderio del medesimo e pervenire a una decisione finale il più possibile opportuna e congrua alla personalità e all'individualità del fanciullo.

I profili di vulnerabilità e sensibilità che connotano la sfera emotiva del minore, rispetto a quella degli adulti, impongono però all'interprete una maggior cura ed attenzione nella scelta delle modalità attraverso cui ascoltare il minore, peraltro suggerite dal prezioso supporto delle scienze psicologiche sulla materia.

L'ascolto del minore, nonché più in generale il diritto minorile, non può dunque prescindere – al pari, peraltro, di quegli ambiti del diritto che vadano a incidere sugli aspetti più intimi e delicati dell'individualità umana – da una costante e adeguata interazione con la psicologia.

Ciò, nell'ottica di non ridurre l'ascolto e il consenso del minore a un mero adempimento istruttorio e a una vana formalità, bensì di renderlo uno strumento prezioso nelle mani del giudice, attraverso cui le emozioni e i sentimenti del minore assumono carattere preminente e centrale, favorendo un pieno e completo sviluppo della personalità del fanciullo.

Il diritto minorile, e nella specie la materia dell'adozione, sono invero permeati dal supremo principio del c.d. *best interest of the child*, elemento centrale di qualsiasi procedimento che concerna la sfera personale del fanciullo.

Abstract [Ita]

Il saggio si occupa di tratteggiare il diritto all'ascolto del minore nell'ambito della procedura di adozione, con riguardo alle tre fasi: dichiarazione di adottabilità, affidamento preadottivo e dichiarazione di adozione. Particolare attenzione viene rivolta alle modalità di ascolto, evidenziando l'esistenza di regole basilari che devono essere rispettate nel momento in cui ci si relaziona con il minore, considerando il silenzio normativo sul punto.

Parole chiave: diritto del minore a essere ascoltato; processo di adozione; consenso del minore; capacità di discernimento; legge n. 184/1983.

Abstract [Eng]

The article deals with the presentation of the right of the child to be heard in the adoption process, with reference to the three stages: declaration of adaptability, pre-adoptive fostering and declaration of adoption. Particular attention is paid to the modalities of listening, highlighting the existence of basic rules that must be respected when dealing with the child, considering the normative silence on this point.

Keywords: the right of the child to be heard; adoption process; consent of the child; capacity for discernment; Act No. 184/1983.