

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

L'autodeterminazione del minore nella
contemporaneità

Tomo I

a cura di Maria Teresa Nurra e Margot Musson

Emanuela Andreola, Nadia Beddiar, Pierre Bordais,
Laura Buffoni, Claudio Colombo,
Maria Alessandra Iannicelli, Guillaume Kessler,
Piergiuseppe Lai, Arturo Maniaci,
Julie Mattiussi, Patrizio Messina,
Claudia Milli, Federica Rassu,
Enzo Vullo.

XXIX

2024-1

Gennaio - Giugno

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)

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 (Università 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); Luigi NONNE (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); 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 PUCELLA (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 ZILIOTTO (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. Si pubblica nel fascicolo n. 1 della Rivista la prima parte della ricerca. I contributi successivi sono destinati alla pubblicazione sul fascicolo n. 2.

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: 978-88-5529-575-8

© 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. 1/2024, gennaio-giugno, pubblicato online il 30 settembre 2024.

INDICE

L'autodeterminazione del minore nella contemporaneità

Tomo I

a cura di

Maria Teresa Nurra e Margot Musson

EMANUELA ANDREOLA, <i>L'attività negoziale on line del minore</i>	p. 11
NADIA BEDDIAR, <i>L'adhésion du mineur délinquant à la relation éducative</i>	p. 27
PIERRE BORDAIS, <i>L'autodétermination numérique du mineur : le délicat équilibre entre liberté et protection</i>	p. 41
LAURA BUFFONI, <i>Il minore nella Costituzione, ovvero per una lettura minore della Costituzione</i>	p. 61
CLAUDIO COLOMBO, <i>Riflessioni sull'art. 1426 c.c. e sulla responsabilità precontrattuale del soggetto minore di età</i>	p. 93
MARIA ALESSANDRA IANNICELLI, <i>L'ascolto del minore tra autodeterminazione ed esigenze di tutela del suo migliore interesse</i>	p. 111
GUILLAUME KESSLER, <i>Autodétermination du mineur et transition de genre: réflexions comparatives</i>	p. 129
PIERGIUSEPPE LAI, <i>Ordini di protezione e tutela del minore dopo la riforma Cartabia del processo civile</i>	p. 149
ARTURO MANIACI, <i>L'ascolto del minore d'età nei processi della crisi genitoriale (dopo la c.d. Riforma Cartabia)</i>	p. 167
JULIE MATTIUSI, <i>La détermination de l'apparence physique des mineurs</i>	p. 181

FEDERICA RASSU, *L'affermazione dello status fondamentale di cittadino europeo del minore nella giurisprudenza della Corte di giustizia* p. 199

ENZO VULLO, *Note in tema di ascolto del minore nel processo civile ai sensi dell'art. 473 bis. 4 c.p.c.* p. 213

PATRIZIO MESSINA - CLAUDIA MILLI, *La cartolarizzazione a valenza sociale quale strumento di finanza alternativa. Riflessioni a margine del Disegno di Legge n. 669/2024* p. 227

L'ascolto del minore tra autodeterminazione ed esigenze di tutela del suo migliore interesse

Maria Alessandra Iannicelli

Sommario: 1. La valenza “sostanziale” e “processuale” del diritto del minore all’ascolto. – 2. La capacità di discernimento e le opinioni del minore. – 3. Autodeterminazione del minore e perseguimento del suo migliore interesse in sede di ascolto.

1. La valenza “sostanziale” e “processuale” del diritto del minore all’ascolto

La Riforma della giustizia familiare e minorile¹ ha dedicato specifica attenzione all’ascolto del minore e al ruolo della sua opinione nelle decisioni giudiziali, valorizzando – più che in passato – la relazione intercorrente tra diritto all’ascolto e primario interesse del minore, nel senso della imprescindibilità del primo purché non sia pregiudicato il secondo.

Per effetto delle modifiche apportate dalla legge delega n. 206/2021 e dal successivo d.lgs. di attuazione n. 149/2022², l’ascolto non è più contemplato nel codice civile.

Gli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c., introdotti oltre un decennio fa dalla Riforma della filiazione³, sono stati abrogati e la disciplina in materia di ascolto è stata trasferita nel codice di procedura civile ovvero negli artt. 473 *bis*.4 e 473 *bis*.5 c.p.c. e negli artt. 152-*quater* e 152-*quinquies* disp. att. c.p.c., oltre che – con riferimento ad ipotesi specifiche – negli artt. 473 *bis*.6⁴ e 473 *bis*.45

¹ Introdotta dalla l. 26 novembre 2021, n. 206, «Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», in *G.U.* n. 292 del 9 dicembre 2021.

² D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in *G.U.* n. 243 del 17 ottobre 2022, s.o. n. 38.

³ Ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», in *G.U.* n. 293 del 17 dicembre 2012, e del successivo d.lgs. di attuazione 28 dicembre 2013, n. 154, «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’art. 2, l. 10 dicembre 2012, n. 219», in *G.U.* n. 5 dell’8 gennaio 2014.

⁴ In caso di rifiuto del minore di incontrare uno o entrambi i genitori – di cui si dirà più avanti – e in occasione di condotte, poste in essere da un genitore, di ostacolo al mantenimento di rapporti continuativi tra il minore e l’altro genitore o tra il minore e gli ascendenti o altri parenti di ciascun ramo genitoriale.

c.p.c.⁵. Siffatta trasposizione non ha comunque inciso sulla natura sostanziale del diritto del minore ad essere ascoltato in quanto le nuove norme contemplate dal codice di procedura civile, riconoscendo in modo generalizzato il diritto del minore all'ascolto⁶, sono da ritenersi espressione del completamente "procedurale" di quanto già previsto in via "sostanziale" dall'art. 315 *bis*, comma 3, c.c.⁷.

Del resto, la norma di cui all'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. sancisce chiaramente il diritto del minore ad essere ascoltato «nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano» (nei limiti dell'ambito applicativo di cui all'art. 473 *bis*, comma 1°, c.p.c.)⁸. E il successivo comma 2, che contempla le ipotesi in cui «il giudice non procede all'ascolto», certamente non smentisce la natura dell'ascolto quale "diritto fondamentale", in considerazione della sua funzionalizzazione alla esclusiva realizzazione del migliore interesse del minore.

Le novità introdotte dalle norme del codice di procedura civile in materia di ascolto del minore sono ascrivibili al compimento dell'*iter* normativo che

⁵ In ordine a situazioni di violenza domestica o di genere. In argomento, v. M. VELLETTI, *L'ascolto del minore nei procedimenti con allegazioni di violenza*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1290 ss.

⁶ Nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, in *G.U.* n. 245 del 19 ottobre 2022, s.s. n. 5, p. 51, l'ascolto è chiaramente contemplato come «diritto» del minore, ove si afferma che: «È attribuita una portata generale all'ascolto del minore, il quale vanta un vero e proprio diritto di esprimere il proprio pensiero in tutte le questioni e le procedure finalizzate a incidere nella propria sfera individuale».

⁷ Come opportunamente e condivisibilmente precisato in C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1, La famiglia*, 7ª ed. a cura di M. BIANCA e P. SIRENA, Milano 2023, p. 246 ss., «La nuova disciplina conferma l'ascolto quale diritto fondamentale, a valenza sostanziale e processuale. Lo spostamento nel codice di procedura civile dell'ascolto nei procedimenti non ha intaccato la sua natura sostanziale. L'ascolto, infatti, continua ad essere disciplinato nel codice civile quale diritto fondamentale che, insieme ad altri, compone lo statuto dei diritti fondamentali del figlio».

⁸ Si precisa che per effetto del d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, in *G.U.* n. 264 dell'11 novembre 2024, contenente disposizioni correttive e di coordinamento del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 – per un commento del quale con riferimento alle norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie, si rinvia a R. DONZELLI, *Le modifiche al processo familiare e minorile. Prime note illustrative al d.lgs. n. 164 del 31 ottobre 2024*, in *www.judicium.it*, 19 novembre 2024 – è stato parzialmente modificato l'art. 473 *bis* c.p.c., di cui è stata altresì integrata la rubrica che ora è «Ambito di applicazione. Mutamento del rito». In ogni caso, restano in vigore e, dunque, sopravvivono alle norme di carattere generale introdotte dall'opera di riordino della Riforma Cartabia (anche dopo il decreto correttivo suindicato) le norme speciali previste nell'ambito dei procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità e in quelli di adozione di minori di età e, in particolare, le norme di cui agli artt. 7 comma 3, 10 comma 5 e 15 comma 2, l. n. 184/1983.

Con riferimento ai minori stranieri non accompagnati restano in vigore le norme speciali di cui all'art. 18, commi 2-*bis* e 2-*ter*, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

Infine, nei procedimenti per abbandono di minore o in caso di grave pregiudizio e pericolo per la incolumità psicofisica del minore nell'ambiente familiare, il novellato art. 403, comma 5, c.c. prevede che in udienza il giudice relatore «procede all'ascolto del minore direttamente e, ove ritenuto necessario, con l'ausilio di un esperto».

ha consentito, negli ultimi decenni, di minare progressivamente il “sistema adultocentrico”⁹ e ridisegnare il processo della famiglia nel suo complesso, collocandosi in quella “prospettiva paidocentrica” che considera il minore, non più soggetto incapace, mero destinatario di protezione, bensì titolare di diritti fondamentali – con riferimento ai quali l’ascolto è senza dubbio imprescindibile – che l’ordinamento deve non solo riconoscere ma altresì garantire e promuovere in via prioritaria¹⁰.

Rispetto alla disciplina previgente, il diritto del minore ad essere ascoltato è evidentemente rimasto inalterato «anche nella sua collocazione topografica data dall’art. 315-*bis*, comma 3, c.c.» e «resta fermo il principio per il quale l’ascolto è un momento fondamentale per la tutela dei diritti del minore in tutte le questioni che lo riguardano»¹¹.

In tema di ascolto del minore, la Riforma della giustizia familiare e minorile è, dunque, inevitabilmente espressione della continuità – sul piano processuale – della Riforma della filiazione¹²: fermo restando il “diritto fondamentale” del minore di essere ascoltato sancito dall’art. 315-*bis*, comma 3, c.c., le norme recanti la disciplina dell’ascolto sono state trasposte nel codice di rito in ossequio all’idea che, da questo punto di vista, l’ascolto sia “istituto processuale” e rielaborate mediante la cristallizzazione di principi fissati dalla giurisprudenza e sulla scorta di una nuova e più attenta sensibilità giuridica¹³. La nuova disciplina dell’ascolto soddisfa, così, l’esigenza di prevedere una collocazione più logica e coerente all’interno del codice di procedura civile proprio perché l’ascolto è disposto dal giudice nel processo. E, quando esercitato nel processo, il diritto del minore di essere ascoltato richiede di essere bene integrato all’interno del procedimento e delle sue garanzie¹⁴.

⁹ In argomento, v. A. MORACE PINELLI, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore d’età*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 969 ss.

¹⁰ Sul punto, v. M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 763 ss. In argomento, v. altresì ID., *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1054 ss.; ID., *La filiazione*, in S. PATTI (a cura di), *Diritto privato*, Padova 2019, p. 903 ss.; ID., voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano 2015, p. 445 ss.

¹¹ Così, F. DANOVI, *Il valore sistematico di un rito unitario e i suoi principi generali*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 808 ss.

¹² Rileva la continuità della disciplina processuale rispetto a quella previgente introdotta dalla Riforma della filiazione, anche F. MOLINARO, *Ascolto del minore (artt. 473-bis.4, 473-bis.5, 473-bis.6 c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La Riforma Cartabia del processo civile*, p. 770 ss.

¹³ Così, F. DANOVI, *Il valore sistematico di un rito unitario e i suoi principi generali*, cit., p. 809.

¹⁴ Sul punto, v. S. TROIANO, *La Riforma “Cartabia”. Osservazioni di un civilista*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 936 e M. BIANCA, *Parole introduttive*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 791 ss.

Se per la prima volta – ad opera della Riforma della filiazione – l'ascolto è stato espressamente annoverato, ai sensi dell'art. 315-*bis*, comma 3, c.c.¹⁵ tra i diritti fondamentali del figlio¹⁶, quale titolare effettivo di un diritto soggettivo e non più soltanto portatore di un primario (ma pur sempre generico) interesse «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano», a distanza di circa un decennio, la Riforma della giustizia familiare e minorile ha concretizzato, anche nella “declinazione processuale” dei diritti fondamentali del minore (e, dunque, inevitabilmente del diritto all'ascolto), l'adozione di quella prospettiva paidocentrica, sopra richiamata¹⁷, da cui l'intera disciplina della filiazione non può prescindere. Il legislatore ha così confermato che, in tema di ascolto del minore, il diritto processuale ha pienamente rispettato dogmi e linee di fondo del diritto sostanziale.

Resta, comunque, fermo il principio secondo cui l'ascolto è un momento fondamentale per la tutela dei diritti del minore anche – e innanzitutto – “fuori dal processo”.

La doppia valenza sostanziale e processuale del diritto all'ascolto enfatizza l'idea che l'ascolto non sia soltanto quello disposto dal giudice, essendo la famiglia il primo luogo in cui tale diritto deve trovare espressione¹⁸.

Secondo una corretta interpretazione della norma di cui all'art. 315-*bis*, comma 3, c.c., l'ascolto – quando si tratta di questioni che riguardano il minore – dovrebbe esplicarsi prima ancora che in ambito giurisdizionale, nel contesto delle relazioni familiari¹⁹, identificandosi così nella modalità attraverso la quale si realizza l'assistenza morale del figlio nella famiglia, in un momento essenziale del percorso educativo in termini di estrinsecazione della personalità del minore.

¹⁵ Inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/2012, sancisce «il diritto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». L'enunciazione del diritto all'ascolto all'interno del codice civile si è rivelata degna del più ampio apprezzamento perché, sebbene previsioni sul diritto del minore ad essere ascoltato fossero già contenute nella Convenzione di New York del 1989 (art. 12), nella Convenzione di Strasburgo del 1996 (artt. 3 e 6), nella Carta di Nizza del 2000 (art. 24) e nel Regolamento CE n. 2201/03 (ora abrogato), l'ascolto del minore era largamente estraneo alla pratica dei nostri tribunali.

¹⁶ Secondo C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 546, per effetto della Riforma della filiazione, l'ascolto è stato riconosciuto in termini generali dal codice civile «quale diritto che concorre a formare lo statuto dei diritti del figlio».

¹⁷ V. nota 10.

¹⁸ Questa idea è stata chiaramente riconosciuta dal legislatore, che nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 rinvia anche all'ascolto in famiglia.

¹⁹ In questo senso, C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, cit., p. 546. V. anche G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione: Profili sostanziali*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 529.

Secondo G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 1475: «forse preliminarmente sarebbe stato opportuno fissare ... il diritto del minore ad essere ascoltato in famiglia e in ogni altra formazione sociale ove svolge la sua personalità, quali luoghi fisiologici e naturali di manifestazione dei suoi bisogni, delle sue capacità, delle sue istanze».

L'ascolto del minore serve ad accertare le sue aspirazioni, le sue esigenze, i suoi sentimenti. Una “proficua” azione educativa dovrebbe dunque essere perseguita dai genitori anzitutto mediante l'ascolto attuato con il dialogo²⁰, al fine di promuovere lo sviluppo della personalità dei figli minori²¹.

In verità, l'ascolto – quale diritto fondamentale del minore – sussiste nei confronti di chiunque entri in relazione con il minore e sia chiamato ad interagire con lui nella sua sfera giuridica²².

2. La capacità di discernimento e le opinioni del minore

L'art. 473 *bis*.4 c.p.c. prevede che sia ascoltato il minore “dodicenne” nonché “infradodicenne capace di discernimento”, come già espressamente riconosciuto dall'art. 315-*bis* c.c. e dagli abrogati artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c.

Si coglie evidentemente, anche nell'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. il legame di causa-effetto che intercorre tra capacità di discernimento e diritto all'ascolto, giacché la prima assume a requisito di riconoscimento del secondo²³.

La capacità di discernimento dell'infradodicenne è da intendersi – pur sempre nell'ambiguità della locuzione riproposta dal legislatore²⁴ – come capacità del minore di esprimere consapevolmente la propria volontà e le proprie aspirazioni con un apprezzabile margine di autonomia ovvero di orientarsi nelle decisioni, distinguendo le scelte conformi da quelle contrarie al proprio migliore interesse²⁵. Siffatta capacità dipende dalle condizioni “singolari” del

²⁰ Secondo C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Torino 2024, p. 301: «C'è da essere “gelosi” in qualche modo dei tedeschi, che hanno un codice civile che bene esprime l'idea del dialogo che deve intercorrere tra i genitori e i figli. La norma sulla *elterliche Sorge* prevede infatti che i genitori parlano (*besprechen*) con il figlio dei problemi della sua cura e tendono a risolverli assieme (§ 1625)».

²¹ Che la partecipazione dei minori nei processi decisionali sia preziosa per una crescita armoniosa è, del resto, confermato dall'art. 24, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui i bambini: «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».

²² Si pensi, a titolo esemplificativo, al medico o all'insegnante.

²³ In argomento, v. R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in CORDIANO e SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli 2022, p. 44, il quale afferma che: «nel momento in cui in capo a una persona minorenne matura la capacità di discernimento, quest'ultima genera in capo a quella stessa persona il diritto di essere ascoltato in ogni questione che la riguardi».

²⁴ Mutuata nel nostro ordinamento dall'art. 12, comma 1°, della Convenzione di New York ove si fa riferimento ad un fanciullo «*who is capable of forming his or her own view*» ovvero capace di formarsi una propria visione o opinione delle cose.

²⁵ Per una ricostruzione del concetto di capacità di discernimento, v. F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004 (suppl.), p. 100 ss.

Definisce la capacità di discernimento come «la consapevolezza in concreto raggiunta nell'ambito delle relazioni personali del minore e l'attitudine ad orientarsi e determinarsi in

minore, dalla sua maturità razionale, ma anche dal contesto familiare di appartenenza ed è inevitabilmente espressione di un concetto mobile e in evoluzione, in considerazione della crescente acquisizione di competenze logiche e risorse intellettuali che permettono al minore – oggi più che in passato – di riconoscere e valutare dati, stimoli e informazioni provenienti dall'esterno e di rielaborarli secondo il proprio sentire, formandosi un convincimento personale riguardo ad essi. Ne consegue, pertanto, che in ragione di «una sorta di processo evolutivo collettivo» che caratterizza il mutamento del contesto sociale, il minore possa essere ritenuto in grado di raggiungere la capacità di discernimento ben prima del compimento dei dodici anni, consentendo così l'individuazione di una soglia di età sempre più bassa²⁶.

Il reiterato richiamo alla capacità di discernimento per gli infradodicenni nell'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. è suscettibile di maggiore apprezzamento rispetto all'indicazione contenuta nell'abrogato art. 336-*bis* c.c. perché risulta ora opportunamente vincolato al riferimento espresso alla necessità di una «valutazione» delle opinioni del minore, che devono essere dal giudice «tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità»²⁷ e, dunque, in base al «reale» livello di comprensione del minore²⁸.

È innegabile che, al di fuori dell'ambito processuale, prima ancora del giudice, i soggetti deputati ad individuare la capacità di discernimento del minore siano i genitori. Questi ultimi, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, nel momento in cui ravvisano nel proprio figlio quella maturità razionale e morale che gli consente di distinguere e apprezzare ciò che è conforme al suo

ordine alle conseguenti scelte esistenziali», G. SERGIO, *La ratifica della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in *Psicologia e Giustizia*, 2003, 2, p. 2. Sul punto, v. anche F. OCCHIOGROSSO, *Discernimento*, in G. CONTRI (a cura di), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milano 2012, p. 49, secondo il quale la capacità di discernimento deve essere intesa come «consapevolezza» del minore «riguardo alle sue relazioni personali» e «attitudine a determinarsi nelle scelte esistenziali relative a tali relazioni»; si esprime, invece, in termini di «sensatezza sufficiente sul piano psicologico» tale da consentire al minore di «valutare le circostanze in cui si trova, l'importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco», L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 99.

²⁶ A tal riguardo, v. F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 997 ss.

²⁷ Critica la portata autenticamente innovativa della norma, G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1453, secondo il quale l'esistenza del relativo precetto poteva già agevolmente desumersi dalle convenzioni internazionali.

²⁸ Sulla capacità di discernimento correlata alla gradualità dello sviluppo della persona e ritenuta dalla dottrina non commisurabile in assoluto, bensì su base individuale, in relazione alle concrete situazioni e agli specifici interessi, v. P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano 2011, p. 725 ss.; G. SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 1327 ss.

migliore interesse, sono chiamati ad ascoltare le opinioni del minore, a dargli la parola, a decidere “con” lui e non semplicemente “per” lui²⁹.

I genitori sono chiamati a porsi in perenne ascolto del migliore interesse del minore, fino a far maturare nel figlio la capacità di discernimento e, dunque, la libertà di autodeterminarsi³⁰.

Se, come detto, la capacità di discernimento è riconducibile alle condizioni “peculiari” di ogni singolo minore, è bene distinguere tra età effettivamente incompatibili con la capacità di discernimento ed età con riferimento alle quali tale capacità deve essere verificata in concreto, caso per caso. Se nelle prime ipotesi, infatti, può essere sufficiente il riferimento del giudice unicamente all'età del minore per escludere l'ascolto del medesimo in giudizio, per tutti quei minori che abbiano un'età prossima ai dodici anni è necessaria una motivazione puntuale in ordine al mancato adempimento dell'ascolto³¹. La capacità

²⁹ Secondo R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO - R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli 2022, p. 60: «In definitiva, l'assistenza che caratterizza il ruolo genitoriale a partire dal momento in cui il figlio acquisisce la capacità di discernimento, si traduce nella valorizzazione della sua capacità, specialmente per il tramite dell'ascolto: dandogli la parola per decidere ciò che è maggiormente conforme al proprio interesse; sostenendolo nella conduzione dei processi di valutazione per fargli comprendere obiettivamente la realtà; rappresentandogli tempestivamente i rischi e i costi sottesi alle scelte che intende compiere o che ha già compiuto».

³⁰ R. SENIGAGLIA, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1597 precisa che: «mentre con riferimento al “piccolo minore” sprovvisto della capacità di discernimento la lettura del suo migliore interesse è operata anzitutto dai genitori nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni; relativamente al “grande minore” con capacità di discernimento – che il nostro ordinamento presume al compimento del dodicesimo anno (art. 315 *bis* c.c.) – i genitori, dovendo ascoltarlo, sono chiamati a recepire la lettura *libera e informata* che egli conduce del proprio migliore interesse. Il ruolo dei genitori, in questa fase, si traduce, quindi, nel vigilare affinché la libertà del figlio, nel suo esplicarsi sia effettiva e nell'intervenire, in funzione *sostitutiva*, soltanto quando, sulla base della loro sensibilità genitoriale, risulti evidente che il minore si sta orientando a scelte contrastanti con il suo *best interest*, perché turbate, nei percorsi valutativi, da condizionamenti esterni».

³¹ Sul punto, *ex multis*, v. Cass. civ., 7 marzo 2023, n. 6802; Cass. civ., 3 marzo 2023, n. 6503; Cass. civ., 23 gennaio 2023, n. 2001; Cass. civ., 8 novembre 2022, n. 32876; Cass. civ., 18 maggio 2022, n. 16071; Cass. civ., 24 marzo 2022, n. 9691; Cass. civ., 2 settembre 2021, n. 23804; Cass. civ., 11 giugno 2021, n. 16569; Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1474; Cass. civ., 30 luglio 2020, n. 16410; Cass. civ., 24 maggio 2018, n. 12957; Cass. civ., 29 settembre 2015, n. 19327; Cass. civ., 2 luglio 2014, n. 15143 (consultabili *online* in www.dejure.it). Con riferimento alla giurisprudenza più risalente, v. Cass. civ., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1839; Cass. civ., 11 agosto 2011, n. 17201, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1236; Cass. civ., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, p. 903, secondo cui «l'eventuale omissione immotivata dell'ascolto è ritenuta causa di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, in quanto vizio insanabile».

Con specifico riferimento all'ascolto dei minori “ultradodicesenni” nei procedimenti che li concernono, secondo Cass. civ., 10 settembre 2014, n. 19007, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3077, con nota di G. CASABURI, «l'omissione immotivata di tale adempimento comporta la nullità della sentenza, che può essere fatta valere nei limiti e secondo i principi fissati dall'art. 161 c.p.c., ed è quindi deducibile con l'appello».

di discernimento del minore infradodicescenne, infatti, non può essere esclusa con mero rinvio al dato anagrafico del minore, se esso non sia di per sé solo univocamente indicativo in tal senso³². Essa può presumersi in genere ricorrente nei minori soggetti ad obblighi scolastici e, quindi, normalmente in grado di comprendere l'oggetto del loro ascolto e di esprimersi in modo consapevole³³.

In linea di massima, soltanto quando il minore sia in età prescolare o comunque abbia un'età inferiore agli otto anni – fermo restando che, come precisato, i limiti temporali sono ovviamente suscettibili di oscillazioni –, il giudice può presumere che il bambino non abbia capacità di discernimento.

In età successiva, non appare opportuno escludere sistematicamente l'ascolto del minore infradodicescenne sulla base della capacità di discernimento ovvero in ragione di un più incerto riferimento (rispetto a quello oggettivo rappresentato dall'età infantile) che necessita di essere approfondito in sede giudiziale e, dunque, da valutarsi soltanto dopo avere ascoltato il minore stesso³⁴.

3. Autodeterminazione del minore e perseguimento del suo migliore interesse in sede di ascolto

L'ascolto rappresenta lo strumento privilegiato attraverso il quale il minore può esprimere liberamente la propria opinione. In particolare, nell'ambito del processo si configura quale adempimento che consente al giudice di valutare i bisogni e le preferenze del minore nonché come «unica tecnica di tutela in grado di correggere la disparità di “forza processuale” del minore»³⁵.

Il diritto all'ascolto tutela, dunque, l'interesse primario del minore a che le decisioni importanti per la sua vita e la sua crescita siano assunte tenendo conto della sua volontà e dei suoi sentimenti³⁶.

Il legislatore ha opportunamente deciso di introdurre nell'art. 473 *bis*.4 c.p.c. una previsione mancante nell'abrogato art. 336-*bis* c.c., enfatizzando la

³² Sebbene il compimento dell'età di dodici anni coincida con il valore di soglia minima e indeclinabile per considerare acquisita la capacità di discernimento e, di conseguenza, configurare l'ascolto come adempimento necessario, il limite individuato dal legislatore – attingendo dai risultati delle scienze cognitive – vuole essere soltanto tendenziale e di massima e può, pertanto, essere oggetto di differente valutazione. Come ben evidenziato da R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., 44, si tratta, infatti, di «una situazione unicamente legata alla condizione razionale del singolo individuo».

³³ Sul punto, v. Cass. civ., 19 gennaio 2015, n. 752, in *Guida al dir.*, 2015, 14, p. 69.

³⁴ A tal riguardo, F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, cit., p. 997, condivisibilmente afferma che «a rigore, una compiuta valutazione della capacità di discernimento può essere effettuata soltanto a posteriori, a seguito dell'ascolto stesso, sulla scorta non soltanto del contenuto delle risposte fornite dal minore, quanto anche delle modalità con le quali lo stesso abbia a interfacciarsi con il giudice nella gestione di tale incombenza».

³⁵ In questi termini si esprime G. CARAPEZZA FIGLIA, *Prospettiva “paidocentrica” e attuazione dei doveri genitoriali nella nuova giustizia familiare*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 107.

³⁶ Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, cit., p. 385.

necessità che le opinioni del minore siano debitamente «tenute in considerazione».

Come si legge nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022³⁷, si è così inteso «tutelare l'autodeterminazione e la personalità del minore, che designa il patrimonio individuale del singolo da individuarsi non solo nelle capacità e inclinazioni naturali ma anche nelle aspettative del minore».

La norma in questione si adegua evidentemente a quanto raccomandato nel “Manifesto sulla partecipazione dei minorenni”, presentato dall’Autorità Garante per l’infanzia e l’adolescenza nel 2021, in occasione della Giornata mondiale dell’infanzia. In particolare, al punto n. 2, l’Autorità Garante raccomanda ai titolari del potere legislativo di «adottare specifiche normative che disciplinino, agevolino e sostengano – con risorse adeguate – la partecipazione attiva dei minorenni alle decisioni di carattere generale che li riguardano prevedendo meccanismi volti a far sì che le opinioni di bambini e ragazzi siano tenute in adeguata considerazione nel rispetto del principio del superiore interesse»³⁸.

Maggiore è la capacità di discernimento del minore e più si impone l’esigenza di tenere conto delle sue inclinazioni ed aspirazioni, quale soggetto che partecipa attivamente non solo alla vita familiare, ma anche ai procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, acquisendo – così – a pieno titolo una posizione di parte sostanziale del processo³⁹.

Quanto alla “valutazione” delle opinioni formulate dal minore capace di discernimento e, quindi, dotato di maturità sufficiente, è riconosciuta al giudice la possibilità di discostarsi dalle indicazioni ricevute: è indubbio che, nell’ambito dei procedimenti giurisdizionali, il giudice chiamato ad assumere decisioni riguardanti minori di età sia sempre tenuto ad individuare ed elaborare la soluzione più e meglio rispondente al primario interesse del minore, sebbene possa risultare in contrasto con quanto dal medesimo espresso⁴⁰.

³⁷ Si veda p. 52.

³⁸ Sulla rilevanza di una comunicazione “efficace” tra professionisti e minori in sede di ascolto, v. M. DIALLO, C. FOUSSARD, M.M. TOMA, S. VERONESI, *La giustizia a misura di minore in Europa*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 380.

³⁹ Secondo Cass. civ., sez. III, 11 dicembre 2023, n. 34560, in *Diritto & Giustizia*, 12 dicembre 2023, l’ascolto del minore «nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano», lungi dall’aver valenza meramente processuale, quale elemento, pur necessario, dell’istruzione probatoria, costituisce piuttosto, una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione, con la conseguenza che esso è obbligatorio in tutti i procedimenti in cui il minore, pur non rivestendo la qualità di parte in senso formale, riveste tuttavia quella di parte in senso sostanziale, quale portatore di interessi sui quali il procedimento è in grado di incidere. (Nella specie la Suprema Corte ha escluso l’obbligatorietà dell’ascolto nell’ambito di un giudizio, vertente tra i genitori, di responsabilità per danno da privazione del rapporto genitoriale, in quanto destinato a culminare in una pronuncia non concernente la sfera giuridica del minore, che non produce alcuna modificazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti al rapporto di filiazione con ciascuno dei genitori, né incide sui suoi specifici interessi).

⁴⁰ In tal caso, è ineludibile una puntuale giustificazione della decisione assunta in contrasto con le dichiarazioni del minore.

La norma di cui all'art. 473 *bis*.4, comma 1°, c.p.c. segue la scia tracciata dalla l. n. 219/2012, collocandosi nella prospettiva di una marcata ricerca dell'effettività della tutela garantita al minore attraverso l'ascolto, laddove con proposizione assertiva sancisce che il minore (dodicenne e anche di età inferiore ove capace di discernimento) «è ascoltato» dal giudice, quasi come a voler sottolineare l'inderogabilità del diritto all'ascolto⁴¹, salvo i casi di cui ai successivi commi 2⁴² e 3⁴³ in ragione della “funzionalizzazione” di siffatto diritto alla realizzazione del migliore interesse del minore.

L'ascolto – non riconducibile a mezzo di prova volto ad acclarare fatti di causa⁴⁴, bensì configurabile quale mezzo indirettamente strumentale alla mag-

⁴¹ Sul punto, v. S. TARRICONE, *L'ascolto del minore è garanzia di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Fam. e dir.*, 2023, p. 33.

⁴² Oltre ai casi in cui l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo (già contemplati dagli abrogati artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c. e, con riferimento ai quali, si rinvia a G. BALLARANI, *Contenuto e limiti dell'ascolto del nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 841 ss.), la previsione di non procedere all'ascolto in caso di «impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato» rappresenta una novità rilevante.

Riguardo alle ipotesi in cui – ex art. 473 *bis*.4, comma 2, c.p.c. – «il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato», v. G. BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1083 ss. Sul punto, v. altresì M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 601 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia”* (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). *Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, cit., p. 1453 ss., secondo il quale le innovazioni apportate nel 2022 alla elencazione dei casi in cui il giudice può considerarsi esonerato dal dovere di procedere all'ascolto del minore sono tali da «suscitare seri dubbi in merito al futuro ruolo dell'ascolto».

⁴³ L'art. 473 *bis*.4, comma 3, c.p.c. dispone che «nei procedimenti in cui si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice procede all'ascolto soltanto se necessario». A tal riguardo, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 precisa che la norma in questione «mira a tutelare l'interesse del minore a non essere ulteriormente esposto a possibili pregiudizi derivanti dal rinnovato coinvolgimento emotivo nelle questioni relative alla rottura del nucleo familiare, qualora il giudice prenda atto dell'accordo tra i genitori e ritenga non indispensabile procedere all'ascolto».

La nuova norma – che sostituisce l'abrogato art. 337-*octies*, comma 1°, c.c. – sembra muovere, rispetto alla disciplina previgente, dal presupposto diametralmente opposto per cui il giudice non procede (di regola) all'ascolto salvo che lo ritenga strettamente necessario. Sul punto, v. criticamente G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “Legge Cartabia”* (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), cit., p. 1455 ss. In argomento, v. altresì R. LOMBARDI, *Il “mancato” ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio su accordo dei genitori: una discrasia tra fonti sovranazionali e fonti interne?*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 461 ss.

In giurisprudenza, Cass. civ., sez. I, ord. 18 settembre 2023, n. 26698, ha precisato che: «In tema di affidamento dei figli minori, l'ascolto del minore infradodicenne capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, finalizzato a raccogliere le sue opinioni ed a valutare i suoi bisogni, dovendosi ritenere del tutto irrilevante che il minore sia stato sentito in altri precedenti procedimenti pur riguardanti l'affidamento».

⁴⁴ Così Cass. civ., 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Foro it.*, 2012, I, p. 821; Cass. civ., 10 giugno 2011, n. 12739, in *Guida al dir.*, 2011, 36, p. 72; Cass. civ., 26 gennaio 2011, n. 1838, in *Giust.*

giore acquisizione di elementi valutativi attraverso cui il giudice vuol conoscere l'opinione del minore al fine di individuarne il concreto interesse – è condizione di procedibilità del giudizio⁴⁵ e può essere omesso – dandone atto con provvedimento motivato – soltanto per le ragioni di cui all'art. 473 *bis*.4 c.p.c.

Nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che riguardano un minore, quest'ultimo non solo deve essere ascoltato, ove ne ricorrano i presupposti, ma l'ascolto diviene in concreto una modalità di esercizio del suo diritto di difesa anche per un soggetto che, pur non essendo parte in senso formale e processuale del procedimento, è pur sempre parte in senso sostanziale perché destinatario a pieno titolo degli effetti di una decisione che riguarda la sua vita, i suoi diritti fondamentali, i suoi interessi esistenziali e primari⁴⁶.

“Ascoltare” un minore nei procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, ai sensi dell'art. 473 *bis*.4 c.p.c., non significa che il giudice debba limitarsi a prendere atto della volontà manifestata verbalmente da quel minore ed attuarla; occorre, invece, perseguire il concreto ed effettivo interesse del minore, carpirne i bisogni profondi, comprendere se i desideri del minore siano frutto di scelte autentiche, consapevoli e mature o siano piuttosto derivanti da pressioni esterne, e disporre quanto è possibile per tutelarne una crescita serena ed equilibrata⁴⁷.

L'ascolto diviene garanzia di effettività della tutela del migliore interesse del minore al quale assicurare non soltanto il diritto a formarsi una propria opinione e ad esprimerla, in merito alle vicende che lo riguardano, ma altresì

civ., 2011, p. 1483; Cass. *civ.*, 26 marzo 2010, n. 7282, in *Guida al dir.*, 2010, 23, p. 66; Cass. *civ.*, 5 giugno 2009, n. 12984, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1442. Sul punto, vi è unanimità di consensi anche in dottrina.

⁴⁵ La giurisprudenza di legittimità è ormai orientata in tal senso. V., *ex multis*, Cass. *civ.*, 2 settembre 2021, n. 23804; Cass. *civ.*, 25 gennaio 2021, n. 1474; Cass. *civ.*, 11 giugno 2019, n. 15728; Cass. *civ.*, 4 giugno 2019, n. 15254; Cass. *civ.*, 7 maggio 2019, n. 12018; Cass. *civ.*, 13 dicembre 2018, n. 32309 (consultabili *online* in *www.dejure.it*). Già Cass. *civ.*, 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1839, con nota di G. CASABURI, statuiva che «alla mancata ottemperanza del dovere di ascolto da parte del giudice segue, in linea generale, l'invalidità dell'intero *iter* processuale».

⁴⁶ A tal proposito, Cass. *civ.*, 30 luglio 2020, n. 16410, *cit.*, espressamente chiarisce che: «in generale, i minori, nei procedimenti giudiziari che li riguardano, non possono essere considerati parti formali del giudizio perché la legittimazione processuale non risulta loro attribuita da alcuna disposizione di legge; essi sono tuttavia parti in senso sostanziale, in quanto portatori di interessi comunque diversi quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La tutela del minore in questi giudizi si realizza mediante la previsione che deve essere ascoltato e costituisce pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione».

⁴⁷ Cass. *civ.*, sez. I, ord. 5 giugno 2023, n. 15170 ha precisato che: «costituisce necessario corollario del diritto del minore a essere ascoltato, la regola secondo la quale l'autorità giudiziaria, chiamata a pronunciarsi su decisioni che lo riguardano, debba esaminare in maniera dettagliata e analitica le dichiarazioni rese, in sede di ascolto, dal minore». Pertanto, nel caso di specie ovvero di opposizione del minore al trasferimento all'estero, è stata ritenuta obbligatoria la verifica di tutte le circostanze fattuali tali da giustificare il rifiuto, al fine di pervenire a conclusioni che tengano in considerazione il migliore interesse del minore.

quello alla autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri interessi⁴⁸. Resta pur sempre imprescindibile la necessità che il giudice non possa limitarsi né sentirsi vincolato alla volontà espressa dal minore⁴⁹ e che il provvedimento adottato debba – pertanto – ritenersi “sintesi” di ciò che il minore reputi costituire il proprio interesse, di quel che i genitori valutino essere interesse primario del figlio e di ciò che il giudice consideri tale⁵⁰.

In particolare, il giudice chiamato ad assumere una decisione riguardante la vita di un minore dovrà abbandonare ogni preconetto e idea personale per mettersi “nei panni del bambino” e, da questa prospettiva, individuare ciò che più conta per la vita del medesimo e che possa garantirgli il massimo benessere possibile (*child's well-being*).

La decisione finale dovrà pertanto tendere a realizzare la soluzione migliore per quel minore che si trovi in una determinata situazione concreta, senza tuttavia trascurare o pretermettere i diritti degli adulti che sono in relazione con lui e che – comunque – continuano a mantenere un peso nel bilanciamento giudiziale e che richiedono di essere considerati ai fini della decisione stessa.

Proprio nell’ottica di funzionalizzazione dell’ascolto al perseguimento del migliore interesse del minore, l’art. 473 *bis*.5, comma 1°, c.p.c. esclude espressamente la delega ed indica l’ascolto “diretto” (o, al più, “assistito” ovvero condotto dal giudice togato con l’assistenza di un ausiliario o esperto in psicologia o psichiatria infantile) quale unica modalità possibile⁵¹. È il giudice che deve

⁴⁸ Sulla necessità di garantire effettività all’interesse del minore, di cui «non basta proclamare la vigenza sia pure nei termini di un preminente interesse fondamentale», si veda V. SCALISI, *L’interesse superiore del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 408 ss.

⁴⁹ Trib. Cremona, 15 gennaio 2021, in *www.osservatoriofamiglia.it*, ha sottolineato, a proposito della manifestazione di volontà del minore di cambiare il luogo del proprio collocamento principale, la necessità di tener conto delle sue esigenze salvo che si tratti di richiesta palesemente pretestuosa o «sorretta da un motivo inaccettabile (ad esempio, perché determinata da una capricciosa “ripicca” del figlio verso il genitore “già collocatario” o da un inopportuno schieramento del figlio nella conflittualità fra i genitori)» ovvero derivante «dalla volontà del figlio di interrompere, senza alcun serio motivo, qualunque relazione con il genitore “già collocatario” o quando tale tipo di richiesta risulti addirittura pregiudizievole per il minore (chiedendo il minore il suo collocamento presso un genitore inadeguato)».

⁵⁰ In argomento, v. G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 74 ss.

Più in generale, sul principio del *best interest of the child*, si rinvia a M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma 2021. Sulla necessità di tradurre il principio in lingua italiana con locuzioni più vicine al suo reale significato, evitando ambiguità, v. E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del migliore interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2023, 365 ss.

⁵¹ Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2023, n. 15383, in *Fam. dir.*, 2023, p. 785 ss., precisa che «l’ascolto del minore infradodicesenne capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, finalizzato a raccogliere le sue opinioni ed a valutare i suoi bisogni» e che siffatto adempimento «non può essere sostituito dalle risultanze di una consulenza tecnica d’ufficio», che adempie alla diversa esigenza di fornire al giudice altri strumenti di valutazione per individuare la soluzione più confacente all’interesse del minore, evidenziando l’esigenza che l’ascolto sia «effettivamente

ascoltare perché è il giudice che deve accertare quale sia l'intervento più aderente all'interesse del minore. La *ratio* di siffatta previsione normativa è infatti individuabile nella circostanza che il giudice, essendo a contatto diretto con il minore, possa riuscire a coglierne a pieno l'opinione autentica: la possibilità di vedere fisicamente il bambino, di osservarne il contegno, la mimica e la gestualità con cui accompagna le parole proferite, di ascoltarlo, di valorizzare la sua opinione⁵², consente all'organo giudicante di conoscere la condizione del minore e le dinamiche relazionali in cui è coinvolto, nonché di verificarne gli orientamenti e l'adesione ad un progetto di vita che lo riguarda, al fine di formulare – all'esito dell'ascolto – un giudizio che tenga nel debito conto la sua volontà⁵³.

Il giudice attento, sensibile, capace di interpretare correttamente la delicatezza del contesto e delle implicazioni del proprio ruolo, entra in rapporto di fiducia con il minore⁵⁴: sul piano sociologico e non strettamente giuridico, si coglie il passaggio ad un'idea di partecipazione "strutturale" del minore – anziché "concessa" al minore – nel procedimento che lo riguarda⁵⁵.

finalizzato ad adempiere il dovere di informare il minore e metterlo in condizione di esprimere il proprio punto di vista sulle questioni devolute nel processo che lo riguardano».

⁵² Sulla finalità propria dell'ascolto di garantire al minore la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la sua opinione, v. Cass. civ., 23 gennaio 2023, n. 2001 (consultabile *online* in *www.dejure.it*).

⁵³ Cass. civ., 24 maggio 2018, n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, p. 2364, con nota di G. CASABURI, precisa che l'ascolto del minore «è una relazione tendenzialmente diretta fra il giudice e il minore che dà spazio, all'interno del processo, alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda».

⁵⁴ Nell'ottica di garantire che i giudici assegnati al Tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie (le norme relative alla istituzione del quale sarebbero dovute entrare in vigore decorsi due anni dalla pubblicazione in *G.U.* del d.lgs. n. 149/2022 che le ha introdotte ovvero dal 17 ottobre 2022, ma il d.l. 4 luglio 2024, n. 92 recante «Misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia» ne ha rinviato l'entrata in vigore posticipandola ad ottobre 2025) siano scelti tra coloro effettivamente dotati di specifiche competenze, è stato previsto che non si applichi il limite dell'assegnazione decennale nella funzione. Pertanto, al fine di consentire che i magistrati non disperdano il *know how* acquisito, il novellato art. 50, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 («Ordinamento giudiziario») prevede che: «I giudici addetti al tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie esercitano le relative funzioni in via esclusiva, e ad essi non si applica il limite di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio previsto dall'articolo 19 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160».

Sull'opportunità che il giudice, in sede di ascolto del minore, sviluppi le cosiddette *soft skills* o "competenze trasversali" ovvero quelle capacità di comunicazione e comprensione funzionali ad un ascolto rispettoso del minore ma anche utile, v. R. RUSSO, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 649 ss.

⁵⁵ Come si evince dalla disciplina concernente le «modalità dell'ascolto» contemplate dall'art. 473 *bis*.5 c.p.c., è importante che chi è chiamato ad ascoltare il minore sia in grado di farlo mettendolo nelle migliori condizioni di esprimersi, secondo procedure e formalità adeguate e rispettose della sua sensibilità, ispirate al principio della minima offensività, in conformità a quanto prescritto dalle «Linee guida del Consiglio di Europa per una giustizia a misura di minore», adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010.

Profili di novità – anche terminologica – si rinvergono, in particolare, nell'art. 473 *bis*.5, comma 4, c.p.c., ove è previsto che l'onere di informativa sia assolto dal giudice «tenuto conto

Si individua, pertanto, una rilevante valorizzazione dell'autonomia del minore munito di capacità di discernimento, ulteriormente rafforzata dall'art. 473 *bis*.5, comma 4, c.p.c. che prevede l'obbligo del giudice che procede all'ascolto del minore ultraquattordicenne di informarlo della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c.⁵⁶.

La capacità di discernimento – intesa come idoneità a saper distinguere le scelte conformi da quelle contrarie al proprio migliore interesse – genera in capo al minore il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano e, proprio per il tramite dell'ascolto, il minore è in grado di esprimere le proprie opinioni affermando, così, la sua autonomia. In tal senso risulta orientata la nuova ipotesi, contemplata tra le altre previste dall'art. 473 *bis*.4, comma 2, c.p.c.⁵⁷, di esclusione dell'ascolto fondata sulla volontà contraria manifestata al giudice dal minore. Mediante la previsione secondo cui «il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, ... se il minore manifesta la volontà di non essere ascoltato», si riconosce piena rilevanza ad una decisione del minore e la considerazione della sua volontà contraria conferma, pertanto, la centralità dei suoi interessi nel processo, cosicché «sebbene vi siano esigenze processuali che richiederebbero la dichiarazione del fanciullo, la norma attribuisce preminente rilevanza alla volontà negativa del minore»⁵⁸. Emerge, dunque, in concreto la consapevolezza che l'ascolto imposto al minore contro la sua volontà sia suscettibile di arrecare al medesimo un notevole turbamento psichico.

dell'età e del grado di maturità del minore» e «con modalità che ne garantiscono la serenità e la riservatezza». In argomento, v. R. BENDINELLI e F. MAOLI, *Il diritto del minore a ricevere adeguate informazioni nei procedimenti civili che lo riguardano*, in *Famiglia*, 2021, p. 517 ss.; M. DIALLO, C. FOUSSARD, M.M. TOMA, S. VERONESI, *La giustizia a misura di minore in Europa*, cit., p. 380 ss.

⁵⁶ La norma di cui all'art. 473 *bis*.5, comma 4, c.p.c. mira a dare concreta attuazione a quanto previsto dall'art. 473 *bis*.8 c.p.c. che prevede la nomina del curatore speciale da parte del giudice, qualora sia il minore quattordicenne a richiederlo. A tal riguardo si segnala che, pur non essendo più l'ascolto del minore formalmente delegabile, ai sensi dell'art. 473 *bis*.8, comma 3, c.p.c., il nuovo ruolo del curatore speciale riconosce in capo al medesimo il potere di procedere direttamente all'ascolto ai sensi dell'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. e nel rispetto dei limiti di cui all'art. 473 *bis*.4 c.p.c. Come opportunamente precisato in C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1, La famiglia*, cit., p. 387, comunque «si tratta di un ascolto diverso da quello processuale svolto dal giudice in quanto in questo caso il curatore speciale rappresenta e svolge le funzioni che normalmente spetterebbero ai genitori». In argomento, v. R. SENIGAGLIA, *Il curatore speciale: parte sostanziale*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 978 ss.; M.G. RUO, *Il curatore speciale: parte processuale*, in M. BIANCA - F. DANOVI (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 993 ss.

⁵⁷ Sulle ipotesi di esclusione dell'ascolto previste dall'art. 473 *bis*.4, commi 2 e 3, c.p.c., v. *supra* note 42 e 43.

⁵⁸ In questi termini si esprime F. MOLINARO, *Ascolto del minore (artt. 473-bis.4, 473-bis.5, 473-bis.6 c.p.c.)*, cit., p. 771.

Il minore, ritenuto ordinariamente non in grado di esprimere un'opinione vincolante nel processo⁵⁹, in questa sede sembra invece ritenuto pienamente capace, al punto che una sua manifestazione di volontà produce l'effetto considerato di non dover partecipare attivamente al processo.

D'altra parte, non si può ignorare che – inquadrata la situazione giuridica dell'ascolto entro i paradigmi del diritto soggettivo assoluto della personalità – il diritto del minore ad essere ascoltato deve includere in positivo la facoltà di esprimersi, e in negativo, l'opposta facoltà di astenersi dall'esprimersi. Pertanto, «il diritto del minore ad essere ascoltato non può non comprendere il diritto del minore a non essere ascoltato. Del resto, se si dovesse ammettere in capo al giudice il potere di imporre l'ascolto, il diritto del minore degraderebbe ad obbligo di esprimersi»⁶⁰.

Naturalmente, la dichiarazione del minore deve essere vagliata dal giudice con molta attenzione, così da escludere manifestazioni di volontà superficiali, frutto di condizionamenti o minacce, in considerazione della particolare vulnerabilità in cui taluni minori versano, soprattutto nei momenti di crisi familiare, tale da renderli più agevolmente persuasi della falsa idea della superfluità o nocività dell'ascolto.

La consapevolezza del legislatore circa la imprescindibilità dell'esigenza di valorizzare il ruolo del minore, riconoscendo espressamente la necessità di considerare le opinioni dal medesimo manifestate, emerge altresì con riferimento alla nuova norma di cui all'art. 473 bis.6, comma 1°, c.p.c.⁶¹ che disciplina le ipotesi di rifiuto del minore di incontrare uno o entrambi i genitori, prevedendo che in questi casi il giudice ascolti il minore «senza ritardo»⁶², onde valutare le ragioni del rifiuto ed indagare su possibili fatti di violenza intrafamiliare⁶³. Premessa ovviamente la necessità di un approfondimento basato su dati concreti, sull'anamnesi storica del contesto e sulla raccolta di testimonianze,

⁵⁹ Il giudice, pur dovendola adeguatamente considerare può – come si è precisato – disattenderla.

⁶⁰ Così, G. BALLARANI, *Il diritto a non essere ascoltato*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1088.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 473 bis.6 c.p.c., rubricato «Rifiuto del minore a incontrare il genitore»: «Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali.

Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale».

⁶² Il che non significa “immediatamente” ovvero *inaudita altera parte* poiché – come si dirà e com'è ovvio che sia – è necessario comunque un vaglio approfondito da parte del giudice, che dovrà valutare la sussistenza e la corretta allegazione di specifici elementi concreti, di documentazione e di idonei elementi di prova.

⁶³ In argomento, v. C. IRTI, *Il rifiuto del figlio di incontrare il genitore*, in M. BIANCA - F. DANOVÌ (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1285 ss.

al fine di comprendere i reali motivi alla base della problematica esecuzione del diritto di visita collegata al rifiuto del minore, resta preponderante – anche in queste ipotesi – il richiamo alla volontà del minore, quando dimostri sufficiente maturità per esprimere una valutazione in qualche modo meditata e ponderata.

Abstract [Ita]

Dopo aver rimarcato la doppia valenza “sostanziale” e “processuale” del diritto del minore all’ascolto, si indaga il legame di causa-effetto tra capacità di discernimento e diritto del minore di essere ascoltato. Maggiore è la capacità di discernimento del minore e più si impone l’esigenza di tenere conto delle sue inclinazioni, quale soggetto che partecipa attivamente alla vita familiare e anche ai procedimenti in cui devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano.

La valorizzazione dell’autonomia del minore munito di capacità di discernimento caratterizza le nuove norme contemplate dal Codice di procedura civile in materia di ascolto. Quest’ultimo diviene garanzia di effettività della tutela del migliore interesse del minore, al quale assicurare non soltanto il diritto a formarsi ed esprimere una propria opinione in merito alle vicende che lo riguardano, ma altresì quello alla autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri interessi. Resta imprescindibile la necessità che il giudice non possa limitarsi né sentirsi vincolato alla volontà espressa dal minore e che il provvedimento adottato debba – pertanto – ritenersi “sintesi” di ciò che il minore reputi costituire il proprio interesse, di quel che i genitori valutino essere interesse primario del figlio e di ciò che il giudice consideri tale.

Parole chiave: ascolto del minore; capacità di discernimento; migliore interesse del minore; opinioni del minore; partecipazione del minore.

Abstract [Eng]

After having highlighted the dual “substantial” and “procedural” value of the minor’s right to be heard, the author explores the cause-effect link between the minor’s capacity for discernment and his/her right to be heard. The greater the minor’s capacity for discernment, the higher is the need to consider his/her inclinations, as a subject who actively participates not only in family life, but also in the proceedings where measures concerning him/her are adopted.

The valorization of the autonomy of the minor with the capacity for discernment characterizes the new provisions outlined in the Code of Civil Procedure regarding the hearing of the minor. The hearing becomes a guarantee of the effectiveness of protecting the minor’s best interests, ensuring not only the right to form and express his/her own opinion on matters concerning him/her, but also the right to self-determination in managing his/her own interests. However, the judge cannot just rely on or feel bound by the minor’s expressed will, and that the measure adopted must, therefore, be considered a “summary” of what the minor considers to constitute his/her own interest, of what the parents evaluate as the child’s primary interest and of what the judge deems to be so.

Keywords: hearing of the minor; capacity for discernment; best interests of the minor; opinions of the minor; participation of the minor.