

1. Le fonti internazionali nel diritto all'ascolto del minore

1.1. La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia

La *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia* fu approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991 e dichiarata *self-executing*, cioè immediatamente efficace, nel nostro diritto interno dalla sentenza della Corte Costituzionale 16-30 gennaio 2002, n. 1.

La Convenzione costituisce un'importante svolta nella concezione della tutela del “*fanciullo*” che, all'art. 1, definisce “*ogni essere umano in età inferiore ai diciott'anni, a meno che secondo le leggi del suo Stato, sia divenuto prima maggiorenne*”.

Tale accordo internazionale non si limita ad indicare, come obiettivo primario a favore del minore, la garanzia di un valido contesto educativo ed il perseguimento del suo benessere, bensì gli riconosce pure il diritto di partecipare attivamente alla formazione e determinazione delle decisioni che lo riguardano, senza dover sottostare passivamente alle risoluzioni altrui.

In particolare, la partecipazione del minore viene ritenuta fondamentale per un completo sviluppo della sua personalità¹ riconoscendogli una serie di diritti imprescindibili nell'ambito della sua formazione personale e sociale, quali: il diritto alla libertà di pensiero, religione e diritti di espressione, di associazione e di manifestazione dei propri principi che possono essere limitati soltanto da motivi di protezione della sicurezza pubblica, dei diritti fondamentali e della libertà altrui².

Coerentemente con la concezione partecipativa del minore, con l'art. 12 della Convenzione viene anche proclamato il diritto del fanciullo capace di formarsi una propria opinione, di esprimerla liberamente ed in qualsiasi materia, dovendo affidare alle sue opinioni il giusto peso relativamente alla sua età e maturità³.

Tale articolo assume una rilevanza anche nell'ambito giudiziario laddove prevede la necessità che in tutti i procedimenti giuridici o amministrativi coinvolgenti il minore deve essere data la possibilità perché egli venga udito, direttamente o indirettamente⁴.

Dal testo della Convenzione si evince che oggetto dell'ascolto devono essere le opinioni del minore ovvero sia l'espressione di quel suo modo di vedere le cose, opinioni che lo stesso deve poter esprimere liberamente ad un destinatario attento.

L'adulto chiamato a tutelare il bambino - e quindi anche il giudice - non deve solo ascoltare il minore ma anche considerarlo capace di partecipare alle scelte che devono essere fatte per lui e, conseguentemente, tener conto delle sue opinioni, mostrandosi disponibile a decidere con lui i provvedimenti da prevedere a suo favore.

¹“*L'affidamento condiviso dei figli*”, di C. Padalino, ed. Giappicchelli, 2006, pag. 192.

² Artt. 13, 14, 15 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989.

³“*L'ascolto del minore*”, di M.C. Campagnoli, ed Giuffrè, 2013.

⁴“*Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*”, M.T. Ambrosini, I. Corrado, V. Lojacono, D. Ziino (a cura di), ed. Giuffrè, 2001, pag. 384.

In altre parole, il bambino non può essere considerato come qualcosa di informe che possa essere plasmato dall'adulto, bensì un soggetto capace di modi di pensare adeguati⁵, con capacità e potenzialità espressive tali da permettergli di partecipare attivamente alle scelte che lo coinvolgono.

Nella Convenzione di New York si fa riferimento alla necessità di riferirsi alla capacità di discernimento del bambino nell'ascoltarlo e nel tener conto delle sue opinioni nonché dei suoi desideri: età e grado di maturità divengono parametri per la sua partecipazione attiva.

In ambito psicologico, la capacità di discernimento è già presente nel minore e viene argomentata dai giuristi come comprensiva sia della capacità del minore di capire ciò che è utile per lui sia dall'attitudine ad assumere decisioni autonomamente senza essere influenzato dalla volontà altrui⁶.

Vero è che la Convenzione stabilisce che ad ogni minore va garantita la possibilità di esprimere il proprio parere in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo coinvolge, ma rimanda al diritto interno degli Stati aderenti la valutazione del grado di maturità del bambino - al fine di definire la misura entro la quale si possa tener conto delle sue opinioni - e le modalità di tale ascolto (in modo diretto o per mezzo di rappresentante ovvero organo appropriato).

In altre parole, l'accento che viene posto dalla Convenzione sulla particolare attenzione da riservare al minore dovrà essere ripreso anche dalla legislazione nazionale nell'identificare le modalità mediante le quali relazionarsi con il bambino per capirne la maturità e la capacità di discernimento; queste sono necessarie per verificare il peso che, nella decisione finale, il giudice dovrà riservare alle conclusioni del minore.

Ad ogni modo nel relazionarsi con il minore si dovranno rispettare modalità che lo tutelino e la sua personalità in divenire.

Per quanto, la decisione finale dovrà comunque essere presa esclusivamente dal giudice il quale, se si dovesse discostare dalla volontà espressa dal minore, lo dovrà fare solo ed esclusivamente nell'interesse di quest'ultimo.

1.2 Convenzione de l'Aja

La Convenzione de l'Aja del 29 maggio 1993, in materia di adozione internazionale, ratificata in Italia con legge 31 dicembre 1998, n. 476, ha modificato la legge del 4 maggio 1983, n. 184 del diritto interno.

La Convenzione, riferendosi alle condizioni delle adozioni internazionali, all'art. 4 prevede la partecipazione del minore alla procedura che riguardano la propria adozione specificando che il suo consenso, laddove richiesto, deve essere libero⁷ ed informato e che, comunque, devono essere prese in considerazione i desideri e le opinioni del minore ai fini della decisione.

⁵“*La partecipazione del minore alla sua tutela, un diritto misconosciuto*”, di A. Dell'Antonio, ed. Giuffrè, 2001, pag. 94.

⁶“*La partecipazione del minore alla sua tutela, un diritto misconosciuto*”, Dell'Antonio A., ed. Giuffrè, 2001, pag. 105.

⁷ La libertà di opinione del bambino è stata oggetto di tutela anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta Carta di Nizza, del 7 dicembre 2000, il cui art. 24, par. 1, prevede che “*i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi 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*”.

Quindi, tenuto conto dell'età e del grado di maturità del bambino, si rileva dapprima il dovere di prendere in considerazione i desideri, oltre che le opinioni, del minore che deve essere adottato; in particolare i desideri sono da intendersi come le aspettative che il minore ha per il futuro, in conseguenza all'adozione.

Da escludere che ciò implichi il loro pieno assecondamento; tali informazioni servono a provvedere, in modo adeguato, laddove la decisione del giudice sia differente dalle speranze del minore, per poter superare al meglio eventuali crisi e difficoltà che al bambino derivino, in virtù di una soluzione diversa da quella da lui sperata⁸.

Nella stessa Convenzione de l'Aja assume altrettanto importanza la “*consulenza*” e l'informazione che devono essere garantite a favore del minore non solo affinché questo possa formarsi un'opinione personale, ma pure in modo da poter al meglio considerare la sua posizione e, conseguentemente, esprimere le proprie preferenze.

Il bambino deve sì esprimere i propri desideri ed aspettative, ma deve essere preventivamente informato di ciò che comporta l'adozione o il suo consenso ad essa, laddove questo sia richiesto.

Quindi, nella Convenzione de l'Aja, sulla stessa scia della Convenzione di New York, assume rilevanza per il minore il diritto ad essere considerato persona che si rapporta in modo dialogico con l'adulto; in altre parole, il minore come soggetto attivo, come parte della procedura che lo riguarda direttamente.

1.3 Convenzione di Strasburgo

La Convenzione di Strasburgo, detta anche *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore*⁹ del 1996, ratificata con la legge del 20 marzo 2003, n. 77, prevede un vero e proprio “*ascolto informato*”, riconoscendo al minore una serie di diritti di informazione e di rappresentanza.

La Convenzione si applica ai procedimenti che interessano i minori dinnanzi all'autorità giudiziaria in materia di famiglia – in particolare quelli relativi alle responsabilità genitoriali - e lascia al diritto interno di ogni Stato interessato la possibilità di completare la lista delle categorie di controversie in materia di famiglia alle quali la presente Convenzione intende applicarsi.

In particolare, si riconosce in capo al minore il diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione da prendere in debita considerazione.

L'informazione da rendere al minore deve riguardare sia le conseguenze scaturenti da decisioni proprie o altrui¹⁰.

La necessità di assicurare al minore l'esercizio dei suoi diritti viene ulteriormente affermata in questa convenzione che gli riconosce, laddove avente una capacità di discernimento, diritti di cui egli stesso può chiedere di beneficiare quali:

1. ricevere ogni informazione pertinente;

⁸ “*La partecipazione del minore alla sua tutela, un diritto misconosciuto*”, di A. Dell'Antonio, ed. Giuffrè, 2001, pag. 97.

⁹ Come prescritto nell'art. 1, la Convenzione di Strasburgo è rivolta alla tutela dei soggetti minori che non hanno raggiunto il diciottesimo anno d'età.

¹⁰ “*L'ascolto del minore*”, di M.C. Campagnoli, ed Giuffrè, 2013, pag. 12.

2. essere consultato ed esprimere la propria opinione;
3. essere informato delle eventuali conseguenze derivanti dalla propria opinione o da qualunque decisione in suo luogo.

Inoltre riconosce al minore il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante¹¹ nei procedimenti che lo riguardano, se ai genitori non è consentito di farlo perché in conflitto di interessi con il figlio: diritto che gli Stati aderenti non possono disconoscere ma soltanto, eventualmente, circoscrivere in base alle capacità di discernimento che vengono riconosciute al minore.

In particolare, tale rappresentante deve tenere un preciso comportamento nei riguardi del minore che possiede sufficienti capacità di discernimento:

- deve fornirgli ogni informazione pertinente¹² ed ogni spiegazione relativa alle eventuali conseguenze che la sua opinione avrebbe se messa in pratica e le conseguenze di qualsiasi azione del rappresentante stesso;
- deve informarsi dell'opinione del minore e deve portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria.

Nell'ottica di sensibilizzare l'intervento del legislatore degli Stati aderenti, la Convenzione invita a riconoscere ulteriori diritti a favore dei minori quali:

- il diritto di richiedere di essere assistiti di una persona appropriata di loro scelta che li possa aiutare ad esprimere la propria opinione;
- il diritto di chiedere direttamente, o tramite altre persone od organi, la designazione di un avvocato;
- il diritto di designare un proprio rappresentante;
- il diritto di esercitare completamente o parzialmente le prerogative di una parte nei procedimenti che li riguardano dinanzi ad una autorità giudiziaria.

Nel contempo il giudice deve tener conto delle opinioni del minore e verificare che egli abbia avuto tutte le informazioni necessarie per formularle¹³.

Lo stesso giudice deve essere disponibile ad interagire col minore, eventualmente anche in un contesto di riservatezza e designare un rappresentante speciale che rappresenti il minore, laddove i detentori della responsabilità genitoriale si vedano privati della facoltà di rappresentarlo a causa di un conflitto di interessi.

¹¹ La Convenzione di Strasburgo definisce “*rappresentante*” una persona, come un avvocato, o un organo designato ad agire presso un'autorità giudiziaria a nome di un minore.

¹² La Convenzione di Strasburgo all'art. 2 specifica che per “*informazioni pertinenti*” devono intendersi informazioni appropriate, in considerazione dell'età e della capacità di discernimento del minore, che gli saranno fornite al fine di permettergli di esercitare pienamente i propri diritti, a meno che la comunicazione di tali informazioni non pregiudichi il suo interesse.

¹³ “*La partecipazione del minore alla sua tutela, un diritto misconosciuto*”, di A. Dell'Antonio, ed. Giuffrè, 2001, pag. 99.

2. Le fonti nazionali nel diritto all'ascolto del minore

2.1 Procedura di adozione

La disciplina dell'adozione dettata dalla legge n. 184 del 1983, modificata dalla legge n. 149 del 2001, prevede l'esigenza di ascoltare il minore nella duplice previsione, obbligatoria per gli ultradodicenni e facoltativa per gli infradodicenni¹⁴, intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del minore in relazione a provvedimenti che nel suo interesse trovano la loro ragion d'essere.

Come si è accennato, il diritto all'ascolto è riconosciuto anche per il minore di dodici anni che sia in grado di discernere, cioè possieda una precisa e netta cognizione del mondo esterno ed una certa capacità di autodeterminazione.

Ad ogni modo, l'audizione è un atto processuale del giudice, il quale può stabilire modalità particolari per il suo espletamento, comprendenti anche la delega specifica ad esperti, ma allo stesso non è equiparabile l'assunzione del contributo dell'adottando in maniera indiretta, tramite le relazioni che gli operatori dei servizi sociali svolgono nell'ambito della loro ordinaria attività¹⁵.

Va qui evidenziato che l'art. 15, comma 2, legge n. 184/1983, pone l'obbligo di audizione nel giudizio di primo grado¹⁶, mentre il giudice di appello sarebbe tenuto soltanto, per il disposto dell'art. 17, comma 1, a sentire le parti ed il p.m., nonché ad effettuare "ogni altro opportuno accertamento"¹⁷.

Tuttavia, si ritiene che l'ascolto sia estendibile al giudizio di adottabilità nel suo complesso¹⁸.

È il giudice che deve valutare caso per caso la capacità di discernimento e la maturità del bambino minore di anni dodici che viene ad essere coinvolto nella procedura di adozione, il quale dovrà essere sentito solo se tale scelta sarà conforme ai suoi interessi superiori e renda effettiva la tutela.

La valutazione sull'opportunità dell'ascolto è essenzialmente rimessa al giudice e alla sua sensibilità ed esperienza.

In particolare, la Corte di Cassazione del 15 marzo 2013, n. 6645, stabilisce che l'ascolto può non venire effettuato, laddove la sua esecuzione andrebbe a nuocere all'interesse superiore del bambino provocandogli ulteriori traumi e disagi, rispetto a quelli della situazione in cui si trova.

¹⁴ In particolare *ex artt.* 7 e 25 per la dichiarazione di adozione, 10 e 15 in tema di adottabilità, 22 e 23 in tema di affidamento preadottivo.

¹⁵ In merito le pronunce della Cassazione civile, sez. I, 22/07/2015, n. 15365 e Cassazione civile, sez. I, 29/02/2016, n. 3946.

¹⁶ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 27/01/2012, n. 1251.

¹⁷ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 14/06/2010, n. 14216.

¹⁸ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 29/02/2016, n. 3946, *op. cit.*; a conferma, Cassazione civile, sez. I, 22/07/2015, n. 15365.