

bambino, se ciò si riveli necessario, da eseguirsi in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con modalità adeguate alla sua maturità, a meno che la sua audizione non sia manifestamente contraria ai suoi interessi.

L'art. 7 vuole garantire, invece, un immediato intervento dell'autorità giudiziaria in modo che essa agisca prontamente e ricorra a procedure che assicurino una rapida esecuzione delle decisioni. Nella medesima prospettiva è stabilito, all'art. 8, che l'autorità giudiziaria possa procedere d'ufficio quando sia seriamente compromesso il benessere del minore. Spetta agli ordinamenti interni circoscrivere i confini della sfera di intervento, individuando i casi in cui l'ingerenza dell'autorità sia consentita.

La stessa autorità giudiziaria potrà, sempre d'ufficio, nominare un rappresentante speciale al minore che si trovi privo di rappresentanza a causa di un conflitto di interessi con i detentori delle responsabilità genitoriali (art. 9, «Designazione di un rappresentante»). Accanto alla figura del rappresentante speciale la Convenzione prevede la possibilità di designare, anche in assenza di un conflitto di interessi, un rappresentante distinto, diverso quindi dai detentori delle responsabilità parentali, che curi gli interessi del minore. L'art. 10 (nel capitolo dedicato al ruolo dei rappresentanti) individua e definisce le funzioni attribuite ai rappresentanti: essi devono fornire ogni informazione pertinente al minore, se costui per il diritto interno sia considerato titolare di capacità di discernimento sufficiente; devono dare al minore, sempre che il diritto interno lo ritenga titolare di capacità di discernimento sufficiente, spiegazioni relative alle eventuali conseguenze che l'opinione del minore comporterebbe nella pratica ed alle eventuali conseguenze di qualunque azione del rappresentante; devono rendersi edotti dell'opinione del minore e portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria. In sostanza, il ruolo del rappresentante è quello di colui che deve mettere in grado il minore di autodeterminarsi, offrendogli ogni contributo conoscitivo sulla sua situazione, dandogli tutte le spiegazioni necessarie, ragguagliandolo sul problema in oggetto, osservando le sue reazioni, recependole ed, infine, interloquendo con l'autorità giudiziaria per

metterla al corrente delle opinioni raccolte. Gli obblighi enunciati in capo ai rappresentanti vengono estesi, se gli Stati parti della Convenzione lo riterranno opportuno, anche ai detentori delle responsabilità genitoriali. La figura del rappresentante ricopre una posizione cruciale nelle situazioni che vedono un minore vittima di violenza all'interno della famiglia, quando anche il genitore non maltrattante o abusante può rivelarsi incapace o inadeguato a rappresentare pienamente gli interessi e i bisogni del figlio. La Convenzione si configura pertanto come strumento rafforzativo degli istituti già in essere nell'ordinamento italiano e di cui da più parti è stata da tempo richiesta una più efficace e diffusa applicazione nei procedimenti di tutela che hanno al centro minori vittime di abusi e sfruttamento sessuale all'interno del contesto familiare

#### 1.1.4. Sul pubblico tutore dei minori – art. 12

L'art. 12 della Convenzione utilizza un linguaggio cautelativo e discreto in quanto stabilisce che gli Stati parte incoraggino la promozione e l'esercizio dei diritti del minore tramite organi ai quali demandare una serie di funzioni, quali: 1) fare proposte per rafforzare l'apparato legislativo relativo all'esercizio dei diritti del minore; 2) formulare pareri sui disegni legislativi relativi all'esercizio dei diritti del minore; 3) fornire informazioni generali sull'esercizio dei diritti del minore ai mass media, al pubblico, alle persone od organi che si occupano delle problematiche ai minori; 4) rendersi edotti dell'opinione dei minori e fornire loro ogni informazione adeguata.

Gli Stati sono liberi di scegliere la formula che più si adatta e si rivela conforme alle peculiarità del loro ordinamento: gli organi ai quali possono essere attribuite le funzioni sopra specificate potranno avere natura privata o pubblica e potranno cooperare tra loro a livello nazionale ed internazionale.

Se in altri Paesi è stata istituita la figura del *Ombudperson for children*, in Italia non esiste un omologo sul piano nazionale che svolga i medesimi compiti.

E' operativa sia nel Friuli Venezia Giulia che nel Veneto la figura del Pubblico tutore dei minori, organo di matrice regionale, con funzioni di promozione culturale, di proposta, di sensibilizzazione, di vigilanza sull'assistenza dei minori che vivono fuori dalla famiglia, di promozione, di selezione e di formazione dei tutori. La figura che potrebbe essere istituita, sul modello degli organi già esistenti e funzionanti, è quella del garante dei diritti dell'infanzia al quale potrebbero essere attribuiti oltre ai compiti di promozione e di programma, anche poteri di intraprendere azioni amministrative affinché operi per mettere a disposizione del minore, privo di genitori, una figura di assistenza e di rappresentanza che lo metta nelle condizioni di essere informato, di esprimere le proprie opinioni nel procedimento che lo riguarda.

Attualmente giacciono in Parlamento proposte di legge che prevedono l'istituzione del difensore civico per l'infanzia, figura istituzionale che nei progetti presentati è stata pensata come organo dotato di esperienza (il difensore verrebbe nominato congiuntamente dai Presidenti della Camera e del Senato fra i cittadini che diano prova di sicura competenza, di massima garanzia di probità e di indipendenza), oppure è stata configurata come autorità indipendente, avente struttura articolata in una sede nazionale ed in altre decentrate (il difensore verrebbe nominato dal Presidente della Repubblica, su proposta dei presidenti della camera dei Deputati e del Senato).

Si segnala, inoltre, che è stata altresì attivata un'iniziativa legislativa del Governo<sup>7</sup> volta all'istituzione di un presidio di garanzia per l'effettiva tutela dei diritti dell'infanzia.

---

<sup>7</sup> Su questo tema è viva l'attenzione del Governo italiano sia dal punto di vista propositivo che di sostegno alla riflessione nazionale e internazionale; per esempio, alla discussione sulle modalità di attuazione e tutela dell'esercizio dei diritti dell'infanzia ha deciso di dedicare una delle sessioni tematiche della Riunione dei ministri dell'Unione europea responsabili per l'infanzia, «L'Europe de l'Enfance», tenutasi a Lucca il 25 e 26 settembre 2003. Anche l'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza ha inserito tra i propri temi di lavoro la creazione di una figura di garante per l'infanzia e su questo ha costituito un gruppo di lavoro *ad hoc*.

### 1.1.5. Mediazione e altri metodi di risoluzione dei conflitti - art. 13

Conformemente all'auspicio espresso nel preambolo della Convenzione<sup>8</sup> viene sollecitato il ricorso alla mediazione ed a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti in atto al fine di prevenire o di risolvere i conflitti e di evitare procedimenti che coinvolgano i minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria.

Nell'ordinamento italiano si registra una tendenza volta a riconoscere sempre più spazio alla ricerca ed all'individuazione di strumenti alternativi a quello giudiziario per la risoluzione dei conflitti. E' questa una linea di tendenza che percorre trasversalmente vari settori del diritto, da quello civile a quello penale, basti pensare alle camere arbitrali, al processo del lavoro, alla procedura civile e penale dinanzi al giudice di pace, al tentativo di conciliazione nella separazione coniugale, alle esperienze del Tribunale di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni.

Nella giustizia minorile l'istituto della mediazione trova la sua espressione nella disciplina della messa alla prova del minore con conseguente sospensione del processo nell'ambito del quale risulta imputato. Trattasi di una soluzione processuale che prevede l'espletamento di attività volte alla conciliazione tra vittima e reo, offre il vantaggio dell'estinzione del reato laddove la prova abbia dato esito positivo ed evita al contempo la deresponsabilizzazione del ragazzo imputato<sup>9</sup>.

Ad oggi l'ultima novità importante nel campo della mediazione è rappresentata dalla scelta legislativa, contenuta nella legge 4 aprile 2001, n. 154,

---

<sup>8</sup> «[...] considerando tuttavia che in caso di conflitto è opportuno che le famiglie cerchino di trovare un accordo prima di portare il caso davanti ad un'autorità giudiziaria [...]»

<sup>9</sup> Interessanti sono state le applicazioni della mediazione e riparazione dopo il giudizio di cognizione, ossia all'atto dell'irrogazione delle misure alternative alla detenzione (in particolare quella dell'affidamento in prova al servizio sociale). Le ordinanze dei Tribunali di sorveglianza, avvalendosi dello strumento delle prescrizioni, hanno tracciato una nuova linea tendente a dare sempre più rilievo alla soddisfazione delle aspettative (non solo economiche) della vittima del reato. In questi provvedimenti, infatti, le prescrizioni di provvedere al risarcimento del danno e/o alla prestazioni di lavoro socialmente utile a titolo gratuito, appaiono più frequenti e più particolareggiate e sono inserite nei provvedimenti in funzione della risocializzazione del soggetto, avuto riguardo alle esigenze di cui sono portatrici le vittime del reato.

*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, di attribuire un ruolo riconosciuto e significativo ai centri o ai servizi di mediazione familiare. Con la legge citata è stata introdotta in maniera ufficiale la mediazione nell'ambito della procedimento contenzioso civile e grazie all'art. 8 della menzionata legge essa entra nelle procedure di separazione e divorzio.

Le prospettive che si aprono nella materia della mediazione sono profonde e la rilevanza di un'applicazione sempre più ampia di quest'istituto, mediante l'utilizzazione dei servizi sociali e di centri *ad hoc*, si apprezza ancora di più allorché si tenga conto dell'esigenza di procedere all'ascolto del minore. Le strutture menzionate saranno i soggetti che potranno farsi carico di questo delicato compito per riversare nel processo la voce del minore.

Da ricordare, infine, che il Capitolo III della Convenzione è dedicato all'istituzione di un Comitato permanente che si occupi di monitorare l'applicazione della stessa. Esso può, in particolare:

- a. esaminare ogni questione pertinente relativa all'interpretazione o all'attuazione della Convenzione. Le conclusioni del Comitato permanente relative all'attuazione della Convenzione possono assumere la forma di raccomandazioni; quest'ultime sono adottate con la maggioranza dei tre quarti dei voti espressi;
- b. proporre emendamenti alla Convenzione ed esaminare quelli formulati come indicato all'articolo 20 della stessa;
- c. fornire consulenza e assistenza agli organi nazionali che esercitano le funzioni di cui al paragrafo 2 dell'articolo 12, nonché promuovere la cooperazione internazionale fra loro.

Ogni Stato-parte può farsi rappresentare in seno al Comitato permanente da uno o più delegati. Alle sue riunioni è consentita la partecipazione, in qualità di osservatori, oltre che dei rappresentanti degli Stati non parte della Convenzione anche di rappresentanti dei vari organismi nazionali e internazionali che trattano dei problemi dei minori.

## **1.2. La Convenzione europea ed il diritto interno**

Nella presente legislatura si è ritenuto opportuno procedere ad una piena ratifica della Convenzione europea - firmata dall'Italia lo stesso giorno della sua approvazione da parte del Consiglio d'Europa, appunto il 25 gennaio 1996 - con la legge 20 marzo 2003, n. 77, mentre nella precedente legislatura era stata predominante l'ipotesi di interpretare la Convenzione di Strasburgo come uno stimolo per la messa a punto delle norme interne in materia di tutela dei diritti del fanciullo e su questa scia il dibattito parlamentare si era incentrato sull'individuazione delle norme che avrebbero dovuto essere riformate in conformità dei principi e delle norme in essa contenuti.

Il disegno di legge di ratifica (Camera dei deputati, atto n. 2105) è stato presentato dal Governo il 14 dicembre 2002. La relazione tecnica al progetto di legge rileva che la Convenzione non presenta profili di incompatibilità con la normativa vigente e pertanto per il suo recepimento sul piano interno è stata sufficiente la sola legge di autorizzazione alla ratifica.

La relazione introduttiva ravvisa che l'ordinamento interno vigente contiene le disposizioni essenziali per l'esercizio dei principali diritti contemplati nella Convenzione e si richiama alle norme di cui agli artt. 145, 284, c. 2, 316 c. 5, 371, c. 1, n. 1 c.c.; art. 6 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* come sostituito dall'art. 11 della legge 6 marzo 1987, n. 74, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*; art. 7, c. 3 e c. 45, della legge sull'adozione e successive modificazioni, per individuare i casi in cui è stabilito il diritto del bambino di essere consultato ed informato. Laddove altre norme non sanciscono detto diritto (e questo è il caso degli artt. 155 e 336 del c.c.) la mancata previsione esplicita non esclude affatto la possibilità di consultare ed informare il minore, che anzi usufruisce di detta facoltà per prassi applicativa, spontanea e generale invalsa presso i tribunali. Può tuttavia essere utile evidenziare che i primi contributi teorici sull'applicazione della Convenzione hanno osservato che per certi aspetti e per alcune definizioni valga la pena di

verificare l'adeguatezza del nostro ordinamento interno ai criteri ed ai principi contenuti nella Convenzione.

Ad esempio è stato affermato che le innovazioni introdotte dalla Convenzione di Strasburgo potrebbero trarre vantaggio nella loro applicazione da integrazioni dell'assetto giuridico italiano. Ciò potrebbe valere in particolar modo per quanto disposto agli artt. 3, 4, 5 e 9 considerato che l'idea di un minore dotato di maggiore autonomia processuale fa fatica ad affermarsi nell'ordinamento italiano.

Gli Stati membri sono chiamati ad individuare, all'atto del deposito della ratifica, almeno tre categorie di procedimenti relativi al diritto di famiglia, alle quali la Convenzione dovrà essere applicata e pertanto sono lasciati liberi di non applicarla in altre ipotesi. In realtà, avuto riguardo *de iure condito* alle categorie di controversie dove entrano in gioco gli interessi del minore vengono in rilievo le procedure in materia di separazione e divorzio, nell'ambito delle quali l'ascolto del minore si rende indispensabile poiché egli è persona ben informata sugli avvenimenti che coinvolgono la sua famiglia. Oltretutto l'intervento del minore nel procedimento appare necessario per verificare se vi sia una conflittualità con uno dei genitori e per accertare quale sia la scelta rispondente all'interesse del fanciullo, oppure ancora per stabilire le modalità del diritto di visita in capo al genitore non affidatario.

Per perseguire l'obiettivo fondamentale volto ad assicurare la partecipazione attiva del minore alle procedure che lo concernono e per rendere effettiva la tutela dei suoi diritti secondo la prospettiva della Convenzione, sebbene il quadro normativo vigente presenti elementi di indubbia coerenza con il principio sancito dalla Convenzione, si possono raffigurare aspetti che sollecitano una più articolata e ampia riflessione.

In questa visione si può rilevare che le disposizioni in materia di procedimento di separazione e di divorzio potrebbero ulteriormente contribuire a istituzionalizzare una partecipazione consapevole del minore. Ma allo stato attuale, i figli minori sono solamente i destinatari degli effetti dei

provvedimenti pronunciati nei confronti dei genitori. La legge sul divorzio prevede peraltro l'audizione dei figli minori, ma limitatamente alle ipotesi in cui essa appaia strettamente necessaria (artt. 4, c. 8, 6 e 9).

Nei procedimenti in tema di potestà genitoriale, *ex art. 316 c.c.*, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti più idonei. In questa fattispecie il figlio, che sia maggiore degli anni 14, viene sentito per l'adozione delle determinazioni più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare.

Nelle procedure in materia di abuso della potestà genitoriale, previste agli artt. 330 e 333 c.c., il minore non ha alcuna possibilità di partecipare alla formazione del convincimento del giudice né ha la legittimazione attiva a provocare l'emanazione dei provvedimenti ablativo o limitativo della potestà e neppure quella di richiedere la nomina di un curatore speciale che lo assista.

Il presupposto delle pronunce adottabili ai sensi delle norme sopra indicate è la sussistenza di una condotta genitoriale pregiudizievole al minore, ma nessuna di esse prevede, come obbligatoria o facoltativa, l'audizione del minore, anche se la natura della procedura, non caratterizzata da particolari formalità o preclusioni, non impedisce al Tribunale per i minorenni di procedere all'audizione del minore, al fine di adottare il provvedimento richiesto. Detta facoltà - e non obbligo - sarebbe fatta rientrare nel potere riconosciuto al Tribunale di assumere informazioni *ex art. 336, c. 2, c.c.*, nell'ambito del quale può essere agevolmente ricompreso l'ascolto del minore interessato all'emanazione della pronuncia<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> In caso di riconoscimento di figlio naturale, l'atto non produce effetto senza l'assenso del minore che abbia compiuto sedici anni, mentre per il soggetto di età inferiore è prevista la mera possibilità che lo stesso sia sentito solamente nel caso in cui un genitore abbia effettuato il riconoscimento e si opponga al riconoscimento dell'altro genitore. Altre disposizioni che prevedono l'audizione del minore sono le seguenti: art. 145 c.c., che prevede che in caso di disaccordo dei genitori su questioni riguardanti i figli e solo nell'eventualità che sia richiesto dai genitori l'intervento del giudice, il minore può essere sentito purché abbia compiuto il sedicesimo anno di età ed il giudice lo ritenga opportuno; art. 348, comma 3 c.c. che stabilisce che il giudice tutelare prima di nominare un tutore al minore debba sentire quest'ultimo sempre



### 1.2.1. Difficoltà attuative della Convenzione nell'ordinamento italiano: l'ascolto del minore

La giurisprudenza, in alcuni casi sull'onda delle tendenze internazionali, ha riconosciuto al minore spazi di partecipazione più ampi ed ha tenuto conto della volontà espressa dallo stesso; ma si è trattato di questioni dibattute in procedure contenziose, in tema di separazione e divorzio, quando il bambino aveva manifestato un'ostinata avversità nei confronti di uno dei genitori che il giudice non poteva fare a meno di considerare<sup>11</sup>.

Va pure segnalato, nella diversa materia dell'adozione, che la Suprema corte aveva censurato la sentenza di merito nella parte in cui era stato emesso il decreto di adottabilità senza ascoltare il minore infra-dodicenne, che nell'impostazione della legge 4 marzo 1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, non rappresenterebbe un obbligo per il giudice, ma soltanto una facoltà<sup>12</sup>.

Comunque, laddove si è palesato necessario procedere all'ascolto del minore in sede giudiziaria, soprattutto in occasione della pronuncia dei provvedimenti sull'affidamento dei figli, il giudice si è avvalso o di consulenti tecnici oppure del servizio sociale. Contro l'orientamento espresso nelle sentenze sopra citate va rilevato che è presente in giurisprudenza un indirizzo di senso opposto basato sul principio che l'affidamento dei figli minori è rimesso esclusivamente all'apprezzamento del giudice e la decisione avente ad oggetto la scelta del genitore affidatario non può farsi dipendere dalla volontà del minore, non potendo configurarsi l'affidamento stesso né un diritto dei figli alla scelta del genitore, né un diritto dei genitori all'affidamento stesso<sup>13</sup>.

---

che abbia compiuto sedici anni; art. 371 c.c. che prescrive che il giudice tutelare debba deliberare sul luogo dove il minore deve essere allevato e sul suo avviamento agli studi o all'esercizio di un'arte, mestiere o professione, sentito lo stesso minore se ha compiuto gli anni dieci.

<sup>11</sup> Cass. Civ. 15.1.1998, n. 317

<sup>12</sup> Cass. Civ. 23.7.1997, n. 6899

<sup>13</sup> Cass. Civ., 4.12.1985, n. 6063; Corte d'appello di Perugia, 23.9.1989; Tribunale di Roma, 20.4.1974; Tribunale di Milano 16.4.1984; Cass. Civ. 15.1.1998, n. 317.

La Convenzione di Strasburgo effettua un rinvio agli ordinamenti interni ai quali spetta il compito di individuare le caratteristiche perché il minore possa essere considerato titolare di una sufficiente capacità di discernimento ai sensi degli artt. 3, 4, 6, 10. Trattasi di un concetto che deve ancora essere elaborato dalla giurisprudenza: l'applicazione concreta è rimessa proprio all'autorità giudiziaria, cui sarà demandato di riempire di contenuto detta categoria accertando di volta in volta se il fanciullo, in virtù delle sue caratteristiche psicofisiche e degli interessi concreti coinvolti nell'ambito di una data procedura, possieda l'attitudine a conoscere ciò che accade fuori di lui ed a rendersi conto delle conseguenze di uno specifico atto.

Sotto questo profilo va rilevato, conformemente al dettato della Relazione tecnica al progetto di legge per la ratifica della Convenzione di Strasburgo, che il nostro ordinamento si mostra più avanzato poiché, in alcuni casi, non richiede affatto tale requisito per attribuire al minore l'esercizio dei diritti sanciti dalla Convenzione, in certe ipotesi prevede un limite minimo di età, in altre fattispecie rimette al giudice il potere di decidere se lo stesso sia fornito di discernimento sufficiente e subordina la relativa decisione al criterio dell'opportunità (art. 45, c. 6, della legge n.184/83) oppure della stretta necessità (art. 6, c. 9, della legge n. 898/70). In materia di separazione dei coniugi (art. 155 c.c.), oppure nelle procedure in materia di decadenza della potestà genitoriale (art. 330 c.c.) e di condotta pregiudizievole ai figli (art. 333 c.c.), anche se non è prevista l'audizione del minore, essa non è esclusa e pertanto sarà l'autorità giudiziaria a verificare, laddove voglia procedere all'ascolto del minore, se lo stesso sia dotato di discernimento sufficiente.

L'impatto rilevante che dovrebbe prodursi nel diritto interno sarà quello di rendere obbligatoria, *ex art. 3* della Convenzione, l'audizione del minore almeno per quelle procedure alle quali l'ordinamento italiano avrà dichiarato applicabile la Convenzione. Già l'art. 12 della Convenzione di New York, nel sancire in capo al minore un vero e proprio diritto ad essere ascoltato in tutti i procedimenti giudiziari ed amministrativi che lo concernono, aveva acceso un

dibattito avente ad oggetto la natura della norma: se essa cioè fosse direttamente applicabile negli ordinamenti interni quale norma *self executing*, avente contenuto precettivo, oppure se indicasse solamente un criterio guida, una linea programmatica che gli Stati aderenti avrebbero potuto attuare compatibilmente con caratteristiche peculiari dei rispettivi ordinamenti. La questione dibattuta oggi può dirsi superata con il recepimento della Convenzione europea, tuttavia non si può non rilevare, alla luce della normativa nazionale italiana e delle applicazioni giurisprudenziali, che non sussiste un principio generale secondo il quale minore debba essere ascoltato nelle procedure che lo riguardano.

La legge italiana contempla alcune ipotesi, ben delineate, di ascolto del minore, ma non stabilisce un principio inderogabile ed obbligatorio.<sup>14</sup>

La disciplina sull'adozione, recentemente modificata alla luce dell'entrata in vigore della legge 28 marzo 2001, n. 149, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983,*

---

<sup>14</sup> In materia di divorzio, due sono i requisiti affinché il minore possa essere sentito dal Presidente del Tribunale: la stretta necessità e l'età non eccessivamente giovane. L'art. 8, comma 8 della legge n.74/87, modificando il testo previgente, che subordinava la decisione sull'ascolto del figlio minore ad una valutazione di opportunità rimessa al Presidente del Tribunale, ha ridotto ulteriormente le possibilità del minore di essere sentito, configurando la sua audizione come attività di natura istruttoria eccezionale.

In tema di separazione personale dei coniugi l'art. 155 c.c. non prevede la medesima facoltà allorché debbano dettarsi le disposizioni sull'affidamento dei figli minori e sul contributo al loro mantenimento, limitandosi a stabilire che «il giudice deve tenere conto dell'accordo tra le parti» e affermando poi che «[...] i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice».

Invece il riconoscimento di una diversa ed autonoma posizione del minore nell'ambito delle procedure che lo coinvolgono, distinta da quella del genitore, consente l'ascolto del fanciullo, nei casi in cui, una volta verificatasi la rottura dell'equilibrio familiare, fondato su una gestione congiunta degli obblighi parentali, ed apertosi il conflitto, la funzione genitoriale di rappresentanza degli interessi del minore potrà rendersi più difficile, perché inquinata da un contenzioso che verte di solito su molteplici aspetti, di natura personale e patrimoniale. In dette ipotesi la partecipazione attiva del minore al giudizio secondo le norme della Convenzione e, soprattutto, il suo ascolto consentiranno allo stesso di introdurre elementi di valutazione diversa, di manifestare opinioni e scelte determinanti per il suo futuro e gli consentiranno anche di svolgere una "sua difesa" in una vicenda che necessariamente produrrà i principali effetti sulla sua persona.

Allora, sotto questo profilo, l'applicazione della Convenzione europea dovrebbe escludere ogni discrezionalità dell'autorità giudiziaria e rendere obbligatoria anche nella procedura di separazione - sia giudiziale che consensuale - l'audizione del minore, fin dalla fase presidenziale del procedimento.

n. 184, recante *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, rappresenta per certi versi la normativa più conforme alla Convenzione di Strasburgo. Il consenso del minore quattordicenne costituisce requisito *ad substantiam* per l'affidamento preadottivo e per l'adozione; l'ascolto del minore che ha compiuto gli anni dodici è obbligatorio, mentre il soggetto di età inferiore agli anni dodici viene sentito solo se viene ritenuto dotato di capacità di discernimento. La graduazione dell'intervento risponde all'esigenza di differenziare la tutela del minore a seconda dell'età e della sua maturità: il termine di 14 anni sembra diventare infatti nell'intenzione del legislatore il momento del passaggio da una tutela del minore, attuata attraverso la valutazione esterna del suo interesse, affidata al giudice, ad una tutela frutto di autonoma valutazione da parte del minore in base alla presunzione che normalmente a tale età lo stesso sia in grado di valutare autonomamente il suo interesse.

Nei procedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale - misure che, come è noto, ricorrono nella tutela dei minori vittime di abusi - ai fini dell'attuazione dei principi enunciati nella Convenzione europea, occorrerà che l'autorità giudiziaria si uniformi al principio dell'obbligatorietà dell'audizione del minore, almeno per colui che sia dotato di capacità di discernimento, al fine di dare voce alla parte essenziale nei confronti della quale esplicheranno i loro effetti i suddetti procedimenti<sup>15</sup>.

Finora l'audizione del fanciullo nell'ambito di una procedura giurisdizionale è sempre stata reputata sfavorevolmente dal legislatore, che evidentemente ravvisava fonte di pregiudizio per un fanciullo presentarsi dinanzi ad un'autorità giudiziaria ed esprimere la propria opinione su questioni attinenti alla sua vita quotidiana. A ben vedere non si può non evidenziare l'importanza dell'ascolto giudiziario del minore, a patto che questo venga

---

<sup>15</sup> Lo stesso può dirsi nel caso di riconoscimento di figlio naturale, per il quale l'applicazione delle disposizioni della Convenzione dovrebbe comportare che il minore, purché abbia una sufficiente capacità di discernimento, sia ascoltato e sia in grado di esprimere sempre il proprio consenso al perfezionamento dell'atto anche allorquando lo stesso sia minore di sedici anni.

eseguito con modalità atte a preservarlo da possibili traumi, in quanto esso rappresenta il veicolo attraverso il quale il bambino può esprimere ansie, desideri, richieste di aiuto e rappresenta il mezzo col quale gli adulti possono rendersi conto dell'effettiva condizione del minore e delle esigenze di cui è portatore. Per affrontare e superare le problematiche connesse a questa difficile operazione e per scongiurare il rischio di un'eventuale vanificazione della testimonianza resa da un soggetto minore, sia perché egli si presenti diffidente dinanzi ad una figura dotata di potere carismatico e capace di indurre soggezione come può essere un'autorità giudiziaria, sia perché non riesca ad apportare contributi particolari, occorre individuare misure di protezione adeguate che possano consentire un'audizione maggiormente flessibile, magari attraverso la predisposizione di ambienti appropriati e mediante la delega dell'ascolto del minore ad altre figure professionali, accorgimenti tanto più necessari quanto minore l'età del soggetto o più elevato il rischio di ulteriore traumatizzazione, come è il caso con minori vittime di violenze.

### 1.2.2. Difficoltà attuative della Convenzione nell'ordinamento italiano: l'autonomia processuale del minore

Nel nostro ordinamento il minore non riveste il ruolo di parte nei procedimenti che lo concernono, né è presente una disposizione generale che imponga come necessaria la nomina di un curatore speciale per il medesimo che possa rappresentarlo in tutte quelle procedure giudiziarie che coinvolgono i suoi interessi.

La stessa relazione tecnica al progetto di legge sulla ratifica della Convenzione, nell'illustrare l'impatto dell'art. 5 della Convenzione di Strasburgo nell'ordinamento interno, definisce il riconosciuto "diritto di esercitare completamente o parzialmente le prerogative di una delle parti dei procedimenti" che riguardano i minori come quello più impegnativo e delicato, posto che il contenuto di questa clausola non è obbligatorio, essendo chiamate

le Parti contraenti ad esaminare l'opportunità di concedere i diritti ivi contemplati.

Va peraltro riconosciuto che il nostro ordinamento attribuisce in certi casi al minore le qualità e le facoltà di parte autonoma nel processo: in materia matrimoniale l'art. 84 c.c. concede la possibilità al soggetto che abbia compiuto gli anni 16 di presentare istanza al Tribunale per i minorenni perché sia ammesso il suo matrimonio, sempre che ricorrano gravi motivi; in altri casi la legge stabilisce i presupposti perché possa aversi la nomina di un curatore speciale, ossia nella procedura di adozione; nei procedimenti relativi allo status del minore (riconoscimento e disconoscimento della paternità, art. 244, c. 4, art. 264, c. 2, artt. 273, 274 c.c.), nella presentazione della querela quando non vi è chi abbia la rappresentanza del minore di 14 anni e vi sia un conflitto di interessi (art. 121 c.p.); nelle procedure che hanno ad oggetto la cura di interessi patrimoniali del minore (artt. 321, 322, 323 c.c.); nei casi di emancipazione del sedicenne (artt. 390, 392, 393, 394, 397 c.c.).

In materia di esercizio della potestà genitoriale va segnalata la disposizione di cui all'art. 321 c.c. che riconosce espressamente al minore il diritto di richiedere al giudice la nomina di un curatore speciale, qualora i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà genitoriale non possano o non vogliano compiere uno o più atti di interesse del figlio eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Trattasi di disposizione che ha ad oggetto i rapporti patrimoniali e se si ha riguardo alla disciplina dei rapporti personali non è prevista una partecipazione analoga a quella prevista nell'articolo sopra citato. Ad esempio gli artt. 330 e 333 c.c. non prevedono che il minore vittima sia legittimato a promuovere direttamente l'azione ivi contemplata nei confronti dei genitori; semmai altri soggetti, privati o pubblici, possono sollecitare il Pubblico ministero, che viene a svolgere una funzione di filtro, a promuovere l'azione in oggetto.

L'impostazione del codice civile del 1942, fondata non sui diritti del bambino, ma sull'incapacità dello stesso in quanto minore<sup>16</sup> ha conferito all'istituto della potestà genitoriale natura pubblicistica, da esercitarsi nell'interesse del figlio e lo ha delineato come comprensivo dei diritti personali e patrimoniali. Se, con riguardo ai diritti personali, l'art. 316 c.c. designa una relazione di soggezione del figlio ai genitori, la quale è stata poi temperata con la riforma del diritto di famiglia del 1975 dal dovere di ciascuno dei genitori di mantenere, istruire, educare la prole tenendo conto di capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni dei figli; con riferimento ai diritti patrimoniali, l'esercizio della potestà è costruita come potere di rappresentanza nell'attività negoziale e nell'amministrazione dei beni appartenenti al minore previa autorizzazione, secondo i casi, del giudice tutelare o del Tribunale.

Pertanto il sistema del codice civile, nonostante i temperamenti apportati dalle riforme successive, continua a fondarsi su una relazione genitore/figli impostata sul rapporto dovere/soggezione e potrà far emergere alcuni nodi problematici nel recepimento *tout court* della Convenzione europea, col risultato che potrà essere sottoposta all'attenzione degli operatori del diritto l'ipotesi di una modifica normativa per adeguare l'ordinamento ai nuovi principi introdotti con la Convenzione.

Ad esempio, l'attuazione dell'art. 4 della Convenzione «Diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale», potrebbe suggerire l'introduzione di disposizioni che prevedano la nomina nei procedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, di un curatore speciale del minore, anche su iniziativa del minore stesso, oppure proporre di prevedere un'analogha possibilità, nelle azioni finalizzate ad ottenere il riconoscimento del minore. In quest'ultimo caso, la designazione di un rappresentante speciale sarebbe opportuna fin da subito, attesa la sussistenza di un conflitto tra riconoscimento richiesto dal genitore e l'interesse del minore, allorquando detto riconoscimento

---

<sup>16</sup> Sergio, *La giustizia minorile*, in Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti, Vol. VI, a cura di L. Lenti, pag. 1 e ss.

non corrisponda all'interesse del minore, perché il genitore che agisce non ha mai assunto un atteggiamento responsabile nei confronti del figlio o non ha mai costituito con lo stesso un valido rapporto affettivo. Nell'ipotesi in cui sia stata manifestata opposizione da parte del genitore, che per primo ha riconosciuto il figlio, a che l'altro effettui il riconoscimento, si instaura una procedura nella quale il minore deve essere sentito in contraddittorio con il genitore che si oppone. In detta ipotesi il minore, benché debba essere comunque sentito per verificare se il rifiuto al riconoscimento risponda o meno al suo interesse, non assume la qualità di parte e pertanto non deve essergli nominato un curatore speciale.

E' nell'ambito delle procedure in tema di separazione e divorzio che la Convenzione potrà incontrare maggiori difficoltà applicative proprio sotto il profilo esaminato della maggiore autonomia processuale da attribuire al bambino, essendo stata sempre negata anche dalla Corte costituzionale la possibilità di assumere il ruolo di parte al minore sulla scorta del principio che, data la natura non contenziosa degli accertamenti relativi all'affidamento del minore, le relative decisioni costituiscono il portato di valutazioni autonome, sottratte al potere dispositivo delle parti. Inoltre è stato ritenuto che il minore non è portatore di nessuna particolare situazione giuridica soggettiva tale da essere immediatamente azionabile. Cosicché per quanto il dibattito sia ancora aperto ed al centro delle riforme in tema di diritto di famiglia, la designazione di un rappresentante del minore che tuteli e difenda i suoi diritti nelle procedure di separazione e divorzio fa fatica a farsi strada.

### **1.3. Conclusioni**

L'applicazione della Convenzione potrà richiedere un adeguamento del diritto italiano alle norme introdotte. Anche se esistono, come è stato evidenziato, disposizioni che prevedono nei casi da esse contemplate una partecipazione del minore, non è presente nell'ordinamento interno un