

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

COMMISSIONE FAMIGLIA

11 luglio 2006

LE MODIFICHE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA VISTE DAGLI AVVOCATI

L'ASCOLTO DEL MINORE ARTICOLO 155 sexies C.C.

RELAZIONE A CURA DELL'AVV. GIULIA FACCHINI

Dovendo accennare brevemente ad un argomento come l'ascolto, che da sempre ha suscitato negli operatori del diritto una ridda di emozioni perlopiù negative, mi è parso utile attenermi a dati rigorosamente tecnici, tentando di ricostruire l'istituto sotto un profilo strettamente giuridico

In quest'ottica mi è parso utile prima di tutto fare una ricognizione delle fonti normative interne e internazionali anche precedenti alla promulgazione della legge 54 del 2006.

1) FONTI NORMATIVE INTERNE:

A) L'ASCOLTO NEL CODICE CIVILE art. 145 c.c., comma 1°: *"In caso di disaccordo (sull'indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia) ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità l'intervento del giudice il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere una soluzione concordata"*.

- **art. 250 c.c. comma 2°:** *"Il riconoscimento del figlio che ha compiuto i sedici anni non produce effetto senza il suo assenso."*
- **art. 250 c.c. comma 4°:** *"Il consenso (dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i sedici anni) non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio. Se vi è opposizione, su ricorso del genitore che vuole effettuare il riconoscimento, sentito il minore in contraddittorio con il genitore che si oppone e con l'intervento del P.m. decide il Tribunale con*

sentenza che, in caso di accoglimento della domanda, tiene luogo del consenso mancante”.

- **art. 316 c.c., comma 5°:** - ESERCIZIO DELLA POTESTA' DEI GENITORI - :*“Il giudice (Tribunale per i Minorenni) sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni 14, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell’interesse del figlio e dell’unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che nel singolo caso ritiene il più idoneo a curare l’interesse del figlio”.*
- **art. 348 c.c., comma 3°:** - SULLA SCELTA DEL TUTORE - : *“Il giudice (Tutelare), prima di procedere alla nomina del tutore deve anche sentire il minore che abbia raggiunto l’età di anni 16”.*
- **art. 371 c.c.:** - PROVVEDIMENTI CIRCA L'EDUCAZIONE E L'AMMINISTRAZIONE - : *“Compiuto l’inventario il giudice tutelare, su proposta del tutore e sentito il protutore delibera: 1. 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 10 e richiesto, quando è opportuno l’avviso dei parenti prossimi....”*
- Vediamo dunque che già nel codice civile sono sancite varie fattispecie di ascolto diretto da parte del giudice, la maggior parte statuiscono l’ascolto dopo il 14/16 anni, per la scelta sulla collocazione del minore art. 371 c.c. si scende a 10 anni e **non vi è limite di età per l’ascolto** (delicatissimo) stabilito del 250 quarto comma c.c. per il caso in cui vi sia opposizione da parte di un genitore al riconoscimento dell’altro.

B) L'ASCOLTO NELLE LEGGI SPECIALI:

- I) La **legge 28/3/2001 n. 149**, apportante modifiche alla l. n. 184/83 sull’adozione, già entrata in vigore per ciò che attiene alle parti di diritto sostanziale, e in attesa -da ben cinque anni!!!!- di un provvedimento legislativo integrativo relativo alla difesa d’ufficio che ne consenta l’operatività per la parte processuale introduce **un concetto nuovo e assolutamente rivoluzionario, rispetto alla precedente normativa interna, circa la posizione del minore nei procedimenti di adottabilità, nonché in quelli camerati contenziosi avanti al T.M. relativi alla**

ablazione, limitazione o regolamentazione della potestà, sancendone la posizione di parte processuale: ed infatti:

- **Art. 4, comma 1°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** - SULL’AFFIDAMENTO FAMILIARE -: *“l’affidamento familiare è disposto dal servizio sociale locale, previo consenso manifestato dei genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento. Il Giudice Tutelare del luogo ove si trova il minore rende esecutivo il provvedimento con decreto”.*
- **Art. 8, comma 4°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** *“Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall’inizio con l’assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2 dell’articolo 10”.*
- **Art. 10, comma 5°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** *“Il Tribunale entro 30 giorni deve confermare, modificare o revocare i provvedimenti urgenti assunti ai sensi del comma 5°. Il Tribunale provvede in camera di consiglio, con l’intervento del P.M., sentite tutte le parti interessate ed assunta ogni necessaria informazione. Deve inoltre essere sentito il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento.”*
- **Art. 15, comma 2°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** *“La dichiarazione dello stato di adottabilità del minore è disposta dal T. M. in camera di consiglio con sentenza, sentito il P.M. nonché il rappresentante dell’istituto di assistenza pubblico o privato o dalla comunità di tipo familiare presso cui il minore è collocato, o la persona cui egli è affidato. Devono essere parimenti sentiti il tutore ove esista, e il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento.”*
- **Art. 22, comma 6°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** - DELL’AFFIDAMENTO PREADOTTIVO -: *“Il T.M. in camera di consiglio, sentiti il P.M., gli ascendenti dei richiedenti ove esistano, il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento,”*

- omessa ogni altra formalità di procedura, dispone, senza indugio, l'affidamento preadottivo, determinandone le modalità con ordinanza. Il minore che abbia compiuto gli anni 14 deve manifestare espresso consenso all'affidamento alla coppia prescelta.
- **Art. 23, comma 1°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:**
"l'affidamento preadottivo è revocato dal T.M. d'ufficio o su istanza del p.m. o del tutore o di coloro che esercitano la vigilanza di cui all'art. 22, comma 8°, quando vengano accertate difficoltà di idonea convivenza ritenute non superabili. Il provvedimento relativo alla revoca è adottato dal T.M., in camera di consiglio, con decreto motivato. Debbono essere sentiti, oltre al p.m. ed al presentatore dell'istanza di revoca, il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento, gli affidatari, il tutore e coloro che abbiano svolto attività di vigilanza o di sostegno".
 - **Art. 25, comma 1°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** - DELLA DICHIARAZIONE DI ADOZIONE -: "il T.M. che ha dichiarato lo stato di adottabilità, decorso un anno dall'affidamento, sentiti i coniugi adottanti, il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento, il p.m., il tutore e coloro che abbiano svolto attività di vigilanza o di sostegno, verifica che ricorrano tutte le condizioni previste dal presente capo e, senza altra formalità di procedura, provvede all'adozione con sentenza in camera di consiglio decidendo di fare luogo o non fare luogo all'adozione".
 - **Art. 45, comma 2°, legge 184/83 come modificata dalla legge 28/3/2001 n. 149:** - SULL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI - "se l'adottando ha compiuto gli anni 12 deve essere personalmente sentito; se ha un'età inferiore, deve essere sentito, in considerazione della sua capacità di discernimento".
 - **Art. 336 c.c., ultimo comma, come modificato dall'art. 37 della legge 28/3/2001 n. 149:** - SULLA POTESTÀ DEI GENITORI -: "Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti i genitori e il minore sono assistiti dal difensore, anche a spese dello stato nei casi previsti dalla legge".

E' opportuno sottolineare che, anche se questa parte della legge non è entrata in vigore neppure quest'anno, essendoci stato al 30 giugno 2006, l'ennesimo rinvio, la prospettiva dell'assistenza legale del minore è una prospettiva che, in conformità alle convenzioni internazionali che tra poco vedremo, assolutamente concreta.

In quest'ottica non si può non sottolineare sin d'ora che dalla partecipazione al giudizio in senso tecnico del minore, discende la necessità che prima del giudice è l'avvocato del minore che deve "sentirlo", "ascoltarlo" e tradurre le sue richieste in domande processuali, spiegandogli anche le conseguenze giuridiche della posizione che assume. Non sono, quindi, soltanto i giudici a dover apprendere ad ascoltare il minore, ma in prospettiva anche e prima di tutto gli avvocati. Al proposto vorrei ricordare brevemente le esperienze straniere e in particolare quella degli Stati Uniti dove si sono formate due scuole di pensiero sul punto con due associazioni di avvocati che le applicano, l'una che in virtù della norma che anche li prevede la fedeltà del patrocinio, impone all'avvocato del minore di portare in giudizio tutte le istanze del ^{patrocinio} minore, l'altra che impone invece all'avvocato del minore di valutare nello svolgere la sua difesa "l'interesse del suo assistito" indipendentemente dalle sue richieste.

2. Fonti normative internazionali già recepite nell'ordinamento interno

Cito per tutte, per mancanza di tempo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176) art. 12 "Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tale fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato".

Da una interpretazione letterale, sembrerebbe che l'art. 12 abbia introdotto una previsione generalizzata dell'ascolto. Ma per lungo tempo dottrina e giurisprudenza si sono divise sul punto, sostenendo due diverse tesi:

1. L'art. 12 è norma programmatica e, quindi, subordinata all'esistenza nell'ordinamento

interno di ogni Stato che ha ratificato la Convenzione di organi e procedure indispensabili per una corretta applicazione. Spetta pertanto alla valutazione discrezionale del Giudice la scelta di disporre o meno l'ascolto del minore. L'art. 12: *“Sembra esprimere una mera tendenza o una linea direttiva o una guida, concretando una disposizione precettiva, assoluta, cogente, completa od autosufficiente (o self executing) ... avente per destinatari non i cittadini ma gli Stati Parti, obbligati ad attuare e in concreto, con disposizioni minute e particolareggiate, le linee direttive e le norme programmatiche astratte e generali della Convenzione (v.si Manera in Diritto della famiglia e delle persone, 1997, pag. 155 e Corte Cost. 16/5/1994 n.183 in Giustizia Civile, 1994, 1434 e 2107, Corte Cass. 21/7/1995 n.795, ivi 1995,I,2332).*

2. Art. 12 è precetto con applicazione immediata, poiché gli Stati che hanno recepito nel loro ordinamento detta Convenzione si sono impegnati a rispettare il diritto del *“fanciullo capace di discernimento”* di esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano, attraverso il suo ascolto diretto o tramite un rappresentante, o organo appropriato. L'art. 12 integra la disciplina del codice o delle leggi speciali in materia. Ne consegue che l'ascolto del minore capace di discernimento è diventato obbligatorio, oltre che nei casi espressamente indicati dal nostro ordinamento, ogni volta che il Tribunale ordinario, il Tribunale per i Minorenni e Giudice Tutelare debbano assumere provvedimenti che incidano sulla sfera personale o sul patrimonio del minore (V.si R. Thomas – M. Bruno *“I provvedimenti a tutela dei minori”* – Giuffrè 1996: *“I bambini potranno prendere sempre la parola e dire quello che pensano e di conseguenza, i giudici dovranno sentire i bambini ogni volta che i procedimenti giudiziari li riguardano”*).

Veniamo ora alla posizione delle Corte Costituzionale che con la importantissima sentenza interpretativa di rigetto n. 1/2002: pur dichiarando inammissibile e infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336, comma 2, c.c., sollevata dalle Corti d'Appello di Torino e di Genova, con riferimento agli artt. 3, 31 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che, nei procedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale,

siano sentiti il minore ultradodicesimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, **ha operato un'apertura interpretativa di enorme rilievo.**

La Corte ha, infatti, affermato che *"Per quanto specificamente concerne il contraddittorio come diritto di partecipare allo svolgersi del procedimento, ed in particolare a quella specifica attività istruttoria che è l'audizione ad opera del giudice, il rimettente – pur richiamandosi alla Convenzione sui diritti del fanciullo resa esecutiva con legge n. 176/91, e quindi dotata di efficacia imperativa nell'ordinamento interno – non considera che l'art. 9 comma 2 di essa (ai sensi del quale tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e far conoscere le proprie opinioni) pone una disciplina complementare rispetto alla previsione della norma impugnata (che prevede solo l'audizione del genitore contro cui il provvedimento è richiesto), **onde dal coordinamento tra le due norme deriva, allo stato dell'evoluzione legislativa, che nel procedimento in esame devono essere sentiti entrambi i genitori"**. Continua la Corte affermando che l'art. 12 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, "è idoneo ad integrare la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c., nel senso di configurare il minore come "parte" del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c."*

Ovviamente poichè la pronuncia è interpretativa di rigetto e pertanto non vincolante il suo disposto è rimasto ad oggi pressoché inattuato anche in mancanza di una disciplina specifica per la difesa d'ufficio in materia minorile.

DISCIPLINA COMUNITARIA

Molto importante per la riflessione che ci accingiamo a fare è il regolamento comunitario n. 2.201 del 27 novembre 2003 *"Relativo alla competenza, al riconoscimento, all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento n. 1347 del 2000.*

Tale fondamentale normativa, all'articolo 23 lettera b) prevede che; *"Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute nei casi seguenti b)...se, salvo i casi di urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di*

essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello stato membro richiesto". COPIARE ARTICOLO

Vediamo ora l'ascolto nella due riforme che oggi ci occupano.

La legge 80/2006: in vigore dal 1 marzo 2006 curiosamente prevedeva l'ascolto del minore in caso di divorzio ma non lo regolamentava in caso di separazione.

Dal 16 marzo 2006 è però entrata in vigore anche la legge 54 con il nuovo articolo 155 sexies che regola tra l'altro ascolto del minore stabilendo che: *"Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova.*

Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.....

Come noto in forza dell'articolo 4 della medesima legge tale disposizione è applicabile ai procedimenti di divorzio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

Fatta questa disamina dobbiamo domandarci in quale fattispecie processuale ricada l'ascolto, al fine di poter individuare, anche in via analogica, delle norme che lo regolamentano, al di là delle considerazioni metagiuridiche che ne hanno sancito la necessità

Le due alternative che si pongono sono:

1. **l'ascolto come strumento istruttorio**
2. **l'ascolto come diritto quantomeno di esprimere il proprio parere se non di essere parte del giudizio.**

La giurisprudenza di legittimità sinora si è espressa in senso favorevole alla prima soluzione, ed infatti:

- la **Cassazione**, con **sentenza 24 maggio 2000 n. 6784**, in materia di ascolto del minore in procedure ex articolo 250 c.c. ha affermato: *"L'audizione del minore è prevista quale prima fonte di convincimento del giudice sulla rispondenza del secondo riconoscimento all'interesse del minore medesimo e deve essere disposta anche d'ufficio, col solo limite del minore, per età o per altra causa a rendere dichiarazioni; in*

tale caso il giudice deve motivare in ordine alle ragioni che hanno impedito l'incombente, al fine di consentire il controllo".

La Cassazione ha, quindi, optato per la prima tesi, riconoscendo l'ascolto come mezzo istruttorio attivabile anche d'ufficio e, perciò, al di là delle richieste di parte, in tal modo modificando un precedente orientamento (Cass. 28 dicembre 1994 n. 11263) in cui aveva considerato l'ascolto come un mezzo istruttorio *"nella disponibilità anche dell'ufficio, ma ritenendo che, tuttavia, il vizio procedurale, dipendente dal mancato espletamento di tale incombenza, deve essere espressamente dedotto dalle parti, non trattandosi di nullità rilevabile, ma di prescrizione volta a soddisfare unicamente l'esigenza istruttoria di accertare se il rifiuto del consenso appaia o meno rispondente all'interesse del figlio"*.

La seconda tesi, quella relativa al fatto che il minore debba essere ascoltato in quanto parte del giudizio è invece sostenuta dalla **Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 1/2002** che al punto 8 della motivazione afferma: *"La questione non è fondata, in quanto muove ancora una volta da una premessa interpretativa erronea. L'art. 12 della Convenzione di New York è ormai entrato nell'ordinamento ed è idoneo ad integrare, ove necessario, la disciplina dell'articolo 336 c.c., nel senso di configurare il minore come "parte" del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 78 c.p.c.*

Le conseguenze processuali delle due tesi come avrete già intuito sono ben diverse.

- Nel primo caso, infatti - **ascolto come mezzo istruttorio** -, la mancata audizione del minore in primo grado potrà essere dedotta come vizio in appello e la Corte potrà provvedere direttamente all'audizione in secondo grado.
- Nel secondo caso, invece, - **minore parte del giudizio** -, il suo mancato ascolto in primo grado non può che produrre, in conseguenza della violazione di una norma sul litisconsorzio necessario (artt. 102 e 354 c.p.c.), il rinvio al giudice di primo grado e la ripetizione del processo dopo la chiamata in causa del minore.

DIFFERENZE TECNICHE E DI SCOPO TRA LA TESTIMONIANZA E L'ASCOLTO

E' importante sottolineare come la problematica dell'ascolto del minore costituisca un argomento a sé e sia da tenere assolutamente distinta dall'istituto della testimonianza, sia in sede civile che in sede penale, in quanto ha natura, funzione e scopi molto diversi.

Testimonianza

La testimonianza è il racconto del bambino relativo a circostanze che lo riguardano direttamente o che lui stesso ha osservato, per contribuire alla ricostruzione della realtà dei fatti.

Il bambino può sempre essere interrogato sui fatti cui ha assistito, indipendentemente dalla sua età, nel processo penale e civile, ma può tecnicamente fare da testimone solo dai quattordici anni in poi, secondo una disciplina uguale sia nel processo civile (art. 248 c.p.c., con la modifica apportata dalla sentenza della Corte Costituzionale 11 giugno 1975, n. 139) che nel processo penale (art. 120 c.p.p.).

Solo il processo penale disciplina le modalità della testimonianza del minore, con la previsione del suo esame diretto da parte del giudice (art. 498, comma 4°, c.p.p.) e di particolari modalità del suo esame se è parte lesa di abusi sessuali (art. 392, comma 1° bis, c.p.p., incidente probatorio per i reati di abuso sessuale quando occorre assumere una testimonianza di persona inferiore degli anni sedici; art. 398, comma 5° bis, c.p.p., modalità dell'incidente probatorio per l'assunzione della prova da minore di sedici anni; art. 609 decies commi 2° e 3° c.p., assistenza di psicologi, dei genitori e/o di altra persona idonea e dei servizi dell'amministrazione della giustizia per la persona offesa minorenni vittima di reati sessuali).

Ascolto

L'ascolto secondo la dottrina ha invece la fondamentale funzione di permettere al bambino la sua partecipazione alle decisioni che lo riguardano. Mentre nella testimonianza non è rilevante ciò che il testimone vuole o desidera, l'ascolto è invece uno strumento per raccogliere **le opinioni del minore**, e per dargli in qualche misura la possibilità di partecipare alla tutela della propria posizione. Nell'ascolto vanno sentite le opinioni e le emozioni del minore, e il giudice deve prenderle in considerazione nel momento della decisione, esplicitando anche tale considerazione nella relativa motivazione.

Un ultimo accenno alla capacità di discernimento.

La questione della “capacità di discernimento”, che riguarda la possibilità di ascolto anche dei minori degli anni dodici, pone, dunque, il problema fondamentale di comprendere e stabilire in quali casi in concreto il minore vada sentito.

In proposito, è difficile determinare con precisione un parametro, anche perché, per accertare la capacità di discernimento, parrebbe necessario prima sentire il minore, e pertanto l’ascolto dovrebbe farsi praticamente sempre. Un parametro di riferimento potrebbe essere il significato storico e psicologico che la nozione ha assunto nel tempo. Secondo il Dott. Pazè, grande sostenitore dell’ascolto, storicamente nella nostra cultura, la capacità di discernimento veniva ritenuta acquisita verso i sei-sette anni. A questa età, infatti, da un lato secondo la Chiesa il bambino era in grado di comprendere le scelte di fede, dall’altro era comunque il momento dell’inizio del percorso scolastico.

Anche le scienze psicologiche paiono concordare con tali conclusioni, individuando nell’età intorno ai sette anni il momento in cui il bambino acquisisce certe categorie di pensiero logico e il principio di realtà. La psicanalista francese Françoise Dolto, ad esempio, indica dagli otto anni in su il momento in cui il bambino sarebbe in grado di parlare al giudice delle questioni matrimoniali dei genitori.

Sul punto però, già affrontato negli anni passati con la Commissione forense dell’ordine degli psicologi vi erano opinioni molto discordi. La poca chiarezza legislativa e i timori degli operatori tutti, avvocati compresi, ha fatto sì che la norma anche prima delle riforme che ci occupano sia stata poco attuata, tranne che per alcune felici eccezioni.

Vorrei fare cenno solo un momento all’esperienza del tribunale ordinario di Genova (vedi Paolo Martinelli in *Minori e Giustizia* n. 4 del 2003 “*Il diritto dei minori all’ascolto come diritto fondamentale e ventuale*”) Il presidente Martinelli, che pratica l’ascolto a Genova da ben prima dell’entrata in vigore della legge 54 del 2006 in sostanza così argomenta: normalmente la voce del minore è portata nel processo dai genitori che sono i suoi legali rappresentanti e sostituti processuali, ma sotto il profilo processuale le ipotesi in cui un soggetto può tutelare nel processo come sostituto processuale un diritto sostanziale che appartiene ad altri sono minime e espressamente previste dalla legge (art. 81 cpc). Il

problema si pone in modo grave nelle procedure di separazione e divorzio oltre che in quelle di limitazione ablazione della potestà, in cui il genitore è contemporaneamente parte processuale e sostituto processuale di un'altro soggetto che potenzialmente è in conflitto. Pertanto argomenta il Dott. Mancinelli che quando non vi è accordi tra i genitori sulla gestione del minore il soggetto titolare del "diritto all'educazione" non è in alcun modo presente nel procedimento perché i suoi naturali "sostituti processuali" assumono una loro posizione sostanziale potenzialmente configgente. *"E' dunque evidente"* dice Martinelli *"che in tali situazioni processuali il ricorso all'ascolto del minore si impone, non in virtù di una scelta discrezionale, ma inderogabilmente per l'attuazione del diritto che il minore ha di fare giungere al giudice la propria voce"*.

In questo senso l'ascolto secondo Martinelli è per il minore un diritto costituzionale eventuale in quanto la Convenzione di New York *"si pone nel diritto positivo come limite esterno alla legittimità di un ruolo dei genitori come sostituti processuali della loro prole"*.

Ciò premesso anche per il tribunale di Genova l'ascolto deve essere un *"ascolto attivo"* o un *"ascolto relazione"*.

Secondo l'autore normalmente l'ascolto dovrà essere diretto, ma con le più varie modalità a seconda dei casi, -stanza del giudice- luogo appositamente allestito, stanza con vetri unidirezionali, con la presenza di altri soggetti o soltanto a due giudice minore ma , per quanto riguarda i procedimenti di separazione e divorzio, considerando il livello di sofferenza di un figlio nel momento in cui vede separarsi i suoi genitori e considerato che tale livello di sofferenza può condizionare la comunicazione verbale e razionale è meglio escludere l'ascolto diretto che potrebbe richiedere una formazione su problematiche specifiche dell'età evolutiva che non è propria del magistrato. Meglio dunque delegare l'ascolto a chi sappia *"tradurre"* il minore.

In questo senso a Genova viene delegato l'ascolto ad una psicologa, o psicopedagogista che sente i minori da sola con un approccio non inquisitivo ma ludico e che attraverso

disegni o giochi psicologicamente rilevanti intrattiene il minore ma poi riferisce in ambito giudiziario in un prosieguo di udienza presidenziale, nel contraddittorio delle parti ed eventualmente anche dei CTP. L'incarico tuttavia non è ancora un incarico peritale vero e proprio ma un incarico *"all'ascolto del minore nelle forme appropriate all'età"*.

"All'udienza poi –dice Martinelli- 2...l'ausiliario deve riferire i fatti, gli atteggiamenti del minore e le sue parole, le scelte di gioco e i suoi commenti. Deve inoltre spiegare perché considera quei dati significativi e in quel momento è inevitabile che egli esprima valutazioni e interpretazioni, sulle quali, tuttavia, le parti, i difensori ed eventualmente i consulenti di parte potranno fare osservazioni e domande".

Afferma in conclusione il presidente della sezione famiglia di Genova che dal punto di vista dei risultati ha colt per questa attività di decodificazione dei loro figli nel momento difficile della crisi familiare.