

“STRUMENTI DI TUTELA DEL MINORE DIRITTI E DOVERI DEL MINORE”



Scuola Forense Veliterna "Antonella Fabi"



Le fonti sovranazionali

CONVENZIONE DELL'AJA del 28 maggio 1970 relativa al rimpatrio dei minori, a mente del cui **art. 5**: *“nessuna decisione su di una **richiesta di rimpatrio** dovrà essere presa prima che il **minore** sia stato **sentito personalmente**, se le sue **facoltà di giudizio** lo consentono, da un'autorità competente dello Stato richiesto”*.



Due **Convenzioni internazionali**, tutte ratificate e rese esecutive in Italia con la **L. 15 gennaio 1994 n. 64**: a) la **Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori**; b) la **Convenzione dell'Aja del 1980** sugli aspetti civilistici della **sottrazione internazionale dei minori**.

Scuola Forense Veliterna "Antonella Fabi"



a) La prima, riconosce che l'**opinione del minore** ed il suo **benessere** sono importanti ai fini della correttezza della decisione che le autorità sono chiamate ad assumere e sottolinea che **nessuna disposizione**, però, **obbliga la Corte precedente ad ascoltare personalmente il minore**;

b) La seconda enuncia il principio per cui l'**opinione del minore** sulla **questione del ritorno o permanenza nello Stato** di trasferimento può essere **dirimente ai fini del decidere**, ma a patto che le autorità competenti abbiano avuto modo di verificare l'**età ed il grado di maturità**.



Successivamente, la **Convenzione dell'Aja del 29 Maggio 1993** per la **tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale**, ratificata ed eseguita dall'Italia con **L. 31 dicembre 1998 n. 476**, modificativa della L. 4 maggio 1983 n. 184 ha previsto, all'art. 21 che *“il minore tenuto particolarmente conto della sua età e della sua maturità, sarà consultato e, se del caso, sarà ottenuto il suo consenso sulle misure da prendere in conformità al presente articolo”*.



Le fonti sovranazionali

Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con la **L. 27 Maggio 1991 n. 176**, la determinazione delle specifiche garanzie a tutela dei diritti dei fanciulli, quali titolari dei diritti già proclamati dalla **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948**



I singoli diritti del fanciullo

- Il diritto di **godere delle cure dei genitori** e di **avere una residenza** (artt.li 9 e 18);
- il diritto alla **bigenitorialità** (art. 10), il diritto ad **essere ascoltato** (art. 12);
- il diritto alla **vita privata**, all'**onore** e alla **reputazione** (art. 16);
- il diritto alla **salute** e alle **cure speciali, se disabile** (artt.li 23 e 24);
- il diritto alla **sicurezza** sociale (art. 25);
- il diritto ad un **livello di vita adeguato** (art. 27);
- il diritto all'**istruzione** (art. 28);
- il diritto al **gioco**, allo **svago** e al **riposo** (art. 31).



Tali diritti, che per la prima volta vengono qui puntualmente enunciati, devono essere rispettati *“senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza”*.



Il superiore interesse del minore

La Convenzione afferma un principio assoluto: la tutela di tali diritti, al di là dei margini di **coinvolgimento del titolare** (ove uscito dall'età infantile), deve essere garantita attraverso scelte che, nell'applicazione di norme e istituti (in tema di tutela della persona ma soprattutto di relazioni genitori-figli), abbiano come punto di riferimento quello che si profila ora come uno dei principi cardine della Convenzione: tutte le politiche riguardanti i più piccoli debbono fondarsi preminentemente sul “*superiore interesse del minore*”.



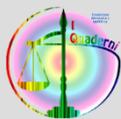
La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) dispone all'art. 8: *“Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.*

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”



A) Il diritto alla vita privata

La nozione di “*vita privata*” elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è nozione ampia, non soggetta ad una definizione esaustiva, che comprende **l'integrità fisica e morale** della persona e può riguardare, dunque, numerosi aspetti dell'identità dell'individuo.



L'identità nelle sentenze della CEDU

Con particolare riferimento ai minori, elemento dell'identità di ciascuno comprende: l'accertamento, nel diritto interno, del legame di filiazione rispetto al padre biologico ed in particolare, del “legame di filiazione tra minori nati all'estero con il metodo della surrogazione di maternità ed i genitori c.d. “intenzionali” (sentenza del 26/06/2014, Mennesson contro Francia).



B) Il diritto al rispetto della “vita familiare”

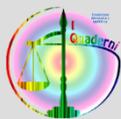
La Corte EDU ha elaborato una nozione di “vita familiare” più ampia di quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela.

Il concetto autonomo di “vita familiare” include, in primo luogo, i coniugi nonché i figli legittimi dal momento della loro nascita ed a prescindere dal requisito della “coabitazione”.

Relativamente al rapporto tra ciascun coniuge e la prole, la “vita familiare” persiste anche nel caso di scioglimento del matrimonio e di affidamento dei figli ad un solo genitore.

Il concetto di “vita familiare” include anche la filiazione naturale essendo il rapporto familiare riconnesso solo al fatto della nascita, anche in assenza di convivenza tra i genitori.

Anche la filiazione adottiva costituisce “vita familiare” ai sensi dell'art. 8.



Diritto di ascolto

L'esplicazione del ruolo centrale del minore nell'affermazione e nella fase di tutela dei propri diritti non può che avvenire in riferimento al “*diritto di ascolto*”.

L'ascolto dei minori nei giudizi in cui si devono adottare provvedimenti che li riguardano è oggi regolato, nell'**ordinamento civile italiano**, dagli **artt.li 315 bis, 336 bis e 337 octies, cod. civ.**, introdotti dalla **L. 219/2012** e dal **D.Lgs. 154/2013**: a **livello internazionale**, è previsto dall'**art. 12, Convenzione di New York** e all'**art. 6, Convenzione di Strasburgo**.



Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo

Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 25 gennaio 1996

L'ascolto “diventa un vero e proprio diritto processuale, cui corrisponde un obbligo per il Giudice”.

Art. 3 “diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti ”.



Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000

Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000

Individuazione dei “*diritti del minore*”

Art. 24 comma I : “*i minori 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*”.



Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003

Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali

Art. 6 “Diritto del minore di essere informato, consultato ed esprimere la propria opinione”.



Regolamento CE n. 2201 del 27 novembre 2003

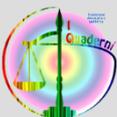
Regolamento CE n. 2201 del 27 novembre 2003

Cosiddetto “*Bruxelles II bis*” relativo alla competenza, riconoscimento ed esecuzioni delle decisioni in materia matrimoniale e responsabilità genitoriale.

Art. 23 lett. b): la decisione resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto, non è riconosciuta, salvo i casi d'urgenza”

Principio ribadito dalle linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minori del 17 novembre 2010.

Attenzione: i regolamenti europei sono vincolanti per gli stati membri mentre le convenzioni internazionali assolvono alla precipua funzione di orientamento degli ordinamenti. Ne consegue che la mancata attuazione del regolamento determina nel caso di specie un limite al riconoscimento ed esecuzione del provvedimento riguardante il minore.



Diritto d'ascolto quale diritto sostanziale nel processo

- Legge n. 898/1970, *c.d.* legge sul divorzio, art. 4
- Legge n. 74/1987, riscrittura della norma sull'ascolto del minore
- Legge n. 54/2006, introduzione dell'art. 155 sexies c.c. con il quale si delinea nell'ordinamento italiano il “*diritto del minore all'ascolto*”
- Legge n. 219/2012 abroga l'art. 155 sexies ed introduce l'art. 315 bis c.c. sui “*diritti e doveri del figlio*” introducendo al comma 3 “*il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*”
- Il D.Lgs. 154/2013 introduce gli artt.li 336 bis, 337 octies c.c. e 38 bis disp. att. c.c. e modifica (ancora) l'art. 4 comma 8 della L.898/70.



ART. 315 bis c.c. – Diritti e doveri del figlio

Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti [317 bis].

Il figlio minore che abbia compiuto gli **anni 12**, e **anche di età inferiore** ove capace di **discernimento**, ha **diritto di essere ascoltato [336 bis] in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.**

Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.



Una fattispecie particolare

Nel **procedimento per la sottrazione internazionale del minore**, previsto dalla **legge 15 gennaio 1994 n. 64** (ratifica della **Convenzione dell'AJA del 25 ottobre 1980**), l'ascolto del minore costituisce **adempimento necessario** ai sensi dell'art. 315 bis c.c., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219.

L'**omesso adempimento** o l'**omessa motivazione sulla sua assenza** costituiscono **lesione** del diritto al **contraddittorio** (Cass. Civ. 31/3/2014 n. 7479/2014).



•ART. 336 bis c.c. - Ascolto del minore

Il minore che abbia compiuto anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal Presidente del Tribunale o dal Giudice Delegato nell'ambito di **procedimenti** nei quali **devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano**. Se l'ascolto è in **contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il Giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato**.

L'ascolto è condotto dal Giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il Pubblico Ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto **se autorizzati dal giudice**, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento [disp. att. 38 bis].

Prima di procedere all'ascolto il Giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio-video.

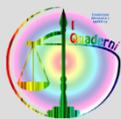


ART. 336 bis c.c. - Ascolto del minore

Il minore che abbia compiuto anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal Presidente del Tribunale o dal Giudice Delegato nell'ambito di **procedimenti** nei quali **devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano**. Se l'ascolto è in **contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il Giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato**.

L'ascolto è condotto dal Giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il Pubblico Ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto **se autorizzati dal giudice**, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento [disp. att. 38 bis].

Prima di procedere all'ascolto il Giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio-video.



ART. 337 octies c.c. - Poteri del Giudice e ascolto del minore

Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 337 ter, il Giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il Giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei **procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori**, relativo alle **condizioni di affidamento dei figli**, il **Giudice non procede all'ascolto, se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo.**

Qualora ne ravvisi l'opportunità, il Giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 337 ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una **mediazione** per raggiungere un accordo, con particolare riferimento all'**interesse morale e materiale dei figli.**



Conclusione sui principi generali

- a) l'ascolto del minore è attività obbligatoria solo se costui ha compiuto i dodici anni, altrimenti il Giudice ne valuta le capacità di discernimento;
- b) il Giudice può negare l'ascolto se lo reputa contrario all'interesse del minore o manifestamente superfluo;
- c) in tale evenienza il Giudice deve motivare espressamente la scelta di negazione dell'ascolto;
- d) l'ascolto è demandato al Giudice in osservanza delle modalità di cui all'art. 336 bis c.c.;
- e) il Giudice non è tenuto ad uniformarsi alle dichiarazioni rese dal minore dovendo effettuare una valutazione complessiva del suo interesse.



Il “non ascolto” del minore nella negoziazione assistita

Legge n. 162 del 10 novembre 2014 (conversione del D.L. n. 132/14).

Introduzione di due procedimenti diretti al conseguimento della separazione, del divorzio e modificazione delle condizioni stabilite con la separazione e il divorzio con **negoziazione assistita** (art. 6) e dinanzi all'**ufficiale dello stato civile** (art. 12).

Art. 6 – controllo del Pubblico Ministero di “intensità variabile”:

- a) **autorizzazione – vaglio della regolarità formale dell'accordo e della rispondenza dell'interesse dei figli**, in presenza di figli minori o bisognosi di protezione;
- b) **nulla osta – vaglio della regolarità formale dell'accordo** in assenza di figli minori o bisognosi di protezione.



Dubbi sul ruolo del Presidente del Tribunale nell'ipotesi di mancata autorizzazione – nulla osta del PM

Art. 6 – in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap, economicamente non autosufficienti, trasmissione dell'accordo – convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro gg. 10 al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente.

Autorizzazione concessa se l'accordo risponde all'interesse dei figli.

Autorizzazione non concessa se non corrisponde all'interesse.

In quest'ultimo caso trasmissione entro gg. 5 degli atti al Presidente del Tribunale il quale entro gg. 10 fissa la comparizione delle parti dinanzi a se.



Ed il diritto di ascolto?

La negoziazione assistita familiare così come concepita dalla normativa vigente esclude detta attività, almeno nella sua conclusione “*auspicata*”.

Distonia con le fonti internazionali ed europee in ordine alla tutela del minore ed al suo ascolto nei procedimenti che lo riguardano (rammentare il Regolamento “*Bruxelles II*”)



Cenni alla soluzione francese

Considerata la previsione di cui all'**art. 56 del Codice Deontologico Forense** che impedisce all'avvocato di raccogliere le dichiarazioni del minore un suggerimento “*de iure condendo*”:

artt.li 229 e 229-2 del Code Civil francese (L. n. 1547/2016 in vigore dal 1 gennaio 2017).

Divorzio su accordo delle parti con atto notarile ed assistenza obbligatoria dell'avvocato.

Obbligo dei genitori di informare il minore del suo diritto ad essere ascoltato dal Giudice, con garanzia espressa a cura dell'avvocato e del notaio.



Conclusioni

“Ci preoccupiamo di ciò che un bambino diventerà domani, ma dimentichiamo che è qualcuno oggi” (Stacia Tauscher).

“Non ci può essere rivelazione più acuta dell'anima di una società che il modo in cui tratta i suoi bambini” (Nelson Mandela).

