



CRIO PAPERS

N°. 24

ELISABETH CASSISI

**L'INCIDENZA DEI PARAMETRI
INTERNAZIONALI NEL RICONOSCIMENTO
DEL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEL MINORE**

CRIO PAPERS N°. 24

ELISABETH CASSISI

**L'INCIDENZA DEI PARAMETRI
INTERNAZIONALI NEL RICONOSCIMENTO
DEL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEL MINORE**

This text may be for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the paper, the year and the publisher.

ISSN 2037-6006

© 2014 Elisabeth Cassisi

University of Catania School of Law

CRIO Centre of Research on International Organizations

Villa Cerami

I – 95124 Catania Italy

Editorial Staff

Adriana Di Stefano

Federica Gentile

Giuseppe Matarazzo

Graphic Project

Ena Granulo

www.studioen.it

The CRIO Papers can be found at:
<http://www.lex.unict.it/crio/crio-papers>

L'INCIDENZA DEI PARAMETRI INTERNAZIONALI NEL RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEL MINORE

Elisabeth Cassisi

Contents

1. Considerazioni introduttive	4
2. L'ascolto del minore: difficoltà sottese al suo riconoscimento.....	4
3. Interventi internazionali e sovranazionali in materia di ascolto: la Convenzione ONU del 1989.....	6
4. La Convenzione di Strasburgo del 1996.....	9
5. La Convenzione europea dei diritti umani del 1950.....	13
6. L'Unione europea: la Carta di Nizza e il Regolamento 2201/2003.....	17
7. Efficacia della normativa internazionale nell'ordinamento interno.....	20
8. Il terzo protocollo opzionale alla Convenzione ONU: quale contributo al riconoscimento del diritto all'ascolto?.....	24

1. Considerazioni introduttive

In una società mondiale in cui il progresso intellettuale di massa sembra essere frutto di un processo inarrestabile, la disciplina dell'ascolto del minore si è per molto tempo collocata in una posizione antitetica a tale sviluppo. Di fatti, la diffusa incapacità di pensare il minore come persona a tutti gli effetti e dunque come soggetto di diritti ha per molto tempo frenato la nascita e crescita di una disciplina giuridica ad hoc che potesse tutelare il minore inteso come soggetto in grado di esprimere scelte di vita autonome.

L'ordinamento internazionale ha gradualmente preso atto di questo annichilimento giuridico del minore che si estrinsecava altresì attraverso il suo mancato ascolto nei procedimenti giudiziari che lo concernevano e, in risposta a tale problematica, ha intrapreso un cammino legislativo volto al riconoscimento di diritti e alla sensibilizzazione delle coscienze nazionali.

L'obiettivo di questo contributo vuole quindi essere quello di esaminare le varie tappe dell'intervento internazionale e sovranazionale in materia di ascolto nonché l'incidenza di questo intervento nell'ordinamento interno. Dal momento che l'adozione del recente terzo Protocollo opzionale alla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia segna un passo ulteriore verso l'affermazione della categoria dei diritti del minore, si analizzerà anche in che misura esso innova e rafforza il riconoscimento del diritto all'ascolto.

2. L'ascolto del minore: difficoltà sottese al suo riconoscimento.

Prima di addentrarci nell'analisi degli strumenti internazionali, è utile tuttavia fare un accenno alle caratteristiche di questo peculiare istituto; d'altronde solo comprendendo le difficoltà sottese all'inquadramento dell'ascolto nell'ordinamento nazionale potrà ben cogliersi la necessità dell'intervento del legislatore sovranazionale.

Gli ordinamenti giuridici di tradizione romanistica per lungo tempo hanno posto il minore di età in una situazione d'incapacità legale, sicché solo al raggiungimento della maggiore età il bambino, fino a quel momento incapace di autodeterminarsi, diveniva istantaneamente in

possessione di tutti i requisiti necessari per compiere delle scelte produttive di effetti giuridici. Tale disciplina ignorava quasi del tutto il percorso progressivo di ciascun minore verso la maturità, non attribuendogli poteri di agire nelle questioni che lo riguardavano anche quando, essendo abbastanza maturo, avrebbe potuto farlo senza suo danno e solo a suo vantaggio.¹ Questa realtà era frutto di una visione piramidale e gerarchica dei rapporti familiari, qual era quella offerta anche dal nostro legislatore del 1942, che si sostanziava in una “spersonalizzazione del figlio”.²

Oltre al problema squisitamente sociale, dietro la difficoltà degli ordinamenti interni di enucleare una specifica disciplina dell’ascolto si riscontrava e si continua a riscontrare tutt’oggi (seppur in misura notevolmente ridotta) anche un problema di carattere giuridico. Mi riferisco in primis all’originalità di un istituto che non appare assimilabile a nessuno degli altri istituti che prevedono l’audizione di soggetti coinvolti in un procedimento giudiziario.³ Secondariamente, il riferimento è a molteplici fattori quali l’eterogeneità delle situazioni in cui l’ascolto va a inserirsi, le fragilità e precarietà del minore, la pluralità di soggetti coinvolti, nonché il fine ultimo sotteso all’attività de quo. In merito a quest’ultimo aspetto, quello della finalità dell’ascolto, è la stessa etimologia del termine a darci un’indicazione di non poca importanza: la parola “ascoltare” (dal latino “colere” e della forma indoeuropea “aus”) indica il “coltivare mentalmente ciò che si registra nell’orecchio, tanto che la parola dell’altro venga raccolta e non dispersa, protetta e non deformata”⁴. Se ne desume che ogni qualvolta si parli

¹ P. Pazè, *Ascoltare, capacitare, rappresentare*, in “Minori Giustizia”, 4-suppl., 2011, p.11.

² F. Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in “Familia”, 4, 2002, p.935.

³ L’ascolto infatti non è assimilabile alla testimonianza, in quanto non è diretto a recepire fatti dei quali una persona possa riferire: anzi è il suo esatto contrario, in quanto nella testimonianza sono da escludere le valutazioni e le opinioni, mentre nell’ascolto il minore è chiamato a manifestare proprio la sua opinione. Potrebbe semmai essere paragonato all’interrogatorio libero, visto che al minore secondo numerose pronunce della Corte Costituzionale va attribuita la qualifica di parte in senso sostanziale e che l’obiettivo di tale istituto è quello di consentire alla parte di esporre al giudice le proprie ragioni. Tuttavia sembrerebbe comunque più opportuno ribadire la natura sui generis dell’ascolto, data la sua estraneità al sistema delle prove e la sua funzione di recepire nel processo l’opinione del soggetto vulnerabile nel cui preminente interesse il provvedimento è assunto. In questo senso, si veda M. G. Ruo, *L’ascolto del minore nei procedimenti civili. Riferimenti normativi e giurisprudenziali e prospettiva della difesa*, in www.unicef.it.

⁴ M. L. De Luca, *L’audizione del minore nel processo civile come diritto e come strumento probatorio*, “Minori Giustizia”, 4, 1998, P.61.

di ascolto, tanto più di un minore, accanto alle valutazioni tecniche dell'organo giurisdizionale, siano necessarie anche valutazioni di carattere metagiuridico, ai fini di una corretta sintesi nel processo delle istanze più profonde del bambino coinvolto.

L'impreparazione del legislatore di fronte ad una realtà sociale nuova, unita all'assenza di una vera e propria giurisdizione minorile nella quale poter disciplinare l'ascolto del minore nelle sue varie sfaccettature, spiega dunque la centralità dell'intervento del legislatore internazionale nel coadiuvare gli Stati a ripensare la condizione del minore e il suo diritto all'ascolto.

3. Interventi internazionali e sovranazionali in materia di ascolto: la Convenzione ONU del 1989.

La prima, nonché la più importante tra le varie convenzioni in materia di ascolto è la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza di New York⁵, nella quale viene disciplinato in maniera inequivocabile lo status legale e sociale dei minori che “anche se mancano della piena autonomia, sono da considerarsi comunque soggetti di diritto”⁶. In armonia con ciò, la Convenzione contiene una previsione normativa unica in un trattato di diritti umani, l'articolo 12, il quale sancisce l'obbligo per gli Stati parti di garantire al bambino capace di discernimento “il *diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda, le opinioni del bambino essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità*”. Il secondo comma inoltre recita: “A tal fine, si darà al bambino la possibilità di essere ascoltato in *ogni* procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, *in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale*”.

⁵ Ratificata in Italia con la legge n. 176 del 27 Maggio 1991.

⁶ Human Rights Committee, General Comment no. 12 (2009), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

A dispetto delle precedenti Carte internazionali che non attribuivano grande valore alle opinioni espresse dal minore, in questa disposizione normativa si sostanzia il primo solenne riconoscimento del diritto del minore di essere ascoltato in tutti i procedimenti giudiziari o amministrativi che lo riguardano⁷. Nonostante la sua genericità (da considerarsi necessità ineluttabile data la specificità dei sistemi giuridici nei quali va ad inserirsi), l'articolo 12, grazie anche al chiarificante contributo del Comitato sui diritti dell'infanzia attraverso il proprio *General Comment no.12(2009)*⁸, si comprende come la norma in esame vada ben oltre la mera proclamazione del diritto all'ascolto del minore, specificando l'ambito nel quale tale diritto debba trovare riconoscimento, le modalità attraverso le quali attuarlo e le caratteristiche soggettive che fungono da presupposto per la sua configurazione in capo al fanciullo.

Sotto il primo profilo la norma afferma che il minore debba essere ascoltato "in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne". Quindi la determinazione dell'ambito di operatività della disposizione non viene effettuata in chiave restrittiva dello stesso: emblematica a tal riguardo è la posizione assunta dal gruppo di lavoro aperto stabilito dalla Commissione sui diritti umani che ha stilato la bozza di testo della Convenzione, il quale rigettò la proposta di definire le questioni di cui al primo comma attraverso una lista che limitasse la considerazione delle opinioni del bambino e dell'adolescente⁹. Su questa stessa scia il Comitato ha sottolineato che la disposizione si

⁷ A. Liuzzi, *L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna*, in "Famiglia e diritto", 6(2001), p.677.

⁸ Il Comitato sui diritti dell'infanzia è stato istituito dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia(art.43). Attraverso i suoi commenti generali esso offre una interpretazione autentica sul contenuto delle norme sui diritti umani, coadiuvando gli Stati nell'attuazione degli obblighi sanciti dalla Convenzione.

⁹ Human Rights Committee, op. cit. , par. 27: "The Open-ended Working Group established by the Commission on Human Rights, which drafted the text of the Convention, rejected a proposal to define these matters by a list limiting the consideration of a child's or children's views. Instead, it was decided that the right of the child to be heard should refer to "all matters affecting the child". The Committee is concerned that children are often denied the right to be heard, even though it is obvious that the matter under consideration is affecting them and they are capable of expressing their own views with regard to this matter. While the Committee supports a broad definition of "matters", which also covers issues not explicitly mentioned in the Convention, it recognizes the clause "affecting the child", which was added in order to make clear that no general political mandate was intended. The practice, however, including the World Summit for Children,

applica senza limitazioni a tutti i procedimenti giudiziari rilevanti che riguardano il bambino e l'adolescente, tra cui ad esempio la separazione dei genitori, la custodia, la cura e l'adozione, i bambini e gli adolescenti in conflitto con la legge o vittime di abuso sessuale¹⁰.

Ed essendo chiaro che di tale diritto il minore può usufruire solo se poi, nella realtà concreta, si trova nelle condizioni di poter essere ascoltato, il Comitato ha altresì previsto che le modalità dell'ascolto debbano essere configurate "a misura di bambino": questo significa che l'ambiente nel quale il minore sarà ascoltato dovrà essere accogliente, adatto alla sua età; un contesto in cui quest'ultimo possa sentirsi rispettato e libero di esprimere le proprie opinioni¹¹; inoltre, ciò implica che le dovute informazioni debbano essergli fornite in un modo da lui comprensibile. Il diritto all'informazione è infatti definito preconditione necessaria all'ascolto¹². D'altra parte, sebbene sia da privilegiare l'ascolto diretto del minore, in capo a questo si prospetta anche la possibilità di avvalersi di un rappresentante, che sarà il genitore ogni qualvolta non si configuri il rischio di un conflitto di interesse, altrimenti sarà rappresentante l'avvocato o l'assistente sociale¹³; tutto ciò presuppone che il minore sia informato sulle possibili modalità, in modo da poter scegliere consapevolmente.

Per quanto concerne i requisiti soggettivi che il minore deve possedere per configurarsi titolare del diritto all'ascolto, l'art. 12 prende atto del percorso di crescita del minore laddove statuisce che il peso da attribuire all'opinione espressa dallo stesso debba chiaramente

demonstrates that a wide interpretation of matters affecting the child and children helps to include children in the social processes of their community and society. Thus, States parties should carefully listen to children's views wherever their perspective can enhance the quality of solutions".

¹⁰ Human Rights Committee, op. cit. par.32.

¹¹ Ivi, par. 23: "States parties must ensure conditions for expressing views that account for the child's individual and social situation and an environment in which the child feels respected and secure when freely expressing her or his opinions".

¹² Ivi, par. 25: "The realization of the right of the child to express her or his views requires that the child be informed about the matters, options and possible decisions to be taken and their consequences by those who are responsible for hearing the child, and by the child's parents or guardian. The child must also be informed about the conditions under which she or he will be asked to express her or his views. This right to information is essential, because it is the precondition of the child's clarified decisions".

¹³ Molto innovativa è la proposta di predisporre un codice di condotta per i rappresentanti incaricati di rappresentare le opinioni dei bambini o degli adolescenti, contenuta all'interno del General Comment no.12(2009).

essere valutato alla luce della sua età e al suo grado di maturità, non escludendo tuttavia che anche un minore di tenera età sia dotato di capacità di discernimento e sia in quanto tale in grado di effettuare scelte autonome scevre da condizionamenti esterni¹⁴.

La disposizione in esame conclude subordinando il dovere degli Stati di assicurare il diritto all'ascolto del minore alla compatibilità con le regole di procedura della legislazione nazionale. Come il Comitato ha tenuto a precisare¹⁵, questa clausola non deve essere interpretata come permissiva dell'uso di una legislazione procedurale che restringe o previene l'esercizio di questo diritto fondamentale. Al contrario, gli Stati parti sono spronati a rispettare i principi cardine del giusto processo, tra i quali il diritto alla difesa (di cui l'ascolto è parte imprescindibile).

4. La Convenzione di Strasburgo del 1996.

Il concetto di superiore interesse del minore, comunque, non era estraneo al legislatore internazionale anche prima dell'adozione della Convenzione ONU¹⁶. Il punto è prima

¹⁴ L'obiettivo della Convenzione è quindi quello di garantire una generale presunzione di capacità di discernimento in capo a ogni minore, incombendo poi sul singolo Stato il compito di andare a verificare l'eventuale insussistenza di tale capacità, smentendo così la presunzione. Human Rights Committee, op. cit. , par.20. Si legge: "States parties shall assure the right to hears to every child "capable of forming his or her views". This phrase should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible. This means that States parties cannot begin with the assumption that a child is incapable of expressing her or his own views. On the contrary, States parties should presume that a child has the capacity to form her or his own views and recognize that she or he has the right to express them; it is not up to the child to first prove her or his capacity". Per ulteriori approfondimenti in merito alla capacità di discernimento si rinvia a G. Scardaccione, *La capacità di discernimento del minore*, "Il diritto di famiglia e delle persone", 3, 2006.

¹⁵ Human Rights Committee, op. cit. , par.38: "This clause should not be interpreted as permitting the use of procedural legislation which restricts or prevents enjoyment of this fundamental right. On the contrary, States parties are encouraged to comply with the basic rules of fair proceedings, such as the right to a defence and the right to access one's own files".

¹⁶ Il riferimento è, tra le altre, alla Convenzione dell'Aja del 25 Maggio 1970 e del 25 Ottobre 1980 e alla Convenzione di Lussemburgo del 20 Maggio 1980.

d'allora tale categoria continuava ad esser riferita a un soggetto ritenuto incapace di agire autonomamente sulla scena processuale; con l'articolo 12, invece, si delincono i presupposti teorici per una attiva partecipazione del minore nei procedimenti che lo vedono coinvolto. Tuttavia, in linea col pensiero secondo cui un diritto inattuato è un diritto inesistente¹⁷, anche dopo la Convenzione di New York permaneva la necessità di un intervento volto a predisporre nel concreto adeguati spazi processuali in cui permettere al minore di agire liberamente.

Fu ponendosi come obiettivo il perseguimento di questo risultato, che il Consiglio d'Europa predispose la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, approvata nel 1996 a Strasburgo. Questa convenzione, che si pone dunque in un rapporto di complementarità¹⁸ con la Convenzione ONU, ebbe il merito di intraprendere due azioni: da un lato configurò degli obblighi ben precisi a carico del giudice (articolo 6), dall'altro statui una seppur limitata capacità di agire in giudizio in capo al minore, personalmente o tramite curatore (articoli 3,4,5).

Addentrando nei contenuti dell'accordo, anzitutto l'art.1, comma 1, accogliendo la nozione di minore individuata dalla Convenzione di New York, individua il suo campo di applicazione in relazione ai fanciulli che non abbiano raggiunto il 18° anno nonché gli ultradiciottenni che non siano ancora considerati maggiorenni.

Di particolare importanza è l'art. 3 che apre il Capo secondo della Convenzione, intitolato "Diritti procedurali del minore". Tale previsione normativa riguarda il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti e stabilisce che al minore avente capacità di discernimento secondo il diritto interno sono riconosciuti, nei procedimenti giudiziari che lo riguardano (cioè quelli in materia di famiglia e in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, così come risulta dall'art.1, terzo comma), i seguenti tre diritti, *di cui egli stesso può chiedere di beneficiare*: a) ricevere ogni

¹⁷ L. Fadiga, "La Convenzione europea sui diritti del fanciullo e la legge di ratifica", pag.51, consultabile sul sito www.minoriefamiglia.it

¹⁸ Ivi,p.2.

informazione pertinente¹⁹; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle possibili conseguenze di tale opinione e delle decisioni relative.

Si comprende come tale disposizione, pur senza conferire al minore una capacità processuale autonoma rispetto all'oggetto del giudizio, gli attribuisca comunque il potere di chiedere "qualcosa" al giudice. Anche l'art. 4, in linea con la voluntas di un coinvolgimento più diretto del fanciullo, attribuisce allo stesso la medesima prerogativa spettante al giudice ai sensi dell'art.9: il diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti giudiziari che lo riguardano. Tale richiesta del minore è subordinata tuttavia all'ipotesi che, secondo il diritto interno, i genitori, a causa di un conflitto di interesse col figlio minore, non possano validamente rappresentarlo.

Addirittura, seppur con molta cautela, nell'articolo 5, rubricato "Altri possibili diritti procedurali", si legge: "Le Parti esaminano l'opportunità di riconoscere ai minori ulteriori diritti processuali nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare: a) il diritto di chiedere l'assistenza di una persona idonea di loro scelta, che li aiuti ad esprimere la loro opinione; b) il diritto di chiedere, personalmente o tramite altre persone od organismi, la nomina di un diverso rappresentante, se del caso un avvocato; c) il diritto di nominare un proprio rappresentante; d) il diritto di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative delle parti in simili procedure". Come è stato detto, la Convenzione di Strasburgo riconosce quindi al minore "una sorta di semi-capacità"²⁰: pur quando non è capace di autodeterminarsi, egli deve comunque essere posto in grado di elaborare e comunicare una propria personale valutazione della situazione, contribuendo così in maniera significativa e rilevante alla decisione.

A fronte di questi specifici diritti riconosciuti in capo alla persona-minore, dicevamo che la Convenzione configura rispettivi obblighi in capo al giudice. In particolare l'art. 6 individua tre tipologie di obblighi discendenti dai diritti riconosciuti al minore dall'art.3. Il giudice, prima

¹⁹ Per "informazioni pertinenti", ai sensi dell'art.2 lett. d) della Convenzione si intendono "informazioni appropriate, in considerazione dell'età e della sua capacità di discernimento, 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 benessere".

²⁰ A. Liuzzi, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in "Famiglia e Diritto", 3(2003), p.289.

di prendere qualsiasi decisione deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore; b) assicurarsi che egli abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti e, nei casi che lo richiedono, consultarlo personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, permettendogli di esprimere la propria opinione; c) tenere "in debito conto" l'opinione espressa dal minore. Quest'ultimo obbligo si traduce nel dovere del giudice, nel caso in cui decidesse di discostarsi dalla opinione del minore, di motivare la sua decisione dimostrando di avere seriamente preso in considerazione il parere del fanciullo.

Discostandosi dal parametro astratto del "superiore interesse", la Convenzione di Strasburgo ha focalizzato per la prima volta l'attenzione sui diritti del minore nel processo; ecco perché essa è stata definita in dottrina²¹ un trattato per l'attuazione, in particolare, dell'art.12 dell'accordo delle Nazioni Unite.

Purtroppo però, la realtà non è stata all'altezza delle lungimiranti aspettative. Ciò è stato dovuto al fatto che nello stesso art. 1 la Convenzione imponeva agli Stati di effettuare delle scelte indicando almeno tre tipi di procedimenti familiari davanti ad una autorità giudiziaria ai quali la Convenzione deve essere applicata. Ne è conseguito che gli Stati intenzionati a lasciare inalterato l'atteggiamento protezionistico della legislazione interna nei confronti del minore, piuttosto che privilegiare i giudizi di separazione e divorzio o di adozione, che ai sensi dell'art. 1 comma 3 della Convenzione sono i procedimenti giudiziari che più riguardano i bambini, hanno fatto scelte del tutto diverse. Il nostro Paese ad esempio, al momento del deposito dello strumento di ratifica, ha indicato: a) l'intervento del giudice in caso di disaccordo tra i coniugi (art.145 cod. civ.); b) l'azione di disconoscimento promossa da un curatore speciale su istanza del figlio minore ultra-sedicenne (art.244 cod. civ.); c) l'azione di disconoscimento quando il presunto padre o la madre o il figlio sono morti (art. 247 cod. civ.); d) l'autorizzazione ad impugnare il riconoscimento (art. 264 cod. civ.) ; e) l'ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità (art. 274 cod. civ.); f) l'inosservanza delle disposizioni patrimoniali, di cui agli art. 320 e 321 cod. civ., circa gli atti patrimoniali relativi ai beni del figlio vietati ai genitori (artt. 322 e 323 cod. civ.).

²¹ A. Salazano, *La rete internazionale di protezione del fanciullo*, Giuffrè, Milano, 1998.

L'Italia ha così lasciato fuori dal raggio d'azione della Convenzione i giudizi da cui emerge in misura ancor più incisiva la necessità di una partecipazione attiva del minore. Questa scelta però, come vedremo, non ha ristretto in toto la portata applicativa della Convenzione.

5. La Convenzione europea dei diritti umani del 1950.

Sebbene la Convenzione europea dei diritti umani del 1950 sia stata adottata in un'epoca in cui era ancora troppo presto affinché la questione della partecipazione del minore nelle questioni che lo concernono entrasse nell'arena dei diritti umani internazionalmente riconosciuti, è pur vero che ciò non ha precluso una lettura della Convenzione orientata alla configurazione del diritto all'ascolto. Vero è che la Corte non è ancora stata chiamata a determinare se il diritto all'ascolto possa derivare dalla Convenzione; tuttavia, un significativo numero di casi concernenti, tra le altre, la questione del punto di vista del fanciullo nei procedimenti civili, sono stati posti all'attenzione della Corte. E sebbene si trattasse di istanze avanzate dai genitori, esse hanno comunque rappresentato una occasione per la configurazione di tale diritto all'interno della Convenzione²².

Infatti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, consapevole del fatto che la CEDU costituisse un potenziale veicolo attraverso il quale giungere alla concettualizzazione del diritto all'ascolto come diritto civile e politico "chiave"²³, ha offerto in quelle occasioni una interpretazione evolutiva degli articoli 6 (diritto ad un equo processo) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) così giungendo nel corso del tempo ad attribuire grande rilevanza all'ascolto del minore. Ciò del resto è in perfetta armonia con la

²² Cfr. A. Daly, *The Right of Children to Be Heard in Civil Proceedings and the Emerging Law of the European Court of Human Rights*, in "The International Journal of Human Rights", 2011, p. 442.

²³ Ivi, p. 441.

definizione della CEDU quale *living instrument* ²⁴, cioè strumento vivente in grado di evolversi in linea con gli sviluppi sociali sulla base del consenso verso particolari tematiche sviluppatesi all'interno dell'Europa.

Ad ogni modo, prima ancora di scendere nel merito di tali disposizioni, è lo stesso articolo 14 a costituire una grande porta d'ingresso al diritto all'ascolto del minore, laddove afferma che "il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione". Quest'ultima indicazione è di grande aiuto per proteggere il diritto all'ascolto del minore in quanto essa si traduce nella constatazione che qualora egli si trovasse ad essere protagonista di un procedimento, ad esempio, di custodia, potrebbe ritenersi "discriminato" ex art. 14 se il suo diritto di partecipazione non fosse rivendicato nella stessa misura di quello dell'adulto implicato.

In relazione all'art.8, la Corte, in sede di verifica della correttezza del bilanciamento tra interessi confliggenti, è andata ad accertare se i giudici nazionali, nel tutelare il minore e la sua opinione, hanno tenuto conto in maniera adeguata dell'interesse del genitore leso dall'adozione dei provvedimenti limitativi contestati. Ciò è quanto accaduto nel caso *Elsholz c. Germania* ²⁵. La Corte, a fronte del ricorso del padre che lamentava il mancato accesso al proprio figlio, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art.8 per non essere stato consentito al padre di incontrare il figlio, e dell'art.6, per non avere le autorità nazionali disposto il richiesto approfondimento psicologico sul rifiuto del figlio, "(...) basando la propria decisione sul pericolo per lo sviluppo del figlio se questi avesse incontrato il padre nonostante la contraria volontà materna e non aver disposto nuovamente l'ascolto del minore, già udito in I grado".

Anche nel caso *C. c. Finlandia* ²⁶, la Corte ha riconosciuto sussistente la violazione dell'art.8 per essere stato attribuito un peso determinante alle opinioni dei due figli minori che si opponevano al rapporto con il padre, ma che erano inconfutabilmente manipolati. Difatti,

²⁴ Questa configurazione della Convenzione fu inaugurata nel caso *Tyrer v. United Kingdom*, ricorso n. 24724/94, sentenza del 16 Dicembre 1999.

²⁵ Ricorso n. 25735/94, sentenza 13 Luglio 2000, par. 50-52.

²⁶ Ricorso n. 18249/02, sentenza 9 maggio 2006, par. 57 ss.

sebbene la Corte abbia riconosciuto che nei procedimenti di custodia i giudici “(...) must take into account the wishes of children”, essa ha altresì affermato che non può giungersi alla negazione del diritto di custodia al padre da parte del giudice nazionale fondando una simile decisione esclusivamente sull’opinione del minore, senza tener conto del diritto del ricorrente, ovvero il padre. Dunque ciò che la Corte ha evidenziato è che non si era proceduto ad una audizione orale al fine di chiarire “(...) any divergent interpretation of the evidence or whether greater harm would be caused to the children’s welfare by a decision in the applicant’s favour than a decision in mother’s partner favour which would effectively deprive them of a relationship with their father”.

Nel caso *Eski c. Austria*²⁷, l’autorità nazionale aveva consentito l’adozione della minore al marito della madre, nonostante il mancato assenso del padre della stessa. Quest’ultimo era ricorso lamentando la violazione dell’art. 8 e affermando di non aver potuto esercitare il proprio diritto di visita alla figlia. La Corte non ha ritenuto sussistente tale violazione, sia in virtù della personalità violenta del padre naturale, tale mostratasi in occasione delle prime visite alla figlia e dunque medicalmente accertata come contraria al benessere psico-fisico della minore; sia in quanto la stessa bambina (dell’età di nove anni e mezzo) aveva dichiarato di fronte al giudice nazionale di considerare il marito della madre come padre.

Anche nel caso *Plaza c. Polonia*²⁸, la Corte non ha ravvisato la violazione dell’art.8 della Convenzione in quanto il padre ricorrente, che lamentava la presenza di ostacoli all’esercizio del diritto di visita della figlia, aveva tuttavia posto in atto comportamenti contrari al suo interesse, ad esempio vedendo la bambina in presenza di terzi che ne potevano minare la serenità o appostandosi all’uscita della scuola senza avvisare l’affidatario. La Corte ha rilevato che, a fronte dell’alta conflittualità tra i coniugi, i giudici nazionali hanno avuto premura di accertare il preminente interesse della minore, sia suggerendo incontri di terapia familiare per una corretta attuazione del diritto di visita, sia (soprattutto) disponendo incontri volti all’ascolto della minore da parte di esperti. Proprio l’opinione della bambina, contraria alla frequentazione del padre, era stata ritenuta dai giudici nazionali determinante ai fini della decisione.

²⁷ Ricorso n. 21949/03, sentenza 25 Aprile 2007.

²⁸ Ricorso n. 18830/07, sentenza 25 Gennaio 2011.

Infine il caso *Sbârnea c. Romania*²⁹, in relazione al quale la Corte EDU ha attribuito un valore determinante all'opinione della minore esprimendosi anche sul problema dell'età della stessa e, conseguentemente, del peso da attribuire alla opinione della stessa. Infatti, la figlia aveva iniziato a rifiutare gli incontri con il padre all'età di 9 anni, età in cui, a parer della Corte, la bambina aveva una maturità sufficiente per decidere autonomamente e consapevolmente. Tra l'altro, la figlia confermava tale volontà anche dopo qualche tempo. Sebbene il padre lamentasse che tale opinione non fosse frutto di una libera determinazione della minore ma di una manipolazione materna, la Corte ha ravvisato l'assenza di una simile condotta della madre e, per di più, ha sottolineato la non curanza del padre verso la figlia allorché questi prendeva la decisione di agire in sede penale contro la madre piuttosto che proseguire sperando i rimedi civili ancora possibili, così sottoponendo la figlia ad una situazione (una serie di accertamenti e controlli) di certo contraria al suo benessere psico-fisico. Sulla base di tale motivazione la Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art.8.

In questi, come in altri casi sottoposti all'attenzione della Corte in cui si lamenta la violazione dell'art.8, ciò che viene primariamente discussa è la partecipazione dei genitori nel processo decisionale relativo a procedimenti di cura o custodia. Ciò è dovuto al fatto che sono proprio loro i ricorrenti. Comunque sia, la partecipazione dei minori coinvolti, sebbene nasca unicamente come conseguenza della questione relativa ai diritti dei genitori, appare una delle maggiori preoccupazioni dei giudici sovranazionali. Anche se, occorre dire, da parte di questi non mancano certe remore circa l'incondizionato esercizio del diritto all'ascolto. Ad esempio, nel caso *Sahin c. Germania*³⁰, l'ascolto del minore viene invocato come garanzia procedurale dei genitori sulla base dell'art. 8 CEDU. Se ciò sicuramente rappresenta un importante riconoscimento dell'importanza dell'ascolto del minore è pur vero che la Corte, con molta prudenza, non manca di affermare che "(...) it would be going too far to say that domestic courts are always required to hear a child in court on the issue of access to a parent not having custody, but this issue depends on the specific circumstance of each case, having due regard to the age and maturity of the child concerned".

²⁹ Ricorso n. 2040/06, sentenza 21 Giugno 2011.

³⁰ Ricorso n. 30943/96, sentenza 8 Luglio 2003, par. 39 ss.

Anche l'articolo 6 rileva in relazione al diritto del minore di essere ascoltato. Esso è stato spesso invocato dai genitori, insieme all'art.8, lamentando il mancato rispetto di diritti procedurali in casi di custodia (care and custody/access cases). In questo caso ciò di cui i genitori lamentano la lesione è il diritto ad un giusto processo. Ma il diritto ad un giusto processo deve essere riconosciuto anche e direttamente al minore imputato, tenendo conto della sua posizione di fragilità. Il caso *T. c Regno Unito*³¹ ha rappresentato per la dottrina una importante occasione per sancire l'obbligo delle autorità di adottare le misure volte a facilitare e promuovere la partecipazione del minore al procedimento, il che passa non solo attraverso l'ascolto ma, a motivo della "inhibition and immaturity" del giovane, anche attraverso il sostegno di un "guardian ad litem" o di altri esperti.

6. L'Unione europea: la Carta di Nizza e il Regolamento 2201/2003.

Sebbene il Trattato sull'Unione Europea all'art. 3 paragrafo 3 stabilisca che l'Unione "promuove [...] la tutela dei minori" e al paragrafo 5 affermi che "nelle relazioni con il resto del mondo, l'Unione [...] contribuisce alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore", è con la Carta dei diritti fondamentali che si ha un espresso riconoscimento dell'obbligatorietà dell'ascolto del minore.

Tale Carta, che alla luce del disposto dell'art. 6 TUE³², ha assunto la stessa efficacia giuridica dei Trattati, all'art. 24 sancisce che "i bambini [...] possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e del loro grado di maturità". Inoltre al paragrafo 2 si legge che "in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

³¹ Ricorso n. 24724/94, sentenza del 16 Dicembre 1999, par.80 ss.

³² L'art. 6 TUE paragrafo 1 recita: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 Dicembre 2000, adattata il 12 Dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

Dunque anche in ambito europeo la tutela del minore si configura sempre più come tematica centrale. Ne è una dimostrazione ulteriore l'enunciazione contenuta nella recente Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni (COM (2011) 60 definitivo) del 15 febbraio 2011³³, ove si legge che “la promozione e la tutela dei diritti dei minori è un obiettivo primario dell’Unione messo in primo piano dal Trattato di Lisbona”. A questa affermazione segue il richiamo all’art. 3 TUE e all’art. 24 della Carta di Nizza, che “confermano e rinnovano con forza l’impegno a favore dei diritti dei minori”; ne deriva che “la Commissione ritiene che sia giunto il momento di accelerare il ritmo delle azioni in tal senso e di tradurre gli obiettivi politici in atti concreti”.

Dunque questa strategia d’azione mirante ad una maggiore affermazione dei diritti del minore nasce e cresce progressivamente anche nel contesto europeo, portando, successivamente all’adozione della Carta di Nizza, al Regolamento 2201/2003, detto anche Regolamento Bruxelles II bis, relativo alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

In questo regolamento sono dettate altresì misure di protezione del minore, relative all’attribuzione, all’esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale³⁴.

Nel Regolamento Bruxelles II bis troviamo disposizioni che richiamano espressamente l’ascolto del minore, sebbene in modo piuttosto sommario. Le disposizioni in questione sono: l’art. 11, paragrafo 2 (ritorno del minore); l’art. 23, lettera b) (motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale), art. 41, paragrafo 2, lettera c) (requisiti per il rilascio del certificato che garantisce l’esecutività in diverso Stato membro della decisione esecutiva emessa in altro Stato membro con riferimento alle disposizioni relative al diritto di visita); art. 42, paragrafo 2, lettera a) (requisiti per il rilascio del certificato che garantisce l’esecutività, in diverso Stato membro, della decisione esecutiva emessa in altro Stato membro con riferimento a disposizioni relative al ritorno del minore illecitamente sottratto).

³³ Documento consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu

³⁴ Considerando n. 5 del presente Regolamento.

Occorre premettere però che nell'esaminare i regolamenti dell'Unione Europea non si può prescindere da una preventiva analisi dei Considerando, che dettano le linee guida per una corretta e univoca interpretazione dell'articolato.

In relazione alla tematica dell'ascolto del minore merita di essere attenzionato il Considerando 19 che afferma: "l'audizione del minore è importante ai fini dell'applicazione del presente regolamento". Dunque l'ascolto del minore sembra essere una chiave di lettura dell'intero regolamento, quasi che il legislatore abbia voluto riconoscere piena rilevanza alla posizione giuridica del minore e abbia voluto invitare tutti gli operatori del diritto a considerarne le opinioni³⁵.

Inoltre, il Considerando 33 recita: "Il presente regolamento riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In particolare, mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea".

Questo testo è del tutto innovativo e anticipatorio rispetto al Trattato di Lisbona, in quanto richiama espressamente i diritti sanciti dalla Carta di Nizza, tra l'altro soffermandosi in modo precipuo sull'art. 24 della stessa.

Tuttavia la giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*³⁶, interpretando l'art. 42 del Regolamento anche alla luce dell'art. 24 della Carta di Nizza ha chiarito che non esiste un vero e proprio obbligo all'ascolto in capo al giudice che deve statuire sul ritorno di un minore di procedere sempre e comunque alla sua audizione; si tratta piuttosto di una "possibilità"³⁷, cioè di una decisione presa in esito ad una valutazione delle esigenze legate all'interesse superiore del minore.

³⁵ Monica Velletti, *L'ascolto del minore nel Regolamento Bruxelles II bis*, in Melita Cavallo (a cura di), "Le mille facce dell'ascolto del minore", Armando Editore, Roma, 2012.

³⁶ Causa C-491/10 PPU, sentenza del 22 Dicembre 2010.

³⁷ Si legge: "...poiché i conflitti che rendono necessaria una decisione di assegnazione dell'affidamento di un minore ad uno dei genitori e le tensioni ad essa connesse costituiscono situazioni in cui l'audizione del minore, segnatamente in quanto richiede la sua presenza fisica dinanzi al giudice, può risultare inopportuna, se non anche dannosa per la salute psichica del medesimo, che spesso subisce tensioni e i relativi effetti. Pertanto, pur rimanendo un diritto del minore, l'audizione non può costituire un obbligo assoluto, ma deve essere oggetto di una valutazione in funzione delle esigenze legate all'interesse superiore del minore in ogni caso di specie, conformemente all'art. 24, n.2 della Carta dei diritti fondamentali".

È da notare come nella guida pratica all'applicazione del Regolamento³⁸ si leggesse che “il Regolamento stabilisce il principio fondamentale secondo il quale il minore deve essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano. In via eccezionale non può essere sentito se ciò appaia inopportuno in ragione della sua età e del suo grado di maturità. Tale eccezione deve essere interpretata restrittivamente”. Rebus sic stantibus, sembrerebbe esserci una contraddizione tra quanto detto dalla Corte e quanto sancito nella guida. È così?

Per rispondere a tale quesito bisogna prendere atto delle diverse finalità che sono perseguite dalle varie disposizioni del regolamento relative all'ascolto del minore. Infatti, qualora si tratti di provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale che devono essere sottoposti alla procedura di exequatur, l'ascolto di minori che abbiano raggiunto una certa età ovvero siano acclarati capaci di discernimento, sarà condicio sine qua non al fine di evitare l'insorgenza di ostacoli alla piena circolazione del provvedimento. La non audizione sarebbe tollerata dallo Stato membro di esecuzione solo laddove fosse supportata da adeguata motivazione. Invece, qualora si tratti di provvedimenti per i quali è prevista la procedura c.d. di fast-track (procedura semplificata che supera l'exequatur essendo basata sull'impossibilità di opporsi al riconoscimento e che riguarda decisioni relative al diritto di visita), la decisione circa l'ascolto del minore sarà rimessa alla discrezionalità del giudice dello Stato di origine, sempre sulla base dei principi elaborati in sede europea.

7. Efficacia della normativa internazionale nell'ordinamento interno.

Questo excursus sui vari strumenti adottati progressivamente dal legislatore internazionale e sovranazionale è un chiaro indice del grado d'importanza da questi conferita alla tematica dell'ascolto. È vero che il dibattito intorno alla diretta applicabilità delle norme convenzionali ha rischiato di ridurne la portata negli ordinamenti interni³⁹; tuttavia la

³⁸ Consultabile sul sito del Ministero della Giustizia.

³⁹ Per approfondimenti si veda O. Porchia, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, “Diritti umani e diritto internazionale”, 6, 2012; C. Fioravanti, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in*

posizione assunta dalla nostra Suprema Corte in merito ad alcune disposizioni contemplanti il diritto all'ascolto ha dissipato parte dei dubbi esistenti in materia⁴⁰.

Ad esempio, l'art. 12 nel suo comma secondo subordina la possibilità di ascolto alla compatibilità con le regole di procedura della legislazione nazionale. Da ciò deriva che se, da un lato, la specificità del precetto sembrerebbe destinare la norma alla operatività diretta, dall'altro lato non è mancato chi ha sostenuto il carattere non self-executing della stessa, dal momento che alla luce del disposto del secondo comma, la sua effettiva attuazione è subordinata all'esistenza nell'ordinamento interno di organi e procedure ad hoc⁴¹. Del resto, anche la stessa Corte di Cassazione francese aveva interpretato l'art. 12 come privo di carattere self-executing⁴².

In Italia la svolta decisiva sulla questione fu rappresentata dalla sentenza del 16 gennaio 2002 n.1, con cui la Corte Costituzionale ha riconosciuto la immediata applicazione di questa norma nell'ordinamento italiano, affermandone così il livello di diritto costituzionalmente protetto, sia sotto il profilo della finalità giuridica di partecipazione del minore al procedimento, sia sotto quella psicologica di tenere conto del suo bisogno di parlare⁴³.

Nonostante ciò restano comunque delle domande aperte. Ad esempio ci si chiede: facendo discendere direttamente dall'articolo 12 un diritto soggettivo all'ascolto, quali sarebbero le conseguenze di una sua eventuale violazione? Sarebbero esse autonomamente rilevabili o si rifletterebero sulla corretta instaurazione del contraddittorio⁴⁴

vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo, in "Le nuove leggi civili commentate", 3, 2003, p.566; R. Pisillo Mazzeschi, *Sulla applicabilità diretta e il rango delle norme della CEDU nell'ordinamento italiano: due recenti sentenze della Corte costituzionale*, in "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano", F. Salerno – R. Sapienza (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2011, p.48.

⁴⁰ Si veda ad esempio la decisiva sentenza della Corte Costituzionale, n.1 /2002, con cui fu riconosciuta la immediata applicazione dell'art. 12 della Convenzione ONU nel nostro ordinamento.

⁴¹ A. Liuzzi, op. cit., p. 677.

⁴² C 10-3-1993. Da notare che nonostante la presa di posizione della giurisprudenza francese, proprio i giudici francesi, unitamente a quelli belgi, sono stati tra i primi a recepire il disposto dell'art. 12 e a farne ampia applicazione nel corso degli anni. Per ulteriori approfondimenti si veda Panella, *La convention di New York sui diritti del fanciullo e il suo mancato riconoscimento nell'ordinamento francese*, in "I diritti dell'uomo", 1993, p.21.

⁴³ A. Zaccaria (a cura di), "Commentario breve al diritto della famiglia", Cedam, Padova, 2011, p.3183.

⁴⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 21 ottobre 2009, n. 22238.

e quindi sulla tutela del diritto ad un giusto processo, spostando così il piano dell'indagine?⁴⁵

Per quanto riguarda la Convenzione di Strasburgo invece, sebbene la questione dell'efficacia diretta non sia stata affrontata dalla giurisprudenza, alcuni autori si sono schierati in favore della diretta operatività di alcune norme della suddetta Convenzione. Parliamo dell'articolo 3, relativo al diritto del minore di essere ascoltato e dell'articolo 6, che configura in capo al giudice l'obbligo di ascoltare e di prendere decisioni che tengano conto delle dichiarazioni rese dal minore⁴⁶.

Ma queste stesse tesi che riconoscono l'auto-applicatività di tali norme, non riescono a dissipare alcuni interrogativi che restano privi di risposte certe. Infatti lo stesso articolo 3 contiene dei rinvii al diritto interno quando dice che "il diritto di essere informato spetta al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento". Idem per l'articolo 6, laddove si legge che "il giudice può consultare personalmente il minore per assicurarsi che abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente".

È vero che nel nostro ordinamento il concetto di capacità di discernimento è presente, seppur con riferimento a specifiche disposizioni. Il punto è che la nozione elaborata dal nostro legislatore non persegue il principio del favor minoris allo stesso modo in cui lo persegue la nozione di capacità di discernimento elaborata dalla normativa internazionale. E allora, che fare?

È indubbio che, al fine di agevolare il corretto uso da parte dei giudici delle norme convenzionali sull'esercizio dei diritti dei minori di natura self-executing, sarebbe stato più opportuno se il legislatore avesse adottato una normativa di adattamento ordinario che precisasse le nozioni cui la normativa convenzionale fa espresso rinvio.

Tra l'altro non può non aprirsi una parentesi sull'infelice scelta del nostro Paese di limitare l'operatività della suddetta Convenzione a sole tre categorie di procedimenti in materia familiare. Questo significa forse che l'efficacia della normativa convenzionale non si produca in relazione ai procedimenti non contemplati?

⁴⁵ O. Porchia, op. cit., p.95.

⁴⁶ C. Fioravanti, op. cit., p.566.

Non sembra condivisibile questa posizione. Difatti, ancor prima della Convenzione di Strasburgo, era la stessa Convenzione di New York ad affermare espressamente che il minore deve essere ascoltato “in tutti i procedimenti amministrativi o giudiziari che lo riguardano”. Se, poi, si tiene conto della intenzione del Consiglio d’Europa nel dar vita a tale strumento, ovvero quella di enucleare una normativa che potesse rendere effettiva (e dunque non limitare) la Convenzione ONU, appare evidente come non si possa aderire ad un simile approccio. Che dire della CEDU?

In Italia sono state numerose le pronunce volte a sancire la diretta applicabilità di alcune norme CEDU nell’ordinamento interno: ad esempio nel caso *Medrano*⁴⁷ la Corte di Cassazione riconobbe la natura self-executing dell’art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. E negli anni successivi non sono mancate altre pronunce volte ad estendere la configurabilità di tale carattere ad altre norme della Convenzione.

Tuttavia, negli ultimi anni la Corte costituzionale si è discostata da questa giurisprudenza oramai consolidatasi e con le sentenze n. 348/2007 e n. 349/2007 è giunta ad affermare che le norme della CEDU non siano direttamente applicabili nell’ordinamento italiano.

Neanche questo appare condivisibile. Questa posizione della Suprema Corte non sembra supportata da argomentazioni convincenti e costituisce piuttosto un notevole passo indietro rispetto alla precedente giurisprudenza.

Del resto, lo stesso Conforti mise in guardia contro il pericolo di una strumentalizzazione della tesi della inidoneità della norma pattizia a produrre effetti diretti quando scrisse “(...) occorre invece reagire contro quelle tendenze dirette ad utilizzare la distinzione tra norme internazionali self-executing e non self-executing a scopi in senso lato “politici”, ossia per non applicare norme “indesiderate” perché contrarie a sopravvenuti interessi nazionali, o magari perché progressiste o anche soltanto perché oggetto di diffidenza da parte dell’operatore giuridico interno a causa della loro provenienza”⁴⁸.

Ad ogni modo, volendo prescindere in questa sede dal dibattito sulla possibile efficacia diretta di talune disposizioni della CEDU, occorre ricordare che essa comunque non riconosce espressamente il diritto all’ascolto del minore e che nelle pronunce delle Corte

⁴⁷ Sentenza 10 Luglio 1993, n. 2194.

⁴⁸ B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 313.

EDU è stato possibile giungere a sancire la lesione di tale diritto solo per il tramite di altri diritti che trovano esplicita menzione nella Convenzione.

Certo è che la diretta operatività delle norme che sanciscono tali altri diritti che fungono da *passé-partout* per il diritto all'ascolto agevola significativamente il riconoscimento dello stesso, dal momento che consente di ricorrere, per la violazione degli stessi, non solo al giudice predeterminato competente ad effettuare l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione, ma altresì al giudice nazionale.

Se è vero che il dibattito sulla diretta operatività delle norme convenzionali resta a tutt'oggi aperto, è vero anche che a prescindere da esso di fronte ad una qualsivoglia norma convenzionale, il giudice interno si trova pur sempre in qualche modo vincolato. Tale vincolo deriva dall'operare del consolidato obbligo di interpretazione conforme, per cui, la disposizione di diritto interno (antecedente o successiva) dovrà sempre essere interpretata alla luce dell'oggetto e dello scopo della norma convenzionale. Grazie a questa "interpretazione conforme", le fonti internazionali assolvono ad una importante funzione integratrice del diritto interno, senza per questo assumere portata immediatamente precettiva⁴⁹.

8. Il terzo protocollo opzionale alla Convenzione ONU: quale contributo al riconoscimento del diritto all'ascolto?

Nel concludere la trattazione relativa allo scenario normativo che in questi anni ha fatto da sfondo al progressivo riconoscimento del diritto all'ascolto, è d'obbligo un breve cenno al recentissimo terzo Protocollo opzionale alla Convenzione ONU adottato con Risoluzione 66/138 del 19 dicembre 2011 ed entrato in vigore il 14 aprile 2014 grazie al deposito del decimo strumento di ratifica da parte del Costa Rica, così come previsto dall'articolo 19 dello stesso Protocollo.

⁴⁹ O. Porchia, op. cit., p.93.

Sebbene la Convenzione sui diritti dell'infanzia sia lo strumento maggiormente ratificato al mondo, il rispetto della stessa per lungo tempo è stato unicamente affidato ad un sistema di monitoraggio da parte del Comitato ONU effettuato sulla base di rapporti periodici inviati dagli Stati parti.

Con il terzo Protocollo, invece, il Comitato viene riconosciuto dagli Stati parte⁵⁰ quale organo indipendente ed autonomo in grado di offrire una risposta adeguata a fronte della presunta violazione di un diritto contemplato dalla Convenzione ONU o da uno dei due Protocolli ad essa relativi.

In particolare, nella sua seconda parte, esso prevede le possibili procedure attraverso le quali attivare l'intervento del Comitato: a) *individual communications procedure*; b) *inter-State communications procedure*; c) *inquiry procedure*.

Nel primo caso le comunicazioni possono essere presentate da o per conto di un minore o di un gruppo di minori purché, come recita l'art. 5, l'ipotetica violazione riguardi diritti contemplati in uno strumento (Convenzione ONU o Protocolli) di cui lo Stato interessato è parte. L'articolo 7, rubricato "ricevibilità" indica le condizioni di ammissibilità del reclamo. Tra queste si segnala: il previo esperimento dei ricorsi interni, che comunque non devono essere stati caratterizzati da una lentezza eccessiva per non pregiudicare in misura eccessiva la condizione del minore coinvolto; la presentazione del reclamo per iscritto⁵¹ ed entro un anno dalla conclusione del procedimento.

Se la comunicazione viene considerata ammissibile, il Comitato "il prima possibile porta riservatamente all'attenzione dello Stato parte interessato le comunicazioni ricevute in virtù del presente Protocollo"; dal canto suo "lo Stato parte presenta la sua risposta il prima possibile e comunque entro sei mesi"⁵². L'espressione "il prima possibile" si ricollega al motore che anima il funzionamento dell'intero Protocollo, così come sancito dall'articolo 2, cioè il perseguimento dell'interesse superiore del minore. Si vuole, in pratica, che la

⁵⁰ Art. 1, comma 1, Per il testo integrale si rinvia a <http://www.governo.it/backoffice/allegati/76264-9721.pdf>

⁵¹ Appare peraltro infelice l'idea di subordinare l'ammissibilità del ricorso del minore alla presentazione per iscritto del reclamo: ciò infatti potrebbe palesamente costituire un ostacolo al buon funzionamento del meccanismo in esame.

⁵² Art.8.

situazione che determina la sofferenza del minore possa essere rimossa nel minor tempo possibile, proprio in considerazione della sua condizione particolarmente vulnerabile.

Inoltre, alla luce della regola 19⁵³ del Regolamento di procedura che il Comitato ha adottato ai sensi dell'art. 3 del Protocollo al fine di individuare i meccanismi interni di funzionamento delle procedure "(...) any hearing shall be conducted in a closed meeting. The hearings of alleged victims(s) will not be conducted in the presence of State representatives, unless the alleged victim(s) so request and the Committee deems it in the best interests of the child(ren)(...)": qualora il Comitato decida di invitare ad un audizione orale la vittima della violazione e/o i rappresentanti dello Stato parte al fine di ottenere dei chiarimenti o di rispondere a domande sul merito della comunicazione, ciò dovrà avvenire nel rispetto della riservatezza dei soggetti coinvolti (closed meeting) e nel rispetto della sensibilità del minore e del suo status particolarmente vulnerabile permettendo così la partecipazione dello Stato coinvolto solo se v'è il consenso del minore e previo esito positivo della verifica del Comitato in ordine al rispetto del superiore interesse del minore⁵⁴.

Nel secondo caso (inter-State communications procedure), l'attivazione del meccanismo è subordinata alla richiesta non già di una persona fisica bensì di uno Stato parte, che lamenti la violazione commessa da un altro Stato, anch'esso a sua volta parte.

Infine, nel terzo caso (inquiry procedure), è lo stesso Comitato che, ricevute "informazioni attendibili da cui si evincono violazioni gravi e sistematiche"⁵⁵ può avviare una indagine sulle presunte violazioni dei diritti dei bambini da parte di uno Stato parte.

Prescindendo da una più approfondita analisi del funzionamento dei vari tipi di procedura, ciò che interessa in questa sede è capire in che modo l'adozione del terzo Protocollo rappresenta un passo in avanti verso un sempre più effettivo diritto all'ascolto.

Anzitutto, la possibilità per il minore di rivolgersi autonomamente al Comitato qualora lamenti la lesione del proprio diritto all'ascolto costituisce un evidente passo in avanti nella realizzazione del proposito di un maggiore coinvolgimento dello stesso nell'esercizio dei

⁵³ Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, per il testo completo si rinvia a www.un.org

⁵⁴ I. Ingravallo, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del terzo protocollo opzionale alla Convenzione del 1989*, in "La Comunità Internazionale", 4, 2014, p.349.

⁵⁵ Art.13.

propri diritti. Inoltre sebbene le conclusioni del Comitato ONU non abbiano carattere vincolante, le sue opinioni e raccomandazioni possono comunque offrire al minore una riparazione in funzione del danno prodotto o comunque un riconoscimento formale della violazione del diritto⁵⁶. Tali atti, infine, incentiveranno il Comitato a offrire una chiave di lettura che interpreti le istanze dei minori in un modo sempre più aderente alla realtà concreta e sproneranno gli Stati a colmare quelle lacune normative e istituzionali che ancora non consentono un pieno riconoscimento dei diritti del fanciullo e, quindi, anche del diritto all'ascolto.

⁵⁶ G. Americo, *Il terzo Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo: per un rafforzamento della tutela dell'infanzia e dell'adolescenza tramite il meccanismo delle comunicazioni*, in "Ordine internazionale e diritti umani", 2014, pp. 579.