

## I protocolli in materia di procedimenti civili minorili <sup>1</sup>

Incontro di studio 26 ottobre 2011

1. *Il quadro normativo e culturale di riferimento nell'applicazione del diritto familiare e minorile e l'attività dell'Osservatorio sulla giustizia civile* 2. *I protocolli in materia di diritto di famiglia* 3. *Le modalità per l'ascolto del minore.* 4. *I protocolli per i procedimenti civili avanti il tribunale per i minorenni*

### 1. *Il quadro normativo e culturale di riferimento nell'applicazione del diritto familiare e minorile e l'attività dell'Osservatorio sulla giustizia civile*

Intervengo a questo incontro come “portavoce” del Gruppo Famiglia e Minori <sup>2</sup>dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano<sup>3</sup> che si è spontaneamente formato alcuni anni orsono, subito dopo l'entrata in vigore della legge 54/06 “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*” e delle nuove disposizioni processuali in materia di separazione e divorzio introdotte dalla legge 80/05.

La novità di dette norme sostanziali e processuali ha infatti comportato notevoli problemi interpretativi rendendo necessario un confronto tra i diversi operatori allo scopo di costruire uno spazio giuridico comune volto all'individuazione di prassi condivise.

Da un punto di vista metodologico, prima di entrare nel merito della presentazione dei protocolli, ritengo necessario una breve premessa per focalizzare l'attenzione su alcune questioni che segnano, necessariamente, il solco del nostro riflettere sul diritto familiare e minorile come esso oggi è nel suo complesso considerato nel nostro ordinamento.

- a. **Tradizione culturale e giuridica governata dalla centralità degli adulti:** dopo quasi un trentennio dalla riforma del diritto di famiglia, permane differenza, sul piano sostanziale e

---

<sup>1</sup> Paola Lovati, Segretario Camera Minorile di Milano

<sup>2</sup> Alle riunioni periodiche si riuniscono i diversi operatori che operano nel distretto (magistrati della sezione famiglia del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni nonché della sezione famiglia della corte di appello, avvocati delle associazioni Camera Minorile e Aiaf e del libero foro)

<sup>3</sup> L'Osservatorio per la giustizia civile è un gruppo di avvocati, magistrati, dirigenti e personale di cancelleria, attivo a Milano fin dai primi anni '90, che ha portato avanti iniziative volte alla ricognizione ed alla discussione di prassi organizzative e interpretative, tendenti alla razionalizzazione ed alla accelerazione dei tempi dei processi civili; nel corso del tempo l'attività si è ampliata prendendo in esame l'ordinamento giudiziario e quello forense, la formazione professionale, il dibattito sulle leggi e il confronto della giurisprudenza.

processuale, tra figli naturali e figli legittimi <sup>4</sup> ( diversificando così il rapporto genitori- figli a seconda che sia intervenuto o meno il matrimonio tra i loro genitori) con la conseguenza che appare ormai non più procrastinabile (e pregiudiziale) la modifica sul piano sostanziale della disciplina in materia di filiazione, presupposto questo necessario per un'organica modifica delle regole processuali<sup>5</sup>.

- b. **Frammentazione delle competenze:** come diretto corollario della precedente osservazione non può non sottolinearsi il grave problema che comporta nelle materie familiari e minorili la frammentazione delle competenze, che non solo crea una dannosa dispersione, ma nuoce soprattutto alla qualità dell'intervento; da qui la necessità non più procrastinabile di riformare e razionalizzare il sistema<sup>6</sup>. Da più di venti anni vengono periodicamente avanzate iniziative di riforma che seguono linee contrapposte: alla richiesta di eliminazione della competenza, perlomeno civile e amministrativa<sup>7</sup>, del tribunale per i minorenni, che sarebbe sostituita da sezioni specializzate da istituire presso il tribunale ordinario, si oppone l'esigenza di mantenere accorpate, in capo ad un'unica istituzione giudiziaria specializzata, tutte le competenze in materia di persona, famiglia e minori<sup>8</sup>. Entrambe le proposte partono dalla comune considerazione che occorra superare la frammentazione delle competenze in materia minorile (evitando potenziali conflitti tra TO,

---

<sup>4</sup> Nella presente legislatura su questo tema cfr. i DDL S 1211 ("*Modifica alla disciplina in materia di esercizio della potestà genitoriale*") e 1412 ("*Modifica alla disciplina in materia di filiazione naturale*") sulla competenza da attribuirsi al tribunale ordinario anche in tema di affidamento di figli naturali, approvati in un testo comune al Senato il 6 ottobre 2010 e, alla data di stesura del presente articolo, in discussione alla Commissione Giustizia della Camera. Per ciò che concerne invece le disposizioni in materia di filiazione cfr. disegno di legge n. 2805S approvato alla camera dei deputati il 30 giugno 2011

<sup>5</sup> Riforma questa già attuata in altri Paesi della Comunità Europea, come ad esempio in Francia ove è stata abolita la differenza tra figli legittimi e naturali con la *Loi n.2002-305 du 4 mars 2002* relativa all'"*autorité parentale*" che affrontando il tema della filiazione elimina ogni distinzione anche terminologica tra figli legittimi e non.

<sup>6</sup> Come notorio, infatti, uno dei difetti più deprecabili della giustizia minorile italiana è provocato dall'eccessiva frammentazione delle competenze tra i differenti organi giudiziari, attualmente attribuite, a seconda del *petitum*, al giudice tutelare, al tribunale ordinario o al tribunale per i minorenni (cfr. Moro, *Manuale di giustizia minorile*, Zanichelli, 2002 che nell'annoverare l'assetto delle competenze in materia individua 55 tipologie di decisioni attribuite al T.M., 27 al T.O. e 48 al G.T.).

<sup>7</sup>*Ex multis* cfr. il D.L. n.2517/2002 dal significativo titolo "*Misure urgenti e delega al Governo in materia di diritto di famiglia*"; il D.L. n. S155 del 9.06.2006, a firma M.Alberti Casellati "*Sezioni specializzate per la famiglia e per i minori dei tribunali e delle corti d'appello ed uffici specializzati delle procure presso i Tribunali*"; nella XVI legislatura il disegno di legge C n.393 "*Istituzione di sezione specializzate del tribunale e della Corte d'appello per la tutela dei diritti dei minori e della famiglia*" di iniziativa parlamentare On. Luca Volontè del 27 maggio 2008 (assegnato, non ancora iniziato l'esame) e il DDL S n.178 "*Delega al governo per l'istituzione delle sezioni specializzate per la famiglia e per i minori*", di iniziativa parlamentare sen. Roberto Castelli del 29 aprile 2008 (da assegnare).

<sup>8</sup>Il cd Tribunale della persona e della famiglia, competente per tutta la materia relativa ai diritti della persona, minorenni ed adulta, e della famiglia nel suo complesso, legittima o di fatto. Ad oggi, invece, tale competenza è riconosciuta al giudice ordinario per figli nati all'interno del matrimoni e al tribunale per i minorenni per figli nati da coppie di fatto. Il nuovo giudice, accorpando le due competenze, sarebbe chiamato ad esprimersi sull'ampia gamma di materie relative al diritto di famiglia e minori: interdizione, separazione e divorzio, divisione dei beni in comunione legale e successoria, adozioni nazionali ed internazionali, ecc.

TM e GT) e ricorrono (come emerge dalle relazioni introduttive) ad argomentazioni che si richiamano alle norme convenzionali internazionali (purtroppo considerate alla stregua di norme programmatiche, che si ha il dovere di richiamare, ma non l'obbligo di applicare), giungendo però a soluzioni contrapposte. Senza entrare nel merito delle diverse posizioni, la sensazione è che il dibattito, sia all'interno della politica, sia con riferimento agli interventi degli operatori, sembra essere più rivolto alla ricerca di una "regola processuale" che alla capacità di risposta che il sistema deve trovare per "regolare" i problemi concreti. Necessità questa ancor più evidente laddove si controverte, come in questo campo, di relazioni familiari, perché in caso contrario si rischia che le lacune e le incertezze dell'attuale quadro legislativo invece di ridursi possano essere accresciute dall'aumento della produzione legislativa effettuato in modo disorganico, con il rischio, tra l'altro, di impedire la concreta realizzazione dei principi di promozione e protezione del minore già da tempo dettate dalla Convenzione di New York del 28 novembre 1989 (ratificata con la legge 176/91), dalle disposizioni contenute nella Convenzione di Strasburgo del 1996 (ratificata dalla legge 77/2003) e, dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, dall'efficacia giuridica che in esso riconosciuta ai diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza ed ai principi enunciati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Una reale riforma non può essere effettuata se non mettendo a disposizione risorse economiche, umane e strutturali adeguate, che consentano l'attuazione di un processo di cambiamento che migliori, potenzi e assicuri la piena efficienza del sistema giustizia. È inoltre evidente la necessità che il legislatore crei i presupposti affinché vi sia un'effettiva formazione specialistica multidisciplinare di tutti gli operatori del diritto, dai magistrati agli avvocati e tale principio di specializzazione esige che ai giudici non siano attribuite competenze ulteriori e diverse rispetto a quelle che riguardano la materia minorile e familiare.

- c. **La giurisdizione delle relazioni e l'Europa** : in Europa si definisce "*giurisdizione delle relazioni*"<sup>9</sup> quella in cui il giudice viene chiamato a decidere in ordine alla vita privata e familiare di una persona, intervento che secondo l'ordinamento costituzionale multilivello

---

<sup>9</sup>Paolo Martinelli "la giurisdizione delle relazioni" in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it) relazione conclusiva la XXVIII convegno nazionale AIMMF.

deve essere limitato (art. 8 C.E.D.U.) alla misura necessaria alla *“protezione della salute o della morale o dei diritti e delle libertà altrui”*. Inoltre, secondo il dettato dell’art. 24 della Carta Nizza, in presenza di figli minori ogni intervento giurisdizionale deve essere assunto avendo come riferimento l’interesse preminente (anzi migliore: il testo inglese infatti utilizza il termine *“best”*) *“alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere”*, attraverso *“relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo ciò sia contrario al suo interesse”* e si collega agli artt. 21 e 22 che sanciscono i principi di non discriminazione e di rispetto della diversità culturale, linguistica e religiosa. Dalla Carta di Nizza emergono nuovi doveri e nuove responsabilità per ognuno<sup>10</sup> che assumono particolare rilievo per i giuristi e, segnatamente, per gli avvocati a cui è affidata la tutela dei diritti umani e fondamentali e dei diritti dei minori in particolare. È dunque compito degli operatori, siano essi avvocati che magistrati, comprendere che il nuovo Trattato di Lisbona ha ampliato i principi costituzionali multilivello e che per far crescere la tutela dei diritti fondamentali è necessario un diverso modo di affrontare la tutela dei diritti laddove oggetto della controversia siano le relazioni tra le persone.

## 2. I protocolli in materia di diritto di famiglia

Sulla spinta della normativa internazionale<sup>11</sup> è maturato un mutamento culturale basato sull’affermazione della centralità della posizione del minore, con il conseguente corollario che, per un’effettiva promozione dei suoi diritti, si debba necessariamente passare dal concetto di *“tutela”* a quello di *“responsabilità”*: responsabilità genitoriale nell’ambito familiare (in sostituzione del concetto di potestà, in analogia con quanto previsto dal Regolamento CE n.2201/2003)<sup>12</sup> responsabilità sociale per le professioni che si occupano di minori.

All’interno dell’Osservatorio si è dunque sentita la necessità di operare un coordinamento tra i diversi operatori, anche sotto l’aspetto deontologico, per operare un’effettiva sinergia tra coloro che

---

<sup>10</sup> Nel preambolo si indica che l’Unione si fonda sui valori indivisibili della dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà e si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto; dal rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali si fa derivare un esplicito richiamo ai doveri ed alle responsabilità che il godimento di tali diritti comporta nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle nuove generazioni.

<sup>11</sup> Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (resa esecutiva in Italia con legge 135/1991), Convenzione europea di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei bambini (resa esecutiva con legge 77/2003), Regolamento CE n.2201/2003 del Consiglio dell’Unione Europea (Bruxells II bis)

<sup>12</sup> L’art.2 del regolamento definisce la responsabilità genitoriale come *“i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardante la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita”*

operano nel campo del diritto di famiglia e minorile (magistrati, avvocati, assistenti sociali, medici, psicologi) volto alla formazione non solo di un linguaggio e di una cultura condivisa e comune, ma anche allo studio e allo scambio interdisciplinare <sup>13</sup> per consentire l'individuazione di prassi comuni: se differenti sono i modelli che stanno alla base delle discipline giuridiche e di quelle psicologiche, <sup>14</sup> nell'ambito del diritto di famiglia e minorile questi confini devono necessariamente sfumare.

Da qui l'importanza di realizzare linee guida comuni tra le varie professioni favorendo lo studio di protocolli di intesa <sup>15</sup> e di carte condivise (come la Carta di Treviso e la Carta di Noto ecc) nel rispetto dell'autonomia e della specificità dei ruoli.

In quest'ottica di condivisione, significativa è l'esperienza dell'Osservatorio milanese nel quale si sono spontaneamente riuniti i diversi operatori che operano nel distretto per cercare, attraverso un'elaborazione collettiva, di dare una risposta condivisa alle controverse tematiche in tema di minori e famiglia.

Ciascuna delle componenti ha portato il proprio significativo punto di vista sulle concrete modalità di svolgimento, davanti agli uffici giudiziari, dei processi "viventi". L'approvazione dei numerosi protocolli è la prova concreta di come lo scambio di idee, frutto di competenze ed esperienze professionali che si sono proficuamente integrate, possa produrre comuni conquiste operative nell'interesse degli utenti del sistema giustizia ed in particolare dei minori<sup>16</sup>.

Assume dunque particolare interesse e significato che l'elaborazione sia stata attuata partendo da punti di vista differenti ma non per questo contrapposti: l'approccio metodologico delle due

---

<sup>13</sup> Nell'ambito dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano sono in fase di svolgimento dei corsi di formazione interdisciplinari volti a magistrati ed avvocati.

<sup>14</sup> Tradizionalmente si opera una distinzione tra professionisti che operano nel rispetto del principio di legalità (magistrati e avvocati) e coloro che operano invece nel rispetto del principio di beneficenza (medici, psicologi, assistenti sociali)

<sup>15</sup> Cfr. "Protocollo del processo civile: Il rito di famiglia" a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Venezia; "Protocollo per i procedimenti di separazione e divorzio tra i coniugi" a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Reggio Calabria; "Protocollo per le udienze civili del tribunale di Palermo (settore famiglia)" a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Palermo; "Protocollo per il processo di famiglia" a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Verona; "Protocollo per i procedimenti in materia di famiglia e minorile" a cura dell'Osservatorio sulla Giustizia del distretto di Salerno; "Protocollo sull'interpretazione e applicazione della legge 8 febbraio 2006, n.54 in tema di ascolto del minore", "Protocollo per i procedimenti di separazione e divorzio tra i coniugi", "Protocollo per i procedimenti ex art.155-317 bis c.c." "Protocollo per i procedimenti ex art. 250 e 269 c.c." a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano; "protocollo per i procedimenti ex art. 155-317 bis cc" a cura dell'osservatorio sulla giustizia minorile del Tribunale per i minorenni di Venezia

<sup>16</sup> Oltre ai protocolli di seguito illustrati, è stato approvato anche un protocollo incentrato principalmente sulla fase presidenziale dei giudizi di separazione e divorzio a seguito delle novità processuali introdotte dalla legge 80/06 e contiene suggerimenti ed indicazioni finalizzati principalmente alla razionalizzazione dei tempi dell'udienza e all'effettiva celerità dei giudizi,

professioni dell'avvocato e del magistrato ha infatti contribuito a sviluppare un sapere e una riflessione proficua nell'ottica di una effettiva tutela dei diritti.

I protocolli ad oggi approvati sono pubblicati sul sito del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano e contengono indicazioni di per sé non vincolanti, che potranno dunque avere efficacia solo se saranno effettivamente condivise dagli Uffici Giudiziari e dal Foro.

### 3. Modalità per l'ascolto del minore

In materia civile minorile, grande importanza assumono le convenzioni internazionali per il riconoscimento dei diritti del minore all'interno del processo: il legislatore italiano ha invece omesso di introdurre alcune modifiche che erano state suggerite al fine di un miglior coordinamento con le Convenzioni Internazionali<sup>17</sup>, puntualmente disattese ancorché ratificate dal nostro Paese e con la legge n.149/01, tese a prevedere la nomina di un Curatore del minore, nei casi in cui sia ravvisata una situazione di conflitti di interessi con il genitore, per consentire di dar voce a quei minori che non sono o non si sentono rappresentati nei procedimenti civili che li riguardano.

All'interno dell'Osservatorio si è dunque posto il problema se i genitori e i loro difensori debbano essere ammessi all'audizione del minore<sup>18</sup> o se il giudice debba procedere a tale adempimento senza la loro presenza<sup>19</sup>, se l'ascolto debba essere disposto in ogni ipotesi di conflitto fra i genitori (l'art. 155 sexies c.c. novellato non fa alcun riferimento all'oggetto del contendere) e, infine, quali cautele occorre adottare, soprattutto nel caso di procedimenti con alta conflittualità fra le parti, per

---

<sup>17</sup> cfr. art. 12 Convenzione di New York del 28.11.1989 ratificata con la legge 176/91 che prevede il diritto del minore di esprimere la sua opinione e di essere ascoltato nelle procedure che lo riguardano; Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del 25.11.1996 ratificata con la legge n.77/2003 che prevede l'audizione del minore che abbia sufficiente discernimento nelle procedure che lo riguardano

<sup>18</sup> Recentemente la SC ( cfr. Cass. 7282/10) ha statuito che essendo scelta del tutto “discrezionale del giudice quella di sentire il minore senza la presenza dei difensori delle altre parti, la dedotta violazione del contraddittorio per il mancato avviso dell'audienza fissata per detta audizione non sussiste” ; nella parte motiva si indica infatti che “In tema di adozione, l'art. 10, comma 2, l. 4 maggio 1983 n. 184, come novellato dalla l. 28 marzo 2001 n. 149, il quale dispone che i genitori e in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore possano partecipare a "tutti" gli accertamenti disposti dal tribunale, si riferisce non solo ai tradizionali mezzi d'istruzione probatoria disciplinati dalla sezione III del capo II, titolo I del libro II del codice di procedura civile, ma a qualunque atto d'indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti al fine di verificare se sussista lo stato di abbandono, comprendendo esemplificativamente anche le indagini e le relazioni affidate ad istituti o altri operatori specializzati; esso non è tuttavia applicabile all'audizione del minore, la quale, non rappresentando una testimonianza o un altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, e quindi con tutte le cautele e le modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, ivi compresa la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori, nonché di sentire il minore da solo, o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato. Conforme Cass. N.1838/2011

<sup>19</sup> Il minore non è infatti parte nei processi di separazione e divorzio a differenza invece di quanto avviene nei procedimenti *de protestate*, anche se la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza n.1/2002) ha riconosciuto al minore la qualità di “parte” seppure “speciale”

evitare che l'audizione del minore diventi occasione di pericolose strumentalizzazioni e suggestioni ad opera dei genitori e di terzi.

L'Osservatorio di Milano ha predisposto il "*Protocollo sull'interpretazione e applicazione della legge 8 febbraio 2006, n.54 in tema di ascolto del minore*" nell'ambito di un gruppo di lavoro a cui hanno partecipato magistrati della sezione famiglia e tutele del tribunale ordinario , del tribunale per i minorenni nonché della sezione famiglia della corte di appello, avvocati delle associazioni Camera Minorile e Aiaf e del libero foro: a tale testo è stata data in seguito sostanziale adesione nei protocolli ad oggi approvati in altri distretti.

La metodologia adottata è stata quella di individuare e valorizzare, in via di condivisione da parte di tutti gli operatori , sia norme di comportamento, talora già direttamente codificate e seguite da molti avvocati e magistrati, sia prassi organizzative, volte ad individuare criteri interpretativi allo scopo di garantire che l'audizione del minore nel processo avvenga con modalità adeguate e rispettose della sua sensibilità, ispirate al principio della minima offensività e per assicurare al minore un'effettiva opportunità di esprimere i propri bisogni e desideri.

Si è in tal modo determinato un utile scambio di idee, frutto di competenze ed esperienze professionali che si sono proficuamente integrate, dimostrando come la specializzazione sui temi familiari e minorili, sia da parte degli avvocati che dei magistrati, possa produrre comuni conquiste operative nell'interesse degli utenti del sistema giustizia e in particolare dei minori<sup>20</sup>.

Il confronto tra gli operatori, a cui hanno dato un contributo essenziale e determinante gli esperti in scienze psicologiche e pedagogiche, ha evidenziato la necessità di procedere all'ascolto del minore con il rispetto delle seguenti indicazioni, riassunte nel preambolo del protocollo milanese, espressamente richiamato da altri<sup>21</sup>:

- La minima offensività dell'audizione, con il rispetto dei tempi del bambino, della sua situazione emotiva e delle sue esigenze temporali che sconsigliano audizioni troppo lunghe.

---

<sup>20</sup> I componenti dell'Osservatorio auspicano che i criteri ed indicazioni contenuti nella proposta di protocollo vengano rispettate per l'ascolto del minore in tutte le procedure civili che lo riguardano

<sup>21</sup> cfr. Protocolli di Salerno, Verona

- L'utilizzo di modalità che sottraggano il minore dalla dialettica processuale e comunque sempre con l'uso di una terminologia adeguata e un atteggiamento empatico, di disponibilità all'ascolto e alla comprensione.
- L'attenzione verso il comportamento anche non verbale (il silenzio, il movimento, le espressioni sono a volte una risposta più efficace delle parole)
- La necessità di una spiegazione – dell'ambiente, dei ruoli, delle decisioni - di ciò che sta accadendo all'interno del processo.
- L'attenta verbalizzazione e, ove possibile (e comunque sempre nelle situazioni più complesse) la videoregistrazione dell'audizione per un esame complessivo dell'ascolto e non solo del contenuto verbale.

Alla luce di questi parametri – che sarebbe opportuno codificare per non essere lasciati alla sensibilità del singolo giudice o oggetto di sole prassi - i criteri interpretativi e le proposte avanzate nel protocollo milanese , richiamate dagli altri protocolli con le particolarità di seguito illustrate, possono così essere riassunte:

1. *Limiti dell'ascolto*: si è ritenuto che l'ascolto del minore sia disposto unicamente nei procedimenti contenziosi (separazione, divorzio, interruzione conflittuale di convivenza *more uxorio*; nel caso di procedimenti consensuali, l'ascolto potrà essere disposto soltanto laddove particolari circostanze del caso lo rendano opportuno) e potrà essere disposto solo nei casi in cui debbano essere presi provvedimenti che riguardino l'affidamento, le modalità di visita e tutte le decisioni relative ai figli (con esclusione dunque delle ipotesi in cui la vertenza riguardi esclusivamente gli aspetti economici). L'ascolto del minore potrà non essere disposto quando, per le particolari circostanze del caso, il giudice ritenga motivatamente che non sia rispondente all'interesse del minore<sup>22</sup>. Si è suggerito inoltre che nel caso in cui debba essere disposta l'audizione del minore inferiore di anni dodici, il Giudice possa, in ogni momento, avvalersi della competenza di un esperto, nominato ausiliario ex art. 68 c.p.c, ovvero di una CTU, per la valutazione della “*capacità di*

---

<sup>22</sup> Il *Protocollo Veneziano* (sottoscritto da presidente Tribunale ordinario di Venezia e dal Presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Venezia) aggiunge che “ *i difensori ed i genitori esporranno eventuali ragioni che rendano l'ascolto contrario all'interesse del minore*”



*discernimento*”, o della difficoltà o del pregiudizio che l’espletamento dell’ascolto potrebbe arrecare al minore <sup>23</sup>.

2. *Tempi dell’ascolto giudiziario* : si è suggerito che l’ascolto del minore dovrà essere disposto al fine di prevenire eventuali inasprimenti del conflitto ed, in ogni caso, ad udienza fissa, da stabilirsi di preferenza fuori dell’orario scolastico, in ambiente adeguato<sup>24</sup> e a porte chiuse per garantire la massima riservatezza e tranquillità al minore <sup>25</sup>.
3. *Ascolto diretto e “competenze integrate”* : si ritiene auspicabile che l’ascolto, con riferimento anche all’età del minore, venga effettuato dal Giudice titolare della procedura unitamente al giudice onorario ove previsto, ovvero, in mancanza, con la nomina di un ausiliario ex art. 68 c. p.c. esperto in scienze psicologiche o pedagogiche.
4. *Presenza delle parti e dei difensori* : si auspica che l’audizione si svolga unicamente alla presenza del minore, del Giudice titolare della procedura, dell’eventuale ausiliario e, in caso di nomina, del difensore del minore o del curatore del minore. Al fine di evitare condizionamenti, non pare opportuna la presenza delle parti<sup>26</sup> e dei difensori che presteranno quindi consenso ad allontanarsi dall’aula per non assistere all’incombente (in ogni caso, prima dell’audizione, i legali delle parti potranno sottoporre al giudice i temi e gli argomenti sui quali ritengono opportuno sentire il minore)<sup>27</sup>. Il *Protocollo Veronese*

---

<sup>23</sup> Il *Protocollo Veronese* ( sottoscritto da ULSS servizi sociali, Comune di Verona Servizi Sociali, Tribunale di Verona Sezione famiglia, AIAF sez. Veneto, Osservatorio sul diritto di famiglia sez. Verona) aggiunge, opportunamente, l’osservazione che l’ascolto rappresenta per il minore un’occasione per esprimere le proprie opinioni, i propri dubbi, le proprie incertezze, le proprie paure, che è un strumento utile per consentire al Giudice di formarsi un’opinione più completa e che non è uno strumento di prova.

<sup>24</sup> Il *Protocollo Veneziano* dispone che “...ove ritenuto necessario, tale ascolto potrà avvenire presso l’Istituto “Santa Maria della Pietà di Venezia”, anche in tal caso senza l’assistenza dei difensori, che potranno poi prendere visione del colloquio con il Magistrato, tramite la videoregistrazione che sarà nel corso dell’udienza effettuata dal personale messo a disposizione della stessa struttura”.

<sup>25</sup> Il *Protocollo Salernitano* (sottoscritto da Tribunale e Consiglio Ordine Avvocati di Salerno, Tribunale e Consiglio Ordine Avvocati di Vallo della Lucania, Tribunale e Consiglio Ordine Avvocati di Sala Consilina, Tribunale e Consiglio Ordine Avvocati di Nocera Inferiore, Camera per i minori di Salerno, Camera Minorile di Nocera Inferiore, AIAF sez. Salerno, Osservatorio sul diritto di famiglia sez. Salerno, Centro Studi Teodora) aggiunge che : “Ciascuna Autorità giudiziaria (o le cancellerie e gli uffici amministrativi competenti) dovrà dunque dare disposizione affinché a queste udienze venga assicurata particolare priorità ed attenzione, sia in termini di rispetto dei tempi, sia con riferimento al luogo ove l’audizione verrà effettuata che dovrà garantire la massima riservatezza e tranquillità al minore”

<sup>26</sup> Il *Protocollo Veneziano* indica che “Ai genitori il Giudice, prima dell’incombente, potrà chiedere chiarimenti e precisazioni”

<sup>27</sup> In senso contrario, nel senso che prevede la presenza dei difensori dei genitori, il *Protocollo Romano* (sottoscritto da Presidente del Tribunale per i minorenni di Roma e dal Presidente del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma) laddove si prevede invece che ”**art.5. Presenza dei difensori, loro doveri e facoltà. Esclusione della presenza delle parti, se non opportuna.** I difensori delle parti costituite, anteriormente all’inizio dell’udienza, potranno fornire al giudice indicazioni su argomenti significativi. I difensori hanno il diritto di partecipare all’udienza di audizione, attenendosi alle regole qui di seguito precisate a salvaguardia e garanzia della serenità e libertà del minore. I difensori delle parti adulte non avranno alcun contatto con il minore, né prima né dopo l’audizione dello stesso. Se presenti all’audizione non interferiranno in alcun modo, mantenendo un comportamento silenzioso e non invasivo, rispettoso della serenità e libertà di espressione del minore. Ciascuno dei difensori inviterà il proprio assistito ad un atteggiamento responsabile nei confronti del minore raccomandando di evitare ogni forma di suggestione e di induzione della volontà, e di mostrare al minore atti processuali o extraprocessuali relativi alla vertenza. Inoltre i difensori delle parti adulte

aggiunge che “*nel caso in cui uno o entrambi i difensori chiedano di essere presenti all’audizione, il giudice provvederà motivando in merito.*” Se il minore richiederà espressamente la presenza di un genitore o di entrambi o di una persona esterna al nucleo, in ossequio ad un’assistenza affettiva e psicologica, questa richiesta, anche in considerazione dell’età del minore dovrà comunque essere valutata dal giudice. E’altresi auspicabile che qualora si proceda ad un ascolto del minore in sede di CTU anche detto incumbente avvenga, così come per l’ascolto avanti al Giudice, senza la presenza delle parti e dei difensori. Prima dell’audizione i consulenti di parte potranno sottoporre al CTU i temi e gli argomenti sui quali ritengono opportuno sentire il minore.

5. *Verbalizzazione* : l’incontro sarà verbalizzato anche in forma sommaria ed il minore avrà diritto di leggere e sottoscrivere il verbale.<sup>28</sup>
6. *Informazione* : prima dell’audizione il minore dovrà essere adeguatamente informato dal Giudice del suo diritto ad essere ascoltato nel processo, dei motivi del suo coinvolgimento nello stesso, nonché dei possibili esiti del procedimento, precisando che tali esiti non necessariamente saranno conformi a quanto sarà da lui eventualmente espresso o richiesto<sup>29</sup> Prima dell’audizione del minore il Giudice fornirà ai genitori ed agli avvocati le indicazioni su come comunicare al minore tempi e modalità dell’ascolto
7. *Doveri di astensione dell’avvocato ed informazioni alle parti*:l’ultimo invito, è rivolto agli avvocati dei genitori del minore che deve essere ascoltato affinché non abbiano contatti

---

*avvertiranno espressamente i propri assistiti che l’opinione del minore sarà uno dei vari elementi dai quali il giudice trarrà la propria convinzione. Le parti non potranno assistere all’audizione, salvo che il giudice non lo ritenga opportuno*”. Nello stesso senso anche il Protocollo di Palermo ( sottoscritto da Presidente Tribunale Ordinario di Palermo, dal Presidente del Consiglio dell’Ordine degli avvocati di Palermo e dal segretario della Giunta sezione ANM Palermo) che dispone : “*Al fine di garantire la spontaneità del minore nelle dichiarazioni che renderà, il giudice, prima dell’esame, inviterà i genitori a lasciare l’aula. Al fine di tutelare la sua riservatezza, l’esame del minore – che dovrà essere rigorosamente verbalizzato – verrà condotto esclusivamente dal giudice, ove possibile e necessario con l’assistenza di un ausiliario psicologo e durante il medesimo i procuratori non interloquiranno...Gli avvocati cureranno di evitare di dibattere temi della causa in presenza del minore*” (si noti che viene utilizzato il termine “esame” del minore che non appare consono con le indicazioni delle convenzioni (art 3 Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996) né con l’art. 155 sexies c.c. ove si utilizza invece il termine “ascolto”).

<sup>28</sup> Il Protocollo Veneziano aggiunge che la verbalizzazione deve essere “*integrale e fedele, anche nel linguaggio e nelle forme espressive, a quanto dichiarato dal minore, giacchè eventuali trasposizioni dei concetti da lui espressi in linguaggio adulto o sinterizzazioni potrebbero tradirne il significato autentico e svilirne la reale portata. Verranno altresì riportati anche comportamenti e manifestazioni non verbali del minore*”.

<sup>29</sup> Si veda art. 3 Convenzione europea sui diritti dei minori, 25 gennaio 1996, Convenzione di Strasburgo (già sopra citato): “*Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti. Nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un’autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare:*

- a) *ricevere ogni informazione pertinente;*
- b) *essere consultato ed esprimere la propria opinione;*
- c) *essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione.*

con il medesimo<sup>30</sup>; gli stessi dovranno inoltre invitare i loro assistiti ad un atteggiamento responsabile nei confronti del minore evitando ogni forma di suggestione e di induzione della volontà, invitandoli espressamente ad astenersi dal mostrare al minore qualsiasi atto processuale .

##### *5. I protocolli per i procedimenti minorili civili avanti il Tribunale per i minorenni*

Come sopra ricordato, l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8362 del 3 aprile 2007, ha risolto il conflitto negativo di competenza tra il Tribunale Ordinario e il Tribunale per i Minorenni di Milano in relazione ai procedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli di genitori non coniugati, conflitto determinatosi a seguito dell'entrata in vigore della legge 54/2006<sup>31</sup>.

Sulle base delle indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione, per ciò che concerne la soluzione inerente il rito "applicabile"<sup>32</sup> al giudizio di affidamento e mantenimento dei figli naturali, nel tempo si sono plasmate delle soluzioni di natura processuale che, ad oggi, hanno trovato sistematicità nel Protocollo redatto dall'Osservatorio di Milano<sup>33</sup>, gruppo famiglia e minori, presso il Tribunale per i minorenni e in quello redatto dall'Osservatorio di Venezia

Dette indicazioni possono così essere riassunte:

- a) Nel caso di contestualità delle domande di affidamento del figlio e di natura economica (contributo al mantenimento e assegnazione della casa familiare) - e solo in tal caso - il Tribunale per i Minorenni dovrà provvedere in relazione a tutte le domande, e quindi anche in relazione a tutte le questioni economiche, per "attrazione" delle domande in capo allo stesso

<sup>30</sup> Il Protocollo Veneziano precisa espressamente che " i difensori dei coniugi non dovranno ricevere presso i propri studi professionali e neppure in luoghi c.c. "terzi" i minori coinvolti, neppure in previsione dell'udienza fissata per l'ascolto del minore"

<sup>31</sup> Va apprezzato il fatto che sia stato dalla Corte affermato che la legge n. 54 ha comportato una innovazione rispetto alla precedente regola del riparto che attribuiva la cognizione delle controversie concernenti il contributo al mantenimento del figlio naturale al Tribunale Ordinario anche in caso di contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella relativa all'affidamento, cosa oggi non più consentita. Ciò che però non può essere negato è che da un punto di vista processuale, le differenze di trattamento permangono: i procedimenti riguardanti i figli naturali (che hanno uguali necessità di quelli legittimi e diritto dunque ad un'uguale tutela) sono disciplinati attualmente dalle poche disposizioni di cui agli artt.737 e segg. c.p.c. come integrate, per quanto compatibile, dall'art.336 c.c.: non vi è dunque previsione di una fase anticipatoria o cautelare che consenta l'emissione di provvedimenti urgenti in ordine al collocamento, mantenimento e modalità di visite con il genitore non affidatario, non c'è previsione espressa che conferisca al giudice il potere dovere di allontanamento di uno dei genitori, di disporre il pagamento del terzo (ex art. 148 comma 2 c.c.), non c'è neppure una norma espressa che consenta di conferire l'esecutività dei provvedimenti emessi in tema di affidamento e mantenimento.

<sup>32</sup> La disciplina della separazione dei coniugi (art. 706 e seg. c.p.c.) non è applicabile alla cessazione della convivenza di fatto, come già ricordato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 166 del 1998 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità avente ad oggetto il combinato disposto degli artt. 151, 1° c. c.c. e 155 c.c. nella parte in cui non disciplina la crisi della convivenza di fatto con le stesse regole previste per la famiglia legittima, evidenziando che l'assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di politica legislativa ma non determina la violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 24 e 30 della Costituzione. Inoltre le lacune della specialità di un rito non possono essere colmate con un richiamo ad altro rito speciale, bensì con il riferimento alle norme del processo ordinario di cognizione "in quanto compatibili". (cfr. Cass. N. 15100 del 16.7.2005)

<sup>33</sup> "Protocollo per i procedimenti ex artt.155-317 bis c.c." approvato in data 28 febbraio 2008

giudice specializzato e ciò in quanto, in caso contrario, vi sarebbe un trattamento deteriore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela ricevessero dall'ordinamento una risposta frazionata.

- b) Il rito camerale è compatibile con l'esercizio dei diritti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli in caso di separazione dei genitori, a condizione però che non si faccia riferimento puramente e semplicemente agli artt. 336 c.c. e 737 e seg. c.p.c. ( pena la violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa, sancito dall'art. 111 cost). A tal fine il protocollo milanese indica le soluzioni per adattare il rito camerale alla particolare natura delle controversie in questione e al tipo di domande che vengono proposte in giudizio<sup>34</sup>, ovvero: predisposizione di calendario a udienze fisse collegiali; dopo il deposito del ricorso instaurazione del contraddittorio con decreto di fissazione di udienza indicante il termine per il deposito della comparsa di costituzione e fissazione dell'udienza udienza avanti al collegio con la comparizione personale delle parti; in tale udienza si dovrebbero subito valutare le possibilità di accordo tra le parti e le questioni giuridiche; fissazione, se necessario, di un ulteriore termine alle parti per deposito di memorie istruttorie, sempre con rinvio a udienze fisse collegiali; possibilità di emettere provvedimenti provvisori da parte del collegio, anche di carattere istruttorio, e rimessione al giudice togato per la assunzione delle prove (o anche al giudice onorario esperto, che dovrà essere prescelto possibilmente tra coloro con esperienza nel settore, anche di mediazione, ma solo per sentire le parti personalmente e verificare possibilità di accordi); quindi provvedimento definitivo del collegio, eventualmente, se necessario, dopo termine alle parti per memorie conclusive, decreto che potrà costituire titolo esecutivo.
- c) Il Tribunale per i Minorenni è un tribunale specializzato, che opera con rito camerale, rito che appare peraltro compatibile con l'applicazione di talune norme processuali introdotte con la L. 54: conseguentemente, potranno essere utilizzati i poteri istruttori del giudice della separazione, compreso quello di disporre accertamenti tramite la Polizia Tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi; sui poteri di ascolto

---

<sup>34</sup> Occorre ricordare che nei procedimenti civili minorili non è previsto un ruolo simile a quello del giudice istruttore e che qualsiasi provvedimento, anche di natura istruttorio, deve necessariamente essere assunto collegialmente. Ciò comporta, dunque, che sia i provvedimenti provvisori che quelli istruttori, saranno sempre assunti collegialmente.

del minore; con il consenso delle parti si potrà sospendere il procedimento per consentire un percorso di mediazione. Si potrà, inoltre, ammettere prove testimoniali, disporre consulenza tecnica di ufficio, disporre ordini di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c.,( in analogia con i procedimenti ai sensi degli articoli 250 e 269 cod. civ.). In merito alle suddette attività il protocollo individua i suggerimenti per il compimento dei singoli atti .

- d) E' applicabile da parte del Tribunale per i Minorenni l'art. 709 ter c.p.c. *“in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento: nel protocollo, si indica pertanto che “nel caso in cui, in corso di causa, fossero avanzate istanze ex art. 709 ter cpc il giudice provvederà ad instaurare il contraddittorio in relazione alle stesse, rimettendo poi la causa al collegio per la decisione unitamente al merito”.*
- e) Alla luce dell'entrata in vigore delle norme processuali di cui alla legge 149/2001 (art.336,3 comma c.c.), infine, è fatto obbligo della difesa tecnica, per garantire il confronto tra diritti ed interessi contrapposti e la piena conoscenza di essi da parte di un giudice imparziale, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio: il protocollo, pertanto, richiama espressamente, in quanto compatibili, le disposizioni previste dal *protocollo per le udienze civili*, indica i suggerimenti per la predisposizione dei fascicoli, per la predisposizione degli atti e della documentazione da allegare. Lo schema suggerito è simile a quello indicato nei protocolli sui giudizi di separazione e di divorzio dei coniugi al cui commento si rinvia. Viene infine fatto espresso invito affinché “in ipotesi di coppie straniere” il *“difensore allegghi la legge - tradotta - di diritto internazionale privato dello stato di cui sia cittadino il minore e, qualora sia richiamata, della relativa legge sostanziale”*.<sup>35</sup>

L'osservatorio per la giustizia civile di Milano ha infine approvato (in data 21 gennaio 2009) il “Protocollo per i procedimenti ex art. 250 e 269 c.c.” (riconoscimento dei figli naturali e dichiarazione giudiziale di paternità e maternità), strutturandolo in modo simile al protocollo sui procedimenti ai sensi degli artt. 317 bis e 155 c.c. ove nel preambolo viene suggerito che *“considerata la peculiarità della materia trattata, è auspicabile che il difensore della parte che*

---

<sup>35</sup> Identico invito è contenuto nel Protocollo di Salerno

*intende promuovere il giudizio inoltri alla controparte una comunicazione con la quale, dopo aver indicato le ragioni della domanda, auspichi una soluzione bonaria della controversia”.*

Concludo con l'osservazione che se è pur vero che in questa materia gli osservatori hanno svolto un apprezzabilissimo lavoro di elaborazione di prassi virtuose per garantire un processo dignitoso e di durata ragionevole, è ormai è tempo che il legislatore regolamenti in modo unitario la materia, ponendo così fine all'intollerabile situazione di incongruenze e di lacune normative che di fatto si traducono in una minore tutela per i soggetti coinvolti.

*Paola Lovati*

*Avvocato in Milano, Segretario Camera Minorile di Milano*