

L'AUDIZIONE DEL MINORE. UN DIBATTITO ANCORA APERTO*

di
Pompilia Rossi

*Avvocato, Foro di Roma
Esperta in diritto di famiglia
e diritto minorile*

* Newsletter AIPG n° 41, anno 2010

Il dibattito sull'audizione di minori, che da molto tempo ormai si protrae in Italia, malgrado i numerosi interventi normativi sul punto, genera ancora incertezza e, soprattutto, difformità di trattamento nelle prassi dei diversi uffici giudiziari.

Gli interventi legislativi che si sono susseguiti negli ultimi anni, sia di diritto interno che, soprattutto, internazionale si sono mossi nella direzione di riconoscere al minore un vero e proprio diritto soggettivo di essere ascoltato in tutti i procedimenti giudiziari (e non) che lo riguardano. Oltre la riforma del diritto di famiglia del 1975 e la legge sul divorzio, come modificata dalla L. n. 74 del 1987, alle quali si devono diverse norme in cui l'audizione del minore è prevista come mera facoltà del Giudice, le disposizioni che seguono assurgono ad elementi di riferimento:

-art. 10 della l. n. 184 del 1983 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) che, nell'ambito del giudizio per la dichiarazione di adottabilità, ha prescritto per la prima volta l'obbligo del giudice, nello specifico il Tribunale per i Minorenni, di sentire *“il minore che ha compiuto gli anni dodici e, se opportuno, anche di età inferiore”*;

-art. 12 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (ratificata nel nostro Paese con la legge n. 176 del 1991) che ha riconosciuto il diritto inviolabile di ogni minore capace di discernimento *“di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne”*;

-art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, che *“nelle procedure avanti all'Autorità Giudiziaria”* ha *“conferito”* ai fanciulli dotati *“di sufficiente discernimento per il diritto interno i seguenti diritti: a)-ricevere ogni formazione pertinente; b)-essere consultato ed esprimere la propria opinione; c)-essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della propria opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione”*, a livello internazionale la esistenza di un vero e proprio diritto dei minori all'ascolto giudiziale in tutti i procedimenti che li concernono;

-infine, il nuovo l'art. 155 sexies, comma 1, c.c., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, il quale ha previsto esplicitamente che, prima della emissione di qualsiasi provvedimento sull'affidamento ex art. 155 c.c., ivi compresi quelli resi *“in via provvisoria”*, e cioè con l'ordinanza presidenziale, debba essere disposta dal Giudice *“l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”*.

Questa norma ha definitivamente ed inequivocabilmente codificato nel nostro ordinamento il diritto dei minori ad essere ascoltati sia nei processi di separazione, cui la stessa si riferisce, sia nei processi di divorzio, nonché di nullità del matrimonio e di affidamento dei figli naturali, ai quali essa è applicabile per espressa disposizione dell'art. 4 della l. n. 54 del 2006.

L'audizione obbligatoria del minore in tutti i processi che lo riguardano rappresenta quindi espressione, elevata, di un diritto inviolabile del fanciullo, ma ben sappiamo che questo concetto ha faticato e fatica ancora molto ad attuarsi nelle prassi dei Tribunali e Corti di merito.

Per tale motivo, la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 22238 del 21 ottobre 20089 (Presidente dr. Carbone, Relatore dr. Forte) è destinata a costituire un fondamentale precedente nonché elemento di riferimento giurisprudenziale al quale uniformarsi.

Senza entrare nel dettaglio del caso giudiziario che ha dato origine alla pronunzia, ritengo in via preliminare trascrivere la massima di tale decisione, il principio informatore cioè che emerge dall'esame integrale della sentenza. E' il seguente:

“I minori sono portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori, in sede di affidamento o di disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario e, per tale profilo, qualificati parti in senso sostanziale (così C. Cost. 30 gennaio 2002 n. 1). Costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione”.

La Corte di Cassazione ha quindi ritenuto che il mancato ascolto dei figli minori costituisce violazione del principio del contraddittorio (cioè violazione del principio cardine di ogni processo civile che garantisce cioè paritario diritto di difesa a ciascuna delle parti coinvolte) nonché violazione del “giusto processo” di cui tanto si parla.

Come è pervenuta la Suprema Corte a tale conclusione? La Cassazione ha ritenuto che, nella fattispecie esaminata nella decisione, prima di decidere in ordine ad una richiesta di modifica un affidamento esclusivo in favore di uno dei genitori, il Magistrato procedente avrebbe dovuto ascoltare i minori. Ciò in quanto – testuale dalla sentenza – *“Invero i minori, che ad avviso di questa Corte non possono considerarsi parti del procedimento, sono stati ritenuti portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori ... e, per tale profilo, qualificati parti in senso sostanziale”* (v. Corte Costituzionale 30 gennaio 202 n. 1).

Costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, censurato in questa sede, nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione.

Prosegue la Corte deducendo che l'audizione dei minori è da ritenersi opportuna, qualora sia possibile (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e la citata n. 15145 del 2003). Tale audizione era prevista dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991 che ritiene sussistere, in caso di riconoscimento della capacità di discernimento del minore, il diritto di questo “di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa”, dandogli la possibilità “di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda”.

Deduce altresì la Suprema Corte che l'audizione del minore nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta comunque obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003 (Cass. 16 aprile 2007 n. 9094 e 18 marzo 2006 n. 6081), per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza della medesima Corte di Cassazione.

La citata Convenzione di Strasburgo prevede che ogni decisione relativa ai minori indichi le fonti di informazioni da cui ha tratto le conclusioni che giustificano il provvedimento adottato anche in forma di decreto, nel quale deve tenersi conto della opinione espressa dai minori, previa informazione a costoro delle istanze dei genitori nei loro riguardi e consultandoli personalmente sulle eventuali statuizioni da emettere, salvo che l'ascolto o l'audizione siano dannosi per gli interessi superiori dei minori stessi (in tal senso leggesi Cassazione I Civile ord. 26 aprile 2007 n. 9094).

La Suprema Corte, quindi, ha ritenuto violata la disposizione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, ratificata dalla legge n. 77 del 2003 nonché violato l'art. 155 sexies c.c., introdotto dalla legge 8.02.2006 n. 54 sull'affidamento condiviso, dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l'omesso ascolto.

La sentenza è destinata a fare “storia” per le implicazioni concrete che comporterà l'applicazione del principio informatore: a) il minore andrà ascoltato nei procedimenti civili, tutti, che lo riguarda

altrimenti, in caso di mancato ascolto cioè, si verificherebbe una violazione del principio del contraddittorio (con ripercussioni di eventuali nullità e/o invalidità dell'intero procedimento) nonché violazione del principio del giusto processo; b) qualora si rilevi che il minore non abbia capacità di discernimento, il Magistrato dovrà motivare espressamente il decreto da lui emesso nel procedimento evidenziando le ragioni dell'omesso ascolto e ciò rappresenta indubbiamente una novità, poiché la previsione della motivazione del decreto escluderebbe il principio di discrezionalità del Magistrato, principio che finora ha governato il campo dell'audizione del minore.

Questi i primi rilievi ad una lettura della decisione. Gli operatori del settore di diritto di famiglia e minorile hanno comunque evidenziato ulteriori possibili implicazioni in attesa della concreta applicazione del principio espresso dalla Cassazione: si pensi al fatto che se il minore è parte sostanziale del procedimento per quale motivo non si potrebbe a lui garantire una difesa? (e qui va ad inserirsi l'annoso dibattito sul ruolo dell'avvocato del minore); si pensi alla necessità di colmare il vuoto normativo sulle modalità dell'ascolto del minore nel processo sia ordinario che minorile, non essendo sufficienti i protocolli esistenti nelle diverse sedi giudiziarie, come la quotidiana esperienza ci insegna; si pensi alla problematica relativa all'ascolto del minore da parte del consulente tecnico di ufficio nominato dal Giudice per accertare il regime di affidamento più idoneo e le possibili questioni sulle opportunità o meno di attuare l'ascolto del minore visto che è il Magistrato a poter e dover fare tale incombente (tra l'altro con la espressa previsione di emettere un decreto motivato in caso di mancato ascolto).

Quello che rileva, comunque, è che il contenuto della decisione della Suprema Corte contribuirà a colmare il ritardo con cui ancora oggi il fondamentale diritto del minore ad essere ascoltato viene attuato nelle aule giudiziarie italiane, equiparando, finalmente, in tal modo la nostra nazione alla gran parte dei paesi del mondo occidentale.