

L' AUDIZIONE DEL MINORE IL VALORE PROBATORIO DELLE DICHIARAZIONI

SOMMARIO: 1. – Il valore probatorio delle dichiarazioni del minore in ambito civile e, in particolare, nei procedimenti di separazione e divorzio 1.1 Profili problematici

1. Il valore probatorio delle dichiarazioni del minore in ambito civile e, in particolare, nei procedimenti di separazione e divorzio.

In materia civilistica, la materia dell'audizione del minore ha ricevuto un decisivo impulso con l'entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n. 54, che ha introdotto all'interno del codice civile l'art. 155-sexies il quale, per la parte che qui interessa, dispone che nella procedura di separazione dei coniugi il giudice, prima di adottare *"anche in via provvisoria"* i provvedimenti di cui all' art. 155 c.c., *"dispone l' audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento"*. Sono stati così superati gli angusti limiti tracciati dalla legge divorzile, la quale consentiva l'audizione dei figli minori solo ove il giudice l'avesse ritenuto *"strettamente necessario"*, *"anche in considerazione della loro età"* (artt. 4, comma 8, e 6, comma 9, legge 1° dicembre 1970, n. 898, come modificati dalla legge 74/1987)¹.

Ulteriore ampliamento della necessità di sentire il minore nei procedimenti civili che lo riguardano si è avuto con la normativa sovrazionale e, in particolare, con la convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176² e con la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata in Italia con la legge 20 marzo 2003 n. 77³, che hanno previsto

¹ La disposizione trova applicazione pure nelle procedure di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ai sensi dell' art. 4, comma 2, della stessa legge n. 54 del 2006.

² Ai sensi, infatti, dell' art 12 della Convenzione *"1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo 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"*.

³ La convenzione, oltre a riconoscere, in generale, al minore il diritto di essere informato sulle procedure che lo riguardano e di esprimere la propria opinione, stabilisce, al capo B, che *"Nelle procedure che interessano un fanciullo, l'autorità giudiziaria, prima di adottare qualsiasi decisione (...) si accerta che il fanciullo abbia ricevuto ogni informazione pertinente; consulta personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso; consente al fanciullo di esprimere la sua opinione"* La stessa AG, inoltre, *deve* *"tenere debitamente conto dell'opinione espressa da quest'ultimo"*.

il diritto del minore ad essere informato delle procedure che lo riguardano e di esprimere la propria opinione in seno ad esse, nonché, a livello comunitario, con il Regolamento CE n. 2201/003 del 27 novembre 2003 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, abrogativo del regolamento CE n. 1347/2000), il quale, all'art. 23 lett. b (Motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale), ha stabilito che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute (...) «*se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto*».

Alla luce di tale articolato normativo, nazionale e internazionale, l'audizione del minore nelle procedure che lo riguardano, ove il minore abbia adeguata capacità di discernimento e l'ascolto non sia dannoso agli interessi del minore stesso, deve considerarsi obbligatorio, pena la violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo, come oggi chiarito anche dalla giurisprudenza di legittimità, con l'avallo delle Sezioni Unite (cfr. Cass., Sez. Un. 21 ottobre 2009 n. 22238, i cui principi sono stati ribaditi da Cass., Sez. I, 19 maggio 2010, n. 12293).

Ciò posto, occorre interrogarsi su quale sia la valenza probatoria da attribuire alle dichiarazioni rese dal minore ascoltato nel processo civile.

La giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, è pressoché pacifica nel ritenere che l'audizione del minore non sia un mezzo di prova - destinato, quindi, a suffragare le allegazioni dell'una o dell'altra parte - bensì uno strumento di tutela del minore stesso, finalizzato a far acquisire al giudice elementi utili ai fini della realizzazione del suo interesse. E', inoltre, uno strumento che consente di dar voce al minore, consentendo a quest'ultimo di esprimere i propri bisogni e la propria opinione e di "partecipare", in questo modo, alla sua tutela⁴, tant'è che da questo punto di vista si è anche osservato che l'audizione del minore nei procedimenti che lo riguardano, prima ancora che un obbligo per l'Autorità Giudiziaria, è un diritto del minore stesso. D'altra parte, una simile natura dell'audizione del minore, può ricavarsi anche dalla lettera del nuovo art. 155 sexies c.p.c. che pone una cesura tra la facoltà del giudice della separazione di assumere anche d'ufficio mezzi di prova per decidere sull'affido e l'obbligo del giudice di sentire il minore ultradodicesimo o comunque munito di capacità di discernimento.

Proprio in considerazione della finalità dell'audizione e del ruolo che il legislatore all'audizione ha inteso riservare, si esclude che il minore possa essere indicato quale

⁴ DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001

testimone dai genitori nei procedimenti di separazione e divorzio, in quanto l'interesse del minore, cui l'audizione è strumentale, coincide con il primario diritto ad avere un rapporto con entrambi i genitori ed è, pertanto, incompatibile con la finalità del mezzo di prova richiesto dal genitore, specie laddove questo sia teso a dimostrare i presupposti per un affidamento mono genitoriale (in tal senso, Trib. Modena, ord. 4 dicembre 2008).

La circostanza, poi, che l'audizione non abbia il valore di una testimonianza incide anche sulla forma di assunzione: poiché, infatti, l'ascolto del minore deve essere diretto a raccogliere le opinioni ed i bisogni del minore stesso in merito alla vicenda in cui è coinvolto, esso deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria volontà, 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 o espletarla con l'ausilio di esso (cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. I, 26 marzo 2010, n. 7282).

Posto che le dichiarazioni rese dal minore non hanno valore di testimonianza, ci si deve interrogare sulla rilevanza che esse hanno ai fini delle determinazioni giudiziarie: ai sensi, infatti della normativa sovranazionale prima richiamata, il giudice deve tenere debitamente in considerazione *l'opinione* espressa dal minore sentito nel procedimento che lo riguarda.

Ciò significa che l'opinione del minore deve entrare fra i fatti oggetto di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria ed essere riportata nella motivazione del provvedimento.

Quanto al peso da attribuire concretamente all'opinione espressa dal minore, devono valutarsi, evidentemente, l'età e la maturità evincibile dall'audizione nonché la natura dei diritti in discussione. Per esempio, quando si tratta di diritti personalissimi relativi all'affettività, alla salute, alle scelte politiche e religiose, alle inclinazioni speciali verso una scuola o professione, l'opinione del minore ultradodicesimo è quasi sempre determinante, anche se contrasta con la volontà dei genitori; ove, invece, l'opinione espressa dal minore riguardi l'affidamento su cui i genitori controvertono occorre sempre avere di mira il complesso dei principi che regolano la materia e, in particolare, la regola dell'affido condiviso, cui può derogarsi solo ove in concreto risulti pregiudizievole per l'interesse del minore, sicché, in mancanza di altri riscontri istruttori sull'inidoneità educativa o su diverse carenze del genitore, deve escludersi che la sola dichiarazione del minore ostile ad uno dei genitori e favorevole alla posizione dell'altro possa portare ad un affido esclusivo, essendo, appunto, lo stesso legislatore a presumere che risponda

all'interesse del minore un rapporto pieno ed effettivo con entrambi i genitori. Resta ferma, invece, la possibilità di trarre dalle dichiarazioni del minore elementi tali da far ritenere pregiudizievole, per il suo interesse, l'affido ad entrambi i genitori, al di là del mero desiderio da esso manifestato.

1.1. Profili problematici.

Qui si innestano, tuttavia, dei profili problematici: l'audizione del minore, infatti, non è una testimonianza (anche ai fini dell'applicazione della relativa disciplina) ma, al tempo stesso, è tendenzialmente obbligatoria per il giudice civile (salva la mancanza di discernimento del minore o il pregiudizio che a quest'ultimo potrebbe derivare dall'audizione). Cosa accade, quindi, se il minore, convocato dal Tribunale, non si presenta per essere sentito? Dal punto di vista strettamente procedurale, affinché sia rispettato l'obbligo che grava sul giudice civile, dovrebbe ritenersi sufficiente la disposizione dell'audizione, indipendentemente dall'effettivo svolgimento di essa; una conferma, in tal senso, viene anche dalla citata sentenza n. 22238/2009 delle Sezioni Unite della Cassazione – che ha sancito l'obbligo per il giudice di disporre l'audizione dei minori nel corso di tutti i procedimenti giudiziari che li coinvolgono – che nel cassare il provvedimento impugnato che non si era adeguato all'enunciato principio di diritto ha rimesso alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, perché si pronunciasse sulle domande delle parti “previa convocazione dei minori per la loro audizione” non quindi previo ascolto degli stessi (anche se c'è da dire che nella fattispecie all'esame della Suprema Corte c'erano obiettive difficoltà di ascolto dei minori che vivevano in Finlandia con la madre). Si occupa dell'eventualità il Protocollo del Tribunale di Roma sull'ascolto del minore (del 7 maggio 2007), il quale prevede, al punto 6, che "in caso di assenza ingiustificata del minore, verrà disposto un rinvio per l'audizione; il Giudice conferirà incarico al Servizio Sociale territorialmente competente, o a chi ritenuto opportuno, di accompagnarlo all'udienza o, in caso di rifiuto di questi, di relazionare sui motivi". La mancata comparizione può dipendere da una precisa volontà del minore (che ad esempio sia prossimo alla maggiore età e abbia una facoltà di discernimento tendenzialmente piena) ma può anche essere il frutto della condotta ostativa del genitore presso cui il minore è domiciliato: in tal caso può anche ipotizzarsi il ricorso, da parte dell'altro genitore alla procedura di cui all'art. 709 ter c.p.c. al fine di ottenere un provvedimento sanzionatorio nei confronti del coniuge. Un simile comportamento, infatti, considerata la finalità dell'audizione, può senz'altro considerarsi astrattamente pregiudizievole nell'interesse del minore, per cui l'altro genitore – o eventualmente anche il PM interveniente nella procedura - possono attivare il sub-procedimento di cui alla citata

norma al fine di ottenere una sanzione nei confronti del coniuge, con efficacia deterrente anche per quanto riguarda il dovere dei genitori di consentire l'audizione.

Se, invece, la mancata comparizione è frutto di una scelta del minore (che sia prossimo alla maggiore età) il discorso può essere differente, perché l'ascolto va inteso come attività processuale che deve andare a vantaggio del minore e della sua serenità, per cui il compimento "forzato" di tale attività, contro la volontà dell'interessato che, per la prossimità all'età adulta, abbia una capacità di discernimento tendenzialmente piena, può frustrare, anziché realizzare, la *ratio* della normativa interna e internazionale.

Giusi Ianni