



Udienza presidenziale ed ascolto del minore nella prassi del tribunale di Salerno

Apriamo questa nuova sezione "Osservatorio giustizia" analizzando minuziosamente come viene affrontata dal Tribunale di Salerno l'audizione del minore. Qui di seguito pubblichiamo, prima di tutto la Relazione presentata e distribuita all'Assemblea Nazionale degli Osservatori sulla Giustizia - che si è tenuta a Salerno l'1 e il 2 giugno 2008 - con il commento dell'avvocato Laura Landi, Coordinatrice del Gruppo famiglia dell'Osservatorio sulla Giustizia del Distretto di Salerno. Inoltre per un quadro più completo l'avvocato Landi ha chiesto al dottor Vito Colucci - Consigliere della prima sez. civile del Tribunale di Salerno - e al dottor Vincenzo Sparita - Giudice del Tribunale per i minori di Salerno - di poter pubblicare i loro interventi che si sono tenuti agli incontri di studio del gruppo famiglia dell'Osservatorio sulla Giustizia nel Distretto di Salerno.

Le udienze presidenziali sono tenute, su delega del presidente, dai sei giudici della prima sezione civile (in tutto, attualmente, operano quattro sezioni civili di cui una si occupa di fallimenti ed esecuzioni) ripartiti in due unità operative. La prima sezione si occupa, oltre che di famiglia, di contenzioso della pubblica amministrazione, societario e locazioni. Dopo l'udienza di comparizione coniugi, il presidente f.f. dovrebbe assegnare all'istruttore seguendo un criterio per numerazione: assegnando i numeri dispari alla prima unità operativa ed i numeri pari alla seconda. Ma il criterio non è rigido e qualche giudice non ci fa neanche caso quando assegna a se stesso il procedimento per la prosecuzione istruttoria.

L'aspetto positivo che si ravvisa nella prosecuzione delle procedimento con il giudice che ha tenuto l'u-

dienza di comparizione coniugi, come Presidente facente funzioni, sta nel fatto che da un lato conosce già la questione e dall'altro è un deterrente ai fini di richieste di modifiche fondate su meri tentativi. Non dimentichiamo, infatti, che innanzi a motivi "fondati" vi è il rimedio in appello ex articolo 708.

"Tempi d'attesa"

Che sia più semplice liberarsi del coniuge che dell'inquilino è ormai un dato che trova riscontro nell'aumento negli anni delle procedure di separazione su tutto il territorio nazionale. Salerno segue l'andamento nazionale che si legge nei seguenti numeri. Separazioni consensuali iscritte a ruolo nel 2001 risultano 410, con un picco nel 2006: 739 e 533 nel 2007; separazioni giudiziali iscritte a ruolo nel 2001 risultano 395, nel 2007 sono 432 mentre nel 2006 sono state poco in più: 450.

Di gran lunga inferiore è il numero dei divorzi congiunti: 126 nel 2001 e 206 nel 2007 (198 nel 2006); i divorzi giudiziali vanno da 183 nel 2001 a 217 nel 2007.

Le udienze presidenziali di separazione si tengono otto volte al mese (quelle di divorzio quattro) e nel giro di due anni sono passate da 15 a 25 i procedimenti trattati per udienza (tra separazioni consensuali e giudiziali).

I procedimenti non sono chiamati ad orario o a fasce orarie proprio per il numero elevato che non consente di organizzare questa incombenza.

Il termine entro cui dovrebbe essere tenuta l'udienza presidenziale, che l'articolo 706 comma 3 indica in novanta giorni, a Salerno è più che mai "canzonatorio" consistendo in 6-8 mesi per le separazioni consensuali 10-14 per le giudiziali; 5-6 per i divorzi.

Cause

Ai problemi locali determinati dalla carenza di organico ed una quantità di udienze insufficiente alle richieste, è da aggiungere che, ormai, l'udienza presidenziale molto spesso non si risolve in una singola seduta (per la necessità di fissare l'audizione del minore o avviare gli accertamenti a mezzo polizia giudiziaria) e questo comporta un ingrossamento del ruolo.

Rimedi

Interpellati gli stessi magistrati sul rimedio, questi prospettano una varietà di soluzioni che si possono così elencare:

- Una sezione specializzata che si occupi esclusivamente di contenzioso persone e famiglia. Gli stessi giudici, però, aggiungono che è un'utopia (in un Tribunale ove si tende a ridurre le sezioni per assegnare magistrati alla sez. distaccata di Eboli che per i numeri meriterebbe diventare tribunale autonomo);
- Una "specializzazione interna alla sezione, attribuendo la materia di famiglia esclusivamente ad una delle due unità operative (ma si determinerebbe uno squilibrio nel far ricadere solo su tre magistrati materie come societario, locazioni e pubblica amm.);
- Assegnare le deleghe a trattare le udienze presidenziali a tutti i magistrati delle sezioni civili (ma qui si obietta che la sensibilità necessaria alla materia si

matura anche e soprattutto con l'esperienza costante che si acquisisce con la continuità a trattare questa disciplina);

- L'utilizzazione anche del turno feriale per la trattazione delle udienze presidenziali (ma in proporzione sarebbe poco significativo).

Particolari della prassi salernitana riguardo all'udienza presidenziale

- Il Decreto di fissazione d'udienza non prevede l'ordine dell'esibizione della dichiarazione dei redditi ed altri documenti utili; non dispone la comparizione del minore, non chiama il procedimento ad orario fisso né per fascia oraria. In altre parole è molto scarno e non sente l'influenza delle recenti novelle.

- Il convenuto che compare senza patrocinio del difensore all'udienza presidenziale viene comunque ascoltato e gli si dà la possibilità di consensualizzare la separazione [nell'esercizio del potere ufficioso di assumere informazioni, ciò anche con il conforto della giurisprudenza che ammette l'interrogatorio libero del contumace - Cassazione 2818/82]

- Riguardo alla consensualizzazione del procedimento in fase istruttoria c'è diversità di prassi tra le due unità operative: la prima invita a rassegnare conclusioni conformi, la seconda unità operativa fa ritransitare la causa per l'udienza Presidenziale (di solito alla settimana successiva) perché ritiene che il consenso debba essere espresso innanzi al presidente o al giudice facente funzioni munito all'uopo di delega.

- Per l'intervento di terzi in giudizio, non si ritiene ammissibile l'intervento dei nonni (Vedi Giurisprudenza Trib. Sa del 29.04.081)

Ascolto del minore - (prassi)

Se Solo uno dei magistrati su sei, ascolta sempre il minore ultradodicesimo. Tutti gli altri ammettono di non ascoltare sempre i minori ultradodicesimi, men che meno gli infra dodicesimi, e di questi solo uno motiva quando non lo ascolta o riserva successivamente l'ascolto alla fase istruttoria come clausola di salvaguardia.

Uno dei magistrati utilizza l'ascolto come misura persuasiva all'individuazione di accordi. In alcuni casi, infatti, "minaccia" i genitori di ascoltare i minori per smussare le rigide posizioni di reciproche pretese sull'assegno di mantenimento che talvolta si concretizzano anche solo in un litigio su 50 euro in più o in meno.

Quando. I magistrati che non ascoltano il minore di regola, lo fanno solo su istanza di parte, e per la maggior parte richiedono una istanza comune, ritenendo non genuina e strumentalizzata la richiesta quando viene da una sola delle parti. Quasi tutti (solo uno è di avviso contrario, ritenendo ideale l'invito a comparire già nel decreto di fissazione di comparizione parti) ritengono preferibile che il minore non compaia direttamente alla prima udienza, fissando l'ascolto ad udienza successiva per appurare prima i termini della questione.



Procedimenti. L'ascolto è utilizzato esclusivamente in procedimenti giudiziali. Innanzi ad un regolamento di separazione consensuale particolarmente "impegnativo" per il minore, per esempio che prevede un affidamento alternato a tempi brevi come trascorrere uno o due giorni da un genitore ed alternativamente con l'altro, il magistrato preferisce discutere con le parti la disciplina al fine di far mutare i termini, ma non interpellare il minore.

Oggetto. Il minore è ascoltato solo quando si verte sull'affidamento. La quasi totalità dei magistrati non ascolta il minore quando c'è accordo sull'affidamento restando il contenzioso solo sul mantenimento dello stesso

Dove. È ascoltato nell'aula del tribunale con la cautela dell'orario fisso e "senza attesa". Alcuni, particolarmente sensibili al "trauma da aula di tribunale" per il minore, specialmente se infradodicesimo, auspicano un intervento del legislatore che preveda la costituzione di un ufficio (comprensivo di giudice e cancelliere) che possa recarsi in orari non di ufficio presso l'abitazione del minore.

Modalità. Tutti i magistrati ritengono preferibile non delegare l'ascolto (prassi spesso adottata dal Tribunale per i minori dove frequentemente si ricorre ai giudici onorari che abbiano particolari competenze in psicologia, neuropsichiatria infantile ecc.).

Sulla presenza dei difensori e/o parti all'audizione si riscontra un atteggiamento diverso a seconda della peculiarità del magistrato. Chi predilige il processualismo ascolta il minore alla presenza silenziosa e più mitigata possibile (in fondo all'aula) delle parti; chi (sono la maggioranza) sente di dover applicare maggiormente un "sapere sapienziale" e meno formale, ritiene di dovere ascoltare il minore da solo.

Cosa. Nessuno dei magistrati chiede previamente ai difensori gli argomenti da sottoporre al minore ma nessuno esclude la possibilità di farlo qualora i difensori rappresentino la necessità.

Le domande non sono specifiche. Si parte da temi generali per scendere via via al particolare. Mai domande dirette che comportino una assunzione di responsabilità del genere "Con chi vuoi stare". Hobby, sport, squadra per cui tifa. Descrizione della cameretta, dei fratelli e rapporti con questi per poi scendere a particolari come "Se hai un brutto voto a chi lo dici? Se hai una problema? Qual è il ricordo più bello che hai di mamma o di papà? A chi chiedi il permesso per uscire?"

Garanzie di difesa. Non viene chiesto né messo a verbale - qualora il minore sia ascoltato da solo - il previo consenso dei difensori a lasciare l'aula. L'ascolto viene effettuato alla presenza del cancelliere che verbalizza e del cui verbale i difensori potranno prendere visione. Il verbale viene sottoscritto dal minore.

IL PUNTO DI VISTA

DI LAURA LANDI AVVOCATO DEL FORO DI SALERNO

D all'esame dei dati raccolti emerge che l'ascolto del minore non viene applicato con rigidità ma con una discrezionalità che la norma non fa intendere. Varie possono essere le cause. Non è da escludere il condizionamento dell'impronta data dalla legge sul divorzio che introdusse nel nostro ordinamento - anche prima dell'antesignana Convenzione di New York che risale al 1989 - il principio dell'ascolto del minore. All'articolo 4 comma 8 legge 898/70 si legge «il presidente sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, nonché, qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età, i figli minori...».

Da un punto di vista processuale, due possono essere i motivi. Come facce della stessa medaglia. Incide il fatto che, senza dubbio, l'ascolto del minore non è un mezzo di prova e come tale, esulando dalla tipicità delle forme processuali previste, non porta "l'ansia da disapplicazione" tanto che la maggior parte dei magistra-

ti che non ascoltano il minore non si preoccupano di motivare, o riservare l'ascolto in seguito [pur essendo però espressamente previsto in sede presidenziale], come clausola di salvaguardia. Quando lo ascoltano senza la presenza dei difensori non si occupano di raccogliere l'assenso di costoro a lasciare l'aula. Il minore non è teste e non è parte (nei giudizi di separazione e divorzio), dunque alla luce di ciò si comprende il perché dell'approccio discrezionale e possibilista attualmente ancora diffuso verso l'utilizzo dell'ascolto.

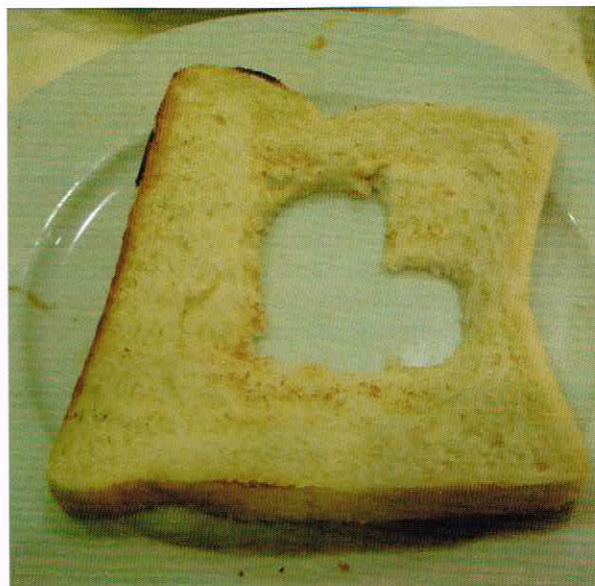
Proprio perché, come innanzi sottolineato, non è una figura processuale tipica, manca il conforto che nasce della pedissequa applicazione di legge che dà tranquillità all'operato del giudice.

Ancora non è da escludere una sorta di diffidenza. Si legge tra le righe quando il magistrato si rifiuta di ascoltare il minore "portato" (o anche detto "a sorpresa"). Infatti si ritiene che quando viene offerto l'ascolto "su un piatto d'argento" da uno dei genitori, questi l'abbia "preparato" per cui preferisce che vi sia una istanza congiunta all'ascolto, o quanto meno l'accordo di entrambi i genitori.

Comprensiva è la diffidenza, ma chi sta "dall'altro lato" sa anche che ci sono casi in cui l'altra parte non chiederà mai che venga ascoltato il minore temendo che possano emergere circostanze "spiacevoli". Allora non è sbagliato vincolare l'audizione del minore alla richiesta congiunta, quando chi ha interesse contrario si guarderà bene dal proporla? Qui, d'altronde, alla preoccupazione del giudice potrebbe sopperire la presenza di un tecnico che meglio saprebbe discernere tra il "detto vero" ed il "detto suggerito" del minore.

Da ultimo, ma non meno importante, di fronte alle problematiche che coinvolgono un minore che vive la crisi familiare, ci si sente inadeguati, indiscreti, quasi irriverenti: quella persona, suo malgrado, già sta subendo il disorientamento ed il dolore della rottura della diade genitoriale. C'è da segnalare, però, che se da un lato si riscontra spesso il senso di protezione dei genitori - che intendono tenere lontano dai tribunali i propri figli su cui fa leva il giudice che riesce a "consensualizzare" una separazione - dall'altro ci sono casi in cui i questi non hanno remore a mettere in difficoltà il proprio figlio di dodici anni intimato a testimoniare sulla relazione extraconiugale del padre e regolarmente ammesso dal giudice anche in presenza di altri tre testi maggiorenni (sic!).

Sul dovere dell'ascolto. Abbiamo guardato il bicchiere mezzo vuoto ora guardiamolo mezzo pieno e diciamo che ci sarà pure un motivo se le convenzioni internazionali richiedono l'ascolto. Articolo 12 Convenzione di New York (resa esecutiva con legge 176/91): «...si darà 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». La convenzione di Strasburgo (resa esecutiva in Italia con legge 77/03) consacra il minore come soggetto di diritti processuali, perché gli riconosce il diritto a



ricevere ogni informazione pertinente al processo in cui è coinvolto; essere consultato ed esprimere la propria opinione; essere informato delle eventuali conseguenze di ogni decisione. La pregnanza dell'ascolto, però, si intravede anche nel Regolamento 2201/2003 dove all'articolo 23 tra i motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale è prevista l'ipotesi che «salvo i casi di urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato...». D'altronde benché con uso "disarmonico" (per quanto riguarda l'individuazione dell'età minima) lo stesso codice civile già da tempo vi faceva ricorso. Si pensi all'articolo 145 cc, ove nell'ambito delle "misure di funzionamento" della famiglia è prevista l'audizione dei figli conviventi ultrasedicenni ed all'articolo 316 cc dove, nelle controversie sull'esercizio della potestà, è prevista l'audizione dei minori ultraquattordicenni.

Alle proclamazioni del diritto del minore ad essere sentito su circostanze che lo riguardano, si deve aggiungere una rigorosa lettura dell'articolo 155 cc. Il cuore della riforma introdotta dalla legge 54/06 si legge nella dichiarazione di principio che apre l'articolo 155 c.c.: «Anche in caso di separazione personale dei genitori, il figlio minore ha diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi...», detto "principio della bigenitorialità" che è e deve essere, la chiave di lettura di tutta la normativa sull'affidamento condiviso. Alla luce di ciò, in combinato con l'interesse del minore, parametro sempre immanente, si deve intendere l'ascolto del minore quale strumento per valutare come, quando ed in che termini, in attuazione dell'interesse del minore, il figlio dovrà avere rapporti continuativi con i rispettivi genitori.

Certo è che nel doveroso ascolto del minore si richiede al giudice un sapere sapienziale (espressione molto cara ad uno dei giudici che si occupa della materia presso il Tribunale di Salerno: dr Antonio Scarpa) più che giuridico, croce e delizia insita nel desiderio di avere le sezioni specializzate, composte da tutti operatori (magistrati e avvocati) di elevata sensibilità che sappiano contemperare l'interesse del minore con il rispetto del principio di legalità.

Per concludere, a parere di chi scrive, non lasciando discrezionalità la normativa, il minore va ascoltato, ma va ascoltato anche e soprattutto perchè il "minore" dei nostri tempi è un soggetto ben più consapevole rispetto al minore di quarant'anni fa e rivendica con forza i suoi diritti ed il suo spazio nella famiglia e nella società. È impensabile che non possa esprimere le sue opinioni, il suo vissuto ed il suo sentire nel procedimento finalizzato ad incidere nella sua quotidianità e nel suo assetto emotivo. È rimesso alla capacità e sensibilità del giudice, attraverso un ascolto empatico, comprendere e far comprendere, unitamente al fatto che quello che il minore dirà non vincolerà le sue decisioni, ciò anche al fine di sgravarlo dall'inevitabile peso di responsabilità.

L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e di divorzio

DI VITO COLUCCI, CONSIGLIERE DELLA PRIMA SEZ. CIVILE DEL TRIBUNALE DI SALERNO

Intervento tenutosi agli incontri di studio del gruppo famiglia dell'Osservatorio sulla Giustizia nel Distretto di Salerno - sulla legge 54/2006.

Si può assumere quale punto di partenza del discorso sull'ascolto del minore, nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, quanto statuito dalla legge 54/2006 all'articolo 155sexies c.c., il quale dispone quanto segue:

Articolo 155sexies. - (Poteri del giudice e ascolto del minore).

«Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

Ritengo che si possa procedere, per comodità di esposizione, all'esame della tematica dell'ascolto del minore in relazione a tre punti fondamentali:

- il "se" dell'audizione del minore
- il "quando" dell'audizione del minore
- il "come" dell'audizione del minore

Il "se" dell'audizione del minore

La norma prevede la obbligatorietà dell'audizione del minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

La difficoltà di stabilire quando il minore di età inferiore ai dodici anni sia "capace di discernimento" renderà, forse, problematica la individuazione dei casi in cui l'audizione di tale minore sia opportuna.

L'audizione, peraltro, non è un mezzo di prova: lo si desume chiaramente dalla netta distinzione fatta sul punto dall'articolo 155sexies c.c.; la norma, infatti, dice «... dispone, inoltre, l'audizione ...», dopo aver parlato dei mezzi di prova.

L'audizione, quindi, va utilizzata non come strumento di prova, ma come strumento per realizzare l'interesse del minore.

Sembra, pertanto, non opportuno procedere all'audizione quando questa è contraria all'interesse del minore.

Quando si può ritenere che l'audizione sia contraria



all'interesse del minore?

È preferibile, innanzi tutto, che i genitori concordino sulla opportunità dell'audizione.

Se fra i coniugi vi è disaccordo sarà, di regola, preferibile non procedere all'audizione o, almeno, occorrerà valutare se l'ascolto del minore possa essere effettuato senza che sul minore stesso possa incidere in maniera indebita l'influenza di uno dei genitori (valutazione da compiersi, ovviamente, caso per caso).

Se vi è accordo fra le parti, poi, è preferibile accertare se i genitori/coniugi siano realmente interessati alla audizione e se vi sia uno specifico interesse del minore, di cui garantire la tutela, in relazione ai provvedimenti da adottare, per evitare che il minore abbia un inutile contatto con l'ambiente giudiziario.

In definitiva va evitato, a mio avviso, sia che l'audizione del minore sia uno strumento brandito da un genitore nei confronti dell'altro, sia che l'audizione coincida inutilmente il minore nella vicenda giudiziaria

anche in casi in cui dalla audizione dei genitori e dagli atti processuali emerga una sostanziale inutilità dell'audizione del minore stesso.

Per compiere queste valutazioni è opportuno, ovviamente, che il giudice proceda innanzi tutto alla audizione dei genitori e compia una valutazione comparativa e integrata di quanto dichiarato dai genitori stessi.

Il "quando" dell'audizione del minore

L'articolo 155sexies c.c. dispone che l'audizione del minore può avvenire «Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, ... ».

Se ne desume che l'audizione del minore può, in definitiva, essere espletata in qualsiasi momento occorra emettere provvedimenti di cui all'articolo 155 c.c..

Questa audizione, peraltro, può essere non proficua nella fase presidenziale, qualora il clima di scontro fra i coniugi sia ancora talmente acceso da rendere altamente probabile che uno dei genitori (o entrambi) abbia (o abbiano) tentato di influenzare il minore.

Una audizione del minore nella fase presidenziale, però, presenta il vantaggio di evitare il consolidarsi di situazioni poi difficilmente rimuovibili in seguito.

Se vi è notevole conflittualità fra i coniugi, però, potrebbe essere opportuno differire l'audizione del minore a una fase successiva del procedimento, quando gli animi si potrebbero essere acquietati e adattati alla nuova realtà "familiare", successiva alla crisi del rapporto fra i coniugi.

Il "come" dell'audizione del minore

Mi pare opportuno che, di regola, il minore sia ascoltato dal solo giudice (salva la necessaria presenza dell'assistente, e salvo il problema dell'assenza dell'assistente in taluni tipi di udienze).

Non ritengo opportuna la presenza dei genitori, che potrebbe condizionare il minore.

Neppure mi sembra opportuna la presenza dei difensori, dato che, se il minore è in condizioni da poter essere ascoltato, di norma è anche in grado di rendersi conto del fatto che i difensori potranno senz'altro riferire tutto (atteggiamenti, tenore delle risposte) ai rispettivi assistiti.

Per quel che concerne l'ipotesi di procedere ad audizioni con specchi o meccanismi simili che consentano di vedere l'audizione senza essere visti, ritengo che tale forma di audizione non sia opportuna: o, infatti, si avverte previamente il minore, e in tal caso l'utilità dei predetti strumenti è in pratica vanificata; o nulla si dice al minore, e in tal caso si tradisce la fiducia del minore stesso, e se, poi, il minore viene a scoprirlo, perché magari gli viene detto da un genitore (magari non soddisfatto dei provvedimenti giudiziari) per ripicca nei confronti dell'altro genitore, il minore stesso almeno perderà ogni fiducia nell'operato del giudice e presumibilmente non si potrà più procedere a utili audizioni nei suoi confronti.

L'audizione, peraltro, va verbalizzata, ma ritengo sufficiente e opportuna una sommaria verbalizzazione.

L'importante è che resti adeguata traccia di quanto dichiarato dal minore. Eventuali atteggiamenti particolari del minore nel rispondere potranno essere verbalizzati, ma solo se appaiono veramente significativi e, magari, univocamente interpretabili.

Ritengo, quindi, non opportuno l'uso di apparecchi di videoregistrazione o simili, in quanto la quantità del materiale utilizzabile potrebbe, in definitiva, accrescere la possibilità di strumentalizzazioni e di interpretazioni contrastanti. Per quel che riguarda l'uso di tali strumenti, reso noto o non reso noto al minore, richiamo quanto più sopra detto in relazione all'uso di specchi o meccanismi simili.

Mi sembra, poi, opportuno, in generale, evitare di "drammatizzare" eccessivamente l'audizione del minore, anche per garantirne, nei limiti del possibile, la genuinità.

Occorre, poi, interrogarsi, sulla utilità dell'intervento di esperti. Al momento è, forse, presto per capire se e quando tale intervento sia utile; l'esperienza pratica che mano a mano andrà maturando potrà sicuramente fornire delle indicazioni interessanti.

Un giudice che abbia sufficiente esperienza della materia familiare e che abbia una adeguata sensibilità potrà, comunque, probabilmente a fare a meno di esperti nel corso dell'audizione del minore. Se, invece, il giudice non dovesse sentirsi pronto per procedere da solo alla audizione del minore potrà valutare la opportunità di farsi assistere da esperti, salvo il problema di individuare la corretta forma processuale in cui incanalare l'operato degli esperti, e salvo il problema delle eventuali contestazioni che potrebbero provenire dalle parti in ordine a possibili condizionamenti dell'esperto nei confronti del minore.

Il perché dell'audizione del minore. Conclusioni

Ai tre punti suddetti io ne aggiungerei un quarto: il perché dell'audizione del minore.

Il minore va ascoltato, a mio avviso, perché possa contribuire a rendere provvedimenti che incidono sul suo futuro.

Questo comporta che il minore deve apparire sufficientemente maturo e sufficientemente indipendente dai genitori e da terzi in generale (nonni, altri parenti) per poter contribuire a determinare il suo futuro.

La valutazione sul punto andrà rimessa al giudice il quale dovrà analizzare la concreta situazione sottoposta al suo esame.

In definitiva io ritengo che si possa concludere in questi termini: l'audizione del minore va espletata il più possibile, ma, nel dubbio, ritengo che sia preferibile non fare un'audizione piuttosto che farla male o farla comunque in condizioni in cui il frutto dell'audizione possa essere strumentalizzato da uno o da entrambi i genitori.

L'esperienza pratica ci dirà, poi, quanta fortuna l'istituto avrà nella nostra realtà giudiziaria.

Audizione del minore presso il tribunale per i minorenni

DI VINCENZO SPARITA, GIUDICE DEL TRIBUNALE PER I MINORI DI SALERNO

Stralcio dell'intervento al gruppo di studio dell'Osservatorio sulla giustizia di Salerno

La legge sull'affidamento condiviso contiene, secondo me, un elemento di novità essenziale, una vera e propria rivoluzione copernicana del nostro sistema giuridico. Tale elemento è rappresentato dall'ascolto del minore; questa legge ha finalmente compreso che il giudice deve avere un approccio di tipo assembleare rispetto alla gestione della crisi, che non è crisi della coppia, ma crisi dell'intero nucleo familiare. Ciò significa che finalmente si è compreso che è un dovere specifico del giudice ascoltare tutte le voci di parti che sono portatrici di litigio o di interessi nell'ambito del procedimento separativo. Il giudice deve praticamente sentire i genitori e "ascoltare" il minore.

La differenza terminologica ha una valenza ben precisa: un illustre autore ha detto che sentire è una ricezione passiva dell'intelletto, ascoltare invece, viene dal verbo latino *coles* che significa coltivare e dall'etimo europeo *aus* o *as*, quindi ascoltare significa coltivare con la mente, con l'intelletto ciò che passa, che viene filtrato attraverso le orecchie.

Il giudice deve porre attenzione a ciò che dice il minore in quanto parte del processo. Se è così perché porre delle delimitazioni nell'ascolto del minore?

Nella dottrina e in buona parte della giurisprudenza è un dato acclarato (anche nel Protocollo dell'Osservatorio di Milano), quello secondo cui, nel momento in cui interviene un accordo (in corso di separazione consensuale) tra i genitori su un progetto educativo futuro del minore, automaticamente non c'è la necessità da parte del giudice di sentire il minore; più specificatamente in questi casi si dice che è opportuno che il giudice non senta il minore. Così facendo, secondo me, si confonde la patologia con la psicologia. L'interpretazione, che tende ad escludere in questa ipotesi l'audizione del minore, subisce il pregiudizio o la difficoltà che hanno i giudici nell'ascoltare il minore. È naturale che il giudice debba prestare una particolare attenzione, che debba usare cautela, che debba avere preparazione adeguata, semmai facendosi coadiuvare da esperti in psicologia, ma da qui a dire che in alcuni casi il giudice può prescindere, mi sembra un dato non soltanto non acclarato, ma soprattutto non rispondente con il dettato normativo.

In qualità di giudice per i minori posso confermare che molte volte ci sono accordi tra genitori che apparentemente sembrano rispettare appieno il diritto alla bigenitorialità, però il minore potrebbe avere necessità e desiderio di esprimere la sua in merito a questo accordo, infatti c'è una parte che rimane sommersa.

Poiché da un punto di vista dottrinale si ritiene che l'accordo raggiunto sia espressione dell'autonomia familiare, si tutela più l'autonomia del genitore che quella del minore. Quanto detto si collega ad un'altra riflessione: se questa premessa è veritiera ne discende che il legislatore del 2006 ha posto in essere una disparità di trattamento tra i figli legittimi e i figli naturali perché mentre per i figli legittimi comunque c'è sempre l'intervento del giudice, anche laddove vi è un accordo, una separazione consensuale. Intervento del giudice che se non altro almeno va a verificare se l'accordo raggiunto corrisponde o meno all'interesse del minore. Invece nell'ambito della famiglia di fatto tutto questo non accade perché in questo caso viene chiamato a decidere il Tribunale per i minorenni soltanto se vi è contrasto tra i genitori. Oppure può accadere che pur in presenza di un accordo, uno dei due genitori decide autonomamente di rivolgersi al Tribunale per sapere cosa ne pensa di quel dato accordo e se risulta corrispondente all'interesse del minore. Dunque per le questioni che riguardano le famiglie di fatto, quando c'è un accordo raggiunto in piena autonomia tra i due genitori, si possono verificare casi in cui nessuno effettua un controllo sul tipo di accordo. Ritengo che laddove si parla di vincoli, tutela, di rapporti di convivenza, si deve prestare particolare attenzione ai diritti dei figli che nascono da rapporti di convivenza.

La giurisprudenza italiana sembra aver recepito in parte questi messaggi. La Cassazione (in un provvedimento del 2007) ha affermato che il giudice può evitare di ascoltare il minore solo quando l'audizione pregiudica i suoi interessi motivando chiaramente tale sua scelta. Si tratta di un'esclusione che è condizionata soltanto dalla salvaguardia dell'interesse che è sotteso all'ascolto. Questo in via sistematica come interpretazione di principi che vengono dalla Convenzione Internazionale.

Un altro problema da affrontare riguarda la valenza processuale, ossia la rilevanza dell'ascolto. Sicuramente da un lato esso non è un mezzo di prova nel senso che il giudice non può corroborare come riscontro intero quanto affermato da una delle due parti utilizzando esclusivamente la dichiarazione del minore. La valenza processuale dell'ascolto dipende, a mio giudizio, dalla peculiarità della posizione del minore nell'ambito del procedimento di separazione. Il minore è una parte, in quanto comunque è portatore di interessi propri all'interno del processo, però è una parte che non si costituisce. Nel fare una riflessione più approfondita dobbiamo tener conto delle Convenzioni Internazionali ed in particolare della Convenzione di New York che prevedeva un diritto più ampio riguardo ai minori, cioè un diritto di partecipare nell'ambito dei processi in cui entravano in gioco i loro interessi. La Convenzione di Strasburgo, successivamente, ha un po' limitato tutto questo sancendo soltanto il diritto all'ascolto.

L'interesse del minore è preminente rispetto a quello delle altre parti ed il giudice deve farsi carico di tutelarlo anche tenendone conto nelle motivazioni dei

suoi provvedimenti. Ciò significa che dopo aver ascoltato il minore il giudice può disattendere le sue aspettative solo motivando adeguatamente. Questo è quanto affermano i principi delle Convenzioni Internazionali.

Altro aspetto particolare riguarda la natura delle caratteristiche dell'ascolto: in questi casi tali aspetti sono imprescindibilmente connessi con le finalità del tipo di attività processuale che si pone in essere. Quando si parla di ascolto del minore occorre fare delle distinzioni, innanzitutto bisogna chiedersi in relazione al tipo di procedimento quale è la finalità dell'ascolto perché da ciò derivano delle considerazioni. Potremmo distinguere tra l'ascolto in materia civile e quello in materia penale.

Nel caso civile si è detto, in maniera molto generica, che ascoltare un minore significa conoscere qualcosa della sua psiche, cioè andare ad approfondire le sue inclinazioni rispetto ad un determinato fenomeno o fatto di natura spesso relazionale, ossia un rapporto tra il minore ed altri soggetti. Nel caso penale invece l'ascolto del minore ha una finalità diversa perché il giudice tende a conoscere un fatto storico, infatti l'ascolto del minore è sempre e comunque una testimonianza rispetto ad un fatto. La prima conseguenza che balza agli occhi è che nell'ascolto in materia civile la reiterazione dell'ascolto è utile, ossia l'approfondimento consente di conoscere meglio le dinamiche relazionali, che sono poi lo scopo, spesso e volentieri, dell'ascolto del minore. Nel sistema penale è il contrario, l'ascolto reiterato è un fenomeno che in via concettuale è deleterio perché ciò che il penale tende a fare è un giudizio di attendibilità, allora l'ideale è un ascolto del minore fatto in maniera esaustiva, una sola volta e bene. Questo è un po' lo scopo a cui tende il legislatore nel 1996, con la riforma, ossia la possibilità di procedere, o meglio l'obbligatorietà di procedere all'ascolto con incidente probatorio per evitare la reiterazione. Spesso l'ascolto viene fatto per la prima volta dall'assistente sociale o nella scuola da chi riceve la prima denuncia del minore, poi viene ritirato dalla polizia giudiziaria da parte del Pubblico Ministero che ha delegato l'audizione del minore. Questo resta di fianco all'attendibilità del minore perché laddove il minore deve riferire su di un fatto storico, sorge il problema di valutare l'attendibilità estrinseca ed intrinseca del minore, soprattutto quando è persona offesa visto che alla giurisprudenza è chiaro che anche la deposizione della sola persona offesa può essere sufficiente quando ha determinate caratteristiche. Va però detto che praticamente non c'è una differenza qualitativa tra una persona offesa maggiorenne o una minore una volta che c'è la capacità di discernimento di raccontare i fatti, però sicuramente queste dichiarazioni devono essere corroborate non solo da attività intrinseche (querele, discorsi, assenza di contraddizioni) ma anche da riscontri di carattere esterno.

Per quanto riguarda la tematica dell'ascolto in sede civile dobbiamo distinguere tra l'ascolto del minore

su un fatto che non fa parte della sua intimità e un fatto comunque esteriore rispetto alla sua psiche, cioè rispetto all'affidamento, all'adozione, al maltrattamento o all'abuso. Quando un giudice deve sentire il minore, sa che il minore dovrà parlare di relazioni con altri soggetti o riportare la sua opinione, il suo mondo interiore rispetto a qualcosa di diverso dal suo intimo.

Nell'ambito invece dei giudizi di separazione la faccenda si complica enormemente perché la parola mamma e papà sono parole evocative di una nostra intimità profondissima. Ad esempio se ognuno di noi dovesse esprimere un giudizio davanti ad un magistrato e dovesse dire che cosa pensa del rapporto che ha avuto con i suoi genitori e che cosa pensa sui rapporti tra mamma e papà, noi che siamo delle persone adulte, che hanno raggiunto una certa autonomia concettuale, una certa esperienza di vita, avremo una grossa difficoltà ad esprimere davanti ad un organo terzo quello che è il nostro modo di pensare rispetto a questi fenomeni relazionali. È lì che si coglie la delicatezza dell'ascolto nell'ambito delle procedure di separazione o di divorzio e si evidenzia la necessità, soprattutto nella fase iniziale nella quale il giudice non ha ancora approfondito le tematiche della psicologia relazionale, dell'intervento di esperti in modo tale da consentire al giudice di avere un filtro nel modo di porre domande al minore; allo stesso tempo il giudice si può dedicare con maggiore attenzione alla verbalizzazione del risultato dell'audizione, ma soprattutto l'esperto, nel momento in cui stende la sua relazione può indicare il cosiddetto "non detto".

Ascoltare il minore non significa soltanto riportare in forma riassuntiva, con terminologia non propria del minore, quello che egli ha detto. È fondamentale anche descrivere l'atteggiamento e il comportamento del minore, lo sguardo, la sudorazione delle mani, il tremore quando gli vengono formulate altre domande: queste sono delle conoscenze che il giudice normalmente non ha.

Un altro rischio connesso all'audizione del minore è il "conflitto di lealtà". Accade che il minore è portato ad essere psicologicamente iperprotettivo nei confronti del genitore con cui convive in quel momento, che è visto quasi sempre come la vittima della crisi di coppia; quindi per paura di disilludere, di fare del male al genitore con cui convive, è portato spesso ad esprimere delle opinioni che non sono proprie. Questo è un fenomeno molto diffuso, infatti, secondo me, è opportuno che il minore non venga mai ascoltato a sorpresa: il minore viene ascoltato dal giudice quando questi lo ritiene opportuno e non quando lo decide la madre. Inoltre quando si ascolta un minore, questo è ciò che si apprende dalla giurisprudenza penale, le domande devono essere generali, bisogna far sentire il minore a proprio agio in modo tale che il racconto sia libero, solo in caso contrario si parte da domande dirette.

Un grosso rischio che si corre nell'ascoltare il minore, rischio che io reputo gravissimo, si riferisce a quei bambini che si responsabilizzano prima del tempo,

diventando adulti precocemente, caricandosi di pesi che non sono di loro spettanza; ad esempio nei casi di violenza sulle donne madri i bambini imparano a mediare e quindi hanno una posizione difficile anche giudizialmente. L'utilizzo successivo di una consulenza è quindi fondamentale.

Altra variabile importante da considerare è il tipo di linguaggio che si utilizza durante l'ascolto del minore, difficoltà enorme per noi magistrati, perché esso deve variare non solo in base all'età ma anche al tipo di minore che abbiamo di fronte. Effettivamente entrare in empatia con un adolescente, salvo nei casi in cui si ha un'esperienza diretta, è molto difficile. "Io ho la sensazione che il mondo corre troppo velocemente e che quindi tra me (quarantenne) e un ragazzo (14-16 anni) non ci sono tre generazioni di differenza ma probabilmente dieci! La mia è una grossa difficoltà, infatti spesso e volentieri ricorro ai giudici onorari; credo che è nella sensibilità di ogni magistrato comprendere i propri limiti; tante volte l'adolescente assume nei confronti del giudice un atteggiamento di sfida e il giudice può mal interpretare tale atteggiamento.

L'adolescente molto spesso vive rapporti di conflittualità con il genitore più responsabile, può sembrare assurdo ma è un fenomeno che si verifica spesso; tante volte è proprio il genitore che pone delle regole, che ha più attenzioni per il figlio, quello che viene penalizzato: ciò ha delle conseguenze importanti perché disattendere quella che è la volontà di un adolescente è estremamente difficile se non addirittura pericoloso. Il giudice quindi prima di prendere una decisione deve cercare di approfondire quello che è il rapporto, l'unione tra l'adolescente e i suoi genitori. Occorre fare un lavoro sulla psicologia, capire se un dato atteggiamento del minore verso uno dei due genitori è di facciata o è veritiero e che tipo di radici ha questo atteggiamento di contrarietà nei confronti di uno dei due genitori.

Ulteriore problema riguarda l'età: dai 12 anni in su l'ascolto è obbligatorio, mentre al di sotto dei 12 anni diventa obbligatorio quando il minore ha la capacità di discernimento (questo è deciso dall'avvocato che si serve dell'opinione di uno psicologo o psichiatra). In relazione a questo problema mi sono preso la briga di vedere cosa significa giuridicamente capacità di discernimento. Ebbene nel nostro ordinamento il codice penale prevedeva che la capacità di essere responsabile delle proprie azioni dipendeva dalla sua capacità di discernimento, che all'epoca non veniva definita dal legislatore. Il giudice è tenuto ad approfondire la questione nel senso che, anche quando ritiene che il bambino abbia capacità di discernimento deve motivare tale cosa e, poiché è un diritto del minore di essere ascoltato, tutte le volte che il giudice non riesce ad appurare le capacità cognitive del minore è opportuno che si preoccupi di allegare agli atti una relazione di un esperto che possa corroborare la tesi di capacità o incapacità del minore.