

## **“Il valore delle dichiarazioni del minore nei processi di separazione e divorzio”**

**Relazione Avvocato Elena Zazzeri**

**Presidente Camera Minorile Giampaolo Meucci**

Incontro del 29 marzo 2011

L'innovazione maggiormente evidente della Legge 54/2006 è quella di aver richiamato l'opinione pubblica al rispetto di un'eguaglianza sostanziale tra i genitori, e ciò anche in quel contesto “incerto” nel quale la conflittualità e le tensioni agiscono come spinte divergenti, pregiudicando la posizione dei minori che ne sono coinvolti. Il messaggio sotteso alla ormai non più nuova normativa è che soltanto il rispetto di una totale *par condicio* nei confronti del figlio possa salvaguardare il diritto del minore di mantenere, nel caso di separazione tra i genitori, il miglior rapporto possibile con ciascuno di essi. Il legislatore, dunque, ha voluto richiamare entrambi i genitori al loro compito di continuare ad essere, malgrado la fine della loro convivenza, “genitori insieme” (Anna Oliverio Ferraris, “dai figli non si divorzia”).

La concezione implicita della legge offre, tuttavia, una “visione ottimistica” della separazione, presuppone genitori in grado di prendere decisioni razionali, soprattutto nei casi in cui la ferita della separazione è ancora aperta e il grado di conflittualità è ancora alto. In concreto, invece, le storie di vita con le quali tutti noi ci confrontiamo ogni giorno, evidenziano che, purtroppo, sussistono troppo spesso situazioni di estrema conflittualità che possono sfociare in vere e proprie sindromi (la Sindrome della madre malevola - anomalia del comportamento che comprende: la manipolazione psicologica dei figli utilizzati come arma contro il padre; la vessazione del partner attraverso accuse gravi e infondate, come quelle di presunte violenze a carattere sessuale; la disponibilità ad andare contro la legge o sfruttarne ogni piega pur di danneggiare il proprio ex - la Sindrome di alienazione genitoriale o PAS) o che, comunque, si impongono in maniera tale da rendere ingestibile un affidamento condiviso pur auspicato per legge.

In questi casi, forse, si dovrebbe verificare in concreto se la presunzione fatta propria dalla legge 54 del 2006 (di maggiore corrispondenza tra la natura condivisa dell'affido e l'interesse del minore) sia o meno confermata nel caso concreto e prendere, con coraggiosa motivazione, le decisioni del caso. Ma non voglio e non posso indugiare oltre su un tema che, attuale e critico, non costituisce oggetto dell'odierna riunione.

### **1. L'ASCOLTO DEL MINORE – Fonti internazionali e comunitarie**

2.

Fino ad un recente passato nei giudizi che investono l'interesse superiore del minore non era affatto garantita la sua presenza nel processo né in qualità di parte né nelle forme dell'audizione giudiziale. La struttura soggettiva del processo ha avuto solo di rado come parametro di riferimento il minore titolare, ed ha invece guardato troppo spesso ai titolari della potestà genitoriale. In tal modo l'interesse del minore ha ricevuto una tutela soltanto riflessa.

Non vi è dubbio che l'evoluzione avutasi sul terreno del diritto sostanziale e l'apporto significativo delle scienze psicologiche hanno determinato il lento superamento di una concezione che vedeva il minore come mero destinatario passivo di un provvedimento o come oggetto indiretto dello stesso e non come un portatore di interessi propri da tutelare, in quanto tale, anche in fase processuale.

Sul tema dell'ascolto del minore sono intervenuti importanti atti sovranazionali in particolare, il richiamo va alle Convenzioni di **New York e di Strasburgo**.

La Convenzione **di New York**, del 20 dicembre 1989, resa esecutiva in Italia il 27 maggio 1991, legge 171, all'art. **12** prevede il diritto del fanciullo capace di discernimento di esprimere la propria opinione liberamente su ogni questione che lo riguarda. Il minore, dunque, deve essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda sia direttamente sia attraverso un rappresentante o un organo adeguato compatibilmente con le regole di procedura nazionali.

Il diritto del minore all'ascolto è ribadito nella Carta Europea dei diritti fondamentali (la cd Carta di Nizza) all'art. 24 e, soprattutto, è con la ratifica della Convenzione di Strasburgo che l'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta obbligatoria. La Convenzione di **Strasburgo del 25/01/1996**, sull'esercizio dei diritti del minore, ratificata nel nostro ordinamento il 20 marzo 2003 n.17 prevede che, raggiunta una certa età, il fanciullo matura un discernimento sufficiente a vantare diritti sulle procedure che lo riguardano e, precisamente, a ricevere ogni informazione pertinente, essere consultato, esprimere la propria opinione, essere informato delle eventuali conseguenze delle decisioni che vengono prese. Queste norme convenzionali, dunque, non si limitano a prevedere una mera opportunità istruttoria, ma sanciscono un vero e proprio diritto del minore ad essere ascoltato, un diritto processuale il cui concreto esercizio è reso possibile da ulteriori regole strumentali.

La Convenzione europea, infatti, afferma che al minore (*“purché considerato dalla legge nazionale come avente un sufficiente discernimento”*) debbono essere riconosciuti una serie di diritti: in particolare, il diritto a ricevere tutte le informazioni, ad essere consultato e ad esprimere la propria opinione nel corso della procedura, nonché il diritto di essere informato sulle possibili conseguenze delle aspirazioni da lui manifestate e delle sue decisioni (art. 3); di

chiedere la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano ogniqualvolta sussista un conflitto d'interessi con i suoi genitori (art. 4); di chiedere di essere assistito da una persona idonea di sua scelta, al fine di essere aiutato ad esprimere la propria opinione (art. 5); di chiedere, personalmente o per mezzo di altre persone od organismi, la nomina di diverso rappresentante e, nei casi appropriati, di un avvocato (art. 5); di nominare il proprio rappresentante (art. 5); di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative che sono proprie delle parti in simili procedimenti.

Ovviamente anche la Convenzione specifica che l'autorità giudiziaria non deve soltanto ascoltare il minore ma anche tenere in debito conto le opinioni da lui espresse. Le regole appena enunciate trovano conferma nel nuovo Regolamento in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale n. 2201/2003 che stabilisce che le decisioni che incidono sulla potestà o sull'affidamento, pronunciate da un Tribunale straniero, non sono riconosciute in Italia se il minore non ha avuto la possibilità di essere ascoltato (art. 23 lett.b).

#### **1. (segue) la normativa nazionale**

2.

In base a tale norma sovranazionale, si è, pertanto, affermata e consolidata una prassi che impone l'audizione del minore ultradodicesimo o minore di anni 12 se capace di discernimento, nella maggior parte dei procedimenti che lo riguardano. In diversi settori, tale prassi è stata, poi, in parte, codificata.

Il panorama legislativo attuale, con riferimento ai procedimenti civili, è il seguente:

**ADOZIONE:** la legge 149 del 2001, modificando la legge n. 184/1983:

- art. 4 terminato il periodo di affido consensuale, il Giudice Tutelare deve sentire il minore che ha compiuto gli anni 12, o di età inferiore se capace di discernimento, qualora ritenga di dover chiedere al Tribunale per i Minorenni, l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore (prima l'ascolto era previsto solo nella fase iniziale dell'affido consensuale);
- art. 7 comma 2, il minore che abbia compiuto i 14 anni non può essere adottato se non presta il proprio consenso. Se l'adottando ha compiuto gli anni 12 deve essere personalmente sentito; se di età inferiore deve essere sentito se capace di discernimento. L'ascolto, dunque, appare non essere più rimesso alla discrezionalità del Giudice.
- Art. 10 comma 5 ribadisce la necessità che il minore sia sentito quando il Tribunale confermi, modifichi o revochi provvedimenti urgenti assunti ai sensi del comma 4;

- Art. 22 comma 6 prevede che il minore di anni 14 debba prestare il proprio consenso all'affidamento preadottivo e che, se di età pari a 12 debba essere sentito al riguardo. Analoghe modifiche sono state introdotte in relazione alla revoca dell'affido preadottivo ed alla dichiarazione di adottabilità

#### **CONTRASTO FAMILIARE:**

- art. 145 c.c. prevede l'intervento del Giudice cui i coniugi possono rivolgersi senza formalità in caso di disaccordo su talune questioni. Il Giudice, che assume la funzione di salvaguardare l'unità familiare, tenta una soluzione concordata sentite le opinioni dei coniugi e, per quanto opportuno, quelle dei figli conviventi che abbiano compiuto il 16° anno di età;
- analogamente è previsto dall'art. 316 per la famiglia di fatto;

#### **GIUDICE TUTELARE**

- 348 c.c. prevede che il Giudice Tutelare, prima di procedere alla nomina del tutore, deve sentire il minore che abbia compiuto anni 16 (limite considerato da molti troppo alto ed anacronistico);
- 371 c.c. prevede che il Giudice Tutelare debba sentire il minore che abbia compiuto anni 10 quando debba decidere sul luogo dove il minore deve essere allevato e sul suo avviamento agli studi o all'esercizio di una arte, mestiere o professione

#### **STATUS**

- art. 250 c.c. il riconoscimento del figlio che ha compiuto gli anni 16 non produce effetto senza il suo consenso. In caso di opposizione al riconoscimento, il Tribunale per i Minorenni decide con sentenza su ricorso del genitore che vuole effettuare il riconoscimento, sentito il minore in contraddittorio con il genitore che si oppone e con l'intervento del PM;
- art. 284 c.c. che disciplina l'azione di legittimazione prevede che sia manifestato il consenso del figlio legittimando se abbia compiuto anni 16. La legittimazione può essere chiesta anche in presenza di figli legittimi o legittimati che, se di età superiore ai 16 anni devono essere ascoltati.

#### **CRISI DELLA FAMIGLIA:**

- DIVORZIO: la prima norma di diritto interno che riconosce il diritto del minore ad essere ascoltato, è introdotta dall'art. 4 comma 8 della legge 898/1970, il quale

prevede che, fallita la conciliazione, il “Presidente, sentiti i coniugi e i rispettivi difensori nonché, **qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età, i figli minori**, dà, anche d’ufficio, con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell’interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudice istruttore e fissa l’udienza di comparizione e trattazione dinanzi a questo. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentito il ricorrente e il suo difensore”.

- SEPARAZIONE: risolvendo una lacuna obiettivamente ingiustificata per i giudizi di separazione, la nuova formulazione del l'art. 155-sexies ha previsto che, prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti temporanei, il giudice dispone **l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento**. Si è voluto così recepire un principio, quello dell'audizione del minore in tutti i procedimenti giudiziari che lo riguardino, allineando il giudizio di separazione a quello di divorzio. Analoga disposizione non è dettata con riferimento ai procedimenti per l'affidamento dei figli naturali in seguito alla cessazione della convivenza tra i genitori. La lacuna legislativa, tuttavia, deve essere colmata in via interpretativa estendendo la disciplina di cui al capo V libro I, del c.c. anche alla famiglia di fatto ove compatibile. Ne deriva che, anche durante il procedimento ex art. 317 bis c.c., qualora ne ricorrano i presupposti, il minore ha diritto ad essere ascoltato dal Tribunale per i Minorenni prima dell'adozione dei provvedimenti relativi al suo affidamento.

#### 1. ART. 155 – sexies PROBLEMI INTERPRETATIVI: L’OBBLIGATORIETÀ

2.

In primis, si discute sull’obbligatorietà o meno all’audizione del minore dal momento che l’art.155 sexies c.c. prevede che il giudice “*dispone l’audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento*”.

La risposta, come è intuibile, non è univoca: il pomo della discordia è dato dall’interpretare la parola il giudice “**dispone**”.

I sostenitori dell’obbligatorietà dell’ascolto interpretano il “**dispone**” come un **obbligo** a carico del Giudice di ascoltare il minore dal momento che, a loro dire, il tenore letterario della norma non ammette incertezze. L’interpretazione, meramente letterale, prova troppo, tralascia quanto previsto in tema di ascolto nella procedura di divorzio e, soprattutto, non considera il pregiudizio che potrebbe derivare al minore dalle “procedure di ascolto” che, per quanto effettuate con modalità protettive, possono in concreto rilevarsi un trauma inutile.

La tesi più accreditata, nella giurisdizione di merito, a mio giudizio condivisibile, sostiene invece che a carico del giudice non c’è un **dovere ma un potere** di disporre l’ascolto in caso di conflitto tra i genitori, dal quale nasce un interesse del minore contrastante

o diverso dai genitori. Ovviamente “potere” non significa “arbitrio”, con la conseguenza che il Giudice dovrà esplicitare in motivazione le ragioni che lo hanno portato ad omettere l’ascolto.

**È inutile dire dell’importanza dell’una e dell’altra tesi dal momento che, qualora si ritiene sussistere un obbligo a carico del giudice e l’ascolto non è stato effettuato, la conseguenza è nefasta essendo il processo inficiato di nullità.**

L’opinione maggioritaria appena ricordata è stata confermata da una recente sentenza a Sezioni Unite la n. 22238 del 21 ottobre 2009.

Il caso in questione era quello di una coppia sposata, lei finlandese e lui di Rieti, genitori di due figli che avevano sempre vissuto in Italia. Con la separazione sono iniziate le discussioni tra i genitori sull’affidamento e sul diritto di visita, la madre si era inizialmente rivolta al Tribunale di Rieti (ma questo aveva dichiarato la sua incompetenza a decidere) ed, infine, si era trasferita all’estero con i bambini, contro la volontà del marito. La Corte d’appello di Roma aveva successivamente dichiarato la giurisdizione del giudice italiano per sottrazione e trattenimento illecito all’estero dei figli e contro questa decisione la madre aveva fatto ricorso alla Corte di Cassazione, sollevando essenzialmente due motivi. Il primo concernente la giurisdizione che, secondo la madre, apparteneva ai giudici finlandesi. Il secondo riguardava, l’omesso ascolto dei figli da parte del giudice chiamato a decidere sull’affidamento. Infatti, secondo la donna, i bambini non avevano alcun rapporto con il padre (i figli avevano manifestato chiaramente di voler vivere con la madre e avevano sofferto di disturbi psichici alla ripresa dei rapporti con lui) e la Finlandia, pur non essendo mai stata il luogo di residenza abituale dei ragazzi di dieci e dodici anni era però sempre stata luogo di vacanza e non un paese sconosciuto.

La Cassazione stabilisce che appartiene al giudice italiano la competenza a decidere sulla revisione e la modifica dell’affidamento dei figli minori facendo applicazione del criterio della prevalente localizzazione della vita familiare nonostante il trasferimento all’estero dei minori nei mesi precedenti l’inizio del procedimento.

**La Suprema Corte, inoltre, ha affermato che, nel caso di specie, doveva ritenersi obbligatoria l’audizione del minore da parte del giudice designato a decidere sull’affidamento del minore. In caso di conflitto, l’ascolto del minore, se non arreca danno al minore e non risulta in contrasto con i suoi interessi fondamentali, è da considerarsi obbligatorio. Nel caso in cui il giudice ometta l’audizione del minore, ritenendo che quest’ultimo non abbia le sufficienti capacità di discernimento, dovrà spiegare in modo adeguato tale scelta.**

La Cassazione sostiene anche che non si può ignorare l’opinione del minore nel caso in cui si debba decidere a quale genitore dovrà essere affidato, in quanto il minore è parte sostanziale del procedimento e portatore di interessi contrapposti o diversi da quelli dei

genitori.

*Invero i minori che, ad avviso di questa Corte non possono considerarsi parti del procedimento (in tal senso sembra, sia pure con aperture, Cass. 10 ottobre 2003 n. 15145), sono stati esattamente ritenuti 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).*

Si asserisce, quindi, che, in presenza di determinati presupposti, il mancato ascolto dei minori costituisce una violazione dei due principi cardine dell'ordinamento italiano, precisamente il principio del contraddittorio e quello del giusto processo, in quanto emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che rendono necessario l'ascolto degli stessi: *“costituisce violazione del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori quando dal procedimento **emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori** interessi che avrebbero reso necessaria la loro audizione”.*

Pertanto la Suprema Corte deducendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, dell'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e dell'art. 155 *sexies c.c.*, ha ritenuto necessaria, nel caso concreto, l'audizione del minore nel procedimento di modifica delle condizioni di separazione concernente l'affidamento ed ha rinviato la causa alla Corte di appello di Roma in diversa composizione, affinché si pronunciasse previa convocazione dei minori per la loro audizione.

La sentenza de qua chiarisce molti dubbi e risponde al primo interrogativo che ci siamo posti circa l'obbligatorietà dell'ascolto e le conseguenze del mancato ascolto:

- l'ascolto del minore **qualora sorgono interessi contrapposti o diversi dai genitori** va sempre effettuato, **pena la nullità degli atti**, in quanto il mancato ascolto determina violazione dell'art. 6 della convenzione di Strasburgo e dell'art. 155 *sexies c.c.* dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento si deve disporre salvo che tale ascolto o audizione possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali ovvero arrecargli danno, come risulta dalla norma sovranazionale e dalla giurisprudenza della Corte ( Cass. n. 16753 del 2007);

- che, **l'omesso ascolto va sempre motivato** da parte del giudice così come va motivata l'eventuale assenza di discernimento del minore che possa giustificare l'omesso ascolto.

*In conclusione, il quesito conclusivo del quinto motivo di ricorso puo' avere risposta positiva, in rapporto alla dedotta violazione dell'articolo 6 della Convenzione di Strasburgo, ratificata dalla legge n. 77 del 2003 e dell'articolo 155 sexies c.c., introdotto dalla Legge 8 febbraio 2006, n. 54, dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificarne l'omesso ascolto, con conseguente fondatezza anche del sesto motivo d'impugnazione nei limiti ora indicati e necessita' di cassare l'intero decreto in rapporto alla dedotta omissione dei giudici di merito.*

## **1. CHI DEVE PROCEDERE ALL'ASCOLTO**

In presenza di un conflitto genitoriale che coinvolga un minore, il Giudice, dunque, accertata l'inesistenza di elementi ostativi all'ascolto, deve procedere all'ascolto del minore. Qualora rinvenga motivi tali da giustificare l'omissione deve darne contezza nel provvedimento, venendosi ad integrare, in caso contrario, un difetto di motivazione ricorribile in Cassazione.

Risolti questi primi nodi, la questione è l'individuazione dei criteri, se ve ne sono, da applicarsi per decidere, nel caso concreto, chi deve procedere all'ascolto del minore.

Sul punto c'è chi sostiene che l'audizione deve essere fatta dal Giudice personalmente che non può delegarla, salva la sua facoltà di farsi coadiuvare da esperti in psicologia dell'età evolutiva.

Altri sostengono, al converso, che, mentre nel Tribunale per i Minorenni l'ascolto del minore dovrebbe essere di regola effettuato dal Giudice Onorario, nel Tribunale Ordinario, ove tale figura manca, il Giudice possa, se non addirittura debba, delegare il compito ad esperti. Analogamente dovrebbe fare il Giudice Tutelare.

L'ascolto, infatti, può essere diretto o indiretto. Secondo l'art. 12 della Convenzione del 1989, che prevede entrambe queste forme, l'ascolto diretto è quello svolto dal titolare della procedura, mentre quello indiretto avviene o tramite un rappresentante del minore o tramite un organo appropriato. E' evidente che nel caso di procedimenti di separazione tra coniugi o controversie sull'affidamento di figli naturali, l'audizione del rappresentante del minore non sopperisce a quella del minore stesso per cui l'alternativa è tra ascolto diretto da parte del giudice (togato o onorario) e ascolto ad opera di un ausiliario terzo.

L'ascolto diretto offre al Giudice la possibilità di "sentire" direttamente il disagio, e raccogliere tutto il vissuto del minore senza alcun filtro, senza dover passare per l'interpretazione che altri offrono dei racconti del minore. In questo modo la decisione non verrà assunta su un minore "raccontato" ma su un minore "visto", da un giudice che potrà

essere percepito dal bambino come “il suo giudice”.

Se questo è vero, è altrettanto vero che non tutti i Giudice hanno reale dimestichezza con “l’ascolto”. La turnazione tra gli uffici, l’assenza di una reale “pre-specializzazione”, lasciano, talvolta, alla sensibilità ed alla responsabilità del singolo Giudice la propria “autoformazione” che, seppur approfondita non potrà mai essere, per definizione, di natura psicologica. Ecco, allora, che, specialmente con riguardo alle ipotesi caratterizzate da elevata conflittualità genitoriale, la figura “dell’ausiliario esperto” appare insostituibile. La migliore soluzione appare, allora, essere quella della “convergenza dei saperi” e prevedere che l’ascolto del minore sia diretto dal Giudice con la presenza di un ausiliario esperto.

**L’intervento di un ausiliario, tuttavia, non deve essere tale da trasformare l’ascolto del minore in una CTU. Si tratta di due strumenti di diversa valenza, oltre che rispondenti a diverse esigenze e disciplinati in maniera diversa che non devono essere sovrapposti.**

In presenza di un dettato normativo che attribuisce al Giudice la facoltà di servirsi (ma anche di non servirsi) di un ausiliario per attività “che non è in grado di compiere da solo”, molti Tribunali, tra i quali anche quello di Firenze, hanno siglato importanti protocolli di intesa, che illustrerò a chiusura del mio intervento.

## **5. VALORE DELLE DICHIARAZIONI DEL MINORE**

Le dichiarazioni rese dal minore in sede di ascolto (diretto o indiretto) eventualmente disposto in un procedimento di separazione, che valenza hanno ai fini probatori? E qual’è lo strumento processuale tipico, se ce n’è uno, attraverso il quale queste dichiarazioni confluiscono nel procedimento di separazione?

A questi interrogativi, la legge 54 del 2006 non offre alcuna risposta.

Procedendo con gradi occorre una precisazione che può apparire soltanto terminologica ma che tale non è.

Nei procedimenti civili che abbiamo citato, il minore deve essere “ascoltato”, il che è cosa assai diversa sia dall’esame dell’imputato minorenni, sia dall’audizione testimoniale diretta che si hanno, invece, il primo nel procedimento penale per reati ascritti ad un minore, la seconda, in procedimenti per reati commessi a danno di minori.

In questi due casi, dunque, il minore ha un ruolo ben definito all’interno del processo assumendo la qualifica di parte imputata o di persona offesa. L’esame dell’imputato minorenni sarà regolamentato, allora, dalle norme del c.p.p. sull’esame dell’imputato, mentre l’audizione della persona offesa avrà la valenza di prova testimoniale. Nessun dubbio,

dunque, sulla valenza istruttoria dell'assunzione delle dichiarazioni del minore parte processuale e sulla piena applicabilità di tutte le garanzie del contraddittorio, ivi compresa la verbalizzazione completa delle dichiarazioni.

Ciò non toglie, tuttavia, che la distinzione tra ascolto ed esame dell'imputato non è così netta neanche nei procedimenti penali a carico di imputati minorenni o per reati commessi a danno di minorenni. Almeno in linea teorica, infatti, l'esame di un minorenne imputato ed il relativo verbale dovrebbero contenere due parti: racconto del fatto ed esame della personalità, con la conseguenza che, mentre in relazione al primo prevale l'aspetto dell'esaminare, in relazione al secondo dovrebbe prevalere l'aspetto dell'ascoltare.

**Nei procedimenti civili, invece, la legge utilizza due diversi termini: sentire ed ascoltare, ma non menziona mai il verbo testimoniare.**

Il verbo sentire implica la raccolta di informazioni attraverso domande specifiche dall'oggetto determinato. Il sentire individua senza dubbio una attività di tipo istruttorio con tutte le implicazioni in termini di partecipazione delle parti, contraddittorio, verbalizzazione, utilizzabilità e quant'altro.

Il verbo ascoltare mette invece in risalto la posizione del minore nei procedimenti che lo riguardano, nei quali è chiamato ad esprimere liberamente la propria opinione, a raccontare con estrema fluidità la propria vita, le proprie esperienze.

In entrambi i casi, comunque, sia il sentire che l'ascoltare si caratterizzano in maniera diversa dall'assunzione della testimonianza. Il minore, nei procedimenti civili che lo riguardano, non assume la qualifica di testimone e le sue dichiarazioni non sono in alcun modo assimilabili a quelle rilasciate dal testimone. L'ascolto del minore, dunque, non è una testimonianza.

“L'ascolto – scrive Pazè – è prestare orecchie e attenzione a ciò che il minore vuole esprimere; la testimonianza è il racconto indotto su fatti che interessano al Giudice per decidere”.

Posta la differenza tra ascolto e testimonianza, e l'impossibilità di ricondurre e ridurre l'ascolto ad altri mezzi di prova tipici, ci si chiede, allora se l'ascolto possa o meno essere considerato un mezzo di prova atipico e quali debbano essere le garanzie, processuali, per il suo espletamento.

L'opinione maggioritaria ritiene che l'ascolto non possa essere considerato un mezzo di prova in quanto non è finalizzato ad acquisire elementi istruttori in senso stretto (prospettiva confermata dalla citata sentenza delle SS.UU.) rilevanti ai fini del giudizio.

Se questa premessa è sostanzialmente condivisibile, non altrettanto lo sono le conseguenze processuali che da essa, taluno, fa discendere. Non appare, infatti, condivisibile l'opinione di quanti ritengono non violato il principio del contraddittorio tutte le volte in cui le dichiarazioni del minore vengano raccolte dal giudice, o da un suo ausiliario, senza la presenza delle parti e con verbalizzazione, il più delle volte, sommaria.

Al tempo stesso, però, non appare possibile, neanche, acconsentire a che il minore venga ascoltato alla presenza di tutti i soggetti processuali (avvocati, genitori) che, inevitabilmente, potrebbero essere portati a trasformare l'ascolto in un esame o che, comunque, con la loro sola presenza potrebbero (e mi riferisco ai genitori) influenzare il minore o comunque porlo sotto pressione.

L'assenza di qualsiasi indicazione normativa al riguardo, non deve, dunque essere interpretata come volontà del legislatore di non regolamentare una attività così importante e lasciarla al potere officioso del Giudice, ma come una vera e propria lacuna che deve scuotere, come ha scosso, le coscienze di tutti gli operatori coinvolti i quali hanno d'intesa sperimentato protocolli volti, proprio, a sopperire alle mancanze del testo legislativo ed ad individuare un equilibrio tra le esigenze del processo e l'importanza del racconto come atto il più possibile libero.

Prima, però di concludere esaminando i Protocolli d'intesa, vorrei soffermarmi su un ultimo aspetto. Chiedersi quale è il "Valore" delle dichiarazioni del minore, non significa, soltanto, collocare il racconto che il minore fa di sé all'interno del processo, ma anche porsi un interrogativo: **il minore deve essere ascoltato soltanto nelle ipotesi di crisi conflittuale del nucleo familiare, ma quanto questa conflittualità incide sul valore delle sue dichiarazioni?** A parte i giochi di parole, credo che questo costituisca un punto fondamentale di riflessione, una sorta di punto interrogativo mai del tutto cancellabile che ci ricorda che questo diritto e la stessa psicologia sono "modi di interpretazione". Non esistono assunti ma solo probabilità più probabili di altre.

Per questa ragione occorre che chiunque provveda all'ascolto del minore abbia padronanza delle "tecniche di ascolto" che non si esauriscono nel solo divieto di porre domande suggestive, questione peraltro affascinante e tutt'altro che semplice, ma che attengono, altresì, alla codificazione del linguaggio verbale e corporeo e presuppongono una corretta considerazione delle dinamiche familiari nelle quali si inserisce il minore con il suo vissuto, ed una valutazione del fattore "tempo".

L'intreccio imprevedibile di detti fattori impedisce di esprimersi in termini generali sul valore delle dichiarazioni rilasciate in concreto dal minore, ma ciò non esonera gli operatori dalla necessità di fissare regole comuni a garanzia della genuina acquisizione di dette

dichiarazioni.

Innanzitutto il minore non deve essere assolutamente sentito da soggetti diversi da quelli legittimati. Il divieto deve essere assoluto e sanzionato non soltanto in termini deontologici ma, anche, in termini di inutilizzabilità delle dichiarazioni successivamente rilasciate dal minore. Il minore, infatti, può essere facilmente suggestionabile e, se da un lato non è sempre possibile impedire ai genitori in conflitto di influenzarlo, anche inconsciamente, dobbiamo, se non altro, assicurare che nessun soggetto "processuale" diverso dal Giudice (e dal proprio ausiliario) proceda ad una audizione. Il riferimento è, ovviamente, in primo luogo, ai legali dei genitori, ma anche, penso al procedimento penale, alla Polizia Giudiziaria ed allo stesso Pubblico Ministero (anche qualora si servano di uno psicologo).

Questo "divieto" si ricollega, allora, alla necessità che il minore venga ascoltato in maniera "compiuta" una volta sola, a prescindere dal numero e dal tipo di procedimenti nei quali risulta coinvolto. Mi spiego. Poniamo il caso di una contemporanea presenza di tre diversi procedimenti: indagini preliminari (abuso su minore); procedimento di potestà innanzi al Tm (aperto d'ufficio) e separazione conflittuale tra i genitori, ebbene in questo caso, tutt'altro che infrequente, la sinergia tra le istituzioni deve essere tale da garantire che il minore venga ascoltato una sola volta. Ciò vuol dire, per esempio, che se occorre assumere la testimonianza del minore in incidente probatorio (per il procedimento penale), l'ascolto dovrà essere composito: una prima parte incentrata sul "fatto" (costituita, per forza di cose, da domande più specifiche) ed una seconda riguardante le relazioni familiari. Ovviamente dovrà procedersi alla video registrazione ed alla successiva trascrizione. Ciò consentirà al Giudice della separazione di acquisire (una volta intervenuta la chiusura delle indagini preliminari) il verbale e la video registrazione dell'ascolto del minore, senza dover sottoporlo ad un ulteriore colloquio, e, stesso discorso varrà per il Tribunale per i Minorenni. L'eventuale, successivo, contraddittorio avverrà, allora, sulla base della documentazione.

E' ovvio che questa perfetta sincronizzazione non è sempre possibile, ma dovrebbe essere qualcosa di più di una semplice "aspirazione" del sistema ed è per questo che, per esempio, la firma di protocolli d'intesa per favorire il diffondersi (ed il rispetto) di prassi comuni, non è soltanto una "bella" iniziativa, ma una "doverosa" presa di coscienza.

Assicurare al minore "un solo ingresso in Tribunale", significa, anche, verificarne "l'attendibilità" contestualmente allo svolgimento dell'esame – ascolto. Appare, allora, contraria a tutte queste valutazioni, la prassi, in uso specialmente in sede di audizione del minore testimone-vittima, di far precedere il vero e proprio ascolto, da un esame dell'attendibilità. Ritengo, e su questo vorrei aprire un confronto, che, essendo l'ascolto diretto dal Giudice ma effettuato, il più delle volte, con l'ausilio di un consulente esperto, (se non addirittura nell'ambito di una CTU), lo stesso consulente sia in grado di valutare la

“attendibilità” non in termini generici, ma in relazione a “quelle” dichiarazioni. Bisogna infatti considerare che il concetto di attendibilità è un concetto relativo, nel senso che un minore può esserlo in relazione a determinati fatti, che magari lo hanno particolarmente “colpito”, e non altri.

Vi racconto, al riguardo, il caso in cui una minore, di anni 7, ad un certo punto, ha raccontato alla madre di “attenzioni” da parte del padre. Ebbene, all'esito di una prima CTU sull'attendibilità della minore, il CTU concluse circa la non attendibilità della minore. Ovviamente essendo un abuso intrafamiliare, non vi erano ulteriori testimoni. Soltanto la tenacia del PM ha consentito di ribaltare le sorti del procedimento e, all'esito di una visita ginecologica, è risultato che l'imene della minore era lesionato. Il padre è stato condannato in primo grado.

Con questo non si vuole soltanto sottolineare l'ovvietà che, a volte, anche i CTU possono sbagliare, perché, come già detto, il loro è un lavoro di osservazione-interpretazione (di qui la necessità che i Giudici non si appiattiscano sulle conclusioni del CTU e, tanto meno, consentitemi di aggiungerlo, su quelle del Servizio Sociale), ma si vuole soltanto ribadire che l'ascolto del minore è e deve essere un atto complesso non preceduto, a mia opinione, dall'esame sulla sola attendibilità. Altra cosa è, a mio giudizio, “la capacità di discernimento” del minore, per valutare la quale, tuttavia, non è necessaria una “perizia” o una CTU perché la capacità del minore di esprimere la propria idea

Il minore non può essere sottoposto “all'esame incrociato”, con la conseguenza che i legali delle parti non possono formulare domande direttamente al minore e che, sarebbe opportuno, che l'ascolto avvenisse senza che il minore possa interagire, neanche fisicamente, con i genitori o con i legali di questi.

Il minore deve poi essere ascoltato in luoghi opportuni. Di qui la necessità di evitare che il minore faccia il suo ingresso nelle aule “ordinarie” del Tribunale, dovendo prevedere locali appositi.

Queste semplici regole, che, ripeto, dovrebbero essere comuni e condivise, non consegnano una “verità”, ma, certamente contribuiscono a mantenere intatto il valore delle dichiarazioni del minore che sarà, poi, confrontato con tutte le altre risultanze processuali, andando così a formare il libero convincimento del Giudice.

Infine, permettetemi di introdurre un altro “soggetto” molto presente nei procedimenti di cui ci occupiamo, ma talvolta “restio” ad un confronto con le altre professioni (magari anche un po' a causa nostra): il Servizio Sociale. Posto che un assistente sociale non può e non deve procedere all'ascolto di un minore ( e su questo perdonate la mia condanna alla prassi invalsa al Tribunale di Messina per cui il Presidente del Tribunale in sede di

separazione, nei provvedimenti provvisori ed urgenti conferisce talvolta mandato al SS di ascoltare il minore), le informazioni che lo stesso offre possono essere preziose per porre il Giudice nella condizione di capire la situazione del minore prima di procedere al suo ascolto.

Per questa ragione, specie nelle ipotesi di grande conflittualità tra i coniugi, oltre che una indagine sulla famiglia (vissuti riferiti dai genitori, condizioni culturali, economiche ecc.) la relazione del Servizio dovrebbe sempre essere estesa agli altri ambiti di interazione del minore (scuola, sport, nonni, eventuali nuovi compagni stabili di entrambi i genitori) e contenere una parte “descrittiva”, una parte “valutativa” di percezione diretta ed una fase “propositiva”.

Con questo voglio solo richiamare l'attenzione sul fatto che l'ascolto del minore deve essere “preparato” da tutti i soggetti coinvolti perché più è completo ed esaustivo, più è probabile che non debba essere mai più ripetuto. Comunque, sul tema dei rapporti tra SS, avvocati e magistrati e sull'indagine familiare stiamo preparando un seminario nella speranza di poter addivenire alla firma di protocolli di intesa (23 maggio stesso posto)

#### **1. I PROTOCOLLI – la risposta di Firenze**

2.

Come promesso concludo illustrando le soluzioni che Firenze ha proposto in merito all'ascolto della persona minorene nei giudizi di separazione. Tale documento, è allegato al protocollo per i procedimenti di separazione, divorzio, modifiche delle condizioni, di cui, allo stato, è stata firmata una prima “stesura”. Il testo di questa prima stesura del protocollo d'intesa con i relativi allegati, lo troverete, dopo la sua definitiva approvazione, sul sito della camera minorile di Firenze all'indirizzo [www.cameraminorilefirenze.it](http://www.cameraminorilefirenze.it)

#### **Punti essenziali del protocollo:**

- Il bambino e in genere la persona minore di età **dovranno essere ascoltati (obbligatoriamente)** dal giudice solo nei procedimenti civili contenziosi (separazioni, divorzi e relative modifiche procedimenti ex art. 317 bis c.c. per i figli naturali) e non nei giudizi di separazione consensuali e divorzi congiunti, loro modifiche su domanda congiunta e nei giudizi su domanda congiunta ex art. 317 bis c.c.
- Nei giudizi non contenziosi appena ricordati si procederà all'ascolto solo laddove particolari circostanze del caso lo facciano ritenere opportuno.
- **Nei giudizi contenziosi la non audizione del bambino che ha compiuto dodici anni dovrà essere adeguatamente motivata dal giudice, con specifico riferimento al caso concreto e non con mera clausola di stile**
- Qualora debba essere disposta dal giudice l'audizione di un bambino di età inferiore ai

dodici anni il giudice potrà nominare **un ausiliario ex art. 68 c.p.c.** per valutare preventivamente la “capacità di discernimento” (ma su questo sarebbe opportuno discutere) del bambino stesso, come pure per farsi assistere durante l’ascolto sia dell’infradodicesimo che dell’ultradodicesimo

#### TEMPI DELL’ASCOLTO

- Il momento dell’ascolto dovrà essere individuato dal giudice tenendo prioritariamente conto delle esigenze della persona minorenni.
- Pertanto l’udienza dovrà essere fissata in orari in cui possano essere garantiti: riservatezza non solo dell’udienza ma anche dell’ingresso del minorenni in tribunale o in altri luoghi a ciò deputati, puntualità di trattazione, disponibilità di tempo perché il minorenni possa essere messo a suo agio e l’udienza possa articolarsi nelle tre fasi di seguito descritte.
- **L’udienza dedicata all’ascolto della persona minorenni sarà fissata tenendo conto dei suoi impegni scolastici e comunque possibilmente nelle ore pomeridiane.**

#### LUOGO DELL’ASCOLTO

- **Presso la nuova sede del Tribunale sarà allestita una stanza per l’ascolto della persona minore di età**, possibilmente in spazio defilato rispetto alle altre attività della sede giudiziaria, arredato secondo criteri che lo distinguano dall’aula del tribunale ma tali, invece, da favorire la comunicazione e l’interazione del bambino/giovane col giudice. Possibilmente tale stanza sarà attrezzata con specchio unidirezionale.
- **Tale stanza dovrà essere munita di apparato di audio-videoregistrazione per consentire la ripresa audio -visiva dell’incontro e del colloquio del giudice con la persona minorenni.**
- Finché il Tribunale non sia attrezzato nei termini auspicati il giudice potrà avvalersi di altre strutture esterne al tribunale, pubbliche o private.
- Il sistema di audio - videoregistrazione non esonera il giudice dalla verbalizzazione.
- ATTIVITA’ PREPARATORIE ALL’ASCOLTO
- Prima dell’ascolto del minore, in udienza fissata in data precedente, le parti e i difensori proporranno al giudice i temi che desiderano vengano trattati durante il colloquio del magistrato con la persona minorenni ed il giudice indicherà a parti e difensori quali saranno i temi sui quali vorrà intrattenersi col minorenni, **rappresentando alle parti la gravità del comportamento, e le sue possibili conseguenze, qualora tentassero di condizionare in qualsiasi modo la manifestazione del pensiero del figlio minorenni** dando contestualmente le più opportune indicazioni sulla modalità, costruttive ed indispensabili, di preparazione dello stesso all’incontro col giudice ed anche, eventualmente, circa le modalità di accompagnamento del minorenni in tribunale o in altro luogo indicato per l’incontro.

- Il bambino/giovane dovrà essere, dai propri genitori, informato in precedenza dell'incontro e delle condizioni del suo svolgimento (altro punto da considerare).
- **E' fatto divieto ai difensori di intrattenersi con la persona minorenni prima che venga ascoltata dal giudice ed é dovere degli stessi difensori raccomandare al proprio assistito di non condizionare la volontà ed il pensiero del figlio che si appresta ad essere ascoltato dal giudice.**
- **E' fatto altresì divieto ai difensori di incontrare il figli minori dei propri assistiti durante tutta la durata del procedimento.**

#### MODALITA' DELL'ASCOLTO, VERBALIZZAZIONE ED ARTICOLAZIONE DELL'UDIENZA IN TRE FASI

- L'ascolto della persona minorenni si svolgerà alla presenza del giudice titolare della procedura, **esclusa qualsiasi sua sostituzione**, assistito eventualmente dall'ausiliare all'uopo nominato ex art. 68 c.p.c.. Giudice ed eventuale ausiliario dovranno avere compiuta conoscenza dei fatti di causa e del contesto familiare nel quale vive la persona minorenni.
- Salvo casi eccezionali, anche in considerazione dell'età della persona minorenni e degli specifici obiettivi ai quali tende l'audizione, la fase centrale dell'ascolto della persona minorenni si svolgerà senza la presenza delle parti, al fine di non condizionare la manifestazione del pensiero e delle emozioni del bambino/giovane.
- I difensori parteciperanno all'ascolto della persona minorenni da dietro lo specchio unidirezionale. Se non sia disponibile la stanza attrezzata con specchio unidirezionale i difensori presenti nella stanza con la persona minorenni dovranno comunque mantenere un comportamento rispettoso della situazione di particolare delicatezza di quest'ultima e non rivolgerle domande dirette.
- Ciascuna parte avrà diritto di ricevere una copia del CD contenente la audio videoregistrazione.
- Per la redazione del resoconto dell'ascolto del bambino/giovane il giudice si atterrà a quanto indicato nel proseguito.
- In caso di ascolto di più fratelli e sorelle il giudice valuterà di volta in volta, secondo le circostanze ed eventuali problematiche indicate dalle parti, se procedere ad ascolto congiunto o separato.

#### SVOLGIMENTO DELL'UDIENZA RELATIVA ALL'ASCOLTO (PRIMA FASE)

- Nella prima fase dell'udienza dedicata all'ascolto della persona minorenni il giudice (insieme all'ausiliario, se sia stato nominato) accoglierà il bambino/giovane di questi e gli illustrerà il motivo della sua convocazione. Con linguaggio adatto all'età e con comunicazione empatica il giudice illustrerà al bambino/giovane lo scopo e i limiti del suo ascolto sottolineando il fatto che, nonostante le sue opinioni saranno tenute nel debito conto, il tribunale potrà decidere anche in modo diverso dai desideri che egli

potrà manifestare assumendosi il tribunale ogni responsabilità di tale decisione.

- Il giudice spiegherà al bambino/giovane che il colloquio tra loro avverrà senza la presenza dei genitori ma che poi i genitori saranno informati dei desideri e dei pensieri del figlio perché ciò possa essere utile a trovare una soluzione ai problemi per i quali la famiglia si trova riunita di fronte al giudice.

#### SVOLGIMENTO DELL'UDIENZA RELATIVA ALL'ASCOLTO (SECONDA FASE)

- Nella seconda fase dell'udienza, dedicata al vero e proprio ascolto della persona minorenni, il giudice lascerà che il bambino/giovane esprima liberamente quanto desidera prima di proporre le domande che indirizzino il colloquio sui temi concordati precedentemente con le parti e con i difensori.
- Il giudice darà al bambino/giovane ogni informazione pertinente, favorirà da parte sua l'espressione genuina della sua opinione e lo informerà delle eventuali conseguenze pratiche dell'accoglimento della sua opinione come di ogni altra decisione.
- Durante il colloquio vero e proprio del giudice con la persona minorenni il primo avrà cura di rivolgere al secondo domande aperte, conducendo il colloquio in un clima di empatia e di ascolto attento alle esigenze della persona minorenni, tenendo sempre conto dello scopo dell'ascolto.
- Se il bambino/giovane manifesta un rifiuto al colloquio con il giudice questi può decidere di rinviare l'udienza, per un nuovo tentativo di ascolto, o prendere atto della posizione del minorenni e adottare i provvedimenti che reputa più opportuni.
- Il giudice spiegherà al bambino/giovane che dovranno scrivere insieme quanto si sono detti, per poterlo far leggere ai genitori.
- Verrà quindi composto un resoconto dell'ascolto della persona minorenni, redatto a quattro mani dal giudice e dal bambino/giovane, da leggere e/ raccontare ai genitori durante la terza fase dell'udienza.
- Nella redazione di tale resoconto verrà utilizzato, per quanto possibile, il linguaggio del bambino/giovane e le sue stesse espressioni rinunciando il giudice ad utilizzare il consueto linguaggio tecnico considerato che non può e non deve attribuirsi a tale scritto, che potrà essere allegato al verbale dell'udienza come "ASCOLTO DI ..... (nome del bambino/giovane), il valore e l'efficacia del processo verbale.

#### SVOLGIMENTO DELL'UDIENZA RELATIVA ALL'ASCOLTO (TERZA FASE)

- Nella terza fase, allontanato il bambino/giovane, verranno invitati a partecipare all'udienza parti e avvocati al fine dell'informazione sull'esito dell'ascolto della persona minorenni.
- Questa terza fase è altrettanto importante di quella precedente perché potrebbe rappresentare l'occasione per i genitori di comprendere i bisogni del figlio concentrandosi sulle sue necessità, emerse durante il colloquio con il giudice, piuttosto che sulle rispettive posizioni e per rimettere in moto le energie positive della

famiglia.

- Durante questa fase il giudice riferirà ai genitori il contenuto del colloquio con il loro figlio, leggendo quanto scritto insieme allo stesso, darà spazio alle osservazioni di ciascun genitore e esprimerà le proprie.
- Qualora il giudice ritenga opportuno analizzare più approfonditamente il contenuto del colloquio che ha appena avuto con la persona minorenni potrà convocare le parti per altra udienza.
- Durante tutto lo svolgimento dell'udienza il comportamento dei difensori dovrà conformarsi al particolare scopo dell'udienza stessa e perseguire l'obiettivo che si realizzi in un clima di distensione e di reciproco rispetto tra le parti.

#### ASCOLTO DIRETTO E ASCOLTO INDIRETTO

- Ascolto diretto da parte del giudice e ascolto indiretto, delegato dal giudice ad altri, non sono equivalenti e deve essere preferito l'ascolto diretto, salvo che ragioni particolari consiglino l'altra modalità di ascolto. Nell'ascolto diretto il giudice potrà farsi assistere da un ausiliario esperto psicologo e/o neuropsichiatria infantile.

#### ACCESSO DIRETTO DELLA PERSONA MINORENNE AL GIUDICE

- Qualora il giovane minorenni acceda direttamente al giudice in Tribunale senza che uno o entrambi i genitori ne siano preventivamente informati il giudice ne darà immediata comunicazione ai difensori delle parti e fisserà un'udienza per valutare, nel contraddittorio delle parti, se disporre o meno l' audizione della persona minorenni con le modalità indicate nell'allegato A del presente Protocollo.
- Il giudice si comporterà in modo analogo nel caso in cui riceva direttamente dal giovane minorenni lettere o altro tipo di comunicazione.

Avv. Elena Zazzeri