

**L'ASCOLTO
DEI MINORENNI
IN AMBITO
GIUDIZIARIO**

L'ASCOLTO DEI MINORENNI IN AMBITO GIUDIZIARIO

L'UNICEF Italia ospita nella Collana Approfondimenti gli esiti di un percorso di formazione organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Il diritto all'ascolto dei minorenni è sancito dall'articolo 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia; il Comitato ONU sui diritti dell'infanzia ne ha fornito l'interpretazione puntuale nei Commenti generali n. 10 dedicato alla giustizia minorile e in quello n.12 dedicato al diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato.

Per quanto riguarda l'Italia, nelle ultime Osservazioni conclusive dell'ottobre 2011, il Comitato ha raccomandato di realizzare una formazione sistematica, obbligatoria e continua sui diritti dell'infanzia per tutte le categorie professionali che lavorano con e per i minorenni.

Le opinioni espresse dagli autori non necessariamente riflettono le posizioni dell'UNICEF.

Sommario

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Presentazione | 5 |
| A cura di Ercole Aprile e Roberto Conti | |
| L'ascolto del minore nei procedimenti civili. | 8 |
| Riferimenti normativi e giurisprudenziali e prospettiva della difesa. | |
| A cura di Maria Giovanna Ruo | |
| L'ascolto del minore: diritto e opportunità. | 21 |
| A cura di Roberta Maltese | |
| Spunti di riflessione emersi negli incontri di studio sull'ascolto in materia di procedimenti civili minorili. | 33 |
| A cura di Francesco Micela | |
| Il punto sull'ascolto del minore. | 45 |
| Sintesi dei lavori del gruppo area civile. Analisi finale. | |
| A cura di Rita Russo | |
| L'esame del minore del processo penale. | 61 |
| A cura di Sandra Recchione | |

Presentazione

Il tema dell'ascolto del minore costituisce oggetto di numerosi strumenti sovranazionali, a partire dalla Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n.176 (art.12) e fino alla Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con legge del 20 marzo 2003 n. 77 (art.6). L'impatto di tali strumenti nell'ordinamento interno non ha tardato a farsi avvertire per effetto rispettivamente del novellato art. 155 *sexies* c.c. ad opera della legge n.54/2006 e dell'intervento reso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - Cass., sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281 - per effetto dei quali l'audizione del minore deve ormai considerarsi - anche all'interno dei giudizi di separazione e divorzio e di quelli correlati alla rottura di convivenze *more uxorio* - come dato indefettibile, pena la nullità del procedimento nel quale l'audizione non sia stata disposta senza la valutazione della capacità di discernimento del figlio e dell'eventuale pregiudizio che dall'audizione potrebbe scaturire.

Non meno significative sono apparse le questioni che ruotano attorno all'audizione del minore nei processi penali ove, anche per effetto di una serie di modifiche al codice di rito introdotte con due leggi del 2006 e del 2009, ai minori dei diciotto anni è stata garantita una particolare tutela sia attraverso la statuizione di una "automatica ammissibilità" dell'incidente probatorio, per favorire una anticipazione dei tempi di assunzione della testimonianza del minore con riferimento a talune specifiche tipologie di delitti (quelli a sfondo sessuale, oltre al reato di maltrattamenti in famiglia), che attraverso la previsione di disposizioni speciali in ordine alla scelta del luogo e alle modalità di assunzione dell'esame del minore, finalizzate ad assicurare una più accentuata tutela delle esigenze personali del dichiarante.

Sono state dunque queste le ragioni che hanno indotto il Consiglio Superiore della Magistratura ad organizzare, nel corso dell'anno 2011, due iniziative formative destinate, in un'ottica interdisciplinare, a mettere a confronto giudici - ordinari e onorari - pubblici ministeri, avvocati specializzati nel settore ed operatori psicologi in una prospettiva rivolta, per un verso, a registrare prassi e indirizzi delle diverse sedi giudiziarie ove operano i magistrati e, per altro

verso, a disseminare i principali orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale in materia presso Organi, Istituzioni ed Enti operanti nel settore.

Il significativo sforzo sostenuto dal Consiglio Superiore della Magistratura, che già negli anni passati aveva dedicato allo stesso argomento vari momenti di confronto a livello centrale, è apparso ineludibile proprio in ragione della necessità, messa in ulteriore evidenza dalle Osservazioni conclusive del 31 ottobre 2011 redatte dal Comitato ONU sui diritti dell'infanzia ai sensi dell'art.44 della Convenzione su diritti del fanciullo, di rendere effettivo e concreto in tutto il territorio nazionale il diritto del minore a essere preso in considerazione all'interno dei procedimenti nei quali lo stesso risulta a vario titolo coinvolto. Ciò in una prospettiva tesa a garantire la diffusione di una "cultura dell'ascolto", capace di produrre frutti fecondi sul terreno della tutela dei diritti dei più deboli attraverso la formazione di tutti gli operatori giudiziari a vario titolo coinvolti.

Tali momenti formativi, organizzati in Roma fra il maggio e il giugno del 2011, sono stati concretamente elaborati e attuati tenendo conto dell'assoluta novità rappresentata dalla durata prevista – nove sessioni per ciascun incontro – e della necessità di una riflessione "a tutto tondo" sui meccanismi dell'ascolto, tenendo conto che questo rileva in diverse realtà processuali – civile, penale, minorile, tutelare – con evidenti diverse sfaccettature: ascolto della persona offesa nel processo penale come testimone, ascolto nei procedimenti in cui si discute della crisi matrimoniale, ascolto nei procedimenti incidenti sulla sfera personale e patrimoniale del minore e sulla potestà dei genitori, ecc.

In questa prospettiva, sono stati inseriti vari momenti "extragiuridici" volti all'analisi del tema, soprattutto con taglio pratico, sotto l'aspetto sociologico e psicologico.

Mutuando in parte l'esperienza maturata nei corsi del CSM svolti tra il 2003 e il 2005 sulle prassi in materia di separazione – riportata nel volume *"Le prassi giudiziali nei processi di separazione e divorzio – Riflessioni e approfondimenti dal C.S.M."*, Torino 2007 – si è quindi proceduto, durante le sessioni pomeridiane, alla divisione dei partecipanti (circa 180) in vari gruppi di lavoro, proprio per favorire l'emersione dei punti di convergenza e di contrasto sulle questioni individuate dai coordinatori.

I lavori sono stati coordinati da cinque figure professionali, tre magistrati, un avvocato e una psicologa, che hanno sintetizzato i contenuti e le indicazioni emerse durante i due momenti formativi – ai quali hanno preso parte in qualità di relatori e coordinatori dei gruppi magistrati, avvocati e docenti universitari

– redigendo al termine i documenti che seguono, destinati alla divulgazione e diffusione tra i magistrati civili e penali e gli avvocati.

In questo percorso, particolarmente feconda è risultata la collaborazione del Consiglio Superiore con il Comitato Italiano per l'UNICEF e con il suo Responsabile Advocacy Istituzionale Laura Baldassarre, insieme ai quali è stato possibile realizzare la pubblicazione che, sotto l'effigie dell'UNICEF, vuole rappresentare l'impegno costante dei magistrati italiani verso la sempre più diffusa e capillare affermazione dei diritti del fanciullo attraverso ulteriori future iniziative con le Organizzazioni e Istituzioni che vorranno condividere tale progetto.

Roma, novembre 2011

Ercole Aprile e Roberto Conti

Componenti del Comitato Scientifico del Consiglio Superiore della Magistratura.

L'ASCOLTO DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI CIVILI.

RIFERIMENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI

E PROSPETTIVA DELLA DIFESA

A cura di Maria Giovanna Ruo, Avvocato

1. L'ascolto del minore nei procedimenti civili. Fonti normative e nodi critici

L'istituto dell'ascolto della persona minore di età nell'ambito dei procedimenti in materia familiare e, in particolare, di quelli relativi all'esercizio della responsabilità del genitore, è stato introdotto quale principio generale¹ nel nostro ordinamento interno dall'art. 12 della legge 176/1991 di ratifica della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989², e poi rafforzato dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, ratificata con la legge 77/2003³; è stato infine espressamente

1 Varie le previsioni in singole fattispecie civilistiche dell'audizione del minore preesistenti all'introduzione del principio generale; a titolo esemplificativo quelle di cui all'art. 250, IV comma, c.c., all'art. 316, V comma, c.c., all'art. 371 n. 1 c.c., all'art. 145, I comma, c.c., all'art. 348, III comma, c.c., all'art. 252 c.c. nonché quelle previste dalla l. 184/1983 in materia di affidamento etero-familiare, adottabilità e adozione dei minori agli artt. 4, 7, 10, 15, 22, 23, 25, 35, 45, 51, 52, anche prima della riforma della legge 149/2001 che ha precisato che l'audizione del minore infradodicesenne deve avvenire in considerazione della di lui capacità di discernimento.

2 Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge. 27 maggio 1991 n. 176, art. 12: *"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. 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 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli firmata a Strasburgo il 26 gennaio 1996 e ratificata con la legge 20 marzo 2003 n. 77: art. 3, *"Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nelle procedure"*; *"Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di*

previsto nei procedimenti ‘separativi’ della coppia genitoriale con la legge 54/2006⁴ che ha introdotto l’art. 155 *sexies* c.c in base al quale il giudice ‘*dispone l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore ove capace di discernimento*’. È principio di diritto europeo in forza dell’art. 24 della Carta di Nizza⁵.

cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a - ricevere ogni informazione pertinente; b - essere consultato ed esprimere la sua opinione; c - essere informato delle eventuali conseguenze dell’attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione; art. 6, Processo decisionale Nelle procedure che interessano un fanciullo, l’autorità giudiziaria, prima di adottare qualsiasi decisione deve: a - esaminare se dispone di informazioni sufficienti in vista di prendere una decisione nell’interesse superiore del fanciullo e se del caso, ottenere informazioni supplementari in particolare da parte di coloro che hanno responsabilità di genitore; b - quando un fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, l’autorità giudiziaria: - 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; c - tenere debitamente conto dell’opinione espressa da quest’ultimo”⁶. Si è dubitato della precettività di tale Convenzione al di fuori dei procedimenti individuati dagli strumenti di ratifica depositati nel settembre 2003 (l’elenco dei procedimenti interessati, pubblicato sulla G.U. 210 del 10 settembre 2008, riguarda: art. 145 c.c.; art. 244, u.c., c.c.; art. 247, u.c., c.c.; art. 264, Il comma, c.c.; art. 274 c.c.; art. 322 c.c. e art. 323 c.c.) ai quali sarebbe confinata la portata precettiva. Tuttavia la Corte Costituzionale, con le sentenze n. 179 del 12 giugno 2009 e 83 dell’11 marzo 2011 ha riconosciuto pieno valore normativo a detta Convenzione anche al di fuori delle fattispecie previste dagli strumenti di ratifica.

4 Legge 8 febbraio 2006 n. 54 recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” che all’art. 4 estende le disposizioni della stessa legge ai casi di scioglimento del matrimonio, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati.

5 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) pubblicata nella G.U.C.E 2000/C 364/01, art. 24 n. 1: “I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità”. Il Trattato UE, (versione consolidata dopo l’approvazione del Trattato di Lisbona del 7 dicembre 2007, pubbl. in G.U.U.E 09.05.2009 C 115) dopo aver affermato tra gli scopi dell’Unione la tutela dei diritti del minore, all’art. 3 riconosce, facendo propri, i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea attribuendole lo stesso valore giuridico dei trattati. L’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) riafferma solennemente anche il principio della obbligatorietà dell’ascolto del minore.

Nonostante la lettera dell'art. 155 sexies⁶ c.c. e nonostante anche le precedenti univoche indicazioni del Regolamento CE 2201/2003⁷, l'audizione della persona minore di età nei procedimenti che lo riguardano continua a trovare non poche difficoltà a essere recepita nelle prassi applicative come momento processuale necessario volto all'acquisizione di uno degli elementi che il giudice deve tenere presente nel decidere. Negli anni di vigenza della normativa si sono formate varie prassi interpretative e applicative, alcune delle quali formalizzate in protocolli proliferati sul territorio nazionale, anche questi eterogenei sia per le previsioni sia per i soggetti firmatari. Il quadro applicativo comporta disorientamento nell'utenza e, talvolta, mortificazione dei diritti della difesa.

Nei corsi svoltisi a maggio e giugno 2011 in Roma sull' "Ascolto del minore", organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, il percorso di ricerca volto a individuare i punti fermi in materia di ascolto della persona minore di età nei procedimenti civili ha messo a fuoco le difficoltà che caratterizzano l'attuale 'stato dell'arte' e che derivano da vari fattori: l'originalità dell'istituto processuale, la cui natura è difficilmente assimilabile ad altri; la molteplicità dei procedimenti civili che hanno a oggetto (anche) diritti della persona minore di età, che si diversificano anche per competenza del giudice, composizione dell'organo giudicante e rito; la peculiarità dell'oggetto della tutela dei procedimenti che riguardano persone minori di età caratterizzati dalla preminenza del criterio del suo superiore interesse; l'eterogeneità delle fonti normative per la loro provenienza e l'utilizzazione di diversi termini (audizione, ascolto, sentire, ecc.) per indicare l'istituto; la difficoltà di conciliare le modalità di ascolto della persona minore di età in ragione della sua vulnerabilità e della tutela rafforzata che ciò deve comportare con i principi del contraddittorio e i diritti della difesa; l'inadeguatezza di mere competenze giuridiche in chi ascolta il minore di età. Fatto sta

6 Art. 155 sexies c.c.: "Il giudice dispone l'audizione": l'uso dell'indicativo e l'assenza di verbo servile non sembrano lasciare spazio a interpretazioni sulla mera discrezionalità per il giudice di disporre l'audizione.

7 Regolamento del Consiglio Europeo n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, art. 23, lett. b: ha subordinato la possibilità di riconoscimento e quindi di circolazione dei provvedimenti in tema di responsabilità genitoriale negli stati dell'Unione europea, tra l'altro, alla effettiva possibilità per il minore di essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano.

che, in materia, il percorso normativo, giurisprudenziale e dottrinario è ancora *in itinere*.

Nel presente contributo conclusivo si cercherà di dar conto sinteticamente dei 'punti fermi' emersi nel complesso percorso di ricerca, evidenziando i principi che, alla luce dell'attuale evoluzione legislativa e giurisprudenziale, costituiscono emerse solutive per l'individuazione delle migliori prassi individuate nelle giornate di studio; tenendo presente che nei procedimenti che hanno a oggetto (anche) la tutela dei diritti di persone minori di età la necessità di evitare nullità è ancora più cogente: l'invalidità di provvedimento e/o procedimento è sempre e comunque contraria all'interesse del minore – che costituisce criterio preminente di giudizio – perché amplifica inutilmente i tempi del provvedimento definitivo che debbono essere invece necessariamente brevi⁸.

2. Natura e funzione dell'ascolto del minore nel processo civile

L'ascolto del minore è finalizzato a recepirne nel processo opinione, vissuto, istanze ed esigenze. Non è mezzo istruttorio, in quanto non è volto alla verifica di un fatto posto dalla parte alla base delle domande di parte. Non è assimilabile alla testimonianza in quanto non è diretta a recepire fatti dei quali una persona possa riferire: anzi è il suo esatto contrario, in quanto nella testimonianza sono da escludere le valutazioni e le opinioni, mentre nell'ascolto il minore è chiamato a manifestare la sua opinione. Nemmeno è assimilabile all'interrogatorio formale: la prospettiva di confessione della parte di circostanze alla stessa sfavorevoli è evidentemente estranea all'audizione del minore. Poiché secondo plurime pronunce sia della Corte Costituzionale sia della Cassazione al minore va attribuita la qualità di parte in senso sostanziale,

⁸ In questo senso, univocamente: la Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori cit. (l. 77/2003), la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che costituisce fonte interposta sub costituzionale in base a molteplici pronunce della Consulta, le *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, adottate dal Consiglio dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, d'ora in poi denominate più semplicemente Guide Linea, secondo le quali (sub 50.) in tutti i procedimenti relativi a persone minori di età, il principio di urgenza deve ricevere applicazione al fine di garantire un provvedimento rapido e proteggere l'interesse del minore nel rispetto della legge e (sub 51.) nei procedimenti relativi alle relazioni familiari i giudici dovrebbero esercitare eccezionale diligenza per evitare ogni rischio di conseguenze negative sulle relazioni familiari.

forse la sua audizione potrebbe essere assimilata all'interrogatorio libero che, secondo autorevole dottrina⁹, è volto a dare alla parte la possibilità di spiegare al giudice le proprie ragioni. Tuttavia la soluzione preferibile sembra ribadire estraneità al sistema delle prove e specificità in ragione della sua funzione di recepire nel processo l'opinione del soggetto vulnerabile nel cui preminente interesse il provvedimento è assunto.

L'audizione del minore, pur non essendo atto istruttorio, è però certamente un atto processuale che si caratterizza, cioè, per la sua qualità di costituire elemento del processo di realizzazione della tutela giurisdizionale¹⁰ in quanto atto coordinato all'esercizio della giurisdizione in materia di diritti dei minori. È quindi soggetto al principio fondamentale in tema di forme processuali che è quello della libertà di forma: se non sono richieste forme determinate, gli atti debbono essere svolti in quella più idonea al loro scopo, inteso evidentemente come funzione che l'ordinamento assegna a ciascuno di loro. Quindi, per individuare la forma corretta per l'audizione del minore, data la sua funzione di assicurare al giudice l'acquisizione della di lui opinione – liberamente e consapevolmente formatasi ed espressa – come uno degli elementi da considerare necessariamente nella decisione, si deve fare riferimento ai principi generali in tema di giurisdizione armonizzandoli con il principio peculiare di ogni procedimento che abbia a oggetto i diritti del minore: quindi contraddittorio e diritto di difesa, terzietà del giudice debbono necessariamente contemperarsi nel caso concreto con il principio del superiore interesse del minore che costituisce criterio preminente di giudizio.

3. Riferimenti interpretativi sull'ascolto. Fonti interpretative di provenienza sovranazionale ed europea e giurisprudenziali

Documenti di provenienza sovranazionale ed europea utili per individuare prassi virtuose sono il *Commento generale n. 12 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia*, le *Guidelines on child friendly justice* del Consiglio d'Europa (17.11.2010), *An EU agenda for the Rights of the Child* (15.02.2011) della Commissione Europea. Inoltre debbono essere considerati i principi enucleati in materia di ascolto del minore

9 S. SATTA PUNZI, DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, PADOVA, 2000, 193

10 S. SATTA PUNZI, OP. CIT., 198.

dalle Corti Europee.

3.1 Fonti interpretative di provenienza sovranazionale

3.1.A Comitato ONU sui diritti dell'infanzia. Commento generale n. 12. Il diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato¹¹

L'ascolto costituisce un diritto e non un obbligo della persona minore di età. È invece obbligo dello Stato far rispettare tale diritto, consentendole di esprimere le sue opinioni, libere da pressioni e consapevolmente formate per aver ricevuto tutte le informazioni necessarie¹² in ogni questione che comunque riguardi la sua sfera di diritti e in cui la sua prospettiva possa migliorare la qualità delle soluzioni¹³. La persona minore di età deve quindi acconsentire a essere ascoltata, indicare le modalità nelle quali vuole si proceda (se direttamente dal giudice o indirettamente tramite un rappresentante – genitore, tutore o curatore o avvocato o assistente sociale) e sulle quali anche deve essere informato; non deve essere sentita più del “necessario”. Alle sue opinioni deve essere dato il “giusto peso” in considerazione di età e maturità¹⁴, che è qualificata come capacità di esprimere le proprie opinioni indipendentemente. Deve essere considerato anche che maggiore è l'impatto della questione sulla persona minore di età, tanto più è rilevante un'appropriata valutazione della sua maturità¹⁵. Infine la persona minore di età ha diritto di essere anche informata sugli esiti del procedimento con appositi meccanismi di *feed back* e, in caso di violazione del suo diritto all'ascolto, debbono esserle riconosciuti diritti di impugnativa e di risarcimento tramite

11 Comitato ONU sui diritti dell'infanzia, *Commento generale n. 12, Il diritto del bambino e dell'adolescente a essere ascoltato*, pubblicazioni UNICEF, pubblicazioni@unicef.it in www.unicef.it

12 Sulle questioni oggetto del procedimento, le opzioni possibili, le decisioni possibili e le loro conseguenze.

13 D'altra parte però non deve essere sentito più del necessario, in particolare quando indagato su eventi “nocivi”.

14 Tenendo presente che i livelli di comprensione dei bambini e degli adolescenti non corrispondono necessariamente alla loro età biologica e, di conseguenza, le loro opinioni debbono essere prese in considerazione caso per caso.

15 Poiché il concetto di bambino come detentore di diritti è ancorato alla vita quotidiana sin dalle prime fasi, il rispetto dell'art. 12 Convenzione sui diritti del fanciullo richiede anche il rispetto delle forme di comunicazione non verbale.

Organi indipendenti¹⁶.

3.1.B Anche le **Linee Guida sulla Giustizia Minorile del Consiglio d'Europa** (17 novembre 2010)¹⁷ ribadiscono sostanzialmente gli stessi principi¹⁸ di necessità dell'ascolto della persona minore di età¹⁹, di attribuire alle sue opinioni giusta rilevanza²⁰, assicurandole libertà di espressione che presuppone la sua piena informazione²¹. Il documento infatti, nel delineare le caratteristiche della giustizia a misura di minore, sottolinea la necessità di garantirgli ogni informazione rispetto ai suoi diritti processuali oltre al diritto a essere ascoltato e di esprimere le proprie opinioni cui deve essere assicurata giusta rilevanza in ragione della sua età e maturità. Il documento ha un valore programmatico, ma la Commissione Europea, nell'Agenda europea per i diritti dei minori²², ha fatto della sua promozione e del suo recepimento nelle legislazioni degli Stati europei uno degli obiettivi dell'azione della Commissione stessa, ribadendo peraltro che la partecipazione del minore al processo e il pieno riconoscimento dei suoi diritti processuali implica che gli deve essere offerta l'opportunità di far sentire la propria opinione e che, di conseguenza, deve essere non solo consultato e ascoltato, ma anche informato.

16 Nelle Conclusioni, il Comitato ONU precisa che l'impegno per la realizzazione del diritto all'ascolto della persona minore di età è un chiaro e immediato obbligo legale previsto dalla Convenzione per gli Stati parti.

17 Linee Guida, Ambito di applicazione e finalità: le Linee Guida si occupano di posizione processuale, punti di vista, diritti, esigenze e ruolo della persona minore di età nei procedimenti che la riguardano.

18 Linee Guida, III, Principi fondamentali, A. Partecipazione. Tra i principi fondamentali quello della partecipazione della persona minore, che si estrinseca in quello a essere informato sui suoi diritti, di avere accesso alla giustizia e di essere consultato e ascoltato, inclusa la considerazione della sua opinione in funzione del suo grado di maturità.

19 Linee Guida, III, Principi fondamentali, A. Partecipazione

20 Linee Guida, IV, D. Giustizia a misura di minore durante il procedimento giudiziario, 3. *Diritto di essere ascoltato e di esprimere le proprie opinioni.*

21 Linee Guida IV, A. Elementi generali per una giustizia a misura di minore. 1. Informazioni e consigli.

22 *Communication from the Commission to the European Parliament. The Council. The European economic and social committee of the Regions: An EU Agenda for the Rights of the Child*, Brussels, 15 febbraio 2011 (di seguito denominata Agenda Europea).

3.2. I riferimenti giurisprudenziali. La giurisprudenza interna

Già la Corte Costituzionale nel 2002²³ aveva affermato la portata generale della prescrizione di cui all'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, entrata a integrare la disciplina dell'art. 336 c.c., Il comma nel senso di configurare il minore come parte sostanziale del procedimento, con ogni relativa conseguenza²⁴. Successivamente le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza 22238/2009, hanno affermato che l'audizione dei minori è divenuta adempimento necessario²⁵ nelle procedure giudiziarie che li riguardano e quindi anche nei procedimenti relativi all'affidamento e al diritto di visita. Ne consegue che l'omessa audizione del minore, "parte sostanziale" e portatore di interessi contrapposti ai suoi genitori, costituisce violazione dei principi regolatori del giusto processo (contraddittorio e diritti di difesa) e dà luogo a nullità, salvo che risulti contraria al suo superiore interesse o difetti il requisito del discernimento, elementi che debbono in ogni caso essere valutati con obbligo di relativa motivazione. Con la sentenza n. 17201 dell'11 agosto 2011, in modifica al proprio precedente orientamento²⁶, la Cassazione ha affermato non più solo l'opportunità, ma la necessità dell'audizione del minore anche nei procedimenti in materia di sottrazione internazionale²⁷,

23 Corte Cost. sent. n.1 del 30 gennaio 2002. Secondo la Consulta, il citato art. 12 della Convenzione di New York è una prescrizione entrata nell'ordinamento e idonea ad integrare - ove necessario - la disciplina dell'art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ. (cfr. ordinanza n. 528 del 2000).

24 Cass. SS.UU., sent. 21 ottobre 2009, n. 22238 ha affermato che l'audizione dei minori è divenuta adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano, e in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-sexies cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore.

25 La citata Convenzione di Strasburgo art. 6 cit.

26 Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e 19 dicembre 2003 n. 19544 e la precedente n. 15145 del 2003. Tale orientamento si basava sulla considerazione del carattere urgente e meramente ripristinatorio della situazione *quo ante*, con la conseguenza che l'ascolto sarebbe stato solo opportuno, se possibile.

27 In tale recente pronuncia, al contrario, la Suprema Corte ha affermato che anche nel procedimento per il mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale, come d'altronde specificamente previsto dall'art. 11, comma 2, del Reg. CE 2201/2003, l'audizione del minore è divenuta adempimento necessario. Motivo per cui ad essa si deve procedere, salvo che possa arrecare danno al minore.

al fine di poterne valutare l'eventuale opposizione al ritorno per esposizione a pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile. La pronuncia è rilevante anche per il peso da attribuire all'opinione del minore, non come elemento vincolante nel decidere²⁸, ma come elemento di rilevanza cognitiva, che consente al giudice di acquisire significativi elementi di conoscenza²⁹.

Per quanto concerne le **modalità dell'audizione** e il contemperamento della tutela della vulnerabilità della persona minore di età nel suo superiore interesse con i principi del giusto processo, la Suprema Corte (**sent. 7282/2010**) ha precisato³⁰ che, mentre per ogni accertamento istruttorio è necessario che il diritto di difesa sia pienamente garantito comunicando alla parte la sua assunzione, così non è per l'audizione. Questa infatti non è atto istruttorio ma riflette una nuova considerazione del minore portatore di bisogni e interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere da lui ignorati e che lo obbligano anzitutto ad ascoltarlo nella misura consentita dalla sua capacità di autodeterminarsi. Spetta al giudice il compito di eseguire l'audizione in modo che sia protetta da interferenze, turbamenti o condizionamenti, adottando cautele e modalità suggerite dalle circostanze concrete. Il fine è quello di "superare la straordinaria asimmetria che si frappone tra la posizione del fanciullo (e il suo stato emotivo) e il contesto relazionale e ambientale in cui lo stesso viene

28 Cass. 17201/2011 specifica che *"la volontà del minore di opporsi al rientro non indica una condizione di per sé preclusiva all'emanazione dell'ordine di rimpatrio da parte del giudice dello Stato richiesto, quando esso provenga da un minore che – secondo il motivato apprezzamento del tribunale per i minorenni- non abbia ancora raggiunto l'età e il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione; in tal caso l'ascolto del minore, avente capacità di discernimento, ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito di quel colloquio può consentire al giudice di valutare direttamente o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto per il fatto del suo ritorno, a pericolo psichici o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile (cfr. Cass. n. 16753 del 2007 cit.)"*

29 *Ibidem* "fermo restando che alla opinione espressa dal minore, contraria al rimpatrio, può attribuirsi efficacia non di clausola esclusiva del rigetto dell'istanza, bensì di elemento corroborante il convincimento del giudice sulla sussistenza del pregiudizio, quale causa autonoma e sufficiente di deroga al principio generale del suo rientro immediato".

30 Cass. Sent. n. 7282 del 26 marzo 2010. La fattispecie riguarda un procedimento di adottabilità nel quale i difensori dei genitori erano stati esclusi dall'audizione del minore: e la motivazione della Suprema Corte fa espresso riferimento alla normativa processuale della legge 184/1983 come modificata dalla legge 149/2001.

ascoltato". Il giudice può quindi vietare l'interlocuzione con i genitori, e/o con i difensori, nonché decidere di sentire il minore da solo, senza la loro presenza se la ritiene fattore di turbamento o di condizionamento e può anche delegare l'audizione a esperti³¹. Il diritto di difesa delle parti si espleta in questi casi attraverso la presentazione di istanze, suggerimenti e altri atti nonché per il fatto che, comunque, le dichiarazioni del minore sono acquisite al processo, con la loro possibilità, in posizione paritaria, di contestarne pertinenza e attendibilità, anche attraverso richieste istruttorie e perfino in relazione a eventuali interferenze in danno del dichiarante perpestrate durante l'esame.

Ne consegue che, in ragione delle specifiche peculiarità di ogni persona minore di età che deve essere sentita, e a tutela del suo superiore interesse, le modalità dell'audizione vanno modulate di volta in volta essendo anche possibile escludere genitori e difensori dall'audizione, ma debitamente motivando e consentendo il contraddittorio prima e dopo l'audizione in senso stretto; non è viceversa possibile l'esclusione generalizzata *a priori* della difesa. Soprattutto in caso di esclusione della difesa, la verbalizzazione deve essere dettagliata e aderente, al fine di consentire l'esame dell'opinione realmente espressa dalla persona minore e di esperire eventualmente i mezzi di gravame in proposito.

4. I protocolli sull'ascolto del minore

Vari, e anche molto difformi tra loro, i protocolli sull'ascolto del minore proliferati su territorio nazionale: differiscono sia per i soggetti firmatari, sia per il contenuto delle regole.

Circa la loro natura e funzione, non sono espressione di potestà regolamentare e non sono di conseguenza vincolanti e inderogabili né coercibili. Costituiscono piuttosto individuazione di prassi applicative condivise tra i firmatari e da loro indicate agli appartenenti alle rispettive categorie come paradigmatiche e virtuose.

Se sottoscritti da istituzioni con potere disciplinare nei confronti di

³¹ La Cassazione parla di un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato a sostenere un'interlocuzione diretta con il minore che sappia "tener conto della sua età e del suo grado di maturità" e superare le relative difficoltà.

aderenti o iscritti (come ad es. i Consigli dell'Ordine degli Avvocati), costituiscono interpretazione autentica di comportamenti conformi o difformi al codice deontologico.

I protocolli non possono essere in contrapposizione con i principi di legge come interpretati dalla giurisprudenza: e quindi, ad es., non possono prevedere in via astratta e generale limitazioni al diritto di ascolto del minore, o prevedere sempre e solo l'ascolto indiretto oppure escludere in via generale, astratta e preventiva, i difensori dall'ascolto con limitazione del contraddittorio e dei diritti di difesa, fermo restando che il giudice può prevedere specifiche modalità di ascolto in ragione delle esigenze di quello specifico minore (che può avere anche quasi 18 anni).

5. La prospettiva della difesa e l'audizione del minore nei procedimenti civili

5.1 La prospettiva della difesa delle altre parti

Dall'esame di normativa e giurisprudenza, deriva che l'opinione della persona minore di età, nella cui sfera giuridica vanno a incidere i provvedimenti, è uno degli elementi su cui si forma il convincimento del giudice, che certo non deve conformarvisi, dovendo decidere tenendo prioritariamente presente l'interesse del minore, ma sulla stessa deve motivare. Ugualmente il giudice deve motivare quando esclude l'audizione della persona minore di età in ragione del suo superiore interesse o dell'assenza della sua maturità. La difesa delle altre parti ha quindi ogni interesse a conoscere direttamente l'opinione del minore nel processo, senza filtri che possono essere devianti, sia per la formulazione di ulteriori istanze (anche istruttorie) nello stesso grado di giudizio, sia ai fini dell'impugnazione.

È quindi evidente che piena attuazione del contraddittorio e di diritti di difesa pretenderebbe che l'audizione del minore avvenisse alla presenza dei difensori anche delle parti (genitori o tutore o parenti a seconda del procedimento). Ma è altresì evidente che, vigendo nei procedimenti minorili la clausola generale del 'superiore interesse del minore', questo debba essere considerato anche nella prospettiva processuale del contraddittorio e dei diritti di difesa della stessa persona minore di età,

che potrebbe trovarsi intimidita o non libera di esprimersi alla presenza dei difensori delle parti in ragione della sua situazione di particolare vulnerabilità a seconda anche della sua età. A tale proposito si deve infatti sottolineare che l'audizione concerne anche i cd. 'grandi minori', che possono avere fino ai 18 anni di età: ne deriva l'ovvia constatazione che l'eventuale compressione del diritto di difesa non può essere astrattamente previsto in via anticipata ma può essere invece modulato di volta in volta in ragione delle diverse e particolari situazioni.

Al contrario, se non è possibile escludere in via generale, astratta e preventiva la presenza dei difensori delle altre parti – perché dipende dalla situazione di quel minore che deve essere sentito, dalla sua età e dalla sua maturità, nonché dall'oggetto dei procedimenti – è possibile tuttavia che i difensori possano essere esclusi in particolari situazioni, debitamente motivando, rendendo comunque possibile il contraddittorio prima (con la formulazione al giudice di particolari questioni) e dopo (con un termine per l'esame dell'audizione e la formulazione di eventuali istanze) nonché con una verbalizzazione attenta ed esatta ai fini della piena conoscenza di quanto svoltosi in sede di audizione: diversamente i diritti di difesa riceverebbero un'ingiustificata e illegittima compressione. In ogni caso l'esclusione dei legali delle parti dovrebbe essere non genericamente motivata con formule di stile, ma specificamente con riferimento esplicito all'interesse di quel minore e alla sua particolare situazione nel caso concreto, potendo essere oggetto di impugnativa la stessa motivazione in materia di esclusione dell'ascolto (anche per la sua carenza o illogicità o genericità).

5.2 La prospettiva della difesa del minore

La riconosciuta precettività della Convenzione di Strasburgo, oltre alla novellata formulazione dell'art. 336 c.c., comporta che la figura del rappresentante del minore anche avvocato (art. 4 e 9) si stia diffondendo progressivamente in quei casi in cui si profili conflitto di interesse tra genitori e figlio minore di età³². Le stesse citate Linee Guida del Consiglio

32 Si procede alla nomina di un curatore/avvocato in alcuni casi nei procedimenti de potestate, nei procedimenti di autorizzazione al Il riconoscimento a seguito della sentenza della Consulta n. 83/2011, e anche nei procedimenti ex art. 317 bis c.c. altamente conflittuali, sulla base del (condivisibile) presupposto che si versi in ipotesi di conflitto di interesse con i genitori rappresentanti legali (e talvolta anche con il tutore provvisorio

d'Europa prevedono un progressivo ampliamento della figura del rappresentante/difensore del minore, con facilitazione all'accesso alla difesa da parte delle persone minori di età³³.

I compiti del rappresentante del minore (se del caso avvocato) sono disciplinati dall'art. 10 della citata Convenzione di Strasburgo: deve fornirgli informazioni e spiegazioni se è dotato di capacità di discernimento; deve riportarne l'opinione al giudice, indipendentemente invece dalla capacità di discernimento. Si tratta di una risorsa significativa, quindi, in relazione anche alla necessità di informare il minore prima e dopo l'ascolto, e per i ricordati meccanismi di *feedback*, che merita di essere considerata e valorizzata, anche in relazione a quanto le stesse Linee Guida del Consiglio d'Europa³⁴ prospettano e promuovono³⁵, fermo restando che sul punto normativa e prassi sono ancora immature³⁶.

o meno, quando è nominato). Si tratta tuttavia di prassi non uniformi sul territorio nazionale.

33 Linee Guida cit., IV, D. Giustizia a misura di minore durante il procedimento giudiziario: 1. Accesso alle corti e al procedimento giudiziario; 2. Assistenza e rappresentanza legale. In base a queste ultime disposizioni, le persone minori di età dovrebbero avere diritto alla propria assistenza legale e alla propria rappresentanza legale, autonoma, nei procedimenti nei quali si profili il conflitto di interessi con gli adulti. L'accesso all'assistenza legale dovrebbe essere alle stesse o migliori condizioni che per gli adulti.

34 Linee Guida cit, ibidem: Gli avvocati che rappresentano minori dovrebbero essere esperti anche nella comunicazione con le persone minori di età, dovrebbero provvedere a fornire loro ogni informazione necessaria e ogni spiegazione relativa alle conseguenze della loro opinione.

35 Anche con riferimento alla fase post giudiziale, le Linee Guida, IV, E, Giustizia a misura di minore dopo i procedimenti giudiziari, sub 77. prevedono che in caso di esecuzione forzata di una decisione, le persone minori di età siano informate tramite il loro avvocato o curatore o legale rappresentante, dei possibili rimedi giudiziari e no. Sub 81. Si prevede che avvocato, curatore e rappresentante del minore o legale rappresentante abbiano il mandato durante o dopo il procedimento penale a richiedere il risarcimento del danno.

36 Durante il secondo corso sono state esaminate le Linee Guida per curatori/avvocati delle persone minori di età predisposte da CamMiNo-Camera Minorile Nazionale e pubblicate su www.cameraminorile.com.

L'ASCOLTO DEL MINORE: DIRITTO E OPPORTUNITÀ

A cura di Roberta Maltese, Psicologa-psicoterapeuta

Se, generalmente, la modalità d'ascolto in ambito giuridico è diversa da quella tipicamente psicologica, secondo quanto rilevato da A. A. i quali sostengono che *lo psicologo sente, accoglie e lavora con gli stati mentali dell'individuo, mentre il giudice sostanzialmente valuta i fatti che riguardano la persona*, oggi si può affermare, in relazione alla creazione di uno specifico ambito di lavoro psicogiuridico, che l'ascolto di un minore in un contesto giudiziario sia stato "contaminato", nel tempo, da una serie di conoscenze psicologiche, da cui non si può più prescindere.

In tal senso, si può ritenere che a secondo della fascia d'età a cui un minore appartiene, esso abbia una diversa "capacità di discernimento", intesa come capacità sommamente relativa, in quanto non acquisita da tutti i soggetti nello stesso momento, e quindi non correlabile costantemente a un'età. Essa dipende sia da un complesso di fattori sufficientemente stabili per il soggetto, come quelli biologici, sociali e relazionali di base, sia variabili nel tempo, come quelli correlati a particolari momenti e stati, fisici e psicologici. È dunque opportuno, in proposito, prima di ascoltare un minore osservarne il livello di sviluppo e provare a comprendere, possibilmente con l'ausilio di un esperto, quanto i suoi processi logici risultino essere raggiunti e consolidati, nonostante la fascia evolutiva a cui appartiene, in modo da verificare quanto esso sia capace di effettuare un ragionamento concreto e/o più o meno astratto. Ciò permetterà di escludere che quanto da lui dichiarato non sia da ritenere valido, o in certi casi inattendibile, solo per via della sua minore età, come affermato dall' art. 73 delle "Lineeguida del Consiglio d'Europa" (2010)³⁷, e come ampiamente documentato dalla letteratura nell'ambito della psicologia che concorda nel sostenere

37 "A child's statements and evidence should never be presumed invalid or untrustworthy by reason only of the child's age" - Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice (Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies

che il bambino possiede delle competenze fin dalla nascita e ciò sia a livello socio-cognitivo che a livello emotivo e relazionale, competenze che gradualmente evolvono e si affinano grazie alle stimolazioni del contesto familiare e sociale. Significativi in proposito appaiono gli studi condotti da A. Lubrano Lavadera (2011) che testimonia come *“ad ogni età vi sia una modalità di riferire i fatti a seconda degli script mentali che si possiedono”*.

Altra argomentazione di grande rilevanza nell'ascoltare un minore è la possibile suggestione, intesa come processo psichico che conduce l'individuo ad agire secondo suggerimenti esterni, provenienti da personalità più forti della sua o da situazioni ambientali particolarmente cariche di tensione emotiva, senza aver subito alcuna costrizione manifesta.

S.J. Ceci e M. Brunk (1995) propongono, una definizione ancora per certi versi più ampia, intendendo per suggestionabilità il grado in cui la codifica, l'immagazzinamento, il recupero e il racconto vengono influenzati da una serie di fattori interni ed esterni. Di conseguenza, tale fenomeno non è dovuto solo a fattori cognitivi, ma anche a fattori sociali. Questi, interpretati nelle loro interrelazioni portano, quindi, a considerare la suggestionabilità come un fenomeno contesto-dipendente e non più limitata alla sola considerazione dei tratti personologici.

Pertanto, pur ritenendo tutti i soggetti sia adulti che minori potenzialmente suggestionabili (particolarmente interessanti risultano in proposito gli studi effettuati da G. Gulotta) va, in questa sede, evidenziato come esistano al contempo delle raccomandazioni operative che chi ascolta, giudice o suo delegato, dovrebbe sempre impartire al minore o al soggetto debole, in modo da arginare tale processo. È importante, infatti, che colui che deve essere ascoltato venga posto in una condizione di serenità in cui, dopo una fase di riscaldamento e acclimatizzazione, percepisca non solo l'interesse di chi lo sta ascoltando, ma soprattutto la sua voglia di comprendere, senza per questo aspettarsi determinate risposte. È opportuno, infatti, rimarcare al minore *“non solo di raccontare la verità, ma di riferire soltanto ciò che si ricorda”*, affermando semplicemente che, quando non si riesce a rievocare un qualcosa, è più corretto dire di non essere in grado di farlo. Ciò, in qualche modo, tende

a contenere la pressione dell'aspettativa di colui che pone le domande, che può indurre, a seconda della strutturazione della personalità del soggetto che viene ascoltato, un effetto come in precedenza accennato potenzialmente suggestionabile. Esso è particolarmente evidente nel momento in cui si reitera la stessa questione, poiché crea una sorta d'insicurezza nel minore, che può tendere a ritrattare quanto detto, ritenendo la sua risposta non giusta/corretta, semplicemente perché gli è stata chiesta nuovamente.

È di specifica importanza per chi lavora in ambito psicogiuridico tenere sempre presente che il minore non solo è portatore di narrazioni (che vengono e debbono essere sempre verbalizzate nella maniera più accurata), ma anche di emozioni (che quasi mai vengono annotate, a eccezione forse di alcune audizioni presso i Tribunali per i Minorenni in cui, nei verbali d'istruzione delegata, si fa riferimento allo stato emotivo in cui versa il soggetto). Queste non possono in alcun modo, invece, essere ignorate, in quanto non sono solo parte costitutiva del modo di esprimersi del bambino, ma anche, soprattutto in ambito penale, indicatori di compatibilità rispetto a quanto narrato relativamente ai propri vissuti. In tal senso, è particolarmente utile imparare a prestare attenzione al "non verbale" (le espressioni del volto, lo sguardo, i movimenti del corpo, i gesti, la sudorazione, i rossori, i tremori, il tono della voce, ecc.) che accompagna quanto viene riferito dal minore all'Autorità Giudiziaria, secondo quanto ampiamente riportato nella produzione scientifica di M. Malagoli Togliatti (2011), in quanto elemento complementare e indicativo di una realtà, che non si rappresenta mai solo attraverso le parole, ma che ha sempre un correlato emotivo, che può paradossalmente disconfermare quanto affermato verbalmente.

Se quindi appare importante affinare una serie di elementi interattivi e osservativi in chi si dispone a ascoltare un minore, non si può prescindere da una serie di condizioni organizzative, che hanno a che fare in primis con la consapevolezza che si ha dinanzi un soggetto che necessita di cura.

Pertanto, appare doveroso sottolineare una serie di raccomandazioni che hanno a che fare con le modalità operative dell'ascolto del minore, e che potrebbero essere definite, così come per certi versi fatto da P. Pazè

(2003) che ha scritto *l'alfabeto* della relazione con il minore, come delle vere e proprie *istruzioni per l'uso*:

- il minore deve essere informato (preferibilmente dai genitori o dal suo curatore/tutore) in precedenza dell'incontro con il giudice e delle condizioni del suo svolgimento;
- il minore non deve subire, quando convocato, lunghe attese (bisogna in tal senso rispettare orari e tempi che non devono essere troppo prolissi in relazione alle sue capacità attentive, che non sono di lunga tenuta);
- il minore non deve essere incontrato in luoghi spersonalizzati o a lui non adatti (in quanto spesso o troppo affollati o al contrario desolati);
- il minore deve essere messo a proprio agio, pertanto è necessario lavorare accuratamente sulla sua accoglienza. Il giudice deve presentarsi puntualmente e adeguatamente nonché informarlo sulle motivazioni per cui ha richiesto l'incontro;
- il minore è preferibile che interagisca con un unico interlocutore, che possa essere chiaramente identificato (giudice o suo delegato) e che possibilmente rimanga suo referente nel tempo;
- il minore non deve essere ingannato in relazione alla possibilità che il giudice possa mantenere il segreto sul suo ascolto, in quanto parte integrante del giudizio;
- il minore deve avere spazio/tempo per potere raccontare, e in tal senso il giudice deve mettersi in una posizione di "ascolto attivo" e formulare le sue domande solo dopo aver instaurato con lui un rapporto fiduciario;
- il minore deve essere approcciato attraverso un linguaggio semplice e il più possibile adeguato alla sua età, evitando termini giuridici/psicologici da parte di chi lo ascolta che creano distanza;
- il minore non va in alcun modo pressato, ossia non bisogna tentare di far dire al bambino qualcosa che possa confermare ciò che chi

ascolta già crede, conosce, o desidera;

- al minore deve avere spiegato, alla fine del suo ascolto, il significato che ha avuto l'incontro con chi l'ha sentito e per quanto possibile, che la natura e il contenuto delle decisioni che lo riguarderanno, terranno conto di quanto da lui detto, ma potranno essere diverse.

Inoltre, è consigliabile che l'ascolto del minore non avvenga in presenza di un "pubblico" anche se pertinente con il contesto (avvocati, consulenti di parte, psicologi, operatori dei servizi, ecc.), e che esso non subisca la disattenzione data, ad esempio, dalla scarsa conoscenza degli atti di chi si trova a interagire con lui.

In tal senso, particolarmente indicativi possono apparire i racconti di alcuni minori coinvolti a diverso titolo in procedimenti giudiziari che li hanno riguardati (cause di separazioni dei genitori, procedimenti di adottabilità, incidenti probatori, ecc..) che, oggetto di una specifica ricerca condotta da chi scrive sulla percezione dell'ascolto nei contesti giuridici, hanno riferito di essersi sentiti, in qualche modo, "sviliti" dall'incontro diretto con la giustizia, in quanto chi li ascoltava non solo non sapeva nulla di loro, ma tendeva a riproporre, quando per esigenze d'ufficio li si ri-ascoltava nel tempo, sempre le stesse domande mostrando una scarsa conoscenza della loro storia.

Marianna ha 13 anni, ed è stata sentita per la prima volta dal Pubblico Ministero a circa 9 anni, in merito a degli abusi sessuali subiti in famiglia:

"Ricordo il mio giudice, si chiamava Claudia, ed era dolcissima, era sempre carina con me e quando io parlavo con lei, lei mi guardava negli occhi e solo dopo scriveva al computer. L'ho rivista nel tempo diverse volte, anche se dopo l'incidente probatorio, di cui non mi ricordo quasi niente, è stato più difficile. In Tribunale per i Minorenni ho invece cambiato tantissimi giudici e questo mi ha infastidito perché, anche se mi chiedevano come stavo e come andava la mia vita in Comunità, non sapevano quasi niente di me. Del Tribunale mi da fastidio aspettare, e non avere mai certezze, mi ascoltano, ma non mi dicono niente, al momento non si sa quando avrò una nuova famiglia....."

Marina ha un lungo iter giudiziario in quanto è stata vittima di abusi sessuali perpetrati dai suoi familiari, e in tal senso è stata coinvolta sia in procedimenti penali che civili che hanno in seguito decretato la sua adozione:

“Quando sono stata sentita per la prima volta, avevo circa 7 anni e sono andata in questura e ricordo bene una stanza gioco e un ispettore che mi ha ascoltato. Io ho bisogno di avere fatte delle domande per parlare, a me viene più facile così, e così anche in quel caso ho chiesto di avere fatte le domande.

Non ricordo i giudici che nel tempo ho incontrato, perché sono stati tanti e non sempre era chiaro che fossero giudici, ma la psicologa che ho conosciuto al Tribunale per i Minorenni e che ho incontrato per diverse volte la ricordo bene,... anche se la psicologa che vorrei rivedere è quella della Asl che mi ha aiutato nel tempo. Ricordo bene il mio incidente probatorio e la cosa più antipatica è stata ripetere per l’ennesima volta ciò che avevo già dichiarato,... non capisco perché se c’è un verbale i giudici non si leggono quello. Ricordo la stanza nella quale ho riferito quanto mi è successo e ricordo che nella stanza affianco c’erano gli avvocati dei miei genitori che mi guardavano e questo mi ha impensierito, perché pur non vedendoli sapevo che loro mi ascoltavano e avrebbero potuto contraddirmi per difendere i miei genitori. Quando è finita la deposizione mi sono sentita molto più libera, ho potuto mettere un punto, ma non con la giustizia. Più volte, infatti, sono andata in Tribunale per parlare con il giudice che nel tempo è sempre rimasto lo stesso, mi sono sempre sentita ascoltata, anche se non capita, in quanto io lo avrei voluto vedere più spesso per raccontare, ad esempio quanto accadeva in comunità, da dove per un certo periodo sarei voluta andare via”.

Appare, quindi, chiaro come il minore necessiti di un’informazione all’ascolto, qualunque sia la sua età, che ha che fare sia con il “senso” dell’ascolto, ovvero con la condivisione del senso delle parole, secondo quanto affermato dagli studi condotti da M. Scavi (2003), ma anche con il giusto “significato” rispetto a ciò che si sta facendo: l’informazione, quindi, come elemento atto a contestualizzare per evitare erronee attribuzioni, tipo il “percepirsi sotto interrogatorio”.

In tal senso, può essere utile fare riferimento ad altri racconti reperiti nell'ambito della sopra menzionata ricerca:

Lucio, ascoltato dal giudice del Tribunale per i Minorenni, quando aveva 11 anni, in occasione della sua adozione speciale, ha affermato:

“Ricordo di essere stato ascoltato da un giudice donna nella sua stanza; ricordo bene di essere stato accolto prima dal cancelliere e successivamente di essere entrato nella stanza del giudice, che mi ha messo a mio agio, poiché ero un po' emozionato e incuriosito dal fatto che all'entrata del Tribunale avevo visto i carabinieri, che mi avevano comunque causato un po' di soggezione. L'incontro con il giudice non è durato molto, mi ricordo che mi ha chiesto come funzionava la mia famiglia e che rapporti avevo con i vari componenti, in particolare con la mia mamma che adottandomi mi avrebbe dato il suo cognome. Sono stato un pò in ansia ma ero contento di parlare e di esprimere la mia opinione su una cosa che riguardava innanzitutto me. Infatti, da lì a poco, ho aggiunto al mio cognome il cognome della mia mamma”

Fedele, adolescente coinvolto nella separazione dei suoi genitori sin da quando aveva poco meno di 9 anni, è stato ascoltato una prima volta presso il Tribunale Ordinario dal Giudice della separazione con l'ausilio di un consulente, successivamente è stato coinvolto dal CTU (psichiatra) presso il suo studio per essere sentito alla presenza dei rispettivi CTP dei suoi genitori, e in ultimo ascoltato nuovamente presso il Tribunale per i Minorenni da un componente privato. A seguito di una nuova consulenza, per via del divorzio contenzioso dei genitori, il nuovo CTU nominato ha richiesto d'incontrarlo per conoscere la sua opinione, ma lui si è rifiutato, scrivendo:

“Io non c'entro niente. Voglio essere lasciato in pace, nessuno mi può obbligare ad incontrarvi. Nessuno può entrare nella mia stanza se viene a casa mia, nessuno può dirmi d'incontrare e/o conoscere giudici e consulenti, nessuno più mi può fare raccontare ciò che provo e che vivo, voglio rimanerne fuori”.

Alla luce di quanto osservato, si concorda pienamente con quanto affermato da P.Pazè (2004), il quale sostiene che ciò che interessa

comprendere a chi è deputato ad ascoltare un minore, è proprio la sua opinione, ossia come egli vede il mondo, e per far ciò si deve provare a sospendere un atteggiamento giudicante e incentivare, invece, curiosità ed esplorazione, oltre che l'empatia (ossia la capacità di mettersi nei panni dell'altro). Tali presupposti, come ampiamente documentato da P. Capri (2007) possono permettere di creare una relazione in cui si tende a "sostenere" e non a "suggestionare" il minore, capace peraltro di attivare, come già accennato, delle resistenze in proposito. Ciò consentirà di creare un rapporto, in cui l'alterità potrà essere sentita come una risorsa, e l'empatia la base su cui costruire una relazione che permetta al minore di aprirsi e raccontare di sé e del suo mondo. Attraverso domande aperte, si può favorire quindi, in primis, la narrazione del minore e, solo in un secondo momento, attraverso una modalità che include il chi, il come, il quando e il dove, la possibile raccolta d'informazioni, che dovrebbero sempre essere concordate con le parti coinvolte.

Pertanto, è emersa la necessità di ritenere l'ascolto un momento processuale che richiede un'attenzione diversa da parte del magistrato che è delegato a farlo: preparare l'ascolto, insieme ai soggetti a diverso titolo coinvolti (avvocati, consulenti, curatori, tutori, ecc.), ossia tramite un gruppo differenziato, che è portatore di diverse considerazioni, può creare un confronto creativo. Esso può portare da una parte a fare sentire il giudice "meno solo" (come avviene frequentemente in ambito civile), ma anche a lasciare emergere nel minore un "diritto di parola", sostenuto da un "diritto all'ascolto", che porta conseguentemente il giudice a porre e a porsi delle domande, nonché ad avere ulteriori elementi che lo aiuteranno a "progettare creativamente" secondo termini psicologi o a "decidere ancora più adeguatamente" per rientrare nei canoni giuridici.

Quindi, è necessario, quando si pensa di ascoltare un minore, prendere tutte le accortezze possibili:

- strutturali (ricorrere a luoghi, giochi ecc. adeguati);
- temporali (l'attesa ha già in qualche modo insita l'idea dell'essere respinti);
- metodologiche (utilizzo dell'empatia, di domande aperte);

proprio perché preparare un'audizione, non è come preparare una prova.

In relazione a quanto fin qui problematizzato si può affermare che l'ascolto di un bambino è l'incontro con una persona, a cui deve essere chiaro l'interesse che gli operatori di giustizia provano per lui: in tal senso non può essere mai dimenticato che il suo dire, nonché le risposte alle domande fattegli, hanno a che fare con il clima emotivo che si riesce a creare, anche in un contesto per lui "coatto" come quello giuridico.

Pertanto, l'ascolto non potrà, nella maggioranza dei casi, che costituire solo l'inizio della conoscenza del minore, che sarebbe sempre auspicabile veicolare in seguito nella sua complessità a un esperto delegato dal giudice che possieda un'adeguata formazione professionale nell'ambito psicogiuridico.

Secondo quanto sottolineato dal P. Capri (2009), lo psicologo giuridico deve avere una specificità professionale, che abbracci competenze cliniche, dell'età evolutiva, psicopatologiche, ma anche normative. Tale professionista dovrà creare, a garanzia del minore, o del soggetto debole, da lui ascoltato una relazione che in primis è un rapporto umano e rispettoso, in cui non solo potere sperimentare la fiducia nell'altro che ascolta, ma gettare le basi per una possibile relazione d'aiuto. In tal senso, egli ha ravvisato la possibilità di incentivare l'inizio di una cura, una terapia, già immediatamente dopo il momento in cui il perito abbia diagnosticato la presenza di un trauma.

Pertanto, è apparso chiaro come a differenza di un iniziale momento di ascolto effettuato dal giudice, nella consulenza tecnica successivamente disposta, attraverso un tempo maggiore, il consulente potrà scoprire i meccanismi del funzionamento del minore, ossia la sua struttura di personalità e dare al contempo spazio alla conoscenza della sua organizzazione familiare. Essa, come afferma Malagoli Togliatti M. (2002) deve riguardare non solo il bambino, ma il suo trigenitoriale (ossia la sua appartenenza familiare), i suoi miti, i suoi modelli, nonché appunto le relazioni e le sue interazioni. Per far questo, quindi, non si può pensare di utilizzare un unico test standardizzato (ad esempio, il test di Rorschach, nonostante la sua validità scientifica), ma una batteria di test che comprendendo più reattivi (disegni, test di livello, proiettivi ecc.)

consenta di far emergere degli indicatori della possibile presenza di un trauma, che verranno confrontati con quanto direttamente osservato dal clinico, in modo da neutralizzare da una parte la suggestione, definendo la presenza assenza di un disagio, e dall'altra la sua possibile compatibilità con un'ipotesi che ha reso opportuno effettuare l'ascolto.

In conclusione, si può affermare che il bambino per sentirsi accolto e ascoltato e conseguentemente potersi aprire a un colloquio, ha bisogno di percepire che si ha interesse per lui e che la persona che ha davanti (sia esso giudice che consulente) sia al corrente della sua storia, e soprattutto che lui non è uno fra tanti.

Tutto ciò, potrebbe permettere dunque di far vivere al minore questa esperienza d'ascolto come un momento significativo della sua vita, e non come una situazione spersonalizzante o addirittura in alcuni casi traumatizzante, come purtroppo fino a oggi è spesso accaduto, perché lasciata alle singole sensibilità degli operatori della giustizia, che ancora non condividono appieno delle *best practice*.

Lavorare nell'interesse del minore è pertanto non solo possibile ma doveroso, in quanto essendovi realtà e conoscenze diverse, psicologiche e giuridiche, che oggi iniziano a integrarsi attraverso la creazione di numerosi "protocolli", ossia di "soluzioni alternative condivise a tutela del minore", si sta cominciando a dare la giusta centralità a questo soggetto, che è e rimane un interlocutore privilegiato.

Il minore, infatti, entrando nel circuito giuridico, dovrà vivere quanto la giustizia non solo possa essere al suo servizio, ma anche a sua misura.

Bibliografia e sitografia

Capri P. (2007), *“La metodologia psicologica in ambito forense: attendibilità clinica e giudiziaria”*, AIPG Newsletter n°28 in www.aipgitalia.org

Capri P. (2007), *“Riferimenti psicologici in ambito forense”*, AIPG Newsletter n°29 in www.aipgitalia.org

Capri P. (2009), *“L’ascolto del minore nelle CTU di affidamento. Aspetti psicologico-giuridici”*, AIPG Newsletter, n° 38 in www.aipgitalia.org

Ceci S.J., Brunk M. (1995), *Jeopardy in the Courtroom. A Scientific Analysis of Children’s Testimony*, Washington, DC: American Psychological Association in http://www.falsiabusiti/area_scient/studi/di_giovanni.html - ftn302

Dell’Antonio A. (2001), *La partecipazione del minore alla sua tutela: un diritto misconosciuto*, Giuffrè, Milano.

De Cataldo Neuburger L. (2005), *La testimonianza del minore, tra “scienza del culto del cargo” e fictio juris*, Cedam, Padova.

Gulotta G. (2002), *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico civile, penale, minorile*, Giuffrè, Milano.

Gulotta G. (2004), *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Giuffrè, Milano.

Gulotta G. (2007), *Separazione divorzio e affidamento dei figli. Tecniche e criteri della perizia e del trattamento*, Giuffrè, Milano.

Gulotta G. (2009), *Guida alla perizia in tema di abuso sessuale e alla sua critica*, Giuffrè, Milano.

Gulotta G. (2009), *Sapersi esprimere. La competenza comunicativa*, Giuffrè, Milano.

Gulotta G., Ercolin D. (2004), *La suggestionabilità dei bambini: uno studio*

empirico, in *Psicologia e Giustizia* n. 1, in www.psicologiagiuridica.com

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice (Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies) in <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705587&Site=DC>

Lombardi R. Tafà M. (1998), "Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione". In *Minori giustizia* , 4, pp. 78-82.

Malagoli Togliatti M., Lubrano Lavadera A. (2002), *Dinamiche relazionali e ciclo di vita della famiglia*, Il Mulino, Bologna.

Malagoli Togliatti M., Lubrano Lavadera (a cura di) (2011), *Bambini in tribunale. L'ascolto dei figli contesi*, Raffaello Cortina, Milano.

Malagoli Togliatti M., M. Montinari (a cura di) (1995), *Famiglie divise. Versi percorsi tra giudici, consulenti e terapeuti*, Franco Angeli, Milano.

Malagoli Togliatti M., Di Benedetto R. (a cura di) (2007), "Ascoltare il minore nella consulenza tecnica d'ufficio". In *Link – Rivista scientifica di psicologia*, 10, pp. 16-22.

Pazè P. (2003), "I provvedimenti giurisdizionali per il minore nella crisi della famiglia e nella crisi del rapporto genitore/prole". *Convegno Nazionale Roma*, 17-19 novembre.

Pazè P. (2004), *L'ascolto del minore* in www.minoriefamiglia.it

Sclavi M. (2003), *Arte di ascoltare e mondi possibili*, Bruno Mondadori, Milano.

SPUNTI DI RIFLESSIONE EMERSI NEGLI INCONTRI DI STUDIO

SULL'ASCOLTO IN MATERIA DI PROCEDIMENTI CIVILI MINORILI

A cura di Francesco Micela, Magistrato

1. Premessa generale

Le problematiche in materia di ascolto, collocandosi nel contesto generale della giustizia minorile, presentano complessità dovute:

- ❖ alla pluralità dei procedimenti, caratterizzati da finalità differenti³⁸, e al fatto che anche nell'ambito di una stessa tipologia, specie in materia di potestà, le singole situazioni sono di gravità molto diversa – si va da incurie di tipo igienico a maltrattamenti gravi e ad abusi – anche per una sorta di supplenza dei Tribunali minorili, che, a fronte delle carenze negli interventi autonomi degli Enti locali, sono indotti a intervenire, ad esempio con inserimenti semiconvittuali o affidamenti al servizio sociale, in situazioni che di per sé dovrebbero trovare una risposta in sede amministrativa, senza intervento del giudice.
- ❖ al fatto che molti procedimenti, primo fra tutti quelli in materia di potestà, non sono disciplinati dalla legge, per cui il giudice minorile non ha un modello normativo cui riferirsi e può rifarsi solo ai principi generali del procedimento camerale.

Per di più, proprio in materia di potestà, non è ammissibile il ricorso in Cassazione, che negli altri giudizi civili svolge una preziosa funzione 'nomofilattica' a livello nazionale: nell'ambito della potestà, per i giudici di merito le indicazioni interpretative si desumono dalle decisioni della Cassazione solo indirettamente – quando si pronuncia in altre materie – o sono tratte da sentenze interpretative della Corte

³⁸ Procedimenti ex art. 317 bis c.c., procedimenti di decadenza e limitazione della potestà, di adottabilità, di misure rieducative, di sottrazione internazionale

Costituzionale o delle Corti di giustizia europee. Tali decisioni non hanno però effetto nel merito dei procedimenti di potestà, la cui correttezza trova come ultimo giudice la locale Corte di Appello.

- ❖ all'evoluzione della giurisprudenza minorile nell'ultimo decennio che, pur in modo non omogeneo nel territorio nazionale, va nella direzione di una maggiore valorizzazione del principio del contraddittorio.

Questo mutamento – dovuto principalmente alla modifica dell'art. 111 della Costituzione – costituisce un percorso tutt'altro che semplice, perché il rispetto del principio del contraddittorio deve comunque coordinarsi con le specifiche finalità di tutela proprie dei procedimenti minorili.

Il complesso di tali elementi fa sì che, in materia di ascolto, nei Tribunali minorili vi siano spesso interpretazioni e prassi diverse fra loro e sia difficile trovare delle linee di tendenza omogenee nel territorio nazionale.

2. Il rappresentante legale del minore

- ❖ Nei procedimenti di adottabilità la legge prevede sia sempre nominato un rappresentante legale del minore, tutore o curatore.

In quelli di potestà la nuova formulazione dell'art. 336 c.c. prevede che il minore sia assistito da un difensore, lasciando intendere che il minore è ormai considerato una parte processuale. Non sempre, però, viene nominato un curatore che lo rappresenti, ritenendosi che lo stesso genitore possa rappresentare il figlio in tutti i procedimenti di potestà ovvero in quelli in cui non vi è un pregiudizio rilevante³⁹.

Una delle ragioni che porta a escludere la nomina del curatore è costituita dal fatto che, in molte sedi, il filtro iniziale del pubblico ministero è minimo, con la conseguenza che il Tribunale si occupa

³⁹ È questo l'orientamento prevalente negli uffici, con la nomina di un curatore speciale nei soli casi di maggiore gravità. Invece nei procedimenti ex art.317 bis c.c., per molti aspetti analoghi ai procedimenti di separazione, non si ritiene possibile generalmente la nomina di un curatore, e solo in pochi Tribunali lo si nomina eccezionalmente, per le situazioni più conflittuali.

spesso di situazioni in cui l'intervento giurisdizionale potrebbe essere evitato dall'intervento autonomo dei servizi e per le quali la nomina di un curatore viene ritenuta sproporzionata e inutilmente dispendiosa.

- ❖ Dal punto di vista dell'ascolto, la presenza nel procedimento di un rappresentante legale diverso dai genitori (tutore o curatore che sia) è una risorsa particolarmente preziosa sia nella fase che precede l'ascolto (per fornire al giudice elementi di conoscenza sul minore e informare quest'ultimo sul significato dell'ascolto e sui suoi diritti), sia nella fase che segue il provvedimento (per informare il minore sul significato e le ragioni del provvedimento adottato dal giudice).

Sarebbe dunque utile, dal punto di vista dell'esercizio del diritto all'ascolto, che i Tribunali nominassero al minore un rappresentante legale in un numero maggiore di procedimenti.

Quanto alle sue funzioni, in alcune sedi il curatore svolge esclusivamente un ruolo processuale e non ha rapporti diretti con il minore; in altre, invece, lo incontra sia se è inserito in comunità, sia – per il tramite dei servizi sociali – se vive in famiglia.

Sul punto, è importante che al curatore (e al tutore) sia riconosciuto il potere – dovere di incontrare il minore e di avere con lui un rapporto diretto (eventualmente alla presenza degli operatori sociali, a seconda dell'età del bambino e delle circostanze concrete), in modo da svolgere i propri compiti nella fase che precede l'ascolto, conformemente a quanto previsto dal primo comma dell'art. 10 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 25 gennaio 2006⁴⁰, e di spiegare successivamente al minore le decisioni in cui le sue opinioni e i suoi pareri non siano stati seguiti ⁴¹.

40 "Nei procedimenti dinanzi ad un'autorità giudiziaria riguardanti un minore, il rappresentante deve, a meno che non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore: a) fornire al minore ogni informazione pertinente, se il diritto interno ritenga che abbia una capacità di discernimento sufficiente; b) fornire al minore, se il diritto interno ritenga che abbia una capacità di discernimento sufficiente, spiegazioni relative alle eventuali conseguenze che l'opinione del minore comporterebbe nella pratica, e alle eventuali conseguenze di qualunque azione del rappresentante; c) rendersi edotto dell'opinione del minore e portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria."

41 Cfr. le Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa sulla giustizia a misura del minore,

-
- ❖ In Italia viene spesso nominato quale curatore un avvocato, che cumula così la funzione di curatore (gratuita) e di difensore (per la quale è previsto un compenso, tramite il ricorso al patrocinio a spese dello Stato).

Specialmente per i bambini piccoli sarebbe utile distinguere le due funzioni, nominando quale curatore, ove possibile, chi abbia competenze specifiche utili allo svolgimento del suo ruolo (pedagogista o psicologo) e che nominerà a sua volta un avvocato per la difesa tecnica.

In ogni caso, così com'è necessario che la difesa tecnica sia esercitata da avvocati realmente specializzati, la specializzazione è importante anche per le funzioni di rappresentante del minore, e sono dunque fondamentali gli aspetti relativi alla selezione e alla formazione dei curatori speciali e dei tutori.

In alcune sedi sono stati istituiti degli albi e promosse specifiche iniziative di formazione per iniziativa degli uffici giudiziari o dei Garanti per l'Infanzia istituiti in sede regionale.

Un ruolo importante di promozione e di coordinamento in questo campo può essere svolto dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, recentemente istituita con la legge statale 12 luglio 2011 n. 112.

3. Alcune considerazioni sul senso dell'ascolto

- ❖ L'ascolto coinvolge profili psicologici e profili giuridici.

Se, dal punto di vista psicologico, occorre fare molta attenzione alle modalità con le quali si procede e alle conseguenze che si determinano nei vissuti del minore, occorre anche tenere ferma, dal punto di vista giuridico, la finalità dell'ascolto, che è quella di consentire al minore di esercitare il diritto di esprimere le proprie opinioni e i propri desideri in relazione alle decisioni che possono essere adottate in quello specifico procedimento.

L'ascolto deve dunque mantenersi entro tali confini, senza assumere obiettivi estranei, di tipo terapeutico o educativo.

- ❖ L'atteggiamento di ascolto e l'attenzione alle modalità dell'interlocuzione vanno riferiti a uno stile complessivo e a valori di fondo che devono sempre informare l'attività del giudice minorile (disponibilità a considerare un diverso punto di vista e attenzione alle conseguenze che si determinano per effetto del tipo di relazione che si instaura col giudice), anche quando si procede ad atti istruttori con gli adulti.

A tali principi attenersi, in modo particolare, quando si contestino comportamenti inadeguati a genitori in giovane età.

- ❖ La volontà del minore dev'essere presa in considerazione, ma la decisione non deve necessariamente corrispondere alle sue aspettative e ai suoi desideri, che non costituiscono il criterio unico della decisione, ma vanno valutati tenendo conto di tutti gli altri elementi emersi nel procedimento.

4. Fase che precede l'ascolto

- ❖ È importante che, prima di procedere al suo ascolto, il giudice abbia elementi di conoscenza sul minore, necessari sotto molteplici profili (per decidere eventualmente di non procedere all'ascolto ove manchi la capacità di discernimento ovvero l'ascolto sia manifestamente contrario al suo interesse; 42 per decidere se procedere all'ascolto diretto o indiretto; per decidere sulle concrete modalità con cui procedere all'ascolto e instaurare con lui una migliore relazione in sede di ascolto diretto).

È dunque opportuno che il pubblico ministero minorile, prima di iniziare il procedimento, acquisisca informazioni specifiche sul minore, anche tramite la scuola e le altre agenzie che siano entrate

42 Può non procedersi all'ascolto ove esso sia ritenuto 'in contrasto con gli interessi superiori del minore' (Cass. 21 ottobre 2009, Sezioni Unite, n. 22238), cioè vi siano 'pericoli di esposizione a rischio grave di turbative psicofisiche o a una situazione intollerabile (Cass. 26 aprile 2007, sez. 1, n. 9094), con l'onere di motivare adeguatamente sul punto.

in contatto con lui (servizi sociali e sanitari, pediatra, ecc.). Spesso, invece, i procedimenti vengono iniziati sulla base di informazioni incomplete, determinandosi così un ingolfamento dell'attività istruttoria e un ritardo nei tempi di intervento del Tribunale.

Quanto ai procedimenti promossi da una parte privata (genitore o parente), può essere opportuno, nel decreto con cui si fissa la convocazione dei genitori, invitarli a descrivere il comportamento quotidiano del bambino e a produrre elementi documentali che siano già preesistenti (ad esempio le pagelle, nelle quali sono contenuti giudizi sul comportamento scolastico). Per evitare il rischio di strumentalizzazioni e di sovraesposizione del bambino, non è opportuno invece sollecitare le parti a fornire informazioni scritte ad hoc provenienti da altre agenzie educative, specie nelle situazioni conflittuali, dovendosi evitare il rischio che il conflitto invada tutti gli ambiti di vita del minore.

In ogni caso, l'approfondimento delle caratteristiche proprie del minore dovranno essere oggetto di specifica attenzione fin dai primi atti del procedimento, non soltanto in sede di informazioni dei servizi, ma anche di audizione dei genitori.

Una fonte di conoscenza molto importante può essere (quando c'è) il curatore o il tutore.

- ❖ Prima dell'ascolto, il minore deve ricevere alcune importanti informazioni (che l'ascolto è un suo diritto e non un suo obbligo; che la sua opinione verrà presa in considerazione, ma non determina necessariamente il contenuto della decisione; che il minore può indicare il modo in cui desidera essere ascoltato)⁴³.

Il momento in cui vengono date queste informazioni deve precedere di un periodo congruo quello dell'ascolto e costituisce un aspetto fondamentale per il concreto esercizio del diritto del minore, attraverso il quale viene riconosciuta la dignità e il significato dell'atto.

43 Cfr. l'art. 3 della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, e il punto 3, numero 48, delle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa sulla giustizia a misura del minore, adottate il 17 novembre 2010.

L'art. 10 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 25 gennaio 2006 prevede, fra l'altro, che il rappresentante legale del minore abbia il dovere di informare il minore⁴⁴.

La responsabilità che il minore sia stato realmente informato è comunque del giudice (tanto più nei casi in cui manchi un rappresentante legale diverso dai genitori) ed è il giudice, quindi, a doversi accertare che il minore sia stato informato in forma corretta, decidendo eventualmente le modalità più adeguate con cui l'informazione va data.

Nel caso in cui il curatore o il tutore manchi, il giudice deve dunque individuare una persona (ad esempio un operatore del servizio sociale o della comunità) che abbia il compito di informare previamente il minore.

La forma scritta non è un mezzo idoneo, perché l'informazione va data in modo personale, adeguato all'età e alle caratteristiche del minore.

Può essere utile, tuttavia, un documento pubblicato nel web consultabile da minori più grandi, così come può essere utile predisporre un documento scritto per chiarire ai soggetti che devono informare il minore il contenuto dell'informazione da dare.

Le informazioni sul significato dell'ascolto verranno così soltanto ribadite dallo stesso giudice in sede di ascolto diretto (e completate con la specificazione che il giudice che decide è un collegio, composto anche dal giudice che procede all'ascolto).

È opportuno, al riguardo, che, in sede di verbalizzazione dell'ascolto, il giudice dia atto delle modalità e dei tempi con cui il minore è stato previamente informato.

Nel garantire al minore il suo diritto di essere informato, bisogna tenere conto dell'età e delle sue condizioni sia per quanto attiene alle

⁴⁴ Vedi nota n.40

modalità di comunicazione, sia per quanto riguarda le informazioni sui fatti oggetto del procedimento (va escluso, in genere, il suo accesso diretto agli atti)⁴⁵.

Anche nel momento della promozione e della responsabilizzazione del minore, occorre infatti considerare il principio di tutela.

5. Capacità di discernimento

Pur trattandosi di una valutazione che va fatta caso per caso, in genere sotto i sei anni non può parlarsi di capacità di discernimento e quindi di ascolto in senso tecnico, preceduto dalle informazioni da dare al minore, pur essendo comunque possibile – e spesso auspicabile – un’audizione diretta del giudice con finalità dirette prevalentemente alla conoscenza e alla valutazione delle condizioni e dei bisogni del bambino.

Generalmente, invece, dopo i dodici anni non dovrebbe dubitarsi della capacità di discernimento.

Quanto all’età fra i sei e i dodici anni, già dopo i sei – sette anni occorre porsi seriamente il problema dell’ascolto, evitando di confondere la sussistenza della capacità di discernimento con le difficoltà che attengono alla comunicazione con minori piccoli di età.

In ogni caso, ai fini della valutazione della capacità di discernimento, non è facile acquisire informazioni attendibili prima dell’ascolto.

Una variabile importante è data comunque dal tipo di procedimento: vi sono procedimenti (ad esempio quello di adottabilità) in cui il bambino di sei anni va di regola sentito, a differenza che in altri (ad esempio un procedimento ex art. 317 bis c.c. molto conflittuale).

Secondo alcuni, questo dipende dal fatto che la capacità di discernimento (cioè la capacità di formarsi un’opinione e di elaborare quello che più è utile, anche sotto forma di utilità secondaria) ha carattere

⁴⁵ La necessità che il minore riceva informazioni pertinenti e appropriate con riferimento alla sua età e al suo grado di sviluppo, a meno che tali informazioni nuocciano al suo benessere, è sottolineata da Cass. 27 luglio 2007, sez.1, n. 16753

relativo e non assoluto, perché dipende dall'oggetto cui è rivolta (in modo analogo a quanto avviene in materia penale per la capacità di intendere e di volere, che va valutata in relazione al fatto-reato oggetto del procedimento penale).

Secondo altri, invece, la capacità di discernimento non può considerarsi relativa, e il mancato ascolto di un bambino tra i sei e i dieci anni in alcuni tipi di procedura va piuttosto giustificato, caso per caso, con l'eventuale contrarietà al suo superiore interesse⁴⁶.

In entrambe le prospettive, è comunque fondamentale che il Tribunale rispetti l'onere di motivare in modo specifico le ragioni per le quali non procede all'ascolto.

6. Ascolto diretto / indiretto

- ❖ In via generale, è certamente da preferire l'ascolto diretto da parte del giudice, tanto più che i Tribunali per i minorenni, altamente specializzati, hanno una composizione mista, e che l'ascolto diretto – eseguito da un giudice delegato dal collegio – può anche svolgersi, se opportuno, fuori dalla sede giudiziaria (ad esempio in comunità o, in casi eccezionali, anche a scuola).

Più in generale, per procedere all'ascolto, il collegio, a seconda delle situazioni, delegherà un giudice togato e/o un giudice onorario.

Va visto con molto favore l'ascolto congiunto del minore da parte di un giudice togato e di un giudice onorario.

I vantaggi di questa scelta sono diversi: si recupera una dimensione non monocratica in un momento particolarmente importante del procedimento; si favorisce un approccio che ponga attenzione a entrambi i profili, giuridici ed extragiuridici; si ha la possibilità di essere aiutati, grazie alla valutazione dell'altro giudice sul modo concreto in cui si procede, favorendosi così la possibilità di correggere lo stile di comunicazione nei successivi ascolti.

⁴⁶Vedi nota n. 42

È invece da considerare eccezionale l'ascolto davanti al collegio, che in genere va circoscritto ai casi, talvolta verificatisi, nei quali lo stesso minore ne faccia richiesta.

- ❖ In alcuni casi può essere opportuno l'ascolto in forma indiretta (ad esempio se ne fa richiesta lo stesso minore o nei casi di minori che presentino specifiche patologie e siano seguiti da servizi di neuropsichiatria infantile)

Vi è la possibilità di procedere all'ascolto indiretto tramite il curatore o il tutore (specie se ne faccia richiesta il minore) o anche tramite gli operatori del servizio sociale.

Non basta tuttavia l'acquisizione della volontà e delle intenzioni in modo generico, se tale acquisizione non è preceduta dall'informazione, da dare al minore, sul suo diritto di essere ascoltato dal giudice.

In particolare, quando l'ascolto avviene in forma indiretta è essenziale che il minore sia consapevole che sta parlando, sia pure indirettamente, col suo giudice, e non soltanto con uno dei soggetti coinvolti nel procedimento.

È prevalente l'opinione che l'ascolto indiretto non costituisca formalmente un atto processuale delegato – di modo che non richieda una verbalizzazione e non sia ipotizzabile la presenza dei difensori – e che, piuttosto, l'atto processuale sia costituito dall'atto con cui il soggetto che ha ascoltato il minore ne riferisce al giudice.

7. Modalità

Fondamentale è il *setting*⁴⁷ e il momento dell'accoglienza (fra gli aspetti da non tralasciare, occorre porre particolare attenzione ai tempi di attesa, il più possibile contenuti, e alla necessità di una sicura ed esaustiva conoscenza del fascicolo processuale da parte del giudice).

47 In ordine all'organizzazione del procedimento, all'ambiente e al linguaggio, vedi, in particolare, i punti da 54 a 63 delle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa sulla giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010

Il minore deve avere chiaro fin dall'inizio il ruolo del giudice e il significato dell'ascolto, che non si svolge in una dimensione privata di segretezza, in quanto l'opinione del minore è destinata a restare negli atti del procedimento attraverso la verbalizzazione.

Il contenuto delle dichiarazioni raccolte va dunque senz'altro verbalizzato, dopo che il giudice si sia assicurato di avere compreso il punto di vista del minore.

Una buona verbalizzazione consente al minore di comprendere a sua volta di essere stato ascoltato e costituisce quindi un'importante forma di restituzione, che lo rassicura.

È utile una verbalizzazione analitica, con domande e risposte, così come opportuno è il coinvolgimento del minore nella verbalizzazione, ben potendo egli interloquire sulle modalità con cui riportare nel verbale la propria opinione in modo appropriato (in questo senso possono non essere verbalizzate fedelmente espressioni di cui il minore si sia poi pentito).

La registrazione (o la videoregistrazione) non sembrano tecniche tendenzialmente generalizzabili, a fronte del numero elevato di ascolti che quotidianamente si svolgono nei Tribunali minorili e al rischio di elevare in modo ingiustificato la conflittualità.

È tuttavia utile porsi nelle condizioni di potere registrare l'ascolto, specie nei procedimenti collegati a indagini penali o comunque nei quali emergano fatti penalmente rilevanti.

Occorre evitare di illudere il minore, con promesse che non si è in grado di mantenere: il giudice che ascolta non coincide con il giudice collegiale che decide, e comunque la disponibilità delle risorse (servizi domiciliari, famiglie affidatarie, famiglie adottive, ecc.) non dipendono esclusivamente dal giudice.

Al termine dell'ascolto, va esplicitato al minore che la sua possibilità di partecipazione al procedimento non è terminata e che, se vuole, potrà nuovamente essere ascoltato dal giudice.

8. Fase successiva

Il giudice deve fare in modo che il provvedimento adottato, specie quando non corrisponda alle aspettative del minore, gli venga adeguatamente comunicato e spiegato⁴⁸, delegando a questo scopo un soggetto, preferibilmente il rappresentate legale.

In taluni casi, specie per i provvedimenti che hanno una maggiore rilevanza nel vissuto del minore, è opportuno che sia lo stesso giudice a comunicargli direttamente il contenuto e il significato della decisione tramite una nuova convocazione.

⁴⁸ Vedi il punto 49 delle Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa sulla giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, secondo cui le decisioni giudiziarie che riguardano i minori, e in particolare quelle in cui le loro opinioni e pareri non sono stati seguiti, devono essere debitamente motivate e spiegate loro in un linguaggio comprensibile

IL PUNTO SULL'ASCOLTO DEL MINORE. SINTESI DEI LAVORI DEL

GRUPPO AREA CIVILE.

ANALISI FINALE.

A cura di Rita Russo, Magistrato

1. Una doverosa premessa

Il lavoro dei gruppi che hanno operato nelle due settimane di studio organizzate dal CSM in tema di ascolto del minore è stato anche – e non solo – una ricerca di prassi condivise e virtuose in materia di ascolto del minore.

Ragionare sulle prassi condivise significa in primo luogo individuarle e differenziale da quelle non condivise e chiedersi perché alcune di esse ricevono ampia applicazione sul territorio e altre meno. Ma significa anche capire perché alcune prassi oltre che condivise possono considerarsi virtuose.

Senza pretesa di completezza, si è evidenziato che una prassi si può qualificare virtuosa in primo luogo quando è conforme alla legge nazionale, alla Costituzione, alle norme europee e Convenzioni internazionali nonché alla interpretazione che di dette norme offrono la Corte di Cassazione, la Corte costituzionale, la Corte di Giustizia Europea e la CEDU (c.d. diritto vivente) e un indice della sua conformità al sistema normativo è la condivisione e la diffusione sul territorio. La conformità al diritto vivente consente di utilizzare la prassi per rendere più efficiente ed efficace il lavoro del giudice: ciò in quanto la prassi nella misura in cui refluisce prima nel procedimento e poi nel provvedimento giudiziario non solo facilita il lavoro del giudice ma consente di offrire un prodotto fruibile, cioè un provvedimento tendenzialmente stabile, motivato in maniera adeguata a resistere alle impugnazioni, nonché idoneo a circolare nello spazio giuridico europeo. È vero anche che le prassi in

quanto ragionate non sul caso concreto ma su un modello astratto che rappresenta quanto più possibile *l'id quod plerumque accidit* possono poi essere più o meno utilizzabili secondo quanto il nostro caso concreto si avvicina o si discosta dal modello astratto e che è possibile avere casi in cui non si possa fare applicazione di alcuna delle prassi virtuose che abbiamo cercato di individuare nel lavoro di ricerca. L'analisi del caso concreto e la motivazione adeguata alle peculiarità del caso sono quindi preminenti sull'applicazione di qualunque prassi, tanto più che in materia di processi che riguardano i minori la realizzazione dell'interesse del minore è il contenuto e il limite del provvedimento giudiziale e la sua prevalenza (best interest) consente, previa una prudente operazione di bilanciamento, anche il sacrificio in tutto o in parte di altri interessi.

Una prassi tuttavia è virtuosa non solo quando è conforme al diritto vivente e quindi utilizzabile in piena sicurezza (senza il rischio cioè di rendere il provvedimento non idoneo a vivere nello spazio giuridico nazionale ed europeo) ma anche quando è concretamente sostenibile allo stato dei mezzi organizzativi di cui disponiamo. In tal senso essa rappresenta lo sforzo di ottimizzare le risorse esistenti e di organizzarsi al meglio, tenendo conto dei limiti di queste risorse e senza rinunciare a richiedere che queste risorse vengano aumentate e potenziate.

Tenendo conto di queste riflessioni, i gruppi del settore civile hanno ragionato sulle prassi in materia di ascolto del minore e in particolare, dopo avere passato in rassegna un congruo numero di prassi già consolidate nel territorio nazionale o in via di attuazione, sia attraverso l'esame dei protocolli locali ⁴⁹, sia attraverso le esperienze individuali riferite dai partecipanti del gruppo, prima ancora di selezionare e proporre quelle che sono apparse più convincenti, e idonee a essere qualificate virtuose secondo i parametri sopra esposti, ha ragionato su alcuni principi che si potrebbero definire principi solutori, in quanto la

49 Si è sinteticamente convenuto che i protocolli:

- Non sono regolamenti perché non vi è alcuna potestà regolamentare
- Sono individuazione di prassi applicative condivise tra i firmatari e da loro indicate agli appartenenti alle rispettive categorie come paradigmatiche e virtuose;
- Non sono coercibili, non sono inderogabili
- Debbono applicare i principi di legge e del diritto vivente senza potervi derogare

loro applicazione ha consentito di scegliere tra le possibili alternative e, in qualche caso, anche di proporre soluzioni innovative in settori in cui non vi sono ancora sufficienti indicazioni provenienti dalla pratica. In questo percorso di ricerca particolare importanza ha avuto il contributo dato dagli avvocati, naturalmente portati a introdurre i principi della dialettica nei nostri ragionamenti, nonché il contributo dei colleghi più giovani, i quali pur inizialmente restii a intervenire a causa della loro scarsa esperienza, hanno poi garantito con il loro contributo che l'analisi critica si svolgesse senza quei pregiudizi che derivano, a volte, dall'essersi abituati a modalità di lavoro consolidate nel corso degli anni.

2. I principi solutori

a. principio di responsabilità genitoriale e di sussidiarietà dell'intervento del giudice nella famiglia

I genitori sono investiti della responsabilità di attuare gli interessi dei minori tenendo conto dei loro bisogni e delle loro aspirazioni. Non perdono di per sé l'idoneità genitoriale per il fatto di separarsi, idoneità che quindi deve presumersi fino a che non emergano elementi (anche da approfondire) in senso contrario. L'intervento del giudice civile nei processi di separazione e divorzio è quindi sussidiario e si attua nella misura in cui i genitori non sono idonei a svolgere adeguatamente il loro compito. In questo senso si è interpretato e valorizzato il disposto dell'art. 155 comma II c.c. (come modificato dalla legge 54/2006) il quale prevede che il giudice *"prende atto se non contrari all'interesse dei figli degli accordi intervenuti tra i genitori"*.

b. rispetto dei diritti del minore e della appartenenza al minore dei diritti della personalità

Si deve tenere conto che il minore è soggetto di diritti ammesso a esercitarli nella misura in cui lo consente la sua facoltà di discernimento. Pertanto anche in tema di ascolto le decisioni del giudice (se farlo, quando farlo, come farlo) non possono essergli imposte dall'alto ma egli deve essere informato e consultato al riguardo, come peraltro prevedono le linee guida del Consiglio di Europa adottate dal Comitato dei Ministri il

c. funzione dell’ascolto come momento di promozione del minore

Da quanto esposto al punto b) consegue che l’ascolto ha una funzione di promozione della personalità del minore e deve essere un momento educativo e di crescita. Non si deve fare dell’ascolto un adempimento routinario o burocratico. L’interesse del minore è preminente e rappresenta funzione e limite dell’ascolto stesso. La decisione concreta deve quindi essere assunta dopo avere valutato tutte le circostanze caso per caso.

d. rispetto del principio del contraddittorio e della difesa

Si tratta di principi fondamentali che non possono essere a priori elusi o rinunciati, ma la loro concreta esplicitazione nel processo può essere modulata, per consentire la realizzazione dell’interesse del minore, preferibilmente nell’accordo tra le parti e i loro difensori.

3. Le prassi virtuose

Nel raccogliere e analizzare le prassi virtuose più diffuse e anche quelle che, attualmente fase di sperimentazione possono tuttavia proporsi come tali, è apparso opportuno considerare separatamente l’ipotesi del minore che ha compiuto gli anni 12, per il quale l’art. 155 sexies c.c. pone una presunzione di capacità di discernimento, e l’ipotesi del minore che non ha compiuto gli anni 12, ma che potrebbe avere capacità di discernimento adeguata a esprimere nel caso concreto una opinione: con l’apporto degli specialisti (psicologi e neuropsichiatri infantili) che hanno partecipato ai gruppi si è cercato di distinguere ulteriormente, in questa fascia di età, i minori che sono nella fase in cui si iniziano a elaborare i concetti e si ha capacità di esprimerli e coloro che invece, pur manifestando bisogni e desideri, non hanno questa capacità.

A. Minori che hanno compiuto gli anni 12

A.1. L’ascolto come diritto. Quando omettere l’ascolto giudiziale

50 In www.coe.int sezione Human Rights – Equality diversity and rights of vulnerable

Si prende atto che non in tutti i Tribunali italiani l'ascolto è sistematicamente attuato (v. appendice esemplificativa allegata) e che comunque di norma non viene eseguito nei procedimenti consensuali.

Si è allora osservato che la capacità di discernimento per i minori che hanno compiuto gli anni 12 è presunta *ex lege* (155 sexies) e in ragione della autorevole interpretazione data dalle sezioni unite della Cassazione⁵¹ *“l'audizione dei minori nelle procedure che li riguardano e in ordine al loro affidamento è obbligatoria per cui ad essa deve procedersi salvo che possa arrecare danno al minore”*. Non sembra che qui la Cassazione si riferisca solo al generico turbamento che può derivare al minore da una audizione giudiziale (o meglio da una audizione mal fatta) quanto piuttosto alla specifica contrarietà di detta audizione ai dritti e agli interessi del minore stesso, da individuare, in caso di omesso ascolto, con una motivazione puntuale e non stereotipata⁵².

Al fine quindi di valutare quando il giudice civile procede all'ascolto del minore, e quali sono i casi in cui con adeguata motivazione l'ascolto si può escludere, il gruppo si è mosso tenendo presenti le Linee Guida rese dal Consiglio di Europa. Il punto 46 delle Linee Guida si esprime nel senso che l'ascolto non è un obbligo del minore ma un suo diritto: si deve quindi presumere che questo diritto, al pari degli altri, venga normalmente soddisfatto in famiglia e che necessita di attuazione giurisdizionale solo quando tale diritto o gli altri del minore sono esposti a pregiudizio nella concreta dinamica e contrapposizione degli interessi

51 Cass. s.u. 21 ottobre 2009 n. 22238 in Dir. e giustizia, 2009 e in Famiglia e dir., 2010, 4, 364. Due minori, rispettivamente del 1996 e del 1998, sono affidati, come da accordi di separazione consensuale omologata, alla madre, che successivamente si trasferisce in Finlandia. Il padre ne chiede l'affidamento esclusivo, che la Corte d'appello di Roma accorda senza procedere però alla audizione dei minori, richiesta dal procuratore generale, e che era stata disposta, ma non eseguita, anche in primo grado. La Corte di Cassazione accoglie il motivo di ricorso della madre che lamenta la violazione del principio dell'ascolto del minore (e della mancata di valutazione della capacità di discernimento del figlio più piccolo, allora decenne) introdotto in Italia dalle Convenzioni internazionali, in quanto applicabile anche ai processi di modifica delle condizioni di separazione. Il decreto viene quindi cassato con rinvio e rimesso alla Corte di merito per provvedere sulle domande delle parti previa audizione dei minori.

52 Si è quindi orientati a ritenere che una motivazione basata su una generica valutazione di “nocività” dell'ascolto non sia adeguata, in quanto la stessa introduzione della norma e la definizione dell'ascolto come diritto nelle convenzioni internazionali non consentono una simile presunzione.

delle altre parti.

Possono essere quindi considerate, salva la valutazione del caso concreto, alcune indicazioni, per individuare i casi in cui procedere all'ascolto potrebbe non soddisfare gli interessi del minore, rivelarsi superfluo e anche dannoso, e cioè quando:

- Vi è accordo dei genitori sia che sfoci in una separazione consensuale o in un divorzio congiunto oppure vi sia comunque un accordo sulla disciplina dell'affidamento (e la contesa verte ad es. sull'addebito) e salvo che nell'accordo si individuino elementi anomali o non convincenti (ad es. divisione di fratelli, il sottrarsi alle responsabilità parentali di uno o entrambi i genitori etc.). In realtà in questi casi più che omettere l'ascolto si prende atto, e preferibilmente dovrebbe riportarsi in verbale, che il minore è stato ascoltato tramite i suoi rappresentanti legali e cioè i genitori⁵³.

- Il minore, debitamente informato della possibilità di essere ascoltato, non vuole esercitare tale diritto.

- Ripetizione inutile o mera dell'audizione, in più sedi giudiziali.

- Se la persona minore di età si trova in una situazione personale particolare (fragilità psichica, vissuti traumatici) ciò non determina necessariamente l'esclusione dell'ascolto ma rende opportune, anzi doverose, l'adozione di particolari cautele e modalità di espletamento, adatte al caso concreto (ascolto mediante esperto);

- Quando particolari circostanze – da esplicitare nella motivazione – indicano che procedere all'ascolto può comportare lesione dell'interesse del minore a un equilibrato sviluppo psico fisico, l'ascolto giudiziale può essere omesso, ma anche in questo caso è ineludibile l'attenzione agli effettivi bisogni ed esigenze del minore.

A.2. Diritto all'informazione

Perché il minore possa esercitare liberamente il suo diritto a essere

⁵³ V. anche *infra* sub C, sulla nozione di ascolto indiretto e la nota n.9

ascoltato o non ascoltato, deve essere preliminarmente informato. Si osserva quindi che le informazioni (comunque doverose) date dal giudice poco prima di iniziare l'audizione, lasciano al minore poco spazio per riflettere su come e se vuole esercitare il diritto e quindi sarebbe opportuno anticipare la offerta di informazioni adeguate a un momento ancora antecedente l'udienza fissata per l'audizione, possibilmente vicino alla introduzione del giudizio. Si è quindi suggerito di operare come segue:

- Presumendo la conservazione della capacità genitoriale anche nei processi di separazione e divorzio, se non vi sono ragioni di dubbio sulla idoneità dei genitori, dovranno essere essi stessi a informare il minore, dandone atto al giudice⁵⁴. Il giudice cercherà con le modalità ritenute più opportune (interrogatorio libero delle parti, richieste di chiarimenti etc.) di verificare come i genitori hanno informato il minore. È auspicabile che anche gli avvocati rendano edotti i loro assistiti di questo dovere.

- Qualora emerga che i genitori non abbiano informato il minore dei suoi diritti o vi siano ragioni per ritenere che, pur dichiarandolo, non lo abbiano fatto adeguatamente, il giudice darà mandato al Servizio Sociale di informare il minore.

- Le informazioni⁵⁵ dovranno riguardare la tipologia di procedimento che lo riguarda e l'oggetto della decisione, il suo diritto a essere o a non essere ascoltato, il suo diritto a esprimere liberamente la sua opinione, a indicare le modalità da lui preferite per l'ascolto, che le sue opinioni saranno prese in debita considerazione nella decisione ma ne non saranno l'elemento determinante, e che l'ascolto si svolge all'interno di un procedimento e quindi le sue dichiarazioni saranno verbalizzate e rese conoscibili alle altre parti. Il dettaglio delle informazioni viene poi modulato secondo l'età del minore e le circostanze del caso concreto.

54 Vale la pena di notare che il *Report on the consultation of children and young people on justice* che riassume i risultati di un questionario distribuito preliminarmente alla redazione delle linee guida da parte del Consiglio di Europa, ha evidenziato come i giovani in maggioranza gradiscano ricevere maggiori informazioni sui propri diritti e preferibilmente dai genitori o dagli insegnanti (per consultare il report con relativi grafici www.coe.int sezione *Human Rights – Equality diversity and rights of vulnerable*).

55 In conformità a quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996, ratificata in Italia con legge n.77 del 20.3.2003.

◦ Le informazioni dovranno anche essere date in una fase successiva all'adozione del provvedimento, specie quando esso si discosti in tutto o in parte dai desiderata del minore: si ritiene che allo stato della legislazione non vi è modo di attuare questo passaggio finale se non delegandolo ai genitori stessi, o nel caso in cui il minore sia stato preso in carico dal Servizio sociale o di NPIA per un percorso di sostegno, incaricando il Servizio stesso.

B. Il minore di età inferiore ai 12 anni

Se il minore ha meno di 6-7 anni, (età prescolare) non si può parlare di ascolto in senso tecnico, né di capacità di esprimere una vera e propria opinione, e l'attenzione ai suoi bisogni e desideri, se necessaria, si attuerà tramite consulenza tecnica d'ufficio: in questi casi se l'ascolto si rende necessario è perché emergono dagli atti problematiche nella funzione genitoriale.

Se il minore ha una età compresa tra i 7 e i 12 anni saranno i genitori, nella presunzione della conservata idoneità genitoriale, tramite i loro atti, a fornire ogni indicazione e documentazione utile a valutare la capacità di discernimento in relazione al caso concreto (ad es. documentazione scolastica o proveniente da altre agenzie educative). Il minore sarà informato con le modalità di cui sopra, se in base alla documentazione il giudice valuterà che ha la capacità di discernimento. Nel caso in cui la funzione genitoriale appaia compromessa, il giudice valuterà se dare il mandato informativo ai servizi territoriali e quindi procedere all'audizione.

C. Modalità di ascolto

Si distingue tra ascolto diretto e ascolto indiretto, e quanto a quest'ultimo si considera la possibilità che esso sia inserito in un adempimento più complesso quale l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio.

Per ascolto diretto si intende l'audizione da parte del giudice in udienza (presidente, giudice istruttore o giudice delegato dal collegio a seconda della composizione dell'organo giudicante), eventualmente

anche con l'assistenza di un ausiliario esperto nominato ex art. 68 c.p.c.: è il modello ritenuto preferibile perché consente al giudice di avere un contatto diretto con il minore, e di svolgere egli stesso una funzione informativa sui diritti del minore. Verso questo modello sono le stesse indicazioni del legislatore, ma è considerato derogabile se ci sono delle ragioni che il giudice è tenuto, sia pure sinteticamente, a indicare. Svolgendosi in udienza si ritiene che debbano essere rispettate le formalità proprie dell'udienza civile e quindi dare atto, all'apertura della udienza, della presenza delle parti e dei difensori, pur essendo poi modulabile la partecipazione della difesa nei diversi momenti della udienza stessa (prima, durante e dopo l'ingresso in aula del minore e il suo colloquio con il giudice) Appare importante che venga assicurata la presenza del cancelliere. Tutti i soggetti (giudice, cancelliere, avvocati, ausiliario) devono essere presentati al minore per quello che sono e per la funzione che esercitano. Si è poi osservato che il giudice non deve considerare il minore la voce della verità sui rapporti tra i genitori e, pur non sottovalutando la valenza cognitiva dell'ascolto, non dargli un'impronta marcatamente inquisitoria, ma lasciare che il minore spieghi le sue opinioni e ragioni, anzi, incoraggiarlo a dare le motivazioni dei suoi desideri e delle sue scelte⁵⁶.

Per ascolto indiretto si intende in primo luogo l'ascolto tramite un rappresentante, in conformità a quanto espresso dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo⁵⁷; i rappresentanti del minore sono i genitori e quindi l'ascolto è un diritto che normalmente deve trovare il suo spazio di esercizio in famiglia. Si intende anche, processualmente, l'ascolto totalmente delegato all'ausiliario, dei

56 Ad esempio se il minore dichiara che preferisce frequentare una certa scuola, non limitarsi a registrare l'informazione ma invitare il minore a spiegare le ragioni per le quali preferisce quella scuola ad altre. Possono così emergere, come hanno notato gli esperti, elementi di valutazione dell'interesse del minore assai significativi.

57 La Convenzione è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989 a New York ed è entrata in vigore il 2 settembre 1990. L'Italia ha ratificato la Convenzione il 27 maggio 1991 con la legge n. 176 e a tutt'oggi 193 Stati, che costituiscono un numero superiore a quello degli Stati membri dell'ONU, sono parte della Convenzione. Il comma II dell'art.12 stabilisce che Il comma 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».

servizi pubblici o privati, (organo appropriato) che si espleta in assenza del giudice, fuori dai locali del palazzo di giustizia e i cui contenuti ed esiti vengono successivamente riferiti al giudice e alle parti con una relazione scritta ovvero con una relazione orale verbalizzata nel corso di una udienza. Non si tratta di una vera e propria consulenza tecnica: è un'attività meramente acquisitiva di dichiarazioni e non valutativa e istruttoria.

Si tratta di un modello nel quale i principi del contraddittorio e dei diritti di difesa debbono essere salvaguardati dal giudice con l'indicazione di specifiche modalità tanto all'esperto o all'operatore dei Servizi per il recupero del contraddittorio in una fase preventiva e successiva all'attività di ascolto:

- raccolta preventiva delle indicazioni delle parti e dei difensori;
- udienza successiva alla quale partecipa l'esperto, meglio se con il supporto di una relazione scritta, e si discute nel contraddittorio con le parti;

Infine l'ascolto indiretto eseguito nell'ambito di una consulenza tecnica d'ufficio: non costituisce una modalità ordinaria di ascolto del minore ma un approfondimento sulle personalità dei componenti il nucleo familiare e le loro relazioni, all'interno della quale può essere espletato l'ascolto⁵⁸

D. Diritti di difesa

Si registra una certa diversità di vedute tra giudici che ritengono che la presenza dei difensori possa interferire con la spontaneità del colloquio, e giudici che vedono la presenza dei difensori come un momento di

⁵⁸ Il gruppo ha anche osservato la differenza tra la consulenza tecnica d'ufficio e la consulenza tecnica per l'ascolto (in uso al Tribunale di Pordenone): la prima è attuata in varie sedute, con vari input e una pluralità di obiettivi, quelli di cui al quesito giudiziale, che spesso comprendono anche accertamenti su patologie degli adulti che possono interferire con l'idoneità genitoriale; la seconda appare un atto istantaneo, più fedele ma anche facilmente "etero inducibile"; meglio quindi se l'ausiliario è psicologo esperto dell'età evolutiva – o anche psicologo giudiziario o psicoterapeuta.

garanzia e di condivisione di responsabilità.

Si è comunque condivisa l'idea che contraddittorio e diritti di difesa sono principi costituzionali ineludibili e quindi la difesa non può essere esclusa dalla partecipazione all'ascolto del minore *a priori* e in via generale e astratta. Si possono però modulare nel caso concreto le modalità di partecipazione, preferibilmente nell'accordo con la difesa stessa, tramite protocolli o intese specifiche, e i difensori possono anche essere esclusi dalla presenza alla singola attività di ascolto, valutato nel caso particolare l'interesse di quella specifica persona minore di età, purché si assicuri in ogni caso il contraddittorio in un momento preventivo e successivo. Anche quando i difensori sono presenti in quella parte di udienza in cui avviene il colloquio del giudice con il minore, è considerato auspicabile che sottopongano prima al giudice le loro osservazioni e istanze sui temi sui quali indirizzare il colloquio (c.d. scaletta dell'ascolto) e riservino di formulare, se non è assolutamente indispensabile fare diversamente, le loro osservazioni ed eccezioni al momento in cui il minore esce dall'ufficio del giudice.

Quanto alla presenza dei genitori, appare preferibile che i genitori non siano presenti, verbalizzando il loro consenso ad allontanarsi, salvo che la loro presenza non sia ritenuta utile nel superiore interesse del minore eventualmente anche su sua indicazione. La presenza degli avvocati in assenza dei genitori è – secondo il foro, ma anche nella opinione di diversi giudici – di particolare importanza per la restituzione ai genitori dei contenuti dell'ascolto, emergendo non di rado delle dinamiche o delle prospettive che gli stessi genitori ignorano o non hanno ben analizzato o non hanno riferito adeguatamente ai loro difensori. Un'adeguata restituzione conduce non di rado a una adozione di provvedimenti sull'affidamento in tutto o in parte concordata.

E. Verbalizzazione

Si concorda sul fatto che deve essere dettagliata e il più possibile aderente anche al linguaggio utilizzato dal minore, verbalizzando possibilmente anche le domande. Tuttavia si tratta pur sempre di un colloquio che ha anche il compito di mettere a suo agio il minore sicché non tutto ciò che si dice è rilevante ai fini della verbalizzazione. Si deve

però tenere presente che ci può essere un altro grado di giudizio e che una verbalizzazione sommaria potrebbe comportare problemi e anche la ripetizione dell'ascolto.

Quanto ai comportamenti non verbali, si è evidenziato il rischio di trascendere dalla mera descrizione di un dato di fatto (come si presenta il minore, se compie dei gesti significativi) a una valutazione e interpretazione del tutto personale: tuttavia notare alcuni dati anomali o significativi (per esempio uno stato di trascuratezza, magrezza eccessiva, obesità) può servire per disporre successivi approfondimenti, meglio se nella verbalizzazione si è aiutati dall'esperto. Si suggerisce anche, nel caso in cui il giudice noti un elemento comportamentale significativo (ad esempio un abbigliamento marcatamente non convenzionale) di indirizzare il colloquio anche su questi punti così che l'aspetto o il comportamento non verbale risultino descritti e commentati dalle stesse parole del minore.

F. Uso dello specchio unidirezionale

La registrazione dell'udienza o la parte di essa che riguarda l'ascolto può considerarsi possibile ed è del resto espressamente menzionata dal punto 66 delle Linee Guida del Consiglio di Europa "Le dichiarazioni audiovisive rilasciate da minori che sono vittime o testimoni dovrebbero essere incoraggiate, pur rispettando il diritto delle altre parti di contestare il contenuto di tali dichiarazioni". È però vero che l'ascolto non è una testimonianza. Non tutti sono d'accordo sulla opportunità di videoregistrare l'udienza: per alcuni l'aula a specchio o la videoregistrazione sono utili, anche per risolvere la questione della partecipazione di difensori e dei genitori, per altri costituiscono un inutile appesantimento dell'udienza e rischiano di interferire anche sulla familiarità del colloquio con il minore.

4. Riflessioni su alcuni questioni nuove ovvero di interpretazione non ancora consolidata

A. Informazione successiva

Una piena realizzazione dei diritti del minore, e tra questi quello

di partecipare al processo decisionale che lo riguarda ed essere adeguatamente informato, comporta che il minore debba essere informato sia prima della sua audizione sia dopo, specie se la decisione assunta non è conforme alle indicazioni da lui espresse. Tuttavia, allo stato della legislazione italiana, il minore non è parte in senso formale del procedimento di separazione e divorzio, non ha diritto alla nomina di un difensore o di un curatore e non è neanche previsto che venga richiamato dal giudice una seconda volta per informarlo dell'esito del processo e dei provvedimenti adottati in seguito alla sua audizione. È stato quindi proposto che siano gli stessi genitori nell'ambito della responsabile attuazione della loro funzione a svolgere questa attività informativa, inserendo nella sentenza la prescrizione (quale provvedimento atipico adottato nell'interesse del minore ex art. 155 c.c.) di rendere questa informazione e affidarne l'attuazione alla vigilanza del giudice tutelare. Questa prassi è già stata applicata dal Tribunale di Termini Imerese, che nel periodo di tempo decorso tra la prima e la seconda sessione dei lavori ha inserito in una sentenza di separazione una prescrizione di questo tenore.

La sentenza ⁵⁹ così si esprime *“Al fine di coinvolgere il minore in tale programma di recupero e renderlo adeguatamente informato della decisione raggiunta dal Collegio, appare necessario prescrivere, ai sensi dell’art. 155, Il comma, c.c., alle parti di informare il proprio figlio ***delle disposizioni relative al suo affidamento e al regime di visita del genitore non affidatario, contenute nella presente sentenza, con un linguaggio adeguato alla sua capacità di comprensione ed evitando di coinvolgerlo nel conflitto familiare”*.

La sentenza è stata commentata favorevolmente dai partecipanti alla seconda sessione dei lavori, in particolare per la prescrizione (di cui ciascun genitore potrà nel futuro richiedere l'adempimento anche ricorrendo agli strumenti attuativi e coercitivi di cui all'art. 709 ter c.p.c.) di evitare di coinvolgere il minore nel conflitto familiare.

⁵⁹Tribunale di Termini Imerese, 9 giugno 2011 n. 273 (Presidente ed estensore Stocco). Una particolare situazione familiare aveva imposto nella fattispecie l'affidamento esclusivo al padre e la presa in carico del minore da parte dei servizi sociali per attuare un programma di recupero dei rapporti con la madre, sotto la vigilanza del giudice tutelare.

B. Conseguenze dell'omesso ascolto

I gruppi si sono interrogati sulle conseguenze dell'omesso ascolto, che non venga adeguatamente motivato. Alla luce di Cass. S.U. 21.10.2009, n. 22238, deve ritenersi obbligatoria l'audizione del minore dotato di discernimento, tranne quando essa possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e la sua immotivata omissione porta alla cassazione della decisione, con rimessione al giudice di merito che deve procedere all'ascolto. Tuttavia ci si è chiesti se ciò vale anche per la fase presidenziale e cioè se questo comporti una nullità, eventualmente da fare valere in sede di reclamo e che comporti la restituzione al primo giudice. Si è quindi suggerito di applicare il principio della prova di resistenza e data l'unitarietà del procedimento considerare il vizio solo se l'ascolto non interviene prima della decisione finale, anche se sarebbe raccomandabile fare l'audizione prima dei provvedimenti provvisori perché essi incidono sulla vita del minore e vi sono esigenze di stabilità.

I lavori di gruppo si sono conclusi nella consapevolezza della importanza di un approccio multilivello e integrato, che richiede, tra l'altro: giudici specializzati; classe forense specializzata; possibilità di disporre degli ausiliari anche da parte dei giudici di Tribunale ordinario; operatori socio sanitari suddivisi per competenze con previsione di contatto periodico per il magistrato di riferimento e progetti di attuazione degli obiettivi da scrivere insieme; creazione e utilizzazione di una accessibile e completa banca dati del formante normativo e giurisprudenziale a livello comunitario; collazione, confronto e valutazione delle buone prassi diffuse negli uffici giudiziari ai fini di una auspicabile circolazione delle idee e delle decisioni; redazione di sentenze intelligibili secondo una relazione di proporzionalità diretta: più la materia è sensibile più la decisione dovrebbe essere resa in linguaggio comunemente comprensibile.

APPENDICE

RICOGNIZIONE DELLE PRASSI ESISTENTI COME RIFERITE DAI PARTECIPANTI AL GRUPPO

A cura di Paola Amisano, Magistrato.

| Tribunale | Quantità | Qualità |
|------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| T. Napoli | Ascolto raro Mai in separazioni consensuali e divorzi congiunti | Nessun protocollo. Avvocati meglio se presenti in aula, a garanzia del contraddittorio e dello stesso giudice |
| T. Roma T. Milano T. Firenze | Ascolto "programmato" tanto davanti al presidente che al giudice istruttore | Questi Tribunali dispongono di protocolli dettagliati e completi cui si rinvia. |
| T. Verona | Ascolto di regola (indiretto per min. 12 anni) con cancelliere per la verbalizzazione | Si al protocollo, ascolto al pomeriggio, con ausiliario (solo se necessario) anche delegato a raccogliere informazioni da scuola, sport, amici; verbale firmato da minore (salvo dissenso) |
| T. Lucca | Ascolto in fase presidenziale e davanti al giudice istruttore | Protocolli come riferimento; ausiliario dell'ascolto per coadiuvare il Giudice; avvocati preferibilmente non presenti |
| T. Pistoia | Ascolto anche in fase presidenziale, di norma non ripetuto dal G.I. (salvo particolari esigenze) | Udienza unitaria e bifasica: I) audizione minore, sempre con assistenza ausiliario cancelliere che redige verbale, sottoscritto da minore; II) contraddittorio differito, rientrano le parti e gli avvocati cui viene sottoposto il verbale |
| T. Campobasso | Ascolto raro viene - considerato uno stress per il minore | Si al protocollo Prima di procedere all'ascolto: 1) si acquisiscono informazioni dai Servizi. La CTU si espleta ove sintomi oggettivi di malessere; 2) relazione sottoposta al contraddittorio |
| T. Gorizia | Ascolto come regola. Orientamento Appello Trieste per nullità sentenze primo grado senza audizione minore. Non viene considerato uno stress per il minore che anzi si sente compreso. Si può ripetere nel corso dello stesso procedimento, nessuna preclusione astratta | Si al protocollo, adottato quello di Venezia; audizione al pomeriggio, presenza avvocati, importante il ruolo empatico del giudice che però non deve diventare amico del minore, né soggiacere a domande parti ma restare garante autorevole |

| Tribunale | Quantità | Qualità |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| T. Palermo | ascolto eccezionale - fondamentale udienza presidenziale con ascolto coniugi da cui emergono oggettivi per valutare se procedere ad ascolto minore | Si al protocollo Approccio colloquiale con il minore ⁶⁰ |
| T. Padova | ascolto raro | Si al protocollo, riferimento Venezia |
| T. Trani | ascolto “programmato” | In caso di necessità, il presidente incarica subito Servizi o un consulente; dispone contraddittorio (anticipato) e procede ad ascolto, con ausiliario (al quale, a differenza dal CTU, non viene dato alcun quesito); ascolto con avvocati i quali hanno il primo contatto con il minore e possono fungere da filtro, ruolo importante |
| T. Pordenone | Ascolto di regola, tramite l’aula con lo specchio ed il consulente tecnico per l’ascolto | Si al protocollo, ascolto pomeridiano, in stanza attrezzata, presenza avvocati verbalizzazione anche dei comportamenti con ausiliario e cancelliere |
| T. Vercelli | Ascolto prevalentemente indiretto | Ascolto non può costituire oggetto di obbligo assoluto -giudice sprovvisto di competenze ad hoc – sempre ausiliario in aula |
| T. Varese | Ascolto diretto ed indiretto su temi quali affidamento, scelte di vita riguardanti il minore | Si protocollo, reperibile sul sito del Tribunale. Il giudice procede <i>ex ante</i> (in apposita ordinanza) a redigere e selezionare (su proposte dalle parti) i temi/quesiti. Presenza degli avvocati durante l’ascolto |
| T. Acqui | Ascolto raro | Nessun protocollo |
| T. Cosenza | Ascolto di regola | Si al protocollo Avvocati non presenti durante l’ascolto |
| T. Termini Imerese | Ascolto raro e solo su affidamento e scelte di vita che ricadono sul minore | Nessun protocollo, avvocati non presenti durante l’ascolto verbalizzazione del giudice e contraddittorio differito |
| T. Messina T. Nicosia | Ascolto “programmato” Presenza dell’ausiliario | A seguito delle letture del ricorso e valutata la situazione, incarico ai Servizi in modo da giungere alla udienza presidenziale con una relazione e, possibilmente, un ascolto indiretto già eseguito. Avvocati presenti all’ascolto salvo che rinuncino. Protocollo in fase di stesura (Messina) |

60 Sul punto uno degli esperti ha segnalato significativamente la sussistenza (anche se non ravvisabile in tutti i casi) del cd. effetto terapeutico dell’audizione sul minore che spesso ne esce liberato da un peso gravoso che sente di aver affidato a chi lo può aiutare. In alcuni casi si registra che il minore si sia trovato così bene da non volersi allontanare dall’aula. .

L'ESAME DEL MINORE DEL PROCESSO PENALE

A cura di Sandra Recchione, Magistrato.

1. Premessa

Nella giurisdizione penale l'“ascolto” del minore costituisce una “fonte di prova”. Diversi gli interessi coinvolti: la salvaguardia della genuinità della testimonianza, il diritto dell'accusato a entrare in contatto con la fonte delle accuse, il diritto del minore-teste a essere tutelato dall'“urto” processuale e dalla vittimizzazione “da processo”.

In sintesi, le aree problematiche emerse dai lavori sono:

- il bilanciamento tra diritti dell'accusato e diritti della vittima: il diritto al contraddittorio è una declinazione del diritto di difesa che va salvaguardato in un delicato bilanciamento con i diritti del minore,
- il ricorso oculato alla psicodiagnosi forense: la delega al tecnico deve essere limitata alla valutazione della capacità a testimoniare e all'affidamento di compiti di “mediazione” nella conduzione dell'esame, evitando ogni delega (impropria) sulla valutazione dell'attendibilità della testimonianza,
- la valutazione dell'attendibilità deve tenere conto del fatto che le dichiarazioni *robot like* (ovvero sempre uguali a se stesse), possono essere sintomatiche di falsità, mentre le dichiarazioni *progressive* (che mutano negli elementi di contorno, tenendo fermo il nucleo centrale), sono normalmente espressione del fisiologico percorso recupero dei dati mnestici (specialmente nei testi traumatizzati).

2. La genesi della prova dichiarativa: l'audizione in fase investigativa

L'assunzione delle dichiarazioni in fase di indagine segna il primo contatto tra dichiarante e Autorità.

2.1. La prima audizione

Due i percorsi possibili:

- ascoltare il minore nel corso di audizioni unilaterali condotte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria;
- accedere direttamente all'audizione in contraddittorio incidentale.

Dai lavori è emerso che entrambe le strade presentano dei costi e dei benefici.

L'audizione unilaterale consente la verifica della notizia di reato senza *discovery* degli atti: quando la notizia di abuso si insedia in un contesto intrafamiliare e i rapporti tra vittima e indagato sono frequenti, tale opzione consente l'efficace ricorso alle misure cautelari.

Diversamente, quando la notizia di reato si inserisce in un contesto in cui la *discovery* non pregiudica il ricorso alla cautela, può essere valutato l'accesso diretto al contraddittorio incidentale: tale opzione garantisce la massima *contrazione* degli ascolti (sempre auspicabile, ove possibile).

È emerso come sia raccomandabile procedere nel più breve tempo possibile all'audizione *giudiziale*. L'ascolto dovrà essere effettuato nell'arco di pochi giorni dalla ricezione della notizia.

Gli studi di psicologia della testimonianza (come anche la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione) avvertono delle insidie e dei pericoli connessi al "contagio dichiarativo". Tale fenomeno può conseguire alla attivazione di percorsi investigativi privati *paralleli* a quello giurisdizionale. Il fenomeno è conosciuto dalla giurisprudenza, che ha avuto modo di analizzarlo in occasione della analisi della testimonianza dei collaboratori di giustizia, ed è connesso alla diffusione di notizie ad alto impatto emotivo in ambienti ristretti, caratterizzati dalla omogeneità degli interessi e delle caratteristiche delle persone che li compongono. È tipico il caso delle comunità scolastiche, di lavoro o "convittuali" in genere. La diffusione di notizie di abuso agite sui "deboli" della comunità attiva sentimenti di preoccupazione nei portatori di interessi omogenei che possono tradursi nella pulsione

all'approfondimento para-investigativo che può causare l'inquinamento delle testimonianze. La ripetizione (extragiudiziale e compulsata) di dati rilevanti per l'accertamento processuale, può infatti comportarne la modifica, indotta dalla carica di suggestione delle domande e dei dati di contesto in genere.

2.2. La persona che effettua l'ascolto

Si è ritenuto essenziale che del caso sia immediatamente investito il pubblico ministero, e che siano evitate – quando non indispensabili – audizioni da parte degli organi investigativi precedenti alla presa in carico del procedimento dall'Autorità giudiziaria.

Il pubblico ministero sceglierà se procedere *direttamente* all'ascolto, o se, piuttosto, avvalersi di un "ausiliario", o di un consulente, che svolga anche le funzioni di ausiliario.

È opinione condivisa che il minore deve essere ascoltato da persone specializzate: chi ascolta deve avere competenze forensi, che gli consentano di indirizzare l'intervista su temi rilevanti per la verifica dell'attendibilità, nonché competenze tecniche che consentano di "entrare in relazione" con il minore.

Il magistrato inquirente dovrà scegliere il *setting* adeguato per l'audizione.

La scelta dovrà essere effettuata valutando *l'età* del minore. Di regola un minore in età prescolare patisce la audizione in ambiente giudiziale. Diversamente accade per minori in età scolare o addirittura in età adolescenziale, che invece "cercano" i simboli dell'autorità. Potrebbe essere opportuno effettuare l'audizione nell'abitazione dove il minore vive, o a scuola. Per favorire l'evocazione del ricordo potrebbe essere valutato come adeguato il luogo di consumazione del reato.

2.3. Il setting dell'ascolto e il sostegno psicologico

È opportuno effettuare l'audizione in assenza di persone in conflitto con l'indagato. In tal senso deve essere oculatamente interpretato l'art. 609 decies c.p.

L'indicazione è apparsa valida, soprattutto, nei casi in cui il fatto da accertare si insedia nell'ambito di separazioni conflittuali. L'eteroinduzione consapevole – o inconsapevole – di contenuti inquinanti da parte dei genitori in conflitto rende sconsigliabile la loro presenza nel corso dell'esame. Più in generale, considerato che spesso il primo ricettore della notizia dell'abuso è proprio il genitore convivente, che nel procedimento assume il ruolo di teste (*de relato* sui fatti riferiti e *diretto* sulla percezione dello stato emotivo e comportamentale del bambino), effettuare l'ascolto del teste diretto alla presenza del teste *de relato* è stato ritenuto inopportuno: il minore ascoltato potrebbe sentirsi condizionato dalla presenza della persona con cui ha avviato lo svelamento, a causa dell'ineliminabile (e, ragionevolmente, *percepito*) turbamento emotivo che la consegna ha prodotto nel ricevente; inoltre il minore potrebbe sentirsi a disagio nel riferire aspetti *diversi* da quelli rivelati al primo confidente. Non è raro che il minore effettui il primo svelamento in modo *parziale*, tacendo gli aspetti più scabrosi, a fini di contenimento emotivo proprio e del ricevente.

La continuità dell'assistenza prevista dall'art. 609 decies c.p. dovrebbe costituire un argine contro il trauma indotto dalle numerose audizioni e analisi psicologiche cui il minore è sottoposto nel corso del procedimento. Nella prassi, tuttavia, si registra che le persone di sostegno non sono (quasi mai) le stesse nel corso delle varie audizioni: alla frammentarietà dell'intervento consegue la inefficacia della tutela, dato che il minore non ha un punto di riferimento stabile che lo difenda dal trauma processuale. È stato pertanto ritenuto opportuno perseguire l'obiettivo di creare *protocolli* tra servizi e Autorità giudiziaria finalizzati a garantire relazioni strutturate e continuità del sostegno psicologico.

2.4. La conduzione dell'esame

La direzione dell'esame deve essere aderente alle esigenze del caso concreto.

Si è convenuto che l'approccio all'ascolto non deve essere terapeutico, né inutilmente insistente su dati eccentrici rispetto al *fuoco* del procedimento penale. Di contro, non è apparso opportuno *centrare* l'intervista esclusivamente sul fatto per cui si procede, sia perché la

raccolta dei dati di contorno è importante per la verifica di attendibilità, sia perché l'intervista "aperta" favorisce la creazione di un clima empatico, laddove la scelta di concentrare l'esame sul reato potrebbe avere effetti inibenti.

2.5. La documentazione

Si è convenuto che il ricorso a verbali sintetici, scritti con moduli linguistici non riconducibili alle forme espressive dei minori, impedisce alla difesa (come al giudice che entra "in contatto" con i verbali delle dichiarazioni), la cognizione delle circostanze concrete che hanno caratterizzato l'audizione. Non essendo documentato il *setting* dell'intervista, non risultano percepibili i meccanismi di interazione con chi pone le domande, e non sono seriamente valutabili eventuali fenomeni di suggestione.

Di qui la rilevanza della videoregistrazione ⁶¹.

Tale forma di documentazione consente il confronto delle parti (già nella fase della ostensione ex art. 415 bis c.p.p.) su dati preprozessuali non criptici, ma pienamente *fruibili*: dunque, accresce i diritti sostanziali della difesa, consentendo una analisi effettiva degli elementi raccolti nella fase investigativa. Le dichiarazioni unilaterali si presentano così valutabili anche nel contenuto extradichiarativo e consentono alle parti assenti di entrare in contatto critico con "l'embrione" di prova dichiarativa.

61 Una conferma alla rilevanza della documentazione aggravata nei reati con vittima vulnerabile si trova nella direttiva sulla repressione della tratta degli esseri umani (36/2011 UE) dove è previsto che "gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché nelle indagini relative ai reati di cui agli artt. 2 e 3 le audizioni del minore vittima di reato ovvero del minore testimone dei fatti possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale conformemente alle disposizioni del diritto interno" (art. 15 comma 4). Raccomandazioni in tal senso si trovano anche nelle linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore (punto 6.5).

2.6. La ricerca di conferme alla dichiarazione

Si è ritenuto opportuno, fin dalla fase delle indagini, perseguire l'obiettivo di non "centrare" il procedimento esclusivamente sulla prova dichiarativa.

All'audizione *tempestiva* del minore-vittima deve associarsi, la altrettanto *tempestiva*, audizione di tutti i testimoni *de relato*.

La cristallizzazione della testimonianza delle persone coinvolte (a vario titolo) nei fatti per cui si procede è un passaggio essenziale per la verifica dell'attendibilità e per il controllo di possibili fenomeni di suggestione ed eteroinduzione.

Importante è anche il ricorso ad altri strumenti investigativi: intercettazioni, servizi di osservazione, consulenze medico legali possono essere utili per individuare elementi di conferma delle dichiarazioni e garantire un serio controllo di attendibilità.

Rilevante è anche l'acquisizione degli atti del procedimento (eventualmente) pendente di fronte al Tribunale civile e di quelli del procedimento (in ipotesi) aperto di fronte al Tribunale per i minorenni.

La ricerca di elementi di conferma dovrebbe essere utilmente espletata (anche) dopo l'incidente probatorio, quando si dispone di una dichiarazione sicuramente utilizzabile come prova.

2.7 In sintesi

Si è ritenuto opportuno:

- favorire la specializzazione, anche attraverso l'istituzione di turni esterni affidati a sostituti specializzati (il turno in questione, per non diventare assorbente rispetto a quello "ordinario", andrebbe limitato ai reati nei confronti di minori, con esclusione degli altri reati affidati ai gruppi che si occupano di "fasce deboli");
- individuare modalità di assegnazione degli affari che, pur non traducendosi in criteri di priorità, consentano la presa in carico

immediata del procedimento da parte del sostituto assegnatario, anche quando non ci sia arresto in flagranza;

- raccomandare alle forze dell'ordine che – salvo in casi eccezionali – deve essere evitata l'audizione precedente alla presa in carico del procedimento da parte della Procura; deve essere raccomandata la massima segretezza nella gestione delle indagini (evitando la stesura di verbali ex art. 161 c.p.p.); è inoltre opportuno che siano individuate modalità di coordinamento tra uffici che ricevono la stessa segnalazione (Procura presso il Tribunale per i minorenni e Procura presso il Tribunale);
- raccomandare la stipula di protocolli tra Procura della Repubblica e Tribunale per i minorenni relativi alla gestione delle comunicazioni ex articolo 609 decies c.p.; è opportuno che la comunicazione sia trasmessa alla Procura presso il Tribunale per i minorenni (malgrado la lettera della legge parli di comunicazione al "Tribunale"), in modo da evitare discovery anticipate rispetto allo sviluppo fisiologico del procedimento penale;
- sviluppare le indagini in modo da non fondare il procedimento esclusivamente sulla prova dichiarativa del minore, raccogliendo il maggior numero di elementi di conferma, attraverso attività investigativa che preveda:
 - l'attivazione di intercettazioni telefoniche e ambientali, con particolare riferimento alle utenze degli adulti che possono essere ritenuti inducenti o suggestivi;
 - la repertazione fotografica dei luoghi ove è stato consumato il reato (le foto potranno essere mostrate al minore),
 - l'assunzione tempestiva delle dichiarazioni degli adulti informati, al fine di contenere (o monitorare) fenomeni di contagio dichiarativo e compatibilmente con le esigenze di segretezza;
 - l'effettuazione di visite mediche qualora le stesse appaiano necessarie in relazione al fatto per cui si procede (il medico dovrà

-
- riferire non solo la diagnosi, ma anche il comportamento del minore durante la visita, con riferimento ai contenuti verbali ed extraverbali); è raccomandabile la documentazione fotografica o audiovisiva della visita;
- fare in modo che l'esame sia effettuato direttamente dal pubblico ministero, riducendo al minimo le deleghe alla polizia giudiziaria ed evitando comunque di coinvolgere organi non specializzati;
 - svolgere la audizione in un setting adeguato all'età e alle esigenze psicologiche del minore (valutare l'opportunità di sentire il minore a casa od a scuola);
 - valutare la possibilità di rinviare l'audizione se il minore si presenta non disponibile alle dichiarazioni;
 - utilizzare la videoregistrazione;
 - valutare con cautela la scelta della persona cui affidare il "sostegno" psicologico del minore ex art. 609 decies c.p.p : occorre evitare il ricorso a persone in conflitto con l'indagato; il ricorso ai servizi sociali deve essere finalizzato a fornire un'assistenza "sostanziale": quindi occorre assicurarsi che chi assiste il minore nella fase delle indagini possa "accompagnare" il minore attraverso l'intero percorso processuale;
 - fare il punto delle indagini dopo l'incidente probatorio, al fine di trovare eventuali elementi di conferma alla prova dichiarativa formata in contraddittorio.

3. L'incidente probatorio

L'anticipazione del contraddittorio e il suo svolgimento in forme "protette" consente di bilanciare correttamente i diritti del minore con quelli dell'imputato.

Il costo della procedura è il sacrificio dell'oralità: la prova si forma, infatti, di fronte a un giudice diverso da quello chiamato a decidere.

La restrizione della possibilità di anticipare il contraddittorio quando si proceda per “alcuni” reati costituisce un intervento (in qualche misura) dissonante dalle indicazioni della decisione quadro 2001/220 GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale. La scelta del legislatore nazionale non risponde infatti alle esigenze di tutela dei testimoni vulnerabili (minori e non) non ricompresi nella elencazione codicistica (art. 392 comma 1 bis c.p.p).

La Corte europea (sentenza “Pupino”, Grande sezione, 16 giugno 2005) ha preso in considerazione la possibilità di effettuare una interpretazione estensiva della norma nazionale che consenta di anticipare la testimonianza degli offesi da reati non ricompresi nell’elenco, lasciando al giudice la valutazione della compatibilità dell’interpretazione proposta con i principi fondamentali dell’ordinamento.

La Corte di Cassazione ha recepito le indicazioni della alta Corte europea ed, in relazione al reato di omicidio (non compreso nell’elenco) ha affermato che sussistono ragioni di tutela analoghe a quelle che hanno ispirato la disciplina prevista nel comma 1 bis dell’art. 392 c.p.p.⁶².

Ciononostante, nelle prassi emerse dai lavori, si è registrata qualche (significativa) resistenza all’accoglimento dell’incidente probatorio, anche quando si versa nei casi previsti. Sono infatti risultati frequenti provvedimenti di rigetto basati sulla ritenuta rinviabilità della prova⁶³.

Di contro si è rilevato anche l’orientamento che valorizza la presunzione di non rinviabilità della testimonianza del minore⁶⁴ (la discrezionalità del giudice sarebbe “piena” circa la rilevanza “contratta” in merito alla rinviabilità).

Sul punto, si è rilevato che, se si individua l’obiettivo dell’incidente in quello di tutelare la vittima, la reiezione dovrebbe fare riferimento non alle tempistiche del processo, ma alla rilevanza della prova e ai prevedibili effetti negativi del “rinvio” sulla testimonianza e sul minore. Il che

62 Cass. sez. VI , 11 marzo 2008, n. 23705, C.E.D. Cass., n., 240321

63 G.i.p. Trib. Varese, 23.2.1999, Foro ambrosiano, 1999, 1821.

64 G.i.p. Trib. Milano, 16 maggio 2001, *Foro ambrosiano* 2001, 385; g.i.p. Trib. Milano, 7 luglio 1998, *Bufa*, cit., 863

dovrebbe indurre a limitare i casi di rigetto ai casi in cui l'assunzione delle dichiarazioni appaia impossibile (ad esempio per accertata inidoneità del minore a testimoniare) o superflua (come nel caso in cui l'indagato abbia chiesto di accedere al rito del patteggiamento, ove possibile).

4. Le modalità di audizione in contraddittorio incidentale

Il contraddittorio caratterizzato dall'accesso "mediato" dell'imputato alla fonte da cui promanano le accuse, è stato ritenuto conforme a Costituzione⁶⁵.

La Corte di Strasburgo, dal canto suo, non ha rilevato alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione di Roma nella assunzione della testimonianza con contraddittorio "attenuato"⁶⁶.

Tenute indicazioni della decisione quadro 2001\220 GAI e della sentenza "Pupino" della Corte di Giustizia è stata valutata la possibilità di ricorrere all'interpretazione conforme per estendere le modalità protette anche all'audizione di minori quando si procede per reati non ricompresi nell'elenco (ad es: il minore vittima del reato di sfruttamento della prostituzione).

4.1. La persona che conduce l'esame

Nella prassi si registrano casi in cui l'audizione è condotta:

- in via *esclusiva* dall' "ausiliario";
- da un perito che svolge *anche* le funzioni di "ausiliario"
- dal giudice alla presenza dell'ausiliario" (o del perito),
- dal giudice, da solo.

L'unanime riconoscimento della necessità di distinguere i ruoli (e di evitare che il tecnico estenda le proprie valutazioni a campi di

65 Cass., sez. III, 30 settembre 2009. n. 42899, C.E.D. Cass. n. 245377

66 In tal senso la decisione di irricevibilità nel caso Accardi c. Italia del 20.1.2005

competenza giudiziale) imporrebbe di assegnare il compito di condurre l'esame all'organo giurisdizionale, competente in merito alla valutazione tecnico-giuridica della testimonianza. Tuttavia non può non riconoscersi, soprattutto quando il teste è un minore in età prescolare, che l'audizione presenta difficoltà insuperabili per chi è abituato a un approccio *formale*, fondato sulla *distanza* piuttosto che *sull'empatia*. In tali casi il ricorso a "mediatori" è apparso ineludibile.

Si è osservato inoltre che affidare la conduzione dell'esame a chi (come accade talvolta per i tecnici nominati *solo* per l'audizione) non conosce gli atti, comporta il rischio di non indagare aspetti essenziali. Si è ritenuto dunque opportuno evitare l'affidamento della conduzione dell'esame a mediatori nominati (solo) per l'atto testimoniale, che entrano in contatto episodico con il minore, e di regola non conoscono gli atti del procedimento.

In caso di ascolti ripetuti (giudiziali o clinici) le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa hanno stabilito che è opportuno che le varie interviste siano condotte dalla *stessa* persona; diversamente alcuni psicologi forensi hanno ritenuto che l'esame debba essere condotto da un tecnico diverso da quello che ha effettuato la psicodiagnosi ⁶⁷.

Al riguardo, si è osservato che, se si parte dal presupposto che la persona scelta per effettuare l'ascolto deve essere un esperto competente, che non adotta metodi verificazionisti, non appare necessario, né opportuno, distinguere i ruoli.

4.2. Le modalità dell'esame "protetto"

L'art. 398 comma 5 bis c.p.p. lascia al giudice per le indagini preliminari

⁶⁷ Secondo le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 17/11/2010 (punto 66). Quando più di un interrogatorio è necessario, i successivi dovrebbero essere preferibilmente condotti dalla stessa persona, al fine di garantire la coerenza di approccio nell'interesse superiore del minore. Diversamente secondo gli estensori della Consensus Conference (punto 4.12) Per evitare anche involontari condizionamenti nella conduzione delle interviste è opportuno che il ruolo di perito o consulente nella valutazione della capacità testimoniale, e quello di ausiliario del Giudice in sede di incidente probatorio, siano svolti da persone diverse.

la scelta delle modalità più adeguate per ascoltare i minori, tenendo conto che il diritto di difesa non è garantito dalla (mera) presenza dell'imputato e del suo difensore allo svolgimento dell'esame, ma dal fatto che agli stessi sia offerta la (concreta) possibilità di porgere domande al teste.

La prassi si è assestata, nella maggior parte dei distretti, nel ricorso all'uso di un *vetro specchio*, unitamente ad impianto citofonico (da un lato si trovano minore e intervistatore e dall'altro parti e consulenti). Tali modalità sono mutate da quelle indicate dall'articolo 498 ter c.p.p. in relazione all'audizione dibattimentale cui fa espresso rinvio l'art. 401 comma 5 c.p.p..

Quanto alla tecnica di conduzione dell'esame, si è ritenuto inopportuno stabilire un percorso di gestione dell'audizione *rigido*, dato che in questa materia l'efficacia dell'assunzione della prova dipende dalla capacità di gestire in modo *flessibile* gli strumenti normativi disponibili.

Non è stato ritenuto adeguato il ricorso all'impianto citofonico e alle cuffie.

"Guidare" l'intervistatore attraverso un contatto fonico continuo e diretto con le parti (che si trovano nella stanza separata) può infatti causare lo *scollamento* di chi intervista dal contesto relazionale dell'audizione.

Una delle migliori modalità sperimentate in concreto è apparsa, invece, quella di effettuare un esame "preliminare" che prescinde da indicazioni *preventive* delle parti, affidando a chi conduce l'audizione la prima esplorazione dei temi rilevanti. Segue la fase in cui alle parti deve essere assicurato, seppur attraverso la mediazione di un terzo, l'"accesso" alla fonte testimoniale. Chi conduce l'esame dovrà, quindi, raccogliere le indicazioni delle parti sui temi di prova che intendono esplorare in aggiunta: attraverso tale attività si attua, di fatto, il contraddittorio.

Si è ritenuta non raccomandabile la predisposizione griglie precostituite di domande stabilite all'inizio dell'audizione in accordo con le parti. Tale prassi rischia di *ingessare* l'esame e di impedire all'intervistatore di entrare in *relazione* con il minore.

È stato ritenuto opportuno – di contro – che la persona che effettua l’ascolto segua il percorso che si presenta più appropriato al caso concreto e alle indicazioni non solo *verbali*, ma anche *emotive e comportamentali* del minore.

4.3. Le domande suggestive

La Corte di Cassazione ha stabilito che il giudice *può* porre domande suggestive dato che interpreta un ruolo che assomma in sé le facoltà delle parti compresa quella di effettuare il controllo di attendibilità tipico del controesame⁶⁸.

Gli esperti – di contro – sconsigliano vivamente la posizione di domande suggestive: la conduzione dell’intervista giudiziale con tali modalità rischia di produrre un elemento di prova “critico”, inidoneo a reggere il vaglio di attendibilità e insufficiente a sostenere, in punto di veridicità dei contenuti, la motivazione di una condanna piuttosto che di una assoluzione.

Il tema, per nulla pacifico, diventa di ulteriore complessità se la richiesta di rivolgere al minore domande suggestive giunge dalla difesa (di regola) titolare del diritto di controesame.

Ci si chiede se il diritto di controllo dell’attendibilità del teste che fonda il diritto al controesame debba essere estesa e garantita anche nel corso dell’incidente probatorio.

Se si parte dall’assunto che il controllo in questione è un’espressione fondamentale del diritto di difesa, occorre verificare come tale diritto possa essere garantito anche nel corso dell’audizione protetta e procedere al bilanciamento di tutti gli interessi rilevanti, ovvero quello dell’imputato a effettuare il controesame, quello di preservare la prova da inquinamenti (riconducibili alle suggestioni), e quello di tutelare il minore da domande inappropriate (potenzialmente produttrici di traumi secondari).

⁶⁸ Cass., sez. III, 8 marzo 2010, n. 9157/C.E.D cass. n. 246205

L'esigenza di preservare la genuinità della testimonianza consiglia di relegare tali domande nella fase avanzata dell'audizione, in modo che la carica inquinante risulti depotenziata e resti "viva" solo l'eventuale valenza delle suggestioni al fine del (richiesto) controllo sull'attendibilità.

Ragionevolmente, la tecnica migliore per affrontare tale evenienza è quella di precisare, nel verbale riassuntivo che una delle parti ha chiesto – nell'esercizio dei diritti di che gli sono riconosciuti dall'articolo 499 c.p.p. – di rivolgere al teste domande suggestive. Tali domande dovranno essere indicate, unitamente alla parte che le propone, nel verbale di "accompagnamento". Così le risposte alle domande suggestive potranno essere valutate dal giudice del merito attraverso il confronto dei dati emergenti dalla videoregistrazione con quelli (che costituiscono una sorta di guida alla lettura della testimonianza) del verbale riassuntivo.

4.4. Le contestazioni

Le contestazioni devono essere effettuate in modo compatibile con le forme protette di audizione. È stata ritenuta non appropriata la contestazione attraverso la lettura di interi stralci del verbale: il minore, soprattutto se in età prescolare, rischia di disorientarsi e di non comprendere la richiesta. È invece raccomandabile individuare con precisione il punto critico e far comprendere al minore, nella forma più semplice possibile, che quando è stato sentito in precedenza ha dichiarato qualcosa di *diverso*, e che è necessario capire come mai ciò sia avvenuto e quale sia la versione "corretta". Nella consapevolezza che la caratteristica fondamentale della testimonianza non è la *sovrapponibilità*, ma piuttosto lo svelamento progressivo e che la completa coincidenza delle dichiarazioni rese in fasi successive è, piuttosto, indice di critica attendibilità⁶⁹.

69 Secondo gli estensori della Consensus Conference (protocollo sull'ascolto del minore, estensori : Tullio Bandini , Roberto Catanesi, Piero Ricci, Marco Marchetti, Ugo Sabatello, Giovanni Battista Camerini, Giovanni Sartori, Andrea Stracciari, Liliana Loretta , Francesco Scapati, Guglielmo Gulotta , Luisella de Cataldo. Supervisor: Prof. Massimo Ammaniti, Prof. Ernesto Caffo, Prof. Ugo Fornari, Prof.ssa Giuliana Mazzoni) il ricordo di eventi vissuti è sempre incompleto. Il ricordo è il risultato del processo di recupero e riorganizzazione di informazioni incomplete, selettive e a volte distorte presenti in memoria. Ogni processo di rievocazione è caratterizzato da dettagli dimenticati e spazi vuoti anche se il risultato può apparire, ad un'analisi superficiale, completo e senza "buchi"; essendo il prodotto finale di un processo ricostruttivo. Processi di rievocazione non

4.5. Il minore condizionato

L'articolo 500 comma quarto c.p.p. è previsto per essere applicato in ambiente dibattimentale: qualora dalle emergenze di udienza o da altri dati sorga il dubbio che il teste abbia patito condizionamenti o minacce è possibile attivare il procedimento a forma libera che abilita l'ingresso nel fascicolo della cognizione delle dichiarazioni rese in indagine.

Nel corso dell'incidente probatorio, nessun giudizio sulla responsabilità è in corso e appare pertanto incongrua la richiesta di utilizzo "preventivo" delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio.

Cionondimeno, la valutazione sul condizionamento richiede – per essere effettuata con accuratezza – il contatto con il teste (che ha il giudice dell'incidente, e non quello del merito)⁷⁰.

Escluso che si possa attivare nella fase incidentale il procedimento a forma libera per la verifica del condizionamento, ci si è chiesti se sia possibile e necessaria *evidenziare* gli elementi (non riconducibile all'esame: ad es, contatti tra l'accusato e il minore prima dell'esame) dai quali sorge il dubbio sulla genuinità della testimonianza, al fine di consentire al giudice del merito di assumere eventuali conseguenti determinazioni. Si è ritenuto opportuno indicare tali elementi nel verbale riassuntivo, che rappresenta una sorta di "guida alla lettura" della testimonianza, in quanto può segnalare dati non percepibili attraverso la analisi della videoregistrazione.

4.6 Il silenzio

Il silenzio non appare riconducibile a una consapevole e volontaria scelta del minore di sottrarsi all'audizione (e dunque non è trattabile giudiziariamente con le norme che disciplinano il silenzio del teste

caratterizzati da dimenticanze e "buchi di memoria" devono essere valutati con prudenza; allo stesso modo devono essere valutati racconti di avvenimenti sempre eguali a se stessi, narrati con modalità ed espressioni meccaniche e ripetitive (robot-like).

⁷⁰ Con le uniche eccezioni dei casi in cui all'audizione in contraddittorio si proceda nel corso dell'udienza preliminare prima dell'accesso al rito abbreviato o, dei casi in cui la stessa audizione sia ammessa come condizione del rito a prova contratta.

consapevole⁷¹). È dunque onere del giudice valutare con la massima cautela i motivi della “chiusura” e verificare se sia possibile creare le condizioni per un’audizione *effettiva*, che salvaguardi il diritto dell’accusato di entrare in contatto con la fonte da cui promanano le accuse.

Uno dei motivi più frequenti del silenzio è il fatto che il minore non comprende il motivo di *reiterate* audizioni giudiziali. Ma possono esservi anche altre ragioni: spesso la causa è il disagio a raccontare in ambiente percepito come ostile, circostanze intime o scabrose. Spesso il rifiuto è riconducibile all’inadeguatezza del *setting*. Deve essere inoltre valutato che il giudice della fase incidentale entra in contatto con il minore, di regola, dopo lo svolgimento di altre audizioni, il che può ingenerare un sentimento di diffidenza fondato sulla percezione della estraneità del nuovo interlocutore al processo di svelamento avviato con altri.

Si è ritenuto raccomandabile compiere ogni sforzo per comprendere il motivo del silenzio e per cercare di creare le condizioni adeguate per effettuare l’esame. Utile, al riguardo, è l’interpretazione che può dare il perito nominato nel corso dell’incidente probatorio “parallelo “ che spesso (anche se non sempre) accompagna l’audizione. Si è ritenuto opportuno, in tali casi, valutare anche la possibilità di disporre un rinvio, con l’obiettivo di consentire al minore di “accettare” l’audizione nel nuovo (ostile) contesto.

4.7. In sintesi

Si è ritenuto opportuno:

- utilizzare la massima cautela nella scelta del momento cui accedere all’incidente probatorio, tenendo conto delle esigenze di segretezza (e cautelari) da un lato e di contrazione delle audizioni dall’altro;
- svolgere l’esame in una stanza con il vetro specchio; nella stanza dove si svolge il confronto processuale tra le parti è opportuno che le questioni proposte e gli intereventi del giudice siano verbalizzati

71 Cass., sez. III, 09 marzo 2004, n. 21034, C.E.D. Cass., n. 229040

e, se possibile fono registrati;

- non sono raccomandabili modalità che prevedano la comunicazione costante tra chi svolge l'esame e le parti attraverso telefoni o altoparlanti (anche l'uso delle cuffie può distogliere l'attenzione di chi conduce l'esame e "rompere" il clima di empatia creato);
- evitare le domande suggestive, inopportune anche se poste dal giudice. Qualora qualcuna delle parti insista – nell'esercizio del diritto di controesame – nel porgere tali domande, la richiesta dovrà essere annotata nel verbale, affinché il giudice del merito possa valutarne l'eventuale potere inquinante; è comunque opportuno che tali domande siano poste al termine dell'esame;
- effettuare le contestazioni evitando di leggere interi brani del precedente verbale, rappresentando in forma semplice i contenuti difformi, con l'obiettivo (dichiarato) di farsi spiegare la ragione delle diversità;
- valorizzare il verbale riassuntivo (o di accompagnamento) dell'incidente probatorio che dovrà dare conto di tutte le criticità emerse durante l'atto – dalla richiesta di domande suggestive, alle opposizioni, alle decisioni del giudice sulle eccezioni e alle circostanze indicative di eventuale condizionamento del teste.

5. L'esame dibattimentale

La norma che fa riferimento all'esame dibattimentale del minore richiama le modalità previste dall'articolo 398 comma 5 bis c.p.p. ovvero quelle descritte in relazione all'audizione incidentale (il rinvio è "incrociato" dato che l'art. 401 comma 5 c.p.p. fa riferimento alle norme del dibattimento).

Si è ritenuto opportuno che nella stanza dove viene ascoltato il minore sia eventualmente presente solo il Presidente e non l'intero collegio.

Unanime il consenso sul perseguimento dell'obiettivo di evitare ripetizioni non necessarie di esami già effettuati: l'esame del minore dovrà essere ammesso *solo* qualora lo si ritenga assolutamente

indispensabile, ovvero quando l'esame svolto in fase incidentale risulti *inquinato* o lo stesso debba essere *esteso* a circostanze non esplorate ⁷².

Analoghe cautele devono essere ovviamente utilizzate al fine di evitare inutili ripetizioni delle analisi tecniche finalizzate alla psicodiagnosi del minore.

In sintesi è emerso che:

- è opportuno limitare la audizione dibattimentale ai soli casi in cui la stessa appaia del tutto indispensabile. In particolare si è valutata l'opportunità di fare ricorso all'interpretazione conforme alla decisione quadro 2001\220 GAI – per evitare l'inutile ripetizione di testimonianze escluse dallo "sbarramento" di cui all'articolo 190 bis c.p.p.;
- circa la valutazione sulla attendibilità si è evidenziato come la scienza psicologica indica come fisiologico lo svelamento progressivo, laddove le dichiarazioni "allarmanti" per l'attendibilità sono quelle "robot like"; la sovrapponibilità e la coerenza devono comunque riguardare il nucleo centrale del fatto;
- il giudice del dibattimento può attivare il procedimento a forma libera previsto dall'articolo 500 comma 4 c.p.p. qualora ritenga che la testimonianza incidentale sia stata "condizionata", anche avvalendosi degli elementi (eventualmente) contenuti nel verbale riassuntivo dell'incidente probatorio;
- il mancato rispetto dei protocolli per l'ascolto non incide sulla legittimità del procedimento di formazione della testimonianza.

6. La psicodiagnosi forense del minore

Le questioni problematiche in materia sono molte e originano da

⁷² Secondo le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa emanate il 17/11/2010 (punto 67) il numero degli interrogatori dovrebbe essere quanto più possibile limitato e la loro lunghezza dovrebbe essere adeguata all'età e alla capacità di attenzione del minore.

diversi fattori che possono essere sinteticamente individuati:

- nell'attivazione di prassi distorte che assegnano allo psicologo il compito di valutare l'attendibilità della testimonianza, delegando al tecnico una valutazione giurisdizionale *centrale* nell'ambito dei processi in questione;
- nella disomogeneità dei metodi di psicodiagnosi: si registrano orientamenti diversi in relazione al rilievo che viene assegnato all'approccio "clinico" del perito;
- nella tendenza a standardizzare le richieste di approfondimento psicodiagnostico, prescindendo dall'analisi dei dati emergenti nel caso concreto.

La gestione non accorta della psicodiagnosi forense rischia di consegnare allo psicologo una "*delega in bianco*" sulla valutazione dell'attendibilità giudiziale.

Tale comportamento è stato più volte censurato dalla Corte di Cassazione ed è *unanimemente* ritenuto inopportuno dagli psicologi forensi ⁷³. È invece condivisa la necessità di compiere ogni sforzo per evitare sovrapposizioni di ruoli ⁷⁴.

73 Cass. sez. III, 27 maggio 2010, n. 24264, C.E.D. Cass. n..247703.

74 Secondo gli esperti dell'ordine degli psicologi del Lazio (Paolo Capri (coordinatore), Alessandro Crisi, Ester Di Rienzo, Anita Lanotte e Patrizia Pes) l'esperto deve saper differenziare il concetto di attendibilità giudiziaria dal concetto di attendibilità clinica della testimonianza, ricordando che non è competenza del clinico la ricerca della verità o, comunque, della certezza della prova legata al fatto/reato. Il parere, ovvero la valutazione diagnostica dello psicologo che opera in ambito forense è sempre correlata alla valutazione clinica in quanto quella investigativa e giudiziaria non riguarda paradigmi né metodologie psicologico-forensi; secondo gli estensori della Carta di Noto (aggiornamento giugno 2011) la valutazione psicologica non può avere ad oggetto la ricostruzione dei fatti o la veridicità di quanto raccontato dal minore che spettano esclusivamente all'Autorità Giudiziaria. L'esperto deve esprimere giudizi di natura psicologica avuto anche riguardo alla peculiarità della fase evolutiva del minore (ciò malgrado al punto 9 l'affermazione appaia contraddetta laddove si prevede che "Il parere dell'esperto dovrà chiarire e considerare le modalità attraverso le quali, prima del proprio intervento, il minore ha narrato i fatti a familiari, P.G., magistrati e altri soggetti .In particolare, dovrà dar conto: a) delle sollecitazioni e del numero di ripetizioni del racconto; b) delle modalità utilizzate per sollecitare il racconto; c) delle modalità della narrazione dei fatti (se spontanea o sollecitata, se riferita solo dopo ripetute insistenze da parte di figure significative); d) del contenuto e delle caratteristiche delle primissime

Deve inoltre essere valutato se il ricorso all'accertamento tecnico sia necessario.

Un minore in età scolara o adolescenziale che non presenti particolari problemi di personalità o specifiche patologie potrebbe anche essere ascoltato presumendone l'idoneità a testimoniare come autorevolmente suggerito dalla Corte di legittimità ⁷⁵.

Diversamente, per il minore in età prescolare la comunicazione passa attraverso l'espressione delle emozioni, piuttosto che delle parole, e si esprime attraverso il gioco e le manifestazioni extraverbali a esso collegati⁷⁶. L'apporto dei tecnici in tal caso è fondamentale.

6.1. La scelta dell'esperto

L'esperto deve essere scelto tra coloro che sono accreditati nella comunità scientifica di riferimento, che siano esperti di psicologia dell'età evolutiva e siano dotati di adeguata esperienza clinica. Deve essere accuratamente evitato di affidare l'incarico di consulenza a un tecnico che sia anche psicoterapeuta del minore al fine di non confondere ruoli profondamente diversi.

6.2. Il quesito

Il quesito deve essere indirizzato a insediare nel procedimento dati tecnici utili a fornire un valido supporto al magistrato cui è affidata – in via esclusiva – la valutazione della attendibilità della testimonianza.

dichiarazioni, nonché delle loro modificazioni nelle eventuali reiterazioni sollecitate).

75 Cass., sez. III, 6 novembre 2007, n. 44971, C.E.D. Cass., n. 238279:

76 Secondo gli esperti dell'Ordine degli psicologi del Lazio il tecnico "non deve mai dimenticare che la psiche infantile è sottO l'egida delle emozioni e non del costruito logico-formale: pertanto, la credibilità e la plausibilità della narrazione di un minore, soprattutto in età prescolare, non deve far riferimento ai parametri degli adulti, bensì alle competenze specifiche dell'età. In tal senso, particolare importanza deve essere rivolta da parte dell'esperto all'osservazione degli atteggiamenti, del comportamento, dei gesti, del gioco, del linguaggio del minore al fine di comprenderne a fondo le modalità sensoperceptive, attentive, mnemoniche, di pensiero e il loro significato.

Il giudice ha bisogno di conoscere quali siano le modalità espressive del minore, quale il suo grado di suggestionabilità specifica, quali le eventuali patologie comportamentali.

Occorre una “fotografia” dello stato psichico del minore in rapporto al suo stadio evolutivo che costituisca un utile strumento per la lettura dei dati dichiarativi.

Si chiede dunque la valutazione della *idoneità a testimoniare*, ovvero la valutazione delle competenze comunicative e cognitive, della capacità di risposta agli stimoli (in particolare la sua capacità recuperare nella memoria dati coerenti con le domande poste), della suggestionabilità specifica.

Inoltre è opportuno chiedere all’esperto di verificare se lo stato psichico sia tale da consentire senza produrre danni, seppur transeunti, l’audizione giudiziale.

Se il tecnico dovesse ritenere che il minore versa in uno stato incompatibile con l’esame può essere evitata l’audizione in contraddittorio e le dichiarazioni indirette potranno essere utilizzate come prova piena⁷⁷.

Il quesito deve inoltre essere formulato tenuto conto delle indicazioni che sono fornite dall’esperto e agli elementi che emergono dal fascicolo e che possono orientare l’approfondimento verso temi specifici.

Si è ritenuto inopportuno il ricorso a formule preconfezionate, che rischiano di non fornire al giudice gli elementi di valutazione necessari per la gestione dell’audizione nel caso concreto ⁷⁸.

77 Cass., sez. III, 11 giugno 2009, n. 30964, C.E.D. Cass., n. 244939.

78 Secondo gli esperti dell’ordine degli psicologi del Lazio il perito/consulente ha il compito di valutare la personalità del minore, il suo sviluppo psichico ed evolutivo, la qualità affettiva e i meccanismi difensivi, le eventuali alterazioni cognitive e affettive e dell’esame di realtà, naturalmente in riferimento all’età di appartenenza. Il perito, dovrà valutare le dichiarazioni del minore per inquadrarle all’interno della valutazione dell’io, non certamente per verificare se vi sono congruenze/incongruenze, contraddizioni, omissioni o lacune in riferimento agli aspetti fattuali.

Pertanto, i quesiti proposti dal magistrato dovrebbero essere orientati sulla valutazione del minore in riferimento a:

Particolarmente controversa è l'opportunità di valutare l'esistenza del *disturbo post traumatico da stress* come anche eventuali altri segni di disagio psichico.

Alla base di tale controversia è la riconosciuta (unanime) a-specificità eziologica della patologia. Gli specialisti sono concordi nel ritenere che alla verifica dell'esistenza del disturbo non può essere associata – secondo percorsi attendibili – alcuna causa specifica, sicché non appare possibile indurre dalla rilevazione dello stesso il patimento di un trauma determinato ⁷⁹.

Ci si chiede tuttavia se sia *processualmente rilevante* la conoscenza del *fatto* che il minore presenti il disturbo post traumatico da stress, o altri segni (minori, o diversi) indicativi del patimento di un trauma o di un disagio psichico.

Si è osservato che la condizione di disagio psichico accertabile e diagnosticabile è un *fatto* che, se esiste va conosciuto, al pari di ogni altra emergenza, potenzialmente, anche se non sicuramente, riferibile

-
- a) livello di competenza delle funzioni psichiche dell'lo e delle disponibilità-capacità cognitive, emotive e relazionali correlate all'età, alla scolarità, al contesto familiare e sociale.
 - b) livello di competenza legato alla disponibilità-capacità del minore di differenziare gli elementi essenziali dei dati di realtà da costruzioni prevalentemente immaginativo-fantastiche;
 - c) organizzazione di personalità, delle condizioni psicologiche e/o psicopatologiche, con particolare attenzione al livello di suggestionabilità e alla presenza di significativi sensi di colpa;
 - d) patrimonio espressivo verbale e non verbale;
 - e) sussistenza di eventuali evidenze cliniche di disagio e di malessere psicologico eventualmente correlabile con i fatti per cui si procede.

⁷⁹ Secondo gli estensori della *Consensus Conference* (4.5) la diagnosi di Disturbo Post-Traumatico da Stress (PTSD) nell'infanzia e nell'adolescenza è oggetto di ampia revisione sistematica, non essendo gli attuali criteri del DSM stati verificati a sufficienza in soggetti inferiori a 15 anni. (4.6) Nelle indagini su supposti eventi traumatici è sempre necessario raccogliere informazioni nel modo più ampio e approfondito possibile poiché altri eventi (allontanamento dalla famiglia, alti livelli di conflittualità genitoriale, malattie con alto livello di sofferenza o protrate cure mediche, utilizzo di procedure di ascolto/indagine invasive, etc) possono anch'essi contribuire alla produzione di sintomi psichici o comportamentali. (4.7). In caso di evento traumatico certo è possibile stabilire un nesso causale con determinati sintomi psichici e comportamentali, ma non è consentito procedere in senso inverso, identificando da sintomi l'esistenza di uno specifico evento traumatico. Non esistono sintomi clinici (e tanto meno dati psicodiagnostici) di per sé deponenti di uno *specifico* trauma; non è quindi corretto desumere l'effettivo accadimento di un determinato *evento* traumatico dalla loro presenza.

al reato che si giudica. La gestione giudiziale di tale fatto dovrà essere conforme alle acquisizioni scientifiche, sicché dovrà essere esclusa la riconduzione *diretta* del disturbo alla causa-abuso. Il disturbo va trattato come *indizio* che, anche se inidoneo a costituire fonte di prova *esclusiva* del reato, non deve essere sottratto alla valutazione giudiziale, in quanto può costituire uno dei *molteplici e convergenti* elementi di un quadro probatorio a struttura indiziaria.

6.3 Il metodo e le linee guida

Sulle modalità concrete di gestione delle perizie psicodiagnostiche e, più in particolare, sul metodo utilizzabile per la valutazione della capacità a testimoniare si registrano opinioni diverse tra gli stessi esperti.

In particolare appare diversa la valorizzazione della coerenza del costrutto logico-formale delle dichiarazioni e dei contenuti extradichiarativi dell'ascolto.

Chi privilegia l'approccio clinico, fondato sulla relazione empatica, tende a valorizzare il "complesso" della comunicazione, e in particolare dati non dichiarativi (soprattutto nei minori in età prescolare).

Diverso è il taglio metodologico di chi ritiene che il minore (soprattutto se in età prescolare) sia fortemente esposto alle suggestioni e agli inquinamenti delle tracce mnestiche e privilegia l'analisi della linearità del narrato.

In materia sono state elaborate diverse linee guida.

Secondo la Corte di legittimità – che si è pronunciata in relazione alla Carta di Noto, con valutazioni ragionevolmente estensibili anche agli altri protocolli disponibili – le indicazioni del protocollo costituiscono un riferimento tecnico, ma non giuridico, sicché la violazione di quanto in esso disposto non incide sulla legittimità del procedimento di formazione della prova ⁸⁰.

⁸⁰ Cass., sez. III, 16 dicembre 2010 n. 15157, C.E.D. Cass., n. 249898 nello stesso senso anche Cass., sez. III, 10 aprile 2008, n. 20568, C.E.D. Cass., n. 239879 e Cass., sez. III, 14 dicembre 2007 n. 6464, C.E.D. Cass., n. 239091

La perimetrazione della valenza processuale delle linee guida non elide il valore culturale delle stesse che risiede, essenzialmente, nella ricerca di principi e tecniche condivise nella gestione della psicodiagnosi forense del minore.

6.4 La psicodiagnosi in fase investigativa

L'ausiliario (o "mediatore") che aiuta il pubblico ministero a effettuare l'ascolto può assumere la veste di consulente tecnico qualora si ritenga utile o necessario procedere alla psicodiagnosi⁸¹.

Si è ritenuto non opportuno consentire al consulente di effettuare incontri con il minore precedenti all'esame del pubblico ministero, per scongiurare ogni sospetto di inquinamento della fonte. Qualora gli incontri clinici si rivelassero indispensabili (per la tenera età del teste e la conseguente necessità di analisi preventiva della idoneità a testimoniare), è stato ritenuto imprescindibile il ricorso alla videoregistrazione delle sedute psicodiagnostiche.

6.5 L'incidente probatorio "parallelo": ammissibilità e modalità

È prassi giudiziaria diffusa quella di accompagnare all'incidente probatorio destinato a raccogliere la testimonianza del minore un incidente probatorio *parallelo* finalizzato alla verifica della l'idoneità a testimoniare del teste.

Quando si valuta la richiesta dovrebbe essere valutato anzitutto se il ricorso alla perizia sia o meno necessario, anche in relazione alla presenza di precedenti analisi tecniche.

Se la psicodiagnosi effettuata in fase investigativa risulta esaustiva

⁸¹ Cass., sez. III, 03 dicembre 2010, n. 3845, C.E.D. Cass., n. 249406 ha stabilito che "Non sussiste alcuna incompatibilità a testimoniare per l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia precedentemente partecipato all'assunzione delle sommarie informazioni testimoniali, rese al P.M. dal minorenni vittima di reati sessuali. (In motivazione la Corte ha precisato che tale soggetto non è qualificabile come "ausiliario", ai sensi dell'art. 144, comma primo, lett. d), c.p.p. Nello stesso senso, Cass., sez. III, n. 8377 del 17 gennaio 2008, C.E.D. Cass., n. 239282 contra Cass., sez. III, 26 novembre 2001, Er Regraui, in Cass. pen. 2003, 595, conforme la successiva Cass. sez. III, 16 novembre 2005, n. 45976, C.E.D. Cass., n. 233066.

e non emergono elementi nuovi che consigliano la ripetizione dell'accertamento, la riedizione dell'accertamento può essere superfluo. Gli interessi della difesa (che non ha partecipato all'accertamento tecnico effettuato ex art. 359 c.p.p. e che potrebbe avere interesse all'attivazione del contraddittorio tecnico) possono essere senz'altro soddisfatti dalla eventuale produzione di una consulenza di parte basata (anche) sulla assistenza all'esame incidentale, che non va mai negata.

È diffusa la prassi di consentire al perito l'analisi del minore *prima* di accedere all'audizione giudiziale. Si registra tuttavia anche la prassi di avviare l'indagine scientifica *contestualmente* all'audizione: tale modalità presenta il vizio di svolgere l'audizione in assenza del parere sull'idoneità a testimoniare (che sarà inevitabilmente postumo).

Il numero di incontri "tecnici" dovrà essere compatibile con la durata dell'incidente probatorio.

Gli incontri dovranno essere svolti con le stesse cautele che si utilizzano nell'ascolto giudiziale. Sarà necessario ricorso a un vetro specchio, che separi il luogo del colloquio clinico dalla stanza dove si trovano i consulenti di parte. I consulenti dovranno comunicare le loro istanze e osservazioni al perito che dovrà esaminarle e, comunque, darne atto nel verbale delle operazioni che accompagnerà la relazione peritale

È indispensabile che i colloqui clinici siano audio e video registrati e che i relativi supporti siano allegati all'elaborato peritale, unitamente alla documentazione dei contatti di tra consulenti di parte e perito nominato dal giudice⁸².

Considerato che il perito dovrà esaminare la idoneità a testimoniare e non indagare i fatti per cui si procede, il metodo da privilegiare sarà quello *dell'osservazione* piuttosto che quello dell'intervista-esame sui fatti di rilievo processuale.

Non è, al riguardo, inopportuno sottolineare in sede di conferimento che l'esame clinico non può sostituire l'audizione giudiziale che è

⁸² L'utilizzo della forma di documentazione aggravata è ritenuta opportuna dalla Corte di Cassazione: in tal senso Cass. sez. III, 18/09/2007, n. 37147, C.E.D. Cass., n. 37553

inopportuno che nell'ambito delle sedute psicodiagnostiche il tecnico affronti i temi processuali, a meno che il minore spontaneamente, e senza sollecitazioni, ne faccia cenno (nel qual caso non andrà inibito).

All'esito di questi incontri è opportuno che il tecnico offra una valutazione sintetica circa l'idoneità del minore a rendere testimonianza e la sua resilienza al trauma da processo.

La stesura definitiva dell'elaborato peritale potrà essere, invece, rinviata all'esito dell'audizione giudiziale, dalla quale il tecnico potrà – se lo ritiene – ricavare (ulteriori) elementi di valutazione utili a fornire quel quadro relativo alla personalità, alla suggestionabilità e alla capacità di comunicazione.

6.6 Il contraddittorio tecnico

Qualora si decida di accedere all'incidente probatorio "parallelo" occorre garantire contraddittorio tecnico in tutte le fasi dello svolgimento della perizia.

Al riguardo, appare fondamentale la fase del conferimento dell'incarico, che deve essere caratterizzata dallo svolgimento di un *contraddittorio* sul *quesito* nonché sui *tempi* e *modi* di svolgimento dell'incarico. Dovrà tenersi conto del parere del perito, che dovrà "condividere" il quesito e non accettare incarichi che richiedano l'attivazione di competenze non delegabili.

Dovrà essere curata anche la comunicazione tra periti e consulenti di parte che dovrà essere *costante* e consentire la *massima interlocuzione*.

Al riguardo è opportuno che sia verbalizzato (all'atto del conferimento dell'incarico) l'onere del perito di *comunicare* ogni attività rilevante ai consulenti di parte.

Si ritiene inoltre opportuno che il perito stenda un *verbale di accompagnamento* alla relazione in cui lo stesso indichi in modo dettagliato le comunicazioni con i tecnici di parte (allegando i documenti che comprovano i contatti), nonché le *osservazioni* da questi effettuate nel corso delle operazioni e le risposte che avrà ritenuto di fornire al

riguardo.

La Corte di Cassazione ha censurato la mancata autorizzazione al consulente ad assistere a un esame testimoniale: il tecnico di parte è stato così configurato come un assistente “permanente” titolare del diritto a presenziare alla assunzione degli atti rilevanti per le sue valutazioni⁸³.

6.7 Il minore incapace

Nel caso di indicazione negativa sulla capacità di affrontare l’audizione giudiziale la scelta del giudice non potrà che essere quella di revocare l’ammissione dell’incidente probatorio. Diversamente quando il perito ritiene la incapacità a testimoniare occorre valutare la *struttura* dell’inidoneità.

È indispensabile che sia chiarito il tipo di inidoneità che affligge il minore. In particolare dovrà essere verificato se la stessa implica una carenza cognitiva che impedisce ogni valida riedizione del ricordo, o se comporti solo la incapacità di sostenere l’intervista giudiziale, ovvero di decodificare le domande e “allegare” le risposte.

Tale valutazione serve per verificare se il teste, che è spesso l’unico in grado di riferire direttamente le circostanze del fatto che si indaga, sia impossibilitato a *ogni* valida riedizione del ricordo, o, piuttosto sia (solo) incapace di fornire risposte coerenti alle domande.

Evidentemente solo la prima forma di impedimento impedisce la testimonianza.

Diversamente il teste capace di riedizioni mnestiche può essere ascoltato e non deve essere considerato automaticamente inattendibile; le sue dichiarazioni devono essere tuttavia valutate con cautela e devono essere necessariamente corroborate da altri elementi⁸⁴.

83 Cass., sez. III., 13 maggio 2009, n. 25992, C.E.D. Cass., n. 243912; nello stesso senso Cass., sez. III, 9 giugno 2009 n. 35072 C.E.D. Cass., n. 244423)..

84 Cass. sez. III, 6 luglio 2007, n. 35492, C.E.D. Cass. 237597:

Nei casi in cui ci sia l'indicazione della inidoneità minore e si debba comunque assumere la testimonianza sono apparse del tutto inadeguate le modalità ordinarie dell'intervista giudiziale.

In tali casi l'esaminatore deve essere meno esigente e consapevole del fatto che, quali che siano i dati dichiarativi emergenti, questi dovranno essere sottoposti a severo scrutinio giudiziale e essere corroborati da elementi esterni. L'audizione in questi casi si trasforma in una sorta di *osservazione* con pochi stimoli alla riedizione e una grande "tensione" all'ascolto di un dichiarato che – se ottenuto – ha un valore probatorio depotenziato rispetto a quello di un teste ritenuto capace.

6.8. In sintesi

Si è ritenuto opportuno:

- effettuare con cautela la scelta del tecnico incaricato, che deve avere competenza sia scientifica che clinica; il tecnico non deve coincidere con lo psicoterapeuta del minore;
- al tecnico deve essere affidato un quesito volto a valutare in concreto la sua idoneità a testimoniare, ovvero a "fotografare" lo stadio evolutivo e lo sviluppo psichico-relazionale del minore, senza che allo stesso siano assegnati compiti di valutazione dell'attendibilità che restano di stretta competenza del magistrato;
- l'esistenza di uno stato traumatico è un fatto indiziario rilevante per il processo e va rilevato, anche se, dalla esistenza di un trauma non si può indurre tout court, in assenza di altri elementi, l'esistenza di una causa specifica,
- è opportuno che il tecnico valuti la resilienza del minore all'audizione giudiziale; qualora si attesti che il minore può patire dall'ascolto un danno (anche transeunte) si può evitare l'esame e accedere all'utilizzo probatorio pieno delle dichiarazioni de relato,
- se si ritiene necessaria una misura cautelare urgente, al consulente

può essere chiesta un'anticipazione sulla idoneità a testimoniare e sulla assenza di patologie incidenti sulla riedizione del ricordo,

- non è raccomandabile che, in fase investigativa, il consulente effettui sedute psicodiagnostiche prima dell'audizione giudiziale; tuttavia, se in concreto gli incontri clinici preventivi si ritengono necessari (ad es. per l'età del minore), gli stessi devono essere videoregistrati;
- l'ammissione della psicodiagnosi in sede incidentale dovrà essere effettuata solo se necessaria: ovvero in assenza di psicodiagnosi pregresse, nel caso in cui le stesse siano "critiche" o quando emergano elementi nuovi;
- qualora si ritenga necessaria la perizia psicodiagnostica "parallela" all' esame incidentale, la stessa può essere effettuata anche attraverso incontri clinici precedenti l'audizione; tali incontri devono essere svolti alla presenza dei consulenti di parte con le modalità e cautele tipiche dell'incidente probatorio (vetro specchio e videoregistrazione); se si effettuano gli incontri peritali prima dell'audizione, può essere chiesta un'anticipazione delle valutazioni tecniche, è opportuno che il perito sia onerato di gestire in modo controllabile e documentato i rapporti con i consulenti di parte, allegando – ove possibile – le tracce dei contatti, in caso si acceda alla psicodiagnosi forense è inopportuno che il perito intervisti di iniziativa il minore sui temi centrali del processo, tuttavia, qualora il minore nel corso degli incontri affronti spontaneamente tali temi, il perito non dovrà inibire il racconto e potrà utilizzare i dati emersi ai fini delle valutazioni cliniche delegate.

(Footnotes)

1 Sul punto uno degli esperti ha segnalato significativamente la sussistenza (anche se non ravvisabile in tutti i casi) del cd. effetto terapeutico dell'audizione sul minore che spesso ne esce liberato da un peso gravoso che sente di aver affidato a chi lo può aiutare. In alcuni casi si registra che il minore si sia trovato così bene da non volersi allontanare dall'aula.

COMITATO ITALIANO PER L'UNICEF - ONLUS

Via Palestro, 68 - 00185 roma
tel 06 478091 fax 06 47809270
pubblicazioni@unicef.it
www.unicef.it

Stampa Arti Grafiche Agostini
Roma, Gennaio 2012
Tel. 06.79846242 - Fax 06.79815449
e-mail: info@artigrafcieagostini.com
Carta ecologica e riciclata
Symbol Freelife Satin

