

L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione divorzio

di Elisa Ceccarelli

L'ascolto dei figli minorenni da parte del giudice non era contemplato nelle norme sulla separazione, ma era stato introdotto dalla legge sul divorzio, nella quale era previsto che il presidente li sentisse, ove lo ritenesse "strettamente necessario, anche in considerazione della loro età".

Il nuovo art. 155 sexies prevede invece l'ascolto del minore come uno degli adempimenti del giudice che "*dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento*".

Mentre nel testo del progetto unificato l'ascolto era rimesso alla valutazione discrezionale del giudice ed era assimilato ai mezzi di prova ("può assumere... mezzi di prova, nonché, salvo che particolari ragioni lo consiglino, l'audizione dei figli minori") la norma definitiva limita la discrezionalità del giudice, ma pone una cesura rispetto alla previsione della facoltà di assumere anche d'ufficio mezzi di prova il che rende anche lessicalmente evidente che l'audizione non può essere considerato un mezzo di prova.

Come è stato rilevato da più parti ed in particolare dall'associazione dei magistrati per i minorenni e per la famiglia "sarebbe estremamente pericoloso considerare le dichiarazioni del minore come fonte di prova magari <a carico> dell'uno o dell'altro genitore. Ciò potrebbe trasmettere un messaggio quanto mai fuorviante per una corretta gestione delle controversie separative, cagionare grave pregiudizio al minore e soprattutto, assumerne in modo molto riduttivo e distorto il ruolo nel processo, disattendendone la qualità- sia pure da intendersi in modo "speciale"- di parte" così come delineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.1/2002. Conseguentemente sarebbe stato molto meglio introdurre una norma a parte in cui si affermasse che il minore capace di discernimento ha diritto di essere ascoltato dal giudice, eventualmente affiancato da esperti"¹.

Dalla tassativa indicazione della norma gli interpreti desumono in generale l'esistenza di un obbligo del giudice di ascoltare i figli minorenni, escluso solo dalla mancanza della capacità di discernimento per chi abbia meno di dodici anni, da valutarsi da parte del giudice assistito da un ausiliario esperto o se necessario da un CTU.

Si ritiene altresì che l'audizione debba essere esperita dal giudice personalmente, salva la sua facoltà di farsi assistere da esperti in psicologia dell'età evolutiva, ai quali tuttavia l'incombente non potrebbe, secondo alcuni, essere delegato.

Non manca tuttavia un'interpretazione più restrittiva nel senso che il giudice potrebbe sempre valutare l'opportunità di procedere direttamente alla audizione, oppure di delegarla ad esperti o addirittura di ometterla quando, per la sussistenza di particolari circostanze, dovesse ritenerla pregiudizievole per i minore.

Sembrano orientati in questo senso i giudici dei tribunali ordinari, che mostrano cautela nell'approccio al minore, dettata verosimilmente da scarsa consuetudine e da difficoltà relazionali connesse al ruolo, ma anche dalla consapevolezza dell'inadeguatezza della struttura giudiziaria e delle regole processuali rispetto alle esigenze dei minore.

Invece i giudici minorili ritengono, in generale e salvi casi specifici di diversa opinione, necessario procedere sempre all'ascolto dei minori, per le questioni che li coinvolgono (non ovviamente per le controversie meramente patrimoniali) perché deve essere rispettato e realizzato il loro diritto, affermato nelle convenzioni internazionali e recepito nel nostro sistema, di esprimersi e di essere ascoltati dal loro giudice nelle questioni che li riguardano. Conseguentemente l'ascolto dovrebbe avvenire da parte del giudice e non potrebbe essere delegato ad altre figure.

¹ cfr. le osservazioni al testo della legge in discussione del Consiglio Direttivo AIMMF in data 21/2/05

Non si può negare che l'ascolto dei figli minorenni nelle controversie separative potrà costituire un'esperienza emotivamente complessa e difficile non solo per loro stessi, ma anche per i giudici, ai quali si richiederà un'attitudine relazionale e una capacità di decodifica dei messaggi verbali e non verbali reciproci che percorrono ogni comunicazione umana ed in particolare quella in cui sono coinvolti soggetti in condizioni non paritarie.

I giudici dovranno guardarsi da non pochi rischi, da quello (più evidente e quindi probabilmente più controllabile) di chiedere, seppure implicitamente, al figlio la risposta risolutiva a questioni la cui decisione spetta invece ai genitori ed allo stesso giudice, a quello (più subdolo) di assumere atteggiamenti rigidi o al contrario collusivi con possibili atteggiamenti seduttivi dell'interlocutore minorenne.

Le modalità psicologicamente corrette dell'ascolto sono state delineate in un assetto emotivo dell'adulto "empatico e supportivo" fortemente rispettoso del minorenne ma "libero da affettuosità dolcistiche, infantilismi o seduzioni che possono indebolirlo e rendere più difficoltoso il suo comunicare"²

Sarà necessario che i giudici imparino ad ascoltare i bambini e i ragazzi, da soli o con l'assistenza di esperti con i quali confrontarsi, adoperandosi per acquisire una particolare competenza emotiva e relazionale che esula dal normale bagaglio di formazione giuridica.

Al giudice si richiede dunque una particolare competenza nel settore minorile e delle relazioni interpersonali che comporta una forte specializzazione e un'esclusiva destinazione agli affari familiari. Sarà sempre più viva l'esigenza che si costituiscano tribunali per le persone e la famiglia, specializzati e arricchiti con la presenza di giudici onorari esperti in scienze umane, avanti ai quali potessero essere finalmente riunite le competenze ancora disseminate tra tribunali ordinari (in composizione collegiale e monocratica in funzione di giudice tutelare) e tribunale per i minorenni.

Nell'immediato, sarà comunque necessario che per l'ascolto dei minorenni si individui un ambiente adeguato, che difficilmente potrà essere costituito dall'ufficio giudiziario quand'anche il minorenne venisse ricevuto in orari opportunamente distanziati da quelli delle udienze ordinarie.

Come è già previsto nel caso di assunzione di testimonianza nel processo penale per reati contro la libertà sessuale (art. 398 CPP) l'udienza potrebbe svolgersi in luogo diverso, in strutture (consultori, servizi psicosociali) meno rigidamente connotate come luogo del conflitto e perciò meno oggettivamente traumatiche per un minore di quanto non possa essere un ufficio giudiziario, specie di grandi dimensioni, in cui difficilmente potrebbero essere garantite condizioni di tranquillità e riservatezza.

Dal punto di vista processuale, l'ascolto del figlio minorenne non può essere assimilato ad un mezzo di prova: infatti non è finalizzato ad acquisire elementi istruttori, bensì a garantire al minore il suo diritto ad esprimere i suoi bisogni e i suoi desideri ed insieme il suo diritto ad essere informato dal giudice sui termini della controversia in cui è coinvolto in modo che venga limitata la confusione che può derivare da informazioni parziali e interessate fornite dai genitori in lite tra loro. Il minore non è testimone nel processo e il giudice non può interrogarlo su fatti specifici riguardanti la vita familiare: se non fosse così il diritto ad essere ascoltato ed informato su quanto gli sta accadendo si tradurrebbe in un dovere di testimonianza, contraddittorio con la qualità di soggetto massimamente interessato ad ogni decisione che lo concerne e quindi sostanzialmente parte del giudizio stesso³.

Ne consegue che non solo la presenza dei genitori e dei loro difensori all'audizione deve essere esclusa, per garantire la spontaneità delle dichiarazioni, ma anche che la loro conoscenza mediata da

² Cfr. "L'ascolto dei bambini" intervento della psicologa Dr Luisa della Rosa al convegno "I figli dei genitori separati" organizzato dal CAM, Milano, 8/10/2005, atti in corso di pubblicazione

³ La Corte Costituzionale (30/1/2002 n.1) ha affermato che "il minore si configura 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 CPC" desumendolo sia dall'art.12 della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989) resa esecutiva con legge 27/5/91 n.176 sia dalle previsioni della legge n.149/2001 che, per quanto non ancora rese esecutive, gli attribuiscono la posizione di parte con diritto di difesa.

modalità di riproduzione (verbalizzazione, videoregistrazione) non può essere ritenuta necessaria a fini processuali, poiché esse non possono costituire fondamento probatorio della decisione del giudice, ma solo mezzo per conoscere il minore e perché il giudice possa meglio valutare l'adeguatezza della decisione ai suoi bisogni affettivo- relazionali.

La piena disponibilità da parte dei genitori e dei loro difensori di quanto emerso nell'ascolto del figlio oltre ad essere processualmente irrilevante, non costituendo prova e non potendo quindi essere oggetto di eventuali controdeduzioni difensive, sarebbe invece fortemente rischiosa per il figlio che potrebbe trovarsi sottoposto a conflitti di lealtà con i genitori soprattutto nelle situazioni di grave contrasto tra di loro.