

L’ascolto, l’ assistenza e la rappresentanza del minore

Dott.ssa Grazia Cesaro*

L’ascolto nell’evoluzione normativa

Il tema che affronterò è sicuramente complesso ma stimolante perché a fronte di una normativa interna ed internazionale di sicura non facile interpretazione ed attuazione, ci trova impegnati nell'affrontare problematiche che, pur affioranti nel mondo del diritto, coinvolgono principi etici, sociali e politici riguardo la posizione del minore all'interno della famiglia e della società in cui vive.

Lungo e faticoso è stato il percorso di emancipazione del minore da oggetto di protezione all'interno della famiglia a soggetto di diritti .

Tradizionalmente è l'istituto dell'adozione la vera “cartina tornasole” per esaminare l'evoluzione del sistema di protezione del minore poiché, piu' di ogni altro coinvolge i rapporti tra il minore e la sua famiglia e consente, come vedremo anche in seguito con il riferimento alla legge 149 del 2001,“fughe in avanti rispetto ai lunghi tempi delle trasformazioni in diritto di famiglia” (Giardina)

Sono state però le convenzioni internazionali la vera “testa d’ariete” per il riconoscimento dei diritti del minore all'interno del processo e ciò già a fare tempo dagli anni 70/80 con le convenzioni internazionali in materia di sottrazione di minori che per prime hanno previsto la necessità di ascolto del minore.

Meno incisiva si è però da subito mostrata l'attenzione del legislatore italiano verso l'ascolto del minore laddove, in sede di ratifica delle convenzione sia nell'art. 6, 2° cpv. che nell'art. 7, comma 3° della l. n. 64/1994: ha preferito usare una definizione piu' restrittiva di ascolto individuando la formula “sentito..., ove del caso, il minore” e “sentiti...e, se del caso, il minore medesimo”.

Una diversa accezione terminologica che però sottolinea una differenza di significato: l'ascoltare significa prestare attenzione, richiede in chi ascolta, quindi,

attenzione verso l'altro, desiderio di capirlo, disponibilità a modificare le proprie opinioni in conseguenza dell'ascolto, ed un contesto adatto, si può ascoltare anche il silenzio, mentre il sentire è solo funzionale ed è un recepire asettico (Fadiga)

Ed è importante sottolineare questo passaggio perché racchiude l'orientamento che seguirà il nostro legislatore in sede di ratifica delle convenzioni internazionali in materia di ascolto.

Infatti se da un lato le convenzioni internazionali, mi riferisco in particolare alla Convenzione ONU del 1989 ed alla Convenzione di Strasburgo del 1996, continueranno nel percorso di promozione della partecipazione attiva del minore all'interno del processo, dall'altro il nostro legislatore continuerà ad attribuire all'ascolto una portata residuale frammentaria, sicuramente relegata a casi particolari e necessitati.

I motivi di questa “ritrosia” traggono origine, secondo gli interpreti, da una pluralità di considerazioni:

- l'ascolto necessita di competenze specifiche di cui il giudice non sempre dispone ;
- il minore può subire turbamento dall'entrare in contatto con la realtà giudiziaria (aula, giudici, forme , interrogatori, avvocati);
- il minore viene eccessivamente responsabilizzato nella lite familiare e si trova di fronte ad un “conflitto di lealtà” nei confronti dei genitori;
- il minore è, in via di principio, un testimone “difficile” ed “inattendibile” perché facilmente suggestionabile, influenzabile (c.f.r Trib Napoli, ordinanza 22 febbraio 1985, in diritto di famiglia e delle persone anno XIV, 1985, pp 617 -619, Procura della repubblica presso il Tm. dell'Acquila, 19 novembre 1993, Diritto di famiglia e delle persone, anno XXIII, 1994, pag.689-691.)

La Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge n.176 del 27 maggio 1991, prima, e la Convenzione di Strasburgo del 1996 (ora ratificata con legge 20 marzo 2003 n. 77) hanno raggiunto un altro importante traguardo: non soltanto hanno riconosciuto al minore il diritto all'ascolto con il richiamo espresso all'art.12 della Convenzione di New York, ma hanno specificato, promosso e reso attuabile la realizzazione del diritto stesso di completa partecipazione del minore ai processi che lo riguardano a secondo della capacità di discernimento dello stesso.

In particolare la norma di cui all'art. 3 della Convenzione di Strasburgo prevede un vero e proprio “ascolto informato” con la specificazione dei noti criteri guida di esaustività dell’ascolto.

Naturalmente non può non riconoscersi come l’immediata applicabilità di tali norme (secondo l’interpretazione della nota sentenza della Corte Costituzionale 1/2002 che attribuisce a dette norme portata precettiva all’interno dell’ordinamento) richieda preliminarmente la corretta definizione delle categorie in esse richiamate prima fra tutte la capacità di discernimento del minore.

Detta categoria è ancora in definizione nel nostro ordinamento sebbene il suo utilizzo fosse stato introdotto in ambito penale dal codice Zanardelli all’art. 54 ,con limite di età inferiore per l’imputabilità minorile, termine poi sostituito dal Codice Rocco, con il concetto di capacità d’intendere e volere, tradotto dagli interpreti nella categoria di “maturità del minore”.

In via generale **la capacità di discernimento** si considera acquisita dopo i dodici anni ma non è certo escluso che minori ben piu’ piccoli, anche di sei-otto anni, possano rappresentare validamente la propria idea rispetto al loro mondo affettivo ed al genitore con il quale preferiscono stare piu’ vicini.

La categoria è complessa è certo porrà agli interpreti le stesse difficoltà in termini di implementazione uniforme già sollevate con il concetto di maturità del minore, categoria sulla configurazione della quale gli esperti hanno espresso disagio perché obbliga a restringere in categorie giuridiche ciò che, per sua natura, appartiene al mondo dell’evoluzione psicologica del minore, non ha confini prestabiliti.

Inoltre mentre il concetto di maturità viene correlato alla capacità del minore di comprendere il significato anche morale dei propri atti delittuosi ed autodeterminarsi , il concetto di discernimento dovrà essere ancorato ai vissuti e bisogni affettivi ed emotivi del minore ed alla sua capacità di comprenderli e rappresentarli.

Peraltro non si può non sottolineare come il principio dell’ascolto del minore sia stato sicuramente meglio applicato e piu’ tutelato nell’ambito del diritto penale e forse proprio da tale esperienza possiamo trarre spunti interessanti ed interpretazioni applicative.

Il tema è affascinante e sicuramente necessiterebbe di maggiore approfondimento ma **è certo che dall'esperienza del processo penale minorile si è evidenziata la necessità di procedere all'ascolto del minore rispettando i seguenti parametri:**

- la minima offensività dell'audizione, con rispetto dei tempi del bambino della sua situazione emotiva, delle sue esigenze temporali (audizioni non troppo lunghe) e fisiche (generi alimentari ma anche di conforto affettivo come giocattoli, matite per disegnare etc.)
- l'utilizzo di modalità particolari di ascolto con la predisposizione di audizione protette che sottraggano il minore dalla dialettica processuale e con l'intervento di esperti , nelle situazioni piu' complesse , e comunque sempre con l'utilizzo una terminologia adeguata e un atteggiamento empatico, di disponibilità all'ascolto e alla comprensione;
- l'attenzione verso il comportamento anche non verbale del minore: il silenzio spesso è una risposta e le reazione emotive, soprattutto nei casi di violenza, dicono molto di piu' di tante parole ;
- l'attenta verbalizzazione e videoregistrazione dell'audizione proprio per poter esaminare complessivamente l'audizione non solo nel suo contenuto verbale;
- la puntuale spiegazione al minore di ciò che sta accadendo all'interno del processo (spiegazione dell'ambiente, dei ruoli, delle decisioni) con terminologia adeguata e ciò sia nei processi in cui il minore è parte offesa, sia nei processi in cui è imputato (art. 1 dpm 488/88).

Tali principi a nostro avviso dovrebbero essere puntualmente codificati anche nell'ascolto del minore in ambito civile, e non possono essere lasciati alla sensibilità del singolo giudice o alla creazioni di prassi.

Sotto diverso profilo **la Convenzione di Strasburgo**, come detto, con l'obiettivo di promuovere in ogni sua forma la partecipazione del minore, oltre all'ascolto ha previsto agli art. 4 e 9 il diritto del minore di avere un suo rappresentante all'interno dei processi che lo riguardano, qualora vi sia conflitto di interessi con i genitori.

Tale norma convenzionale ha da subito imposto due ordini di problemi: il primo relativo all'individuazione dei procedimenti che riguardano il minore risolto con la legge 20 marzo 2003 n. 77 di ratifica di detta convenzione, che, per vero ha reso operante la convenzione stessa in giudizi residuali ma, non anche, come ci si aspettava, nelle piu' importanti discipline in materia di diritto di famiglia, come la separazione il divorzio, l'esercizio della potestà e l'adozione, contrariamente agli altri paesi rappresentati, ed il secondo relativo alla rappresentanza ed assistenza del minore stesso, questione questa di ampia portata.

Avvocato o curatore del minore?

Molto si discute infatti se la rappresentanza del minore all'interno dei processi che lo riguardano, conseguente alla incapacità processuale dello stesso, debba avvenire per mezzo di un curatore speciale, come previsto da numerose norme codistiche prime fra tutte l'art. 78 c.p.c. e 320 c.c., oppure, unificando le figure di rappresentanza ed assistenza, per mezzo dell'avvocato del minore come previsto dalla nuova legge sull'adozione L. 149/2001, ovvero di entrambi.

La legge 149 , la cui entrata in vigore per quanto attiene alle norme procedurali è stata paralizzata dal D.L.158 del 24.06.04, ha fissato alcuni principi:

- 1) l'avvocato del minore è previsto in ogni procedimento relativo a questioni di potestà e non solo in caso di conflitto di interessi, e questo se per alcuni è l'ovvia conseguenza della natura dei procedimenti aventi ad oggetto condotte pregiudizievoli dei genitori nei confronti dei figli, per altri istituzionalizza almeno sul piano simbolico il conflitto di interessi (Morandi, 2003)
- 2) il principio di obbligatorietà della difesa tecnica del minore
- 3) la nomina di un avvocato a prescindere dalla capacità di discernimento del minore.

Le problematiche che questa impostazione solleva sono molteplici, prime fra tutte il rapporto tra avvocato e curatore del minore.

Ed infatti se da un lato la 149 si riferisce esclusivamente alla figura dell'avvocato del minore, che va a sostituire anche il tradizionale curatore del minore nel procedimento

di adozione, dall'altro non può non considerarsi come fra i principali disegni di legge attualmente in discussione , sia prevista nuovamente la figura del curatore speciale nei procedimenti di separazione e divorzio in caso di grave conflittualità tra i genitori mi riferisco in particolare al Disegno di Legge 2649 dell'11 dicembre 2003 dei Senatori Bucciero e Caruso “ Norme quadro per la istituzione dei difensori dei minori e altre norme a tutela degli stessi ” .

Peraltro nella relazione introduttiva al D.L citato si precisa che il curatore è scelto tra gli avvocati con il preciso obiettivo di “attribuire al minore la qualità di part , a cui consegue l'individuazione per la sua tutela, di un tecnico che possa rappresentarne gli interessi in ogni sede “

In tale modo si istituzionalizza la figura del curatore avvocato, figura che nella prassi ha già suscitato perplessità , poiché da alcuni si preferisce la figura del curatore “puro” individuato in persona con rapporti affettivamente significativi con il minore o istituzionalmente preposta alla sua tutela quale un assistente .sociale.

Mentre nel D.L 4294 nel testo recentemente approvato alla Camera sulla , “Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili e minorili a modifica degli art. 336 e 337 del c.c. in materia di procedimento avanti al T.M.” viene reintrodotta la figura del curatore del minore senza specificazione alcuna sulle sue qualità.

E se non è dunque possibile oggi discutere sui modelli prescelti dal legislatore proprio in considerazione dell'esistenza di diversi disegni di legge “in costruzione” e dunque suscettibili di modifiche, **non ci si può esimere dal sottolineare come la confusività sulla differenza terminologica tra avvocato e curatore**, di fatto sollevi molte perplessità, perplessità evidenziate anche dall'esperienza straniera.

Negli Stati Uniti ad esempio ove vi è un'esperienza ormai trentennale in tema di rappresentanza dei minori, le associazioni nazionali maggiormente rappresentative degli avvocati specializzati nel diritto di famiglia e minorile la National Association of Counsel for Children (NACC) e la American Bar Association (ABA) da tempo dibattono sul diverso ruolo dell'avvocato distinguendo tra il modello dell'avvocato curatore speciale (the attorney/GAL), noto anche come modello ibrido, ed il modello dell'avvocato in senso tradizionale (the traditional attorney) (Marcucci, 2003).

Nel primo caso l'avvocato ha completa autonomia e libertà nello scegliere l'interesse del minore, nel secondo caso è vincolato alle direttive del cliente che potrà essere il minore o il suo curatore.

Dalla scelta dell'uno ovvero dell'altro modello discende una particolareggiata codificazione degli standard di comportamento dell'avvocato.

Ora che tipo di modello ha in mente il nostro legislatore quando disciplina la normativa sull'avvocato e/o curatore del minore?

Le conseguenze della scelta del modello

Ad esempio: cosa dovrà fare l'avvocato del minore quando non sarà possibile avere alcun mandato espresso dal suo assistito (per minore età o incapacità di discernimento)?

Oppure quando la volontà espressa dal suo assistito si porrà in netto e palese contrasto con i suoi interessi ?

Ci riferiamo ad esempio ai casi di abuso intrafamiliare nei quali la parte offesa rende dichiarazioni contrarie al suo interesse per salvare un familiare , o in caso di separazione dei genitori quando un minore è letteralmente plagiato da un genitore o come dicono gli esperti soggetto ad "alienazione genitoriale"?

O ancora, quando ravviserà la necessità di farsi assistere da un consulente per avere conforto sulla volontà del minore, o sulla sua capacità di discernimento?

In questo caso la nomina di uno psicologo prescelto dal difensore non potrebbe porsi in contrasto con il diritto del genitore di scegliere i trattamenti sanitari ai quali sottoporre il figlio?

E più in generale, che tipo di rapporto potrà avere l'avvocato del minore con i genitori del suo assistito: solo processuale o extra processuale?

Le comunicazioni potranno avvenire separatamente con l'uno ovvero con l'altro genitore o, nel rispetto di un ipotetico contraddittorio, dovranno avvenire sempre alla presenza di entrambi i genitori, ovvero alla presenza dei rispettivi difensori di questi ultimi, anche in sede extraprocessuale?

Potrà raccogliere liberamente informazioni nella comunità in cui il minore risiede, in via stragiudiziale, o sarà soggetto a limitazioni che importano che l'acquisizione di tutte le informazioni avvenga in sede processuale nel rispetto del principio del contraddittorio ?

Ma ancora, **come potrà individuare l'interesse del minore senza eccedere in paternalismi e sentimentalismi** e dunque ricercare questo interesse secondo una valutazione oggettiva e non soggettiva evidenziata dagli americani con il termine the child's legal interest i c.d. legali interessi dei minori .

Mi spiego: **sarà possibile individuare interessi che , aldilà della espressa volontà del minore, potranno comunque essere perseguiti dall'avvocato (quale il suo benessere, il diritto di crescere all'interno della propria famiglia etc.) e ciò anche senza l'intermediazione della figura del curatore?**

Esisteranno poi altri interessi peculiari che il difensore dovrà comunque perseguire: quali il principio di minore offensività del processo, di esaustività delle informazioni fornite al suo assistito, di particolare competenza per potersi relazionare al proprio assistito, e soprattutto di stemperamento della conflittualità o di vera e propria mediazione , ove possibile .

I riflessi sul piano deontologico

E' evidente pertanto che non sono sufficienti a disciplinare la nostra professione di avvocati del minore le norme già previste dall'attuale codice deontologico e qui richiamabili, quale il dovere di lealtà e correttezza previsto all'art. 6, il dovere di segretezza e riservatezza previsto dall'art. 9, il dovere di competenza previsto dall'art. 12, di aggiornamento professionale di cui all'art. 13, il dovere di verità previsto dall'art. 14, poiché molte altre situazioni sono da disciplinare.

Diventa urgente studiare al piu' presto norme deontologiche, standard di comportamento per l'avvocato del minore, in una materia nella quale si accentuano così tanto i profili di discrezionalità dell'avvocato e quindi di responsabilità per la particolare

soggezione psicologica del nostro assistito e l' interposizione di soggetti portatori di interessi diversi. (Marini, 2004) .

E' altresì evidente come accanto alla predisposizione di un codice deontologico, o forse ancor prima, solo la particolare specializzazione e formazione dell'avvocato del minore potrà rendere davvero operativa questa figura.

Come è noto per la formazione del difensore d'ufficio penale minorile la legge 448/88 all'art. 15 disp. Att. prevede che la tradizionale formazione giuridica venga estesa anche alla "problematiche dell'età evolutiva" prevedendo così il principio di multidisciplinarietà della formazione dell'avvocato, principio che deve necessariamente venir attuato anche per il difensore in sede civile e non sembra essere richiamato dalle normative citate.

E' infatti evidente come sia di particolare importanza la capacità dell'avvocato di sviluppare una capacità comunicativa e competenza relazionale che gli permetta non solo di relazionarsi con il proprio assistito ma , anche di "dialogare con la famiglia, interagire con i servizi... sviluppando con tutti questi soggetti un rapporto di collaborazione sinergica, anziché di contrapposizione" (Maestiz, Colamussi, 2003).

La formazione dell'avvocato minorile

Una formazione che dovrà avere come obiettivi solo il "sapere che", -le tradizionali nozioni -, ma anche e soprattutto il "sapere come" con l'utilizzo di tecniche di simulazione quali role-playing, modeling, tecniche tutte già sperimentate nei corsi di formazione per difensori d'ufficio minorili organizzate dall'Ordine degli Avvocati, per dare a noi avvocati degli strumenti concreti per monitorare i comportamenti difensivi sia in sede di colloquio con il minore che processuale e le modalità decisionali.

E'necessario dunque che la formazione dell'avvocato minorile si prefigga questi obiettivi:

- a) una maggiore comprensione dei fenomeni personali ed interpersonali soprattutto con riferimento alle problematiche minorili;

- b) l'approfondimento del ruolo del giurista relativamente ai suoi mezzi, ai suoi scopi ed ai suoi limiti
- c) l'esame dei rapporti con altre professioni
- d) la promozione di capacità introspettive nei rapporti interpersonali tali da valutare le risposte appropriate sia in senso interpersonale sia in senso giuridico
- e) l'aumento della consapevolezza del **significato etico** della propria professione

(Gulotta, 2003)

Come è stato infatti sottolineato **l'avvocato del minore deve avere un nuovo concetto di “vittoria”**: "vince chi sa fare il gioco di squadra, chi sa accoppiare la competenza legale a quella sociale" ed il difensore ha bisogno di una particolare formazione perché gli sono assegnati "compiti estremamente complessi che non possono essere lasciati all'intuito dell'improvvisazione o del momento "(De Cataldo Neuburger, 1989).

Difendere un minore vuol dire dunque acquisire nuovi paradigmi professionali .

Siamo noi avvocati per il rispetto di una funzione e di una responsabilità che da professionale diviene sociale, e senza la possibilità questa volta di delega al legislatore o ad altri, a dover in primis cominciare a pensare come operare, perché la difesa dei soggetti piu' deboli uno dei principi fondamentali delle società civili.

Bibliografia

DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia e processo. Lo scenario di nuovi equilibri*, Cedam .Padova, 1989

DOSI, *La deontologia professionale dell'avvocato nei rapporti con il minore*, Rass. Forense n.4, 2004

DOSI, *L'avvocato del minore quali modelli ?*, Dir. fam. pers. N. 6, 2001

FADIGA, *L'adozione secondo la legge 149/2001 (aspetti sostanziali e procedurali con particolare riferimento alle novità introdotte dalla riforma)*, AIAF, quaderno 2004/1, “L'avvocato del minore”

GIARDINA, *La capacità del minore in relazione all'esercizio dei suoi diritti*, AIAF, Quaderno 2004/1, “L'avvocato del minore”

GULOTTA, *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile*, Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico, Giuffrè, Milano, 2003

HARALAMBIE, *American Roles and standards for Children's Attorney*, relazione al Corso di aggiornamento per l'avvocato del minore AIAF, Lucca 2002

LIUZZI, *L'ascolto del minore tra Convenzioni internazionali e normativa interna*, Fam. e dir. 2001

MAESTIZ, COLAMUSSI “*Il difensore per i minorenni*” Carrocci, Aprile 2003

MARCUCCI, *Il dilemma dell'avvocato del minore nell'esperienza americana*, AIAF Osservatorio, 2002/2003

MARINI, *Deontologia e responsabilità sociale dell'avvocato e il minore*, Quaderno Aiaf “L'avvocato del minore” 2004 /1

MORANDI, *L'esercizio del diritto di difesa del minore: esperienze e legislazioni a confronto*, Aiaf osservatorio 2002/2003

PETRI, *Rappresentanza del minore e difesa del suo interesse*, AIAF Osservatorio, 2002/2003

PAZE', *Gli ascolti nel processo*, relazione nell'ambito della convegno “Materiale per il piacere della psicoanalisi”, Lucca, nov. 2003

ROSSI, *Il minore e l'avvocato tra norme processuali e principi deontologici*, Rass. Forense 2003

TURRI, *L'ascolto del minore nel diritto*, Urbino, 7 giugno 2003, in UNICEF Guida Informativa, n.1, “La parola ai bambini , La presenza del minore nei procedimenti giudiziari” Aprile 2004

TURRI, *No a genitori e figli in contraddittorio nelle aule di giustizia*, in www.minoriefamiglia.it