

Capitolo III

Principi generali della CRC

2° rapporto supplementare



44

I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia

3. L'ASCOLTO DEL MINORE IN AMBITO GIUDIZIARIO (ART. 12 COMMA 2 CRC)

26. Il Comitato ONU raccomanda che:
- (a) la legislazione che disciplina la procedura nei tribunali e nei procedimenti amministrativi assicuri che un bambino capace di formarsi le proprie opinioni abbia il diritto di farlo, e che a esse venga data la dovuta considerazione;
 - (c) venga rafforzata l'azione generale di sensibilizzazione, e in particolare nell'istruzione e nella formazione dei professionisti relativamente all'attuazione di questo principio.

CRC/C/15/Add. 198, punto 26 lett. a, c

Il Rapporto governativo, per quanto riguarda l'ascolto del minore in ambito giudiziario sia civile che penale, esaminando le modifiche sia legislative che di applicazione giurisprudenziale, afferma che si sta delineando un nuovo tipo di procedimento relativo alle questioni che interessano i minori più partecipativo e più corale e quindi più ricco di informazioni, pur dando atto della necessità di ulteriori interventi legislativi per rendere chiari ed applicabili le leggi esistenti. Tuttavia se da un lato, **in ambito civile**, si riconosce la portata innovativa dovuta alla piena entrata in vigore della Legge 149/2001, a partire dal luglio 2007, nonché all'entrata in vigore della Legge 54/2006, nello specifico dell'ascolto del minore si rileva come nei procedimenti di adozione viene mantenuto l'obbligo di sentire il minore che ha compiuto 12 anni o un'età inferiore in quanto capace di discernimento, come era già previsto prima dell'entrata in vigore della Legge 149/2001, mentre per i procedimenti *de potestate*, la nuova legge non ne disciplina esplicitamente l'ascolto. Per quanto concerne poi l'ascolto del minore nei procedimenti di separazione, nonostante il disposto della Legge 54/2006, permangono differenti interpretazioni con conseguenti prassi non omogenee tra i vari tribunali. **In ambito penale** invece non si segnalano novità normative, e la prassi è ancora disomogenea sul territorio nazionale.

Per quanto concerne il **contesto civile**, il lungo rinvio dell'entrata in vigore della Legge 149/2001, fino alla data del 30 giugno 2007, trovava la sua giustificazione proprio nella mancanza di una normativa dettagliata di applicazione della stessa. Il Rapporto governativo sul punto parte⁶⁰ dalla sentenza 1/2002 della Corte Costituzionale e sulla base delle affermazioni in essa contenute richiama l'importanza dell'interpretazione che la Corte ha dato dell'art. 12 della CRC, affermando che si tratta di una norma direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, che il minore è parte in senso tecnico in ogni procedimento che lo riguarda, con il diritto alla nomina di un avvocato in tutti i procedimenti e non solo in caso di conflitto di interessi con i genitori. Sebbene la pronuncia della Corte sia chiara, in realtà la situazione appare ad oggi molto più confusa e lungi dal trovare una uniformità di applicazione.

Per quanto riguarda l'ascolto del minore in sede civile, nel Rapporto governativo vengono individuate due aree distinte che identificano le modalità di ascolto, la prima relativa alle **procedure di adottabilità ed ai procedimenti *de potestate*, cioè limitativi della potestà dei genitori, quindi attualmente di competenza dei Tribunali per i Minorenni**, la seconda relativa ai procedimenti di separazione e divorzio

⁶⁰ Rapporto governativo, op. cit., pag. 32-34.

Capitolo III

Principi generali della CRC

2° rapporto supplementare



45

I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia

di competenza del Tribunale Ordinario. In merito ai procedimenti attualmente di competenza del Tribunale per i Minorenni, occorre però fare una ulteriore distinzione, fra procedimenti limitativi della potestà e procedimenti di adottabilità. Per quanto riguarda i **provvedimenti de potestate**, nel Rapporto governativo si sostiene che con l'entrata in vigore della Legge 149/2001 è stata prevista la presenza dell'avvocato del minore in ogni procedimento relativo a questioni di potestà e non solo in caso di conflitto di interessi tra i genitori, e che il minore deve essere considerato parte in senso tecnico del procedimento con il diritto di essere tutelato da un avvocato. Tale affermazione non risulta però condivisa dalla predominante giurisprudenza, e al momento della stesura del presente Rapporto esiste un forte contrasto fra i vari Tribunali per i Minorenni e fra i Tribunali ed alcune sezioni di Corte d'Appello. Una ricerca recentemente effettuata evidenzia una grande disparità di trattamento fra i vari Tribunali⁶¹. L'affermazione secondo cui il minore sarebbe sempre parte in senso tecnico del procedimento, e che quindi sarebbe sempre necessaria la presenza dell'avvocato del minore, va precisata distinguendo, come fa la più attenta dottrina, fra parte in senso sostanziale e parte in senso formale. La semplice constatazione che il minore non ha legittimazione attiva, senza quindi la possibilità, neppure con un difensore, di chiedere ed iniziare un procedimento che lo riguardi, porta alla conclusione che il minore non può essere considerato parte in senso pieno. Secondo tale interpretazione la qualità di parte del minore sarebbe invece riferita alla sfera tutta sostanziale dell'ascolto e della presa in considerazione della sua volontà⁶². Inoltre secondo la dottrina prevalente non sarebbe possibile procedere d'ufficio alla nomina di un difensore né del genitore, né del minore nei procedimenti relativi alla potestà, non essendo previsto esplicitamente dalla legge ed essendo la norma relativa alla nomina del difensore d'ufficio norma eccezionale e quindi non applicabile analogicamente. Da ciò deriva, secondo l'interpretazione della maggior parte dei Tribunali, e fra tutti del Tribunale per i Minorenni di Milano⁶³, ed in attesa di una complessiva riforma della materia, che il giudice potrà nominare solo un curatore speciale al minore in presenza di un conflitto di interessi fra il genitore ed il minore, secondo le regole generali ex art. 79 c.p.c.

La situazione relativa alla **procedura di adottabilità** comporta invece considerazioni diverse. La Legge 149/2001 pre-

vede che il minore deve essere difeso dall'inizio del procedimento, ma l'art.10 della Legge limita la nomina d'ufficio del difensore ai genitori, e non al minore. Tale affermazione è stata da alcuni ritenuta una svista del legislatore, che quindi consentirebbe comunque la nomina del difensore d'ufficio anche per il minore⁶⁴. Una più attenta dottrina⁶⁵ ritiene invece che la posizione del minore anche nel caso di procedimento di adottabilità non sia quella di parte in senso sostanziale e formale, tanto che il minore stesso anche in questo caso non ha la possibilità di chiedere una dichiarazione della propria adottabilità, né di poter impugnare il relativo provvedimento del Tribunale. Il minore sarebbe, anche in questo caso, parte nel senso più limitato del suo diritto di essere ascoltato all'interno del procedimento. Pertanto secondo le regole generali che riguardano il conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato, e ritenendo insito nel procedimento di adottabilità un conflitto di interessi fra genitori e minore, il Tribunale per i Minorenni potrà nominare al minore un curatore, che se avvocato potrà difendere il minore, altrimenti il curatore stesso potrà procedere alla nomina di un difensore nel procedimento. Al di fuori di queste ipotesi, allo stato della legislazione vigente non pare possibile la nomina di un difensore per il minore effettuata direttamente dal Tribunale. Si rileva a questo proposito che, al momento della stesura del presente rapporto, è pendente presso la Corte di Cassazione la questione relativa alla possibilità della nomina da parte del Tribunale di un curatore-avvocato presupponendo sempre un conflitto di interessi fra il rappresentante legale del minore, in questo caso il tutore ente locale, ed il minore stesso⁶⁶.

Infine non ci risulta che siano stati elaborati protocolli negli uffici giudiziari che disciplinino la **nomina dei difensori e dei curatori speciali dei minori**, richiamati nel Rapporto governativo⁶⁷, ma unicamente all'interno dei Tribunali, dove sono state redatte delle liste di difensori sulla base degli elenchi dei difensori d'ufficio penali. Si evidenzia così una lacuna, relativa alla specializzazione dei curatori e dei difen-

⁶⁴ In questo senso Dosi G., *L'avvocato del minore*, in www.giustizia.catania.it

⁶⁵ Si veda per tutti Morozzo della Rocca P., *Diritti ed interessi nei procedimenti minorili di adottabilità e di limitazione della potestà dei minori*, in *Minori giustizia* n. 4/2007, pag. 349 e ss..

⁶⁶ La questione è stata sollevata dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello di Milano che ha ritenuto non conforme al dettato normativo la decisione della Corte d'Appello di Milano in data 16 ottobre 2008 che considerava nullità insanabile la nomina dell'avvocato del minore effettuata dal Tutore ente pubblico locale invece che dal curatore speciale nominato d'ufficio dal Tribunale. Si veda Tommaseo F., *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 256; Id., *La cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 679.

⁶⁷ Rapporto governativo, op. cit., pag. 34.

⁶¹ Unione Camere Minorili, in *Famiglia e Minori*, ottobre, 2008, pag. 97 e ss.

⁶² Si veda Morozzo della Rocca P., in *Famiglia e Minori*, 2007, 4, 353.

⁶³ Tribunale per i Minorenni di Milano, 6 luglio 2007, in *Famiglia e minori*, ottobre 2007, pag. 15 e ss..

Capitolo III

Principi generali della CRC

2° rapporto supplementare



46

i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia

sori, che dovrebbe essere oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore.

Per quanto riguarda i **procedimenti di separazione e divorzio di competenza del Tribunale Ordinario**, il Rapporto governativo contiene delle affermazioni che non sembrerebbero condivise da dottrina e giurisprudenza. Innanzitutto l'affermazione secondo cui il minore debba essere considerato parte processuale, seppure anomala, confonde il concetto di parte con il diritto all'ascolto, introdotto dalla nuova normativa in materia. Se da un lato è chiaro che il minore non ha necessità di essere rappresentato, né difeso all'interno del procedimento che riguarda i propri genitori, né ha alcuna legittimazione in proposito, dall'altro è altrettanto chiaro che il minore ha il diritto di essere sentito. In tal senso era assolutamente condivisa in dottrina ed in giurisprudenza l'opinione che i minori prima della Legge 54/2006 non avessero la qualità di parte nel giudizio di separazione o di divorzio. Si segnala che su tale punto era intervenuta anche la Corte Costituzionale⁶⁸, motivando che gli interessi dei figli non rimangono privi di tutela all'interno del procedimento di separazione o di divorzio dei genitori, in quanto sono garantiti da una serie non indifferente di misure a tutela dei minori stessi. La Legge 54/2006, che prevede l'ascolto del minore, pare rientrare nelle misure a tutela del minore, ma non essere in grado di attribuirgli la qualità di parte, seppure anomala, come invece si sostiene nel Rapporto governativo. La qualità di parte processuale comporta infatti la necessità della difesa, la legittimazione nel procedimento, la possibilità di iniziare il procedimento o di impugnare il provvedimento che lo definisce, e nulla di tutto questo è previsto per quanto riguarda i minori. Si discute invece se il figlio maggiorenne sia parte nel procedimento che riguarda la separazione o il divorzio dei genitori, al fine di chiedere direttamente il contributo economico al proprio mantenimento, ma tale problema esula evidentemente dal tema oggetto della presente analisi.

In merito all'obbligatorietà dell'ascolto e alle modalità con cui si deve svolgere, si evidenzia come tale questione sia già stata affrontata nel precedente Rapporto CRC⁶⁹, e che diversamente da quanto emerge dal Rapporto governativo, l'attuazione della normativa ha dato luogo a prassi differenti. Si segnala così che, al fine di giungere ad una prassi uniforme nei vari Tribunali, sono stati redatti diversi protocolli fra le principali associazioni di legali e rappresentanti dei giudici minorili ampiamente diffusi e

rispettati⁷⁰. Tuttavia si rileva ancora una volta una disomogeneità di interpretazione tra i differenti uffici giudiziari. Così se nel «Protocollo di Milano»⁷¹ si evidenzia la non obbligatorietà della audizione, lasciata alla discrezionalità del giudice, che deve valutare la necessità o l'opportunità della audizione stessa, e la non presenza dei genitori e degli avvocati all'udienza stessa, nel Foro di Roma⁷² viene fermamente sostenuta la necessità della presenza degli avvocati all'ascolto del minore. Manca ancora quindi una prassi condivisa, e soprattutto non c'è accordo sul punto cruciale: se la mancata audizione del minore in ambito giudiziario comporti o meno la nullità dell'intero procedimento, come alcuni sostengono, o se invece come convenuto da alcuni protocolli, tale incombente sia lasciato alla discrezionalità del giudice, che deve motivare le ragioni del suo comportamento.

Da ultimo si evidenzia che il Rapporto governativo dà ampio risalto all'entrata in vigore della **Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996**, ratificata dall'Italia solo con Legge 77/2003, evidenziando come «la scelta iniziale del legislatore di dare limitata attuazione al dettato della Convenzione» sia stata superata dall'entrata in vigore della Legge 54/2006. Si rileva invece che la sua limitata applicazione disposta con dichiarazione del Ministero degli Affari Esteri all'atto del deposito dello strumento di ratifica, relegando l'obbligo di ascolto del minore a ipotesi assolutamente poco rilevanti e di scarsa applicazione⁷³, non pare sia stata superata dall'entrata in vigore della Legge 54/2006, se non per il limitato tema che ne è l'oggetto, e con i limiti sopra riportati. Pertanto i limiti previsti rimangono pienamente in vigore, con la conseguenza che anche i

⁶⁸ Corte Costituzionale 14 luglio 1986 n. 185 in *Foro It.* 1986, I, 2679.

⁶⁹ 4° Rapporto CRC, 2008, pag. 44, disponibile su www.gruppocrc.net/L-ascolto-del-minore-in-ambito-giudiziario

⁷⁰ Si segnalano: Osservatorio per la giustizia civile di Milano «Protocollo sull'interpretazione e applicazione legge 8 febbraio 2006 n.54 in tema di ascolto del minore», «Protocollo per i procedimenti art. 155-317 bis c.c.» entrambi in www.ordineavvocatimilano.it; Osservatorio per la giustizia civile di Verona: «Protocollo per il processo di famiglia»; Osservatorio per la giustizia civile di Venezia: «Protocollo del processo civile: il rito di famiglia»; Osservatorio per la giustizia civile di Palermo: «Proposta di protocollo per la gestione delle udienze civili del Tribunale di Palermo»; Osservatorio per la giustizia civile di Salerno: «Il protocollo per i procedimenti in materia di famiglia e minorili» pubblicati in [/www.osservatoriogiustiziacivilefirenze.it](http://www.osservatoriogiustiziacivilefirenze.it)

⁷¹ «Protocollo sull'interpretazione e applicazione legge 8 febbraio 2006 n.54 in tema di ascolto del minore» redatto dall'Osservatorio per la giustizia civile di Milano - Gruppo famiglia e Minori, disponibile su www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/2333.pdf

⁷² «Protocollo per l'audizione del minore» redatto dalla Commissione Famiglia e Minori del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma www.cameraminorile.com/PROTOCOLLO%20SU%20AUDIZIONE%20DE%20MINORE.DOC

⁷³ Una sollecitazione ad estendere il campo di applicazione della suddetta Convenzione è stata data con la «Petizione per una più estesa applicazione della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori nell'ordinamento giuridico italiano», UNICEF Italia, disponibile su www.unicef.it

Capitolo III

Principi generali della CRC

2° rapporto supplementare



47

i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia

procedimenti *de potestate*, per citare solo quelli fin qui menzionati, rimangono al di fuori dell'ampia previsione della Convenzione, e si dovrà procedere con lo strumento legislativo alla modifica della predetta dichiarazione rendendo invece applicabile a tutto il campo dei procedimenti minorili quanto previsto dalla suddetta convenzione.

Per quanto concerne il **procedimento penale**, gli strumenti di tutela speciale, presenti nell'ordinamento italiano⁷⁴, relativi all'**ascolto del minore parte offesa e/o vittima di un reato sessuale**, non hanno ancora raggiunto livelli di omogeneità e di uniformità applicativa da parte dei vari Tribunali, sia in termini di utilizzo appropriato (es. audizione protetta ed assistenza affettiva e psicologica, che spesso vengono assicurate solo in parte) sia rispetto al coordinamento necessario fra i diversi livelli della Magistratura che si occupa del caso (Procura ordinaria e per i minorenni, Tribunale Ordinario, Tribunale per i Minorenni).

Si evidenzia, in particolare, che l'istituto dell'**incidente probatorio in modalità protetta**, finalizzato all'acquisizione della testimonianza del minore parte offesa, pur prevedendo nel caso del minore di anni 16 la possibilità da parte del giudice di avvalersi di un esperto di psicologia infantile in veste di ausiliario e di una struttura appositamente attrezzata (di solito stanza con specchio unidirezionale per evitare il contatto diretto con le parti del processo, compresi gli imputati, e relativo impianto di audio-videoregistrazione), sia stato applicato con procedure poco adeguate o non sempre rispettose del minore. Inoltre attualmente l'audizione protetta è applicabile direttamente solo nei processi relativi a reati sessuali, tranne alcune rare esperienze relative all'acquisizione di testimonianze di minori in sede penale anche per altri tipi di reato, mentre sarebbe auspicabile la sua estensione ed obbligatorietà in tutti i processi che coinvolgano come persona offesa minori, compresi quelli per maltrattamento.

La testimonianza del minore parte offesa rappresenta, infatti, una **fase delicata e cruciale ai fini dell'accertamento giudiziario**. È noto, infatti, che l'accesso alle memorie traumatiche riattiva le esperienze emozionali connesse alle vicende e ripropone i movimenti adattivi di risposta agli stimoli dolorosi ed ingestibili tanto che il minore mostra spesso un disagio clinicamente significativo durante l'audizione,

che si colloca all'interno di un percorso che inizia molto prima e chiama in causa, fin dal momento della rilevazione, la risposta del sistema famiglia-servizi-justizia alle esigenze di cura e protezione dei bambini. Troppo spesso i minori arrivano all'incidente probatorio provati, anche a causa della reiterazione delle interviste e delle audizioni dovuta nella maggior parte dei casi ad uno scarso coordinamento fra i diversi organi inquirenti e giudiziari; poco o per nulla tutelati, dato che l'assistenza affettiva e psicologica è spesso assente, mentre a volte non viene attivata la presa in carico psicoterapeutica con grave violazione o subordinazione del diritto di cura tempestiva del minore alle esigenze del processo; e impreparati al compito che si chiede loro di svolgere, più per inefficienza delle istituzioni che per mancanza di strumenti legislativi. Questi ultimi hanno infatti il limite di non essere vincolanti, e perciò la loro attivazione è sottoposta alla discrezionalità del giudice⁷⁵.

Sarebbe pertanto necessario agire lungo due direttrici: da un lato **rendere effettivi ed obbligatori gli strumenti di tutela fisica e mentale del minore**, dall'altro concedere **maggiore spazio al dialogo tra giudice ed ausiliario**, affinché questi, tenuto conto delle esigenze processuali, abbia la possibilità di conoscere per tempo il minore e sottoporre al magistrato i tempi e le modalità più rispondenti alle specifiche caratteristiche ed esigenze del minore.

Pertanto il Gruppo CRC raccomanda:

1. Al **Parlamento** di provvedere ad una completa riforma del patrocinio a spese dello Stato e la difesa d'ufficio;
2. Al **Ministero della Giustizia** di provvedere ad istituire corsi di formazione per curatori ed avvocati dei minori;
3. Al **Governo** di modificare la dichiarazione resa al momento della ratifica della Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, al fine di rendere applicabile la Convenzione a tutti i procedimenti che riguardano i minori.

⁷⁴ In particolare gli artt. 11 e 13 della Legge 66/1996 prevedono strumenti concreti al fine di proteggere la vittima di reati sessuali durante tutta la fase processuale, sia prevedendo l'assistenza affettiva e psicologica da parte del genitore o di persona indicata dal minore ed ammessa dall'Autorità giudiziaria, oltre all'assistenza dei servizi minorili, sia adottando luoghi, tempi e modalità particolari (anche presso strutture specializzate) per lo svolgimento dell'udienza dell'incidente probatorio, finalizzate a proteggere il minore di anni 16 che debba rendere testimonianza quale parte offesa (cosiddetta «audizione protetta»).

⁷⁵ Si auspica che tali misure possano essere riprese anche in sede di approvazione in Parlamento del disegno di legge A.C. 2326 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno», approvato dal Consiglio dei Ministri del 13 febbraio 2009, presentato in data 23 marzo 2009, che rinnova le modalità dell'audizione protetta e dell'assistenza, pur senza ancora dare obbligatorietà a questi strumenti.