



**22° Convegno dell'Associazione Italiana  
dei Magistrati per i Minorenni e la Famiglia**

**GENITORI, FIGLI E GIUSTIZIA:  
AUTONOMIA DELLA FAMIGLIA E PUBBLICO INTERESSE  
(Parma, 13-15 novembre 2003)**

**“Il processo minorile: garanzie per i diritti dei minori e degli adulti”**

***Carla Marcucci***

Recentemente la promulgazione di due leggi aveva fatto ben sperare che anche in Italia fosse finalmente maturata ed accolta l’idea che un bambino debba avere voce nei giudizi nei quali si discuta e decida della sua esistenza, ad esempio delle sue relazioni più importanti.

Mi riferisco alla **legge 28 marzo 2001, n. 149** Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 recante “disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori” nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile, la quale, insieme ad altre importanti novità, ha introdotto la figura dell’ **“avvocato del minore”** nei procedimenti aventi ad oggetto la dichiarazione dello stato di adottabilità ed in quelli relativi al controllo della potestà dei genitori che possono sfociare in pronuncia di decadenza dalla potestà o comunque in limitazioni della stessa.

Mi riferisco poi alla **legge 20 marzo 2003, n. 77** “Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996” a seguito della quale, il 04 luglio 2003, è stata ratificata dall’Italia questa convenzione, sulla cui importanza non debbo certo soffermarmi tenuto conto che sto parlando ad un pubblico di tecnici e di esperti.

La legge di riforma dell’adozione è in vigore ormai da più di due anni mentre la Convenzione di Strasburgo per l’Italia è in vigore solo da pochissimi giorni, dal 1 novembre 2003.

Se guardiamo ai concetti contenuti nelle due normative siamo legittimati a pensare che una vera e propria rivoluzione copernicana è avvenuta nel modo stesso di concepire il bambino, non più

minore, nel senso di soggetto/oggetto che soggiace all'adulto, bensì persona, cittadino, seppur in crescita, come ci ricorda il titolo di una bella pubblicazione dell'Istituto degli Innocenti di Firenze.

Cosa altro, infatti, se non elementi di novità assoluta rappresentano concetti quali la difesa tecnica del bambino, la nomina d'ufficio del difensore, in genere il riconoscimento di diritti processuali ai minorenni, quello di essere informato, consultato, di esprimere la propria opinione, di esercitare in tutto o in parte le prerogative proprie della parte, e così via?

Ma l'illusione della consumazione di un così importante passaggio, direi epocale, da un bambino "parlato" ad uno "ascoltato" dura solo il tempo necessario per leggere cosa ne è successo di queste norme piene di buone intenzioni, dopodiché al suo posto subentra lo sconforto nel rendersi conto che tutto è apparentemente cambiato perché niente cambi realmente.

Mi spiegherò meglio.

In primo luogo è a tutti nota l'incoerenza interna della legge 149 che all'art. 8 afferma ciò che al successivo articolo 10 già dimentica laddove, nel primo, prevede al comma 4 che "*Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'articolo 10*" ed nel secondo, al comma 2, recita "*All'atto dell'apertura del procedimento, sono avvertiti i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Con lo stesso atto il presidente del tribunale per i minorenni li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano. Tali soggetti, assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice*".

L'avvocato del minore è dunque già sparito.

Ma il fatto più significativo è che tutta la parte processuale della legge 149 è stata congelata e non è mai diventata operativa e bisogna veramente essere molto ottimisti per sperare ancora che quello al 30 giugno 2004 sarà l'ultimo differimento della sua più volte inutilmente preannunciata operatività.

Se a ciò si aggiunge che il **disegno di legge recante “Disciplina della difesa d’ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni”**, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 31 luglio 2003, dell’avvocato del minore non fa neppure cenno, allora la delusione diventa amarezza nella quasi certezza che, *more solito*, si sia solo scherzato.

Ma perché da questa amarezza si passi ad un vero e proprio senso di essere presi in giro, nell’ormai cronico *gap* tra affermazioni formali e attuazioni sostanziali, basterà rendersi conto di cosa ne è stato della portata della Convenzione di Strasburgo del 1996 nella attuazione che l’Italia intende darne con la sua ratifica.

Se non ci fermiamo, infatti, al rassicurante compiacimento per aver ratificato la convenzione ed andiamo a verificare le ipotesi normative alle quali l’ordinamento italiano applicherà i principi della convenzione stessa la nostra sorpresa, se siamo ancora capaci di sorprenderci, sarà davvero grande.

Al momento del deposito dello strumento di ratifica, il 04 luglio 2003, nel dichiarare, come richiede la convenzione, a quale tipo di giudizi verranno applicati i principi contenuti nella convenzione, l’Italia non ha, infatti, compreso tra essi quelli di divorzio, separazione, affidamento dei figli, adozione, esercizio della potestà, come invece hanno fatto gli altri paesi ratificanti, ma solo quei giudizi in riferimento ai quali il nostro ordinamento aveva già previsto che il sedicenne avesse pieno titolo a parteciparvi o perché legittimato all’azione o perché chiamato ad esprimere un consenso all’attività dell’adulto e, quindi, in definitiva casi rispetto ai quali non si presentano rilevanti difficoltà in ordine alla interpretazione della volontà di tale soggetto.

Si tratta, infatti, dei giudizi di disconoscimento della paternità e di impugnazione per difetto di veridicità del proprio riconoscimento per i quali le norme del codice civile, rispettivamente gli articoli 244 e 264, prevedono la legittimazione attiva del sedicenne attraverso un curatore speciale; ancora, del giudizio relativo alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale (art. 274

cod. civ.) per promuovere il quale l'art. 273 cod. civ. già prevede che il sedicenne possa negare o prestare il consenso; dei giudizi relativi all'intervento del giudice laddove sorga tra i genitori conflitto sull'indirizzo familiare e sulla fissazione della residenza familiare (art. 145 cod. civ.) in relazione ai quali è già previsto che siano “*sentite le opinioni espresse ... dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno*” “*per quanto opportuno*”.

Infine, la Convenzione dovrà applicarsi a quei giudizi che hanno ad oggetto l'annullamento ad istanza del figlio di atti relativi al patrimonio compiuti dai genitori (Artt. 322 e 323 cod. civ.) e quindi in riferimento a questioni meramente patrimoniali per le quali era già prevista la nomina di un curatore speciale in caso di conflitto di interessi tra genitori e figli di qualsiasi età (artt. 320 e 321 cod. civ.).

Mi pare dunque di poter affermare che siamo abbastanza fuori tema rispetto all'oggetto della Convenzione di Strasburgo che, nello specificare quali fossero i procedimenti giudiziari che riguardano i bambini, si riferisce espressamente a “*i procedimenti familiari, segnatamente quelli che riguardano l'esercizio delle responsabilità dei genitori ed in particolare, la residenza ed il diritto di visita ai bambini*”.

E' proprio quindi il caso di dire che in Italia abbiamo fatto tanto rumore per nulla.

Poi, proprio a volere essere pignoli, ci sarebbe anche la **Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989** che è legge dello stato italiano da anni, dal 05 ottobre 1991, visto che è stata ratificata il 05 settembre 1991, dopo che la **Legge 27 maggio 1991, n. 176 “Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989”** aveva autorizzato in tal senso il Capo dello Stato.

Nonostante il tempo trascorso, da considerarsi oggettivamente sufficiente per una sua assimilazione, il suo art. 12, che riconosce al “*fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa*”, avvertendo che le opinioni del fanciullo debbono essere debitamente prese in considerazione “*tenendo conto della sua età e del*

*suo grado di maturità*”, è più o meno rimasto lettera morta e quando viene richiamato in qualche sentenza questa finisce pubblicata sulle riviste specializzate tanto ciò è inusuale.

In questo desolante panorama, nel quale si continua tanto a parlare di minori ma di fatto non si ascoltano i bambini, l'unica norma che trova piena attuazione è quella introdotta con la riforma del divorzio nel 1987 che, anziché ampliare gli spazi deputati all'espressione dei figli, li ha ancor più limitati, anche rispetto al recente passato, prevedendo che il giudice li senta “*qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età*” e non più quando lo ritenga “*opportuno*”.

Come ha acutamente sottolineato il presidente Fadiga in occasione di un convegno tenutosi la scorsa settimana a Lucca proprio sul tema “Il bambino ascoltato” “*va aggiunto che ascoltare non è lo stesso che sentire, e che la nostra legge usa in genere quest'ultimo verbo e non il primo. Ma la differenza fra ascoltare e sentire è profonda. Ascoltare significa, secondo il dizionario Zingarelli, stare a sentire attentamente, dare retta (“ascolta il consiglio del medico!”). E' quindi espressione assai più pregnante del verbo sentire. Richiede a chi ascolta attenzione verso l'altro, desiderio di capirlo, disponibilità a modificare le proprie opinioni in conseguenza dell'ascolto. E richiede un contesto adatto, capace di favorire la comunicazione: non si può ascoltare con fretta, o in mezzo alla confusione. “Sentire”, è invece operazione che non richiede alcuno sforzo: anche il rumore si “sente”, indipendentemente dalla propria volontà e, di solito, con fastidio.*

*Non è quindi senza significato il fatto che il nostro legislatore non utilizzi mai il verbo “ascoltare”, e gli preferisca il verbo “sentire”. Vuol dire, nella prassi giudiziaria, che un'attività di tipo meramente formale è più che sufficiente per rispettare la norma. Si può dunque concludere, in via di prima approssimazione, che la presenza del minore nel nostro processo resta del tutto marginale, e, quando esiste, è una presenza indiretta, mediata dalla voce e dalla volontà dei genitori, che sono per legge gli unici interpreti dei suoi desideri e delle sue aspirazioni.”*

Tale conclusione ha trovato conferma in quanto è emerso dal gruppo di lavoro svoltosi ieri sull'ascolto dato che è risultato eccezionale il rapporto diretto del giudice tolto con un bambino di età inferiore ai 12/14 anni.

Ma se vogliamo fare uno sforzo di comprensione di un fenomeno ormai abbastanza delineato nei suoi tratti neppure troppo sfumati forse dobbiamo dare ragione a Piercarlo Pazé quando ipotizza che la nuova posizione del bambino nei procedimenti che lo riguardano è idea da noi nata sotto la spinta e la pressione che viene dall'esterno, dalle convenzioni appunto, a differenza di altri fenomeni, come ad esempio il divorzio e l'aborto, che hanno pervaso prima di tutto la società e attraverso questa si sono imposti al legislatore.

Come dire che solo cerebralmente si è fatto come se ci si adeguasse ad un modello che non viene sentito ancora familiare e, come spesso succede nel nostro paese, si è aggirato l'ostacolo parlandone molto, proclamando conformità che sono tali solo sulla carta, perché di fatto il bambino rimane colui di cui tutti parlano ma che davvero pochi ascoltano ed hanno voglia di conoscere.

Credo invece che il trattamento processuale che riserviamo ai nostri bambini, e l'assoluto silenzio al quale li condanniamo ricoprendoli, e nascondendoli, sotto le nostre moltissime parole di adulti, sia emblematico di un modo di fare giustizia in Italia (e quando dico "fare" vi comprendo sia il legiferare, che l'amministrare giustizia ed anche il difendere), molto lontano dal contatto con la persona, basato più sulla forma che sulla sostanza.

Ho sempre pensato che chi sa ascoltare e trattare bene un bambino sa ascoltare e trattare bene anche un adulto. Chi rispetta un bambino sa rispettare anche un adulto.

Se questa mia idea ha un minimo di fondamento è davvero preoccupante la tendenza comune a pressoché tutto il mondo giuridico (avvocati compresi) di non voler trattare con i bambini, di lasciarli perennemente "fuori".

E' così brutta la giustizia degli adulti da non poter consentire, con i dovuti adattamenti, l'acceso ai più piccoli?

Quando pensiamo ad una città ideale pensiamo ad una città a misura di bambino, perché dove vive bene un bambino certamente vive bene anche un adulto, una comunità intera.

Mi chiedo perché chi ha la responsabilità di fare leggi, elaborare riforme processuali e sostanziali, innalzare edifici giudiziari non pensi qualche volta se quanto si accinge a realizzare potrebbe essere spiegato a un bambino, capito da un bambino, vissuto da un bambino.

Credo che la maggior parte di quanto ci viene offerto oggi sia poco comprensibile persino agli adulti, figuriamoci a chi non è ancora viziato ad un ragionare che abbandona troppo spesso il criterio della semplicità e della logica a favore di elucubrazioni che partoriscono confusione ed incertezza.

Volevo parlarvi dell'ascolto del bambino e della sua rappresentanza e forse mi sono allontanata dal tema ma ho cercato di far capire che entrambi –ascolto e rappresentanza- sono e resteranno espressioni fatue se noi, giudici ed avvocati, rimarremmo quelli che nella maggior parte dei casi siamo. Se i nostri tribunali rimarranno quei luoghi tetri e misteriosi dove persino gli addetti ai lavori, che ne hanno un'abitudine quotidiana, si sentono a disagio, figuriamoci il cittadino, grande o piccolo che sia.

Ascoltare e rappresentare qualcuno implicano uno spazio ed un tempo adeguati e rispettosi di chi si rivolge a noi, oltre ad un interesse vero verso la persona dell'altro, anche in questo caso, piccolo o grande che sia.

Un giudice non può ascoltare un bambino sapendo di avere i minuti contati perché nel corridoi premono altri numerosi casi, figuriamoci se poi la sua mente è distratta anche dalla pluralità di tipologie dei casi da trattare, non solo le relazioni familiari ma anche tutto il resto dello scibile giuridico, sia pure *“in casi eccezionali, dovuti ad imprescindibili esigenze di servizio”* poiché sappiamo tutti quanto l'eccezione a casa nostra diventi spesso la regola.

Così pure un avvocato non può rappresentare, e quindi ascoltare, un bambino incontrandolo in fretta e furia al suo studio, anche egli tra un recupero crediti ed un sinistro stradale, spaventato da un ruolo

delicatissimo per il quale è preparato solo se ha avuto sufficiente coscienza per farlo di sua iniziativa perché nessuno gli richiede particolare attitudine, formazione, esperienza.

Sono notazioni che possono sembrare ovvie ma sono convinta che è da queste ovvietà, che nella pratica stentano ad affermarsi, che bisogna partire per arrivare finalmente da qualche parte senza perderci per la strada, inventando a noi stessi di porsi obiettivi altissimi senza neppure predisporre l'ABC degli strumenti per perseguiрli ed accontentandoci di riforme puramente nominalistiche

Qualcuno giustifica questa resistenza a rendere i bambini partecipi ai giudizi che li riguardano con il timore, così facendo, di responsabilizzarli troppo, di coinvolgerli eccessivamente nella conflittualità dei grandi.

A me pare che un simile timore possa essere superato solo che si dia il giusto significato ad ascolto e rappresentanza.

Se, infatti, fine dell'uno e dell'altra fosse quello di fornire al giudice la decisione bella e pronta, confezionata attraverso le parole dette dal bambino direttamente o a mezzo del suo rappresentante, allora certamente il bambino pagherebbe un prezzo troppo alto dal suo essere riconosciuto persona e soggetto nei procedimenti giudiziari che lo riguardano.

Lo si priverebbe, infatti, quel bambino, di un diritto fondamentale quale quello di godere di un tempo – quello dell'infanzia – durante il quale la responsabilità di certe decisioni compete solo agli adulti.

Ma non mi pare proprio che il senso dei due istituti – ascolto e rappresentanza – sia questo.

L'uno e l'altro – ed il secondo non è che un mezzo per la migliore realizzazione del primo – tendono a consentire che quel bambino, della cui vita il giudice dovrà decidere, non sia un minore anonimo, uno fra mille, indistinto, da classificare per grandi categorie, ma una persona alla quale sia consentito esprimere la sua peculiarità tale da farla risultare unica, una persona alla quale si spiega cosa è accaduto, cosa potrebbe accadere, dalla quale si cerca di capire cosa si aspetta o desidera che accada.

La responsabilità della decisione rimarrà sempre e soltanto del giudice che tale è proprio per questo.

I bambini sono sempre coinvolti nella conflittualità coniugale e non lo sono certamente meno facendoli stare zitti, abbandonati alle pressioni, opposte, di mamma e papà.

E' proprio contro le strumentalizzazioni, colpose o dolose, dei genitori e dell'ambiente familiare, che un buon ascolto, un vero ascolto, sia da parte del giudice che da parte del rappresentante del bambino, possono offrire un'ancora di salvezza.

Sotto questo profilo ritengo che il rappresentante del bambino, più ancora del giudice, possa essere un orecchio/mente con grandi possibilità di ascolto e costituire un aiuto infungibile per l'assistito.

Se non altro perché la dimensione "tempo", come detto così importante, può essere ben più ampia rispetto a quella consentita ad un giudice pur in una ipotetica, ed al momento utopica, cittadella della giustizia a misura di bambino.

Pensiamo quale valenza positiva possa avere per un bambino, infatti, essere accompagnato da una persona – il suo rappresentante - in un momento ed in un percorso difficili in cui sono a rischio i suoi legami primari, se questa persona non chiede alleanze, non ha interessi propri da fare valere rispetto al bambino, non re-agisce ma "tiene" e contiene, anche rispetto alle richieste dello stesso bambino/cliente che indurrebbero, se non ben ponderate, a tutta una serie di "agiti", come si direbbe in termini psicoanalitici.

Non credo davvero che renderebbe un buon servizio all'infanzia

l' "avvocato del minore" che si limitasse a riportare semplicemente al giudice un'affermazione del piccolo cliente, estrapolata dal contesto, non verificata in un tempo congruo, spacciandola per il desiderio espresso dal bambino.

Così come non farebbe certamente l'interesse del bambino, né rispetterebbe i suoi diritti, quel giudice che, in ossequio ad un tal genere di richiesta, abdicando al suo ruolo e al suo compito, desse semplicemente veste formale a quello che ha "sentito", nel senso sopra ricordato citando Fadiga.

Che fare dunque?

Spesso, quando parlo di ascolto e rappresentanza, mi servo di un’immagine presa a prestito da una collega americana, Jean Koh Peters, Professoressa alla Yale University e grande esperta del tema dell’avvocato del bambino tanto da aver anche elaborato un modello che porta il suo nome.

La proporrò anche a voi perché rende bene l’idea di quello che ritengo essere l’obiettivo di ascolto e rappresentanza.

Un bambino in certe situazioni di crisi dei legami familiari e di accesa conflittualità è un po’ come un capolavoro d’arte che i ladri nascondono, per trafugarlo, rendendolo irriconoscibile sotto molti strati di pennellate maldestre.

E allora lo scopo dell’ “ascolto giuridico”, proprio dell’avvocato del bambino (prima) e del giudice (poi), sarà quello di riportare alla superficie quel bambino che si nasconde sotto le apparenze, indotte dagli adulti, consisterà nel fare emergere nuovamente il bambino reale.

Fino a questo punto credo che un giurista, attrezzato convenientemente, ossia attraverso una adeguata formazione rigorosamente interdisciplinare, possa arrivare, anche avvalendosi, se necessario, dell’aiuto di altre professionalità.

Ovviamente, quando invece si tratti di accertare e “trattare” un problema più profondo, che appartiene all’inconscio del bambino, le competenze debbono essere altre e l’avvocato dovrà rendersi conto di questa ulteriore esigenza del suo rappresentato e farsene portavoce nelle sedi competenti.

Ma in ogni caso il bambino è sempre una fonte preziosissima di conoscenza per coloro che devono pensare a lui a vario titolo, siano essi i genitori, i maestri, gli esperti, altri professionisti che in momenti diversi possono dover intervenire, giudici compresi.

Si tratta, in sostanza, di saper individuare il contributo possibile che dal bambino può venire per la sua comprensione – e quindi per una decisione che persegua realmente il suo interesse – contributo questo che varierà in relazione al grado di maturità del bambino stesso e al tema in discussione.

Quello di capacità/incapacità è, infatti, concetto relativo, non assoluto: si è capaci/incapaci di fare qualcosa , in un certo momento, in determinate condizioni.

Come per una persona anziana e/o malata possono spesso trovarsi contemporaneamente presenti profili di capacità e di incapacità (ad esempio incapacità di perseguire i propri interessi economici e capacità di effettuare scelte di carattere esistenziale), così per la persona non ancora maggiorenne esiste una vastissima gamma di possibilità in relazione alle varie fasce di età e al tipo di decisione sulla quale le viene richiesto di esprimere un'opinione.

Una considerazione di questo tipo del concetto di capacità, in termini non globalizzanti ed assoluti, consente di utilizzare anche una percentuale minima di incipiente maturità del minorenne e di rappresentarne la volontà entro tale limite.

Concludo dicendo che mi ritengo un avvocato molto fortunato per avere avuto spesso la possibilità di rappresentare bambini come curatore speciale e come tutore provvisorio e debbo dire che sono state queste esperienze a farmi capire che una maggiore attenzione diretta a chi del giudizio è al centro rappresenta la migliore garanzia di una buona decisione e soprattutto costituisce già essa un motivo per affermare che quel giudizio, per quel bambino, non sarà stato inutile o peggio distruttivo ma, al contrario, un'occasione di crescita.