

COINVOLGIMENTO E DISTACCO:

LA GIUSTA DISTANZA TRA GIUDICE E PARTI

Relazione di Paolo Martinelli- Firenze, 17 aprile 2015

1) Una riflessione introduttiva.

Credo utile iniziare con qualche parola di presentazione, che ha a che fare –come vedrete- con il tema della relazione che mi è stata affidata.

Io, infatti, ho lavorato a Genova non in un Tribunale per i minorenni ma in una sezione famiglia di un Tribunale ordinario, dall’inizio dell’anno 2000 alla fine del 2008; ho fatto parte del direttivo dell’AIMMF tra il 2008 e il 2011 e ho collaborato alla Rivista *MinoriGiustizia* prima come membro del Comitato di redazione poi come condirettore sino all’anno scorso. La mia presenza qui sottintende quindi due enunciati che meritano di essere resi espliciti: il primo è che, quando si tratta di relazione familiari, esiste una cultura unica di riferimento tanto per chi lavora in un Tribunale per minorenni quanto per chi opera nel contesto della giurisdizione ordinaria; il secondo è che questa comunanza non si limita al terreno genericamente *culturale* ma investe direttamente la professionalità del magistrato nella sua dimensione operativa.

Infatti il mio tema di oggi è specificamente l’udienza, il momento in cui il magistrato non partecipa a dibattiti e non scrive saggi, ma tratta con parti e avvocati e scrive provvedimenti. Quando Marco Bouchard mi ha invitato ad essere con voi questo pomeriggio (invito di cui gli sono grato e che, dopo qualche anno di pensione, mi ha anche emozionato) ho capito che si trattava (anche) di contrastare l’affermazione ricorrente che i doveri del giudice del tribunale ordinario differiscano, quando egli si occupa di relazione genitoriali, da quelli cui risponde la specializzazione del Tribunale per i minorenni.

Il nostro tema vero, dunque, è che la specializzazione del giudice delle relazioni non è un *optional* che il legislatore possa dosare e modellare a suo piacimento, ma ha dei connotati necessari perché corrisponde ad obblighi precisi che incombono sul legislatore: La “specializzazione minorile”, insomma, è *necessaria* per dare attuazione vera ai diritti fondamentali della persona minore d’età e consiste, né più né meno, in un *modo diverso di fare il giudice*.

Questo è dunque l’argomento della mia relazione e l’obiettivo della mia presenza. Nel giudicare se risulterà convincente, troverete magari nel mio discorso approssimazioni e limiti personali, e le distanze tra l’esperienza dei procedimenti di

separazione e quelli più propriamente di competenza del Tribunale per i minorenni; ma vorrei che sapeste distinguere queste differenze, riuscendo a fare una valutazione complessiva della fondatezza astratta della tesi che mi sta a cuore attorno all'unicità della giurisdizione sulle relazioni personali.

Della "giurisdizione sulle relazioni personali" non è disponibile nel nostro ordinamento nazionale una definizione. Propongo di considerare tale ogni esercizio di giurisdizione che cada sotto la luce dell'art. 8 della CEDU, che ora rileggiamo insieme nella sua interezza:

Articolo 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Parlando di Convenzione europea sui diritti umani non posso ignorare che i rapporti tra tale Convenzione, come applicata dai giudici di Strasburgo, e le giurisdizioni nazionali è uno dei più tormentati argomenti negli odierni dibattiti di teoria giuridica. Ma i non giuristi, che so numerosi oggi, non devono temere, perché all'argomento io non dedicherò se non queste poche parole, che non temono smentita: che (non importa qui se in via di disapplicazione, attraverso questioni incidentali o con scelte interpretative) nessun giudice nazionale può oggi prescindere totalmente dai contenuti della CEDU come sono precisati dalle decisioni della Corte EDU.

Nella giurisprudenza di quella Corte sono ormai principi consolidati

- a) che gli interventi giudiziari sull'affidamento dei figli minori in regime di separazione deve sempre rispondere al principio della proporzionalità dell'ingerenza statale nelle relazioni familiari¹;
- b) che la disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario deve includere ogni tentativo possibile per agevolare i ricongiungimenti, tenendo conto delle speciali circostanze di ciascun caso concreto².

¹ Un solo esempio: sent. *Zaunegger contro Germania* del 3 dicembre 2009

² Un esempio tra i tanti: *Hokkanen c. Finlandia*, sentenza del 23 settembre 1994; nel caso di specie un padre divorziato era stato privato della possibilità di vedere la figlia, affidata ai genitori della moglie dopo la morte di quest'ultima, mentre i nonni della bambina si rifiutavano di farla incontrare con il padre.

- c) che le autorità nazionali devono compiere ogni tentativo possibile per agevolare il diritto di visita (ai figli) del genitore non affidatario, tenendo conto delle speciali circostanze di ciascun caso concreto, considerando che forte ostilità di un genitore verso l'altro sia circostanza non sufficiente a giustificare limitazioni³;
- d) che la nozione di "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8 CEDU può comprendere relazioni familiari *de facto*, purché ricorrano un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino⁴.

La rassegna dei principi europei non è finita, perché accanto alla CEDU abbiamo l'art. 24 della Carta europea dei diritti fondamentali, ormai con il medesimo valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione⁵, che deve essere letto insieme agli art. 3⁶ e (soprattutto) 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, nel quale si trova il collegamento diretto del tema della responsabilità genitoriale con quello dell'interesse del minore:

“Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo”.

In questo modo il primo comma dell'art. 24 (con questo il cerchio delle indicazioni europee si chiude) riempie di contenuto il concetto di “interesse del minore” (che a troppi pare “generico”⁷): il contenuto di questo “interesse” non è altro, infatti, che il “benessere” che al minore gli adulti devono assicurare mediante la “protezione” e le

³ Un esempio tra i tanti: caso *Roda Bonfatti c. Italia*, sentenza del 21 novembre 2006

⁴ Un esempio tra i tanti: sentenza 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*; nel caso di specie, relativo ad una domanda di adozione speciale disattesa, la Corte ha rilevato che i ricorrenti avevano vissuto con la minore, in regime di affidamento familiare, le prime tappe importanti della sua vita per un tempo più che apprezzabile (diciannove mesi), inserendola nella scolarità infantile e coinvolgendola in un viaggio di famiglia in Brasile

⁵ Precisare qui il rapporto tra le norme del Trattato sull'Unione europea e la normativa nazionale, e quello tra le norme del Trattato e la CEDU non è davvero possibile: per il giudice nazionale esse sono comunque vincolanti, devono dirigere le sue operazioni interpretative e possono arrivare sino alla obbligatoria disapplicazione di norme nazionali confliggenti (quest'ultima affermazione continua a giungere nuova a molti orecchi, ma è un principio che data ormai dalla sentenza della Corte di Giustizia europea 9 marzo 1978, originata (in una Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpASimmenthal. Domanda di pronuncia pregiudiziale: Pretura di Susa - Italia.

Di seguito trascrivo il testo dell'art. 24: “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. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse. Sulla Carta di Nizza v. La Carta dei diritti dell'Unione Europea, Chimienti 2009.

⁶ “Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, ed a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati”;

⁷ Sull'interesse del minore vorrei richiamare il numero speciale che la rivista *MinoriGiustizia* (3/2011) gli ha dedicato.

“cure necessarie”⁸. E quando oggetto del procedimento sono le relazioni familiari di una persona minore d'età, anche il processo e i modi di conduzione dell'udienza rientrano nella *protezione* e nelle *cure* che gli adulti devono prestare.

Questo, dunque, è l'oggetto del discorso di oggi; certo, proprio a questo punto incominciano, per il giudice nazionale, le difficoltà: perché le norme europee indicano con precisione *i fini* ma non *il come* questi fini debbano essere perseguiti. Il *come* devono trovarlo i giudici, mettendo assieme la mappa sulla quale sono scritte le norme nazionali (anche quelle di procedura) e la struttura orografica reale delle situazioni che vengono all'esame; ed è su questo che cercherò di comunicarvi alcune scelte che, nella mia esperienza di presidente di sezione famiglia, mi sono trovate a fare, spesso prima di capirne esattamente il perché.

2) La mitezza come modo di essere della professionalità del giudice delle relazioni.

Ho cercato altre volte di metter a fuoco i problemi processuali e organizzativi⁹ che mi sono trovate a risolvere, ma ultimamente ho aggiunto (in un articolo sul numero di *MinoriGiustizia* uscito in questi giorni¹⁰) una riflessione più esplicita sul come mi sia accaduto di cambiare (quando sono passato da altra sezione civile alla sezione che si occupava di separazioni e divorzi) il modo stesso di fare il giudice: cioè i miei rapporti con le parti e con gli avvocati, e persino il mio rapporto con i fatti del processo e con le norme. Cercherò oggi di condividere con voi quei contenuti, un poco riproducendo quel testo un poco adattandolo a questo incontro.

Il titolo dell'incontro ci aiuta, perché quando esso parla di “distanza” tra il giudice e le parti, ci chiede di misurarla e di verificare quando la distanza sia “giusta”; non perché ne esista una sempre giusta, ma al contrario perché ogni situazione può richiedere una distanza diversa. Ma con quali parametri possiamo misurare queste distanze e queste vicinanze? In che senso questa distanza può essere *giusta* o *sbagliata*? In cosa consistono, nella pratica, queste distanze e vicinanze tra giudice e parti?

Non si tratta di nodi teorici, che del resto non sarei in grado di affrontare. Per cercare, dunque, di spiegare in che senso io abbia avuto bisogno, quando ho iniziato a fare giurisdizione su *relazioni*, di diventare un giudice *diverso*, cercherò di

⁸ Su questo passaggio essenziale mi permetto di richiamare, per brevità, quanto esposto in P. Martinelli e J. Moyersoen, *L'interesse del minore, proviamo a ripensarlo davvero*, nel numero cit. di *MinoriGiustizia*, p. 7 ss; e P. Martinelli e F. Mazza Galanti, in

⁹ L'articolo “Come la crisi cambia la giurisdizione: il giudice e le relazioni” (in *questa Rivista*, 2013, n. 4, p. 117 sgg.) riproduce, con qualche aggiornamento, la relazione presentata a Milano (con il titolo “La giurisdizione delle relazioni”) al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia.

¹⁰ “La professionalità mite del giudice delle relazioni”, *MinoriGiustizia*, n. 1/2015, p. 133 sgg.

riesaminare con voi alcuni comportamenti concreti che mi sono trovato ad adottare¹¹. La “giusta distanza” non è, infatti, un argomento che si possa *insegnare*, perché riguarda la parte *implicita* della professionalità: le parti nascoste che, nel suo libro sull’argomento¹², Freidson chiama “competenze tacite”.

Per farlo, utilizzerò anch’io le parole “mitezza” e “mite”, anche se altre volte ho espresso qualche perplessità¹³ sugli equivoci emotivi che insidiano l’uso di queste parole; poiché, però, mi sforzerò di concentrare il discorso su aspetti concreti, spero che molti equivoci si possano evitare. Del resto, se stabiliamo che queste parole devono avere per i giuristi un significato tecnico giuridico¹⁴, non abbiamo a disposizione altri vocaboli che implicino così chiaramente una necessità di innovare teoria e prassi.

3) La mitezza e la teoria dei giochi

a. L’importanza della collaborazione delle parti nel procedimento

Il primo impatto dirompente ricordo di averlo avuto con l’importanza (nella giurisdizione sulle relazioni) della collaborazione delle parti del procedimento. Perché se è vero che il giudice civile ha l’obbligo sempre (anche quando si occupa di obbligazioni o diritti reali) di coltivare spiragli di conciliazione delle parti che ha davanti, ho dovuto constatare che questo tentativo non assume mai, nelle altre materie, la centralità che la collaborazione degli interessati ha in una vertenza che ruota attorno a relazioni (familiari o personali che siano) che sono necessariamente proiettate *verso il futuro*.

La differenza tra una decisione che regola il *passato* e un’altra che deve disciplinare il *futuro* non è oggetto d’insegnamento universitario; la scopri quando devi capire quale genitore sia più idoneo ad assicurare ad un figlio minorenne “benessere”¹⁵ nella sua crescita. Nel contesto della separazione coniugale, poi, questa ricerca è messa sotto stress dai contrasti tra i genitori, che spesso ordiscono strategie nelle quali i rapporti genitoriali si mischiano a problemi patrimoniali, o alle fobie che si sprigionano da rapporti coniugali lungamente logorati.

¹¹ E’ solo per questa ragione (non per mia presunzione) che farò numerosi richiami di precedenti miei scritti, ai quali ho cercato in passato di affidare riflessioni sulle mie esperienze.

¹² E. Freidson, *Professionalismo*, Edizioni Dedalo, Bari 2002, p.57.

¹³ Sul punto P. Martinelli, “Come la crisi cit. p.118.

¹⁴ Mi riferisco naturalmente alla proposta concettuale di G. Zagrebelsky (*Il diritto mite*, Giulio Einaudi ed., Torino 1992) e alla ostinata ricerca di nuovi orizzonti che, nel nostro settore, ha condotto e conduce Franco Occhiogrosso (*Manifesto per una giustizia minorile mite*, FrancoAngeli, Milano 2009; si veda ora il numero speciale 1/ 2015 di *MinoriGiustizia* che proprio Occhiogrosso ha coordinato. La portata teorica della categoria del diritto mite emerge bene, nel volume, sia dal dialogo di Lenti, Pazè e Zagrebelsky (pag. 237), sia dal collegamento alla distinzione tra “regole e principi”, e tra “sostanzialismi e proceduralizzazione” che viene proposto da L. Pannarale, *La mitezza e i suoi tranelli* (pag. 39).

¹⁵ Il diritto del minore a crescere con benessere (come dice esplicitamente art. 24 della Carta di Nizza) riempie di contenuto la nozione di “interesse del minore”, sul quale v. gli scritti contenuti nel numero speciale (n.3 del 2011) di questa Rivista.

Io mi occupavo di separazioni, e nelle separazioni (quelle che non nascono già consensuali) ogni genitore si trova nella posizione di scegliere: può collaborare con il coniuge alla ricerca di soluzioni (pur cercando di preservare i propri interessi individuali) ma anche cercare invece vendette, non importa se irrazionali o con quali costi per i figli. Questa situazione ha molti punti di contatto¹⁶ con il “dilemma del prigioniero”, molto studiato da chi si occupa della teoria dei giochi. Nel dilemma del prigioniero, infatti, due persone si trovano a poter adottare, ciascuno, un comportamento favorevole a sé e dannoso per l’altro, che implica però il rischio di una rovina di entrambi¹⁷; ovvero (e qui sta il dilemma) un comportamento collaborativo che implica la certezza di un danno moderato per entrambi. Ebbene, davanti al giudice della separazione una coppia di genitori può agire anch’essa secondo varie combinazioni di comportamento; e se ciascuno sceglie di massimizzare i vantaggi per sé, è possibile che ne derivi il massimo danno per i figli, mentre se ciascuno accetta (come nel dilemma del prigioniero) di ragionare sulle esigenze degli altri (dell’altro coniuge e dei figli) possono essere messe le basi per una trasformazione dei rapporti personali¹⁸ che apra soluzioni più vantaggiose per tutti.

Nei conflitti che portano una coppia alla separazione si nascondono, spesso, nuclei affettivi di grande fragilità, che il coniuge (uno solo o entrambi) possono sentire come distruttivi della propria identità, e difendere quindi senza razionalità e senza misura; sino a quando essi non vengono preservati, il coniuge non è davvero in grado di ragionare sulla separazione e si batte come una belva ferita.

Talvolta, va detto, l’intreccio di affettività patologiche rende inevitabile lo scontro, perché la relazione con il minore (di uno dei genitori; nei casi in cui lo è per entrambi si apre un problema davvero difficile) è troppo debole o patologica anch’essa; in tal caso non basta la razionalità ad evitare una gestione dura del procedimento anche da parte del giudice, e decisioni in punta di diritto che, per preservare il minore, nulla concedono ad uno dei genitori¹⁹.

Ma, nella gran parte dei casi, per una coppia di genitori che si separa avendo figli in comune, la logica *winwin*²⁰ è la sola strada (come dimostra l’esempio di tante coppie separate consensualmente) che consenta di concludere il percorso separativo ponendo le base di un futuro migliore *per tutti*.

¹⁶ Punti di contatto astratti, com’è proprio della teoria dei giochi.

¹⁷ Ai fini del nostro discorso i particolari non sono importanti. Chi fosse interessato a saperne di più può trovare un’interessante trattazione in S. Pinker, *Il declino della violenza*, Arnoldo Mondadori, Milano 2013, p.598 sgg. Un libro che mi permetto di consigliarvi, nel al di là dell’argomento, se vi piace la Storia.

¹⁸ Sulla separazione come *trasformazione* dei rapporti insiste soprattutto Françoise Dolto, di cui v. ad esempio *Quando i genitori si separano*, Arnoldo Mondadori, Milano 1991.

¹⁹ E’ la logica dell’affidamento esclusivo ad uno dei due, se la relazione genitoriale con l’altro è pregiudizievole per il figlio minore.

²⁰ Non si tratta di battere l’avversario, ma di tirare fuori il meglio da ciascuno.

Certo, oggi parliamo del procedimento davanti al Tribunale per i minorenni, che (lo so bene anche se non ne ho mai fatto esperienza) hanno spesso una drammaticità maggiore, perché è evidente che la dichiarazione di stato di adottabilità e la decadenza dei genitori dalle loro potestà corrispondono a situazioni più deteriorate di un percorso di separazione dei genitori; ma è importante ricordare che lo sfondo di principi giuridici è sempre il medesimo, per cui obiettivo dell'intervento del giudice deve –anche davanti al Tribunale per i minorenni- preservare (per quanto è possibile) i legami genitoriali e considerare le scelte di ingerenza giuridicamente residuali rispetto alle scelte conservative.

b. *Il doppio binario della giurisdizione sulle relazioni ed i quattro argomenti necessari per il bagaglio del giudice*

Il fatto è che, quando si tratta di tracciare percorsi in materia di relazioni familiari, il *sapere* del giudice vale meno della sua capacità di ascoltare, capire e indirizzare i comportamenti dei genitori nell'interesse non solo del minore, ma del buon funzionamento dei rapporti genitoriali in quel determinato nucleo familiare. Il giudice (in particolare nell'udienza presidenziale, ma poi durante tutto il procedimento di separazione) può essere determinante per queste scelte; e per essere determinante deve, a sua volta, pensare che una *decisione giudiziaria* non accompagnata da consapevolezza e reali intenzioni delle parti avrà una probabilità inferiore di influire sui loro comportamenti successivi alla conclusione del procedimento.

La *giurisdizione sulle relazioni* viaggia dunque su un doppio binario e la professionalità del giudice si amplia, direi *si sdoppia*. da una parte si devono mettere in campo ascolto, suggerimenti, talvolta sperimentazioni di soluzioni temporanee concordate, ricerca insomma di conclusioni comunque condivise, soprattutto sui rapporti genitoriali; dall'altra parte è necessario che egli sia pronto a decidere, sottraendo i relativi punti in discussione a inutili trattative delle parti, tutti i capi di causa che essi non fanno o non possono mediare. Questo vale molto spesso per i rapporti patrimoniali, nei quali la trattativa ha il limite logico che non è possibile attribuire ad una parte un vantaggio senza simmetricamente negarlo all'altro²¹; ma l'irrazionalità delle parti può rendere *soggettivamente* intransigibile qualsiasi argomento, per cui il giudice deve (naturalmente) esser pronto a decidere tutto quanto le parti non sono disposte a concordare. Ma la spada della decisione non deve essere sguainata prima del tempo e senza necessità; e se il giudice riesce a dare consapevolezza alle parti che la spada è, pronta, nel fodero, spesso l'incertezza

²¹Questi conflitti corrispondono, nella teoria dei giochi, ai giochi *a somma zero*, perché un euro di più di contributo al mantenimento della moglie corrisponde matematicamente a un euro di meno nella disponibilità del marito

sull'esito può aiutare le parti a scomporre la materia in discussione in tanti nodi successivi, e a scioglierne alcuni con accordi parziali.

Risanare e recidere, risanare tutto il risanabile, recidere il meno possibile; ma reggere sempre il timone del procedimento per indirizzarlo verso l'una o l'altra strada. Nessuno mi aveva insegnato come mettere assieme e come gestire nel procedimento queste due modalità di *essere giudice*. Per prima cosa mi sono reso conto che dovevo rendere questo dilemma *trasparente* (il contraddittorio è una magia che informa tutto il procedimento, e che non può escludere anche il personaggio giudice); il che richiedeva anzitutto che io *parlassi diversamente* con parti e difensori, rendendo espliciti questi sdoppiamenti sin dall'inizio dell'udienza presidenziale. Per far questo, ho dovuto chiarirmi io stesso quali fossero le scelte implicite nel *doppio binario* di cui ho parlato; e ho incominciato il mio percorso di arricchimento del bagaglio professionale del magistrato che incomincia ad occuparsi di relazioni tra persone.

Cercherò ora di riferirne attraversando quattro argomenti: la preparazione dell'udienza, l'ascolto dei minori, la motivazione dei provvedimenti e i quesiti di consulenza tecnica d'ufficio.

4) La preparazione dell'udienza e il colloquio con i difensori.

a. Il confronto con i difensori e la ricerca della norma nei fatti

Che ogni udienza debba essere preparata attraverso la lettura degli atti difensivi è una banalità, si tratta di una premessa necessaria alla conduzione del procedimento in qualsivoglia materia di cui un giudice civile debba occuparsi; non è banale, però, affermare che nella giurisdizione sulle relazioni non è (quasi mai) sufficiente leggere le difese scritte, perché la strategia di conduzione del singolo procedimento²² deve anch'essa essere condivisa con gli attori del procedimento che conoscono i confini del *possibile giuridico*: gli avvocati.

Il *possibile giuridico* (cerco di spiegare meglio) circoscrive infatti i possibili esiti del procedimento a ciò che davvero il procedimento può produrre, mentre non comprende tutte le fantasie che i coniugi privatamente alimentano sugli esiti giudiziari della loro separazione (spesso con illusione che l'intervento del giudice segni un momento di onnipotenza per trasformare persone e realtà; e non credo che questo sia specifico dei procedimenti di separazione). I difensori, però, conoscono le fantasie dei propri clienti ma (appunto in virtù della competenza professionale) non ne sono vittime; e anche quando non hanno ritenuto di disilludere spontaneamente il

²² Sto ragionando sulle dinamiche della separazione coniugale, non sono sicuro che la riflessione valga per i procedimenti minorili.

cliente sulla concreta probabilità di accoglimento di quelle fantasie, hanno tutti gli strumenti necessari per spiegare le ragioni che potranno determinare la reiezione, da parte del giudice, delle domande relative.

Poiché *iuranovit curia*, ha un suo senso che sia il giudice la figura sulla quale anche i difensori possono far cadere la responsabilità del rigetto delle speranze più assurde che i clienti possono nutrire; ma tutto ciò può sgombrare il processo da tanti fantasmi.

Di questo confronto con i difensori ho già parlato in altri scritti, che mi permetto di richiamare per ragioni di brevità²³; a quegli scritti vorrei qui aggiungere un tentativo di approfondire, in modo più stretto, l'argomento della professionalità del giudice: e a me sembra che in questo caso stiamo parlando (niente di meno che) del rapporto tra norma astratta e fatti concreti, poiché la ricerca del best interest per la persona minore nei procedimenti sulla responsabilità genitoriale²⁴ richiede un atteggiamento di grande attenzione nella selezione dei fatti rilevanti.

Quando si esaminano i rapporti genitoriali, gli aspetti affettivi o quelli educativi e i modi di stare insieme che ciascun genitore ha con i figli, *qualsiasi* aspetto *di fatto* può assumere, infatti, un ruolo di cardine per il tracciamento dei percorsi futuri del nucleo familiare; in particolare, dei tanti aspetti di ogni singola controversia (affidamento, coabitazione e visite, assegnazione dell'abitazione, contributi patrimoniali, ripartizione delle spese straordinarie), solo un dialogo costruttivo con le parti può chiarire quali aspetti siano più rilevanti per assicurare uno svolgimento pacifico di quella separazione al fine (appunto) del benessere dei figli minori.

Se il benessere del minore ha, in ogni situazione concreta, fondamenti concreti (l'attaccamento, certe abitudini, certe inclinazioni) la sua ricerca deve scavare nelle radici concrete dei rapporti. Per questo motivo è necessario che le parti (per ora non distinguo parti e difensori) siano sentite dal giudice separatamente e che ognuna di esse possa liberamente esporre i fatti (a suo avviso) rilevanti rispetto alle ragioni di una separazione. Anche l'esposizione di circostanze banali e, magari, apparentemente estranee al tema del decidere può consentire, infatti, al giudice di meglio inquadrare quella separazione e di proporre alle parti soluzioni più consone alle esigenze della coppia e dei figli nella prospettiva del post-separazione.

Ma né l'incontro con le parti, né la semplice lettura degli atti difensivi sono sufficienti (di regola) per la ricerca della rotta che può portare alla soluzione nella

²³ Cfr. sia "Come la crisi ecc.", cit., p.124 sgg., sia "Lettera (dal futuro) di un ex-presidente di sezione famiglia", in *MinoriGiustizia*, 2012, n.1, p.325 sgg.

²⁴ Il lessico giuridico nazionale non conosce la distinzione tra procedimenti sul vincolo matrimoniale e procedimenti sulla responsabilità genitoriale, che invece è esplicita nel Regolamento (CE) n.2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale sul matrimonio europeo; nel testo mi riferisco ai procedimenti di separazione (di coniugi o di coppie di fatto) nei quali siano presenti figli.

singola separazione; infatti anche atti introduttivi redatti dai legali in maniera estremamente dettagliata (e certamente rispettosa di quanto le parti hanno loro riferito) non consentono al giudice della separazione di farsi un'idea precisa di quali interessi siano, nel singolo caso, realmente *mediabili* e di quali invece costituiscano nodi che non sia possibile se non decidere (qui, davvero gordianamente, *tagliando*).

Non è la norma astratta, infatti, che può illuminare i punti concretamente *intransigibili* delle singole situazioni. A volte una separazione che, dalla lettura degli atti difensivi, sembra facilmente trasformabile in consensuale, magari con la solita assegnazione dell'abitazione coniugale al coniuge che ha più abitudine di condivisione della vita dei figli, rivela poi che questa strada non è in realtà percorribile perché si tratta della casa degli avi dell'altro genitore, che vivrebbe l'assegnazione della casa all'altro coniuge come sconfessione di tutta la propria identità; talvolta la sorpresa è nascosta in venature maniacali di varia natura (non raramente di totale segretezza delle risorse economiche private), che rendono uno dei coniugi apparentemente irragionevole. In queste *stranezze* si nascondono spesso sia il nocciolo più duro della crisi coniugale sia anche il confine tra un percorso di trasformazione e un orizzonte di guerra senza pietà tra coniugi, che travolgerebbe inevitabilmente anche i figli.

Naturalmente, dovere del giudice è non di seguire le stranezze delle parti, ma di cercare il benessere del nucleo familiare, *durante e dopo* la conclusione del procedimento di separazione. Ma, se non può essere la norma astratta che stabilisce la *durezza* degli interessi nel singolo caso, il giudice deve anzitutto esplorare il terreno fattuale sul quale le sue decisioni andranno ad impattare. Solo così (e solo con un confronto leale con i difensori) egli può metter davanti alle parti un *dilemma* che abbia i caratteri della realtà: da una parte una via di accordo parziale sui punti transigibili, accompagnata dalla decisione (provvisoria e poi definitiva) dei punti che *quelle parti* non riusciranno mai a concordare, dall'altra parte una gestione totalmente decisionale della causa di separazione nella quale ciascuna delle parti vedrà mettere a rischio anche aspetti considerati irrinunciabili.

Da una parte, insomma, una ricerca di soluzioni che avvenga a più voci, con una scomposizione accurata della materia del contendere e con la salvezza, per ciascuno, degli aspetti più preziosi, dall'altra parte una giurisdizione come spada, che risponda alla non collaborazione delle parti con l'imposizione di soluzioni che non potranno che intervenire pesantemente, per quanto onestamente meditate e motivate, negli assetti familiari complessivi.

b. Uno spazio di sdoppiamento anche per la professionalità dei difensori

Per questo ho sempre ritenuto giustificato che il magistrato, chiamato dalla legge ad esercitare la giurisdizione su relazioni personali e famigliari, sottolinei con onestà sin dall'inizio la sua difficoltà a comprendere le ragioni di situazioni conflittuali che

sovente si sono strutturate nel corso degli anni, e (d'altro lato), l'estrema difficoltà di regolamentare, dopo un colloquio necessariamente breve con i legali e con le parti, gli aspetti che riguardano le (non sempre facili) future relazioni tra figli e genitori. In quest'ottica, viene in primo piano il richiamo (certo anche sgradevole, per chi dall'udienza si aspettava una soluzione complessiva ai suoi problemi, attesa come momento *magico*) all'esigenza che ognuno dei due genitori prenda su di sé le proprie responsabilità ed entri nella prospettiva di trovare un punto di incontro con l'altro, rendendosi disponibile, con l'aiuto dei legali (o di altri professionisti del settore) ad una mediazione che consenta di superare richieste tra loro inconciliabili. Un simile richiamo costituisce (a me pare) un aspetto davvero ineliminabile di un serio approccio (giuridico e nello stesso tempo umano) alla conflittualità familiare (in senso lato).

Certo, in questo caso, nelle parti la sorpresa è inevitabile; e talvolta sono evidenti anche delusione e rabbia. Proprio per questo, dunque, è essenziale riservare ai difensori dei coniugi uno spazio maggiore e più strutturato, o prima (come io ho sempre fatto) o almeno subito dopo l'incontro con i coniugi personalmente. E' necessario, infatti, che vi sia uno spazio di ragionamento del giudice con entrambi i difensori; per esaminare (a carte scoperte almeno per quanto riguarda una ricostruzione della posizione dei pezzi sulla scacchiera) quello che è possibile che ogni parte ottenga, quello che è necessario per i figli, i margini di trattativa, i progetti possibili di trasformazione del rapporto attraverso interventi di mediazione. Perché anche per la professionalità dei difensori c'è uno spazio di *sdoppiamento*: tra il difensore che rivolge la sua azione solo all'esterno, e il difensore che assume una responsabilità condivisa con il cliente sull'esito non solo della lite, ma anche della separazione come svolta in un sistema di relazioni. Anche il difensore può essere *mite*, se include tra i parametri della propria azione il benessere della relazione tra il proprio cliente ed i figli.

Anche gli avvocati, se davvero difendono la posizione del proprio cliente in modo globale includendo la salvaguardia della relazione genitoriale, possono condividere il governo del procedimento verso un profilo più maturo di giurisdizione minorile, come giurisdizione in qualche modo sdoppiata, che faccia spazio non solo all'ingerenza necessitata del giudice nei rapporti familiari ma anche (in parallelo) all'esplorazione paziente delle risorse esistenziali recuperabili nelle storie di entrambi i genitori²⁵.

²⁵ Da ultimo, sul ruolo dell'avvocato, v. T. Calfapietro, La mkitenza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile: verso il diritto collaborativo, in *MinoriGiustizia*, 1/2015, p.146 sgg.

Già altre volte ho cercato denominazioni per distinguere a un livello quasi teorico questi due modi di far giurisdizione, parlando di *giurisdizione di ingerenza*²⁶ e di *giurisdizione direstituzione*²⁷; e forse non sono mai riuscito ad esprimere completamente il nodo che, questa volta, ho cercato di mettere a fuoco richiamando teoria dei giochi e dilemma del prigioniero. Il punto centrale di questo mio inadeguato sforzo ricostruttivo è che un percorso separativo collaborativo (fatto di rinunce sopportabili, accordi parziali e decisioni solo quelle inevitabili) ha maggiori probabilità complessive (per tutti) di assicurare sviluppi futuri sereni; e che affidare invece tutto alle decisioni del giudice, nella speranza di ottenere vittoria su tutti i punti della causa, è una strada che mette a rischio il benessere dei figli ed espone per di più ciascuna parte al massimo rischio di delusione. Il giudice non può rimanere estraneo al dilemma, perché è proprio lui il protagonista che può azionare lo scambio che avvia il convoglio della separazione (valutate voi quanto valga anche per altri procedimenti) su un binario o sull'altro; né possono rimanervi estranei i difensori, che conoscono sino in fondo emozioni e interessi dei rispettivi clienti, e possono spiegare al meglio le ragioni di una scelta, i rischi di una decisione, le convenienze e le prospettive.

Ogni nucleo familiare porta alla sede giurisdizionale (giudice e avvocati, non solo dunque nelle separazioni coniugali) grovigli di voci diverse, che tutti debbono ascoltare sapendo che né il codice né i tribunali hanno la capacità di disegnare un buon equilibrio di diritti e doveri per quelle specifiche persone; perché sono invece loro, in quanto legate da specifici legami familiari, a possedere la chiave del loro futuro, spesso senza neppure saperlo.

5) L'ascolto dei figli minori

a. Le contraddizioni di questo istituto

Se ci pensiamo, essere "ascoltato" corrisponde *soltanto* a un diritto del minore quando si riferisce al suo ambiente naturale: sono i genitori, i parenti, gli insegnanti, insomma gli adulti quelli dai quali è importante che ogni minore venga *ascoltato* (che non vuol dire accontentato!).

Quando l'ascolto del minore si inserisce in un qualche procedimento "che lo riguarda", accanto al profilo di garanzia è innegabile che compaia un elemento

²⁶Non mi stanco di ricordare che la parola *ingerenza* è quella con cui l'art.8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali imposta il rapporto tra autorità pubbliche e diritti fondamentali delle persone.

²⁷Su questa prospettiva di giurisdizione "sdoppiata" un discorso più articolato si trova in P. Martinelli, Come la crisi cambia la giurisdizione: il giudice e le relazioni, in *Minori Giustizia*, n. 4/2013, p.117 sgg. Nel n.2/2008 di *Minori Giustizia* ("Per una giurisdizione minorile mite (la giurisdizione della non decisione", p.34 sgg.) avevo usato anche l'espressione, forse equivocabile, di "giurisdizione della non decisione".

eterogeneo rispetto al diritto del minore, cioè l'utilità dell'ascolto per il procedimento, non importa se amministrativo o giudiziario.

Se poi si parla di separazione dei genitori (una vicenda quasi mai gradita ai figli), il fatto stesso che l'ascolto di un figlio possa influire sugli esiti della separazione ha in sé (inutile negarlo) una potenzialità inquietante che si avvicina pericolosamente al pregiudizio²⁸. In realtà l'ascolto *meno serve* al procedimento e più esso è soltanto attuazione del diritto della persona minore di età; *più serve* (cioè più viene utilizzato dagli adulti come base della decisione che devono prendere una decisione riguardo al minore) meno è facile riconoscerne il profilo di semplice attuazione di un diritto della persona.

Individuata la contraddizione, non è però detto che non vi siano spazi per un ascolto integralmente rispettoso dei diritti della persona minore; per proseguire il nostro gioco verbale, non è detto che non possa realizzarsi un *ascolto mite*²⁹. L'importante è non dimenticare, dietro discussioni sulle modalità o sulle persone che possono procedere all'ascolto, il nocciolo del problema, che resta (a mio avviso) il seguente: che l'ascolto del minore non debba mai trasferire in qualche misura sul minore la responsabilità della tutela dell'interesse di quest'ultimo³⁰, poiché la responsabilità di tale tutela deve gravare interamente sull'adulto chiamato ad adottare una decisione "che lo riguarda".

Da questo punto di vista, le trattazioni sull'ascolto dei minori (praticato assai meno di quanto non se ne discutano le modalità) hanno per oggetto troppo frequentemente il *come*³¹, e troppo poco il *perché*: perché il legislatore europeo (prima) e nazionale (poi) hanno individuato nell'ascolto un diritto della persona minore di età, quando

²⁸Solo così l'ascolto del minore può essere un modo attraverso cui quest'ultimo partecipa al/del processo, con la conseguenza che non vi è necessità di nominare un curatore speciale e/o un difensore, come leggiamo in Cass., Sez. I civ., 31 marzo 2014, n. 7478 in *Foro it.*, 2014, I, 1741 sgg.,

²⁹Sulle condizioni per un ascolto *mite* v. G. Turri, *Giustizia mite o ingiustizia. Come Devono essere gli ascolti nel penale per risultare miti*, in *MinoriGiustizia*, 1/2015, p. 74 sgg.

³⁰ Il problema indicato nel testo ricorre dunque sia che il giudice proceda all'ascolto direttamente, sia che vi proceda tramite consulente, servizi sociali, o altri ausiliari (cfr. sul punto –continuo a proporre una prassi che so poco condivisa, perché ne ho visto i benefici effetti- P. Martinelli, F. Mazza Galanti, "L'ascolto del minore", in M. Dogliotti (a cura di), *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Giappichelli, Torino 2008, p. 254). Per preservare la natura dell'ascolto come tutela di un diritto personale è comunque necessario che la sua realizzazione avvenga in modo distinto dagli altri atti funzionali alla decisione finale che verrà adottata.

³¹Finalmente qualche problema viene ora affrontato più da vicino nel nuovo art. 336 bis, che non è inutile trascrivere: "Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato. L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video."

qualsiasi autorità (non solo giudiziaria) deve adottare un provvedimento che riguardi il minore? *Cosa* dobbiamo cercare, qual è il segreto, cosa divide gli adempimenti inutili (se non dannosi) da quelli che, quasi magicamente, danno la chiave per accompagnare la crisi familiare fuori dallo scontro tra gli adulti?

b. La professionalità del giudice nell'ascolto

Tornando al nostro discorso sulla professionalità *mite*, io penso che il giudice debba saper *ascoltare* il punto di vista dei figli (cercando di intuirlo, prima di verificarlo) e cercarne soluzioni di benessere già durante l'incontro con i genitori, e nel dialogo con i difensori; in modo da strappare i coniugi alla tentazione di contrapposizioni infantili e da evitare che le rabbie e le delusioni della separazione faccia dei genitori (uniche *parti* vere della separazione) due bambini capricciosi che dimenticano, nella lite, le responsabilità della funzione genitoriale³².

Tuttavia... tuttavia in molte situazioni ciò che i figli minori esprimono durante il loro ascolto può costituire l'ultima verifica, la "prova del nove" della giustezza del percorso che la singola separazione sta seguendo; e, più precisamente, della fondatezza delle scelte che il giudice sta compiendo, nel determinare le dosi di *mitezza* e *durezza* in quel singolo procedimento³³.

Può capitare, infatti, di convincersi della necessità di una decisione che opera una totale ingerenza giurisdizionale sottovalutando l'importanza delle attitudini genitoriali di due genitori che si separano, quando essi, travolti dalle dinamiche conflittuali della separazione, sembrano del tutto incapaci di dedicare ai propri figli un pensiero protettivo: *sembrano*, quando in realtà sono sempre stati genitori in passato attenti e capaci, e ancora lo saranno passata la bufera del procedimento³⁴. Questo è il più grave degli errori che il giudice della separazione può compiere, perché è il più pericoloso per le sue conseguenze; questa scelta può trasferire stabilmente nella vita della coppia, infatti, l'ostilità passeggera che segna il procedimento di separazione, proiettandola anche su tutto il loro futuro. Ma vi è una risorsa che può evitare simili errori: il livello di malessere di un figlio (bambino o ragazzo, anche se l'ascolto dev'essere nei due casi abbastanza differente) viene restituito, con assoluta evidenza, da ciò che i figli dicono e non dicono, fanno e non

³² Sempre per cercare di spiegarmi bene, voglio riprodurre qui una frase cui ho fatto ricorso molte volte, durante il colloquio con i genitori, per riassumere l'impostazione esposta nel testo: "Voi avete, come cittadini, il diritto di chiedere a me, magistrato, di decidere sulla sorte della relazione tra voi e i vostri figli; ma avete anche, come genitori, il dovere di non avvalervi di questo diritto".

³³ Per questo si può dire (in questo senso il mio articolo "Spunti di aggiornamento sugli ascolti del minore", *MinoriGiustizia*, 2006, n.3, p.148 sgg.) che il vero oggetto dell'ascolto sia *la relazione educativa*.

³⁴ In "Bambini contesi: tanti perché, tanti rimedi e l'obbligo della qualità" (in questa Rivista, 2009, n.2, p.7 sgg.) ho cercato di schematizzare alcune tipologie con le quali le relazioni genitoriali si presentano al giudice della separazione; sull'argomento cfr. M. Malagoli Togliatti, A. Lubrano Lavadera (a cura di), *Bambini in Tribunale – L'ascolto dei figli "contesi"*, RaffaelloCortina, 2011, *passim* ma *spec. p.* 211 sgg.

fanno durante un ascolto che rappresenta, per loro, il momento di contatto con il giudice che si sta occupando dei loro genitori; e ciò nel pieno rispetto del loro diritto di tacere o di parlar d'altro, e quindi nel pieno rispetto della natura dell'ascolto come mezzo di tutela di un loro diritto.

c. La metafora del giardiniere

In questo senso, non mi sembra esagerato evocare, a proposito del nostro argomento, la *metafora del giardiniere*, che Zigmunt Bauman³⁵ ci propone (in un discorso assai più generale) come *utopia nell'età dell'incertezza*. Il paragone può sembrare forzato, ma me pare che per le persone il futuro è sempre un poco un'utopia che ancora non si è realizzata, e che la separazione di una coppia genitoriale apra davvero orizzonti di grande incertezza. Ebbene, Bauman osserva che il giardiniere deve anzitutto saper distinguere le piante che sono utili, sane e robuste, per non reciderle anche se hanno un aspetto malaticcio; prima, dunque, di intervenire con una decisione, che potrebbe essere eccessiva ed è comunque sempre una parziale sconfessione della credibilità dei quei genitori, l'ascolto dei figli può essere la verifica finale della inevitabilità di una giurisdizione dura, e l'ultima apertura verso una riconsiderazione di quella separazione con la lentezza della *mitezza*: qualcosa di paragonabile all'ultima parola che, nel processo penale, spetta sempre all'imputato, e che in materia di relazioni familiari deve spettare sempre alla relazione, esposta con la sua presenza del figlio, come *portatore sano* dei turbamenti della separazione.

Come per il giardiniere, l'occhio di chi ascolta un minore guarda al futuro, ma attraverso quello che già c'è: perché si sa che ogni processo di crescita dipende dalle radici, dunque da ciò che di positivo e robusto la persona minore di età ha già dentro di sé. E per questo non c'è bisogno di *fare domande*, meno che mai poi sul contenuto della decisione finale: basta guardare, e (appunto) *ascoltare*. I sentimenti dietro le parole o i silenzi.

6) La mitezza nello scrivere: i linguaggi dei giudizi e dei ragionamenti.

a) Il problema del linguaggio

Nell'articolo che è uscito sull'ultimo numero di *Minori Giustizia* avevo distinto, nell'ultimo paragrafo dedicato alla misura delle parole, provvedimenti del giudice e quesiti di consulenza tecnica, perché nel procedimento di separazione coniugale è la consulenza la forma che assume l'apporto di altre discipline al procedimento giudiziario. Con voi oggi devo provare ad ampliare il discorso, perché nei Tribunali per i minorenni è centrale il ruolo dei giudici onorari e perché (più in generale) il

³⁵ Z. Bauman, *Modus vivendi*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 112 sgg.

punto relativo agli apporti di altre discipline ai procedimenti che giudicano su relazioni personali mi sembra ancora lontano dall'essere risolto.

Credo che il nodo abbia a che fare con la *responsabilità della decisione*, non in quanto esercizio di autorità (questa spetta indiscutibilmente al giudice) ma in quanto scelta tra più opzioni possibili. La distinzione può sembrare sottile, ma dopo tanti anni mi sento di affermare che non sono molte (anche tra i magistrati) le persone che assumano senzadifficoltà una responsabilità che non sia già tutta contenuta nel disposto delle leggi. Al *decidere* come esercizio di autorità, dunque, nessuno si sottrae; ma i più preferiscono che la propria persona resti, per così dire, defilata sul piano delle responsabilità (anche morali) che derivano dall'aver scelto una tra più soluzioni possibili, esercitando un'opzione che impegna la persona del decidente e non si dissolve completamente nel dettato della legge.

Così, spesso il rapporto tra il magistrato e il consulente tecnico d'ufficio si colora di una sorta di delega in bianco, con la quale il magistrato appone il timbro dell'autorità a scelte che paiono risalire non a lui ma al tecnico, con una strana suddivisione dei ruoli che in realtà è una suddivisione delle responsabilità psicologiche.

Non conoscendo come agisca il rapporto tra magistrati togati e onorari nei Tribunali per i minorenni, mi sembra corretto spostare il discorso su un'altra distinzione altrettanto interessante (e non estranea al discorso della ripartizione delle responsabilità psicologiche): quella tra *linguaggio della decisione* e *linguaggio del ragionamento*.

Già, c'entra il linguaggio³⁶. Perché le parole sono, nel giudizio, la spada con cui il giudice incide sulla vita delle persone sottoposte a giudizio; se è inevitabile che decisioni dure siano motivate con parole dure, non ha invece logica che parole dure accompagnino interventi che vogliono essere soltanto di *sostegno della genitorialità*. Un *giudizio* (su una persona, su un comportamento, su una situazione) che non è strettamente necessario alla motivazione di ciò che si sta davvero decidendo, mi è sembrato spesso una specie di... abuso della giurisdizione.

Una volta ancora, è necessario dunque distinguere e adattare la forma del provvedimento al suo contenuto; e questo riguarda ogni atto del procedimento, non solo per la stesura della decisione finale o per la scrittura dei provvedimenti provvisori. Per quanto riguarda la mia esperienza, ho messo a fuoco il problema di un uso temperato di parole e concetti a partire non dai miei provvedimenti, ma proprio dalle relazioni dei consulenti tecnici d'ufficio, nelle quali talvolta trovavo squadernate, con impietosa precisione, anomalie comportamentali e venature

³⁶ Dalla prolusione al Collège de France di M. Foucault (*L'ordine del discorso*, pubblicato in Italia da Einaudi nel 1974) sappiamo, del resto, quanto sia necessario che chi esercita un potere (in questo caso, proprio un potere su relazioni) sorvegli il linguaggio che usa.

patologiche della personalità di questo o quel coniuge, senza che poi venissero indicati né rimedi né conseguenze di tali analisi; con la conseguenza che il documento finale assumeva un profilo di *giudizio gratuito*, che mi sono chiesto presto come fosse possibile evitare.

Per le consulenze, il giudice ha lo strumento del quesito, che però è uno strumento potente e flessibile. L'attività del consulente è, infatti, diretta ma anche misurata dalle richieste del giudice: formulando quesiti non standardizzati, si può dunque chiedere un'esposizione completa delle ragioni che rendono un genitore potenzialmente pregiudizievole per i suoi figli, ma si può anche spostare l'attenzione su correzioni che sono temporaneamente necessarie, o ancora si può focalizzare la risposta del consulente sulle cautele che i genitori dovranno avere per contenere i loro aspetti problematici, così come si può indurre il consulente a dare prime indicazioni sulle trasformazioni graduali di cui un rapporto ha bisogno nel passaggio dalla convivenza alla separazione. Quesiti diversi, ma –soprattutto- situazioni diverse alle quali il quesito può essere conformato, restringendo l'area di discrezionalità tecnica che al consulente viene chiesto di esplorare.

Certo, distinguere le impostazioni del quesito sposta la responsabilità dell'indirizzo del procedimento dal consulente al giudice ma soprattutto anticipa le scelte dal momento finale a momenti che si pongono nella fase iniziale del procedimento, quando ancora non è facile capire come la singola vicenda si dipanerà, come si attingeranno i protagonisti del procedimento, insomma avere idee precise: e questa è un'indiscutibile difficoltà. Ma è la stessa difficoltà che il giudice delle separazioni incontra sin dal primo atto, sia dal momento in cui, nell'incontro con i coniugi, deve scegliere i toni e i modi con cui rivolgersi ai due genitori, separatamente e in coppia. Posso ammettere che sia difficile, non che si possa fare a meno (quando si interviene su situazioni personali) di questo spettro ampio di atteggiamenti, di soluzioni e dunque anche di linguaggi, perché le persone che si rivolgono al giudice per ottenere una pronuncia di separazione sono sottoposte al suo giudizio in quanto lo chiedono, quindi nella misura in cui il giudizio è necessario per dare risposta alle loro domande.

Forse nei Tribunali per i minorenni questa consapevolezza può essere velata dall'evanescenza della persona minore come *parte processuale*. Non per niente la Convenzione di Strasburgo³⁷ dedica, alle forme di presenza del minore nel processo, numerose previsioni che sono rimaste per buona parte al di fuori del nostro orizzonte nazionale³⁸: le informazioni al minore sulle “eventuali conseguenze di qualunque

³⁷ Mi riferisco naturalmente Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77.

³⁸ Voglio ricordare qui che nell'editoriale del n. 2 del 2008 di *questa Rivista* (“I grandi principi europei di tutela dei minori”) Giancristoforo Turri ha riassunto la qualità dei nostri procedimenti civili minorili con la parola “sgangherati”

decisione” (art. 3), la designazione di un “rappresentante speciale” anche diverso da un avvocato (art.9), la presenza di una “persona appropriata” che “assista” i minori nell’esprimere la loro opinione (art.5)³⁹, e infine l’accenno problematico alla possibilità che al minore vengano attribuite le prerogative di parte, ma solo “parzialmente” (ancora l’art. 5).

Quando il P.M. presso il Tribunale per i minorenni agisce “d’ufficio”, lo fa dunque non a tutela di un interesse pubblico, ma come un sostituto processuale al quale la legge affida la tutela degli interessi della persona minore di età; è dunque sempre all’interesse “preminente” del minore che tutto il procedimento è rivolto e che il linguaggio deve essere funzionale.

b) Il peso delle parole è diverso quando si cerca la soluzione e quando invece la si motiva.

Ma non sempre, nel parlare e nello scrivere, il magistrato pesa le parole, ascoltandole con le orecchie e il cuore delle persone che si stanno sottoponendo al suo giudizio. Poiché la legge è il luogo delle norme, crediamo a volte di essere anche noi soltanto i portatori delle regole, con il rischio che il giudizio diventi sempre il luogo dove vengono verificate e vagliate le *normalità delle persone*, senza rispetto per le particolarità di cui la vita di ciascuno di noi è segnata.

Quando ci si occupa del mondo delle relazioni che ogni persona ha con i suoi più vicini, il pericolo di un’ingerenza impropria (perché esercitata in una misura non necessaria) ricomprende anche l’uso degli aggettivi. In fondo, il *dilemma del prigioniero*⁴⁰ ruota attorno al muto regista che interroga i prigionieri, e che è custode delle chiavi del dilemma. Di fronte ad una coppia di genitori che è in bilico tra conflitto e collaborazione, o comunque di fronte a persone che affrontano una svolta critica nelle loro relazioni familiari, anche il giudice viene coinvolto nel dilemma delle scelte, che egli può (non sempre e non a volontà) indirizzare; e le sue parole diventano per quelle persone le parole della legge.

Ecco un nucleo davvero nascosto di professionalità. Per quanto mi è rimasto della mia esperienza personale, penso che - dalla lettura degli atti difensivi ai primi colloqui con parti e difensori - tocchi sempre al giudice scegliere il registro e la tonalità, indovinando e vagliando possibilità di soluzioni parziali e temporanee, o tagliando subito i nodi di una situazione con provvedimenti decisi; e, dunque,

³⁹Tutti ricordiamo, in questo contesto, l’accenno agli artt. 75, II c., e 78, II c., contenuto nelle decisioni 7 aprile 2009 nn.10228 e 10594, con le quali la Corte di cassazione ha annullato due sentenze di adottabilità proprio perché era mancata la nomina al minore di un curatore speciale che rappresentasse il minore “autonomamente”; ma non in tutti i procedimenti, come in quello di adattabilità, è così evidente che la posizione del minore è “potenzialmente configgente con quella dei suoi genitori e rappresentanti legali”.

⁴⁰ Vedi nota 18.

scegliendo sfumature diverse di approccio, scomponendo il conflitto nelle sue diverse componenti⁴¹: aprendo così a ciascun genitore vie d'uscita e prospettive di trasformazione, valorizzando i nuclei positivi e tagliando le tentazioni di onnipotenza irrazionale, che spesso le persone versano nel giudizio come luogo magico di e infantile di avveramento di ogni desiderio.

Nei nostri procedimenti, il luogo di tutte queste scelte sono –appunto- le parole. Dure, flessibili, possibiliste, prudenti, confortevoli: una gamma estesa quanto è la realtà, con tutte le varietà e le sfumature dei sentimenti. Ecco, questa forse può essere la conclusione del mio discorso sulla mitezza come modo della professionalità: che ogni nostro procedimento è, nella vita delle relazioni, anche una tappa di un percorso emozionale, così come il giudice è un personaggio che si inserisce nella storia di una famiglia e i provvedimenti sono altrettanti momenti di interazione tra le persone, la comunità e la le regole. Se mancano flessibilità e sfumature non è perché la legge non le consente; è solo perché il giudice è frettoloso o disattento, insomma *pocomite* perché *poco professionale*.

Perché la specialità della giurisdizione minorile potrebbe forse essere riassunta in una sola proposizione: che essa non è (quasi mai) riducibile ad algoritmi.

⁴¹ Sulle modalità per scomporre i conflitti in sede di separazione cfr. ancora il mio “Lettera (dal futuro) ecc.”, cit., pp. 328-333.